

EMERGENCIAS, ORDEN CONSTITUCIONAL Y COVID-19 EN ARGENTINA

Antonio María HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las emergencias y el orden constitucional*.
III. *La emergencia del COVID-19 en Argentina*. IV. *Propuestas y reflexiones
finales*. V. *Bibliografía*.

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 europeos 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 internacionales.¹

¹ Con fecha 20 de julio 2020 se han contabilizado 14.599.613 afectados y 607.746 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 solo 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.

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 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.²

Fue lo que advirtió en su momento Giorgio Agamben en su conocida obra sobre el Estado de Excepción,³ convertido en un sistema normal de gobierno, con avances sobre la democracia y los derechos individuales.⁴

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”*.⁵ 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.

² 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 periodo 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*, 17 de abril de 2020, disponible en: www.harvardlawreview.org

³ Agamben, Giorgio, *State of Exception*, Chicago, Chicago University Press, 2005.

⁴ 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.

⁵ Que organizáramos en Córdoba, durante los días 24 y 24;5 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, Burgogue-Larsen, Cea Egaña, Cho, Dalla Via, Dyzenhaus, Garlicki, González Cruz, Hernández, Rosenfeld, Sabsay, Sagués, Saunders y Vanossi, editado por editorial Advocatus, Córdoba, 2007.

David Dyzenhaus⁶ 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 excepción,⁷ las distintas respuestas posibles operadas desde el liberalismo correspondieron a John Locke;⁸ Lord Hoffmann, Law Lord⁹ y a Albert V. Dicey.¹⁰ Luego de analizar el modelo de legalidad de Dicey,¹¹ fijó su posición a favor del *rule of law* sustantivo 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

⁶ 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*, cit., pp. 93/133.

⁷ Schmitt Carl, “*Political Theology*”: *four chapters on the concept of sovereignty*, Cambridge, Massachussets, MIT, 1988.

⁸ En sus “Two Treatises on Government”

⁹ En el caso “A v Secretary of State for the Home Department”, *WLR*, vol. 2, núm. 87, 2005, par. 88/89.

¹⁰ En su *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10a. ed., Londres, MacMillan, 1959. Luego analizó las opiniones de Ferejohn y Pasquino (Ferejohn, John y Pasquino, Pasquale, “The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”, *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, pp. 210/239) sobre Dicey y las correspondientes a Kelsen (en relación a la Identity Thesis, o sea que el Estado está constituido totalmente por el Derecho) y Dworkin (“Hard cases”, *Taking Rights Seriously*, Londres, Ducworth, 1977, pp. 81/121. Más adelante criticó los puntos de vista de Rossiter (en *Constitutional Dictatorship*, Princeton, Princeton University Press, 1948, y coincidió con Giorgio Agamben en sus posiciones contrarias a Schmitt. Posteriormente, consideró las respuestas al terrorismo luego del ataque a las Torres Gemelas del 9 de septiembre de 2001, oponiéndose a los criterios de Bruce Ackerman (“The emergency Constitution”, *Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 1029, 2004, y Sunstein (*On Case at a Time: Judicial Minimalism at the Supreme Court*, Harvard, Harvard University Press, 1999), por sus interpretaciones sobre los fallos de la Corte Suprema norteamericana (En “Korematsu” y “Endo”(1944) y Hamdi (2004)). En relación con Ackerman, 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. También destacamos otro análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (“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, de Michel Rosenfeld, “Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing Diverse Approaches to the War on Terror”, *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, cit., pp. 151 y ss.

¹¹ Dicey, Albert V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10a. ed., Londres, MacMillan, 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. Dizenhaus expresa que “rule by law and rule of law are for Dicey two sides of the same coin”, véase “Schmitt v. Dicey:...”, *op. cit.*, p. 127.

legal.¹² 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.¹³

En esta breve presentación de los aspectos teóricos de tan compleja cuestión,¹⁴ comparto la distinción que efectúa Riberi entre estados de excepción y de emergencia, al expresar:

...más allá de la visión de Schmitt, es muy incómodo retratar “excepciones”. Por el contrario, las “emergencias” siempre representan una construcción

¹² 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. *Op. cit.*, pp. 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 varios autores (eds.), “*Constitutional Limits to security*”, *Proceedings of the 4th Vienna Workshop on International Constitutional Law*, Nomos-Facultas, 2009, pp. 189/215.

¹³ Por su parte, Daniel Sabsay al comentar el trabajo de Dyzenhaus dijo: “Consideramos que el aporte de Dyzenhaus adquiere una lectura diferente a la luz de lo que acontece en los países 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”. (“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*, *cit.*, pp. 139). 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 Burgogue-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 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.

¹⁴ Que debiera incluir otros autores como Hans Kelsen, entre otros, y cuyo estudio excede el propósito de esta obra. Véase Córdoba Vianello, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2009. Asimismo tampoco podemos detenernos en la perspectiva histórica de las emergencias, donde resalta el derecho romano y sus diversas instituciones como el “Senatus consultum ultimum” y la dictadura, entre otras.

normativa basada en una constitución. De ahora en adelante, la idea subyacente de “emergencias” en lugar de excepciones resulta ser sutil pero evidente.¹⁵

Con respecto a la región europea, debe destacarse el importante trabajo efectuado por la Comisión de Venecia,¹⁶ que compila la doctrina sobre los estados de emergencia en sus diversos aspectos: declaración y sus requisitos, duración, intervención del Parlamento y revisión por parte del Poder Judicial,¹⁷ restricciones a los derechos fundamentales,¹⁸ la necesidad y proporcionalidad de las medidas de emergencia, el respeto por las competencias de los gobiernos locales, entre otras cuestiones.¹⁹ Se destaca en el trabajo el caso de las Constituciones de Austria, Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Italia, Noruega, Suecia y Suiza, que no contienen disposiciones sobre estados de emergencia.²⁰

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 dere-

¹⁵ Pablo Riberi: “Assessing Republican Wariness in times of hazard ant turmoil”, en varios autores (eds.), “*Constitutional Limits to security*”, *Proceedings of the 4th Vienna Workshop on International Constitutional Law*, Nomos-Facultas, 2009, pp. 189/215, Punto III. Y el autor agrega: “Una emergencia es un concepto normativo sin el cual los desafíos políticos, económicos y sociales no pueden ser entendidos ni resueltos legalmente. Aunque engorroso, la conciencia constitucional y el carácter distintivo normativo de las emergencias son conceptos plausibles y necesarios”.

¹⁶ Que es la Comisión Europea para la democracia a través del Derecho, del Consejo de Europa y que publicó el 16 de abril de 2020 *on line* una compilación de las Opiniones y Reportes sobre Estados de emergencia, que reviste especial trascendencia y que también comprende la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

¹⁷ Esta intervención de los Poderes Legislativo y Judicial en todo estado de emergencia es la Recomendación núm. 1713 de 2005 adoptada por el Parlamento Europeo, para evitar lesiones a los derechos fundamentales. Véase el punto sobre las Declaraciones de Estados de Emergencia, su definición y requisitos.

¹⁸ Se indican los estándares similares del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4), de la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 15) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 27), en relación a la vigencia de los derechos fundamentales y al alcance de sus limitaciones durante los estados de emergencia. Véase el punto titulado Benchmarks, y el Rule of Law Checklist CDL-AD (2016)007.

¹⁹ También se considera el tema de las elecciones en razón de las emergencias. Véase el punto X. Elections during states of emergency.

²⁰ En el punto IV “Constitutional entrenchment of the state of emergency”.

chos 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 humanos.²¹

Debe destacarse la trascendencia de esta jurisprudencia en nuestro sistema regional americano de derechos humanos que fija estándares muy claros en la materia.

Con respecto al test de proporcionalidad para la restricción de derechos durante la emergencia, expresa Eduardo Ferrer Mac-Gregor:²²

En términos generales, el Tribunal Interamericano ha considerado que una restricción es legítima cuando: *i*) esté prevista en una ley; *ii*) responda a un fin legítimo; *iii*) sea idónea para alcanzar tal fin; *iv*) sea necesaria, es decir, que dentro de las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo se utilice aquella que implique el menor grado posible de injerencia en el derecho en cuestión, y *v*) sea proporcional —proporcionalidad en sentido estricto—, esto es, que la medida logre una importante protección de derecho o interés protegido, sin hacer nugatorio aquel otro derecho objeto de la restricción.

Es decisivo en este test detenerse en el concepto de Ley del alto Tribunal, que en la Opinión Consultiva núm. 6 ha expresado:

Las leyes a que se refiere el artículo 30 de la Convención Americana son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Solo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.²³

²¹ Estos son los conceptos iniciales de la Declaración, remitiéndonos a la misma para su completa consideración. Para un análisis de derecho comparado en nuestra región véase González Martín, Nuria y Valadés, Diego (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

²² Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus. Reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana”, Barceló Rojas, Daniel *et al.* (coords.), *COVID-19 y parlamentarismo. El Parlamento en cuarentena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 5. El autor expresa que dicha integración del test se puede encontrar en el caso *Kimel vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177, párr. 58/95 (*Cfr. op. cit.*, p. 5, nota 6).

²³ *Cfr.* “La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, en el trabajo citado de Mac-Gregor, p. 5, nota 5.

En relación a la “suspensión de garantías”, en la Opinión Consultiva núm. 8, el Tribunal sostiene que debe entenderse como la posibilidad de interrumpir momentáneamente el goce y ejercicio de algunos derechos y libertades consagrados por la Convención Americana, lo que se traduce en la suspensión de obligaciones que el Estado parte asumió al haber suscrito el Pacto de San José. Pero ello no significa que el Gobierno esté investido de poderes absolutos. La suspensión de garantías no debe exceder más allá de lo estrictamente necesario para atender la emergencia, por lo que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites.²⁴

La Convención Americana de Derechos Humanos —dice Ferrer Mac-Gregor—²⁵ no establece un modelo único de ley para la suspensión de garantías, pues por las distintas situaciones que contempla el artículo 27.1, las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a las “exigencias de la situación”, resultando claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras; en todo caso, la juridicidad de las medidas dependerá del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que aquellas guarden.

De todas maneras, el artículo 27 .2 de la CADH contiene “un núcleo inderogable de derechos” de los siguientes artículos:

3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 9 (principio de legalidad y de retroactividad), 12 (libertad de conciencia y de religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos) ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

En relación a esto último, en la Opinión Consultiva núm. 9 el Tribunal sostuvo que “...el entero régimen de protección judicial del artículo es aplicable a los derechos no suspendibles en los estados de emergencia, de tal

²⁴ Cfr. “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 6.

²⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 7 y nota 17, donde cita los casos *Espinoza González vs. Perú* y *Caso J. vs. Perú*, además de “El habeas corpus bajo suspensión de garantías”, Opinión Consultiva núm. 8.

forma que debían considerarse como garantías judiciales indispensables, el *habeas corpus*, el amparo “o cualquier otro recurso efectivo antes los jueces o tribunales competentes”.²⁶

Con respecto a los controles durante los estados de emergencia la Corte Interamericana ha sostenido que son de dos tipos. El primero es sobre la declaración del estado de emergencia en sí mismo, para verificar si la suspensión de garantías es conforme a la CADH “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”; y el segundo se refiere a los otros criterios ya enunciados sobre el núcleo inderogable de derechos; los límites espaciales, temporales y materiales de la emergencia para evitar su vaguedad; la plena vigencia de las garantías judiciales para controlar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas y la obligación de notificar a los demás Estados las suspensiones de derechos.²⁷

Y específicamente con respecto a esta emergencia por el COVID-19 en la Resolución 1/2020 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho

que la declaración de estado de emergencia excepcional para hacer frente a la dispersión de la pandemia del coronavirus, no debe utilizarse para suprimir un catálogo indeterminado de derechos o ad infinitum, ni para justificar actuaciones contrarias al derecho internacional por parte de agentes estatales, por ejemplo, el uso arbitrario de la fuerza o la supresión del derecho de acceso a la justicia para personas que sean víctimas de violaciones a derechos humanos en el contexto actual.²⁸

Pero es evidente que en el orden de la realidad no hay un adecuado cumplimiento de esta jurisprudencia, salvo honrosas excepciones, como los casos de Uruguay en especial y Costa Rica.²⁹

²⁶ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 8, donde cita “Garantías judiciales en estados de emergencia” (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87.

²⁷ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 10.

²⁸ En su Resolución 1/2020 del 10 de abril de 2020. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 12.

²⁹ Para un análisis de derecho comparado en nuestra región de 16 países, véase González Martín, Nuria y Valadés, Diego (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19. Derecho constitucional comparado*, México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, on line, 2020, producida por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Allí se observa como en la realidad de muchos de esos países se ha impuesto el gobierno por decreto, el hiperpresidencialismo y las violaciones de derechos fundamentales. Todo ello en notorio contraste con Uruguay, donde no se recurrió a institutos de emergencia por parte del Gobierno, sino a una libertad responsable por parte de la ciudadanía.

“En América Latina, los estados de emergencia significaron por décadas la desmesura legalizada”, afirma Diego Valadés, que agrega seguidamente: “En la actualidad se encuentran sujetos a numerosos requisitos que permiten su utilización en condiciones de relativa seguridad jurídica. Empero, hacen falta los elementos complementarios aquí mencionados: interdicción de la arbitrariedad, derecho a la verdad, derechos de las minorías parlamentarias y una nueva forma de cultura pública”.³⁰

Con respecto a Argentina, decía en las palabras previas de un libro de nuestra autoría con este mismo título:³¹

...destinamos este ensayo al análisis de los procesos de 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*.

³⁰ Valadés, Diego, “Problemas constitucionales de los Estados de emergencia”- El Estado es derecho y el derecho es sentido común convertido en deber ser”, en Barceló Rojas, Daniel Armando (coord.), *COVID19 y Parlamentarismo. El Parlamento en cuarentena*, cit., p. XXIV. En su agudo análisis sobre el derecho a la verdad, sostiene: “...es posible constatar que mentir, falseando, ocultando o exagerando hechos, se ha vuelto habitual incluso por parte de Jefes de Estado y de gobierno. A la mentira política pública se añadió una circunstancia de relevancia generalizada: la del COVID-19. Es probable que los Estados carecieran de datos exactos acerca de la pandemia y que por ende sus funcionarios no dijeran mentiras, pero así como en materia de derecho su ignorancia no excusa su cumplimiento, en lo que atañe al interés social los titulares de los órganos del poder no quedan relevados de su responsabilidad política por desconocer la realidad de los hechos. El derecho a la verdad significa que el poder no debe ocultarla y, además, debe procurarla “...Y más adelante señala: “Aquí encontramos otra debilidad institucional: el temor reverencial, la disciplina vertical y la obsecuencia que contribuyen a la reiteración escalonada de la mentira tiene una parte de su origen en la naturaleza patrimonialista del ejercicio del poder” (p. XXVI).

³¹ Antonio María Hernández, *Las emergencias y el orden constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2002 y 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Rubinzal Culzoni, 2003, con Prólogo de Diego Valadés. Para un análisis más profundo de lo que expondremos, 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 Hernández, Antonio María (dir.), *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2012, 2 tomos.

Sobre el *concepto de emergencia*, expresó Germán Bidart Campos:³²

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.³³

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 naturaleza,³⁴ c) para enfrentarlas el derecho crea diversas instituciones

³² Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. 2, p. 349.

³³ 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*, Buenos Aires, Alfa, 1956, t. 5, p. 396/7).

³⁴ Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. 2, p. 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 c. Irlanda”, núm. 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.

de emergencia;³⁵ *d*) estas 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; *e*) debe existir un verdadero estado de necesidad; *f*) debe mantenerse el pleno funcionamiento del sistema republicano, con especial énfasis en el accionar del Congreso y del Poder Judicial, para el control de constitucionalidad; *g*) debe respetarse la forma federal de estado; y *h*) debe establecerse la duración de las medidas dispuestas.³⁶

Y en cuanto a nuestros *institutos de emergencia*, los hemos clasificado en *previstos*, *prohibidos* y *no previstos por la Constitución*.³⁷

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

Los institutos prohibidos por el artículo 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.

³⁵ 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”. *Ibidem*, pp. 349/51.

³⁶ 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*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 45-52). 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 artículo 3o. 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 artículo 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 (*cf.* *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 102).

³⁷ Véase también las clasificaciones efectuadas por Midón, Mario, *Decretos de necesidad y urgencia*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

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,³⁸ entre otros, que produjeran las más severas lesiones al Estado de Derecho.

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 Presidente.³⁹

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 solo 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 periodo *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 autoridades.⁴⁰

³⁸ Véanse las dos ediciones de mi obra *Las emergencias y el orden constitucional*.

³⁹ Hernández, Antonio María, “El retorno al peor pasado centralista”, *La Nación*, 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*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012 y *A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

⁴⁰ 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.

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.

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 1983.⁴¹

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 Menen, que se caracterizó por un aumento tan impresionante de la cantidad de los mismos que se llegó a hablar de “gobierno por decreto”.⁴²

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 compartimos.⁴³

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:

⁴¹ Cfr. Midón, Mario, *Decretos de necesidad y urgencia*, cit.

⁴² Cfr. Ferreira Rubio, Delia y Goretti, Matteo, *Gobierno por decreto en Argentina, 1989-1993*, Buenos Aires, El Derecho, pp. 158 y ss., 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. Midón, Mario, *Decretos de necesidad y urgencia*, cit., p. 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).

⁴³ Cfr. Midón, Mario, *op. cit.*, pp. 54/57.

- 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.
- 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 congressional, hubo que deferir ello a la legislación reglamentaria.⁴⁴

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

⁴⁴ Véase todo el proceso de incorporación del instituto a la Constitución en las obras de Mario R. Midón, ya citada, pp. 59/69; de Ortiz Pellegrini, Miguel y Aguirre, Susana Lilliana, *Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional de 1994*, Córdoba, Lerner, 1995 y de Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 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.

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 jurídica.⁴⁵

En cuanto a la delegación legislativa, este instituto fue incorporado en el artículo 76, en la Disposición Transitoria Octava y en el artículo 100, inc. 12, sobre las funciones del Jefe de Gabinete. Como dice la primera de las normas, solo 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 Romero.⁴⁶

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

⁴⁵ 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 Hernández, Antonio María *A 25 años de la reforma constitucional de 1994-Legitimidad, ideas fuerza, diseño constitucional, modernización e incumplimiento*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

⁴⁶ *Cfr.* César Enrique Romero, “El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea”, *Revista de Estudios Políticos de Madrid*, España, 1963.

los diferentes Ministerios, etcétera, 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 inconstitucional.⁴⁷

En relación con el artículo 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

⁴⁷ 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 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 núm. 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 núm. 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, pp. 16/17).

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 legislativa.⁴⁸

El Congreso no solo 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 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;* e) *la práctica institucional de este último órgano, ya que durante algunos periodos 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.*⁴⁹

En cuanto a los *institutos de emergencia no previstos por la Constitución y por tanto inconstitucionales*, que antes mencionamos, causaron gravísimas violaciones

⁴⁸ Al comentar dicho fallo, destacamos que la Corte Suprema de Justicia estableció límites a la utilización de los Decretos de Necesidad y Urgencia cuando se ha producido la declaración de emergencia por el Congreso y se ha efectuado la delegación legislativa. Véase Hernández, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, México, UNAM, 2003, p. 147. Y en igual sentido, véanse los artículos de Néstor Pedro Sagüés, “Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa”, *Suplemento de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 23 de abril de 2003, pp. 58/62 y Gelli, María Angélica, “El caso Provincia de San Luis v. Estado Nacional”: entre el debido proceso adjetivo y el control de razonabilidad”, *Suplemento citado*, pp. 41/45. 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.

⁴⁹ Véanse Hernández, Antonio María, *Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 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 periodo anterior 2015-2019.

a los derechos humanos y afectaron profundamente el orden constitucional republicano y federal.⁵⁰

Solo nos detendremos por razones de brevedad, en las consecuencias de la última emergencia económica del 2001, que derivó en el llamado “corralito”, consecuencia del denominado “poder de policía de emergencia”⁵¹ y luego en la sanción de la Ley de Emergencia núm. 25.561.⁵²

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 núm. 1570 de 1 de diciembre de 2001, bajo la Presidencia de De la Rúa y la segunda, mediante el núm. 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.

⁵⁰ 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, Riberi, Pablo, “Emergencia como remedio constitucional ¿o viceversa?”, *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 23/9/2005.

⁵¹ 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, pp. 1467 y ss.; Carlos Colauti, “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, *op. cit.*; Alejandro Pérez Hualde; obras citadas; y Alberto Dalla Vía, “El constitucionalismo y las emergencias políticas, económicas y sociales en América del Sur”, en el libro “Constitucionalismo en tiempos de emergencia”, *op. cit.*, pp. 297 y ss.), entre otros.

⁵² Ello, porque aquella emergencia terminó recién en 2018, pero ya nuevamente desde fines de 2019, estamos con 9 clases de emergencias declaradas por la Ley núm. 27.541, entre las que se incluyó la económica y la sanitaria, con enormes delegaciones al Poder Ejecutivo.

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 1o. 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 depósitos.⁵³ Posteriormente la Corte Suprema de Justicia falló declarando la inconstitucionalidad del corralito en su segunda versión, establecida por el Decreto de Necesidad y Urgencia núm. 214, en el caso “Provincia de San Luis”, de fecha 5 de marzo de 2003.⁵⁴

⁵³ 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 artículo 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 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 “solo 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 solo puede valerse de sus propios poderes constitucionales, menos cualquiera de los poderes constitucionales del Congreso en la materia”. Véase 343 U.S. 579 (1952) 637” (Cf: Gabriel L. Negretto, “Emergencia y crisis constitucional en Argentina”, “Emergencia y crisis constitucional en la Argentina”, *El Derecho*, 1989, t. 154, p. 903 y nota 80).

⁵⁴ Véase Hernández, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, cit., pp. 119 y ss., 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.

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 aquellos 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 económica.⁵⁵

Reitero 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 núm. 27.541 del nuevo Gobierno Federal, que comprende la emergencia en 9 aspectos, incluido el sanitario, a partir de fines de 2019.

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 aquel 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.

⁵⁵ Véase Hernández, Antonio María, “El caso “Massa” y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica”, *Suplemento Especial de La Ley sobre “La emergencia y el caso Massa”*, Buenos Aires, febrero de 2007, pp. 70-80.

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 ARGENTINA⁵⁶

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 medidas.⁵⁷ Posteriormente explicó que *no era necesaria la declaración del estado de sitio*, pues con la aplicación del Decreto y de la emergencia sanitaria declarada anteriormente por el Congreso, se contaba con los instrumentos jurídicos e institucionales suficientes.

He destacado 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”*.⁵⁸

Y agregué:

⁵⁶ En Argentina al 20 de julio de 2020 hay oficialmente 126.755 afectados y 2.260 muertos, la mayoría en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁵⁷ Antes había dictado el DNU núm. 260/2020, con fecha 12 de marzo que había extendido por un año la emergencia sanitaria declarada por la Ley núm. 27.541, a la que antes nos referimos. Dicho DNU ha sido inconstitucional por las razones expuestas en la Nota 46, puesto que ya estaba declarada por Ley la emergencia. Asimismo no dejó de ser sorprendente el largo tiempo de extensión fijado para la emergencia, que incluso fue prorrogado aunque solo el Congreso debía prorrogar la misma. Por otra parte, ya el Senado en la Sesión del 13 de mayo aprobó dicho DNU, que ahora debe ser tratado en la Cámara de Diputados. Para un breve 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. Los 20 primeros DNU ya fueron aprobados por el Senado de la Nación, en la Sesión referida.

⁵⁸ 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. Pero ese criterio inicial se está manteniendo ya por demasiado tiempo, hasta el 7 de junio, lo que convertiría a nuestra cuarentena en la más extensa a nivel mundial, lo que está mostrando graves problemas no solo

En este contexto, esta 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 el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado.⁵⁹

Luego sostuvo:

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 dispuso la interrupción de los plazos parlamentarios, lo que significaba que no funcionaba el Senado. Y aunque se advierte alguna actividad virtual en la Cámara de Diputados, se descartó por el momento la realización de Sesión alguna. 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 preguntábamos si no podían funcionar las Comisiones y reunirse las Cámaras, tomando los cuidados recomendados; o si no se podían aplicar las tecnologías a distancia para el cumplimiento de las funciones legislativas.

económico sino psicosociales en la población. Por lo que aumentan los reclamos por el regreso de actividades, ya que en la gran mayoría de las Provincias no se producen ya contagios.

⁵⁹ Cfr. Hernández, Antonio María, *op. cit.*; *Clarín on line*, 23 de marzo. Y con fecha 27 de marzo reiteré la necesidad de que el Congreso sesionase para cumplir con su rol institucional (También en *Clarín on line* del 27 de marzo de 2020, como se detalla en la nota siguiente).

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.⁶⁰

A casi cincuenta días de aquellas 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*.⁶¹

1. *El retorno a las prácticas del pasado*

Se gobierna por Decretos y Resoluciones y por muy pocas personas, como ocurriría en el pasado. Hasta el 11 de mayo de 2020 se han dictado por el actual presidente 38 DNU y 12 Decretos Delegados.⁶²

No sesionó el Congreso y ahora lo hace de manera limitada y discontinuada y lo propio hace 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 ya están afectando los derechos individuales.⁶³

⁶⁰ Véase la nota “El Rol del Congreso en la crisis. Reclaman a Cristina Kirchner que el Senado controle y ayude al Gobierno y no se paralice”, *Clarín on line*, 27 de marzo de 2020, Buenos Aires.

⁶¹ Véase Hernández, Antonio María, “Federalismo y COVID-19”, *Clarín on line*, 24 de abril de 2020, donde analizamos las lesiones a las autonomías provinciales, de la CABA y de los Municipios, por el manejo centralista del Gobierno Federal.

⁶² Según lo analizan Delfina Cavallini Viale y Leandro Ferreyra, en el artículo “Cincuenta Decretos de Fernández”, *Palabras del Derecho*, 19 de mayo de 2020, on line, Buenos Aires. Véanse además, Alfonso, Santiago, Enrique Veramendi y Santiago Castro Videla, “El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo”, *La Ley*, Buenos Aires, 2019 y Alfonso Santiago, “Las tres generaciones de DNU (1983-2018)”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)*, vol. 20, núm. 2, diciembre de 2019, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires.

⁶³ Véanse Roberto Gargarella, “Frente al coronavirus: es necesario restringir las liberta-

*Hemos regresado al hiperpresidencialismo*⁶⁴ 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 democracia.⁶⁵

Debo considerar el tema del *Congreso*, por su especial gravedad institucional, ya que su falta de funcionamiento inicial durante casi 60 días, afectó hondamente nuestra democracia republicana y federal.⁶⁶

El Congreso no cumplió en su momento con sus obligaciones constitucionales para el control de los institutos de emergencia que se están utilizan-

des 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.

⁶⁴ 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 grave patología institucional, que produce incommensurables 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 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 periodos de jure” (*Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 529). Véase también Hernández, Antonio María, Cap. XVII, “El Poder Ejecutivo”, en Hernández, Antonio María (dir.) y Chiacchiera Castro, Paulina (coord.), *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2012, 2 ts.

⁶⁵ 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 (*op. cit.*, p. 562/6). Por eso sostuvo que nuestra democracia era “corporativa” y alejada del modelo correcto que defendía de democracia “deliberativa” (*op. cit.*, p. 605).

⁶⁶ 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 solicitaron 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.

do, especialmente de los Decretos de Necesidad y Urgencia y de los Decretos Delegados,⁶⁷ correspondientes a la emergencia sanitaria.

No se reunió la Comisión Bicameral Permanente prevista por el artículo 99, inciso 3, para recibir dentro de los 10 días del dictado de cada uno de ellos al Jefe de Gabinete de Ministros hasta el 28 de abril.

Tampoco se cumplió con la otra obligación posterior del tratamiento dentro de los 10 días por las respectivas Cámaras del Congreso.

Solo hubo un tratamiento rápido de 20 DNU que fueron aprobados en la Sesión del Senado de fecha 13 de mayo, cuando muchos de ellos merecían objeciones. Empezando por el 260/2020 que prorrogó por 6 meses la emergencia sanitaria, cuando se trata incuestionablemente de una facultad legislativa del Congreso y cuando además, no podía dictarse DNU alguno porque ya estaba declarada la emergencia por Ley.⁶⁸

Existen ya decenas de Decretos dictados como hemos mencionado, a los que se suman ya Decisiones Administrativas de la Jefatura de Gabinete de Ministros y Ministeriales, en una variedad de materias, sin el debido control legislativo y de constitucionalidad, como en el pasado que hemos descripto anteriormente.⁶⁹

Dichas Decisiones Administrativas fueron resultado de una delegación efectuada por DNU del Presidente al Jefe de Gabinete de Ministros, cuya constitucionalidad resulta cuestionable, así como la posibilidad de legislar por parte de este último funcionario. Recuérdese además lo expuesto en esta obra sobre este instituto de emergencia, luego de la incorporación del artículo 76 y además, los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación especialmente en los casos “Camaronera Patagónica” de 2014 y “Provincia de Santa Fe c. Estado Nacional” de 2015.⁷⁰

⁶⁷ Aunque en los Decretos dictados por el Poder Ejecutivo se menciona como fundamentación a los incisos 1 y 3 del artículo 99, correspondiente a Decretos reglamentarios y de Necesidad y Urgencia.

⁶⁸ Como lo estableció la Corte Suprema de Justicia en el caso “Provincia de San Luis c. Estado Nacional” de 2003, analizado en esta obra en el Anexo.

⁶⁹ Véase Delfina Cavallini Viale y Leandro Ferreyra, en el artículo “Cincuenta Decretos de Fernández”, *Palabras del Derecho*, 19 de mayo de 2020, on line, Buenos Aires.

⁷⁰ *Idem*. Y véase además Alfonso Santiago, Enrique Veramendi y Santiago Castro Videla, *op. cit.*, La Ley, Buenos Aires, 2019. Téngase presente que de acuerdo al artículo 76 la delegación —y por cierto la subdelegación— deben surgir claramente de la Ley del Congreso, como también lo expresa la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como antes analizamos. Véase asimismo Santiago Castro Videla y Santiago Maqueda Fourcade, *La delegación legislativa y el estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación*, Abaco, Buenos Aires, 2018, donde se analiza la falta de control de las subdelegaciones.

Pero además de ello, frente a la complejidad de la pandemia, con sus múltiples problemas no solo sanitarios, sino políticos, económicos, sociales, institucionales éticos e 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 emergencia.⁷¹

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

Si no lo hizo con la presencia física de los Legisladores, como otros Congresos y Parlamentos,⁷² pudo hacerlo de manera virtual, como también ocurre en otros países.⁷³

⁷¹ 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 los aspectos de esta emergencia, no merecen debate el costo producido por los insumos traídos desde China? O las contrataciones que se realizan, algunas de las cuales ya requieren investigación penal, como en el caso de la compra de alimentos por el Ministerio de Desarrollo Social, por la que renunciaron 15 funcionarios? O el plan para una salida ordenada de la cuarentena? O los controles del humor social por ciberpatrullaje que anunció la Ministra de Seguridad? O el destino de los subsidios al transporte que mayoritariamente son destinados al área metropolitana? 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, disponible en: www.elnuevoherald.com.

⁷² Como los de Estados Unidos, Alemania, 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.

⁷³ Para un análisis del funcionamiento a distancia 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

Ante los reclamos por el funcionamiento del Congreso,⁷⁴ la Presidenta del Senado presentó una *Acción Declarativa de Certeza ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación* 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 COVID-19?”.

Dicha presentación ha producido numerosos rechazos por una multiplicidad de razones jurídicas, institucionales y políticas, tanto por los propios Legisladores⁷⁵ como por Profesores de Derecho.⁷⁶

Por razones de extensión de este trabajo, enuncio sintéticamente los argumentos por los que sostengo 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 origina-

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”, *Clarín on line*, del 19 de abril de 2020.

⁷⁴ 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 artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional y los de la Ley Reglamentaria núm. 26.122.

⁷⁵ 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).

⁷⁶ En cuanto a los Profesores de Derecho, casi en su totalidad, se opusieron 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 Onaíndia, con la opinión contraria de Rondina y con dudas 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.

ria, conforme al artículo 117 de la Constitución Nacional, que solo 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 artículo 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 a nuestro sistema republicano y federal.⁷⁷

En relación a este tema, con fecha 21 de abril se expidió el *Procurador General de la Nación*, doctor Eduardo Casal, en la Vista que le fuera corrida, expresando que 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*”.⁷⁸

Finalmente la *Corte Suprema de Justicia de la Nación falló al respecto el día 24 de abril, rechazando por unanimidad el planteo formulado*, en una extensa sentencia con 3 votos de mayoría de los Ministros Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti, 1 voto concurrente del Ministro Rosatti y un Voto en disidencia parcial del ministro presidente Rosenkrantz.⁷⁹

En definitiva, y como consecuencia de las diversas opiniones críticas expresadas desde la prensa, la doctrina y algunos sectores de la oposición por la falta de funcionamiento, el *oficialismo se ha visto obligado a convocar a sesiones en ambas Cámaras*.

Con fecha 13 de mayo de 2020 se produjo la *primera Sesión tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados*, con la presencia de las respecti-

⁷⁷ Nunca había ocurrido una situación como esta en la historia argentina y creemos que es muy difícil encontrar alguna similar en el derecho comparado. Es además, un notable ejemplo de “judicialización” de la política.

⁷⁸ Véase CSJ 353/2020/CS1, Ministerio Público-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.

⁷⁹ Véase CSJ 353/2020/CS1, Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza. El Alto Tribunal abundó en consideraciones para rechazar la acción presentada, tal como las que hemos expresado anteriormente, aunque por razones de extensión de este trabajo y del fallo de 74 páginas, no nos detendremos en su análisis. Véanse al respecto los comentarios de Gustavo Menna, “Un fallo que juega al empate e interfiere en el debate político del Congreso”, La Nación, Opinión, 26 de abril de 2020 y de Roberto Antonio Punte, “Los congresos y parlamentos en tiempo de pandemia. Lo que resolvió la Corte el 24 de abril. Lo que la Corte no dispuso. Lo imprescindible y lo que resulta aconsejable hacer”, (Revista Digital de la AADC, núm. SE 3, 27 de mayo de 2020).

vas autoridades de las Cámaras como también de parte de los distintos Bloques, mientras que el resto de los Senadores y Diputados estuvieron comunicados a distancia. Y en relación a los temas tratados, se ha destacado en el Senado la consideración de 20 Decretos de Necesidad y Urgencia.⁸⁰

Ha sido un avance que después de 60 días haya comenzado a funcionar el Congreso, aunque sea de manera mixta con la presencia de sus respectivas autoridades y de pocos Legisladores en el recinto y el resto conectado tecnológicamente a distancia. Y aunque estas primeras experiencias fueron positivas, resulta evidente que el sistema es precario y no puede compararse con el debate presencial, al cual hay que regresar lo antes posible.

Lo exigen las circunstancias por la complejidad de la pandemia, con sus múltiples problemas no solo sanitarios, sino institucionales, políticos, económicos, sociales e internacionales, que requieren el más profundo debate y deliberación de la máxima y más completa representación del pueblo.

Mientras tanto, debe asegurarse el funcionamiento presencial de las Comisiones de Labor Parlamentaria y de las Comisiones Bicamerales de Control y en especial de la Permanente destinada al análisis de los DNU que faltan, además de los Decretos Delegados, que implican la presencia del Jefe de Gabinete de Ministros. Este funcionario además debe efectuar su informe mensual ante cada una de las Cámaras. Y sería conveniente la presencia de un número cada vez mayor de Legisladores en los recintos respectivos para el ejercicio de sus funciones.

En estas circunstancias, no puede dejar de señalarse la *extraordinaria gravedad del DNU N° 457* dictado por el Presidente en acuerdo de Ministros, con fecha 10 de mayo de 2020, que en su artículo 4o. autoriza al jefe de gabinete de ministros a disponer la modificación del 100 % de las partidas presupuestarias. Recuérdese que estos poderes del funcionario habían sido limitados anteriormente al 5 % de las partidas, según lo establecido en el artículo 37 de la Ley de Administración Financiera. En consecuencia, *resulta evidente que*

⁸⁰ Que fueron todos aprobados, cuando resulta evidente que requerían de un análisis detenido y particularizado, porque se trata del ejercicio de actividad legislativa. Algunos de ellos han merecido cuestionamientos por su constitucionalidad, comenzando por el 260/2020, como lo vimos anteriormente. Véase Alfonso Buteler, “La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria”, *La Ley*, Buenos Aires, 2020 y además, Néstor P. Sagüés, “Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa”, en el *Suplemento de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *Jurisprudencia Argentina*, 23 de abril de 2003, Buenos Aires, pp. 58/62. .

*se ha adoptado una decisión groseramente inconstitucional, que avanza sobre una de las competencias más importantes del Congreso, que es la presupuestaria.*⁸¹

Y esto consolida categóricamente el *hiperpresidencialismo* y *gobierno por decreto que hemos vuelto a padecer*, en retorno a la triste historia de las emergencias soportadas.⁸²

Por el contrario, la cuestión consiste en transitar desde esta democracia delegativa y corporativa de baja calidad institucional profundizada por la emergencia hacia una democracia deliberativa y participativa, donde las grandes decisiones políticas se adoptan mediante la sanción de Leyes.⁸³

Necesitamos pensar la Argentina con proyección de futuro hacia una democracia republicana federal, con ejercicio de una política arquitectónica para cumplir con nuestro proyecto político por antonomasia que es la Constitución Nacional.

2. *Federalismo y rol de los gobiernos subnacionales*

Considero 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*.

⁸¹ Véase el artículo de Laura Serra, “Coronavirus en la Argentina. La oposición denuncia que los “superpoderes” otorgados a Santiago Cafiero violan la Constitución”, *La Nación*, on line, 11 de mayo de 2020. En dicho Decreto se aumentó además el gasto público en 498.000 millones de pesos. Téngase en cuenta además que el Poder Ejecutivo todavía no remitió su proyecto de presupuesto al Congreso, por lo que se ha reconducido el del año 2019. Adviértase en consecuencia, la baja calidad institucional que padecemos. Véase además, Antonio María Hernández, “Hiperpresidencialismo y Presupuesto”, *La Ley*, Suplemento, noviembre de 2015, núm. 07, Buenos Aires, pp. 25 y ss..

⁸² Adviértase que no obstante que el Congreso volvió a funcionar desde el 13 de mayo pasado, ha continuado el dictado de DNU, como por ejemplo el N° 493/2020 de 24 de mayo de 2020, que ha prorrogado la cuarentena hasta el 7 de junio, cuando resulta evidente que debiera ser el órgano legislativo quien adopte dicha medida.

⁸³ Véase Gargarella, Roberto, “Democracia y emergencia en América Latina”, donde pone de relieve el valor de la deliberación democrática en esta instancia, en lugar del gobierno de unos pocos, entre otros aspectos. (*Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*”, núm. SE 3, 27 de mayo de 2020).

Aunque se realizaron 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 por casi sesenta días, afectó directamente a nuestra Federación. No se escucharon 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 Municipios.⁸⁴

Y además, que los servicios públicos en esta materia, están a cargo principalmente de Provincias, la CABA y los Municipios.

En consecuencia, debió haberse adoptado una *participación conjunta y coordinada* de los diversos gobiernos en las grandes decisiones durante la emergencia, en lugar de las asumidas solo por el Poder Ejecutivo mediante Decretos.

Asimismo hubiera sido conveniente un desarrollo más pronunciado de las *relaciones interjurisdiccionales*⁸⁵ y una *mayor decisión y ejecución a cargo de los gobiernos subnacionales.*

⁸⁴ 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 González Martín, Nuria y Valadés, Diego (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19-Federalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

⁸⁵ 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 Hernández, Antonio María, *La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino*, Buenos Aires, Iusbaire, 2017.

Afirmo, no obstante, que la decisión principal que fue la de disponer la cuarentena, *fue acertada y ha logrado tener éxito*,⁸⁶ *por contar con el apoyo de los Gobiernos Provinciales, de la CABA y Municipales*.⁸⁷

Estimo 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 Alemania.⁸⁸

Deteniéndome 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 medidas.⁸⁹

⁸⁶ Aunque debemos manifestar nuestra preocupación por la extensión de la misma, con los graves problemas que ello está produciendo en la economía y en otros aspectos de la salud psico-social de las personas. Téngase presente que se han destacado modelos como el sueco y el uruguayo, que si bien aconsejaron el distanciamiento social y otras medidas, no establecieron una cuarentena obligatoria, mostrando máximo respeto por las libertades personales. Véase además Sybil Rhodes, “Libertad de movimiento después de COVID-19”, CADAL, on line, 19 de mayo de 2020.

⁸⁷ Véanse Alberto Porto y Luciano di Gresia, “El rol de los gobiernos subnacionales (provinciales y municipales) en la pandemia COVID-19”, Universidad Nacional de La Plata, 13 de abril de 2020 y 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”, op. cit..

⁸⁸ 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 estos 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/). Véase también Detlef Nolte, “Respuestas a la pandemia: la experiencia de Alemania”, *Clarín*, on line, 5 de mayo de 2020. Para un análisis de derecho federal comparado, véase Hernández, Antonio María, *Estudios de federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2018.

⁸⁹ El artículo 3o. 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...”.

Pero en ese mismo Decreto en el artículo 2o. se dispone prácticamente una *subordinación* de los gobiernos subnacionales, ya que solo *la Jefatura de Gabinete está facultada para disponer excepciones para la salida ordenada* de la cuarentena, a pedido de aquellos Gobiernos.⁹⁰

Y lo propio ocurrió con el *Certificado Unico Habilitante para Circulación* en todo el país, correspondiente solo al Ministerio del Interior, con un muy alto grado de centralización.⁹¹

Pienso 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 se trabaja en la extensión de la cuarentena hasta mayo y junio.⁹²

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, Corrientes, Chubut, Mendoza, San Juan, Misiones, Santa Cruz, Tucumán, Neuquén, San Luis, Entre Ríos, Santa Fe, La Rioja y La Pampa hay muy pocos, por lo que la reanudación de actividades y la mayor circulación debe resolverse anticipadamente a otros lugares del país, como la Provincia de Buenos Aires y la CABA, que presentan los mayores focos de contagio y en proporción menor, las Provincias de Córdoba y Río Negro.

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 casos.⁹³

⁹⁰ En igual línea, el DNU 408/2020 otorga a las Provincias la determinación de actividades y la confección de los protocolos respectivos, pero reafirmando la competencia federal, ya que en último término deciden los Ministerios de Salud y la Jefatura de Gabinete de Ministros. Y lo propio dispuso el más reciente DNU 493/2020 de 24 de mayo de 2020, de prórroga de la cuarentena. Véase al respecto el artículo de Martín Acevedo Miño, “La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas”, *El Derecho*, Buenos Aires, 15 de mayo de 2020.

⁹¹ Véase la Resolución 48/2020 del Ministerio del Interior, del 28 de marzo de 2020.

⁹² 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 continuación de la cuarentena con más flexibilizaciones”, *La Nación on line*, 22 de abril de 2020, nota de Gabriela Origlia.

⁹³ Véase la nota de Fernando Colautti, “Pocos Intendentes piden abrir más actividades”, *La Voz del Interior*, Córdoba, 22 de abril de 2020, p. 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. En el caso de la Provincia de Buenos Aires 72 Municipios han solicitado lo mismo.

Creo 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.⁹⁴

En este aspecto, resulta incuestionable la importancia y trascendencia del rol desarrollado específicamente por los *gobiernos municipales*, durante esta emergencia. En primer lugar, tal como antes lo expresara, por sus amplias competencias en materia sanitaria, concurrente con la de los otros órdenes gubernamentales.⁹⁵

Se trata del ámbito estatal en contacto directo e inmediato con la población, que en nuestro país tiene características urbanas muy pronunciadas.

Cualquiera sea la magnitud de los gobiernos locales, todos han desarrollado actividades de prevención, contención y apoyo en la lucha contra el COVID-19.

Y muy especialmente se advirtió su imprescindible papel por la directa relación con los sectores más vulnerables, que se presentan tanto en pequeñas localidades, en ciudades intermedias como en las grandes áreas metropolitanas, con situaciones de pobreza, vulnerabilidad y exclusión social.

En tan sentido es pertinente señalar la importancia de los Centros de Atención Primaria de la Salud, que con sus equipos multidisciplinarios, cumplen un rol imprescindible en la lucha contra la pandemia y en el cuidado de la salud, porque constituyen el servicio más inmediato y cercano para la población.⁹⁶

Véase nota de Lucsole, María José, “Coronavirus en Argentina: más de la mitad de los municipios bonaerenses pidieron flexibilizar la cuarentena”, *La Nación on line*, 24 de abril de 2020.

⁹⁴ Piénsese en el caso de la empresa Volkswagen que solicitó la apertura de su fábrica en Córdoba a pedido de la central en Alemania, y que tuvo que esperar su 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, p. 8.

⁹⁵ Ha sido muy importante el fallo del Supremo Tribunal Federal de Brasil, que ante el reclamo del Gobierno Federal acerca de su competencia exclusiva para adoptar las medidas de protección y aislamiento social durante la pandemia, sostuvo que se trataba de una facultad concurrente entre los diversos órdenes gubernamentales que requería la coordinación entre los mismos. Y en consecuencia, avaló las medidas dispuestas por los gobiernos estatales y municipales al respecto, ante la actitud del presidente Bolsonaro que se oponía a las mismas. Véase Supremo Tribunal Federal, ADPF 6341MC/DF, ministro relator Marco Aurelio, del 24 de marzo de 2020. Otro ejemplo de la importancia del sistema federal, que posibilita una respuesta descentralizada que es más eficiente para combatir la pandemia.

⁹⁶ Véase Patricio Cacase, “La atención primaria en esta pandemia: crisis y oportunidad”, *Clarín*, on line, Opinión, 29 de mayo de 2020.

Esa inmediatez con los problemas produjo que algunos gobiernos locales se hayan adelantado al Gobierno Federal o a los respectivos Gobiernos Provinciales en la adopción de medidas preventivas, como el de Bahía Blanca, que prohibió el 12 de marzo la realización de eventos y actividades con concurrencia masiva de público, entre otros de la Provincia de Buenos Aires.⁹⁷ Tal como había ocurrido en otras Federaciones.⁹⁸

El triste y riesgoso espectáculo que se produjo el 3 de abril de 2020, con la presencia de miles de jubilados y pensionados agolpados frente a los Bancos, fruto de la centralista decisión de las autoridades de la Anses y del Banco Central, pudo ser evitado con solo haber coordinado o encargado dicha organización a las autoridades locales.

Ello no excluye, como veremos más adelante, la comisión de excesos por parte de gobiernos provinciales y locales, como entre otros, la prohibición de tránsito o el establecimiento de toques de queda o de medidas que hayan provocado conflictos de competencia como en la fijación de horarios de comercio.⁹⁹

Mientras tanto, el Gobierno Federal al sancionar la *Ley de Emergencia N° 27.541 de 2019* produjo un retroceso bajo el punto de vista del federalismo, al detener el proceso de transferencia de *Edenor y Edesur*, a la Provincia de Buenos Aires y a la CABA.¹⁰⁰ O sea que está a cargo del Tesoro Nacional nuevamente la

⁹⁷ Mediante el Decreto 317/2020, lo que sería continuado a los pocos días por otros Municipios como La Plata, Tandil, Olavarría, Pilar, Avellaneda, Mar del Plata, Brandsen, entre muchos otros. Véase Víctor Malavolta y Orlando Pulvirenti, “El federalismo y el municipalismo en tiempos de pandemia”, 28 de abril de 2020, *www.saij.gob.ar*. Orlando Pulvirenti es Miembro del Instituto de Federalismo y responsable de los informes de la Provincia de Buenos Aires.

⁹⁸ Malavolta y Pulvirenti en su artículo citado mencionan el caso del Gobierno local de San Francisco, frente al Gobierno Estadual de California, así como los casos que más adelante mencionamos sobre el federalismo norteamericano.

⁹⁹ Un caso notable fue el del gobierno local de Puerto Iguazú, que anunció el cierre del puente Tancredo Neves que nos vincula a Brasil, lo que fue evitado por la advertencia del Juez Federal de El Dorado. Véase Ernesto Azarkevich, “Coronavirus en Argentina: Finalmente Puerto Iguazú no cerró su frontera con Brasil”, *Clarín, on line*, 25 de marzo de 2020. Otros casos que citan Malavolta y Pulvirenti en su artículo “El federalismo y el municipalismo en tiempos de pandemia” ya citado, son los de Campana, Pilar, Escobar y Brandsen en la Provincia de Buenos Aires, con respecto a las autorizaciones para el trabajo de pileteros, cortadores de pasto y jardineros, que no estaban incluidos en los DNU nacionales, lo que motivara la intervención del Juez Federal de Campana. Y además, la fijación de horarios comerciales como en Junin, cuando esa competencia correspondería a la Provincia.

¹⁰⁰ Véase el artículo de Laura González, “Cubrir el rojo del sistema energético demandará unos 470.000 millones”, con el subtítulo: Son los fondos que el Estado deberá inyectar hasta diciembre para evitar un colapso, según cálculos de Cammesa, *La Voz del Interior*, pág. 6 del 18 de mayo de 2020. Y más específicamente el artículo en esa misma página,

prestación de esos servicios públicos que benefician al área metropolitana, de la misma manera que han continuado los *subsidios al transporte* que la privilegian.¹⁰¹

Merece considerarse asimismo el sorprendente *conflicto judicial* que se planteó entre los *Juzgados Federales de Corrientes y Resistencia*, originado por las diversas resoluciones dictadas en relación a la posibilidad de prestación de servicios medicos por aquellos profesionales que viven en Corrientes pero que trabajan en Resistencia.

En efecto, frente a una Circular del Gobierno de Corrientes que prohibía esa posibilidad, el juez federal de resistencia ordenó lo contrario, en una acción presentada por la Asociación de Clínicas y Sanatorios y de la Federación de Médicos de la Provincia de Chaco.

A su vez, la Provincia de Corrientes presentó una acción declarativa con medida cautelar ante el Juez Federal de Corrientes contra dicha resolución, que hizo lugar a la misma dejando sin efecto la misma en su jurisdicción. Y luego, nuevamente el Juez Federal de Resistencia volvió a ordenar a la Provincia de Corrientes que no impidiese a los medicos el ejercicio de sus funciones, conforme los DNU del Gobierno Federal.

“Otra vez, la Nación asistirá a usuarios de Edesur y Edenor”, lo que demuestra la gravedad de la decisión asumida de reasumir la jurisdicción nacional, lo que centraliza el manejo de esas distribuidoras a través de ENRE, en perjuicio directo del interior del país. Y lo propio ocurrió con el servicio de agua potable a través de Aysa, cuando es más que evidente que son servicios que deben estar a cargo de los gobiernos de la Provincia de Buenos Aires y de la CABA. También es muy preocupante el posible cierre del aeropuerto del Palomar, que afectaría a las empresas aéreas de Low Cost y con ello, a los vuelos al interior del país. Véase el artículo de Gonzalo Perez Corral, “Solos no se crece”, *La Voz del Interior*, Córdoba, 24 de mayo de 2020.

¹⁰¹ Por este motivo, los Intendentes de Córdoba, Rosario, Santa Fé y Paraná presentaron un reclamo al Gobierno Federal, ya que solo reciben menos del 10% de subsidios para el transporte, mientras que el Area Metropolitana alcanza a un 91%. Véanse las notas de Diego Marconetti, “Intendentes y diputados, por más subsidios para el interior”, *La Voz del Interior*, 22 de mayo de 2020 y especialmente “Subsidios al transporte: de cada \$ 10, apenas uno va para el interior”, *La Voz Interior*, 27 de mayo de 2020. En este último afirma que en 2019 la Nación repartió más de 69.400 millones, quedando el 91% en el AMBA, y que esa brecha se amplió este año. Eso ha significado que por cada ómnibus de dicha zona se aportaron 3,46 millones de pesos, mientras que a cada uno del interior le correspondió 420.000 pesos. Y esto explica que la tarifa promedio en el AMBA sea de 12,75 pesos, mientras que en el resto de las jurisdicciones es de un promedio de 28 pesos, y en el caso de Córdoba es de 31,90 pesos. Por si faltara algo, el Presidente acaba de disponer el reparto de 20.000 millones para obras en el Gran Buenos Aires, además de la reactivación de 68 obras por parte de Aysa en municipios del conurbano. Véase el artículo “\$ 20.000 millones para el Gran Buenos Aires”, *La Voz del Interior*, 27 de mayo de 2020.

Esa medida cautelar fue confirmada por la Cámara Federal de Resistencia, en una importante resolución de fecha 20 de abril de 2020, que posibilitó el ingreso del personal médico de Corrientes a la Provincia del Chaco.¹⁰²

Además de las cuestiones federales a analizar, se ha tratado de un conflicto judicial que debe resolver la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹⁰³

Una cuestión similar se planteó entre los *Juzgados Federales de Río Cuarto y de San Luis*, puesto que ante la medida cautelar del primero que ordenaba la terminación del bloqueo dispuesto por la Provincia de San Luis de la Ruta Nacional núm. 8, de la Ruta Provincial núm. 30 y de caminos vecinales que unen al Departamento Río Cuarto de la Provincia de Córdoba con la Provincia de San Luis, el Juez Federal de San Luis hizo lugar a una medida cautelar contraria solicitada por dicho Gobierno Provincial.

Se trata de un Amparo que hemos presentado ante el Juez Federal de Río Cuarto en nombre de cuatro entidades que representan a miles de ciudadanos del Sur de la Provincia de Córdoba, ante la extrema gravedad de los derechos conculcados por el cierre de completo de dichas rutas, en un retorno al Medioevo dispuesto por el Gobierno Provincial de San Luis.¹⁰⁴

El juez Ochoa, luego de correr vista a la Fiscalía, hizo lugar a la medida cautelar, ordenando la apertura de las rutas y caminos mencionados, con el cumplimiento de los requisitos establecidos por el DNU 297 del Poder Ejecutivo de la Nación.

Por su parte, el Fiscal de Estado de San Luis, ante la noticia del amparo presentó una Acción declarativa de certeza ante el Juez Federal de San Luis sobre la constitucionalidad de la legislación provincial, con pedido de

¹⁰² Véanse los autos “Asociación de Clínicas y Sanatorios y Federación Médica del Chaco c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Corrientes y/o Poder Ejecutivo de la Prov. de Corrientes s/ Medida Cautelar” (Expte. núm. 1331/2020).

¹⁰³ Véase el artículo de Orlando Pulvirenti, “Tres fallos y el federalismo en la pandemia”, *Microjuris.com*, MJ/DOC/15283/AR, 14 de abril de 2020.

¹⁰⁴ En los autos “Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c. Provincia de San Luis-Poder Ejecutivo-Amparo”, donde son actores la Sociedad Rural de Río Cuarto, la Sociedad Rural de Vicuña Mackenna, la Asociación Civil de Transportistas de Achiras y el Consorcio Caminero de Achiras. En dichos autos constan las fotografías del cierre completo de dichas rutas, y en el caso de los caminos vecinales, de los terraplenes construidos de casi metros de altura y con zanjas que llegan a los 20 Kms., para impedir cualquier acceso a la Provincia. Lamentablemente, no es la única Provincia en concretar estas medidas inconstitucionales. Lo acaba de ordenar la Provincia de Tucumán, incluso mediante Ley de la Legislatura, sancionada con fecha 7 de julio de 2020 y por 60 días. (Infobae, 7 de Julio, Buenos Aires). Y en otras Provincias y Municipios se avanza en tal sentido.

medida cautelar, para impedir el cumplimiento de lo ordenado por el Juez Federal de Río Cuarto.¹⁰⁵

Ante el conflicto de competencia planteado, este Juez ha resuelto la elevación del expediente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sabíamos que allí terminaría esta causa promovida por vecinos de una Provincia contra otra Provincia, donde la competencia federal es indudable por razones de materia y de personas, según lo dispuesto por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.

Parece increíble que esto ocurra en la realidad: una Provincia que impide el tránsito interprovincial en una Ruta Nacional como la núm. 8, en violación de los artículos 9 a 12 de la Constitución Nacional y de principios elementales del federalismo argentino, con profundas afectaciones de derechos fundamentales como veremos más adelante.

También se produjo otro *conflicto entre las Provincia de Mendoza, Jujuy, Chubut y Corrientes y el Gobierno Federal*, que decidió impedirles la compra de respiradores a la empresa cordobesa Tecme, pese a que los habían encargado con anterioridad, para centralizar su distribución.¹⁰⁶

Es pertinente también efectuar una referencia a la *interpretación del Art. 128 de la Constitución Nacional*, ya que ha sido reiteradamente invocado en varios DNU dictados durante esta emergencia, a partir del 260/2020, para tratar de fundamentar una subordinación de las provincias al gobierno federal.

La norma dispone que “Los Gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno Federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación” y tuvo su origen en el Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi y a su vez, en la Constitución de Nueva Granada. Como expresa Guillermo Barrera Buteler: “Este artículo generó una fuerte polémica entre Alberdi y Sarmiento, ya que este último lo calificó de “sistema bastardo que da al gobierno de una provincia dos naturalezas distintas, dos orígenes a su autoridad, dos respaldos opuestos y dos inspiraciones diversas”.¹⁰⁷

Y después de señalar las dificultades planteadas por la norma, en general rechazada por la doctrina y calificada como anacrónica, sos-

¹⁰⁵ “Gobierno de la Provincia de San Luis c. Confederación de Asociaciones Rurales de la 3ª. Zona y otros s/ Acción meramente declarativa de Derecho”.

¹⁰⁶ Véase la nota de Daniela Mozetic, “Cruce entre Ginés y Gobernadores por la compra de respiradores”, Perfil, Buenos Aires, 28 de marzo de 2020.

¹⁰⁷ Guillermo Barrera Buteler, “Los Gobernadores como agentes naturales del gobierno federal”, en Sabsay, Daniel (dir.) y Manili, Pablo (coord.), *Constitución de la Nación Argentina*, t. IV, p. 932. Sarmiento había sostenido esa opinión en sus “Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina”.

tiene que “no puede darse al artículo una interpretación que coloque al Gobernador en calidad de subordinado jerárquico del Gobierno central”.¹⁰⁸ Y luego indica que por el contrario, “la idea de ejecución a nivel provincial de leyes y programas de gobierno federales, sobre la base de acuerdos interjurisdiccionales, lejos de afectar la autonomía local, la fortalece...”.¹⁰⁹

Y así es como debe interpretarse el artículo 128, de manera sistemática y armónica con el plexo constitucional, a la luz del federalismo de concertación, incorporado en la gran reforma de 1994.

Sin embargo y tal como lo he adelantado inicialmente en el análisis de esta emergencia,¹¹⁰ se volvió a un grado notable de centralización, en violación de las instituciones propias de nuestro federalismo.

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

Continuando con el análisis, debo considerar brevemente cómo ha sido el *funcionamiento institucional de los gobiernos subnacionales* en la emergencia.

Y también aquí se ha observado el *fenómeno del hiperpresidencialismo*,¹¹¹ con *falta de funcionamiento en general de Legislaturas y de Concejos Deliberantes*, aunque con las excepciones que seguidamente indicamos. En efecto, han sesionado de manera presencial la Legislatura de Neuquén y en forma virtual las de Córdoba, Mendoza, Río Negro y Salta y los Concejos Deliberantes de Córdoba, Mendoza, Rivadavia, Maipu, Godoy Cruz, Guaymallen, Neuquén, Santa Rosa, Salta, Viedma, Villa Regina y Cipolletti.¹¹²

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 932.

¹⁰⁹ *Idem*. Y menciona como ejemplo al federalismo alemán, en los artículos 84 y 85 de su Ley Suprema.

¹¹⁰ En el artículo de nuestra autoría titulado “Federalismo y COVID-19”, *Clarín on line*, 24 de abril de 2020.

¹¹¹ Se ha repetido en general en las Provincias y Municipios el modelo observado en el Gobierno Federal. Véase el artículo antes citado de Malavolta y Pulvirenti, donde se citan ejemplos de Decretos o simples Resoluciones Administrativas, incluso en cuestiones tributarias, sin participación de los Concejos Deliberantes, en distintos gobiernos locales de la Provincia de Buenos Aires. Además véase en relación con 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*, *cit*.

¹¹² 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 norteameri-

La regla ha sido el Gobierno por *Decretos de los Gobernadores* o a veces, ni siquiera eso, sino mediante Resoluciones o Decisiones administrativas de otros funcionarios inferiores.

Ejemplo de ello ha sido la Provincia de Chubut, donde se ha violado el artículo 156 de la Constitución Provincial sobre el dictado de DNU, que dispone que deben ser presentados dentro de los 5 días ante la Legislatura y que si no son aprobados dentro de los 30 días quedan derogados. Pero al no sesionar la misma, el Gobernador presentaba el mismo DNU antes de su vencimiento.¹¹³

En la Provincia de Salta se dictó el DNU 250/20 que declaró la emergencia y creó el Comité de Emergencia presidido por la Ministra de Salud. Se ha cuestionado además al DNU 255/20 que reguló materia contravenacional por DNU, a la vez que las “figuras” parecen superponerse con las disposiciones del Código Penal, siendo materia propia del Congreso Nacional. También se ha observado que como autoridad de aplicación se haya designado al Jefe de Policía. El CELS ha presentado recientemente un amparo ante la Corte Suprema de Salta (con competencia originaria por tratarse de un acto del Gobernador) requiriendo la declaración de inconstitucionalidad. Y todo ello, no obstante el funcionamiento virtual de la Legislatura Provincial.¹¹⁴

En la Provincia de Neuquén por Decreto 366/2020 del 15 de marzo de 2020 del Gobernador se declaró el estado de emergencia sanitaria en el territorio provincial por el término de 180 días y se creó el Comité de Emergencia “ad hoc”, invitándose a los restantes poderes del Estado provincial, municipios y comisiones de fomento a adherir y disponer medidas correlativas. Y la Legislatura por Ley 3230 del 25 de marzo de 2020 declaró la emergencia, habilitándose al Poder Ejecutivo a prorrogar ese término por única vez y por igual lapso de tiempo.¹¹⁵

canos en la pág. web de la National Conference of State Legislatures, www.ncsl.org, con toda la información en torno al COVID-19,

¹¹³ Véase a José Raúl Heredia, Miembro del Instituto de Federalismo, responsable de los informes en Chubut, en el titulado “La pandemia y decisiones en Chubut”, de fecha 24 de abril de 2020. También hace referencia a los avances producidos sobre las autonomías municipales, que provocaron reclamos de los gobiernos municipales de Comodoro Rivadavia, Trelew y Esquel, entre otros.

¹¹⁴ *Cfr.* Informe del Prof. Ignacio Colombo Murúa, Miembro del Instituto de Federalismo, responsable de los informes en Salta, de fecha 27 de abril de 2020.

¹¹⁵ *Cfr.* Informe del Prof. Armando Mario Márquez, Miembro del Instituto de Federalismo, responsable de los informes en Neuquén, de fecha 5 de mayo de 2020.

En la Provincia de Río Negro se dictó el DNU 01/2020 del 13 de marzo de 2020 que declaró en emergencia sanitaria al territorio provincial por el plazo de un año, plazo que podrá ser prorrogado en caso de persistir la situación epidemiológica, estableciendo que sea el Poder Ejecutivo la única autoridad de la cual emanen las decisiones e instrucciones. Asimismo se creó el Comité de Crisis integrado por los diversos Ministerios. Por su parte la Legislatura adoptó unas pocas y diversas resoluciones al respecto, que no estuvieron acordes al rol institucional que debió ejercer en la emergencia.¹¹⁶

En la Provincia de Córdoba la Legislatura sancionó la Ley núm. 10.690 con fecha 18 de marzo de 2020 que dispuso la adhesión a la Ley Nacional núm. 27.541 que había declarado la emergencia sanitaria, al DNU 260 que la prorrogó y a la legislación nacional que se dicte en la materia. Asimismo se ratificaron los Decretos núms. 156 y 196 de fechas 9 y 16 de marzo de 2020 del Poder Ejecutivo Provincial que habían declarado el Estado de alerta, prevención y acción sanitaria contra el dengue, coronavirus y sarampión y se facultó al Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Salud a tomar las medidas necesarias en la materia.

Posteriormente, mediante Resolución 311 del Ministro de Salud de la Provincia, de fecha 24 de marzo de 2020 se creó el Centro de operaciones de Emergencia (COE), que es el que dispuso diversas resoluciones y disposiciones, concentrando el accionar provincial y subordinando a los gobiernos locales.

La Legislatura mediante Ley núm. 10.702 sancionó un Régimen Sancionatorio Excepcional de emergencia sanitaria”, promulgado el 17 de julio de 2020, con sanciones desde 5.000 hasta 500.000 pesos, con graves objeciones sobre su constitucionalidad.

Tampoco en esta Provincia la Legislatura cumplió adecuadamente con sus atribuciones y competencias constitucionales.

Interesa destacar especialmente dos *acciones interprovinciales* efectuadas en la Patagonia: en primer lugar, la creación de la *Comisión Interprovincial de Monitoreo de la Situación Epidemiológica (COVID-19)*, creada por los Gobernadores de Neuquén y Río Negro, con fecha 19 de abril de 2020. La misma tiene a su cargo no solo el manejo de la información respectiva, sino también la unificación de criterios sobre los casos sospechosos, la optimización de los recursos conjuntos y las medidas de seguridad en las zonas de límites y en los municipios colindantes. Y en segundo lugar, la reunión del *Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia*, que en su última reunión celebrada en Lago Puelo, acordó que a través de la Presidencia de la organización,

¹¹⁶ Cfr. Informe del Prof. Armando Mario Márquez, Miembro del Instituto de Federalismo, del 5 de mayo de 2020.

cada Poder Judicial informe permanentemente las medidas que ha adoptado para prevenir y minimizar los efectos de la pandemia del COVID-19.

En cuanto al ejercicio de sus competencias en esta materia por los distintos gobiernos, se puede señalar que *en el país hubo plena coincidencia* en aplicar el distanciamiento social obligatorio como principal medida de lucha contra la pandemia, más allá de algunas cuestiones que analizaremos en relación a los derechos afectados.¹¹⁷ Ello fue acertado y razonable, en razón de la experiencia observada a nivel mundial y además, ante las carencias de nuestra infraestructura y sistema sanitario.¹¹⁸

A esta altura, *insisto en que son los gobiernos provinciales y municipales los que deben resolver la salida de la cuarentena*, en virtud de sus competencias constitucionales y ante los problemas que ya presenta su extensión.

3. Los derechos fundamentales restringidos o lesionados

En cuanto al breve análisis de los *derechos fundamentales restringidos o lesionados* por esta emergencia, señalo en primer lugar la *libertad física o de locomoción, la de reunión, y los de trabajar y ejercer industria lícita*, como consecuencia del aislamiento preventivo y obligatorio.¹¹⁹

¹¹⁷ En cambio, en otras federaciones ello no ocurrió, como en Brasil, México y Estados Unidos, en que los Presidentes fueron reacios a decidir o impulsar 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 gobernadores ordenaron la cuarentena, 9 de ellos Demócratas, antes de las decisiones del Presidente. Los autores critican el accionar oficial ante la pandemia, atento la marcada polarización política existente y los graves efectos producidos. En igual sentido Dan Farber destaca que los Estados y los gobiernos municipales están en la primera línea en esta lucha contra la pandemia, atento sus competencias constitucionales, en “Federalism and the pandemic”, 26 de marzo de 2020, Legal planet, on line, Berkeley Law, UCLA. Véase asimismo Jorge Madrazo, “Reflexiones bajo la bruma. Notas sobre el federalismo en Estados Unidos en tiempos de la pandemia”, *Emergencia sanitaria por COVID-19. Federalismo*, cit.

¹¹⁸ A lo que debe agregarse la escasa realización de testeos a la población, que nos hubiera permitido conocer mejor la evolución de la pandemia, como otro método exitoso utilizado en Corea, Singapur, Taiwan y Alemania. Aunque a esta altura en julio, preocupa ya la extensión de la cuarentena, que debiera flexibilizarse en la gran mayoría de las Provincias, como lo he manifestado. Es evidente que el tiempo transcurrido implica una lesión cada vez mayor de una gran cantidad de derechos, empezando por los daños psicológicos producidos por el encierro.

¹¹⁹ Dispuesto por el DNU 297/2020 ya antes citado.

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.¹²⁰

Incluso se han lesionado el *derecho de propiedad, el de comerciar, el transporte interprovincial y hasta la libertad de cultos*, como veremos seguidamente.

Con respecto a los primeramente mencionados, la *constitucionalidad del DNU 297 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 respecto.¹²¹

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° 297/2020.¹²²

Sostengo 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 artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional y de Tratados Internacionales de Derechos Humanos como la Convención Americana sobre 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) hacia el puesto limítrofe de egreso, sin permitirle a los vehículos escoltados ninguna detención dentro del territorio provincial”.¹²³

¹²⁰ Véase Roberto Gargarella, “Necesitamos resguardar los derechos fundamentales”, *Clarín*, Opinión, 28 de mayo de 2020.

¹²¹ “Kingston Patricio-Habeas Corpus”, 19.200/2020, Fallo de Rodolfo Pociello Argerich y de Ricardo Matías Pinto, marzo 2020.

¹²² 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.

¹²³ Véase la Editorial de La Nación, del día 12 de mayo de 2020 titulada “San Luis: la democracia, en cuarentena”, donde se describen detalladamente las violaciones constitucionales que se están produciendo y que afectan varios derechos fundamentales, además del libre tránsito.

Pero la situación llegó a límites inimaginables cuando a consecuencia del cierre completo de los caminos, se impidió todo ingreso a la Provincia, lo que afectó especialmente a quienes vivían en localidades del oeste cordobés muy cercanas a Merlo.

A consecuencia de ello, el 2 de junio fallecieron 2 personas: una que no pudo llegar con un ACV al hospital de dicha ciudad, a 10 Kms de distancia, mientras que el de Villa Dolores estaba a 60 Kms y la otra porque al intentar cruzar el vallado, su automóvil se dio vuelta y perdió la vida, cuando intentaba ver a su familia.¹²⁴

Y mientras esto ocurre, no se ha observado todavía reacciones por parte de las diferentes autoridades tanto federales como provinciales, de los Poderes Legislativos, Ejecutivos o Judiciales respectivos, para terminar con tan gravísima arbitrariedad.

Otro doloroso ejemplo más de la débil cultura de la legalidad del país y de la baja calidad institucional que tiene el país, ahora profundizada por esta emergencia.

Las responsabilidades por estos hechos abarcan todos los aspectos jurídicos, pero en lo institucional no puedo dejar de señalar que en lo constitucional, se están desconociendo principios esenciales de nuestra Federación por parte de dicha Provincia.

Esto dio origen al *Amparo presentado ante el Juzgado Federal de Río Cuarto*, por parte de 4 entidades del sur cordobés, ante el bloqueo de las rutas Nacional núm. 8, Provincial núm. 30 y caminos vecinales.

El tránsito interprovincial en la Ruta Nacional núm. 8 está cerrado, con directa afectación de la población de localidades como Río Cuarto, Sampacho, Suco y Chaján de Córdoba, que tienen especial vinculación con la ciudad cercana de Villa Mercedes, de San Luis, tal como lo expresara en una nota el Intendente de Chaján dirigida al Gobierno de dicha Provincia.

El bloqueo de la Ruta Provincial núm. 30 que une La Punilla en San Luis con la Ciudad de Río Cuarto, en la Provincia de Córdoba, produce muy graves consecuencias a la población de las localidades de Achiras, Río Cuarto y Vicuña Mackenna, entre otras. Al respecto se expresó en una nota el Intendente Municipal de Achiras.

Pero además en los caminos vecinales que vinculan a ambas Provincias y que están a cargo del Consorcio Caminero 158 de Achiras, la Provincia de San Luis ha levantado terraplenes en el límite interprovincial. Y aún más, en un regreso sin escalas al Medioevo, incluso se ha cavado una zanja

¹²⁴ Según lo informado por el periodista Petete Martínez en su Programa de Radio Mitre, Córdoba, de fecha 3 de junio de 2020.

en algunas zonas para impedir todo paso. Ello según se aprecia en las fotografías que se acompañaron como prueba de esta gravísima situación en el Amparo presentado.

Dicho bloqueo extremo no tuvo en cuenta las situaciones reales y la profunda interrelación humana, económica, comercial, agropecuaria, industrial, familiar y de culto que existe entre las dos Provincias y particularmente, entre el departamento Río Cuarto y toda la amplia zona limítrofe del territorio puntano.

A modo de ejemplo, para al sector agropecuario se dictó un protocolo que restringe el ingreso a la Provincia dando diferentes opciones como son la cuarentena de 14 días o un hisopado, que además son a cargo de las personas afectadas. Estas medidas son contradictorias entre sí, todas sumamente costosas, arbitrarias e imposibles de cumplir, ya que no son compatibles con ningún comercio lícito.

Para la circulación interna dentro de la Provincia existe asimismo un permiso especial, el cual caduca una vez que se egresa de la provincia, (previa autorización de egreso), y nuevamente comienza el ciclo, para luego nuevamente ingresar.

Claramente subyace lo inviable de esta metodología dado los tiempos que requiere la actividad agropecuaria, que produce en ciclos biológicos, que necesitan, en épocas determinadas, monitoreo e intervenciones constantes, diarias e intensivas.

En el caso particular de la actividad agropecuaria, el riesgo de transmisión es muy bajo. Para el desarrollo de la misma no es necesaria la concentración de personal, no se está en contacto directo ni masivo con poblaciones cercanas, pues es una actividad que se realiza al aire libre con gran distanciamiento entre los operarios.

De igual manera ocurre con el sector de transporte, que está sufriendo medidas tan arbitrarias que resulta dificultoso seguir desarrollando su actividad. Es que se obliga a recorrer 120 km desde la localidad de La Punilla hasta Santa Rosa del Conlara o a la Ciudad de Villa Mercedes para realizar una desinfección exterior de sus vehículos, de dudosa efectividad, con costos exorbitantes en relación a las tarifas de sus fletes y esfuerzos injustificados, que producen perjuicios económicos y enorme consumo de tiempo.

Se advierte en consecuencia las severas violaciones a los derechos de locomoción, de usar y disponer de la propiedad, trabajar, ejercer industria lícita, comerciar y hasta la libertad de cultos, ya que la Iglesia del Cuadrado quedó detrás de terraplenes y el Sacerdote vive en Achiras, no pudiendo cumplir sus funciones.

Igual consideración nos merecen las *prohibiciones de ingreso o de tránsito* efectuadas por varios gobiernos locales a lo largo del país, que se produjo afectando a quienes estaban autorizados por el DNU 297/2020.

Y lo propio hay que decir con respecto a los que establecieron un *toque de queda*, como en los casos de Carlos Casares, Coronel Rosales, Pehuajó, Lezama y General Madariaga.¹²⁵

También debe mencionarse el tributo fijado por Decreto al sector rural en el Municipio de Castelli en *violación del principio de legalidad*.¹²⁶

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 núm. 16/2020*, en sus artículos 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.¹²⁷

También se debatió una cuestión similar en Francia, con opiniones contrarias a cualquier discriminación hacia los adultos mayores.¹²⁸

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 efectúa un *ciberpatrullaje para medir el humor social* en las redes por parte de las fuerzas de seguridad, lo que originó inmediato rechazo opo-
sitor.¹²⁹ A ello se suma el pedido efectuado a las *empresas de telefonía móvil* por

¹²⁵ Véase Víctor Malavolta y Orlando Pulvirenti, “El federalismo y el municipalismo en la pandemia”, *cit.*, nota 13.

¹²⁶ *Idem*, nota 24. Aunque posteriormente el Concejo Deliberante aprobó la medida, que está cuestionada judicialmente.

¹²⁷ 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”, *La Nación*, *on line*, 22 de abril de 2020.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ 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

el Gobernador de la Provincia de Chaco, Jorge Capitanich, para disponer de los números de los usuarios a los fines de controlarlos por la pandemia.¹³⁰ Y más recientemente, y en el mismo sentido, la *App Cuidar*, también pretende el control personal, con grave riesgo para las libertades personales.¹³¹

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 2020, lo que duró 5 días. Se trató 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.¹³²

También en relación a esto, el Vicepresidente del Enacom (Ente Nacional de comunicaciones), Gustavo López anunció que se debía *controlar los portales de Internet para evitar fake news*, en base a la doctrina de la real malicia

de “ciberpatrullaje para medir el 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. Recuérdese también a Michel Foucault que había anticipado este enorme riesgo en su *Histoire de la sexualité: La volonté de savoir*”, 1, Gallimard, Paris, 1976.

¹³⁰ Véase Clarín on line, Buenos Aires, 19 de abril de 2020. Asimismo véase el artículo de Guillermo Borella, “Big Data: Vamos hacia sociedad de control y vigilancia”, La Nación, on line, 2 de mayo de 2020.

¹³¹ Véase Alejandro Fargosi, “La App Cuidar, un nuevo atropello a la libertad”, Infobae, Buenos Aires, on line, 12 de mayo de 2020. Véase, asimismo, Zambrano C., William, “Un debate necesario”, *El Nuevo Siglo*, 26 de mayo de 2020, donde el autor se refiere a 3 decisiones del Consejo Constitucional y el Consejo de Estado de Francia y otra de un Juzgado de Colombia, donde se advierte la necesidad de no descuidar en la pandemia las libertades personales y el respeto a la privacidad, mediante la utilización de fórmulas de prevención, regulación y control como las establecidas por la Comisión Informática y de Libertades de Francia.

¹³² Véase la editorial antes mencionada del diario La Nación de fecha 12 de mayo de 2020, titulada “San Luis: la democracia, en cuarentena”. Estos casos planteados indican la imperiosa necesidad del funcionamiento pleno del sistema republicano, con todos los Poderes en acción, para el control de constitucionalidad de las medidas de emergencia.

y del law fare. Aunque fue desmentido al día siguiente por el titular del Ente.¹³³

Asimismo se dictó otro *DNU*, el núm. 522, de intervención a la empresa *Vicentin*, de fecha 9 de junio de 2020, cuya inconstitucionalidad sostuve por las siguientes razones:¹³⁴

1. “Por violar el Art. 99 inc. 3 de la Ley Suprema, cuando es evidente que las Cámaras están funcionando desde el 13 de mayo.
2. Porque se afectan derechos constitucionales como el de propiedad, de trabajar, ejercer industria lícita, comerciar y de asociación de la empresa y accionistas, consagrados en los Arts. 14, 17 y concordantes como así también de varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tienen rango constitucional, según lo dispuesto por el Art. 75 inc. 22.
3. Porque no se puede intervenir una sociedad por el Poder Ejecutivo cuando está en un proceso concursal ante un Juez, ya que el Art. 109 de la Ley Suprema expresa que: “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. Esto también afecta la garantía del juez natural del 18 de la Constitución Nacional.
4. Asimismo, no debe olvidarse que en otra notable afirmación republicana, el Art. 29 prohíbe que el Congreso conceda al Presidente y las Legislaturas a los Gobernadores la suma del poder del público, facultades extraordinarias o sumisiones o supremacías por los que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna.
5. No cabe dudar que esto significa una profunda herida a nuestro sistema republicano de división y equilibrio de los poderes e importa un avasallamiento al Poder Judicial.
6. También se afecta el federalismo, ya que interviene un Juez del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe”.

¹³³ Véase el artículo “Coronavirus: advierten que el estado controlará los portales de internet para evitar las *fake news*”, *La Nación*, *on line*, 1 de mayo de 2020 y edición del mismo diario del 2 de mayo con la desmentida de Ambrosini, titular del Enacom.

¹³⁴ Véase Antonio María Hernández, “La inconstitucionalidad de la intervención a Vicentin y los riesgos del hiperpresidencialismo”, *Infobae*, Buenos Aires, Página de Opinión de *Infobae*, *on line*, 11 de junio de 2020 y “La educación cívica, el mejor camino para superar el subdesarrollo jurídico y político”, en la Página de Opinión de *Infobae*, *on line*, Buenos Aires, 18 de junio de 2020.

Y agregué:

Debe ya mismo ejercerse el control de constitucionalidad de ese DNU por parte del Juez interviniente, ya que tenemos un control difuso y estamos ante una ostensible violación de la Constitución Nacional. Aquí es necesario recordar a Joaquín V. González que escribió: “*No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina*”.¹³⁵

Finalmente mencionamos el problema de los *argentinos que quedaron en el exterior* y no pueden volver al país, por la prohibición de vuelos dispuesta en el país, y por lo que solo Aerolíneas Argentinas puede traerlos. Se calcula su número actualmente en más de 20.000.¹³⁶ Por ese motivo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha solicitado informes al Gobierno Nacional.¹³⁷

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 emer-

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ Véase el artículo de doctrina titulado “Anclao en París”, de Daniel Pizarro, donde se analiza en profundidad esta cuestión, en una obra colectiva en prensa sobre esta emergencia en Rubinzal Culzoni Editores.

¹³⁷ Véase la nota de Clarín, “Coronavirus en Argentina: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pidió informes sobre la situación de los varados”, del 28 de abril de 2020.

gencia, pero ese 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 legalidad.¹³⁸

En tal sentido, queremos recordar especialmente las pautas de limitación y control, señaladas desde hace años por Germán J. Bidart Campos:¹³⁹

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, y *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 judicialable, a fin de respetar la tutela judicial efectiva.¹⁴⁰

Asimismo, el reconocido publicista agregaba: “Logrado este delineamiento, hace falta todavía dejar establecido que: *a)* ninguna emergencia ni instituto de emergencia confiere poderes superiores o ajenos a la Constitución, y *b)* ninguna emergencia ni instituto de emergencia significa suspender la vigencia de la Constitución”.¹⁴¹

Insisto 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.

No puede volver a repetirse el centralismo demostrado en esta emergencia del COVID-19, donde el Gobierno Federal subordinó a los gobiernos subnacionales, en violación de la Ley Suprema de la Nación.

¹³⁸ 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*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2019 y especialmente, Hernández, Antonio María *et al.* (comps.), *Segunda Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina una sociedad anómica*, Buenos Aires, Eudeba, 2016.

¹³⁹ *Manual de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1972, p. 166/7,

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 167

¹⁴¹ *Idem*.

Finalmente, esta emergencia mundial por la pandemia nos ha planteado dos grandes opciones, según lo expresan Harari¹⁴² y Chul-Han:¹⁴³ o la conveniencia de una acción solidaria y multilateral a través de las Naciones Unidas y de las organizaciones regionales, o la unilateral de cada Estado; y la segunda opción, entre las calidades de las respuestas de regímenes democráticos o las de sistemas autocráticos o totalitarios.

Con respecto a la primera opción, hubo un débil rol desarrollado por las Naciones Unidas y por la Organización de Estados Americanos, en nuestra región, ya que no se observaron acciones multilaterales.¹⁴⁴

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.¹⁴⁵

Es evidente que fue la acción unilateral de los Estados la que se impuso. No hubo reuniones conjuntas ni coordinación 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.¹⁴⁶

¹⁴² 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, disponible en: www.acento.com.do.

¹⁴³ 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”.

¹⁴⁴ No obstante el accionar que he mencionado mediante los importantes Documentos emitidos durante la pandemia, para exigir el respeto del derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁴⁵ Véase el artículo de Ezequiel Spector, “Coronavirus: el papel de China en el brote del COVID-19”, *La Nación on line*, 22 de abril de 2020, donde analiza la cuestión desde la perspectiva del Derecho Internacional.

¹⁴⁶ Véase Joseph S. Nye Jr, “Do morals matter? Presidents and Foreign Policy from FDR to Trump”, E-books by Rakuten Kobo, 2019.

Considero que con las reformas que habrá que impulsar en la ONU, la humanidad debiera avanzar en el sueño kantiano de un mundo regido por el Derecho Internacional Público, para enfrentar esta clase de pandemias y otros problemas tan graves como los del cambio climático, el narcotráfico, el delito transnacional, las enormes desigualdades económicas, una más efectiva justicia universal y la mayor vigencia de los derechos humanos. Todo ello más allá de los cambios que posiblemente se produzcan con el mismo proceso de globalización, sumado a la muy compleja situación de la política mundial.

La segunda opción es aún más dramática, atento a la difícil realidad que atraviesan las democracias en el mundo.¹⁴⁷ Se señalan solo a 22 como plenas y a 53 como democracias imperfectas, además de los regímenes híbridos y de los autoritarios, que superan a las dos primeras categorías.¹⁴⁸

Y como resultado de esta pandemia, algunos han cuestionado la calidad de las respuestas de los países democráticos frente a la pretendida mayor eficacia de los sistemas totalitarios, con el ejemplo de China.

Estimo por lo expuesto en este libro, que siempre es esencialmente mejor, más justa y valiosa una respuesta democrática, pero incluso se ha probado que la máxima eficiencia en la lucha contra la pandemia fue alcanzada por países democráticos.¹⁴⁹

En este sentido, véanse los notables ejemplos de Nueva Zelanda, Australia, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Suecia, Suiza, Alemania, Bélgica, Holanda y Canadá. Y también por Corea del Sur, Singapur y Tai-

¹⁴⁷ Para un análisis de los problemas actuales de la democracia, véanse Steven Levitzky y Daniel Ziblatt, *Cómo mueren las democracias*, Buenos Aires, Ariel, 2018 y Larry Diamond, "Ill winds", Penguin, USA, 2019. Asimismo véase la entrevista a Pierre Manent sobre el régimen democrático y liberal en *Le Figaro*, 30 de abril de 2020, www.eldebatodehoy.es y 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. En el documento "Una llamada para defender la democracia", de junio de 2020, suscrito por Idea International y más de 500 personalidades a nivel mundial se expresa: "La pandemia de COVID-19 amenaza algo más que la vida y el sustento de pueblos de todo el mundo. Es también una crisis política que amenaza el futuro de la democracia liberal".

¹⁴⁸ The Economist a través de su Intelligence Unit mide y clasifica las democracias cada año y en el 2019 señaló a 22 democracias plenas, encabezadas por Noruega, Islandia, Suecia, Nueva Zelanda y Finlandia. 3 países de América Latina integraron esa lista: Uruguay en la posición 15, Costa Rica en la 19 y Chile en la 21. El Índice de la democracia mide 60 indicadores en 5 categorías: elecciones y pluralismo, libertades civiles, funcionamiento del gobierno, participación política y cultura política. La gran mayoría de los países de América Latina integran el grupo de democracias imperfectas, salvo los casos de Cuba, Venezuela y Nicaragua.

¹⁴⁹ Véase Shlomo Ben-Ami "Las democracias gestionan mejor la crisis", *Clarín* on line, del 20 de mayo de 2020. El autor es Ex Ministro de Relaciones Exteriores de Israel y autor de libros.

wán en Asia, con sus características especiales y no obstante la cercanía de China, donde se originara el virus.

Téngase presente además que varios de los países primeramente mencionados enfrentaron esta emergencia sin utilizar institutos de tal naturaleza,¹⁵⁰ ya que las cuarentenas no fueron obligatorias. Se actuó con el máximo respeto posible por las libertades personales. Cómo se puede comparar eso con las imágenes que hemos visto en la TV del accionar autoritario de los funcionarios chinos en las detenciones y confinamientos efectuados?

Creo que la respuesta consiste en aferrarnos a los grandes valores e ideales del constitucionalismo y del humanismo, con una lucha permanente por la democracia, la libertad y la dignidad humanas.

Es la lucha por el derecho que reclamaba Von Ihering, ejecutada por las tres etapas sucesivas y superadoras del constitucionalismo: desde la clásica a la social y a la actual de la Internacionalización de los Derechos Humanos, frente a los sistemas híbridos, autocráticos y totalitarios que han sido y son mayoría en el mundo. Por su parte, Luigi Ferrajoli¹⁵¹ plantea una democracia supranacional y un constitucionalismo global.¹⁵²

V. BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, Giorgio, *State of Excepcion*, Chicago, Chicago University Press, 2005.

BENCHMARKS, y el Rule of Law Checklist CDL-AD (2016)007.

BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. 2.

BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, Tomo 2.

Constitutional Limits to security, Proceedings of the 4th Vienna Workshop on International Constitutional Law, AAVV-Eberhard H., Lachmayer K., Ribarov G. & Tallinger G. Editors, Nomos -Facultas, 2009.

¹⁵⁰ Recuérdese asimismo lo antes expuesto sobre la inexistencia de institutos de emergencia en las Constituciones de Austria, Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Italia, Noruega, Suecia y Suiza.

¹⁵¹ En su libro “Constitucionalismo más allá del Estado”, Trotta, Madrid, 2018.

¹⁵² 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 University Press, Montreal & Kingston-London-Ithaca, 2002, págs. 12/13).

- CÓRDOBA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, Mexico, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2009.
- DICEY, Albert V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10a. ed., Londres, MacMillan, 1959.
- FEREJOHN, John y PASQUINO Pasquale, *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers*, *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004.
- GINSBURG, Tom y VERSTEEG Mila, “COVID-19 Estados de emergencia: Parte 1”, *Revista de Derecho de la Universidad de Harvard on line*, abril de 2020, disponible en: www.harvardlawreview.org
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y VALADÉS, Diego (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- HERNÁNDEZ, Antonio María, “El retorno al peor pasado centralista”, *La Nación*, 27 de febrero de 2020.
- HERNÁNDEZ, Antonio María, *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”,
- HERNÁNDEZ, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, Rubinzal CULZONI, Buenos Aires, 2002 y 2a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Rubinzal CULZONI, México, 2003.
- Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10a. ed., Londres, MacMillan, 1959.
- MIDÓN, Mario, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- RIBERI Pablo, *Assessing Republican Wariness in Times of Hazard Ant 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.
- ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, Princeton University Press, Princeton, (1948).
- SCHMITT, Carl, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, MIT, Cambridge, Massachussets, 1988.
- Sopa de Wuhan*, con la participación de Agamben, ZIZEK, Franco BERARDI, Jean Luc Nancy y Chul Han, entre otros, Ebook ASPO, con el diseño y edición de Pablo Amadeo, marzo 2020.