

SUMARIO. I. Introducción. II. La emergencia: visión nacional e interamericana. III. Respuestas institucionales frente a la emergencia: propuestas de acuerdos y diálogo.

I.Introducción

La situación de emergencia por la que atraviesa el mundo a partir de la irrupción global de la pandemia del COVID 19, no solamente ha impactado en la vida de millones de personas sino que en particular ha exigido una respuesta a la altura de la situación por parte de los órganos del Estado. En este sentido se plantea un gran desafío a la capacidad de los sistemas institucionales, se pone a prueba sus instrumentos y capacidades para resolver problemas inéditos que desbordan los límites establecidos.

En el caso argentino, la crisis desafía a un sistema político ya marcado por los desbordes de un fuerte presidencialismo desde su nacimiento constitucional en 1853, y que evidencia en estas horas aciagas un ahondamiento de esta faceta con serios riesgos de desarticular la división de poderes y el ya debilitado federalismo.

La propuesta en este trabajo es enfocar el funcionamiento efectivo del sistema de poderes de la Constitución Nacional, el desempeño del ejecutivo, del legislativo y del judicial bajo la incidencia de la situación de emergencia. La proposición no es sólo la de acercarse a un diagnóstico sino, principalmente, la de arrimar propuestas basadas en el diálogo y en el consenso entre los poderes que puedan servir para la reflexión, para la construcción de pensamiento crítico en el marco de la emergencia que nos embarga y nos interpela como sociedad y como país.

II. La emergencia: visión nacional e interamericana.

A. La historia institucional argentina muestra una larga trayectoria de situaciones de emergencia tanto política, económica como sanitaria. En las últimas

décadas “nuestro país vive en estado de emergencia permanente desde mediados de junio de 1985 cuando fue necesario instrumentar el denominado “*Plan Austral*” (Dec. 1096/85). Sucesivas leyes de emergencia y decretos delegados y de necesidad y urgencia han caracterizado nuestra vida institucional desde el retorno de la democracia en diciembre de 1983”¹.

La pandemia de COVID-19, se inscribe en esta larga historia de emergencias que desafían la normalidad institucional, con el agravante de que es un fenómeno de carácter global. Sus manifestaciones y efectos sobre la totalidad de los aspectos de la vida de las personas se extienden a todos y cada uno de los países del mundo. La Argentina no es una excepción. Desde un punto de vista institucional, no cabe duda de que la irrupción de la pandemia fuerza un reconocimiento y declaración de emergencia, cuyas consecuencias se materializan en el acrecentamiento del poder estatal, el desencadenamiento de procesos de decisión de carácter excepcional y la obligada reglamentación y aun restricción en el ejercicio normal de los derechos. Este estado de emergencia que amplifica y extiende los alcances del poder de policía estatal tiene sin embargo que ajustarse a presupuestos constitucionales inneludibles como son la razonabilidad, la proporcionalidad, la temporalidad y por supuesto el principio de legalidad.

Bajo el amparo constitucional del texto de 1853/60, las situaciones de emergencia previstas a partir del estado de sitio y de la intervención federal dan participación al Congreso y al Poder Ejecutivo, en la adopción de estas herramientas de excepción, bajo el control de constitucionalidad en manos del Poder Judicial. La reforma de 1994, que si bien tenía como objetivo la atenuación del presidencialismo, con la incorporación de los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc.3) y de los decretos delegados (art. 76) se aparta de esa meta ya que, permite al Ejecutivo el ejercicio de facultades legislativas en casos de urgencia en el primero, y de emergencia, en el segundo, con mecanismos de control en manos del Congreso con la

¹ Alejandro Pérez Hualde; “La urgencia en el marco de las emergencias”; en IJ Editores, 1/5/2020, https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=075c5970fa0c_827015217_cebc538da6d y en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Suplemento II de su Revista Digital, destinado al tema “Constitución y Emergencia Sanitaria” (<http://aadconst.org.ar/revistadigital/>). (9 de mayo 2020).

intervención de la Comisión Bicameral Permanente que no han sido demasiado eficaces².

En estos casos de excepción, el control sobre el cumplimiento de los requisitos impuestos debe ser estricto y de interpretación restrictiva, toda vez que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace únicamente bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a las exigencias formales en cuestión. Asimismo, corresponde ser todavía más estrictos en el control cuando se reglamenten, limiten o suspenden transitoriamente, las libertades y los demás derechos fundamentales de las personas³.

Se ha puntualizado que la Corte Suprema ha perfilado los requisitos básicos de toda emergencia, siguiendo la decisión de la Corte norteamericana en “Home Building and Loan Association c. Blaisdell”, entre otros casos en “Nadur”(1959) y “Russo”(1959), siendo: a) existencia de una situación de emergencia declarada por el Congreso; b) persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país; c) transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales; d) y razonabilidad del medio empleado por el legislador, o sea la adecuación de ese medio al fin público perseguido, y que ese medio afecte a los derechos solamente en la medida necesaria⁴.

B. Por su parte, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional incorporados en el inc. 22 segundo párrafo del art. 75,

2 Así lo demuestran los fundados trabajos de Alfonso Santiago, Enrique Veramendi y Santiago Castro Videla; “El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo”; Ed. La Ley; Bs.As.; 2019; También de Alfonso Santiago y Santiago M. Castro Videla; “La delegación legislativa a 20 años de la reforma Constitucional de 1994”; Sup. Const. 2014 (octubre), 02/10/2014, 165 – LL.2014-E, Alfonso Santiago, Enrique Veramendi, Santiago Castro Videla y Patricio DAcunti; “La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo. Balance y reflexiones a doce años de su conformación”; en LL. 14/03/2019, 14/03/2019, 1, Alexis M. Werner; “Cuando la emergencia sanitaria es verdaderamente un estado de “necesidad y urgencia”: ¿respetan las pautas constitucionales los decretos de necesidad y urgencia 260/2020, 274/2020 y 297/2020?”, La Ley Sup. Const. 2020 (abril), 07/04/2020, 1, entre otros.

3 Ignacio González Zambón; “Primeras aproximaciones al derecho administrativo en tiempos de Covid – 19; ED. 288, 22 de mayo de 2020. También Alejandro Pérez Hualde; “¡La emergencia de la emergencia! Al rescate del Defensor del Pueblo y de la Comisión Bicameral Permanente” en ED. Constitucional; Febrero 2020, entre otros.

4 Eugenio Palazzo; “La constitución en tiempos de pandemia”; en ED. Constitucional, abril 2020, no.4, 27/04/2020. Ver de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, el Suplemento Emergencia económica I : Secretaría de Jurisprudencia; 1a ed.; Bs.As., 2009. https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em_econom. Ver también a Antonio María Hernández; “Emergencia, orden constitucional y COVID 19 en Argentina”; en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Suplemento I de su Revista Digital, destinado al tema “Constitución y Emergencia Sanitaria” (<http://aadconst.org.ar/revistadigital/>). (28 de abril de 2020).

contemplan también la suspensión de derechos y garantías en situaciones de emergencia. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos así lo dispone “*en caso de guerra, de peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado parte*” (art. 27), pero requiere que las disposiciones que se adopten lo sean “*en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación*”, y también que no resulten incompatibles con las demás obligaciones del derecho internacional y no entrañen discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Ello sin perjuicio de dejar claro que algunos derechos no pueden ser suspendidos, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la familia, la libertad de conciencia y religión, principio de retroactividad y legalidad, entre otros.

Puntualmente, frente a la pandemia del coronavirus, resulta oportuno recordar los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Opinión Consultiva 9/87 para Estados en situación de emergencia. Allí se puntualizan las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el art. 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el habeas corpus (art. 7.6), el amparo y/o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención. Deben también entenderse como "garantías judiciales indispensables" que no pueden suspenderse a aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a los que se refiere el art. 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

Agrega que la implantación del estado de emergencia cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno, no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la

protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia.

También en el Resolución no. 1 del 2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominada “Pandemia y derechos humanos en las Américas”, del 10 de abril del 2020, se realiza un análisis de la situación global y se reiteran los lineamientos y recomendaciones dirigidas a los Estados parte, a fin de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos. Tales como *“asegurar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud”* (apart. 20). En caso argentino habría que agregar que ese principio de legalidad es necesario además para asegurar el federalismo con el pleno funcionamiento del Congreso nacional.

Sigue la Resolución puntualizando que debe justificarse la excepcionalidad de la situación de emergencia en cuanto a su gravedad, inminencia e intensidad que constituya una amenaza real a la independencia o seguridad del Estado; que la suspensión de algunos derechos y garantías sea únicamente por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación; que las disposiciones que sean adoptadas resulten proporcionales, en particular, que la suspensión de derechos o garantías constituya el único medio para hacer frente a la situación, que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y que las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea suspendido en comparación con el beneficio obtenido; y que las disposiciones adoptadas no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada, en particular, con motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. (apart. 21).

Además con toda claridad pide que los estados se abstengan de suspender derechos fundamentales como el reconocimiento de la personalidad jurídica; el

derecho a la vida; el derecho a la integridad personal y la prohibición de tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes; la prohibición de esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y religión; la protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos de la niñez; el derecho a la nacionalidad, y los derechos políticos. (apart. 23). Y en relación con el Poder Judicial, que se abstenga de suspender procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, entre ellos las acciones de hábeas corpus y amparo para controlar las actuaciones de las autoridades, incluyendo las restricciones a la libertad personal en dicho contexto. Estas garantías deben ejercitarse bajo el marco y principios del debido proceso legal. (apart. 24).

En cuanto a la autoridad competente para disponer restricciones a los derechos y a la limitación temporal de las mismas, la Resolución es muy clara en cuanto a que debe asegurarse que “... *la proclamación de un estado de excepción sea realizada de conformidad con el marco constitucional y demás disposiciones que rijan tal actuación, y que se identifiquen expresamente los derechos cuyo pleno goce será limitado, así como el ámbito temporal y geográfico que justifica tal excepción*” (apart. 25). Aporta además recomendaciones puntuales para distintos grupos como personas mayores, mujeres, personas privadas de la libertad, niños, niñas y adolescentes, pueblos indígenas, personas con discapacidad, entre otros.

III. Respuestas institucionales frente a la emergencia: propuestas de acuerdos y diálogo.

Cabe analizar ahora cuál ha sido la respuesta dada por el estado argentino frente a la situación de emergencia que, en este caso, ya existía con anterioridad a la declaración de pandemia del Covid 19, lo que la agrava considerablemente.

A. El primero en aparecer en escena es el Congreso, que dando cumplimiento a la formalidad de la legalidad, a fines de diciembre de 2019, dicta la ley 27.541 que declara la emergencia pública respecto de nueve materias: económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. Además de ello, hace uso de una herramienta de excepción incorporada por la reforma de 1994 para dar respuesta a las situaciones de emergencia pública, como es la delegación

legislativa contemplada en el art. 76 de la CN, y ello lo circunscribe temporalmente hasta el 31 de diciembre de 2020.

Bajo el título de solidaridad social y reactivación productiva, la emergencia declarada por dicha norma respondía a la severa crisis económica y financiera ya existente en ese momento. Las dimensiones de la delegación de facultades legislativas al Ejecutivo, como las nueve materias involucradas, muestran una amplitud y dimensiones que poco se compadecen con el principio general de excepcionalidad y de razonabilidad de las herramientas utilizadas. Ello puede verse con claridad en las bases de la delegación prevista en el art. 2 de dicha norma⁵, que involucran desde aspectos en relación a la deuda pública, a la reestructuración tarifaria de servicios públicos, cuestiones previsionales, salariales e impositivas como la habilitación para incrementar alícuotas, configurar nuevos hechos impositivos, fijar y congelar tarifas y salarios mínimos, establecer índices de haberes jubilatorios hasta el suministro de medicamentos. Se configura una enumeración muy amplia, plagada de conceptos jurídicos indeterminados, que se asemeja más a un programa de gobierno que a las bases concretas que deberían delimitar el acotado marco de acción de la restrictiva delegación legislativa en el Poder Ejecutivo⁶.

Esta combinación entre nueve materias diversas, declaradas en emergencia pública, y la amplitud de facultades delegadas al Ejecutivo deberían acompañarse de iguales dimensiones de control, empezando con el estudio pormenorizado en el seno de la Comisión Bicameral Permanente de los decretos emitidos en cumplimiento de la delegación, más el debate legislativo en las Cámaras como luego por el estricto control judicial de constitucionalidad y de convencionalidad complementario.

⁵ Ley 27.541. Art. 2 Establécense las siguientes bases de delegación: a) Crear condiciones para asegurar la sostenibilidad de la deuda pública, la que deberá ser compatible con la recuperación de la economía productiva y con la mejora de los indicadores sociales básicos. b) Reglar la reestructuración tarifaria del sistema energético, con criterios de equidad distributiva y sustentabilidad productiva, y reordenar el funcionamiento de los entes reguladores del sistema, para asegurar su gestión eficiente. c) Promover la reactivación productiva, poniendo el foco en la implementación de planes de regularización de deudas tributarias, aduaneras y de la seguridad social para las micro, pequeñas y medianas empresas. d) Crear condiciones para la sostenibilidad fiscal. e) Fortalecer el carácter redistributivo y solidario de los haberes previsionales, con la finalidad de mejorar el poder adquisitivo de aquellos que perciben menores ingresos. f) Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social. g) Impulsar la recuperación de los salarios atendiendo a los sectores más vulnerados.

⁶ Así lo afirma con acierto Marcos Mazzinghi; "Ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública"; LL. 2020-A, 820.

B. Esa emergencia pública en materia sanitaria prevista en la ley 27.541, fue ampliada por un año desde el 12 de marzo del 2020, es decir, al día siguiente que la Organización Mundial de la Salud declarase el brote de coronavirus como pandemia. Sin embargo, esa ampliación de la emergencia acompañada de facultades legislativas delegadas al Ejecutivo, fue dispuesta mediante un instrumento jurídico diferente al legal. En efecto se echó mano a las atribuciones excepcionales prevista en el art. 99 inc. 3, y a través del decreto de necesidad y urgencia no. 260, se dispuso esa ampliación, junto a distintas medidas preventivas y de aislamiento social con la habilitación de materia legislativa al Jefe de Gabinete, autorizándolo a realizar la reasignación de partidas presupuestarias correspondientes para la implementación del presente decreto (art. 23).

Este decreto del ejecutivo no puede válidamente ampliar la emergencia declarada por ley, primero porque no respeta el principio de legalidad, segundo porque si fuese un decreto delegado dentro de la Ley 27.541 estaría modificando las bases de la delegación, todo lo cual excede el marco constitucional. A lo que se agrega la habilitación para ejercer facultades legislativas al Jefe de Gabinete de Ministros, fiel a los resortes presidenciales, y fuera de la excepcionalidad prevista en el art. 99 inc.3.7.

Seguidamente, otro decreto de necesidad y urgencia, el no. 287 habilita al Jefe de Gabinete a coordinar con las distintas jurisdicciones y organismos del sector público nacional la implementación de acciones y políticas para el cumplimiento de las recomendaciones de la autoridad sanitaria nacional y se habilitan las contrataciones directas de bienes y servicios necesarios para atender la emergencia. Seguido del decreto 297 que desde el 20 de marzo ordena la medida de "aislamiento

7 Castro Videla, Santiago M. - Maqueda Fourcade, Santiago; "Procedimientos de imposición y de revisión de sanciones bajo la Ley de Abastecimiento. Comentario y análisis de las implicancias de los DNU 260/2020 y 297/2020 y los recientes controles de precios y producción adoptados ante la pandemia por coronavirus (COVID-19)"; en LL. 03/04/2020, 03/04/2020, 1. Ver también Alejandro Díaz Lacoste; "COVID-19. El resguardo del Estado de derecho ante el estado de pandemia. Los aspectos prima facie inconstitucionales de los DNU dictados por el Poder Ejecutivo Nacional; en LL. 05/05/2020, 05/05/2020, 2, entre otros.

social, preventivo y obligatorio", con las distintas prórrogas mediante los decretos 325, 355, 408, 459 y el 493 hasta el 7 de junio inclusive.⁸

Los fundamentos constitucionales esgrimidos parten del art. 14 de la CN. en lo referido a los derechos de "*trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino...*", advirtiéndose que están sujetos a limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública. A más de ello, fueron citados instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Especial atención merece el decreto de necesidad y urgencia no. 457 del 10 de mayo de 2020 que, bajo la referencia al innegable impacto en el normal funcionamiento de la economía y de la sociedad producido por las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio, se modifica el presupuesto general para la administración pública nacional, recordando que continúa siendo el del año 2019, y se habilita al Jefe de Gabinete a efectuar reestructuraciones presupuestarias, transfiriéndosele además los fondos reservados, suspendiéndose la aplicación de los límites establecidos en el tercer párrafo del art. 37 de la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional⁹.

Además de todo lo señalado, a través de los decretos de necesidad y urgencia referidos más los dictados posteriormente, se han realizado modificaciones legislativas en las distintas materias declaradas en emergencia por la ley 27.541 que abarcan cuestiones económicas, financieras, fiscales, administrativas, previsionales, tarifarias, energéticas, sanitarias y sociales.

C. Este accionar del Ejecutivo en el campo del inc. 3 del art. 99 marca un hiperactivismo que deja serios interrogantes dignos de ser destacados:

⁸ Ver el listado de normas dictadas por el Ejecutivo en "Marco normativo sobre COVID-19 en Argentina", de Sebastián Guido Forino, María Claudia Vidal Arteta; Julián Santiago N. Fornaro, y Romina Belén Paillet; en El Derecho, Diario, tomo 286; 23 de abril de 2020.

⁹ Gelli con acierto se pronuncia en contra diciendo "Como es sencillo de advertir, la acumulación de poder en el Presidente de la Nación que emana del DNU 457/2020 es enorme; y en punto a la reestructuración de partidas presupuestarias resulta, a mi modo de ver, excesiva". (María Angélica Gelli; "La pandemia de COVID-19: Desafíos democráticos y límites constitucionales. En una emergencia indiscutible"; en LL. 18/05/2020, 1.)

1. En primer lugar, en el marco de una emergencia pública declarada legalmente, el Congreso hace uso de su potestad constitucional de delegar materia legislativa al ejecutivo en el marco del art. 76, ello mediante la ley 27.541. Luego la prórroga de dicha emergencia es declarada por el Ejecutivo mediante un decreto de necesidad y urgencia como es el 260, ello es una clara violación al principio de legalidad y si se entendiese que el decreto referido es delegado, importaría un apartamiento ostensible de las bases de la delegación.

2. En segundo lugar, en el marco de tal delegación legislativa, el poder ejecutivo está ejerciendo la facultad constitucional y de excepción, como es el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Se aprecia entonces la concomitancia de materia legislativa delegada y la misma materia asumida por el ejecutivo materializando decretos de necesidad y urgencia.

La interpretación judicial, hasta ahora, ha sido clara respecto a la incompatibilidad del dictado de decretos de necesidad y urgencia, con la invocación de la emergencia en el mismo marco de otra ya declarada por el Congreso (en *“San Luis c/EN”* -La Ley, t. 2003-B, p. 537-), que debe respetarse el principio de que el Poder Ejecutivo no legisla (CS, 04/11/2008, *“Colegio Público de Abogados c/PEN”*, Fallos 331:2406, y CS, 19/05/2010, *“Consumidores Argentinos c/PEN”*, Fallos 333:633); que debe haber una demostración plena y convincente de que se trata de una medida insustituible y justa para atender una necesidad cuya satisfacción es impostergable (CS, 27/12/2006, *“Massa, Juan Agustín c/PEN”*, Fallos 329:5913, voto Carmen Argibay). En este sentido además se privó de eficacia a la invocación de la imposibilidad de seguir el trámite de sanción de las leyes por el sólo hecho de estar el Congreso en receso, exigiendo la necesaria y previa convocatoria a extraordinarias para demostrarla (caso *“Redrado”*)¹⁰.

3. En tercer lugar, un decreto de necesidad y urgencia no puede contener materia tributaria y presupuestaria, está claro el límite impuesto por el propio inc. 3 del art. 99 excluyendo la primera donde rige el principio de legalidad. La Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad de estos decretos en materias tributarias

¹⁰ Alejandro Pérez Hualde; “La urgencia en el marco de las emergencias”; ob.cit.

en importantes precedentes como “Video Club Dreams” (1995), en “Zofracor” (2002), “Camaronera Patagónica SA” (2014), entre otros. De ahí la manifiesta inconstitucionalidad del decreto 457 que modifica el presupuesto general, y habilita al Jefe de Gabinete a efectuar reestructuraciones presupuestarias, transfiriéndosele además los fondos reservados.

4. En cuarto lugar, es cuestionable el ejercicio de facultades legislativas por parte del Jefe de Gabinete de ministros. Bien se ha dicho que resultan inconstitucionales las decisiones ejecutivas que limitan y reglamentan derechos por medio de decreto de necesidad y urgencia, por lo que más grave aún, es merced a meras decisiones administrativas del Jefe de Gabinete¹¹.

Los ejemplos son numerosísimos y abarcan distintas disposiciones administrativas que regulan excepciones al “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en relación a personas (con discapacidad y las comprendidas en el colectivo de trastorno del espectro autista), actividades (como la bancaria) y servicios (como talleres para mantenimiento y reparación de automotores exclusivamente para transporte público, fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, vehículos afectados a las prestaciones de salud), abarcando operaciones económicas, suministro de productos y servicios (como la venta de repuestos, partes y piezas para automotores, motocicletas y bicicletas; fabricación de neumáticos; venta de artículos de librería e insumos informáticos, entre otros)¹².

Además de ello, el impacto al federalismo surge claro por ejemplo con la Decisión Administrativa 524/2020 del 18 de abril de 2020 que exceptúa del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ y de la prohibición de circular, en el ámbito de provincias determinadas¹³, al personal afectado a ciertas actividades y

¹¹ Así lo ha precisado con acierto Martín Acevedo Miño; “La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas”; en *El Derecho*, diario, tomo 286, 15 de mayo de 2020. Ver también de Pablo Garat, “El federalismo argentino y la crisis de su estado federal”, en *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, dirigido por Eugenio Luis Palazzo, *El Derecho*, Buenos Aires, 2012, pp. 224/225.

¹² Así instrumentadas mediante las Decisiones Administrativas N° 429/20, 450/20, 467/20, 468/20, 490/20, 524/20, 607/20, 622/20, 625/20, 703/20, 729/20, 745/20, 763/20, 766/20, 810/20, 818/20, 820/20, 876/20, 886/20 entre otras.

¹³ Como son las provincias de La Pampa, Neuquén, Formosa, Santa Cruz, Corrientes, Tierra del Fuego, Antártida e Islas Del Atlántico Sur, Salta, San Juan, Córdoba, Jujuy, La Rioja, Chubut, Catamarca, Río

servicios como cobranza de servicios e impuestos, oficinas de rentas provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales, actividad registral nacional y provincial, venta de mercadería ya elaborada de comercios minoristas, atención médica y odontológica programada, de carácter preventivo y seguimiento de enfermedades crónicas, laboratorios de análisis clínicos y centros de diagnóstico por imagen, ópticas, peritos y liquidadores de siniestros de las compañías aseguradoras, etc. En estos casos no solamente se está violando el principio de legalidad y la división de poderes, asumiendo el jefe de Gabinete funciones legislativas reglamentando el ejercicio de múltiples derechos, sino que además, se impacta de lleno al federalismo, se relega y suplanta a las provincias del ejercicio de sus competencias y se las subordina a la centralización del ejecutivo nacional.

5. En quinto lugar, encontrándose en funcionamiento del Congreso desde que reinició sus sesiones, en forma virtual, el día 13 de mayo último, es seriamente cuestionable el dictado de decretos de necesidad y urgencia tal como el decreto 493/2020 del día 24 de mayo que extiende la medida hasta el 7 de junio inclusive. Ello así por la dificultad de acreditar la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes que exige el inc 3 del art. 99.

6. En sexto lugar, se evidencia un fuerte incremento del poder en cabeza del ejecutivo, y esa superlativa actividad se marca con el dictado de doce decretos de necesidad y urgencia antes de marzo del 2020, más de veintiséis decretos del mismo tipo de marzo en adelante, junto a doce decretos delegados y otra veintena de decisiones administrativas¹⁴.

D. Frente a este marcado hiperpresidencialismo, el Congreso en cambio mantuvo un manifiesta inacción, ingresando en la lógica del aislamiento social preventivo y obligatorio, lo que marcó su ausencia y silencio frente a las medidas adoptadas por el Ejecutivo desde el decreto no. 260 del 12 de marzo pasado.

Negro, Entre Ríos, Mendoza, Santa Fe, Chaco, Buenos Aires, San Luis y Misiones y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

¹⁴ Así lo ha referenciado Alfonso Santiago en la reunión del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, del día 19 de mayo de 2020.

Cabe destacar que en el inc. 2 del art. 6 del decreto 297/20 se exceptuaron expresamente del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, entre ellas las *“autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades”*, lo que claramente incluye al Congreso de la Nación.

Bien se ha resaltado en el análisis comparado que, frente a la pandemia mundial, algunos parlamentos optaron por continuar con sesiones presenciales, pero con un mínimo de asistencia, como Canadá, Reino Unido, el Parlamento Europeo, mientras que otros se inclinaron por la virtualidad como en Ecuador, Brasil, Paraguay¹⁵.

Varias voces se alzaron en el ámbito local clamando el accionar del Congreso¹⁶. En respuesta a ello, la particular actitud que adoptó quien preside el Senado de la Nación fue la de promover ante la Corte Suprema de Justicia una acción declarativa de certeza con el objeto de disipar la presunta incertidumbre sobre la validez constitucional de sesiones no presenciales o remotas que el Cuerpo pudiere

15 Cristian Altavilla lo analiza en su trabajo “La actividad legislativa en tiempos de crisis. ¿Pueden sesionar virtualmente los parlamentos?”; en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Suplemento II de su Revista Digital, destinado al tema “Constitución y Emergencia Sanitaria” (<http://aadconst.org.ar/revistadigital/>). (9 de mayo de 2020).

16 Entre otros Daniel Sabsay en “El Poder Legislativo tiene que seguir funcionando”; en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Suplemento II de su Revista Digital, destinado al tema “Constitución y Emergencia Sanitaria” (<http://aadconst.org.ar/revistadigital/>). (9 de mayo de 2020). También la Asociación Argentina de Derecho Parlamentario emitió un comunicado el 12 de mayo de 2020 donde expresó: “La Asociación Argentina de Derecho Parlamentario manifiesta públicamente su preocupación por el no funcionamiento regular de las Cámaras que integran el Congreso de la Nación, no obstante encontrarse en el periodo constitucional de sesiones ordinarias que recién finaliza el 30 de noviembre. Es cierto que la pandemia que afronta nuestro país y el mundo entero, ha condicionado el funcionamiento normal de las instituciones públicas y de las actividades privadas, pero también es cierto que siendo el Parlamento, por su centralidad y representación política del pueblo, pluripartidismo y sus potestades de control, el más importante de los Poderes del Estado, deben extremarse los esfuerzos para que cumpla con los relevantes e insoslayables roles que le asigna la Constitución Nacional”. Y finaliza diciendo que “La AADP considera urgente e imperiosa la necesidad de que el Jefe de Gabinete de Ministros cumpla con su obligación constitucional de rendir en cada Cámara, el informe sobre la grave situación sanitaria, económica y social que atraviesa nuestro país, porque resulta inadecuado que la única fuente de información sea el Poder Ejecutivo, que además ha venido paulatinamente ampliando su poder decisorio ante la inactividad del Poder Legislativo”. Firmado por su presidente, Jorge Horacio Gentile, su presidente honorario, Eduardo Menen, y su secretario Martín Viola.

disponer. La decisión del Superior Tribunal del día 24 de abril de 2020, rechaza la acción con voto mayoritario (Maqueda, Highton y Lorenzetti) y concurrente (Rosatti), una disidencia (Rosenkrantz)¹⁷ resolviendo que el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁸.

Del voto de mayoría y en la síntesis expresada en el Considerando 17 se extrae que desde el punto de vista procesal la acción declarativa de certeza requiere la existencia de “casos justiciables” (“Barrick”, Fallos: 342:917), lo que no se cumple en esta petición. Desde el punto de vista constitucional, la Corte es la cabeza de un Poder del Estado, cuya función es proteger el funcionamiento de las instituciones republicanas y las garantías del ciudadano. Las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho y por ello el funcionamiento del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina. El Congreso, como los otros poderes del Estado, tiene autonomía para regular su modo de funcionamiento de acuerdo al art. 66 de la Constitución Nacional, y *“no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las*

17 CSJN. 24 de abril de 2020; “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza” en LL. 08/05/2020. Sobre esta causa pueden verse los siguientes comentarios; Andrés Gil Domínguez; “El fallo “CFK”: la Corte Suprema como Poder del Estado y la democracia digital”; en LL 28/05/2020, 13; Jorge A. Dieguez; “La corte rechazó la acción. La presidenta del Senado consiguió la certeza”, en LL. 28/05/2020, 10; Emilio A. Ibarlucía; “La exigencia del “caso judicial” y un peligroso precedente”, LL 28/05/2020, 15; Adrián F. Ambroggio; “La judicialización de la política como causa y consecuencia” LL 28/05/2020, 5 ; María Angélica Gelli; “¿Separación y colaboración entre poderes? El modo de sesionar del Senado durante la emergencia en el planteo de “Fernández de Kirchner”; LL. 28/05/2020; Roberto Boico; “Sesión remota vs. sesión presencial... y una Corte que inaugura la acción consultiva de determinación de incumbencia”, LL. 28/05/2020, 8, entre otros.

18 En posición crítica se ha dicho que el objetivo del pedido de opinión consultiva a la Corte Suprema era el de *obturar* el ejercicio del control judicial posterior a la adopción de las leyes que fueran adoptadas mediante sesiones remotas, en la medida en que las hipotéticas impugnaciones se fundaran en esa única circunstancia. Así lo ha expresado Pedro Caminos; “Cuestiones Políticas No Justiciables y Deferencia Judicial El Retorno de los Que Nunca Se Fueron”; en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Suplemento II de su Revista Digital, destinado al tema “Constitución y Emergencia Sanitaria” (<http://aadconst.org.ar/revistadigital/>). (9 de mayo de 2020). En el mismo Suplemento ver el trabajo de José Raúl Heredia; “Acción declarativa de certeza y un singular rechazo. Acerca del fallo de la Corte ante una presentación de la Presidenta del Senado”. Ver también de Roberto Punte; “Equívocos, errores y el funcionamiento del Poder Legislativo”, y del mismo autor “Los Congresos y parlamentos en tiempo de pandemia”, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Suplemento III de su Revista Digital, destinado al tema “Constitución y Emergencia Sanitaria” (<http://aadconst.org.ar/revistadigital/>). (27 de mayo de 2020).

leyes” (“Barrick”, Fallos: 342:917, considerandos 2 y 23). Corresponde al mandato constitucional del H. Senado de la Nación el arbitrar los mecanismos necesarios para facilitar la realización de su más alta razón de ser: la representación del pueblo de la Nación en la deliberación de sus asuntos que lo atraviesan como tal.

Del voto concurrente del juez Rosatti es importante destacar la invocación al principio de colaboración interpoderees en función del cual *“aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales”* (Fallos: 327:46, considerando 12 y 319:2641, considerando 1). (Considerando 10)¹⁹.

Por su parte, en el rechazo in limine resuelto en minoría por el magistrado Rosenkrantz puede sintetizarse que, el Poder Judicial no ha sido investido por la Constitución con la facultad de analizar la constitucionalidad de normas o formular interpretaciones de ellas en abstracto, ni de emitir pronunciamientos meramente teóricos o consultivos. Admitir pretensiones de esta naturaleza implicaría ignorar el texto expreso de la Constitución, desandar más de 150 años de historia institucional y alterar radicalmente el carácter del Poder Judicial de la Nación, transformándolo en un órgano distinto al que fuera creado por nuestra Constitución. (Considerando 6). Y agrega que la pretensión no puede tener cabida pues la doctrina de la gravedad institucional no puede ser jamás usada para deformar o eludir las exigencias a las que la intervención de la Corte está constitucionalmente supeditada. (Considerando 7).

A merced del fallo referido, el Congreso se puso en marcha y la primera sesión virtual tanto de la Cámara de Diputados como de la Cámara de Senadores se concretó el miércoles 13 de mayo. A partir de ese momento, se aprobaron los protocolos para

¹⁹ Cabe preguntarse si esta posición podría enmarcarse en un supuesto de constitucionalismo dialógico, donde los tres poderes del Estado avanzan en reformas de fondo, a través de una confrontación en la que cada uno aporta sus puntos de vista y posiciones propias, buscando un equilibrio final a través de pasos sucesivos de reforma, en los que cada uno de ellos pretende que el resto adecúe sus pretensiones en aras a un equilibrio final, abierto en definitiva a posteriores proceso de reforma. (ver entre otros a Roberto Gargarella; “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos”; <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>).

el funcionamiento de sesiones remotas, y se comenzó a ver un lento funcionamiento del Poder Legislativo, con las reuniones semanales habituales. En Diputados, en su primera sesión virtual, se dio tratamiento a proyectos para la protección del personal sanitario y para eximir a quienes trabajen en salud y en seguridad del pago del impuesto a las Ganancias, y en el Senado, también en su primera sesión virtual, se aprobaron veinte decretos de necesidad y urgencia en el marco de la pandemia, desde el no. 260 como los que establecieron la prohibición de la suspensión de los servicios de luz, gas, agua, telefonía, internet y televisión por parte de las prestadora; el congelamiento de las cuotas de créditos hipotecarios; la prohibición de despidos y la creación del programa de asistencia para empleadores, entre otros.

Por su parte, la Comisión Bicameral Permanente en sesión virtual del 18 de mayo, debatió y aprobó por mayoría el cuestionado decreto 457, junto a los 408/20, 409/20, 425/20, 426/20, y 459/20 que prorroga el aislamiento hasta el 24 de mayo inclusive.

Se advierte un lento funcionamiento parlamentario con escaso debate, lo cual no se corresponde con la grave situación de emergencia ni con el hiperactivismo del ejecutivo. Además, como bien lo ha reconocido la misma presidenta del Senado, en su último planteo ante la Corte Federal, *“... resulta evidente que las actuales circunstancias que atraviesa nuestro país y el mundo a raíz de la pandemia provocada por el COVID- 19 son excepcionales. Y la afectación de las posibilidades de desarrollo de la actividad legislativa constituyen una situación que reviste una gravedad institucional inusitada e inédita”*, por lo cual, despejada la duda en torno a su funcionamiento virtual, cabe exigir una actividad legislativa permanente.

Es imperioso que el Congreso sesione en forma permanente, todos los días deberíamos ser testigos de las deliberaciones legislativas que por un lado, impidan el Presidente seguir dictando decretos de necesidad y urgencia, mas aún al Jefe de Gabinete legislar mediante resoluciones administrativas, y por otro, doten de fuerza democrática, republicana y sobre todo federal, a las decisiones adoptadas en el marco de esta emergencia que afecta derechos individuales y facultades locales.

De esta forma, la emergencia declarada legislativamente y luego seguida de la hiperactividad ejecutiva vía decretos de necesidad y urgencia y resoluciones administrativas del Jefe de Gabinete, exige imperiosamente el funcionamiento permanente del Congreso, sesionando diariamente, debatiendo y ordenando legislativamente las restricciones a los derechos que se imponen como paliativos y preventivos frente a la pandemia, ejerciendo además la función de control frente al ejecutivo en su avance legislativo y sobre todo, ante las decisiones administrativas del jefe de Gabinete de Ministros.

En este marco, sesionando diariamente, se propone el debate y aprobación de una ley convenio de emergencia con presupuestos mínimos que permita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires participar desde sus representantes en el Congreso. Ello sobre la base de presupuestos mínimos acordados por todas las provincias en el Senado y la nación numérica en Diputados. Implicaría utilizar el modelo previsto en el art. 75 inc. 2 y buscar los acuerdos interjurisdiccionales posibles, combinado con los presupuestos mínimos de protección que contiene el art. 41 en materia ambiental, de forma tal de permitir a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las normas complementarias que acompañen las excepciones a las medidas restrictivas de derechos en base a las realidades locales, como la ausencia de casos de Covid 19, las posibilidades sanitarias, la distribución poblacional, etc.

Esta ley convenio de emergencia, con un tiempo limitado expresamente previsto, contendría las bases de acuerdos interjurisdiccionales con presupuestos mínimos de protección de la salud pública con la consiguiente restricción de derechos, que permita a cada provincia y dentro de ella a sus municipios, y a la Ciudad Autónoma, dar respuestas locales en el marco nacional fijado por dicha norma. Sería la instrumentación del federalismo de concertación de la mano del Congreso, y no del ejecutivo nacional, mucho menos del Jefe de Gabinete, ni siquiera de los gobernadores provinciales.

Ello así resulta visiblemente insuficiente desde lo federal por ejemplo el decreto de necesidad y urgencia no. 408, en el cual se prorrogó el aislamiento social

preventivo y obligatorio, y entre otras medidas se habilitaron salidas de esparcimiento, en beneficio de la salud y el bienestar psicofísico, dejando en manos de las autoridades locales el dictado de las correspondientes normas reglamentarias. La instrumentación federal exige una ley del Congreso que respete el margen de apreciación local²⁰, poniendo en manos de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, primero a través de sus legislaturas sesionando diariamente de la misma forma, y luego en el brazo ejecutor de sus gobernadores, las decisiones particulares respecto de permitir o limitar salidas, actividades, etc. según la realidad de cada distrito con razonabilidad y proporcionalidad. Todo ello, bajo el control final del poder judicial en su rol de garante de derechos y libertades.

E. En este análisis de la emergencia por la que atraviesa nuestro país, también el poder judicial se encuentra bajo la lupa.

1. La Constitución Nacional consagra un poder específico dentro de la estructura del Estado para asumir la función judicial, teniendo en sus manos la importantísima función de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, actos y normas y así controlar a los otros dos poderes del Estado. Así el Poder Judicial aparece como un órgano constitucional, complejo y especializado. Es constitucional por hallarse expresamente consagrado en la Constitución formal, es complejo tanto en virtud de la estructura orgánico – funcional (art. 108 C. N.) como de la organización federal del Estado (art. 5 C.N.), y es especializado en cuanto tiene a su cargo la administración de justicia sometida al principio de legalidad dentro del marco constitucional²¹.

²⁰ Ver entre otros a Emilio Rosatti; "La emergencia y el margen de apreciación -nacional y local-", en en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Suplemento II de su Revista Digital, destinado al tema "Constitución y Emergencia Sanitaria" (<http://aadconst.org.ar/revistadigital/>). (9 de mayo de 2020). También ver sobre margen de apreciación local, entre otros, a María Gabriela Abalos; "El desarrollo humano y el margen de apreciación local en el derecho público argentino"; en ED. Constitucional, 2017, 20 de octubre de 2017, no. 14.291.

²¹ Juan Fernando Segovia; "La independencia del Poder Judicial y el Estado de Derecho"; en Dardo Pérez Guilhou y otros; "El Poder Judicial"; Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; Ed. Depalma; Bs.As.; 1989; pág. 145. También Dardo Pérez Guilhou; "El Poder Judicial: órgano político y estamental"; en Dardo Pérez Guilhou y otros; "El Poder Judicial"; Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; ob.cit.; María Gabriela Abalos; "Democracia y función judicial. El activismo decisorio en la Corte Suprema de Justicia Argentina"; en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2014), Fundación Konrad Adenauer, Colombia; 2014; págs. 251/270.

Siguiendo a Oyhanarte además este poder judicial ejerce funciones de gobierno y control²². La primera consiste primordialmente en el trazado de las políticas globales y en la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarlas y esta función es de ejercicio compartido por miembros de los tres órganos superiores del Estado: el Poder Ejecutivo la realiza cuando se desempeña como un centro de comando rápido, informado y eficaz. El Poder Legislativo, por medio de sus mayorías que cohesionadas permitan la gestión del Ejecutivo. Y el Poder Judicial, favoreciendo la viabilidad de las políticas de gobierno por medio de las sentencias. Pero éste último además concentra la función de control, compartida con las minorías legislativas.

A ello se suma el creciente proceso de judicialización de la vida social y política, con la expansión del control de constitucionalidad de las leyes y la universalización de las diversas modalidades de control difuso, con el complemento del control de convencionalidad²³. De esta forma, la función judicial tanto de gobierno como de control asume una importancia considerable en situaciones de normalidad como de emergencia.

2. Frente a la pandemia del coronavirus, y a las medidas restrictivas de derechos que se han adoptado fundamentalmente por el Poder Ejecutivo, resulta oportuno recordar que tanto para la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 9/87 para Estados en situación de emergencia, como la Comisión IDH en la Resolución no. 1 de abril del 2020, sobre pandemia y derechos en las Américas, ponen el acento en el indispensable funcionamiento del Poder Judicial. Las garantías judiciales que no pueden suspenderse como el amparo, el habeas corpus o cualquier otro recurso efectivo destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades requieren la presencia de los jueces o tribunales competentes (art. 25.1). El

²² Julio Oyhanarte; "Poder político y cambio estructural"; Ed. Paidós; Bs.As.; 1969; pág. 60. Recuerda este autor que es necesario, sin embargo, reconocer que el rol preponderante corresponde al Ejecutivo, pero que éste, no podría actuar sin apoyo legislativo, y en última instancia sus decisiones, para tener estabilidad definitiva, requieren de la viabilidad que les presta la Corte. Insiste en la necesidad de asegurar una mayoría legislativa que se integre con el Ejecutivo para el ejercicio cohesionado de la función gubernamental.

²³ Entre otros ver a Jorge Amaya, "Un complejo equilibrio entre identidades constitucionales y diplomacia judicial. El debate sobre la última palabra", LL, 2019-B, 768; María Gabriela Abalos; "Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad en el derecho argentino"; LL, 2019-F. Supremacía constitucional y control de convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994", LL, Supl. Derecho Constitucional del 16/07/2014.

funcionamiento del Poder Judicial en tiempos de pandemia es una garantía convencional.

3. En este contexto cabe referir al funcionamiento de este poder durante la situación de pandemia y las medidas adoptadas en función de ello; tanto en relación con la defensa de las garantías y derechos como en su rol de órgano de control constitucional y convencional.

a. Resulta evidente que la relación entre los derechos y su tutela efectiva es inescindible, también es manifiesto que no basta con declarar los derechos, sino que debían ser instrumentados en forma eficaz, y la tutela y efectividad de los mismos requieren de la función judicial como órgano permanente.

Frente al decreto de necesidad y urgencia no. 260 y a los que le sucedieron, la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial, dispuso medidas en sintonía con el Ejecutivo. Primero, la suspensión de la normal prestación del servicio judicial desde el 16 de marzo mediante la Acordada no. 4 y luego se decretó una feria extraordinaria mediante la Acordada no. 6 desde el 20 de marzo, la que se fue prorrogando hasta el 7 de junio inclusive (Acordadas 8, 10, 13, 14, 15 y 16).

En consecuencia de estas medidas se declararon inhábiles los plazos para las actuaciones judiciales ante todos los tribunales que integran el Poder Judicial de la Nación, sin perjuicio de la validez de los actos procesales cumplidos o que se cumplan (art. 1, Acordada no. 4). Se ordenó la atención de causas urgentes y se distinguió en materia penal, cuestiones vinculadas con privación de libertad, violencia urbana y doméstica, delitos contra la salud pública, delitos migratorios, interrupción de comunicaciones, aprovechamiento de calamidad, hábeas corpus, delitos contra integridad, seguridad pública y orden público; y, no penales, asuntos de familia urgentes, resguardo de menores, violencia de género y amparos (art. 4, Acordada no. 6). Junto a ello se dispuso una prestación mínima del servicio de justicia con magistrados y/o funcionarios de las dependencias respectivas que no se encuentren dentro de los grupos de riesgo, licenciándose al resto del personal, sin perjuicio de permanecer a disposición (Acordada no. 6).

También se advierte un incremento en las medidas adoptadas en el camino de la informatización de la actividad judicial. Las mismas tienen que ver sin duda con el marco trazado por la ley 26.685 de junio de 2011, en función de la cual la Corte Suprema, antes de la emergencia desatada por la pandemia, fue avanzado desde la conformación del expediente electrónico como también del expediente digital, las notificaciones electrónicas (Acordada 31/2011), el sistema de gestión judicial (Acordada 14/2013), expediente digital (Acordada 38/2013), ingreso web de causas (Acordada 16/2016), expediente digital en las ejecuciones fiscales (Acordada 15/2019), entre otras.

Ahora en el marco de la feria extraordinaria, se estableció el teletrabajo para los magistrados, funcionarios y empleados que no sean convocados a prestar servicio en los tribunales de guardia, (art. 7, Ac. 6) y se enfatizó en el uso de las TICs. (Acordada No 13), se aprobó el uso de firma electrónica y digital tanto para sus actividades de gobierno como jurisdiccional, habilitando la celebración de acuerdos virtuales y encomendando medidas a organismos internos para el desarrollo de mejoras informáticas. (Acordada No 11/20). Se avanzó en la configuración del ingreso telemático de demandas, aprobándose un procedimiento de recepción de demandas y recursos directos a través de cuentas electrónicas (art. 6, Acordada no. 12). También la gestión de causa telemática donde las presentaciones se realicen en formato digital a través del IEJ (Identificación Electrónica Judicial), con firma digital (Ac. 11 y 12). Se aprobaron las reglas para comunicaciones con organismos públicos o privados para cumplir decisiones: así las libranzas exclusivamente de manera electrónica de los pagos por alimentos, por indemnización por despido, por accidentes de trabajo, por accidentes de tránsito y por honorarios profesionales de todos los procesos (Acordada no. 9), y con la Acordada no. 15/2020 además se aprueba el “Reglamento para el Diligenciamiento Electrónico de Oficios con Entidades Externas al Poder Judicial -DEOX-”²⁴.

²⁴ Al respecto puede verse el Reporte del Centro de Estudios de Justicia de las Américas; Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID 19; que se divide en tres secciones: *¿Qué se hizo? Información oficial y pública de fuente abierta por países*, responde a la pregunta, al resumir en fichas por país y gráficos, la información comparable que los Estados y Poderes Judiciales declaran, y que se encuentra en sus sitios Web o en noticias de internet. *¿Qué está pasando? Observación mediante encuesta y entrevistas*

b. En una primera aproximación se observa que la feria judicial extraordinaria prolongada por más de dos meses, ha implicado una parálisis casi total en el funcionamiento de los tribunales más allá del esfuerzo hecho por la Corte Suprema por implementar herramientas informáticas y de gestión. Bien se ha dicho que el miedo lógico de la exposición de miembros del Poder Judicial, abogados y justiciables al virus, ha puesto en jaque no solo el derecho básico de acceso a la justicia, sino que ha dejado pendiente de un hilo la concreción de otros derechos constitucionales de los ciudadanos que no pueden —ni deben— ser desatendidos ni aun ante situaciones anormales como la que toca transitar en este momento²⁵.

La actitud de la Corte Suprema frente al decreto 493/2020 del 24 de mayo, que extendió el aislamiento social preventivo y obligatorio hasta el 7 de junio, fue igualmente de acompañamiento mediante la Acordada no. 16 que extendió la feria extraordinaria por el mismo lapso temporal. Seguramente tuvo en cuenta el pedido formulado por la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación que exigía la continuación de dicha feria garantizando el funcionamiento de la justicia con teletrabajo y presencias mínimas en las dependencias judiciales²⁶.

a la RedEx CEJA, responde a la pregunta qué ocurre, a prima facie, realmente en los distintos países de la región. Es decir, qué, cuánto y cómo se está cumpliendo aquello declarado para garantizar la prestación del servicio judicial en el marco de la pandemia. *Consideraciones generales*, realiza una selección crítica de los hallazgos que, de modo transversal, se detectan y se proponen posibles cursos de acción que los Estados de la región podrían tomar para, al menos, evitar impactos indeseados en el servicio de administración de justicia. (<https://cejamericas.org/que-hace-ceja/estudios-y-proyectos/estudios-y-proyectos/tecnologia-de-la-informacion-y-comunicaciones-tics/reporte-ceja-estado-de-la-justicia-al/>)

²⁵ Walter Krieger; "Pandemia y justicia: la habilitación de feria desde los derechos constitucionales y convencionales"; LL. 04/05/2020, 04/05/2020, 15. Agrega que ciertamente esta situación atípica ha desnudado severas falencias en la infraestructura de nuestro servicio de justicia, dejando de manifiesto un atraso no solo en lo material, sino también en el concepto de proceso y de cómo llevar a cabo la resolución de los conflictos sociales que se canalizan a través de los expedientes de diversos fueros. En este sentido, parece ser que queremos insistir en aplicar normas y procedimientos pensados en épocas en las que éramos 4 millones de habitantes, para resolver los conflictos de 45 millones de habitantes. Ver también Esteban Vergara; "Garantías judiciales en estados de emergencia. A propósito del COVID-19"; ED. ~ Cita online: ED-CMXVII-219. Ver también a Juan Francisco González Freire; "El Poder Judicial y el COVID-19", ED. Diario, tomo 288, 1 de junio de 2020.

²⁶ El gremio dirigido por Julio Piumato entendió que la justicia puede seguir funcionando a través del teletrabajo y con presencia mínima de personal en las dependencias. "Retomar la actividad en el ámbito de la justicia -con las serias y apremiantes deficiencias estructurales que padece- constituiría una desacertada decisión, que en nada ayudaría a evitar que la curva de contagio se acreciente", señala el escrito, dirigido al presidente del Máximo Tribunal, Carlos Rosenkrantz. Desde la UEJN explicaron que en las cercanías del propio Palacio de Justicia "transitan a diario entre cincuenta mil y ochenta mil personas. La magnitud del número evidencia por sí misma el riesgo al que -todos sin excepción- nos veríamos sometidos de no prorrogarse la feria extraordinaria sanitaria" Diario Judicial 29 de mayo de 2020, Edición 6007. ISSN 1667-8486 <https://www.diariojudicial.com/nota/86350>

Por su parte, el magistrado Lorenzetti en referencia a la extensión de la cuarentena se expresó en forma contraria. Sostuvo que la limitación de la circulación y de las libertades tiene que terminar y enfocarse en donde se transmite el virus, y agregó que "Los gobiernos no pueden avanzar sobre las libertades individuales". Enfáticamente remarcó que "En Argentina tuvimos una cuarentena rígida y ahora donde se puede liberar hay que liberarla porque no puede ser permanente", ello porque "las medidas son válidas por la emergencia pero tienen que estar limitadas en el tiempo, no pueden ser un estado de excepción. Acá hay un riesgo de autoritarismo a nivel mundial, si la emergencia se prolonga en el tiempo", expresó. Manifestó en síntesis que "en la etapa que viene hay que concentrarse en los lugares de riesgo. Hay que salir de la cuarentena global e ir a una limitación específica en los lugares donde se expande el virus: el transporte público, los geriátricos, en lugares de extrema pobreza o donde es muy difícil el control del aislamiento" 27.

c. En esta línea se formula una propuesta de acuerdo colaborativo entre poderes judiciales para permitir la reanudación de la actividad judicial con normalidad en base a las particularidades de las diecisiete jurisdicciones judiciales federales²⁸ en asocio con las veintitrés provinciales²⁹.

La emergencia debería empujar a la formalización de un gran acuerdo judicial entre la justicia federal y las justicias provinciales. Podría convocarse a una nueva Conferencia Nacional de Jueces, como las que impulsaba el juez Lorenzetti desde la presidencia de la Corte Suprema, y que se iniciaron en el año 2006. A partir de este tipo de reuniones a través de plataformas virtuales podría abrirse un diálogo que involucrase a los distintos jueces, empezando por los miembros de los superiores

27 Declaraciones del juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti en CNN Radio <https://cnnespanol.cnn.com/radio/2020/05/26/ricardo-lorenzetti-pide-salir-de-la-cuarentena-global-y-limitarla-a-lugares-de-riesgo/> 26 de mayo de 2020.

28 Conforme a la ley 24.050 son diecisiete jurisdicciones federal: Comodoro Rivadavia, General Roca, Bahía Blanca, Mendoza, Córdoba, Tucumán, Salta, Resistencia, Corrientes, Posadas, Paraná, Rosario, Mar del Plata, Ciudad de Buenos Aires, San Justo, La Plata y San Martín.

29 En relación con los avances de las justicias provinciales puede verse el Suplemento sobre Gestión Judicial, de La Ley, mayo de 2020, donde entre otros trabajos se referencia que el Instituto Federal de Innovación, Tecnología y Justicia de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ju.Fe.Jus.) realizó un relevamiento sobre las herramientas y las tecnologías utilizadas para el sostenimiento del servicio de justicia en las 23 jurisdicciones, con el objetivo de rendir cuenta de la responsabilidad institucional en el contexto del aislamiento social, obligatorio y preventivo como consecuencia de la pandemia de COVID-19.

tribunales de justicia provinciales, y así arribar a acuerdos colaborativos para efectivizar trabajos conjuntos, sobre la base de la cooperación entre los poderes judiciales, a fin de finalizar la feria extraordinaria en las jurisdicciones federales en asocio con la justicia provincial en la medida que las condiciones sanitarias lo permitan, ello evaluado por las mismas autoridades locales.

Cabe recordar que en la primera Conferencia Nacional de jueces realizada en Santa Fe en 2006 se dijo que *“Los jueces integran un Poder del Estado cuya finalidad es la defensa de la Constitución Nacional, controlando que los demás poderes se ajusten a ella, tutelando las instituciones y defendiendo los derechos individuales de los ciudadanos. Por esta razón, es imprescindible fortalecer el Poder Judicial para que pueda cumplir esa función tan importante en la sociedad”*³⁰.

En esta línea se encontraría la Acordada 14 del 11 de mayo de 2020 que se hace cargo de la necesidad de compatibilizar el servicio de justicia con la salud pública, y menciona las particularidades locales que emergen del decreto de necesidad y urgencia no. 408, donde se admite la necesidad de readecuar el aislamiento mediante la adopción de decisiones consensuadas con los gobernadores y con el Jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La diferencia de la propuesta que se esboza es que tales medidas deberían ser tomadas por las propias autoridades judiciales, con razonabilidad y responsabilidad, dejando de lado la dependencia a una decisión del presidente o en un caso peor, del Jefe de Gabinete.

Este parece ser el sentido de la reciente Acordada no. 17, del 2 de junio pasado, que ha dispuesto el levantamiento de la feria judicial en algunos tribunales de ciertas jurisdicciones.

d. Finalmente, se ha dicho con acierto que el poder judicial debe abrir las puertas, ampliar su actividad y no restringirla, debe darse a la ciudadanía con amplitud, convocar a todos los que hacen posible el funcionamiento del Poder judicial (abogados, martilleros, peritos, técnicos, etc.) para encontrar soluciones superadoras y no limitarse a emitir normas entrópicas cuyos resultados permiten un

³⁰ Conclusiones de la I Conferencia Nacional de Jueces “Jueces y Sociedad” Santa Fe – 30, 31 de marzo y 1 de abril de 2006; <https://www.cij.gov.ar/adj/ADJ-0.519372001226526460.pdf>

funcionamiento mínimo, que aún siendo indispensable, está lejos de lo que la gente necesita.³¹

F. En definitiva, a través de una ley convenio de emergencia con presupuestos mínimos como fruto de la soberanía popular y la representación provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el Congreso, más un acuerdo de colaboración entre los poderes judiciales nacional y provinciales, podría estructurarse dentro de los cánones constitucionales, la difícil y compleja tarea de hacer frente a la emergencia y sus consecuencias sin afectar la división de poderes, la defensa de los derechos y el fortalecimiento del federalismo en el marco republicano.

³¹ Así lo expresa Claudio Martín Viale; “El pacto social constitucional”; en DPI Doctrina Destacada. Boletín Especial COVID -19 Nro. 260 – 08.05.2020, https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-destacada-boletin-especial-covid-19-nro-260-08-05-2020/