

EMERGENCIAS, ORDEN CONSTITUCIONAL Y COVID-19 EN ARGENTINA

Por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ¹

I. INTRODUCCIÓN

Estas reflexiones sobre estos temas de gran complejidad, importancia y actualidad se efectuarán en 3 acápites. El primero, destinado a los aspectos conceptuales sobre las emergencias, sus institutos respectivos y el impacto que producen en el orden constitucional y en los derechos humanos.

Y aunque el objeto de análisis está enfocado en el caso de Argentina principalmente, no puede desconocerse su trascendencia en los ámbitos regionales americanos y mundiales.

En segundo lugar se considerará lo ocurrido en nuestro país para enfrentar al COVID-19, bajo el punto de vista institucional y constitucional, por parte de los diversos órdenes gubernamentales de la Federación.

Y finalmente, presentaremos unas breves reflexiones finales, en estas cuestiones que afectan a la humanidad entera y a sus países y organizaciones internacionales².

II. LAS EMERGENCIAS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

-El problema de las emergencias **tiene un alcance global y ha merecido especial tratamiento por las Naciones Unidas**, a través de su Consejo Económico Social y de su Comisión de Derechos Humanos, que desde hace más de 3 décadas comenzó el estudio y seguimiento de su impacto en los estados de derecho y en los derechos humanos. El Relator Especial, Leandro Despouy, sostuvo en las Conclusiones y Recomendaciones de su 10º Informe, que entre 1985 y 1997 hubo más de 100 países que vivieron bajo estados de

¹ Profesor Titular Plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal de la UNC, Profesor Honorario de la UBA y Posdoctoral Senior Fellow de la State University of New York at Buffalo Law School. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Vocal del Consejo Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ex Convencional Constituyente de la Nación.

² Con fecha 20 de abril de 2020 se han contabilizado más de 2.500.000 contagiados y más de 165.000 muertos a nivel mundial por el COVID-19, según información de la John Hopkins University. La emergencia en salud pública fue dispuesta por la Organización Mundial de la Salud con fecha 30 de enero de 2020 y fue calificada como Pandemia el 11 de marzo de 2020. El origen del Coronavirus fue en la ciudad de Wuhan, en China, que ocultó información y demoró las comunicaciones a nivel internacional. En sólo algo más de una decena de pequeños países isleños no se han reportado casos de contagio dentro de los 194 reconocidos por la ONU, lo que indica la magnitud notable de la pandemia.

excepción y que ello ocurrió en todos los continentes, de tal manera que existía una peligrosa tendencia en el mundo a que la excepción se convierta en la regla.³

Fue lo que advirtió en su momento Giorgio Agamben en su conocida obra sobre el Estado de Excepción⁴, convertido en un sistema normal de gobierno, con avances sobre la democracia y los derechos individuales.⁵

Por su parte, la **Asociación Internacional de Derecho Constitucional** organizó junto a la Asociación Argentina de Derecho Constitucional una **Mesa Redonda sobre “Constitucionalismo en tiempos de emergencia”**⁶. El primer panel consideró el siguiente tema: **“Schmitt vs. Dicey: ¿Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico?”** y fue su objetivo promover el debate sobre los aspectos jurídico-filosóficos de los estados de emergencia.

David Dyzenhaus⁷ sostuvo que frente al pensamiento de Schmitt enunciado en su obra “Political Theology”, que se sintetiza en que no hay norma aplicable al caos y que es soberano el que decide en última instancia sobre la excepción⁸, las distintas respuestas posibles operadas desde el liberalismo correspondieron a John Locke⁹; Lord Hoffmann,

³ El informe fue titulado “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: la cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción”, de fecha 23 de junio de 1997, en el 49 período de sesiones de Naciones Unidas, con versión original en inglés. Con motivo del COVID-19 se ha mencionado que más de 50 países han declarado estados de emergencia. Para un análisis de la legislación comparada en esta materia véase Tom Ginsburg y Mila Versteeg, COVID-19 “Estados de emergencia: Parte 1”, Revista de Derecho de la Universidad de Harvard on line, de 17 de abril de 2020, www.harvardlawreview.org.

⁴ Giorgio Agamben, *State of Excepcion*, Chicago University Press, Chicago, 2005.

⁵ Para un debate actual sobre esta cuestión desde una perspectiva filosófica, véase “Sopa de Wuhan”, con la participación de Agamben, Zizek, Franco Berardi, Jean Luc Nancy y Chul Han, entre otros, Ebook editado por ASPO, con el diseño y edición de Pablo Amadeo, marzo 2020. El libro está dedicado a Li Wenliang, que fue el primer médico que denunció el virus en la ciudad de Wuhan, siendo por ello perseguido por el Gobierno de China y finalmente muerto por la pandemia.

⁶ Que organizáramos en Córdoba, durante los días 24 y 25 de junio de 2005, en nuestro carácter de Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. En base a ello, ambas Asociaciones publicaron el libro “Constitucionalismo en tiempo de emergencia”, con nuestra Coordinación y cuyos autores fueron los Profesores Brewer Carías, Burgorgue-Larsen, Cea Egaña, Cho, Dalla Via, Dyzenhaus, Garlicki, González Cruz, Hernández, Rosenfeld, Sabsay, Sagués, Saunders y Vanossi, editado por Editorial Advocatus, Córdoba, 2007.

⁷ Profesor de la Universidad de Toronto, Canadá, autor del artículo “Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?”, en “Constitucionalismo en tiempos de emergencia”, obr. cit., págs.. 93/133.

⁸ Schmitt Carl, “Political Theology”: four chapters on the concept of sovereignty”, MIT, Cambridge, Massachussets, 1988.

⁹ En sus “Two Treatises on Government”

Law Lord¹⁰ y a Albert V. Dicey¹¹. Luego analizó las opiniones de Ferejohn y Pasquino¹² sobre Dicey y las correspondientes a Kelsen¹³ y Dworkin¹⁴. Más adelante criticó los puntos de vista de Rossiter¹⁵ y coincidió con Giorgio Agamben¹⁶ en sus posiciones contrarias a Schmitt. Posteriormente consideró las respuestas al terrorismo luego del ataque a las Torres Gemelas del 9 de septiembre, oponiéndose a los criterios de Bruce Ackerman¹⁷ y Sunstein¹⁸, por sus interpretaciones sobre los fallos de la Corte Suprema norteamericana¹⁹. Finalmente el autor analizó el modelo de legalidad de Dicey²⁰ y fijó su posición a favor del rule of law substantivo en todo momento, incluso en las emergencias, mediante un accionar de cooperación de los 3 poderes del Estado, para que los funcionarios intervinientes actúen bajo los principios del orden legal²¹. Esta respuesta de las democracias constitucionales y liberales a las emergencias requiere siempre la participación del Poder Legislativo, aunque tenga mayores poderes el Ejecutivo y con el debido control por parte del Poder Judicial, para la defensa de los derechos individuales.

Daniel Sabsay²², al comentar el trabajo anterior dijo: “Consideramos que el aporte de Dyzenhaus adquiere una lectura diferente a la luz de lo que acontece en los países

¹⁰ En el caso “A v Secretary of State for the Home Department”, (2005) 2 WLR 87, paragraphs 88/89.

¹¹ En su “Introduction to the Study of the Law of the Constitution”, MacMillan, London, 10th Edition, 1959.

¹² John Ferejohn and Pasquale Pasquino, “The law of the exception: A typology of emergency powers”, *International Journal of Constitutional Law*, 2, (2004), págs.. 210/239.

¹³ En relación a la Identity Thesis, o sea que el Estado está constituido totalmente por el Derecho.

¹⁴ Ronald Dworkin, “Hard cases” in “Taking rights seriously”, London, Duckworth, 1977, 81/121.

¹⁵ En su obra “Constitutional Dictatorship”, Princeton University Press, Princeton, (1948).

¹⁶ Giorgio Agamben, “State of exception”, Chicago University Press, Chicago, (2005).

¹⁷ Bruce Ackerman, “The emergency Constitution”, 113 *Yale Law Journal* 1029, (2004). Debe destacarse su concepto del “super-majoritarian escalator”, donde defiende la necesidad de la aprobación legislativa de la declaración de emergencia, por un corto tiempo, y luego, en cada renovación, el requerimiento de una mayoría más calificada de legisladores. Ello, buscando la colaboración entre los poderes ejecutivo y legislativo, con estricto control republicano y democrático durante la emergencia.

¹⁸ Cass Sunstein, “On case at a time: Judicial Minimalism at the Supreme Court”, Harvard University Press, Harvard, 1999.

¹⁹ En “Korematsu” y “Endo”(1944) y Hamdi (2004). Para otro análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (que incluyen además de “Hamdi”, “Rasul” y “Padilla”) (2004), además de los dictados por los más altos Tribunales de Inglaterra y de Israel sobre la guerra contra el terrorismo, véase Michel Rosenfeld, “Judicial Balancing in times of stress: comparing diverse approaches to the war on terror”, en “Constitucionalismo en tiempos de emergencia”, obr. cit., págs.. 151 y sgts..

²⁰ Albert V. Dicey, “Introduction to the study of the Law of the Constitution”, MacMillan, London, 10th Edition, 1959. El autor en su análisis del derecho inglés puso de relieve que en el estado de emergencia siempre es necesaria la respuesta legislativa del Parlamento en primer lugar, y que además, no hay posibilidad de instaurar una ley marcial en el sentido del estado de sitio francés. Dyzenhaus expresa que “rule by law and rule of law are for Dicey two sides of the same coin”, véase “Schmitt v. Dicey:...”, obr. cit., p.127.

²¹ El autor rechaza la posibilidad que admiten algunos, de que haya un dualismo con rule of law en tiempos normales y sin el mismo en tiempos de emergencia. Obr. cit., págs.. 132/3. Sobre estos aspectos conceptuales y teóricos que consideramos de especial complejidad, véase asimismo el importante artículo de Pablo Riberi: “Assessing Republican Wariness in times of hazard and turmoil”, en “Constitutional Limits to security”, *Proceedings of the 4th Vienna Workshop on International Constitutional Law* AAVV-Eberhard H., Lachmayer K., Ribarov G. & Talleinger G. Editors, Nomos -Facultas, 2009, págs.. 189/215.

²² “A propósito de Schmitt contra Dicey: Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico”(David Dyzenhaus), en “Constitucionalismo en tiempos de emergencia”, obr. cit., pág. 139.

desarrollados y en los que se encuentran en vías de desarrollo. En estos últimos las instituciones de emergencia se convierten muchas veces en recursos permanentes de los gobernantes, sobretodo de los titulares de ejecutivos presidencialistas. En los primeros se trata de momentos excepcionales de su vida institucional. El mensaje que queda para quienes habitamos en donde lo extraordinario se transforma en ordinario con inusitada y recurrente facilidad, consiste en descubrir que donde esto no ocurre, de todos modos se cuestiona seriamente el fenómeno. Asimismo, se busca el modo de limitar sus consecuencias y de acentuar los controles. Todas lecciones que deben ser tomadas seriamente en cuenta, ya que de lo contrario desaparece la misma razón del ser del Estado de Derecho para dar cabida a la razón de Estado.”²³

-En **relación a nuestra región**, la **Corte Interamericana de Derecho Humanos** emitió su Declaración 1/20 de 9 de abril pasado, bajo el título “COVID-19 Y DERECHOS HUMANOS: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectivas de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, que reviste especial importancia.

.Allí se considera que el multilateralismo es esencial para coordinar los esfuerzos regionales para contener la pandemia, bajo un enfoque de derechos humanos. Y que las medidas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de los derechos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos²⁴.

-Con **respecto a Argentina**, decía en las Palabras Previas de un libro de nuestra autoría con este mismo título²⁵: “...destinamos este ensayo al análisis de los procesos de

²³ Los otros paneles analizaron estos temas: “Derecho, Política y Emergencias: Tres Perspectivas”, para una consideración jurídico-política de la emergencia, a cargo de Vanossi, Rosenfeld y Burgorgue-Larsen; “Constitucionalismo y emergencias políticas, económicas y sociales en América del Sur”, con el objetivo de analizar la cuestión en nuestra región, por parte de Valadés, Cea Egaña, Brewer Carías y Dalla Via; “Derecho supranacional y Derecho Internacional” y su objetivo fue el análisis de los tratados y jurisprudencia de dicho carácter, a cargo de Néstor Sagüés, de Byung-Yoon Cho y de Lech Garlicki, en su carácter de Ex Miembro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, las **conclusiones finales** estuvieron a cargo de Cheryl Saunders y Didier Maus, Presidente y Vicepresidente de la Asociación Internacional. Por razones de extensión de este trabajo, no podemos detenernos en su consideración, para lo que remitimos a la obra ya citada, aunque debemos poner de relieve que en las distintas exposiciones se advirtió una común preocupación por subordinar las emergencias y sus institutos a las Constituciones y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

²⁴ Estos son los conceptos iniciales de la Declaración, remitiéndonos a la misma para su completa consideración.

²⁵ Antonio María Hernández, “Las emergencias y el orden constitucional”, 1ª. Ed., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002 y 2ª. Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Rubinzal Culzoni, Méjico, 2003, con Prólogo de Diego Valadés. Para un análisis más profundo de lo que exponemos, nos remitimos a este libro en razón de brevedad. Véase además, Antonio María Hernández, Cap. XII, 2ª Parte, “Limitaciones a los derechos y garantías”, en la obra “Derecho Constitucional”, Director Antonio María Hernández, 2 tomos, La Ley, Buenos Aires, 2012.

emergencia y el orden constitucional, para intentar demostrar desde esta óptica, cómo y porqué se produjo la decadencia de nuestro Estado de Derecho a lo largo de nuestra historia institucional y cómo podemos efectuar modificaciones en la actualidad y en el futuro, con la finalidad de afirmar definitivamente los valores del Estado Constitucional y democrático de Derecho”.

Sin poder realizar un análisis exhaustivo de los temas tratados en la obra, queremos mencionar algunos aspectos relevantes, entre los que se encuentran la **distinción entre emergencias e institutos de emergencia** y el uso y abuso de los **distintos institutos de emergencia que hemos padecido**.

Sobre el **concepto de emergencia**, expresó Germán Bidart Campos²⁶: “son .situaciones anormales o casos críticos, que previsibles o no, resultan extraordinarios y excepcionales. Este carácter excepcional proviene, no tanto de la rareza o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera patológico dentro del orden previsto por la constitución. Por eso, siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica, y se hace valer la doctrina del estado de necesidad”.²⁷

Por nuestra parte consideramos que las emergencias y sus institutos: a) son situaciones excepcionales que afectan el orden constitucional, b) pueden ser originadas en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza²⁸; c) para enfrentarlas el derecho

²⁶ Germán Bidart Campos, “Manual de la Constitución reformada”, Buenos Aires, Ediar, 1998, Tomo 2, pág. 349.

²⁷ Por su parte, Segundo V. Linares Quintana afirmó que la “libertad no se salvaguarda eliminando las condiciones que hacen posible su existencia” y recordó a José Manuel Estrada en la Convención Constituyente Provincial de Buenos Aires de 1870-1873: “...Tratamos de establecer instituciones libres. ¿Y qué quiere decir, señor, una libertad que no puede salvarse sino derogándola de cuando en cuando?...”¿Qué me importa tener leyes, constitución y garantías para tiempos pacíficos y normales, si estas garantías se han de suspender cuando los casos de más peligro, es decir, en los tiempos críticos?”. (“Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, ed. Alfa, Buenos Aires, 1956, Tomo 5, pág. 396/7).

²⁸ Germán Bidart Campos, “Manual de la Constitución reformada”, Buenos Aires, Ediar, 1998, Tomo 2, pág. 349. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que las situaciones de emergencia: “...derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios; a veces son acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, una grave epidemia, etc” y estableció como criterio general que “Aunque la emergencia no puede crear un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados” (CSJN, “Perón Juan D.”, Sentencia del 21 de junio de 1957). Y en otro fallo sostuvo sobre esto último: “...que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda” (CSJN, “Peralta Luis A y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, BCRA, fallado el 27 de diciembre de 1990). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el Art. 15 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sobre “alguna emergencia que amenace la vida de la Nación”, dijo que el significado es suficientemente claro y que se refiere a una situación excepcional o emergencia que afecta al conjunto de la población y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado”.(TEDH, “Lawless

crea diversas instituciones de emergencia²⁹; d) éstas producen un acrecentamiento de facultades en los poderes estatales y particularmente en el Ejecutivo y correlativamente, decaimiento y restricciones en los derechos y garantías individuales y e) debe existir un verdadero estado de necesidad.³⁰

Y en cuanto a nuestros institutos de emergencia, los hemos clasificado en previstos, prohibidos y no previstos por la Constitución³¹.

A su vez, entre los primeros hay que distinguir entre los existentes desde la Constitución originaria de 1853: la intervención federal (Art. 6) y el estado de sitio (Art. 23); y los incorporados en la Reforma de 1994: la delegación legislativa (Art. 76) y los decretos de necesidad y urgencia (Art. 99 inc. 3).

Los institutos prohibidos por el Art. 29 son la suma del poder público y la concesión de las facultades extraordinarias. Ese artículo, de notable elocuencia y espíritu republicano, fue escrito con letras de sangre, como dijera José Manuel Estrada, en referencia a la dictadura de Rosas.

Y entre otros institutos no previstos por la Constitución y por tanto, inconstitucionales, pueden recordarse las interrupciones del orden constitucional por los gobiernos de facto, la ley marcial, el Plan Conintes, y los excesos de un poder de policía de emergencia como en el corralito, entre otros, que produjeran las más severas lesiones al Estado de Derecho.

c. Irlanda”, N° 327/57, Sentencia del 1 de julio de 1961, Considerando 28, bajo la Presidencia del gran jurista y Premio Nobel de la Paz René Cassin.

²⁹ Bidart Campos distinguió las “emergencias” de los “institutos de emergencia” que eran “creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias”. Idem, obr. cit., págs.. 349/51.

²⁹ Para el análisis de los elementos constitutivos de un estado de necesidad y su aplicación como habilitante de un instituto de emergencia, remitimos al desarrollo que al respecto efectúa Mario Midón en relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, pero que para nosotros también puede aplicarse en general. (“Decretos de necesidad y urgencia”, La Ley, Bs.As., 2001, págs. 45 a 52). Decimos que debe tratarse de un “verdadero” estado de necesidad, pues puede darse el caso de una utilización ilegítima del mismo, ante la inexistencia de sus caracteres. En tal sentido, Néstor Sagüés menciona que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Video Club Dreams” (JA, 1996, I, 236) resolvió que no existía en el país un caso de grave peligro social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas, al descalificar un decreto de necesidad y urgencia que impuso un tributo. Este autor también sostiene que el derecho de necesidad “genuino” se conecta con los casos de imposibilidad material y de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución, señalando en el primer caso el incumplimiento del art. 3 de la Constitución de 1853 que establecía que la Capital Federal estaba en la ciudad de Buenos Aires y en el segundo caso, el incumplimiento del art. 30 también del texto de 1853, que prohibía una reforma constitucional dentro de los diez años, lo que hubo de hacerse para posibilitar la reincorporación de la Provincia de Buenos Aires a nuestra federación. (Cfr. “Teoría de la Constitución”, Astrea, Bs.As., 2001, pág. 102)

³¹ Véase también las clasificaciones efectuadas por Mario Midón, “Decretos de necesidad y urgencia”, La Ley, Buenos Aires, 2001.

Hace poco me referí a los excesos cometidos por las **intervenciones federales**, que en vez de convertirse en un remedio excepcional para la vigencia de los principios constitucionales y de las soberanías y autonomías provinciales, se transformaron en una herramienta para centralizar el país, pues en 2/3 de los casos fueron dispuestas por solo Decreto del Presidente³².

En cuanto al **estado de sitio**, que tiene como efecto la suspensión de las garantías constitucionales, está previsto en el art. 23 de la Ley Suprema para dos gravísimas emergencias: la guerra y el desorden doméstico, con sus dos causales de “conmoción interior” o “ataque exterior”, que además deben cumplir con estos dos requisitos: a) poner en peligro conjuntamente tanto a la Constitución como a las autoridades creadas por ella y b) producir la perturbación del orden.

De manera similar a lo acontecido con la intervención federal, en más del 60 % de los 53 casos que tuvimos desde 1853, actuó por Decreto el Poder Ejecutivo. Ello significó el ejercicio de atribuciones exorbitantes por parte del Presidente, con evidente declinación de las funciones congresionales, a lo que se sumó una notable lesión a los derechos y garantías individuales. Tómese como sólo ejemplo el record de extensión del estado de sitio decretado por la Presidente Martínez de Perón con fecha 6 de noviembre de 1974, que duró casi 9 años, pues rigió durante el posterior período de facto hasta el 28 de octubre de 1983.

Este uso abusivo de tan extraordinaria institución, desconoció la jurisprudencia de la Corte Suprema fijada en el caso “Alem”, de 1893, de que el estado de sitio no implica suspender la vigencia de la Constitución, ya que se declara para preservar y asegurar la Ley Suprema y sus autoridades³³.

Y lo propio ocurrió posteriormente con las delegaciones legislativas y el dictado de los Decretos de Necesidad y urgencia, que fueron incorporados en la Reforma Constitucional de 1994, en los Arts. 76 y 99 inc. 3, como institutos de interpretación restrictiva, limitada y excepcional. Al tratarse de los institutos que se están aplicando con motivo del COVID-19, efectuaremos un análisis más detenido.

³² Antonio María Hernández, “El retorno al peor pasado centralista”, en diario La Nación, del 27 de febrero de 2020, donde consideré un Proyecto de Ley de intervención al Poder Judicial de la Provincia de Jujuy presentado recientemente en el Senado de la Nación. Para un análisis más profundo de este instituto, véanse nuestra obra ya citada “Las emergencias y el orden constitucional” y asimismo las siguientes: “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 y “A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994”, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019.

³³ Para un análisis más profundo de este instituto, véanse nuestras obras ya citadas “Las emergencias y el orden constitucional” y “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

En cuanto a los **Decretos de Necesidad y Urgencia**, el constituyente otorgó rango constitucional, -con severas limitaciones como veremos-, a una institución que había sido ejercitada desde siempre por el Poder Ejecutivo.

En efecto, además de los Decretos Reglamentarios, Autónomos y Delegados, admitidos por nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, los Presidentes dictaron Decretos de Necesidad y Urgencia en aproximadamente 20 oportunidades notoriamente excepcionales entre 1853 y 1983.³⁴

Posteriormente entre este último año y 1989 el Presidente Alfonsín dictó aproximadamente 10, destacándose el 1096/95 sobre el cambio de moneda del Peso por el Austral, para llegar a la Presidencia de Menem, que se caracterizó por un aumento tan impresionante de la cantidad de los mismos que se llegó a hablar de “gobierno por decreto”³⁵.

En cuanto a la jurisprudencia debe señalarse que en el caso “Peralta”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diciembre de 1990, se legitimó el uso de estos institutos de emergencia, mas allá de las opiniones doctrinarias contrarias que suscitara y que compartimos³⁶.

Así se comprende que en la Convención Constituyente de Santa Fé y Paraná de 1994 se regulase el instituto, en el Art. 99 inc. 3º, y cuya sola lectura nos indica que el objetivo perseguido fue el de limitar al máximo el dictado de los mismos.

No otra cosa significa que:

- a) Como regla general el Poder Ejecutivo no podrá dictar en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.
- b) Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes se pueden dictar los decretos por razones de necesidad y urgencia.
- c) Pero nunca en materia penal, tributaria, electoral o relativa al régimen de los partidos políticos.

³⁴ Cfr. Mario Midón, “Decretos de necesidad y urgencia”, obr. cit..

³⁵ Cfr. Ferreira Rubio Delia y Matteo Goretti, “Gobierno por decreto en Argentina”, 1989-1993, El Derecho, Buenos Aires, págs.. 158 y sgts., que contabilizaron 308 Decretos en esos 4 primeros años de mandato. Un sector importante de la doctrina publicística, integrado por Bielsa, Joaquín V. González, Marienhoff, Villegas Basavilbaso, Cassagne, Diez, Vanossi, Linares, Dromi, Gordillo, Quiroga Lavié y Sagüés avaló la posibilidad del dictado de estos institutos en el marco del texto constitucional originario de 1853 y 1860. En cambio, otro sector que integramos junto a González Calderón, Linares Quintana, Bidart Campos, Ekmekdjian, Spota, Fiorini, Segovia, Badeni y Ruiz Moreno señaló la posición contraria. Cfr. Mario Midón, “Decretos de necesidad y urgencia”, obr. cit., pág. 55, notas 92 y 93. Por mi parte, en mi carácter de Diputado de la Nación presenté el 19 de diciembre de 1991 un Proyecto de Ley que declaraba la nulidad absoluta de los decretos de necesidad y urgencia.(Véase Trámite Parlamentario 167).

³⁶ Cfr. Mario Midón, obr. cit., págs.. 54/57.

- d) Deben ser decididos en Acuerdo General de Ministros y refrendados por todos ellos, además del Jefe de Gabinete y el Presidente.
- e) Es necesario un trámite especial que consiste en someter el decreto a la consideración de una Comisión bicameral permanente por parte del Jefe de Gabinete de Ministros, que deberá hacerlo en forma personal y dentro de los diez días de dictado el mismo. A su vez, la Comisión está obligada a elevar su dictamen a cada una de las Cámaras dentro de los diez días, para su tratamiento expreso e inmediato por parte del plenario
- f) No se admite el silencio del Congreso ante el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, ya que el art. 82, incorporado también por la reforma, estableció: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta.” En consecuencia, el constituyente fijó un criterio que impedía para el futuro la convalidación de un decreto por la inactividad del Congreso, como lo había admitido el precedente del caso “Peralta”.

No obstante el claro propósito restrictivo perseguido por esta normativa y que emerge de las pautas mencionadas, al no poder concretarse acuerdos en la Convención sobre los últimos aspectos de la intervención congresional, hubo que deferir ello a la legislación reglamentaria.³⁷

A pesar del mandato constitucional, en la práctica institucional no se produjo un cambio profundo, ya que el Poder Ejecutivo siguió dictando decretos de necesidad y urgencia, en todas las Presidencias posteriores, ante la falta de reacción del Congreso y la actitud permisiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, salvo algunos casos.

Con respecto al órgano legislativo, debemos señalar además, que incumplió por varios años hasta 2006, el mandato del constituyente de reglamentar la Comisión Bicameral Permanente, de tan notable importancia para el control de este instituto y del de la legislación delegada. Este incumplimiento, al que se suma el correspondiente a una extensa nómina de otras materias, contribuyó gravemente a la falta de completa vigencia de la reforma constitucional de 1994 y por tanto, a nuestra anomia y falta de seguridad jurídica³⁸.

³⁷ Véase todo el proceso de incorporación del instituto a la Constitución en las obras de Mario R. Midón, ya citada, págs. 59/69; de Miguel Ortiz Pellegrini y Susana Liliana Aguirre, “Los Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional de 1994”, Ed. Lerner, Córdoba, 1995 y de Alejandro Pérez Hualde, “Decretos de necesidad y urgencia”, Depalma, Buenos Aires, 1995. Por nuestra parte, ratificamos la finalidad restrictiva de esta normativa, ya que intervinimos en los debates respectivos al formar parte de la Comisión de Juristas del Acuerdo de Olivos y luego de la Comisión que redactara el Núcleo de Coincidencias Básicas que formulara el proyecto definitivo, que sería votado en la Convención Constituyente.

³⁸ Hemos detallado las más de 25 leyes que el Congreso no ha reglamentado para la completa vigencia de la Reforma de 1994, que por tanto está incumplida y violada. Véase Antonio María Hernández, “A 25 años de la reforma constitucional de 1994- Legitimidad, ideas fuerza, diseño constitucional, modernización e incumplimiento”, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019.

En cuanto a la delegación legislativa, este instituto fue incorporado en el Art. 76, en la Disposición Transitoria Octava y en el art. Art. 100 inc. 12, sobre las funciones del Jefe de Gabinete. Como dice la primera de las normas, sólo se admite la delegación “en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

La delegación legislativa ya había sido aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso “Delfino”, de 1927 y fue ampliamente utilizada a lo largo de nuestra historia institucional.

La delegación legislativa consiste en la transferencia de la competencia específicamente legisferante por parte del Congreso al Poder Ejecutivo, en materias determinadas y bajo plazos y condiciones especialmente fijadas.

Más allá que en doctrina es muy conocida la opinión negativa de John Locke al respecto, en el derecho comparado europeo y norteamericano, -que influenciaran nuestro ordenamiento-, se fue imponiendo dicha práctica en base a la afirmación del liderazgo político del órgano ejecutivo sobre el legislativo en la realidad política contemporánea, por una serie de causas que explicara hace tiempo el distinguido constitucionalista César Enrique Romero³⁹.

Todo esto fue posibilitando un enorme avance de las facultades legisferantes del Poder Ejecutivo, que a su vez delegó sus atribuciones en organismos inferiores, lo que en definitiva produjo el dictado de normas por parte de la Dirección General Impositiva, del Banco Central, de la Aduana, de los diferentes Ministerios, etc. que afectaron el principio de legalidad de los art. 14 y 19 de la Ley Suprema, además de los derechos individuales.

Por otra parte, dicha legislación delegada careció normalmente de control alguno por parte del órgano delegante, o sea el Congreso Nacional.

Así llegamos a la Reforma constitucional de 1994, donde se incorporara la normativa mencionada, con la finalidad de restringir y controlar el ejercicio de este instituto de emergencia.

No obstante ello, no se pudo impedir posteriormente el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, de manera inconstitucional⁴⁰.

³⁹ Cfr. César Enrique Romero, “El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea”, Revista de Estudios Políticos de Madrid, España, 1963.

⁴⁰ En efecto, especialmente a partir de la primera Presidencia de Menem se produjo un avance notorio e incontrolable del Poder Ejecutivo sobre el Congreso, a través de dos institutos de emergencia: los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, y como antes lo vimos, sin adecuada resistencia ni control por parte del órgano legislativo, en primer término y luego del Poder Judicial, que desarrolló una jurisprudencia vacilante y convalidatoria en general. Así llegamos a tener aproximadamente más de dos mil normas dictadas

En relación al Art. 76 sobre delegación legislativa, creemos que ha originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y de la Presidencia. Esta cuestión debiera ser superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los Tribunales, como se hizo por la Corte Suprema en el célebre caso “Provincia de San Luis” (2003), donde nuestro más alto Tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa⁴¹.

El Congreso no sólo omitió sancionar leyes reglamentarias de la Constitución, sino que en algunos lo hizo de manera inconstitucional, además de no controlar adecuadamente al Poder Ejecutivo.

Ejemplos de ello fueron: a) **la sanción de las leyes de emergencia económica** como la 25.561, de 2002, con amplísimas delegaciones legislativas, que fue prorrogada hasta el 6 de enero de 2018; b) la falta de adecuados controles por **el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada** por la Presidencia; c) **la inconstitucional reglamentación efectuada por la Ley 26.122** de los Decretos de Necesidad y Urgencia, **por la Ley 26.080** del Consejo de la Magistratura y **por la Ley 24.588** de los intereses del

por órganos ejecutivos como legislación delegada durante las emergencias de la década mencionada, a las que se suman las emitidas con posterioridad a la sanción de la Ley 25.148 de 1999 y las de las Leyes 25.414 de 2001 y 25.561 de 2002. (Cfr. Palacio de Caeiro Silvia B., “Bases para el control de constitucionalidad de la legislación delegante y delegada (artículo 76 de la Constitución Nacional)”, La Ley, 2-XI-2001. La autora establece el número de 1900 normas hasta la sanción de la ley 25.414 y por ello, nosotros aumentamos a más de 2000 las dictadas hasta la actualidad, pues a ellas se sumaron las correspondientes a la ley 25.561) Este número asombroso de normas, indicó además de una deficiente cultura y seguridad jurídicas, un ostensible abandono de sus competencias por parte del Congreso, que fue sancionando la respectiva legislación delegante. En efecto, las Leyes de emergencia y de reforma del Estado N° 23.696, 23.697 y 23.982, sancionadas en la Presidencia de Menem comenzada en 1989, originaron legislación delegada que fue ratificada por la ley 25.148 de 1999, que así evitó la caducidad de la misma, como se había dispuesto con la acertada intención de terminar con estas prácticas, por la Disposición Transitoria Octava de la reforma de 1994. Luego se sumó la legislación delegante de las leyes del 2001 durante la Presidencia de De la Rúa N° 25.414, que originara severas críticas en la doctrina por su extensión y de la 25.453 de Déficit Cero y por último, en el 2002 en la Presidencia de Duhalde, la ley N° 25.561, que produjo una muy grave y profunda delegación legislativa, calificada como inconstitucional por opiniones doctrinarias que compartimos (Cfr. Colautti Carlos, “La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la ley 25.414”, La Ley, 2001-D-1272 y Pérez Hualde Alejandro, “El Congreso Nacional Argentino frente a la crisis”, El Derecho, Derecho Constitucional, 18 de febrero de 2002, págs. 16/17).

⁴¹ Y más recientemente, en los casos “Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo”, sobre principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones, fallado por la Corte Suprema de Justicia en 2014, además de los recaídos en los reclamos efectuados por las provincias de San Luis, Santa Fé y Córdoba a las detracciones a la masa coparticipable para la Anses y la Afip, resueltos por el Alto Tribunal en noviembre de 2015..

Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires mientras siga siendo la Capital Federal; d) **la concesión de los llamados superpoderes en la Administración financiera y presupuestaria al Jefe de Gabinete de Ministros**, para la modificación del presupuesto, que lesiona una de las más importantes competencias del Congreso; d) **la práctica institucional de este último órgano**, ya que durante algunos períodos muy extensos, los Jefes de Gabinetes de Ministros no cumplieron con la obligación de hacerse presente una vez por mes alternativamente ante cada una de las Cámaras, sin que hubiese reacción institucional alguna del Congreso.⁴²

En cuanto a los **institutos de emergencia no previstos por la Constitución y por tanto inconstitucionales**, que antes mencionamos, causaron gravísimas violaciones a los derechos humanos y afectaron profundamente el orden constitucional republicano y federal.⁴³

Sólo nos detendremos por razones de brevedad, en las consecuencias de la última emergencia económica del 2001, que derivó en el llamado “corralito”, consecuencia del

⁴² Véanse Antonio María Hernández, “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 y “A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994”, obras citadas. En cambio, esa obligación constitucional de asistencia del Jefe de Gabinete de Ministros al Congreso si fue cumplida durante el período anterior 2015-2019.

⁴³ Véase Antonio María Hernández, obras citadas, donde referimos la gran cantidad y variedad de emergencias que hemos padecido, comenzando por las interrupciones del orden constitucional, por lo que hemos sostenido que vivimos de emergencia en emergencia, y con los desbordes institucionales señalados. Véase asimismo Pablo Riberi, “Emergencia como remedio constitucional ¿o viceversa?”, El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 23/9/2005.

denominado “poder de policía de emergencia”⁴⁴ y luego en la sanción de la Ley de Emergencia N° 25.561⁴⁵.

El “corralito”, que consistió en el apoderamiento de los depósitos bancarios de millones de argentinos, fue dispuesto por Decretos de Necesidad y Urgencia en sus dos versiones, la primera mediante el N° 1570 de 1 de diciembre de 2001, bajo la Presidencia de De la Rúa y la segunda, mediante el N° 214 de 2002 durante la Presidencia de Duhalde.

Hubo una extraordinaria reacción popular contra estas medidas, que implicó la caída del Presidente De la Rúa y una fuerte crisis política, además de la presentación de más de 400.000 acciones de amparo ante el Poder Judicial Federal.

A diferencia de lo ocurrido en anteriores oportunidades, la misión del Poder Judicial - consistente esencialmente en ejercer el control de constitucionalidad-, fue asumida por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Smith”, fallado el 1° de febrero de 2002, que declaró la inconstitucionalidad de la primera versión del “corralito” y por los Señores Jueces y Camaristas Federales que concedieron medidas cautelares a favor de los ahorristas, en los amparos interpuestos por quienes sufrieron la confiscación de sus depósitos⁴⁶.

⁴⁴ Véase nuestra obra “Las emergencias y el orden constitucional”, antes citada, donde efectuamos un desarrollo histórico de la jurisprudencia convalidatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del ejercicio de poder de policía en las sucesivas emergencias económicas, desde “Ercolano” en 1922 hasta el caso “Peralta” en 1990, donde cada vez se profundizaba en mayor medida la violación de los derechos. Por eso tanto se destacaron por su actitud contraria el fallo en “Mango c. Traba” de 1925, donde la Corte dejó sin efecto la emergencia antes declarada y el dictamen del Procurador General de la Corte Dr. Sebastián Soler en el caso “Cine Callao”, en 1960, donde señalaba que con estas medidas de emergencia nada iba quedando que fuera pertinente por imperio de la ley, lo que llevaba al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de Derecho estricto no era compatible con el progreso. (CSJN, Fallos, 247:121). Para un análisis de los fallos de la Corte en esta materia, véanse además a José Luis Lazzarini, “La emergencia en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, La Ley, T. 1991-E-Secc. Doctrina, pág. 1467 y sgts.; Carlos Colautti, “Los derechos patrimoniales durante la emergencia”, La Ley, T. 1991-E-Secc. Doctrina, págs. 1359 y sgts.; Daniel Edgardo Maljar, “Antecedentes jurisprudenciales del CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite”, El Derecho, Constitucional, 8 de mayo de 2002; Mario Midón, obr. cit.; Alejandro Pérez Hualde; obras. citadas; y Alberto Dalla Via, “El constitucionalismo y las emergencias políticas, económicas y sociales en América del Sur”, en el libro “Constitucionalismo en tiempos de emergencia”, obr. cit., págs.. 297 y sgts.), entre otros.

⁴⁵ Ello, porque aquélla emergencia terminó recién en 2018, pero ya nuevamente desde fines de 2019, estamos con 9 clases de emergencias declaradas por la Ley N° 27.541, entre las que se incluyó la económica y la sanitaria, con enormes delegaciones al Poder Ejecutivo.

⁴⁶ Obsérvense los claros fundamentos de la Corte en este caso “Smith”, obrantes en los Considerandos 9 y 10 del fallo. Allí aparece con nitidez la idea del control de constitucionalidad sobre la emergencia, en base al límite de la razonabilidad del art. 28, para impedir la lesión de los derechos individuales. En este sentido, no puede obviarse que la Corte modificó con este fallo aquella jurisprudencia convalidatoria de cualquier medida de emergencia dictada por el poder de político de turno, como se observó a lo largo de tantas décadas. En relación a esto, nos resulta valiosa la comparación que efectúa Gabriel Negretto entre el criterio permisivo y convalidatorio que sostuvo nuestra Corte Suprema en el caso “Peralta”, donde llegó a reconocer que la división de poderes era una categoría histórica y que el Poder Ejecutivo era el único que podía con eficacia enfrentar la emergencia, con el opuesto que suscribió la Corte Suprema norteamericana en el caso “Youngstown”, más restrictivo y respetuoso del sistema republicano, donde realizó distinciones entre los

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia falló declarando la inconstitucionalidad del corralito en su segunda versión, establecida por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 214, en el caso “Provincia de San Luis”, de fecha 5 de marzo de 2003.⁴⁷

Ese accionar independiente del Poder Judicial Federal que estableció límites a las disposiciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, junto a la utilización masiva y sin precedentes del amparo consagrado en el art. 43 de la Ley Suprema, constituyeron –según nuestra perspectiva- el aspecto más sobresaliente de la difícil vigencia de los principios del Estado de Derecho en la realidad angustiante de nuestro país en aquéllos años.

Sin embargo, la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia, luego de las designaciones del Presidente Néstor Kirchner, a partir de los casos “Bustos” y “Cabrera” de 2004 y “Massa” de 2006, retornó a la anterior jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica⁴⁸.

Reiteramos además, que lamentablemente el Congreso de la Nación cada año a partir del 2003 y hasta el 2018, prorrogó la Ley 25.561 de emergencia económica, donde se produjo la más grave delegación legislativa que hemos soportado. Ahora estamos de nuevo con una enorme delegación, con la ley vigente N° 27.541 del nuevo Gobierno Federal, que comprende la emergencia en 9 aspectos, incluido el sanitario, a partir de fines de 2019.

posibles niveles de acción que puede adoptar el Ejecutivo cuando actúa en materias que no les son propias. Dice el autor que “El criterio más notable de la decisión fueron las bien conocidas categorías de acción presidencial que delineó el Juez Jackson. De acuerdo a su doctrina, existe un primer nivel de acción en que el Presidente goza de un máximo poder (constitucionalmente hablando) y es cuando actúa en colaboración con el Congreso bajo una autorización expresa o implícita, pues en este caso posee sus propios poderes más los que el Congreso pueda en su oportunidad haberle delegado. En un segundo nivel de acción, el Presidente podría actuar en ausencia tanto de rechazo como de autorización legislativa. En este caso, el Presidente “sólo puede valerse de sus propios poderes independientes, si bien existe una zona crepuscular en la que él y el Congreso pueden tener autoridad concurrente, o en los cuales su distribución es incierta”. Finalmente, argumentaba Jackson, resta un tercer y último nivel de acción en que el Presidente toma medidas en violación de la voluntad expresa o implícita del Congreso. Aquí “su poder se halla en la mínima expresión, pues entonces sólo puede valerse de sus propios poderes constitucionales, menos cualquiera de los poderes constitucionales del Congreso en la materia”. Ver, 343 U.S. 579 (1952) 637.” (Cfr. Gabriel L. Negretto, “Emergencia y crisis constitucional en Argentina”, “Emergencia y crisis constitucional en la Argentina”, El Derecho, 1989, Tomo 154, pág.903 y nota 80).

⁴⁷ Véase Antonio María Hernández, “Las emergencias y el orden constitucional”, obr. cit., 2ª. Edición, pág. 119 y sgts., donde desarrollamos “El fallo de la Corte Suprema en el caso “San Luis” y el cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica”. Para nosotros este fallo fue paradigmático en cuanto al control de constitucionalidad de las emergencias, de la misma manera que lo había sido “Mango c. Traba”, en 1925.

⁴⁸ Véase Antonio María Hernández, “El caso “Massa” y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica”, en el Suplemento Especial de La Ley sobre “La emergencia y el caso Massa”, febrero de 2007, Buenos Aires, págs. 70-80.

Del análisis precedentemente efectuado a lo largo de la historia institucional argentina, surge de manera conclusiva que:

- a) Como respuesta a las distintas emergencias sufridas, se utilizaron diferentes institutos de emergencia, previstos, no previstos o prohibidos por la Constitución Nacional.
- b) El ejercicio de estos institutos produjo severas lesiones a nuestro Estado de Derecho, al orden constitucional, al sistema republicano y a los derechos individuales.
- c) En todos los casos observados de utilización de los institutos el Poder Ejecutivo actuó de manera exorbitante, profundizando el hiperpresidencialismo que hemos padecido.
- d) El Poder Legislativo también fue responsable de estos desaciertos institucionales al actuar así, sea en forma activa como pasiva u omisiva, pues en algunos casos acompañó las políticas del Ejecutivo, mediante la sanción de las leyes respectivas o al efectuar las delegaciones en aquél y en otros casos, al no efectuar control político alguno de las medidas, abdicando de sus funciones esenciales.
- e) En cuanto al Poder Judicial, y salvo los casos excepcionales puntualizados, no se apreció un correcto ejercicio de sus facultades de control de constitucionalidad.

Frente a este penoso diagnóstico sobre la decadencia de nuestro orden jurídico, somos de opinión que urge subordinar los distintos tipos de emergencia y sus institutos a la Ley Suprema, conforme corresponde al Estado Constitucional y Democrático de Derecho y según las propuestas que más adelante efectuaremos.

III.LA EMERGENCIA DEL COVID-19 EN ARGENTINA⁴⁹

Ante la pandemia del coronavirus que afecta al país, **el Presidente de la República, con el apoyo de autoridades legislativas y de Gobernadores de distinto signo político**, anunció el 19 de marzo el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia n° 297/2020, que implantó el **aislamiento social preventivo y obligatorio**, entre otras medidas⁵⁰. Posteriormente explicó que **no era necesaria la declaración del estado de sitio**, pues con

⁴⁹ En Argentina al 20 de abril de 2020 hay oficialmente 2941 contagiados con 136 muertos, la mayoría en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁵⁰ Antes había dictado el DNU N° 260/2020, con fecha 12 de marzo que había extendido por un año la emergencia sanitaria declarada por la Ley N° 27.541, a la que antes nos referimos. Para un análisis de las distintas más de 70 normas dictadas para enfrentar al COVID-19, a partir del 6 de marzo de 2020 y en las 3 semanas siguientes, véase José Ortega y Santiago Espósito, “Coronavirus COVID-19: 3 semanas”, La Ley, on line, AR/DOC/980/2020,. Dichas normas fueron DNU y Decretos Presidenciales, además de Resoluciones de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de algunos Ministerios.

la aplicación del Decreto y de la emergencia sanitaria declarada anteriormente por el Congreso, se contaba con los instrumentos jurídicos e institucionales suficientes.

Nosotros destacamos esta **“actitud de unión nacional y de prudente, adecuada y estricta aplicación de la Constitución Nacional en una cuestión tan decisiva y extraordinaria como la de esta emergencia,** que exhibió marcadas diferencias con lo acontecido a lo largo de nuestra historia”⁵¹.

Y agregamos: “En este contexto, ésta es una oportunidad para producir un cambio institucional que imperiosamente requiere el país. Las medidas frente a esta pandemia fueron dictadas con respeto de la Ley Suprema, y ahora se trata de hacer cumplir las normas, lo que obliga al mejor funcionamiento posible de los 4 órdenes de gobierno: Federal, Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios. No se olvide que todos tienen competencias en materia de salud. Y que el poder de policía respectivo fue reconocido por la Corte Suprema en el célebre caso “Saladeristas de Barracas”, de 1887. Y en este sentido, aunque los Poderes Ejecutivos sean los órganos que en la instancia tengan mayores competencias para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso y los otros cuerpos legislativos dejen de cumplir sus roles para la aprobación y control de las medidas basadas en los institutos de emergencia utilizados. Además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional. Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática, el orden constitucional y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese es el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado”⁵².

Luego sostuvimos: “Reiteramos que aunque el Poder Ejecutivo sea el órgano que tenga mayores competencias para afrontar esta situación excepcional, ello no significa que el Congreso deje de cumplir sus roles para la aprobación y control de las medidas basadas en los institutos de emergencia utilizados.

Por eso resulta por lo menos sorprendente la Resolución 4/20 de la Presidencia del Senado que dispone la interrupción de los plazos parlamentarios, lo que significa que no está funcionando el Senado. Y aunque se advierta mayor actividad virtual en la Cámara de Diputados, se ha descartado por el momento la realización de Sesión alguna.

⁵¹ Véase el artículo que publicamos en Clarín on line, con fecha 23 de marzo de 2020. La medida del aislamiento obligatorio ha sido comprendida también por la sociedad, pues ha resultado el medio más eficiente para combatir el COVID-19, según lo indicado por la experiencia mundial y por las cifras que se observan en el país.

⁵² Cf. Antonio María Hernández, ídem, Clarín on line del 23 de marzo. Y con fecha 27 de marzo reiteraré la necesidad de que el Congreso sesionase para cumplir con su rol institucional (También en Clarín on line del 27 de marzo de 2020).

En la emergencia es fundamental el funcionamiento de los órganos legislativos, para la aprobación de medidas y para el control de los decretos del Poder Ejecutivo dictados por la delegación legislativa en razón de la emergencia sanitaria y los de necesidad y urgencia.

Nos preguntamos si no pueden funcionar las Comisiones y reunirse las Cámaras, tomando los cuidados recomendados; o si no se pueden aplicar las tecnologías a distancia para el cumplimiento de las funciones legislativas.

Para enfrentar la emergencia el Estado debe responder en su integridad con el pleno funcionamiento de sus poderes, donde el Legislativo y el Judicial, tienen también obligaciones trascendentes a cumplir. **Insistimos en que la emergencia no está por encima de la Constitución ni la suspende. Esto es lo que diferencia a las democracias de las autocracias.**

Tampoco puede creerse que esta emergencia **nos convierta en un estado unitario**, donde cesen las autonomías de las Provincias, La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios. Es que más allá del cumplimiento del DNU dictado recientemente, tienen competencias en materia de salud y deben ejercitarse adecuadas relaciones interjurisdiccionales entre los diversos Gobiernos, que integran el Estado Federal”⁵³.

A casi treinta días de aquéllas primeras medidas que mostraron una actitud plausible, con una adecuada comunicación del Presidente y acuerdo de la oposición, y que abonaban la posibilidad de cambios que nos evitasen volver a las prácticas del pasado, **debemos ahora expresar que la realidad institucional indica lo contrario.**

Se **gobierna por Decretos y Resoluciones y por muy pocas personas**, como ocurriera en el pasado. No sesiona el Congreso y actúa de manera limitada el Poder Judicial, porque se ha declarado una Feria Judicial Extraordinaria por la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores de Justicia de las Provincias. En consecuencia, no hay adecuados controles sobre las diversas medidas de emergencia, que pueden afectar los derechos individuales⁵⁴.

Hemos regresado al hiperpresidencialismo⁵⁵ que padecemos, como expresión de una débil cultura de la legalidad y de una baja calidad institucional, caracterizada por los rasgos delegativos, corporativos y centralistas de nuestra democracia⁵⁶.

⁵³ Clarín on line del 27 de marzo de 2020, Buenos Aires.

⁵⁴ Véanse Roberto Gargarella, “Frente al coronavirus: es necesario restringir las libertades compulsivamente?”, Clarín on line, 24 de marzo de 2020, Buenos Aires; Ezequiel Spector, “Autoritarismo y discriminación en tiempos de coronavirus”, Clarín on line, 16 de abril de 2020; Antonio María Hernández, Clarín on line, 23 de marzo de 2020, ya citado y Vicente Palermo, “Coronavirus. Aldous Huxley y las respuestas a la pandemia”, La Nación on line, 22 de abril de 2020.

⁵⁵ Para nosotros este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el Presidente, más allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional. Debemos a Carlos Santiago Nino el más profundo estudio de esta

Debemos detenernos en el tema del Congreso, por su especial gravedad institucional, ya que su falta de funcionamiento afecta hondamente nuestra democracia republicana y federal⁵⁷.

El Congreso no está cumpliendo con las obligaciones constitucionales para el control de los institutos de emergencia que se están utilizando, especialmente de los Decretos de Necesidad y Urgencia y de los Decretos Delegados⁵⁸, correspondientes a la emergencia sanitaria. No se reúne la Comisión Bicameral Permanente prevista por el Art. 99 inc. 3 para recibir dentro de los 10 días del dictado de cada uno de ellos al Jefe de Gabinete de Ministros. Tampoco se cumple con la otra obligación posterior del tratamiento dentro de los 10 días por las respectivas Cámaras del Congreso. Existen ya decenas de Decretos dictados como hemos mencionado, a los que se suman ya Resoluciones Ministeriales, en una variedad de materias, sin el debido control legislativo y de constitucionalidad, como en el pasado que hemos descripto en el punto anterior.

Pero además de ello, frente a la complejidad de la pandemia, con sus múltiples problemas no sólo sanitarios, sino políticos, económicos, sociales, institucionales éticos e

grave patología institucional, que produce inconmensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta. Al referirse a la presidencia hipertrofiada, según el texto constitucional originario de 1853, o sea antes de la reforma de 1994, sostuvo: “Esta somera revisión de las facultades que los Presidentes fueron adquiriendo por una interpretación extensiva de cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de de la musculatura política, muestra que, desde el punto de vista normativo, el presidente argentino es, como lo preveía Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, con la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del Presidente, la tendencia a la ajuridicidad que ha sido una constante en nuestra práctica político-institucional, aún en períodos de jure”. (“Fundamentos de Derecho Constitucional”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 529). Véase también Antonio María Hernández, Cap. XVII, “El Poder Ejecutivo”, en la obra “Derecho Constitucional”, 2 Tomos, Director Antonio María Hernández, Coordinadora Paulina Chiacchiera Castro, La Ley, Buenos Aires, 2012.

⁵⁶ Nino señaló además entre otros aspectos ya mencionados, el del corporativismo, que consideraba muy importante para comprender la política latinoamericana, por su vinculación con regímenes políticos como el autoritarismo burocrático y con ideologías como el populismo. Y consideraba que en “Argentina la corporativización del Estado ha sido obvia”, señalando el accionar de las Fuerzas Armadas por la toma del poder, el de la Iglesia Católica, los sindicatos y en el sistema económico por la concesión de privilegios, monopolios, subsidios a determinados grupos de contratistas del Estado.(Obr. cit., págs.. 562/6). Por eso sostuvo que nuestra democracia era “corporativa” y alejada del modelo correcto que defendía de democracia “deliberativa”.(Obr. cit., pág. 605)

⁵⁷ Véase Daniel Sabsay, “El Poder Legislativo debe seguir funcionando”, La Nación, on line, 9 de abril de 2020, Buenos Aires, y nuestro artículo en Clarín antes citado. Asimismo lo han solicitado en estos últimos días ante diversos medios periodísticos nacionales los Senadores Juan Carlos Romero, Luis Naidenoff y Humberto Schiavone, entre otros y los Diputados Negri, Cornejo, Ritondo, Enríquez, Iglesias y Ferraro.

⁵⁸ Aunque en los Decretos dictados por el Poder Ejecutivo se menciona como fundamentación a los Incs. 1 y 3 del Art. 99, correspondiente a Decretos reglamentarios y de Necesidad y Urgencia.

internacionales, cómo podemos prescindir del necesario debate y deliberación del órgano que representa la legitimidad popular en su más amplia expresión?

La unión nacional que necesitamos frente a tan grave desafío no debe implicar un pensamiento único y centralista, sino la expresión plural de la sociedad abierta, para alcanzar el mayor consenso democrático posible en la emergencia⁵⁹.

Resulta inconcebible que no sesione el Congreso, que con sus dos Cámaras, representa al pueblo de la Nación y de las Provincias.

Si no lo hace con la presencia física de los Legisladores, como otros Congresos y Parlamentos de países democráticos⁶⁰, podría hacerlo de manera virtual, como también ocurre en otros países⁶¹.

Ante los reclamos por el funcionamiento del Congreso⁶², la Presidenta del Senado presentó una **Acción Declarativa de Certeza ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

⁵⁹ Son demasiados los problemas que enfrenta Argentina en todos los aspectos de la vida nacional, a los que se suman ahora los de la pandemia y los posteriores que vendrán como su consecuencia. Pero incluso en relación a las medidas sanitarias adoptadas, acaso no merecen un debate la contratación de hasta 500 médicos cubanos, que no tienen aquí sus títulos reconocidos, cuando hay más de 100 médicos argentinos que están en el exterior sin poder volver al país, además de los muchos que tenemos aquí?. O la manera en que se reparten los subsidios para el transporte que benefician especialmente al Área Metropolitana?. O las medidas para apoyar a los distintos sectores que sufren la recesión económica? O los gastos que se producen por los insumos traídos desde China? O las contrataciones que se realizan, algunas de las cuales ya requieren investigación penal, como en el caso del Ministerio de Desarrollo Social, por el cual renunciaron 15 funcionarios?. O el plan para una salida ordenada de la cuarentena?. O los controles del humor social que anunció la Ministra de Seguridad?, O las cuestiones de carácter tributario, entre muchas otras cuestiones?. Véase además José Nun, “El coronavirus y la transición a la democracia” y “Coronavirus: cómo decidir en tiempos de incertidumbre”, La Nación on line, del 6 y 19 de abril de 2020, respectivamente. También véase Andrés Oppenheimer, “El disparatado plan argentino de traer médicos cubanos”, El nuevo Herald, on line, 22 de abril de 2020, www.elnuevoherald.com.

⁶⁰ Como los de Estados Unidos, Alemania, Inglaterra, Francia, España, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Suecia, Noruega, Suiza, Holanda, Colombia, Perú, Chile, Uruguay, entre otros. Recién el 20 de abril sesionó presencialmente el Senado en México, luego de reclamos como los ocurridos en Argentina. Véase la nota periodística en El Universal, de dicho día, titulada “Democracia en vilo –y la Constitución también”, de Juan Garza Onofre, Sergio López Ayllón, Issa Luna Plá, Javier Martín Reyes y Pedro Salazar Ugarte, donde sostuvieron: “Desde hace semanas los Diputados y Senadores han declinado cumplir el encargo que les dieron millones de mexicanos. Hoy los legisladores federales no sesionan, no debaten, no deciden, no aportan de su parte para hacer frente a la pandemia”. En el artículo se expresa asimismo: “Como ha dicho la Presidenta del Congreso norteamericano en funciones durante la pandemia: los capitanes del barco salen al último”. Aunque debemos aclarar que la Sesión fue para el tratamiento de un proyecto de amnistía que había presentado antes el Presidente López Obrador y que benefició a 5000 presos de la Justicia Federal y a 100.000 de las Justicias Estadales. En la Sesión, los bloques opositores plantearon el tratamiento de otras cuestiones vinculadas a la lucha contra la pandemia. También ha sesionado presencialmente el Parlamento Europeo en estos días.

⁶¹ Para un análisis del funcionamiento virtual de Poderes Legislativos nacionales, véase el Proyecto de Modificación del Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación, presentado el 22 de abril de 2020 por el Diputado Jorge Enriquez, en cuyos Fundamentos menciona los casos del Senado de Brasil, las Asambleas Nacionales de Perú y Ecuador, el Poder Legislativo de Colombia y del Paraguay, entre otros ejemplos. Y en relación a la modificación del Reglamento del Senado para incorporar sesiones virtuales, véase el artículo de Juan Tunessi, actual Prosecretario Legislativo de dicho cuerpo, “El funcionamiento del Congreso: primer paso para un acuerdo general”, en Clarín on line, del 19 de abril de 2020.

donde se pregunta “Es constitucionalmente posible que tal como lo dispone el Art. 30 del Reglamento del Senado sesione mediante medios virtuales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID19?”.

Dicha presentación ha producido numerosos rechazos por una multiplicidad de razones jurídicas, institucionales y políticas, tanto por los propios Legisladores⁶³ como por Profesores de Derecho⁶⁴.

Por razones de extensión de este trabajo, enunciaremos sintéticamente los argumentos las razones por las que sostenemos la inconstitucionalidad e improcedencia de la acción presentada: a) No hay caso o cuestión federal, porque se trata de una consulta y la Corte históricamente no se ha expedido al respecto; b) Tampoco corresponde la acción declarativa de certeza, ya que aquí no hay incertidumbre, puesto que la respuesta es evidentemente afirmativa; c) La Corte es incompetente ya que no es una causa de competencia originaria, conforme al Art. 117 de la Constitución Nacional, que sólo admite las mismas cuando se trata de “asuntos concernientes a Embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que una Provincia fuese parte”; d) Porque la sanción e interpretación de un Reglamento es competencia exclusiva y excluyente de cada de las Cámaras del Congreso, según lo dispuesto por el Art. 66 de la Ley Suprema; e) Porque uno de los principios del control de constitucionalidad es que cada Poder interpreta y aplica por sí mismo la Constitución; f) Porque importa desconocer la división y equilibrio de poderes, afectando gravemente a nuestro sistema republicano y federal.⁶⁵

En relación a este tema, acaba con fecha 21 de abril de emitir su Dictamen el **Procurador General de la Nación**, Dr. Eduardo Casal, en la Vista que le fuera corrida, expresando que

⁶² Que además de los antes mencionados efectuados por Legisladores, periodistas y abogados y Profesores de Derecho, ha incluido un Amparo presentado por la Fundación Apolo Bases para el Cambio ante la omisión constitucional producida por la falta de funcionamiento del Congreso que violenta la Constitución al no controlar los Decretos de Necesidad y Urgencia. Allí se planteó además la inconstitucionalidad de los Decretos 4/20 y 5/20 de la Presidencia del Senado de fechas 25 de marzo y 31 de marzo del 2020, que dispusieron la interrupción de los plazos parlamentarios, por violar los plazos del Art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional y los de la Ley Reglamentaria N° 26.122.

⁶³ Por los Legisladores de ambas Cámaras mencionados en la nota anterior 56, a los que se suma la opinión de Eduardo Menem, ex Presidente de la Convención Nacional Constituyente de 1994 y Provisorio del Senado de la Nación, en Clarín on line del 15 de abril de 2020, quien sostuvo que atenta contra la división de poderes y es “Como si la Corte le pidiera al Congreso que opine si una sentencia debe ser en tal o cual sentido”.(Nota titulada “Coronavirus en Argentina: Juristas ponen en duda que la Corte pueda habilitar las sesiones virtuales en el Congreso”, de Marcelo Helfgot).

⁶⁴ En cuanto a los Profesores de Derecho, casi en su totalidad, se oponen al planteo. Véase en la nota de Clarín recién citada, las opiniones de Jorge Gentile y de Ricardo Gil Lavedra, que calificaron de improcedente y dilatoria la presentación. Lo propio sostuvieron por diversas razones constitucionales los Profesores Zaffaroni, Lon, Sabsay, Badeni, Lonigro, Armesto, Diegues y Onaindia con la opinión contraria de Rondina y dudosa de Gil Domínguez, en la nota titulada “La inmensa mayoría de los juristas considera improcedente el pedido de Cristina Kirchner a la Corte sobre la validez de las sesiones virtuales del Congreso”, de Patricia Blanco, en Infobae, on line, del 19 de abril de 2020.

⁶⁵ Nunca había ocurrido una situación como ésta en la historia argentina y creemos que es muy difícil encontrar alguna similar en el derecho comparado.

conforme al criterio fijado en el precedente “Sojo”, entre muchos otros, **“opino que la cuestión planteada, aún en el marco de un proceso judicial, resultaría contraria a la competencia originaria de la Corte.”**⁶⁶

En definitiva, es urgente e imperioso que el Congreso se ponga en funcionamiento, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales.

Consideraremos seguidamente las cuestiones vinculadas al **federalismo**. En los artículos periodísticos de nuestra autoría citados inicialmente, señalamos que a diferencia de otras oportunidades, fue plausible que el Presidente hubiera anunciado el Decreto de la cuarentena con el apoyo de los Gobernadores. Pero también advertíamos que no debíamos volver a las prácticas pasadas, en que las emergencias sirvieron para la centralización del país.

Creemos que aunque se han producido consultas a los Gobernadores y al Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, además de algunos Intendentes, **no se han respetado en su plenitud los principios de nuestra Federación, que han establecido un federalismo moderno, de concertación, asentado en maduras relaciones interjurisdiccionales.**

En primer lugar, porque la **falta de funcionamiento del Congreso** durante esta emergencia, afecta directamente a nuestra Federación. No se escuchan las voces, las ideas, las propuestas de los Diputados del Pueblo de la Nación, ni la de los Senadores de nuestras Provincias, que son la representación genuina de un país tan extenso y diverso como Argentina.

En segundo lugar, porque debemos tener en cuenta que en esta emergencia sanitaria, las **competencias corresponden de manera concurrente** a los 4 órdenes gubernamentales: Gobierno Federal, Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios⁶⁷. Y además, que los servicios públicos en esta materia, están a cargo principalmente de Provincias, la CABA y los Municipios. En consecuencia, debiera haberse adoptado una **participación conjunta y coordinada** de los diversos gobiernos en las grandes decisiones durante la emergencia, en lugar de las asumidas sólo por el Poder Ejecutivo mediante Decretos. Asimismo hubiera sido conveniente un desarrollo mas pronunciado de las

⁶⁶ Véase CSJ 353/2020/CS1, Ministerio Publico- Procuración General de la Nación, 21 de abril de 2020. Se trata de un Dictamen fundado en la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia desde el siglo XIX, como adelantaba la opinión casi unánime de las opiniones consignadas anteriormente.

⁶⁷ Véanse Antonio María Hernández, “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009 y “Derecho Municipal”, UNAM, México, 2003. Con respecto a las competencias concurrentes municipales, véase Enrique Marchiaro, “Cierres municipales y pandemia”, DPI, Diario Administrativo 273, 7 de abril de 2020, donde se destaca el importante rol de los gobiernos locales. Asimismo véanse Carla Huerta Ochoa, “Emergencia sanitaria y la distribución de competencias en el Estado federal mexicano” y José María Serna de la Garza, “Facultades de las entidades federativas para dictar medidas de seguridad sanitaria ante epidemias como el COVID-19” en la publicación on line “Emergencia sanitaria por COVID-19- Federalismo”, Nuria González Martín, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2020.

relaciones interjurisdiccionales⁶⁸ y una mayor decisión y ejecución a cargo de los gobiernos subnacionales. Creemos, no obstante, que la decisión principal que fue la de disponer la cuarentena, **fue acertada y ha logrado tener éxito, por contar con el apoyo de los Gobiernos Provinciales, de la CABA y Municipales**⁶⁹. Estimamos que la Federación como sistema de Estado y de gobierno, ha resultado muy importante en esta oportunidad, como lo indican además otros ejemplos en el derecho comparado, particularmente el de Alemania⁷⁰.

Deteniéndonos en la importancia de un **federalismo de coordinación**, indicamos que en algunos Decretos de Necesidad y Urgencia como el N° 355/2020, en el Art. 3° se hace adecuada referencia a la coordinación con los diversos órdenes de gobierno para la ejecución de diversas medidas⁷¹. Pero en ese mismo Decreto en el Art. 2° se dispone prácticamente una **subordinación** de los gobiernos subnacionales, ya que sólo la Jefatura de Gabinete está facultada para disponer excepciones para la salida ordenada de la cuarentena, a pedido de aquéllos Gobiernos. Y lo propio ocurrió con el **Certificado Unico Habilitante para Circulación** en todo el país, correspondiente sólo al Ministerio del Interior, con un muy alto grado de centralización⁷².

Creemos que las decisiones con respecto a estas últimas cuestiones referidas, **debiera corresponder a los gobiernos provinciales y municipales**, sobre todo en esta etapa en que

⁶⁸ Aunque debe destacarse el funcionamiento del Consejo Federal de Salud. En nuestra 20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino planteamos la necesidad de constituir una Asociación Nacional o Conferencia de Gobernadores, como en Estados Unidos y México. Véase Antonio María Hernández, “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, Buenos Aires, Iusbaire, 2017.

⁶⁹ Véase Francisco Tortolero Cervantes, “La pandemia como oportunidad para relanzar el rol de las entidades subnacionales latinoamericanas”, en la publicación on line “Emergencia sanitaria por COVID-19-Federalismo”, obr. cit.

⁷⁰ Véase el artículo de Ana Carbajosa y Marc Bassets, “La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés”, El País on line, 17 de abril de 2020, donde se destaca la eficiencia del sistema descentralizado alemán, basado en los acuerdos de Merkel con los Jefes de Gobierno de los Lander para las grandes decisiones, mientras que la ejecución de las mismas corresponde a los Lander. Y donde la cercanía de éstos con los ciudadanos y las distintas realidades, posibilitó el éxito alcanzado. Y el contraste fue con el sistema francés, asentado en el centralismo del poder del Presidente y su élite tecnocrática. Asimismo, en un artículo publicado por Philip Oltermann en The Guardian, de 5 de abril de 2020, titulado “Germany’s devolved logic is helping it win the coronavirus race”, se pone de relieve que mediante 400 oficinas de salud pública, mayoritariamente a cargo de autoridades municipales y de los Lander alemanes, se ha avanzado con las pruebas requeridas por la Organización Mundial de la Salud para la detección del virus. Y que aquí se demuestra la lentitud de la tortuga centralista contra la velocidad de la liebre que es el federalismo, ya que no deben esperarse las decisiones del Gobierno central. (www.theguardian.com/world/2020/apr/05/).

⁷¹ El Art. 3° expresa con adecuada técnica federal, que las autoridades federales “..en coordinación de sus pares de las jurisdicciones provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las autoridades municipales, cada uno en el ámbito de sus competencias, dispondrán las medidas...”.

⁷² Véase la Resolución 48/2020 del Ministerio del Interior, de fecha 28 de marzo de 2020.

se trabaja en la extensión de la cuarentena hasta mayo⁷³. Es que la diferente realidad que presenta la pandemia en las Provincias y en los Municipios así lo amerita. En las Provincias de Catamarca y Formosa no hubo ningún contagio y en las de Jujuy, Salta, Entre Ríos y La Pampa muy pocos, por lo que la reanudación de actividades y la mayor circulación puede resolverse anticipadamente a otros lugares del país, como la Provincia de Buenos Aires, la CABA, que presentan los mayores focos de contagio. Pero incluso en una Provincia como la de Córdoba, se observan distintas realidades, y cerca de 30 Gobiernos municipales, han solicitado avanzar en la salida de la cuarentena ante la ausencia de casos⁷⁴. Creemos que la concentración de todas las decisiones en el Gobierno central o incluso en los Provinciales, debe ceder en consecuencia, ante las ventajas evidentes de la descentralización, como verdadera técnica de vida social, en un país tan extenso.⁷⁵

Hacia el futuro esperamos que se avance en las mejores prácticas institucionales y de relaciones interjurisdiccionales, de acuerdo al proyecto federal de la Constitución, asentado en las autonomías provinciales, de la CABA y municipales.

Continuando con este análisis, debemos considerar brevemente cómo ha sido el **funcionamiento institucional de los gobiernos subnacionales** en la emergencia. Y en este aspecto, también se ha observado el fenómeno del hiperpresidencialismo⁷⁶, con falta de funcionamiento de Legislaturas y de Concejos Deliberantes, aunque con las excepciones que seguidamente indicamos. En efecto, han sesionado de manera virtual las Legislaturas Provinciales de Córdoba, Mendoza y Salta y los Concejos Deliberantes de Córdoba, Mendoza, Rivadavia, Maipu, Godoy Cruz, Guaymallen y Santa Rosa⁷⁷.

En cuanto al ejercicio de sus competencias en esta materia, se puede señalar que más allá de algunas cuestiones que analizaremos en relación a los derechos afectados, **en el país**

⁷³ Véanse los artículos “Coronavirus en Argentina: Fernández evalúa extender la cuarentena obligatoria hasta el 10 de mayo inclusive”, Infobae on line, Buenos Aires, 22 de abril de 2020, nota de Roman Lejman y “Coronavirus: los Gobernadores se preparan para la continuar la cuarentena con más flexibilizaciones”, La Nación on line, 22 de abril de 2020, nota de Gabriela Origlia.

⁷⁴ Véase la nota de Fernando Colautti, “Pocos Intendentes piden abrir más actividades”, La Voz del Interior, Córdoba, 22 de abril de 2020, pág. 3. En efecto, 30 de los 427 Gobiernos Locales han solicitado al Gobierno Provincial esa flexibilización, pero la respuesta ha sido negativa, lo que indica esa subordinación que antes señalábamos y que afecta las autonomías locales.

⁷⁵ Piénsese en el caso de la empresa Volkswagen que solicita la apertura de su fábrica en Córdoba a pedido de la central en Alemania, y que todavía no ha recibido autorización desde el Gobierno Federal en Buenos Aires. Véase el artículo de Diego Dávila, “Volkswagen pidió reabrir la planta local el próximo lunes”, La Voz del Interior, Córdoba, 22 de abril de 2020, pág. 8.

⁷⁶ Se ha repetido en general en las Provincias y Municipios el modelo observado en el Gobierno Federal. Véase además en relación a México, Daniel Barceló, “Controles constitucionales sobre los gobiernos federal y de los Estados en emergencias sanitarias”, en la publicación on line “Emergencia sanitaria por COVID-19-Federalismo”, obr. cit..

⁷⁷ Véase Juan Brugge, en su artículo titulado “Congreso de la Nación, las sesiones por videoconferencia y su constitucionalidad”, Perfil, on line, del 17 de abril de 2020. También funcionan de manera virtual las Legislaturas Estadales de Chiapas, Sinaloa y Zacatecas en la federación mexicana. Por su parte, véase la actividad legislativa de 35 Estados norteamericanos en la pág. web de la National Conference of State Legislatures, www.ncsl.org, con toda la información en torno al COVID-19,

hubo plena coincidencia de los diversos gobiernos en aplicar el distanciamiento social obligatorio como principal medida de lucha contra la pandemia.⁷⁸

En cuanto al breve análisis de los **derechos fundamentales restringidos o lesionados** por esta emergencia, señalamos en primer lugar a la libertad física o de locomoción, a la de reunión, a los de trabajar y ejercer industria lícita, como consecuencia del aislamiento preventivo y obligatorio⁷⁹. Pero por excesos cometidos, en algunos casos se han lesionado o intentado lesionar los derechos a la igualdad, a la privacidad, al derecho de informarse y a la libertad de prensa, consagrados por la Constitución Nacional y diversos Tratados Internacionales con esa jerarquía.

Con respecto a los primeramente mencionados, la constitucionalidad del DNU fue así resuelta por un fallo de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, Sala integrada de Hábeas Corpus, que rechazó un Hábeas Corpus presentado al respecto⁸⁰.

Sin embargo, en un Habeas Corpus colectivo admitido en Chubut, la Jueza Del Valle Moreno sostuvo que hubo excesos policiales en el cumplimiento de las medidas dispuestas, que habían incluido un virtual toque de queda en poblaciones, entre otras medidas que iban más allá del DNU N° 297/2020.⁸¹

Sostenemos asimismo la inconstitucionalidad del Protocolo de Acción de Ingreso y egreso de la Provincia, dictado por Decreto del Poder Ejecutivo en la Provincia de San Luis. En primer lugar, porque no se admite por la Constitución Provincial el dictado de DNU y en consecuencia, para una limitación de derechos constitucionales es necesaria una Ley Provincial, con intervención de la Legislatura. Pero además en el Protocolo se prohíbe el ingreso a la Provincia en varios de los pasos limítrofes, y en los autorizados se establecen requisitos, que resultan irrazonables y desproporcionados, en violación de los Arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional y de Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Por ejemplo, se prohíbe que en el transporte de carga haya un acompañante, y además se dispone que dicho tránsito por la Provincia será ““encapsulado” (con custodia policial)

⁷⁸ En cambio en otras federaciones ello no ocurrió, como en Brasil, México y Estados Unidos, en que los Presidentes fueron reacios a decidir las cuarentenas. Y por eso reaccionaron anticipadamente los Gobernadores de San Pablo y de Río de Janeiro, de Jalisco y Nueva León y de New York y California, entre otras autoridades estatales y municipales. Véase John Kincaid y J. Wesley Leckrone, “Federalism and the COVID-19 crisis in the United States of America”, Forum of Federations, que refieren que 10 los Gobernadores ordenaron la cuarentena, 9 de ellos Demócratas, antes de la decisión del Presidente. Los autores critican el accionar oficial ante la pandemia, atento la marcada polarización política existente y los graves efectos producidos.

⁷⁹ Dispuesto por el DNU 297/2020 ya antes citado.

⁸⁰ “Kingston Patricio-Habeas Corpus”, 19.200/2020, Fallo de Rodolfo Pociello Argerich y de Ricardo Matías Pinto, marzo 2020.

⁸¹ Véase el artículo de Adriana Meyer, “Chubut: Hábeas corpus colectivo y marcha atrás con las medidas abusivas”, Diario Página 12 on line, Buenos Aires, 21 de abril de 2020.

hacia el puesto limítrofe de egreso, sin permitirle a los vehículos escoltados ninguna detención dentro del territorio provincial”. Igual consideración nos merecen las prohibiciones de ingreso o de tránsito efectuadas por varios municipios a lo largo del país, que se produjo afectando a quienes estaban autorizados por el DNU 297/2020.

Otra norma que fue declarada inconstitucional fue la Resolución Conjunta del Ministerio de Salud y de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la CABA n° 16/2020, en sus Arts. 2 y 3, que habían dispuesto la obligación para los adultos mayores de 70 años de efectuar un aviso a la autoridad pública antes de salir de sus viviendas, en el marco de lo dispuesto por el DNU 297/2020, y que tenía una duración de 48 horas. La intención inicial del Gobierno había sido que dichos adultos mayores solicitasen permiso para salir, pero ante las críticas recibidas, emitieron la referida Resolución. Pero aún así fue declarada inconstitucional en una sentencia de extensa argumentación que consideró que se violaba el principio de igualdad de los mismos, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la CABA.⁸² También se debatió una cuestión similar en Francia, con opiniones contrarias a cualquier discriminación hacia los adultos mayores⁸³.

En relación a las posibles violaciones de la privacidad de las personas, debe mencionarse la declaración efectuada por la Ministra de Seguridad de la Nación, de que se efectuaba un ciberpatrullaje para medir el humor social en las redes por parte de las fuerzas de seguridad, lo que originó inmediato rechazo opositor.⁸⁴ A ello se suma el pedido efectuado a las empresas de telefonía móvil por el Gobernador de la Provincia de Chaco, Jorge Capitanich, para disponer de los números de los usuarios a los fines de controlarlos por la pandemia⁸⁵.

Por último mencionamos lo ocurrido en la Provincia de San Luis, donde el Gobernador resolvió impedir la distribución de diarios y revistas nacionales desde el 14 de abril de

⁸² En los autos “Lanzieri Silvano c. GCBA-Amparo”, con fecha 20 de abril de 2020 y con fallo del Juez Lisandro Fastman. Véase al respecto la nota de Néstor Sagüés titulada “Mayores de 70: un pedido de autorización que nació mal y terminó diluido”, en La Nación, on line del 22 de abril de 2020.

⁸³ Véanse las opiniones en tal sentido de Didier Maus y Alain Minc en el artículo “La rebelión de las canas”, Infobae on line, Buenos Aires, 19 de abril de 2020. Tras las críticas el Presidente Macron dio marcha atrás con el confinamiento obligatorio de los mayores de 65 años.

⁸⁴ Véanse las opiniones de los Diputados Nacionales de la UCR, Alvaro de Lamadrid, Gustavo Menna, Luis Petri, Roxana Reyes y Gonzalo del Cerro, en la nota “Frederic habló de “ciberpatrullaje para medir humor social” y desató otra polémica”, en Perfil, del 8 de abril de 2020. Los Diputados de la oposición cuestionaron dichas declaraciones alegando violaciones a la privacidad, entre otros derechos asegurados por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Este es uno de los problemas más graves que amenazan la condición humana, ante la presencia de Estados autocráticos que controlan todo con la tecnología, como ocurre en China. Véase “El coronavirus bajo el liberalismo” - Byung-Chul Han: vamos hacia un feudalismo digital y el modelo chino podría imponerse”, Clarín on line, Cultura, 17 de abril de 2020, donde el filósofo y ensayista coreano alerta que el coronavirus podría llevarnos a una sociedad de vigilancia total que terminará con las libertades occidentales. Allí denuncia la biopolítica y el control tecnológico efectuado sobre cada individuo. Pero también señala los riesgos de plataformas como Facebook, Google o Amazon, como capitalismo de vigilancia, para manipular y maximizar ganancias.

⁸⁵ Véase Clarín on line, Buenos Aires, 19 de abril de 2020.

2020. Se trata de una grosera violación de los derechos a la información como de la libertad de prensa, reconocidos por el Bloque de Constitucionalidad Federal y por la propia Constitución Provincial.⁸⁶

IV. PROPUESTAS Y REFLEXIONES FINALES

Pensamos que las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los principios y reglas de nuestro orden constitucional, democrático, liberal y republicano. En consecuencia, aunque los Poderes Ejecutivos sean los órganos que tengan mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso, Las Legislaturas y los Concejos Deliberantes dejen de participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse. Además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial por los Poderes Judiciales Federal y Provinciales, para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional.

Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese es el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado, que han producido una ostensible declinación de nuestra cultura constitucional y de la legalidad⁸⁷.

En tal sentido, queremos recordar especialmente las pautas de limitación y control, señaladas desde hace años por Germán J. Bidart Campos⁸⁸: “a) Previamente a la puesta en vigor de un instituto de emergencia o a la adopción de las medidas respectivas, el órgano de poder competente debe efectuar una declaración formal sobre la situación de emergencia. b) Es menester que esa declaración así como la puesta en vigencia del instituto de emergencia queden sujetos a control judicial de constitucionalidad. c) Conviene que el órgano de poder exprese los motivos que fundamentan el acto declarativo de tales medidas, para que el control opere de manera objetiva y razonable. d) Debe fijarse la extensión temporal y territorial del instituto o de las medidas de emergencia. e) Debe subsistir integralmente el funcionamiento de los tres poderes del Estado y mantenerse el control de constitucionalidad pues la violación de derechos producida por la emergencia tiene que ser judicializable, a fin de respetar la tutela judicial efectiva⁸⁹.”

Asimismo, el reconocido publicista agregaba: “Logrado este delineamiento, hace falta todavía dejar establecido que: a) ninguna emergencia ni instituto de emergencia confiere

⁸⁶ Estos casos planteados indican la imperiosa necesidad del funcionamiento pleno del sistema republicano, con todos los Poderes funcionando, para el control de constitucionalidad de las medidas de emergencia.

⁸⁷ Véanse Antonio María Hernández, “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 y “A 25 años de la reforma constitucional de 1994, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019 y especialmente, “Segunda Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina una sociedad anómica”, Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Eduardo Fianza Compiladores, Eudeba, Buenos Aires, 2016.

⁸⁸ “Manual de Derecho Constitucional argentino”, Ediar, Buenos Aires, 1972, págs. 166/7,

⁸⁹ “Manual de Derecho Constitucional argentino”, Ediar, Buenos Aires, 1972, págs. 167,

poderes superiores o ajenos a la Constitución; y b) ninguna emergencia ni instituto de emergencia significa suspender la vigencia de la Constitución.”⁹⁰

Insistimos además en la necesidad de respetar especialmente los mandatos constitucionales de un federalismo de coordinación y concertación entre los 4 órdenes gubernamentales: Federal, Provinciales, de la CABA y Municipales, con un mayor desarrollo de relaciones interjurisdiccionales.

Finalmente, esta emergencia mundial por la pandemia nos ha planteado dos grandes opciones, según lo expresan Harari⁹¹ y Chul-Han⁹²: o la conveniencia de una acción solidaria y multilateral a través de las Naciones Unidas y de las organizaciones regionales⁹³, o la unilateral de cada Estado⁹⁴; y la segunda opción, entre las respuestas de regímenes democráticos o las de sistemas autocráticos o totalitarios⁹⁵.

Nosotros creemos que la respuesta consiste en aferrarnos a los grandes valores del constitucionalismo y del humanismo, con una lucha permanente por la democracia, la libertad y la dignidad humana⁹⁶.

⁹⁰ “Manual de Derecho Constitucional argentino”, obr. cit., pág. 167.

⁹¹ Yuval Noah Harari, Profesor de la Universidad Hebrea de Jerusalem, autor de los libros “Sapiens: de animales a dioses”, “Homo deus: breve historia del mañana” y “21 lecciones para el siglo XXI”. Véase el artículo “Elegiremos entre unir a la humanidad o el egoísmo”, Acento, 22 de abril de 2020. www.acento.com.do.

⁹² Véase “Byung-Chul Han, “La emergencia viral y el mundo de mañana”-“El filósofo coreano que piensa desde Berlín”, El País on line, 22 de marzo de 2020, donde entre otras consideraciones sostiene que los Estados asiáticos son autoritarios, hay colectivismo y menos individualismo y los ciudadanos más obedientes. Afirma que si el sistema policial y digital chino se extiende a Europa, se impondrá el estado de excepción previsto por Agamben. Chul Han es Profesor en la Universidad de las Artes de Berlín y autor del libro “La sociedad del cansancio”.

⁹³ Hubo un débil papel desarrollado por las Naciones Unidas y por la Organización de Estados Americanos, en nuestra región. Pero además, se ha planteado un debate sobre el accionar de la Organización Mundial de la Salud, pues algunos gobiernos han sostenido que no reaccionó rápidamente ante el aviso de Taiwan del comienzo de la epidemia en China. Y asimismo, los gobiernos de Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania han señalado las responsabilidades de China por haber originado la epidemia y luego ocultarla, por lo que la información tardía facilitó la pandemia, con enormes daños a la humanidad. Véase el artículo de Ezequiel Spector, “Coronavirus: el papel de China en el brote del COVID19”, La Nación on line, 22 de abril de 2020, donde analiza la cuestión desde la perspectiva del Derecho Internacional.

⁹⁴ Que fue lo que caracterizó el accionar de los Estados. No hubo reuniones conjuntas entre los líderes mundiales como Trump, Xi Jinping, Putin, Merkel, Johnson o Macron. En el caso de Estados Unidos, compárese con la anterior política exterior del Presidente Obama, quien además había creado una Agencia especial para luchar contra futuras pandemias y que fuera desarticulada por el actual mandatario.

⁹⁵ Para un análisis de los problemas actuales de la democracia, véanse Steven Levitzky y Daniel Ziblatt, “Cómo mueren las democracias”, Ariel, Buenos Aires, 2018 y Larry Diamond, “Ill winds”, Penguin, USA, 2019. Asimismo véase el Manifiesto “Que la pandemia no sea un pretexto para el autoritarismo”, de la Fundación Internacional para la libertad”, presidida por Mario Vargas Llosa, Madrid, abril de 2020, www.fundacionfil.org.

⁹⁶ Se trata de la lucha del constitucionalismo por afirmar la democracia, la libertad y la dignidad en sus 3 etapas: clásica, social y actual de la Internacionalización de los Derechos Humanos frente a los sistemas autocráticos, híbridos y totalitarios que son mayoría en el mundo. Por su parte, Luigi Ferrajoli en su libro “Constitucionalismo más allá del Estado”, Trotta, Madrid, 2018, plantea una democracia supranacional y un

constitucionalismo global. Y John Kincaid considera que los asuntos de protección del ambiente, equidad global y paz universal también necesitan de prácticas y principios federales para garantizar el futuro frente a la catástrofe.(Challenges to the future of Federalism”, “Introduction”, “Handbook of Federal Countries, 2002”, Forum of Federations, McGill-Queen-s Universiy Press, Montreal & Kingston-London-Ithaca, 2002, págs. 12/13.