



EJERCICIO PROFESIONAL, GESTIÓN JUDICIAL Y CORONAVIRUS - Parte II



DOCTRINA

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

Alejandro Díaz Lacoste 2

El ejercicio de la abogacía como actividad esencial

Un nuevo trabajador autónomo económicamente dependiente

Gerardo R. Mosquera 6

Una cartografía de derechos para las crisis sanitarias

A propósito del COVID-19

Gonzalo Sozzo 10

Un gran salto hacia la justicia digital: los acuerdos jurisdiccionales telemáticos

Sebastián C. Chumbita 14

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

Alejandro Díaz Lacoste (*)

SUMARIO: I. Cuestiones preliminares.— II. La temática a tratar.— III. El problema de la forma de gobernar.— IV. El estado de excepción y la participación del Congreso Nacional.— V. Algunas reflexiones axiológicas. Efectos en el plano fáctico y jurídico.— VI. La necesidad de leyes generales en resguardo del Estado de derecho.— VII. Los aspectos dilemáticos de la cuarentena absoluta.— VIII. La coherencia intrasistémica de los decretos de necesidad y urgencia y su compatibilidad con la Constitución Nacional.— IX. Objeciones constitucionales *prima facie*.— X. El estado de excepción como único mecanismo idóneo.— XI. Conclusiones.— XII. Epílogo.

I. Cuestiones preliminares

A los protagonistas del mundo jurídico les gusta “interpretar”. Parece un acto o una acción necesaria, propia de su actividad específica, pues las normas no son claras o se prestan a equívocos. Si deben aplicarse a casos en concreto, antes deben preverse sus contenidos bajo cierta universalidad, igualdad y, por sobre todo, legalidad.

Pero no siempre se logra.

Más aún: las normas pueden resultar erradas, inválidas o ilegítimas, e inclusive ineficaces. Hasta son pasibles de objeciones valorativas e ideológicas. Algunas veces, también, la falta de acatamiento las convierte en algo efímero. Son acaso diversos puntos de vista para analizar el mismo problema. Lo central es que la ciencia jurídica *no* es una de las llamadas ciencias “exactas”, y dista de estar alejada de —más bien está conformada por— los preconceptos y las cosmogonías diferentes de cada uno de sus operadores.

Nos guste o no, ésta es la realidad epistémica de nuestra “ciencia” jurídica.

Los recientes decretos de necesidad y urgencia, dictados en el marco de la pandemia que azota al mundo y a nuestra comunidad, no escapan a ese contexto.

Creemos que debe analizarse, entonces, la compatibilidad de tales reglas jurídicas con el esquema de gobierno previsto por las normas superiores del sistema al que se integran.

II. La temática a tratar

En esta entrega, trataremos de analizar si la cláusula de supremacía constitucional prevista por el art. 31 de la Constitución de la República Argentina ha sido o no resguardada

ante la custodia de la emergencia colectiva instrumentada por el decreto de necesidad y urgencia (DNU) 297/2020 y todas sus normas vinculadas, las cuales, hoy por hoy, ya se compendian en cientos de miles de páginas.

Los problemas son básicamente dos. De un lado, las previsiones de la Constitución Federal respecto de la vigencia de los Códigos nacionales de fondo (dictados conforme a su art. 75, inc. 12) (1), de la exorbitancia de estos “decretos de necesidad y urgencia”, así como de las facultades sanitarias concurrentes previstas en favor de las provincias y los municipios. De otro lado, la extensión de los derechos individuales constitucionales y la forma idónea para restringirlos en función del bien común, que —a no dudarlo— se encuentra seriamente comprometido.

Nuestro análisis procura establecer si es posible concluir en la validez de sus cláusulas —incluyendo las penales, las que tienen ciertos efectos tributarios o las relacionables con algunos actos de coerción estatal impuestos por las fuerzas de seguridad— en el contexto de la pandemia, respecto de los residentes. Asimismo, en su caso, quisiéramos establecer con qué alcances podrían aceptarse sus restricciones, al menos desde un punto de vista constitucional.

En el marco del Estado de derecho, adelantamos la enorme dificultad de sostener la validez constitucional de muchas de sus cláusulas, por más que se comparta su noble objetivo. Creemos que las formas elegidas no son las previstas por nuestro sistema jurídico.

Es una pena, pues *lo ideal es conservar las instituciones* más allá de que queramos compartir cuán necesario es combatir la endemianada pandemia en proceso y las bien intencionadas medidas que se procura poner en ejercicio para paliarla, *como se pueda...*

Mejor sería haber podido hacerlo “como se debe”, en lugar del “como se dé”, o el “dale que va”, o el “es urgente, átalos con alambre”, todos típicos de la cultura criolla.

III. El problema de la forma de gobernar

En entregas anteriores (2) destacué la sucesión de errores de los operadores de gobierno, incluyendo ejemplos a nivel municipal, estatal, nacional y aun a nivel internacional, quienes, con sus decisiones jurídicas, generan estados de desasosiego en toda la población que profundizan la ansiedad y el temor por la irrupción de una enfermedad desconocida, alta y exponencialmente contagiosa, y sin cura médica adecuadamente establecida aún.

Esta sensación se profundiza si vemos cómo la pandemia se lleva por delante las estructuras de todas las economías del mundo (la producción de las potencias y de los países emergentes se paraliza y se redirecciona hacia rubros, áreas y continentes antes impensados). Afecta también a los organismos internacionales y a la organización de la vida misma de millones de personas. Los gobernantes, desconcertados, yerran una y otra vez en sus políticas.

Finalmente, todos vemos cómo han quedado restringidas las libertades en un grado inusual, a punto tal que, como en otra entrega sostuvimos (3), la única forma que creemos jurídicamente admisible para tolerarlo sería la declaración, por parte del Congreso Nacional, del estado de sitio o excepción (4).

El problema se agudiza por cuanto, sumado a los errores y a las pruebas fallidas, el sistema jurídico mismo también tambalea. El Estado de derecho se ha puesto en crisis. Las autocracias se restablecen. Las dictaduras se fortalecen, vanagloriándose del éxito de sus “disciplinas de control social”. Los Parlamen-

tos cierran. La voz del pueblo soberano queda “en pausa”, y más aún: enmudecida. Los derechos más básicos de los habitantes, que tantos años costó consolidar, se desplazan mediante “decretos-leyes” (5).

Estas “decisiones unilaterales” como forma de gobernar desde la Convención Constituyente de 1994 han pasado a llamarse oficialmente “decretos de necesidad y urgencia”, aunque se las habilite subordinadas a ciertas condiciones de validez. En otros países, con menos frialdad y menos hipocresía, se las denomina “decretos legislativos”. En nuestra historia política del siglo pasado se las llamaba, con mayor realismo, “decretos-leyes”. *En verdad, lo relevante que estas modalidades de gobernar tienen como común denominador es que se trata de “decisiones de autoridad” que prescindan de la deliberación democrática y republicana. Y se agravan cuando desplazan las “sanas prácticas constitucionales” y desplazan al soberano de su rol (6).*

En tal contexto, en todo caso —y repetiré lo que mantengo hace varias comunicaciones en este tema—, la vía jurídica apropiada para esta espantosa situación de conmoción interior —que afecta a todo el territorio nacional— no es otra que la formal declaración de un “estado de excepción”, en términos del art. 27 de la Carta Interamericana, paralelamente previsto por el art. 23 de nuestra CN —aún hoy vigente, por cierto; pero aquí denominado como “estado de sitio”—.

IV. El estado de excepción y la participación del Congreso Nacional

Lo más relevante de esta solución es que, en tal caso, la voz de los parlamentarios tendría ocasión de ser oída. Habrían sido consultados. Y los “consejos asesores” —sean epidemiológicos, sean consultivos socioeconómicos (como se viene reclamando por los órganos de prensa)—, esto es, la opinión de

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado. Exprofesor de Derecho Constitucional. Exinvestigador del Instituto Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Premio Rodolfo Molledo, año 1982, FORES. Premio UBACyT a la Investigación Científica, período 1993/1995. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Belgrano. Magíster en Derecho Penal y Diplomatura en Derecho Penal por igual universidad. Egresado de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura. Docente, ensayista e investigador.

(1) “Dictar los Códigos...”, sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones...”.

(2) Véase mi trabajo: “COVID-19. Ausencia de algunos enfoques científicos en la improvisación jurídica. Reflexiones sobre el ensayo y error: 1.439.516 de contagiados y 85.711 muertos, hoy”, https://www.eldial.com/nuevo/actualidad_coronavirus.asp.

(3) Véase, también de mi autoría, “COVID-19. Fundamentos para decretar el estado de sitio. Causal de conmoción interior. Facultad legislativa inexcusable. Delegaciones posibles al Poder Ejecutivo”, *elDial* del 02/04/2020. *Agradezco en las presentaciones que dejo citadas, pero inclusive en ésta, a los colegas Dr. Mariano Lema y Dras. Ana María Álvarez y Liliana Á. Matozzo por sus atentas sugerencias, críticas y revisiones.*

(4) Véase el interesante trabajo de VÁZQUEZ IRIZARRY, William, “Excepción y necesidad: la posibilidad de una teoría general de la emergencia”, Ed. SELA, Chile, 2010. “Sobre este particular, la literatura se caracteriza por intentar dar explicaciones mediante dramáticos dualismos. Se habla así de la relación normalidad-excepcionalidad, enfoque de acomodo-enfoque de rigor, gobierno regular-gobierno excepcional, o bien simplemente de la dicotomía legal-extralegal.

Estos dualismos —analiza el autor— se presentan en ocasiones como propuestas normativas, en otras como descripciones de cómo opera el Estado de derecho. Sin embargo, afirmar que lo excepcional es actuar fuera de la normalidad no agota la discusión pues resta todavía atender cómo se relaciona la excepción y el derecho. ¿Es la excepción una figura jurídica o estamos ante una realidad fáctica? O utilizando una imagen recurrente en estos debates, ¿está la excepción dentro o fuera del derecho? Una considerable parte de la literatura reciente se ha concentrado precisamente en las implicaciones que tiene para un Estado de derecho optar por entender las emergencias bajo un ‘modelo legal’, frente a la alternativa de enmarcar la discusión en un ‘modelo extralegal’.

(5) Es una expresión histórica, por cierto, pero encarnada en los llamados “DNU”, nos guste o no.

(6) Expresión del recordado profesor Carlos S. Nino.

De las anomias, sociales o jurídicas, no es momento de ocuparse. Pese a la repetición que hace en nuestro medio un joven periodista, la categorización del fenómeno corresponde tanto a Merton como a Durkheim —sociólogos que tematizaron el problema muchos años antes que Carlos Nino en nuestro medio—. Émile DURKHEIM la ponderó en “La división del trabajo en la sociedad” (1893; un Estado sin normas que hace inestables las relaciones), y el estructuralista Robert K. MERTON lo hizo tanto en “Social theory and social structure” (1949) como, cerca de 1964, en “Teoría social y estructura social” y, finalmente, en “Anomie, anomia and social interaction: contexts of deviant behavior”. Ambos sociólogos permitieron elaborar los conceptos primigenios de los cuales se hizo la aplicación estructuralista que deriva, hoy día, hacia una mejor comprensión de las formas jurídicas abandonadas.

los científicos, de los asesores de todas las vertientes y de los peritos en la materia, *sería también escuchada, pero en el recinto de los representantes del pueblo*.

A esta omisión se suma —en paralelo— el riesgo político de una posible ulterior tacha de invalidez de aquellos actos locales que varios Estados y varios municipios han procurado instrumentar (sea por vías de hecho como por decretos o por ordenanzas de sus Consejos Deliberantes).

En tal cuadro, y si bien creemos que hay que dejar para otra oportunidad el análisis estricto de la validez, eficacia y/o legitimidad de los actos zonales, dicha tarea ya empezó a ser llevada a cabo por autorizada doctrina (7) y controvertida por diversos fallos judiciales (8).

Consideremos de este modo cuál resulta ser el nudo de la cuestión: ¿es necesaria (imprescindible, léase mejor desde el punto de vista constitucional) la *intervención* del Congreso Nacional en el tratamiento de soluciones a esta problemática? En su caso, ¿con qué alcance y oportunidad? ¿O bien podremos gobernar durante todo el presente mandato presidencial sin su concurso? ¿Cuál debe ser, en suma, el encuadre legal y constitucional de las medidas de emergencia?

Estas líneas, por cierto, *procuran avanzar en la confusión y contribuir más aún a profundizarla*.

Me adelanto en este sentido a una posible inquietud del lector: comparto absolutamente *el contenido* de las medidas de gobierno adoptadas, hasta acá exitosas; y he sostenido que deben y debieron ser más rígidas y más férreas para un eficaz logro de sus cometidos, inciertos a futuro. *Sin embargo, no creo aceptable que el sistema constitucional —el que desde 1853, 1960 y 1994 nos rige en la República, no otros— quede desplazado en forma tan severa como está ocurriendo*.

No se observan voces que se estén levantando a este respecto. Abramos pues la polémica.

V. Algunas reflexiones axiológicas. Efectos en el plano fáctico y jurídico

Es cierto que los DNU 260/2020, 297/2020, 325/2020, 355/2020 y 408/2020 —tanto cuanto sus complementarios y la frondosa normativa conexas (que ya se equipara en volumen a la de los tiempos del “corralito”)— afectan palmariamente a la libertad de tránsito y reunión. Su objetivo primordial, mientras tanto, es la preservación de la salud pública, sacrificando a aquéllas.

Sin embargo, la cuestión central no sólo es si tal restricción está axiológicamente justificada en el marco de “protección de la persona impedida de deambular” y de toda y cualquier “persona que pueda tener contacto con un infectado”, sino si, por el contrario, semejante cometido restrictivo emanado de un DNU exorbita a la Constitución misma.

Planteada en nuevos términos la cuestión: ¿será que la forma jurídica requerida para satisfacerlo debió ser otra? (9). Pues si bien estos decretos —repito— tienen como objetivo principal la protección de la salud pública, lo cierto es que, por implicancia, abarcan un vastísimo número de restricciones civiles, comerciales, tributarias y administrativas de un amplio universo de personas que, muchas veces, no comparten el mismo objetivo gubernamental ni pretenden ser solidarios con su prójimo.

La velocidad de contagio impuso velocidad a su dictado. Sin embargo, nos debemos esa velocidad hacia una más profunda reflexión sobre los alcances de las medidas presidenciales.

Sobrevienen así dos reflexiones iniciales.

La primera: ¿Qué tan arduo es, hermenéuticamente, compartir el objetivo, pero al mismo tiempo observar su inconsistencia, la incongruencia, así como la difícil armonía entre: i) las formas aplicadas para lograr aquel efecto; ii) la Constitución Nacional como sistema?

La segunda: ¿Qué tan arduo es hacer *simultáneamente* una valoración del objetivo y del “medio instrumental” aplicado, laudando el uno, rechazando el otro?

Valga entonces sobre estas dos dilemáticas plantearse una paradoja y sus dos efectos.

El primer gran efecto sería grotesco.

Si —para el logro del objetivo sanitario en un marco epidemiológico— como poder público le prohíbo *solamente a una persona* que circule por las calles y que se reúna con otros vecinos, entonces *el virus se propaga* por y entre todos aquellos no alcanzados por esa norma individual.

Si, en cambio, les prohíbo a *todos* que circulen y/o que se reúnan entre sí, *el virus no se propagará*, excepto que al menos *uno* de todos ellos pretenda ampararse en su libertad constitucional de reunirse y transitar libremente.

O bien que al menos *uno de todos éstos* vulnere —de cualquier modo que sea y al menos *una sola vez*— aquella regla general, volviendo a situarnos, en dicho caso, en los efectos propios del primer contexto, vale decir, bajo el riesgo de contagio general de la población dentro de la cual *el virus se propaga* en forma exponencial y sigilosa.

Más grotesco aún sería un segundo efecto de semejante paradoja.

En concreto: el solo ejercicio que alguien haga de esa libertad individual de circular y de reunirse con otros —sea que lo concibamos como un “libertario” o como un “transgresor”— coloca a este sujeto, cuanto a todos con los que quiera y acepten relacionarse entre sí, *en situación y en contexto de contagiarse*. Y no sólo de *autosituarse en un concreto peligro de vida, sino de poner en riesgo cierto de vida a todos sus congéneres*.

Ninguno de ambos modelos, en cuanto se tornen normativos (10), en consecuencia, es idóneo. Tan sólo cierta norma general —pero sólo aquella que *eficazmente* no admita trasgresores— sería la única que podríamos convenir como “útil”.

No hay entonces por ahora —según las evidencias científicas rendidas hasta la fecha— forma alguna de evitar la propagación viral sin emitir jurídicamente un *mandato universal* de no locomoción, de no circulación, de no comercio y de no reunión, o sea, el decreto de un mandato de confinamiento para todos los habitantes, eficaz siempre y cuando la exclusión de contacto sea indefectiblemente satisfecha por *todos*, sin fisuras por parte de *ninguno*.

En otros términos: un solo trasgresor o rebelde vacía de contenido al plan sanitario.

VI. La necesidad de leyes generales en resguardo del Estado de derecho

El problema es que, por definición, el confinamiento debe ser absoluto, y quienes quieren ejercer sus libertades, como si nada ocurriera, lo relativizan.

Así, jamás se logra el objetivo legal pretendido —o se lo minimiza a un punto tal de convertirlo en un esfuerzo colectivo sin sentido o casi estéril— cuando otras facultades o libertades quieren ser en paralelo puestas en ejercicio “normalmente”. *No hay entonces opción instrumental alguna —bajo un contexto tan extraordinario como angustiante para todos— en el sentido de “conceder” libertades que no estén ceñidas a las de vivir y asegurar a otros vivir*. Cualquier concesión conduce, inevitablemente, al contagio social. Y, como estamos viendo, a segundos rebrotes.

Sabido es que no hay derechos absolutos. Pero enfrentamos la necesidad de dictar una ley general que no admita excepciones, sean éstas concebidas como facultades, libertades o transgresiones.

En consecuencia, siendo el derecho constitucional de comerciar una actividad derivada de las de circular y de reunirse con otros para intercambiar bienes, por muy esencial que ella pudiera ser para el logro de alguna de todas las formas de subsistencia humana, *lo cierto es que la necesidad pública de una norma “general” inmovible desplaza al “deseo” o la “facultad” individual de comerciar (y transitar, y reunirse —aún para rezar—), pues, repetimos, un solo trasgresor o un solo rebelde arrasa con el instrumento y con el objetivo general*.

Así están en suma planteados los extremos axiológicos.

El dilema entretanto aún subsiste.

En efecto, ¿cómo habilitar que tales fundamentos axiológicos, lógicos e instrumentales permitan privilegiar a la salud y a la vida, antes que a la economía, antes que al comercio y antes que a la mismísima libertad de deambular, *si al menos un trasgresor o libertario existe?* (11).

Aun si alguien pretende transitar con su libertad hacia su propia muerte —pues algunos la predicen en forma errática como vulnerada por la legislación en vigencia—, los decretos han decidido preferir la preservación de la salud del mayor número que la rebeldía del menor número.

No solo acá, sino en casi todo el planeta (12).

Sin embargo, la Constitución aún existe. Y algunos países la respetaron.

Y el Estado de derecho debe ser la otra prioridad absoluta a ser atendida en paralelo con las estrategias sanitarias. En tal marco, la pregunta ya no es axiológica, sino jurídica: ¿cómo aseguramos que una norma general no tenga *ningún trasgresor, de hecho o de derecho*? ¿Cómo disponer del sistema jurídico en pleno hacia el logro de tal objetivo?

En épocas de normalidad, nuestros planteos parecen de imposible satisfacción o cumplimiento. Ante el gobierno de los tiranos, sin embargo, el degüello sin debido proceso existe *justamente* para lograr *cero trasgresiones* a una norma absoluta.

Bajo las formas democráticas y republicanas, en cambio, todavía hay que plantearse un adicional dilema de hierro de orden lógico, jurídico y fáctico ante la modalidad que esta enfermedad *exige* —donde, por definición, debe haber *cero trasgresores*—. Sin embargo, ¿alguna vez se ha visto en la historia del derecho alguna norma sin *ningún* trasgresor?

Parece que no.

Sería imposible hasta en el plano lógico conceptual. La propia definición de “deber” apareja la posibilidad de “violación del deber” —óntica y deónticamente—. Los juristas saben que hasta resulta “permitida” fácticamente su violación, pues de otro modo la normación misma carecería de sentido. Nunca habría delitos, para decirlo vulgarmente, si las personas no tuvieran “libertad para transgredir” las normas, en noción que el vulgo y el pensamiento popular no llegan a entender bien.

En tal marco, entonces: ¿cómo lograr el objetivo epidemiológico “ninguna transgresión” y, paralelamente, respetar también el Estado de derecho constitucional, sin incurrir en los excesos propios de los totalitarismos y de las autocracias?

Insistamos: una sola persona que “perciba” como irrazonable la veda de circular, o que “necesite” quebrar la imposición de una cuarentena generalizada, o que ejerza *per piacere* su libertad (óntica) de transgredir la norma, por la razón que sea, *vuelve totalmente inocua la prohibición con fines médicos*. Si, además, tal prohibición no se generó por la voz de los *representantes del pueblo, ni bajo el balance de opiniones deliberativas de mayorías y minorías, los argumentos dirigidos a doblegar al díscolo necesitarían situarse más cerca del déspota que del gobernante democrático y republicano, en forma penosa para los años que tiene el pensamiento constitucional* (13).

{ NOTAS }

(7) Publicación de elDial del 02/04/2020, DC29F1. El trabajo es de autoría del Dr. Horacio J. J. PIOMBO, quien abordó el problema relacionado con las “Restricciones municipales al libre movimiento en el contexto de la pandemia COVID-19. El impedimento de acceso a los no residentes” [recordemos su sumario: “Introducción. I. La cláusula de la supremacía (art. 31, CN), el DNU 297/2020 y la decisión administrativa 429/2020. II. La cláusula del comercio (art. 75, inc. 13, CN). III. La libertad de tránsito (art. 14, CN). Conclusión”].

(8) Véase la reseña de PULVIRENTI, Orlando, “Tres fallos y el federalismo en la pandemia”, *Microjuris.com* del 14/04/2020, MJ-DOC-15283-AR, MJDI15283; y algunos de los artículos publicados por elDial en que se des-

cribe y analiza el conflicto desatado entre las políticas públicas de emergencia de Chaco y Corrientes. Sabida es la unión actual de ambas provincias por un puente que es atravesado por personal sanitario de un lugar para atender en el otro. La gobernación de Corrientes exige la puesta en cuarentena del personal sanitario que tenga tal práctica. Así, a la par que custodia su salud interior, pone en riesgo, por falta de personal médico, a su Estado vecino. Sus relaciones “internacionales” —pues parecen distintas naciones— han quedado así afectadas.

(9) Pues los decretos presidenciales —sin ley, por definición— están previstos: “...Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la

sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia...”.

(10) Se compartan o no sus ideas o sus postulados iusfilosóficos, Miguel Reale puede ser leído a título informativo de la polémica entre modelos y estructuras en REALE, Miguel, “Teoría de las fuentes y de los modelos jurídicos”, *Zeus*, nro. 43, Ed. Zeus, 1987, p. 35.

(11) Con marco en los arts. 14 y 19, CN; 30, Convención Americana sobre Derechos Humanos, y doctrina plasmada en la Opinión Consultiva nro. 6/86.

(12) Algún día analizaremos la calificación legal de cada estrategia de embate al virus. Una de las técnicas

ha proclamado infectar al mayor número, aceptar la mortandad de los menos aptos y restablecer cuanto antes los circuitos económicos afectados. Otra de las técnicas ha determinado inmovilizar el tránsito de bienes y personas, infectar el menor número posible, internar y tratar a la totalidad, y subsidiar el paro (el “párate”).

(13) Véase la obra de RÜTHERS, Bernd, “Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de Cámara en el Tercer Reich”, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 138 y ss.; recordando cómo Schmitt ha influido en la tematización de la emergencia y la excepción en el mundo del derecho, cita: “El soberano funda y garantiza la situación del conjunto en su totalidad. Él tiene el monopolio de esa decisión última” (SCHMITT, 1934). Karl Schmitt defendía que, de

Por ello, al mismo tiempo que se concibe la idea de establecer una cuarentena sanitaria por medio de un decreto administrativo, resulta imprescindible —desde el campo de lo jurídico o tan solo bajo la perspectiva de las técnicas legislativas— *deliberar* sobre la existencia de razonabilidad, igualdad o equilibrio entre los objetivos propuestos y las restricciones impuestas mediante “decretos de necesidad” —y sin ley u órgano legislativo mediante—.

VII. Los aspectos dilemáticos de la cuarentena absoluta

Desde otro punto de vista, está claro que todos los afectados por estas prohibiciones son personas que, como regla general, están *prima facie* cumpliendo con la puesta en cuarentena para autopreservar su vida, la de su familia y, simultáneamente, dada la forma de contagio del SARS-CoV-2, la de los miembros de la comunidad en que viven.

Por intermedio de este mecanismo de “confinamiento hogareño”, se les permite a los gobiernos asegurar la vida y el acceso a la salud de la sociedad toda. Esta finalidad axiológica e instrumental de estos actos de administración resulta intachable, y en el plano lógico es inconcebible realizarla de otro modo, tal como hemos dejado demostrado.

O, al menos, no encontramos argumentos en favor de un método alternativo: un solo asintomático que se autolibere de las restricciones causa desastres comunitarios (14).

Sin embargo, se ha escuchado paralelamente sostener que “sobrevivir”, con o sin enfermedad, propia o general, es un contraargumento humanitario demasiado dramático como para ser soslayado. De suerte que, si “para sobrevivir” necesitamos imperiosamente “transitar o comerciar”, estaremos en una situación normativa, económica, epidemiológica y sociológicamente *insostenible* si la prohibición de circulación cae en cualquier absolutismo.

La prestación de los servicios de salud y de alimentación —se dice con cierta falsía y mucha más falta de imaginación (15)— requiere de tránsito y de comercio en conjunto. Así, aun cuando se logre el objetivo “circulación social cero”, siempre se necesita espacio para que *algunos* se movilicen —paradójicamente, para permitir que sean *otros* los que guarden el confinamiento—.

Como se ve, si volvemos al principio del planteo lógico, salvo que nadie coma durante 90 días y el personal de salud duerma junto con los afectados, la *inmovilización absoluta* de la *sociedad entera* es una contradicción en sus términos; y, si quisiera lograrse o acercar el modelo clínico a tal *status*, ello no sólo exige el concurso del Poder Legislativo para establecer el rango de derechos y libertades que se conculcarán razonablemente y acorde al objetivo, sino que debe enfrentar un hecho difícil: la voluntariedad del acatamiento irá

mermando a medida que crece el asedio psíquico.

Por ello, el aceptable objetivo sanitario y epidemiológico roza el estigma de la inconstitucionalidad. No sólo en los casos en que los decretos de la autoridad ejecutiva *avancen sobre competencias que tiene vedadas en tal marco constitucional* —esto es, el uso de formas jurídicas de normación general sólo propias del Poder Legislativo—, sino también en la medida en que *convierte en autocontradictorios sus fines y los medios que aplica para lograr sus nobles propósitos axiológicos*.

Estas consecuencias no queridas surgirán inevitablemente en dos extremos.

De un lado, alguna de las cláusulas administrativas resulta inválida por contradecir el mandato expreso del constituyente o por imponer cargas públicas de difícil cumplimiento a determinado sector de la sociedad —aunque sean en beneficio del conjunto—.

De otro lado, alguna de las personas a quien se dirige la orden de cuarentena —impuesta para sobrevivir al virus— necesitará inexcusablemente violarla —para sobrevivir al hambre—.

Nuestra conclusión: en ambos extremos de las paradojas surge la inconsistencia de la medida.

VIII. La coherencia intrasistémica de los decretos de necesidad y urgencia y su compatibilidad con la Constitución Nacional

¿Cómo salvar entonces el buen fin axiológico (y sanitario) —incluida la preservación de la vida como bien jurídico tutelado y la bondad pretendida para con los ancianos— con las formas instrumentales y las técnicas legislativas que asegurarían, no el éxito clínico deseado para la norma aplicada, sino el éxito y resguardo institucional?

Como todas las hipocresías de la vida: si el capitán lleva la nave o sus ejércitos a buen puerto o a la victoria, será un héroe; si la conduce al naufragio o la derrota, habrá sido un tirano.

Hay por ello que profundizar los argumentos determinantes que consolidan las opciones jurídicas en favor de “otros caminos alternativos”, especialmente si son de raigambre legislativa.

Veamos en tal marco algunas de nuestras perspectivas teóricas puestas al servicio de analizar la compatibilidad de los decretos de necesidad con la Constitución Nacional, así como la coherencia intrasistémica de los decretos, en sí mismos.

Dos consideraciones previas son esenciales.

De un lado, no nos sobra recordar que todas las restricciones de derechos que no

dimanan del órgano deliberativo carecen de soporte constitucionalmente aceptable, al menos en el marco democrático. Y que, en tal cuadro, el dictado de normas de coerción penal o las que impongan efectos tributarios a la población está completamente vedado por el constituyente en el marco del art. 99, inc. 3º, para los DNU (16).

De otro modo se genera un trasvasamiento indebido de límites, el cual, y sin necesidad de ir caso por caso, es palmario con sólo acudir al simple ejercicio de cotejar el contenido de la regla superior con el contenido de la regla inferior —ámbito del principio de supremacía federal—.

De otro lado, al tiempo del naufragio, las consecuencias que pueden emerger en torno a la responsabilidad del Estado podrían ser graves. Allí se permitirá concluir cómo, a nuestro humilde juicio, el único método constitucional que hubiera permitido horadar tales valladares —axiológicos y/o normativos— se sitúa en la cláusula que normativiza el estado de sitio o de excepción (17).

En suma: *solo el estado de excepción —reconocido que sea por el órgano legislativo— puede soslayar tal condición*. Solo tal resguardo podría habilitar a los poderes administrativos en el ejercicio de las facultades que, de hecho, están poniendo en ejercicio so color de la llamada “teoría de la emergencia” —eufemismo que no supera el escollo constitucional—.

Frente al hecho consumado, solo el control legislativo y el ulterior control judicial podrán salvar el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no está ocurriendo así. Y son graves las trasgresiones al principio de supremacía.

IX. Objeciones constitucionales *prima facie*

Veamos algunos ítem, sin agotar los planteos posibles.

1. En primer lugar, un DNU no puede variar el orden de competencias reguladas constitucionalmente. Nada puede modificarse en el rango de éstas por la sola voluntad del Poder Ejecutivo Nacional. Sus asignaciones emergieron de una Convención Constituyente, y su ejercicio, además, está establecido como concurrente con Estados provinciales y organismos municipales: no puede ser impuesto a éstos contenido alguno en forma vertical por los órganos ejecutivos, sin que emane siquiera de una deliberación institucional por los diputados (representantes de esos habitantes) y senadores (en tanto representantes de esos lugares del país federal) (18).

En tal orden, es bien cierto que el poder de policía de salubridad concierne a una atribución concurrente entre las esferas nacionales, provinciales y municipales. Sin embargo, para absorberla no basta con que el Estado

Nacional deba responder a una situación de gran escala que torne *eficaz* una regulación general y universal en la materia, e ineficiente a cualquier otra que se le superponga o contradiga. Es necesario justificar de manera adicional la ruptura del sistema federal de gobierno y la supresión de las competencias locales, mediante el concurso legislativo, general y universal que sólo el Congreso puede imponer.

En el extremo de las excepciones a esta regla, sólo una intervención federal tiene semejante rango amplio de “asignación de atribuciones” idóneo para “suprimir (o modular) atribuciones”. Solo el estado de sitio, en cambio, puede habilitar el ejercicio de tales competencias por el Poder Ejecutivo por sobre el conjunto de la ciudadanía —por sobre todo el país—.

Y aun cuando la pandemia de COVID-19 obliga a admitir su excesiva gravedad, ello no equivale a aceptar que la facultad de salubridad pueda desplazar la competencia legislativa penal y las salvaguardias que la Constitución Nacional contiene en favor de las provincias para autorregular, como les plazca, su contención localista, más allá de que hacerlo de otro modo diferente a como lo está implementando la Nación —que lo ha planteado mejor que casi todos los países del mundo— sería suicida, pero no invalida en ningún plano sus competencias constitucionales.

Es el primer vicio grave, entonces, de la técnica aplicada por los asesores del Poder Ejecutivo.

2. En segundo lugar, *ninguno de los nobles propósitos que anuncia el Poder Ejecutivo Nacional permite invertir los postulados básicos del sistema. La libertad es el más relevante*.

Ni los fundamentos ni la teleología —compartible hasta el hartazgo en lo axiológico— que dimanan de los tres decretos de necesidad (19) autorizan a modificar el antiquísimo esquema conceptual de la teoría general del derecho, comprobadamente idóneo para comprender la relación entre conductas permitidas y conductas prohibidas en un sistema jurídico.

En la grotesca forma que a mi juicio se ha asumido para legislar, se ha invertido el principio básico de la teoría general del derecho: la libertad es la regla. Nuestro derecho constitucional mismo lo ha asumido como postulado lógico e ideológico de la Carta Magna.

En consecuencia, inferir del problema epidemiológico “la necesidad” de conferir excepciones al principio de libertad, esto es, *conceder “franquicias” a la libertad de deambular* (tal como las que se pretende mediante el listado del art. 6º del DNU —con la ampliación del art. 1º de la res. 429/2020 y las ulteriores conexas a “la flexibilización” de la cuarentena—), *no se ajusta al empleo de una técnica legislativa adecuada al principio*

{ NOTAS }

modo natural y por definición, el estado de excepción se sustrae a todo intento de regulación. Esa contraposición suya entre la regla (ordenamiento jurídico) y excepción (en el sentido de lo *no* susceptible de organización jurídica) ignora las estructuras básicas y los objetivos de toda legislación. El derecho es, precisamente, un sistema normativo que se propone disponer reglas tanto para las ‘situaciones normales’ como para las ‘situaciones excepcionales’ (RÜTHERS, Bernd, “Derecho degenerado...”, ob. cit., p. 138, con cita de SCHMITT, 1934, c. 945 y 946).

(14) No estamos con tiempo ni en condiciones de repasar qué dirían al respecto Spencer, Schmitt, Stuart Mill, Nino, Dworkin o Rawls, como decenas de grandes pensadores que recorrieron estos dilemas sociales. Tal tarea excedería con creces los limitados alcances de esta exposición.

(15) Los centros de salud de diversos países han generado alojamiento en el mismo sitio, en los hospitales de

campaña y en los hoteles de intermediaciones para todo el personal sanitario. De tal manera, ni deambulan ni salen de compras diarias. El gobierno provee tales extremos durante estos 90 días. Del mismo modo se han imaginado adelantos, préstamos y provisiones alimentarias. Los mismos supermercadistas podrían haber incrementado el sistema digital, con entrega desinfectada en puertas, mediante el sistema de *delivery*, remises o taxis. La inmovilidad social absoluta no es imposible, como se afirma. Los acopios de mercadería por la mayoría de las familias han contribuido también a mermar los movimientos durante la cuarentena.

(16) “...Solamente cuando *circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos*, podrá dictar

decretos por razones de necesidad y urgencia...” (*sic*, art. 99.3, CN).

(17) Ya lo señalamos en nuestra publicación “COVID-19. Fundamentos para decretar el estado de sitio...”, ob. cit.

(18) No tuvo tal carácter constitucional la visita de todos los jefes de los bloques parlamentarios a la Casa de Gobierno a fin de expresar su adhesión. Fue un gesto político, que restó instrumentar en normas de carácter general propias de la competencia del Poder Legislativo de la Nación. Ver la noticia en https://www.hcdn.gob.ar/prensa/noticias/noticias-podio/noticias_1242.html. La comitiva de Diputados estuvo integrada por los titulares de las bancadas Máximo Kirchner (Frente de Todos), Cristian Ritondo (PRO), Mario Negri (UCR), Maximiliano Ferraro (Coalición Cívica), Nicolás Del Caño (Frente de Izquierda) y Romina Del Plá (Frente de Izquierda y de

los Trabajadores), y de los interbloques, Eduardo Buceca (Federal) y José Luis Ramón (Unidad Federal para el Desarrollo), y los diputados Álvaro González (PRO) y Cristina Álvarez Rodríguez (Frente de Todos), entre otros legisladores. Del encuentro también participaron el jefe de Gabinete, Santiago Cafiero, los ministros Eduardo De Pedro (Interior), Agustín Rossi (Defensa), Ginés González García (Salud) y Matías Lammens (Turismo y Deportes). Los diputados le transmitieron al presidente su total disposición para colaborar y coordinar acciones conjuntas para evitar la propagación del virus COVID-19 y, en caso de precisar una ley, realizar una sesión de emergencia.

(19) Los más relevantes dictados hasta ahora son los DNU 260/2020, 297/2020, 335/2020, 355/2020 y 408/2020, haciendo a un lado el millar de decisiones administrativas dictadas en su consecuencia.

de supremacía y al principio de clausura indicado (20).

Acaso sea un desafío para la redacción de normas en este caos, pero hay que asumirlo.

En otro orden, con las “excepciones” y con cada cual de las “extensiones o autorizaciones”, el DNU perdió su condición de norma universal, más allá de esta desviación conceptual del esquema institucional que nos rige. La prohibición de circular y la permisión de circular (arts. 14 y 28, CN) no aplican por igual para la totalidad de los habitantes, quebrando así el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN) y el principio de legalidad (art. 18, CN). Y por mucho que a este combo se lo justifique en la necesidad suprema de lograr la preservación de la vida y la supervivencia económica del conjunto —en especial asegurando la presencia de los profesionales de la salud y de los proveedores de alimentación—, la sola existencia de tal catálogo le resta carácter general a la cuarentena: toda excepción o transgresión tendrá una posible justificación, hoy o mañana, o cuando un juez analice en el acto de sentenciar su conducta.

De más estaría decir: un esfuerzo masivo y más rígido hubiera evitado tal fárrago administrativo, del todo incontrolable con seriedad. Pasamos de excepción en excepción, hasta desnaturalizar el sentido mismo, ya caótico desde lo conceptual, de los decretos “de emergencia”.

La discrecionalidad del Poder Ejecutivo define. Los lobbies hacen su juego, sigilosamente. Algunas observaciones de sentido común también juegan su rol. Y, paso a paso, veremos cómo cada cual de los sectores económicamente afectados pretenderá su propio acto de liberación. Si el Poder Legislativo sigue ausente en la diagramación de los medios instrumentales, el espectro de libertades preferidas se convertirá en las libertades elegidas por el poder de turno.

Seamos bien claros con esto: es un ejercicio de lógica el que pretendo del lector, sólo para demostrar el error de técnica legislativa y de concepción del Estado de derecho. A las personas se les “prohíbe” salir (y reunirse y comerciar), conminándolas con aplicarles una sanción penal (por suerte, preexistente: arts. 202, 205 y 249 del Cód. Penal, pero liviana y sin penas de aplicación efectiva). Sin embargo, simultáneamente se les “permite” transitar sólo para las actividades que les sean especialmente autorizadas. El axioma del derecho que señala que “lo que no está prohibido, está permitido”, y que rige según nuestra Constitución, ¿no ha quedado invertido así, y mediante un DNU, y convertido éste en la norma misma de clausura del sistema?

Esto es lo que han logrado. Y a medida que se pierda el consenso se verá que hemos trastocado la libertad, que era la regla más sagrada, convirtiéndola en una “autorización”, como excepción.

Estos decretos —con su mejor intención, insisto; tanto cuanto la tienen las similares medidas adoptadas en otros continentes— han trastocado el pensamiento jurídico moderno,

sin que la protección de la salud (que además se logra a medias tintas) abastezca desplazar las reglas más básicas del ordenamiento. Todas las órdenes dirigidas hacia las fuerzas de seguridad, y las emanadas de éstas derivadas en su consecuencia, gozan por tanto de igual estigma de inconsistencia normativa, por más bienaventurado que sea —insisto— el objetivo de protección de la salud por vía de una cuarentena con alto acatamiento de la población.

Penosamente, en la medida misma en que el acatamiento voluntario se relaje, que los errores atesten a la burocracia y que las malas praxis o las imprudencias generen contagios directos (21) —que provocarán un incremento necesario de la circulación local masiva del virus—, los DNU como tales perderán el sentido originario.

Y el ordenamiento jurídico será un engendro lingüísticamente inentendible.

La necesidad de instaurar reglas provenientes del Poder Legislativo —y su omisión— se hará entonces sentir sobremanera. Y muchos lamentarán haber obviado su formal intervención.

3. En tercer lugar, el poder de policía sanitario es otro acápite de tratamiento necesario respecto del alcance autónomo que tienen las facultades sanitarias en el marco del poder de policía.

Bien conceptuadas como tales, no serían un dato menor. El Poder Ejecutivo no pudo avasallarlas.

Algunos juristas vislumbran que los actos provinciales de protección en materia de salud —muchos de los cuales se adelantaron a las medidas nacionales (22)— comportan el ejercicio de actos regulares enmarcados en las autodefensas clasificables como “estado de necesidad” y “protección de bienes superiores”, en lugar de meras trasgresiones a la libertad de comercio interprovincial y/o la conjetural vulneración de las cláusulas constitucionales dirigidas a preservarla (art. 75, inc. 13, y los viejos arts. 9º a 12 de la CN), como algunos autores vienen sosteniendo, pese a reconocer que hay facultades concurrentes de los Estados, los municipios y la Nación (23).

Recuérdese que ninguna autoridad federal ha puesto en tela de juicio las numerosas potestades fitosanitarias (24) que ejercen las provincias frutihortícolas, enmarcadas en la protección de la vida humana, además de la tutela del circuito biológico propio de la producción de alimentos.

Fueron un sinnúmero las resoluciones, con sustento legislativo, de sanidad animal. Y, con algo de humor, no encuentro que los argentinos estemos eximidos de tal generalización conceptual.

No debemos extrañarnos de que existan “fronteras” interprovinciales para ciertos controles sanitarios. El caso más evidente, y problemático para salud, es el de la fiebre aftosa, que genera el control de barreras y puestos de control fronterizo. Pocos relacionarían estas situaciones con las “aduanas interiores” prohibidas por la Constitución. El sistema

federal no se resiente por una autoridad de aplicación centralizada para estos casos, sino que se fortalece, a excepción de que tuviera lugar sin intervención de los representantes legislativos.

Véanse, solo a título de ejemplo, la res. 44/2011, dictada con cita de la ley 3959 de Policía Sanitaria de los Animales, y la ley 24.305, que declara de interés nacional la erradicación de la fiebre aftosa, entre muchos otros antecedentes a nivel epidemiológico animal, como si el humano no lo fuera. Son todas medidas sanitarias adoptadas por el Servicio Nacional ante la reaparición en el año 2006 de manifestaciones de esa grave enfermedad.

A los efectos de la aplicación de las medidas, se propuso la división de la región afectada del territorio argentino en dos (2). Conformáronse así sendos subproyectos. De un lado, el de Frontera Norte A (que abarca parte de las provincias de Salta y Formosa) y, de otro, el de Frontera Norte B (parte de las provincias de Chaco, Corrientes y Misiones) (25). Es de tal modo una zona definida como de “alta vigilancia”, situada contra la frontera con la República del Paraguay y parte de la frontera con la República de Bolivia, coincidente en su mayor parte con el “cordón fronterizo” definido en el Proyecto Marco de Resguardo Fronterizo.

Las medidas comprendidas en tal “cordón fronterizo” son las acordadas en el ámbito del Programa de Acción Mercosur Libre de Fiebre Aftosa (PAMA) y comprenden diseños específicos para la determinación de la actividad/circulación viral e inmunidad; campañas de vacunación de todos los bovinos/bubalinos en dos (2) campañas anuales; intensificación de la vigilancia epidemiológica; estricto control del movimiento de animales con medidas ad hoc y control de fronteras, como las actividades más importantes previstas por la normativa federal.

En su marco, la puesta en cuarentena ordinariamente es el método más apropiado y efectivo.

Y así, en el establecimiento de origen, “los animales a movilizar [hacia el mercado] no deben tener contacto con animales susceptibles por lo menos en los últimos veintidós (21) días previos al movimiento” (sic de la resolución citada); y, por su parte, si hubieran ingresado animales (al establecimiento), éstos han de haber “permanecido en condiciones de aislamiento por el período de veintidós (21) días previos al movimiento”.

Como se ve, nada hemos inventado. Excepción hecha de que no somos los animales previstos por dicha legislación y las resoluciones dictadas en su consecuencia; así como tampoco, en los actuales decretos de necesidad que consideramos, ha intervenido el Congreso Nacional.

4. En cuarto lugar, el alto acatamiento o autosujeción que se observa a una orden inconstitucional no habilita a la norma necesariamente como válida dentro del sistema. Ni tampoco, como supra demostramos, converge al logro de su plena efectividad.

Basta con ver el comportamiento de los díscolos, de los reverberantes y de los inconscientes —en España les llaman “covidiotas”— para, penosamente, asegurarnos de la inocuidad de los tres decretos; pena que se profundizará a medida que transcurran los días y los meses que forzosamente durará esta situación sanitaria (26). Hoy por hoy, llegamos a conceder un waiver para volver de sus residencias de campo, de playa o de fin de semana a estos individuos, y no advertimos que, tanto como las sillas que los abuelos se pasan de mano en mano en la puerta de los bancos, como los argentinos que guardan una cuarentena incompleta al retornar del extranjero, cuanto los que falsifican los permisos —que la policía no puede controlar— son los vectores de contagio masivo.

De buena fe lo digo, y con la más absoluta transparencia: un rigor absoluto y menos condescendiente, bajo el soporte y la cobertura del art. 23 de la CN y del art. 27 de la Convención Interamericana, habría garantizado los dos objetivos: la salud y el Estado de derecho en el marco del estado de excepción convencional, así como una menor exigencia económica a todos los sectores, incluyendo al Estado Nacional.

Pues sobre el díscolo se ejercería un poder absoluto: confinamiento en establecimientos sanitarios públicos para asegurar el efectivo cumplimiento de la puesta en cuarentena. Y el logro del objetivo primario: “contagios cero”.

Lo que no entra por la razón ni por la persuasión, como argumentó el Poder Ejecutivo Nacional, no necesariamente ha de abrocharse con la fuerza: basta con el resorte máximo del Estado de derecho, ejercitado por el órgano deliberativo de la comunidad y bajo la regla de las mayorías y minorías convocadas a expedirse mediante un acto electoral previo.

Por cierto, hoy por hoy, la mayoría de los habitantes están persuadidos de la necesidad de lograr la autoprotección individual y familiar e, incluso, para ello, están habilitados por la autoridad nacional para faltar a sus trabajos y a sus casas de estudio. Saben bien que sus actividades en autorreclusión, con normas especiales de higiene y bajo supresión de todo atisbo de acercamiento social —dígase mejor: pautas culturales de distanciamiento y de ausencia de contacto societario— les evitarán el contagio y la muerte casi segura a los más ancianos, a los más débiles por sus comorbilidades y a los más imprudentes.

Así, más que uno o cientos de DNU, hizo falta convicción, miedo y conciencia colectiva de la ciudadanía. Sin embargo, no con ello se dota a los instrumentos de validez constitucional.

Irónicamente, más que cierto resulta decir que el instinto de muerte de aquellos díscolos que pretenden ilimitada su libertad de deambular tiene un rango superior en épocas de normalidad institucional. Ellos no tienen ni miedo, ni conciencia, ni solidaridad social. Tampoco han sabido acatar una norma axiológica y médicamente saludable del poder público. Ni fueron capaces de advertir la puesta en riesgo de sus propios padres y abuelos (27).

{ NOTAS }

(20) Los fines de salud pública invocados por el DNU 297/2020 son legítimos y el medio empleado “razonable”, por tratarse del único consensuado por la comunidad internacional para evitar la propagación del virus. Ver una confirmación demasiado light y genérica de la CNCrim. y Correc., sala Integrada de Hábeas Corpus, “Kings-ton, Patricio s/ hábeas corpus”, AR/JUR/3147/2020. Denegado en la instancia de grado, fue confirmado el 21/03/2020. El fallo se limitó a repetir el decreto.

(21) Es penoso observar que el 25% de los contagios, hasta hoy, ha ocurrido en establecimientos sanitarios. Véanse las estadísticas del Ministerio de Salud al respecto.

(22) Tierra del Fuego generó la exclusión de desembarco de un crucero (competencia federal que le es vedada); algunas provincias de Cuyo cerraron sus fronteras; y si Chaco hubiera hecho lo propio a tiempo, y si Ezeiza no hubiera sido un colador de declaraciones juradas falsas, estaríamos en mejor posición sanitaria.

(23) “...Regular el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí”.

(24) Sobran las citas en la materia. Cualquiera que haya viajado por el país lo experimenta en carne propia. Y de ello no se infiere la existencia de “aduanas interiores”. Si la prohibición de ingreso del presunto contagiado es, hasta hoy, la única forma posible de evitar el re-

guero de contagios, al ser de carácter singular y por no existir otra alternativa, va de suyo que es “racional y razonable” su implementación. Pero de ello no se infiere que pueda faltar a la intervención del Congreso Nacional en la normativa restrictiva.

(25) Fueron aprobados respectivamente por las res. 748/2004, del 22/10/2004, y 644/2006, del 15/09/2006, modificada por su similar 828/2006, de fecha 28/11/2006, todas del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria.

(26) A esta altura de los acontecimientos, la convicción de los ciudadanos está semiconfundida: pues se halla vaporeada por los excesivos viajes de fin de semana de “los

quinteros”, por las salidas a las rutas balnearias y por las llegadas masivas de jubilados a los cajeros y a los bancos, junto con otras personas que alegan estar “justificadas en su conducta individual de trasgresión a la cuarentena” (1).

(27) Son miles las notas periodísticas que dan cuenta de estos fenómenos. Destaquemos un par de las más burdas, propias de nuestro folclore: a) *Infobae* del 27/03/2020, <https://www.infobae.com/sociedad/politicas/2020/03/27/rosario-un-importante-empresario-gastro-nomico-que-ya-cumplia-arresto-domiciliario-violo-por-segunda-vez-la-cuarentena-y-termino-detenido-en-una-comisaria/>; b) *Clarín* del 25/3/2020, sobre el surfer que volvió en camioneta de Brasil violando la cuarentena, burló la

Y lo peor —pese a su condición de cínicos— es que, constitucionalmente, tienen razón. Sus derechos han sido limitados y a ello no obsta el concurso de las “teorías de las emergencias” con que hemos sabido solapar en nuestro país, una y otra vez, la abrogación de exigencias constitucionales.

Pues no se ha dictado *la ley* que, en sentido estricto, permita al Poder Ejecutivo *suprimir esas “covidioteces”* para compatibilizar el ejercicio de un derecho por sobre el otro preferido como más importante. Pues un decreto *nunca* será norma general dimanada del Poder Legislativo, siquiera si resulta consentido por la Comisión Bicameral: *no hay ley*, en sentido estricto de la teoría general del derecho, que habilite estos compartibles objetivos.

La cuestión central, a poco que se analice, es que tal inconsistencia normativa entre el valor declamado para el DNU y su hipotética potencialidad para anular derechos constitucionales hace a la necesidad lógica de que sea “otro” el instrumento legisferante a aplicar: el estado de sitio es la cobertura constitucional para este caos, sin temor a los excesos que dimanaron de los desastrosos precedentes de nuestra historia constitucional.

La compatibilidad debe ser pues construida o, mejor dicho, reconstruida, de manera tal de salvar la validez estricta de las competencias que se quiere leal y bondadosamente ejercer.

El camino del infierno está sembrado de buenas intenciones, dice el refrán popular.

X. El estado de excepción como único mecanismo idóneo

En tal marco, a nuestro juicio, el único mecanismo idóneo para cumplir la función constitucional es el estado de sitio: mediante

la declaración de conmoción interior en razón de la pandemia del COVID-19, el Poder Legislativo habilita al Poder Ejecutivo a realizar *todas* las competencias que se está pretendiendo ejercer mediante los citados DNU.

La diferencia no es menor.

Haremos todo igual; compartiremos los objetivos sanitarios y epidemiológicos, pero haciéndolo legal y constitucionalmente en forma, de manera tal que podamos evitar ulteriores planteos judiciales moralmente inaceptables, con uso de artilugios argumentales que terminarán gestando sofismas dirigidos a desplazar la tutela de la vida.

Y deberíamos mantener los objetivos, aunque no a cualquier costo, pues si sacrificamos el sistema jurídico, perdemos —además de la vida— el orden constitucional.

Mejor, entonces, hagamos lo que necesitamos hacer con auxilio del Estado de derecho, que pocos saben aplicar; y del sentido común, que muchos lamentablemente no suelen tener.

Si bien es cierto que al Estado Nacional le corresponde justificar la limitación que ejerce en el marco del poder de policía, no menos cierto es que ningún particular puede exceder el campo de lo que le está permitido deónticamente ni invadir con sus conductas el ámbito de lo prohibido. Y si el dilema está en evitar que lo haga *ni una sola vez*, debe buscarse el remedio constitucional que nos habilite a cercenar en forma absoluta esa libertad.

XI. Conclusiones

No debemos olvidar que hay limitaciones que exigen una *ley* y otras que *ni siquiera una ley* puede conmovir o lograr desplazar.

En efecto, *los derechos constitucionales gozan de un status tal que sólo una norma “más poderosa” puede atreverse a suprimirlos. No hay “modalización” en las esferas asumidas por el DNU del presidente. No hay opción de más o menos ni posibilidad de “regular” para compatibilizar: las conductas se han suprimido y las reglas generales del Estado de derecho y la teoría general, abrogadas.*

No se sitúa el problema en análisis en el marco de las “emergencias económicas” (28), donde la limitación de las facultades de los habitantes se limitaba a una cierta “porción” de su derecho de propiedad —fueran particulares o empresas—; *aquí lo que está en juego son dos estructuras macro de la propia Constitución: la libertad y la salud.*

El confinamiento de una persona, de una familia, el cierre de una empresa, el cese de los servicios de transportes —especialmente los aéreos, el marítimo y el turismo, que es su consecuencia— no son sino la totalidad de las opciones constitucionales que ofrece, como derivados, la libertad. Mermarlas sustantivamente, aun cuando lo sea en función de la salud de la población toda, *requeriría por prudencia al menos un respaldo legislativo expreso.*

Pues el desplazamiento de semejante extensión de los derechos y la existencia de una limitación indebida —al menos en ciertos casos que paulatinamente entrarán en la “zona gris” (29)— quedan así técnicamente a la vista. Aunque axiológica o moralmente todos los aplaudan y se sometan a un acatamiento voluntario y cuasi unánime nunca visto —el miedo todo lo puede—, es imprescindible ajustar la normación administrativa al esquema constitucional.

Pese a ello, siendo técnicamente imprescindible que la gran mayoría de la población

reste confinada en sus hogares —no en virtud del DNU 297/2020 y su prórroga, sino *científicamente*—, difícilmente pueda argumentarse a favor de la existencia de “derechos contrapuestos” a tal objetivo, cuyos contenidos fueran capaces de vencer a la lógica, al derecho y al sentido común.

El respeto a las instituciones, en suma, requiere otro esfuerzo: respetarlas.

XII. Epílogo

En mi pensamiento, la defensa de la salud pública prima sobre la libertad de comercio de una misma y única población. Sin embargo, exige la intervención del Poder Legislativo, pues el poder de policía no se concibe como huérfano de la legislación general. No puede ser objetado tampoco el ejercicio de las facultades locales, en la medida en que se correspondan y amplíen la custodia de los objetivos propuestos por la autoridad federal puesta en ejercicio.

Desde diciembre se conocía el riesgo epidémico, y en enero de 2020 ya estaba clara la forma de contagio, que se expandía inexorablemente por vía aérea. El Congreso aún estaba en sesiones por entonces. Con el primer DNU, único que hubiera superado el test de constitucionalidad por su carácter voluntario, se debió pedir la participación de los representantes electos.

Cualquier medida ulterior, de cualquier índole y contenido, hubiera contado con el aval del cuerpo deliberativo, con o sin declaración del estado de excepción. La soberanía del pueblo está ausente; el presidencialismo, nuevamente, exacerbado para el buen gobierno del país.

Cita on line: AR/DOC/1385/2020

{ NOTAS }

Gendarmería que lo escoltó a su casa (dio un domicilio no actual) y reemprendió hacia Ostende con su madre, https://www.clarin.com/deportes/surfer-brasil-policia-cuarentena_0_McdMPDjT8.html; c) *Clarín* del 13/04/2020, sobre un santiaguense que burló la cuarentena para estar con su amante, que había vuelto de España contagiada, y esparció el virus por toda la comunidad local, https://www.clarin.com/sociedad/coronavirus-argentina-historia-infidelidad-obligo-aislar-pueblo_0_7QOY8-PL.html.

(28) En todo caso me remito a un interesante análisis efectuado en el artículo de ELIAS, José S. (profesor de Derecho de la Universidad de San Andrés, Buenos Aires), “Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Año I, Nro. 1, Abril de 2014.

(29) Siquiera en un comienzo se pudo resolver la cuestión de los aeropuertos; los padres separados; los ancianos internados cuya asistencia dependía de sus hijos y nietos; el *stock* alimentario previo de cada familia; el aseguramiento de la supervivencia de los menos

favorecidos; y, el más difícil, el contagio intrafamiliar e intrahospitalario, un sinnúmero de problemas derivados de la débil instrumentación que se asumió como óptima sin crítica alguna. Empero, como *supra* demostré, y la evidencia es mundial en este contexto, un solo individuo asintomático (o no) puede desencadenar un ciclo exponencial de contagios.

favorecidos; y, el más difícil, el contagio intrafamiliar e intrahospitalario, un sinnúmero de problemas derivados de la débil instrumentación que se asumió como óptima sin crítica alguna. Empero, como *supra* demostré, y la evidencia es mundial en este contexto, un solo individuo asintomático (o no) puede desencadenar un ciclo exponencial de contagios.

El ejercicio de la abogacía como actividad esencial

UN NUEVO TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE

Gerardo R. Mosquera (*)

SUMARIO: I. Introducción. - II. Significado del término abogar. - III. Actividades consideradas esenciales. - IV. Actividad esencial y servicios esenciales. - V. El ejercicio de la abogacía como trabajo autónomo económicamente dependiente. - VI. Posibilidades del ejercicio de la abogacía en modo *home office*. - VII. Necesidad de una acción de amparo o declarativa de certeza. - VIII. Conclusión.

I. Introducción (1)

La definición de una actividad como esencial ha dado nacimiento a una nueva categoría de excluidos: todas aquellas personas que desarrollan actividades que no son trascendentes a criterio del Poder Ejecutivo, quien con el Congreso en “receso

obligado” por la cuarentena impuesta hace las veces también de Poder Legislativo mediante la sanción desenfadada de DNU. Dentro de esas actividades no consideradas como esenciales se encuentra el ejercicio de la abogacía. En este trabajo, nos proponemos demostrar que se trata de una actividad esencial.

II. Significado del término “abogar”

Si tuviéramos que sintetizar cuál es la labor que lleva a cabo un profesional del derecho, y sin que ello implique una tautología, podríamos decir que su función principal es la de “abogar”, porque es precisamente este término, a través de sus sinónimos, el que

nos permite reflejar de la mejor manera la tarea fundamental que desarrolla un letrado. “Abogar” tiene varios sinónimos: *defender, interceder, mediar, proteger, apoyar, respaldar, auxiliar, ayudar, patrocinar* (2). ¿Acaso no son suficientes esas acciones para justificar la inclusión de la actividad que desarrollan los abogados como “esencial”? ¿Desde cuándo

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Abogado especialista en derecho laboral; asesor letrado del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires (Delegación Saladillo); mediador prejudicial; doctorando en el Doctorado de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP).

(1) “Si quieres la paz, trabaja por la justicia” (Mensaje de su santidad Pablo VI para la celebración de la V Jornada de la Paz, sábado 1 de enero de 1972) http://www.vatican.va/content/paul-vi/es/messages/peace/documents/hf_p-vi_mes_19711208_v-world-day-for-peace.html.

(2) <https://www.wordreference.com/sinonimos/aboga>.

(2) <https://www.wordreference.com/sinonimos/aboga>.

defender, mediar, proteger, apoyar, auxiliar, ayudar o respaldar no son actos esenciales? Es precisamente ante situaciones de emergencia que tales acciones se vuelven aún más necesarias e imprescindibles. Sin embargo, ni el Poder Ejecutivo de la Nación o de las provincias ni las máximas autoridades del Poder Judicial parecen haberlo entendido así hasta la fecha, lo cual aparece *prima facie* como una omisión arbitraria que avalaría incluso la interposición de acciones judiciales por parte de los propios letrados, sea en forma individual o, mejor aún, de manera colectiva a través de los respectivos colegios profesionales que los nuclea.

III. Actividades consideradas esenciales

El país parece estar dividido en dos sectores: el de los trabajadores —autónomos o dependientes— que desarrollan actividades esenciales y aquellos que cumplen labores que, al menos para la consideración de la autoridad pública, no reunirían la condición de esenciales, al menos en el estado actual de la cuarentena, generándose con ello una nueva grieta que va creciendo a medida que el aislamiento obligatorio y la imposibilidad de desarrollar la actividad habitual por el cual cada ser humano se gana la vida se consumen las últimas reservas de paciencia y de recursos económicos de quienes están privados de toda acción.

Para tratar de encontrar una lógica al creciente número de actividades esenciales, es preciso hacer un repaso por ellas, desde que apareció esta pandemia hasta la actualidad.

Las primeras actividades y servicios esenciales considerados fueron veinticuatro, a saber: 1) personal de salud, fuerzas de seguridad, fuerzas armadas y actividad migratoria; 2) 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; 3) personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes; 4) personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos (personal de salud, fuerzas de seguridad, fuerzas armadas y actividad migratoria se encuentran entre las primeras actividades esenciales); 5) personas que deban asistir a otras con discapacidad, a familiares que necesiten asistencia, a personas mayores o niños, niñas y adolescentes. 6) personas que deban atender una situación de fuerza mayor; 7) personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. En tal marco, no se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas; 8) personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos; 9) personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisual, radial y gráfica; 10) personal afectado a obra pública; 11) supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad; farmacias, ferreterías, veterinarias y provisión de garrafas; 12) industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios; 13) actividades vinculadas con la producción, la distribución y la comercialización agropecuaria y de pesca; 14) actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales; también se sumaron los servicios de *delivery* y las aplicaciones como Rappi y Glovo; 15) actividades impostergables vinculadas con el co-

mercio exterior; 16) recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos; 17) mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias. 18) transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP; 19) reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad; 20) servicios de lavandería; 21) servicios postales y de distribución de paquetería; 22) servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia; 23) guardias mínimas que aseguren la operación y el mantenimiento de yacimientos de petróleo y gas, plantas de tratamiento y/o refinación de petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica; 24) Casa de la Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el BCRA disponga imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos.

El DNU 297/2020 se publicó luego de una reunión *online* del presidente con los gobernadores. Algunos de los pedidos de los jefes provinciales y de sectores empresarios fueron contemplados al día siguiente, en la res. adm. 429/2020, que agregó diez sectores: 1) industrias que realicen procesos continuos cuya interrupción implique daños estructurales en las líneas de producción y/o maquinarias podrán solicitar autorización a la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa, para no discontinuar su producción, reduciendo al mínimo su actividad y dotación de personal; 2) producción y distribución de biocombustibles; 3) operación de centrales nucleares; 4) hoteles afectados al servicio de emergencia sanitaria; también deberán garantizar las prestaciones a las personas que se hallaren alojadas en los mismos a la fecha del dictado del dec. 297/2020; 5) dotación de personal mínimo necesario para la operación de la Fábrica Argentina de Aviones Brigadier San Martín SA; 6) las autoridades de la Comisión Nacional de Valores podrán autorizar la actividad de una dotación mínima de personal y de la de sus regulados, en caso de resultar necesario; 7) operación de aeropuertos; operaciones de garajes y estacionamientos, con dotaciones mínimas; 8) sostenimiento de actividades vinculadas con la protección ambiental minera; 9) curtiembres, con dotación mínima, para la recepción de cuero proveniente de la actividad frigorífica; 10) los restaurantes, locales de comidas preparadas y locales de comidas rápidas podrán vender sus productos a través de servicios de reparto domiciliario, con sujeción al protocolo específico establecido por la autoridad sanitaria. En ningún caso podrán brindar servicios con atención al público en forma personal.

El viernes 03/04/2020 y para “atenuar el impacto sobre la actividad económica, el gobierno emitió la decisión administrativa 450/2020 y, con la cuarentena ya transitando su primera prórroga, le puso el sello de esenciales a otros ocho sectores: 1) venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones; 2) actividades vinculadas con la producción, la distribución y la comercialización forestal y minera; 3) curtiembres, aserraderos y fábricas de productos de madera, fábricas de colchones y fábricas de maquinaria vial y agrícola; 4) actividades vinculadas con el comercio exterior: exportaciones de productos ya elaborados e importaciones esenciales para el funcionamiento de la economía; 5) exploración, prospección, producción, transformación y comercialización de combustible nuclear; 6) servicios esenciales de mantenimiento y fumigación; 7) mutuales y cooperativas de crédito, mediante guardias mínimas de atención, al solo efecto de garantizar el funcionamiento del sistema de créditos y/o de pagos;

8) inscripción, identificación y documentación de personas.

Además, la misma norma dispuso que los desplazamientos de las personas alcanzadas por el presente artículo deberían limitarse al estricto cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales e impuso la tramitación para las personas comprendidas en las actividades esenciales del certificado único habilitante para circulación - COVID-19, obligatorio a partir del lunes 6 de abril.

Se buscó así cortar el cada vez más evidente desorden regulatorio, con provincias e incluso municipios cuyos intendentes, cual marqueses, alzaban barreras de circulación e impedían el funcionamiento de actividades esenciales.

El martes 07/04/2020 el gobierno emitió otras dos decisiones administrativas: la decisión administrativa 467/2020 incorporó a partir del día siguiente al listado de actividades y servicios esenciales la actividad notarial, cuando ella se encuentre limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios de que da cuenta la precitada normativa u otra que pudiera en el futuro ampliar el listado de actividades y servicios esenciales.

La decisión administrativa 468/2020, en tanto, sumó a las actividades esenciales la obra privada de infraestructura energética, pedido que venía del sector de la construcción, del petróleo y de la Uocra.

Por decisión administrativa 490/2020, el jefe de Gabinete de Ministros agregó más actividades y servicios considerados esenciales: 1) prestaciones profesionales a domicilio destinadas a personas con discapacidad y aquellas comprendidas en el colectivo de trastorno del espectro autista; 2) actividad bancaria con atención al público, exclusivamente con sistema de turnos; 3) talleres para mantenimiento y reparación de automotores, motocicletas y bicicletas, exclusivamente para transporte público, vehículos de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, vehículos afectados a las prestaciones de salud o al personal con autorización para circular, conforme a la normativa vigente; 4) venta de repuestos, partes y piezas para automotores, motocicletas y bicicletas, únicamente bajo la modalidad de entrega puerta a puerta, no pudiendo realizarse en ningún caso la atención al público; 5) fabricación de neumáticos; venta y reparación de ellos exclusivamente para transporte público, vehículos de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, vehículos afectados a las prestaciones de salud o al personal con autorización para circular, conforme a la normativa vigente; 6) venta de artículos de librería e insumos informáticos, exclusivamente bajo la modalidad de entrega a domicilio.

El sistema de cuarentena administrada que pareció haberse implementado por la autoridad pública hizo que nuevamente, a partir del 20/04/2020 y por decisión administrativa 524/2020, se incrementaran las actividades permitidas, agregándose once nuevos sectores a la lista de actividades exceptuadas de la cuarentena iniciada el 20 de marzo pasado y extendida en varias ocasiones, siendo a esa fecha la lista de actividades y servicios exceptuados un total 59, o un poco más, según cómo se consideren algunas actividades mencionadas en más de una norma.

La nueva inclusión surgió del pedido de gobernadores provinciales de permitir ciertas actividades, bajo protocolo de control, en especial en zonas o localidades de baja circulación del virus y baja densidad poblacional, que facilita respetar el distanciamiento social.

Los nuevos permitidos son: 1) establecimientos que desarrollen actividades de cobranza de servicios e impuestos (como Rapipago, Pago Fácil, Western Union); 2) oficinas de rentas de

las provincias, de la Ciudad de Buenos Aires y de los municipios, con sistemas de turnos y guardias mínimas; 3) actividad registral nacional y provincial, con sistema de turnos y guardias mínimas; 4) venta de mercadería ya elaborada de comercios minoristas, a través de plataformas de comercio electrónico, venta telefónica y otros mecanismos que no requieran contacto personal con clientes y únicamente mediante la modalidad de entrega a domicilio con los debidos resguardos sanitarios, protocolos y planificación de la logística. En ningún caso los comercios mencionados podrán abrir sus puertas al público; 5) atención médica y odontológica programada, de carácter preventivo y seguimiento de enfermedades crónicas, con sistema de turno previo; 6) laboratorios de análisis clínicos y centros de diagnóstico por imagen, con sistema de turno previo; 7) ópticas, con sistema de turno previo; 8) peritos y liquidadores de siniestros de compañías aseguradoras que permitan realizar la liquidación y pago de los siniestros denunciados a los beneficiarios y a las beneficiarias. En ningún caso se podrá realizar atención al público y todos los trámites deberán hacerse en forma virtual, incluyendo los pagos correspondientes; 9) establecimientos para la atención de personas víctimas de violencia de género (otra medida directamente vinculada a los efectos colaterales de la cuarentena y, en particular, a su extensión en el tiempo); 10) producción para la exportación, con autorización previa del Ministerio de Desarrollo Productivo; 11) procesos industriales específicos, con autorización previa del Ministerio de Desarrollo Productivo.

La norma estableció que el jefe de Gabinete tendrá la última palabra sobre las actividades autorizadas a pedido de las provincias. En tal sentido, la decisión administrativa 524/2020 aclara que las excepciones también podrán ser dejadas sin efecto por el jefe de Gabinete “en cualquier tiempo y circunstancia según la evaluación que se realice, con intervención de la autoridad sanitaria nacional, de la evolución de la situación epidemiológica”. La norma también señala que “las actividades y servicios mencionadas en el art. 1º quedan autorizadas para funcionar, sujetos a la implementación y cumplimiento de los protocolos sanitarios que cada jurisdicción establezca, en cumplimiento de las recomendaciones e instrucciones sanitarias y de seguridad de las autoridades nacionales”. El criterio general es el otorgamiento de turnos y medidas de distanciamiento e higiene, tanto por parte de la autoridad otorgante como de las empresas y profesionales exceptuados, cuyos trabajadores o dependientes deben además tramitar el certificado único habilitante para circulación.

El ámbito de aplicación de las nuevas excepciones serán las provincias de La Pampa, Neuquén, Formosa, Santa Cruz, Corrientes, Tierra del Fuego, Salta, San Juan, Córdoba, Jujuy, La Rioja, Chubut, Catamarca, Río Negro, Entre Ríos, Mendoza, Santa Fe, Chaco, Buenos Aires, San Luis, Misiones y la Ciudad de Buenos Aires. Al respecto, la norma también especifica que “cada gobernador podrá suspender alguna de estas actividades en su provincia en el marco de su competencia territorial, en forma total o parcial”.

La decisión administrativa 524/2020 establece que cada provincia deberá dictar las reglamentaciones necesarias para el desarrollo de las actividades exceptuadas, pudiendo limitar el alcance de las mismas a determinadas áreas geográficas o a determinados municipios o establecer requisitos específicos para su desarrollo.

Como se puede observar la cantidad de actividades y servicios esenciales sigue *in crescendo* y seguramente continuará con la inclusión de nuevos pedidos que formulen los sectores afectados a medida que las necesidades de la economía hagan cada vez más insostenible mantener el aislamiento en razón de las repercusiones perniciosas que provoca sobre los bienes, la salud y la vida de las personas y empresas, en general, con lo cual una actividad o

servicio que antes parecía no ser esencial —o sí— podrían llegar a serlo en el futuro, derivándose de ello efectos inmediatos en lo que se refiere a la incidencia del COVID-19 como enfermedad profesional, entre otros impactos que la pandemia produce.

Finalmente, el 24/04/2020 se publicaron en el Boletín Oficial tres nuevas normas que exceptúan del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular, a saber:

- La decisión administrativa 607/2020 establece para la provincia de Tucumán las siguientes actividades exceptuadas: 1) establecimientos que desarrollen actividades de cobranza de servicios e impuestos; 2) oficinas de rentas de las provincias y de los municipios, con sistemas de turnos y guardias mínimas; 3) actividad registral nacional y provincial, con sistema de turnos y guardias mínimas; 4) venta de mercadería ya elaborada de comercios minoristas, a través de plataformas de comercio electrónico, venta telefónica y otros mecanismos que no requieran contacto personal con clientes y únicamente mediante la modalidad de entrega a domicilio con los debidos resguardos sanitarios, protocolos y planificación de la logística. En ningún caso los comercios mencionados podrán abrir sus puertas al público. 5) atención médica y odontológica programada, de carácter preventivo y seguimiento de enfermedades crónicas, con sistema de turno previo; 6) laboratorios de análisis clínicos y centros de diagnóstico por imagen, con sistema de turno previo; 7) ópticas, con sistema de turno previo; 8) peritos y liquidadores de siniestros de las compañías aseguradoras que permitan realizar la liquidación y pago de los siniestros denunciados a los beneficiarios y a las beneficiarias. En ningún caso se podrá realizar atención al público y todos los trámites deberán hacerse en forma virtual, incluyendo los pagos correspondientes; 9) establecimientos para la atención de personas víctimas de violencia de género; 10) producción para la exportación, con autorización previa del Ministerio de Desarrollo Productivo; 11) procesos industriales específicos, con autorización previa del Ministerio de Desarrollo Productivo;

- La decisión administrativa 625/2020 agrega para el ámbito de las provincias de San Juan, Misiones, Neuquén, Santa Cruz, Entre Ríos, Salta, Mendoza, La Pampa y Jujuy como actividad exceptuada a las personas afectadas al desarrollo de obra privada.

- La decisión administrativa 622/2020 exceptúa del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular establecido en el art. 2º del dec. 355/2020, en las provincias de Entre Ríos, Misiones, Salta, San Juan, Neuquén y Jujuy, al ejercicio de profesiones liberales (profesiones que requieren matriculación, como los abogados, contadores, arquitectos, etc.).

Además, cada provincia deberá reglamentar el desarrollo de la actividad, pudiendo limitar su alcance a determinadas áreas geográficas o a determinados municipios o establecer requisitos específicos para su desarrollo.

Los alcanzados por esta norma deberán tramitar el certificado único habilitante para circulación, y las personas que se dirijan a reuniones con estos profesionales deberán circular con la constancia del turno otorgado para su atención.

IV. Actividad esencial y servicios esenciales

Como acostumbra decir el Dr. Mario Ackerman, primero lo primero. Y es por ello que,

antes que nada, es necesario definir el término “esencial”, para poder evaluar la razonabilidad de la prohibición de ejercer la profesión de abogado —incluyendo la de mediador, que también es llevada a cabo por profesionales del derecho— que se desprende de los decretos de necesidad y urgencia.

La Real Academia Española (RAE) brinda una primera acepción del término “esencial” como *lo perteneciente o relativo a la esencia. Aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas. Lo más importante y característico de una cosa. Lo sustancial, principal, notable*, mencionándose como ejemplo el siguiente: “La racionalidad es esencial en el ser humano” (aunque muchas veces no parece) (3).

De ello podemos colegir que “actividad esencial” será entonces toda aquella que puede ser sustancial o principal, a la luz, claro está, de las autoridades públicas.

En cuanto a los “servicios esenciales”, que también se encuentran incluidos entre las excepciones al aislamiento social, preventivo y obligatorio, encontramos una referencia a ellos en el dec. 843/2000 que reglamentaba los servicios sanitarios y hospitalarios, telefónicos, la producción y distribución de agua potable y energía eléctrica y el control del tráfico aéreo, como servicios esenciales, en los casos de conflictos colectivos que dieran lugar a la interrupción total o parcial de ellos, de acuerdo con las consideraciones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo.

En la parte final del art. 2º del decreto mencionado se establecía que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos podía, mediante resolución fundada, calificar como servicio esencial una actividad no incluida en la enumeración precedente, cuando se diere alguna de las siguientes circunstancias:

“a) La extensión y duración de la interrupción de la actividad de que se tratare pudiere poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la persona en toda o parte de la comunidad;

”b) La actividad afectada constituyere un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública;

”c) La interrupción o suspensión del servicio pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciere peligrar las condiciones normales o de existencia de la población”.

Si trasladamos esos conceptos al servicio público de justicia, nadie podría dudar de que para que ella sea posible es necesaria la actividad desarrollada por los abogados, siendo esta sustancial y natural al adecuado servicio de justicia. Más aun, sin abogados, no podría existir el servicio de justicia, o al menos no tendría sentido en un Estado de derecho, ya que no solo se debe asegurar el debido proceso legal y garantizarse el derecho de defensa de toda persona imputada por un delito (art. 18, CN), sino que ningún magistrado podrá conducir un proceso sin la intervención obligatoria de los letrados.

La ausencia de un profesional del derecho podría poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de una persona, o incluso de la comunidad. Para ello, basta con citar los casos cada vez más frecuentes en los que se presentan amparos por salud, a fin de que una obra social brinde cobertura a personas que presentan enfermedades crónicas o severas, en los que la falta de provisión de un medicamento podría significar su muerte. Lo propio cabe sostener en relación con la cada vez más creciente actividad profesional en asuntos de violencia familiar, en los que la vida, la salud y la seguridad de las mujeres y los niños/as —en su mayoría— se encuentran en vilo por el agresor.

Indudablemente en esos casos extremos nadie duda de que la actividad de los abogados es vital y por demás esencial.

Como respuesta a tal planteo se nos podrá decir que para esas situaciones se encuentra habilitada la feria judicial y existe una guardia judicial para resolver en forma urgente las mismas. Lo cual es verdad.

Sin embargo, también existe riesgo para la vida y la salud del trabajador —y por ende— de la comunidad que integra, si la aseguradora de riesgos de trabajo que pudiera tener contratada su empleador no le brinda la cobertura en razón de que el dependiente no se encuentra registrado, lo cual obligaría al trabajador a recurrir a la Justicia a fin de poder conseguir esas prestaciones y evitar así que el perjuicio o daño se expanda o agrave (art. 1710, Cód. Civ. y Com.).

Pero ese dependiente encontrará como obstáculo insalvable el hecho de que, como consecuencia del desconocimiento de su vínculo laboral, no podrá conseguir ninguna medida urgente o cautelar por parte del Poder Judicial, a menos que pruebe de una manera irrefutable los hechos que invoca de manera preliminar, situación hartamente difícil, si tenemos en cuenta que deberían declarar testigos, requerirse informes o producirse previa de manera previa para que ello sea posible.

El trabajador no tendrá acceso a la Justicia, ni tutela judicial efectiva y continua, como lo consagra el art. 15 de la Const. Prov. Buenos Aires y otras cartas fundamentales de provincias argentinas, simplemente por el hecho de que una actividad fundamental para que funcione el servicio público de justicia no ha sido declarada como esencial, no obstante que, naturalmente, lo es.

No se puede negar que la justicia sea un servicio público trascendental. De hecho, ni quienes son partidarios de un Estado “ausente” desdeñan tal función. Ese servicio público se integra por dos actores fundamentales: los jueces y los abogados, sin cuya intervención la actividad de los primeros no existiría.

V. El ejercicio de la abogacía como trabajo autónomo económicamente dependiente

La actividad de la abogacía se está pareciendo más a la de los trabajadores autónomos económicamente dependiente, como define el derecho español a aquellas personas que llevan a cabo una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo, en dinero o en especie, y de actividades económicas o profesionales.

En este caso, la dependencia económica de los profesionales del derecho no es necesariamente de uno o más clientes, sino del funcionamiento a pleno de la Justicia, de la que deriva su principal fuente de ingresos y, en varios casos, la totalidad de ellos.

Mal que nos pese, muchos letrados se encuentran en esta posición o, al menos, viven una situación similar a la de estos trabajadores, que tiene regulación específica, por ejemplo, en el derecho español, donde existe específicamente un estatuto para el trabajo autónomo, que se aplica a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

Pero si nos detenemos un segundo a analizar quiénes están agrupados en tal categoría de trabajadores se podrá observar que mu-

chos —quizá la mayoría— de los letrados que ejercen a diario la profesión se encuentran en ella, pues dependen necesariamente del funcionamiento del servicio de justicia de manera plena y sin restricciones y, si bien no son parte integrante del Poder Judicial, se hallan vinculados a él de manera inescindible, para poder desarrollar su actividad y tener la chance o posibilidad cierta de cobrar los honorarios por su labor. De qué sirve tener una innumerable cantidad de casos judiciales, una lista larga de clientes, si no se puede ejercer la labor básica para dar respuesta a los requerimientos de quienes nos contratan.

A menos que se trate de letrados que tengan otra actividad —empleados públicos, docentes, etc.— ningún profesional del derecho puede en la actualidad negar que depende económicamente de que el Poder Judicial tenga sus puertas abiertas, aunque en este caso sean los portales y las plataformas virtuales.

De allí que es menester una inmediata y completa apertura del Poder Judicial para que se pueda llevar a cabo la tarea con normalidad. No nos engañemos: el saco y la corbata o un vestido elegante son solamente la ropa de trabajo habitual de un profesional, como sucede con el guardapolvo de un docente o el mameluco de un operario. No somos más que nadie por esa forma de vestir; tampoco menos, para que se nos abandone a la suerte como si se tratara de un grupo privilegiado de personas que, por ser encuadrados como “independientes”, se piensa erróneamente que no dependemos de nadie.

A menos que la intención sea otra: impedir que las causas avancen normalmente para que el humor popular, especialmente de quienes tengan que pagar o reparar un daño o un despido injustificado, no se acreciente con esta crisis que ha desatado la pandemia.

VI. Posibilidades del ejercicio de la abogacía en modo *home office*

Desde el inicio de esta pandemia, el Estado promovió el denominado “teletrabajo” como una opción para que no se resienta la actividad económica y compatibilizar la continuación de la actividad laboral con la orden de aislamiento social, preventivo y obligatorio (art. 4º, res. MTEySS 207/2020).

Los abogados se encuentran también hoy, gracias al avance de la tecnología, con posibilidades de llevar a cabo la tarea desde su hogar —o *home office*, como se lo denomina— sus labores como profesional. Puede atender y evacuar consultas por celular, mails, páginas web y redes sociales; participar de videoconferencias y formular presentaciones electrónicas a través del *token* que hizo posible la firma digital.

Del mismo modo, la Justicia ha implementado recientemente de manera novedosa, las notificaciones vía WhatsApp y la realización de videoconferencias para llevar adelante audiencias programadas, utilizando la innumerable cantidad de aplicaciones y opciones disponibles para ello (WhatsApp, Facebook, Instagram, Skype, Zoom, Zamba Live).

Por acs. 11/2020 y 12/2020 el Máximo Tribunal del país aprobó el uso de la firma electrónica y digital en el ámbito de la Corte y respecto de todos los magistrados y funcionarios de las instancias inferiores que desarrollan su actividad con el Sistema de Gestión Judicial, aplicando de ese modo lo previsto en los arts. 2º y 5º de la ley 25.506 de Firma Digital que estipulan el uso de firma digital o electrónica a fin de dotar de integridad al documento y determinar la autoría de los firmantes, y los arts. 6º y 11 de la misma ley que equiparan el documento digital al documento. Para los supremos es un requisito más para implementar gradualmente el expediente electrónico judicial.

Por ac. 12/2020 la Corte Suprema habilitó además la posibilidad de efectuar la presenta-

{ NOTAS }

(3) <https://dle.rae.es/?w=esencial>.

ción de demandas, de recursos directos y de recursos de queja en cámara por vía electrónica ante los distintos fueros, con excepción de aquellos con competencia en materia penal.

Por su parte la Suprema Corte bonaerense, por medio de la res. 10/2020, permite realizar trabajo remoto a los magistrados, debiendo prestar servicios desde su domicilio utilizando la tecnología apropiada. En ese marco, la sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Morón, integrada por los jueces José Luis Gallo y Roberto C. Jorda, celebró un acuerdo telemático y dictó una sentencia. Para ello, ni los magistrados ni su secretario, Hernán G. Quadri, tuvieron que dirigirse al Palacio de Justicia de la ciudad (4).

En la ciudad de San Luis se realizan audiencias de mediación de manera virtual.

A partir del mes de noviembre del corriente año las oficinas judiciales y penitenciarias podrán comunicarse mediante videoconferencia.

Un juzgado de Corrientes condenó a un hombre a nueve meses de prisión condicional por no haber cumplido los deberes de asistencia familiar, realizándose la audiencia a través de una videoconferencia con un Juzgado de Puerto Madryn, ya que el procesado se encontraba en esa ciudad (5).

En Chaco, se llevó a cabo la primera audiencia de juicio mediante videoconferencia por el sistema de mensajería WhatsApp coordinada por el Juzgado Correccional N° 1 de Resistencia (6).

Con fecha 02/04/2020, el juez de Paz de General Lamadrid notificó a través de WhatsApp a las partes de una causa por un conflicto de alimentos (7).

Un tribunal de trabajo de Mar del Plata fijó una audiencia para homologar un acuerdo transaccional. Deberán participar la solicitante y su abogada mediante la aplicación Microsoft Teams, sin necesidad de que los intervinientes descarguen aplicación o programa alguno (8).

Un aspecto positivo del coronavirus fue haber logrado una digitalización precoz de los procesos y los trámites judiciales que se venía demorando de manera injustificada, lo cual revela que se podían haber llevado a cabo antes si se hubiera querido con el ahorro de costos, tiempo y agilización del servicio de justicia que ello hubiera significado.

Los casos mencionados revelan que es perfectamente compatible el ejercicio pleno de la abogacía en tiempos de pandemia, en modo *home office*, siendo incluso aconsejable que ello se mantenga aun después de superada ella, ya que permitiría un aumento en la celeridad, la inmediatez y la simplificación de los trámites, la disminución de los costos operativos para el Poder Judicial y los propios abogados, haciendo posible que las partes y los testigos, que en muchos casos se encuentran a una distancia importante del asiento del tribunal, tengan el merecido acceso a justicia, sin barreras ni limitaciones de ninguna índole.

Si bien actualmente es posible interponer demandas o efectuar la presentación de escritos y apelaciones, ello solo se encuentra reservado para los supuestos de prescripción o temas denominados urgentes (amparos, hábeas corpus). En materia de derechos, no se puede distinguir entre temas urgentes y otros que no lo son.

Todo aquel que necesita recurrir a la Justicia es porque creyó que es la única manera de resolver su conflicto o de obtener el reconocimiento de un derecho, sin necesidad de recurrir a la violencia. El hecho de que un ciudadano hubiera elegido como opción el camino de la Justicia en lugar de la violencia basta para dar prioridad a su reclamo, abrirle las puertas digitales y físicas del Poder Judicial y facilitarle el camino para la solución inmediata de las diferencias. Para ello, se necesitan los abogados.

VII. Necesidad de una acción de amparo o declarativa de certeza

La prohibición del ejercicio de la abogacía en plenitud, sin restricciones, durante la democracia y a pesar de la pandemia, cuando existen los instrumentos técnicos, el *software*, el *hardware*, los dispositivos móviles, las plataformas y páginas web propias, la firma digital, la digitalización de documentos y todo tipo de herramientas y aplicaciones para que se pueda desarrollar la actividad de manera regular —de una forma mucho más eficiente y efectiva que la que existía antes de la pandemia, prescindiéndose de las formas y los trámites engorrosos, que ralentizan la solución de los conflictos—, constituye una violación al principio de legalidad y de reserva, según el cual, reconocido en el art. 19 de la Carta Magna, por el cual todo está permitido excepto lo que se encuentre prohibido de manera expresa, habiéndose invertido la presunción, no obstante regir un Estado de derecho y no existir el estado de sitio.

Desde esa óptica, los distintos decretos de necesidad y urgencia, tanto nacionales como provinciales, que impiden la actividad libre y el ejercicio de la profesión de abogado, que tantos mártires ha dejado a lo largo de la historia en defensa de los derechos humanos, son contrarios a la Constitución Nacional, por afectar el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita (art. 14, CN), el derecho de propiedad al fruto de esa labor, cuya naturaleza alimentaria ha sido reconocida en innumerables precedentes judiciales, y por resultar contrarios al principio de razonabilidad, ya que, como quedó demostrado, es perfectamente posible y viable una Justicia 2020 en cuarentena sin cortapisas, con total acceso a la Justicia, sea cual fuere el tipo de proceso judicial.

Coartar el ejercicio de una profesión como la del abogado no solo implica una lesión a los preceptos constitucionales antes citados, sino que además implica para el ciudadano común el cercenamiento del acceso irrestricto a la Justicia y a la tutela judicial efectiva, eficiente y continua, que se encuentra plasmado en varias cartas fundamentales de los Estados provinciales del país y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 15, Const. Prov. Bs. As.; art. 12, inc. c], Const. CABA).

Ello habilita no solo a los letrados afectados por este impedimento incomprensible, sino también a sus clientes, a interponer una acción de amparo a fin de que la Justicia se expida sobre la constitucionalidad de la limitación impuesta al ejercicio de la abogacía y al funcionamiento pleno de los tribunales, ya que la situación se enmarca claramente en lo previsto por el art. 43 de la CN, pudiendo ordenarse a tal fin, por parte del magistrado que deba intervenir, una medida innovativa, con los recaudos del caso y adaptando el funcionamiento pleno de la Justicia a la realidad que impuso la pandemia, para lo cual debe recurrir tan solo a la imaginación, creatividad,

audacia y valentía que han demostrado los tribunales y jueces que entendieron que desde ahora y para siempre, la tecnología y los recursos que ella ofrece serán los medios para poder hacer justicia.

El Congreso tampoco puede permanecer ajeno a esta situación y deberá sesionar, aun en plena pandemia, del mismo modo en que lo hacen los tribunales, mediante videoconferencia, para sancionar las normas que correspondan y adecuarlas al mundo nuevo que ya existe, so pena de incurrir, como ha ocurrido hasta el presente, en una ostensible inconstitucionalidad por omisión, al permitir que uno de los poderes lo sustituya por completo y en el nombre de la protección de la salud, conculque derechos y garantías constitucionales como ha tenido lugar con el ejercicio de la abogacía.

Finalmente, los colegios de abogados de todo el país deberían dejar las declamaciones y ser los que, en representación de los colegas que lo integran, insten una acción colectiva que ponga fin a este verdadero despropósito, del cual no parecen haber tomado una verdadera dimensión: considerar que la labor del abogado no es una actividad esencial. O, al menos, presenten ante el juez de turno, una acción declarativa de certeza para que se diga de una vez y para siempre si la labor de los abogados es considerada esencial.

La casi totalidad de leyes que regulan en cada provincia y en la propia Ciudad Autónoma de Buenos Aires el ejercicio de la profesión de abogado hacen mención a que en el desempeño de su profesión el letrado será asimilado a los magistrados en cuanto atañe al respeto y la consideración que debe guardársele, cometiendo falta grave quien no respete esta disposición (art. 56 parte final, ley 5177; art. 5º de la ley 23.187). Pues si así lo fuera, es menester que los colegios profesionales, en uso de las facultades y los deberes que les imponen las normas que rigen su actuación, defiendan con firmeza, decisión y sin más demoras a sus integrantes, presentando ante la Justicia, las acciones legales sugeridas para que el ejercicio de la profesión deje de estar acotado a algunos temas, casos o asuntos.

Recientemente (14/04/2020), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido una declaración en la que hace saber que problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales y la jurisprudencia de la Corte para asegurar la efectiva vigencia y protección de los derechos humanos en la respuesta y contención ante la pandemia, instando a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este tribunal. En particular, destaca que todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y el ejercicio de derechos humanos 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.

Considera, asimismo, que es indispensable que se garantice el acceso a la Justicia y a los mecanismos de denuncia, y que dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia (9).

Ahora bien ¿cómo sería ello posible, si a los principales defensores de los derechos humanos se nos impone una cuarentena absurda, irracional e injustificada?

VIII. Conclusión

Científicos de la Universidad de Harvard afirmaron, sobre la base de simulaciones de la trayectoria de la pandemia, que si no hay vacuna, la cuarentena deberá extenderse hasta 2022, concluyendo en que serán necesarios varios períodos de aislamiento social mientras no exista un antídoto contra el coronavirus (10).

¿Acaso podría imaginarse un Estado de derecho sin que el Poder Judicial funcione a pleno durante esa cantidad de tiempo?

Días atrás se volvió viral la queja de que una colega, desesperada por la necesidad de atender a su sustento personal y el de su familia, solicitó a las autoridades del Colegio de Abogados de La Plata que “hicieran algo” para que se pueda destrabar este parate por tiempo indeterminado que azota a todo el Poder Judicial, tan cuestionado por su mora, por cierto.

Pues ahora, tienen la oportunidad de hacerlo, no solamente por los abogados que forman parte de cada uno de los colegios profesionales, sino por todas las personas que necesitan que el Poder Judicial ponga fin a su trámite y pueda de una vez por todas, obtener el reconocimiento de sus derechos.

Quienes somos abogados amamos la profesión, pero más de uno no se animaría, tal como están las cosas, a considerar un honor proponerles a nuestros hijos que se hagan abogados, como lo sugería el maestro Eduardo Couture en su decálogo para el abogado.

A lo mejor, si quienes ostentan la función de representar a los letrados terminan con el estado de inercia y demuestran de manera activa que les interesa defender los derechos de los profesionales y la Justicia hace su parte, perdiendo el temor reverencial que suelen tener algunos magistrados al poder de turno, adoptando las decisiones propias de un juez activo, probo, justo, la tendencia de pecar por no cumplir el décimo mandamiento de Couture se revierta para siempre. Será justicia.

Cita online: AR/DOC/1235/2020

{ NOTAS }

(4) CCiv. y Com. Morón, sala II, “Roldán, Marcos A. y otra c. Maldonado, Pablo I. s/daños y perjuicios”, causa MO-30413-2014.

(5) [http://www.juscorrientes.gov.ar/prensa/incumplimiento-de-deberes-de-asistencia-familiar-condenado-por-](http://www.juscorrientes.gov.ar/prensa/incumplimiento-de-deberes-de-asistencia-familiar-condenado-por-video-conferencia/)

[video-conferencia/](http://www.diariojudicial.com/nota/86164).

(6) <https://www.diariojudicial.com/nota/86164>.

(7) AR/JUR/9272/2020.

(8) TTrab. N° 4 Mar del Plata, “Ordoñez, María Eugenia y otro/a s/homologación de convenio”, expte. MP-

4439-2020.

(9) <https://www.derechos.org/ve/actualidad/corte-interamericana-covid-19-y-derechos-humanos-los-problemas-y-desafios-deben-ser-abordados-con-perspectiva-de-ddhh-y-respetando-las-obligaciones-internacionales>.

(10) <https://www.baenegocios.com/sociedad/Si-no-hay-vacuna-la-cuarentena-debera-extenderse-hasta-2022-20200415-0022.htm>.

Una cartografía de derechos para las crisis sanitarias

A PROPÓSITO DEL COVID-19

Gonzalo Sozzo (*) (**)

SUMARIO: Primera parte: I. Tecno-gestión vs. ius-gestión.— Segunda parte: II. Episodios.— III. Decidir en las crisis sanitarias.— IV. El dispositivo para el buen gobierno de las crisis sanitarias.— V. Sin el derecho como cartografía.— Tercera parte: VI. Cultivando la emergencia.— VII. Sin estado de excepción por calamidad.— VIII. ¿Utilizar el estado de sitio?— Cuarta parte: IX. Entre lo ideal y lo posible.— X. En el corto y largo plazo.

Es un hecho que muchos Estados occidentales han recurrido a la declaración de un estado de emergencia, alarma o excepción para intentar gobernar la pandemia producida por el COVID-19.

El debate intelectual global respecto de los modelos de gestión de la pandemia gira en torno a los pros y los contras de, por un lado, el modelo que podría ser llamado de gobierno tecnocientífico, seguido por los países asiáticos con muy buenos resultados; y, por el otro, la respuesta organizada a través de medidas de aislamiento social radical, más medidas institucionales para asegurar el cumplimiento. Según el primer paradigma, lo que se hace en Europa y occidente en general cuando se declara el estado de excepción es “aferrarse a viejos modelos de soberanía” (1). Luego, dentro de esta segunda vía, una segunda discusión que se presenta es: ¿cuál es el tipo de medida institucional que debe ser implementada?; esta segunda discusión tiene numerosas variantes según el esquema constitucional de cada país: si el estado de excepción debe o no ser dictado —y, a su vez, si existe un estado de excepción “en los hechos” o si debería recurrirse al estado de sitio—.

Estos debates interpelan la manera, los materiales y el estilo con que en la Argentina construimos la respuesta frente a la crisis del COVID-19. Aun aceptando la inevitabilidad de cierta experimentalidad vinculada a su carácter inédito, corresponde reflexionar sobre cómo se decide gestionar la crisis del COVID-19; pero, sobre todo, es tiempo de interrogarse: ¿qué debilidades existen y cómo pueden mejorarse?

En este contexto, este artículo defiende la tesis de que lo más adecuado es declarar un estado de excepción por pandemia o, cuando constitucionalmente esto no es posible —sucedáneamente—, una declaración de emergencia que establezca una clara cartografía de

los derechos fundamentales y humanos que deben ser suspendidos, condicionados o reforzados y promovidos, más un diseño institucional cuidado para la gestión de la pandemia.

Primera parte - I. Tecno-gestión vs. ius-gestión

Cuando se plantea que existen dos modelos de gestión de la pandemia, uno basado en mecanismos como el estado de excepción y otro en tecnologías de biocontrol, como en Asia, no se trata sólo de diferencias culturales en relación con las tecnologías, estar más habituados a usar mascarillas por causa del *smog* o tener una visión más colectivista de la sociedad. La gran diferencia es qué se piensa que es el Estado de derecho.

Luego, entre quienes piensan que la “esfera privada” y el Estado de derecho en general son un valor social máximo, está fuera de discusión que el poder del Estado debe ser controlado y limitado. No es casual que recobra actualidad la función defensiva de los derechos fundamentales y humanos, y que el “estado policial digital” siempre vaya a generar un enorme rechazo, aunque sea exitoso para controlar una pandemia; y aunque puede combinarse un Estado constitucional de derecho con el uso de las tecnologías como mecanismo de vigilancia social (2), los desafíos que plantea su administración siempre generarán sospecha. Así, el problema en el modelo occidental de gobierno de la crisis sanitaria mediante un dispositivo de medidas sanitarias y derecho pasa a ser el de los límites y los fundamentos de las decisiones, incluso las de promoción.

Por ello, cuando se dice: “El modelo asiático para combatir el virus no es compatible con el liberalismo occidental” (3), es en realidad con el Estado de derecho constitucional, que significa mucho más que el respeto de las libertades individuales e incluye otras generaciones de derechos.

La Argentina se inscribe en el modelo de gestión occidental y allí ha mostrado una visión particular del paradigma predominante en occidente, que presenta aspectos positivos, pero también debilidades. Que se trate de una visión particular no es negativo, y es natural que así sea, porque, como ocurre con otros asuntos, la modernidad no es capaz de evitar la adecuación de las instituciones que organizó a las realidades culturales, religiosas y antropológicas (4); lo problemático son los riesgos que implican las debilidades.

Segunda parte - II. Episodios

Diferentes hechos que han alcanzado notoriedad en el debate público durante el transcurso de la crisis y que han generado cierta conflictividad pueden ayudar a advertir cuáles pueden ser los problemas del modelo de gestión.

II.1. Episodio 1: ancianismo

El 17/04/2020 el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó una medida que obligaba a las personas mayores de 70 años a solicitar un permiso cada vez que quisieran salir de su casa. Para hacerlo debían seguir un procedimiento establecido en la disposición del municipio, que implicaba llamar a un número de teléfono [147] y llenar un formulario de permiso que sólo tiene —si se otorga la autorización— una validez por un día, previéndose sanciones para el caso de incumplimiento (5).

II.2. Episodio 2: más muros

La intendencia de la ciudad de Coronda, provincia de Santa Fe, decidió “sitiar la ciudad”, es decir, cerrar el municipio, pues en la ciudad no había aún casos de coronavirus (6); creó barreras para acceder al municipio y prohibió a los ciudadanos de

Coronda salir de la ciudad. La Policía de la localidad de Palpalá, provincia de Jujuy, colocó jaulas de gran tamaño en el parque de la ciudad para las personas que violaban la cuarentena dispuesta por el gobierno (7); el intendente de la localidad de Rancul, provincia de la Pampa, construyó cinco terraplenes para bloquear los caminos de acceso (8); en Sastre, provincia de Santa Fe, colocaron un “portón” en la ruta de ingreso a la ciudad (9). En la zona del conurbano bonaerense, varios actores políticos locales tuvieron ideas similares: construir terraplenes, establecer “barricadas”, lo que generó tensiones con el gobierno provincial y con el nacional (10).

II.3. Episodio 3: “ciberpatrullaje”

El 08 de abril, “Durante una videoconferencia con los diputados que integran la Comisión de Seguridad, la ministra Sabina Frederic explicó que el gobierno, a través de las fuerzas federales, realiza un ‘ciberpatrullaje’ en las redes sociales con el objetivo de ‘detectar el humor social’” (11).

II.4. Episodio 4: “un enfoque adultocéntrico del aislamiento”

En los últimos días del mes de abril surgió la crítica de los expertos hacia la existencia de un enfoque “llamativamente adultocéntrico” (12) de la crisis, en especial de las medidas de aislamiento. Este enfoque conlleva la falta de medidas complementarias que presten atención a los posibles efectos psicológicos que las medidas de aislamiento tienen en niños y niñas y sus derechos, a raíz de lo cual surgieron proyectos para flexibilizar esta situación (13).

Estos episodios fueron fuertemente contestados por los intelectuales, la sociedad civil, los defensores del pueblo, los partidos políticos (14) y los artistas, entre otros. Tienen

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Especialista en Derecho de Daños. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor en las universidades UNL, UCA y UBA.

(**) Agradezco a Mariano Churruarín, Lorena Bianchi y Judith Galletti por la lectura de los borradores y las correcciones y sugerencias que me formularon.

(1) HAN, Byung-Chul, “La emergencia viral y el mundo de mañana”, *El País* del 22/03/2020, <https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html>.

(2) LORENZETTI, Ricardo, “La pandemia y el Estado de derecho”, https://www.clarin.com/opinion/pandemia-derecho_0_Cn2vdqRV9.html.

(3) HAN, Byung-Chul, “El coronavirus bajo el liberalismo”, https://www.clarin.com/cultura/byung-chul-vamos-feudalismo-digital-modelo-chino-podria-imponerse_0_QqOkCraxD.html.

(4) LEGENDRE, Pierre (dir.), “Tour du monde des concepts”, Fayard, Paris, 2013.

(5) “Polémica decisión del gobierno de CABA: a partir del lunes, los mayores de 70 años deberán pedir permiso para salir a la calle”, *Infobae* del 16/04/2020, <https://www.infobae.com/coronavirus/2020/04/16/coronavirus-en-argentina-como-sera-el-permiso-que-los-mayores-de-70-anos-necesitaran-para-circular-por-la-ciudad-de-buenos-aires/>.

(6) “Por el coronavirus, restringen el acceso a la ciudad de Coronda”, *El Santafesino* del 26/03/2020, <https://elsantafesino.com/por-el-coronavirus-restringen-el-acceso-a-la-ciudad-de-coronda/>.

(7) “En Jujuy ponían a los que incumplían la cuarentena en una jaula”, *LT10* del 26/03/2020, <https://www.lt10.com.ar/noticia/265833-en-jujuy-ponian-a-los-que-incumplian-la-cuarentena-en-una-jaula&seccion=sucesos>.

(8) LAURNAGARAY, Gustavo, “Coronavirus en Argentina: con terraplenes, un intendente bloqueó cinco caminos vecinales”, *Clarín* del 23/03/2020, https://www.clarin.com/sociedad/coronavirus-argentina-terraplenes-intendente-bloqueo-caminos-vecinales_0_VE1KUBgWo.html.

(9) “Por orden judicial, se levantó el corte de la ruta 64”, *InfoSastre* del 28/03/2020, <https://www.infosastre.com.ar/noticias/sastre/25876-por-orden-judicial-se-levant%C3%B3-el-corte-de-la-ruta-64.html>.

(10) Véase <https://www.cronista.com/economiapolitica/Coronavirus-se-tensa-la-relacion-entre-Kicillof-y-los-intendentes-por-el-cerjo-de-varios-districtos-bonaerenses-20200324-0060.html>; https://tn.com.ar/politica/coronavirus-el-gobierno-advirtio-que-las-barricadas-en-rutas-y-accesos-son-ilegales_1058543.

(11) “Polémica revelación: la ministra de Seguridad admitió que las fuerzas a su cargo realizan ciberpatrullaje en redes sociales para ‘detectar el humor social’”, *Infobae* del 19/04/2020, <https://www.infobae.com/politica/2020/04/09/polemica-revelacion-la-ministra-de-seguridad-admitio-que-las-fuerzas-a-su-cargo-realizan-ciberpatrullaje-en-redes-sociales-para-detectar-el-humor-social/>.

(12) PRIETO, Carlos, “La asombrosa desaparición de 7 millones de niños españoles por el coronavirus”, entrevista a César Rendueles, *El Confidencial*

del 22/03/2020, https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-22/coronavirus-millones-ninos-espanoles_2509379/.

(13) “La oposición impulsa un proyecto de ley para aliviar el encierro de niños y adolescentes por el coronavirus”, *Infobae* del 22/04/2020, <https://www.infobae.com/coronavirus/2020/04/22/la-oposicion-impulsa-un-proyecto-de-ley-para-aliviar-el-encierro-de-ninos-y-adolescentes-por-el-coronavirus/>.

(14) El episodio “ancianismo” fue contestado por el defensor del Pueblo de la ancianidad; el episodio del ciberpatrullaje dio lugar a una presentación ante la Corte Interamericana de Derechos humanos; “La oposición lleva a la CIDH la protesta por el ciberpatrullaje del ‘humor social’”, *BAE Negocios* del 16/04/2020, <https://www.baenegocios.com/politica/La-oposicion-lleva-a-la-CIDH-la-protesta-por-el-ciberpatrullaje-del-humor-social-20200416-0121.html>.

un denominador común: plantean al menos un fuerte interrogante acerca de su constitucionalidad, y ello a su vez muestra, por un lado, la falta de claridad y debilidad del esquema de derechos de base que subyace en el estado de emergencia y, por otro, que sin ello el espectro de medidas posibles que pueden tomarse en el campo de la decisión política para combatir la dispersión del COVID-19 parece no tener límites ni contornos marcados por las decisiones valorativas preexistentes.

III. Decidir en las crisis sanitarias

Los hechos cotidianos ponen en evidencia que el fundamento y límite largamente predominante a la hora de tomar las decisiones de gestión parecería ser la ciencia (15). Los derechos no parecen ser un límite ni un fundamento, sino un instrumento.

El riesgo no es solo la limitación irrazonable de las libertades individuales que acabo de ejemplificar, sino una suerte de situación general de desorden e indeterminación respecto de diferentes aspectos: qué derechos pueden limitarse; cuáles no; cómo deberían ser esas limitaciones y qué derechos deben reforzarse durante la crisis en cada una de sus etapas. Esta última cuestión, clave en la gestión de las crisis originadas en las catástrofes y pandemias, está, como tal, prácticamente ausente en el discurso público.

En otras palabras, los episodios demuestran que el modelo de gestión de la crisis requiere de una delicada combinación entre ciencia, derecho y política organizada institucionalmente, y que esa combinación exige también una clara cartografía de derechos en el estado de excepción, que perfilé la fisonomía del funcionamiento social en esta instancia y sin la cual no puede gerenciarse una crisis sanitaria.

En una palabra: no hay un mapa claro del estado en que queda el Estado de derecho en la situación de la pandemia, y no está claro porque nadie lo fijó.

Es, por el contrario, algo que se diseña mientras la crisis se desarrolla y los problemas se plantean, es decir, de manera reactiva. Una suerte de *work in progress*.

Tener una cartografía siempre es bueno si queremos conducirnos y llegar a algún lado, alcanzar algún objetivo. Y es por las mismas razones que una cartografía de derechos en el estado de excepción, que perfilé la fisonomía del funcionamiento social en esta instancia, es indispensable (16).

El problema parecería estar en lo siguiente: el Estado de derecho incluye un mapa de derechos y de sus interrelaciones y condiciones de posibilidad para su ejercicio, y cuando enfrentamos una crisis pareciera que es sustituido por un estado político y, en alguna medida, científico.

Una muestra de ello es que son puntuales las voces que surgen en esta coyuntura que muestran preocupación por los derechos de

las personas de más de 70 años y las libertades individuales, pero también por derechos como la vivienda digna, el derecho a la información o a la vida familiar. Y algo similar ocurre con los diseños institucionales para regular la relación entre política y ciencia en la toma de decisiones.

IV. El dispositivo para el buen gobierno de las crisis sanitarias

Sabemos —la experiencia de las crisis originadas en las catástrofes y diferentes casos de crisis sanitarias ha permitido verlo con claridad— que el gobierno de las crisis exige una alianza, en el sentido de trabajo coordinado entre política, ciencia y derecho, según la receta de la primera modernidad. Al mismo tiempo, hemos aprehendido —gracias a los estudios sociales de la ciencia— que ese dispositivo suele tener “desviaciones”, hacia el mercado —tecnociencia—, hacia el totalitarismo o a una “deriva cientificista” del derecho (17) o una especie de colonización o imposición de las razones científicas para decidir jurídicamente (18), entre otras.

Como señalé, el aporte del derecho no es menor: es el que recuerda cuáles son las decisiones valorativas preexistentes que esta sociedad tomó en sus textos jurídicos fundacionales y que deben funcionar como fundamento último de las medidas técnicas de gestión indicadas por la ciencia.

Nuestras debilidades. En la Argentina, la alianza tiene una fisonomía particular: un Poder Ejecutivo empoderado; una ciencia que se relaciona con el poder político para la toma de decisiones, pero sin un esquema institucional claro; la ausencia de una cartografía de derechos que muestre que existen decisiones valorativas preexistentes que deben ser consideradas al momento de decidir las medidas de gestión; la imposibilidad de lograr mayores niveles de legitimidad democrática de las decisiones por el no funcionamiento del Congreso Nacional y de arreglos institucionales que garanticen el equilibrio del trabajo mancomunado.

Detengámonos un instante sobre el diseño institucional de la vinculación con la ciencia. En la Argentina, como se sabe, existe una Comisión de Expertos que asesora al presidente de la Nación, pero está integrada sólo por médicos infectólogos; no hay interdisciplinariedad alguna, originada en una percepción limitada acerca de qué ciencia hay que movilizar, y por ello las ciencias sociales —en sentido extenso— y humanas no ocupan lugar alguno.

No se conocen actas de las reuniones (19); se sabe que hay opiniones disidentes, por la prensa (20).

Tampoco está claro cuáles son los principios que guían la decisión experta —podrían haberse establecido en el acto de constitución de la Comisión—; por ejemplo, ivo con perplejidad que son muy —pero muy— escasas las voces entre los expertos que puntualicen la necesidad de recurrir en ocasiones al principio de precaución a la hora de decidir!

Puede ser mejor. No hay una relación directa entre un estado de excepción bien claro y el éxito en los resultados en términos de control de la pandemia. Probablemente, todo sea finalmente un éxito, y ojalá que así sea, pero en todo caso seguramente hubiera sido mejor con un sistema de derechos en el cual se incardinan y desprendan adecuadamente las diferentes medidas, con un esquema de relacionamiento entre ciencia y política más pensado y mejor instituido, y más coordinación y colaboración territorial.

V. Sin el derecho como cartografía

Las razones por las cuales no contamos con una cartografía acerca de cómo funcionan en la emergencia los diferentes derechos fundamentales son múltiples. Es, por el contrario, como señalé, algo que se diseña y se va completando mientras la crisis se desarrolla y los problemas se plantean, es decir, de manera reactiva.

La primera es que carecemos de una herramienta central: la declaración del estado de excepción por catástrofes y crisis sanitarias. En otras palabras, no tenemos regulado un Estado de derecho para la situación de las “calamidades”, pestes o catástrofes. Desde mi punto de vista, a estas alturas es claro que la pandemia exige medidas de restricción de las libertades individuales y otros derechos como parte de las medidas de control, que estas medidas tendrían un marco jurídico e institucional adecuado si existiera la figura del estado de excepción por “calamidad”, epidemia o catástrofe, y que, tal como la conocemos hasta ahora, la declaración de una emergencia no satisface estos requerimientos.

La segunda es que más de un sector parece estar convencido de que la respuesta a la crisis sanitaria es simplemente técnica y científica. Que el éxito o el “buen gobierno” de la crisis depende de eso es en gran medida cierto; es verdad que cuando todo pase la política va a ser evaluada por los resultados plasmados en números (21); es verdad también que la prioridad debe ser salvar la mayor cantidad de vidas posible, y para ello se requieren medidas técnicas. Pero también es una verdad a medias.

En el fondo, parecería que gestionar una crisis exige un modelo del tipo de “defensa civil”, es decir, con un esquema de toma de decisiones muy vertical y concentrado. En la Argentina, ésta parece ser la cultura predominante. Hay razones históricas y culturales; la primera es el esquema constitucional de un presidencialismo fuerte desde su origen, que se fue acentuando (v.gr., puede dictar decretos de necesidad y urgencia) y que se refuerza en situaciones de emergencia o excepcionales; la segunda es que el paradigma de la “defensa civil” tiene en la Argentina una tradición histórica que se remonta al año 1938; y la tercera es que es un país en el cual la relación de la sociedad con la norma es altamente problemática, lo que ha sido teorizado ampliamente y excede los fines de este artículo.

En definitiva, la combinación de estos factores y otros conduce a pensar que el

único camino es el de un esquema de toma de decisiones que debe ser el de la defensa civil, medidas de gestión extremas que deben ser impuestas con la fuerza de la autoridad y que es necesario recurrir al efecto de *general deterrence* que produce la amenaza de la aplicación del derecho penal (DNU 260/2020) (22).

La primera razón es determinante de las debilidades del modelo, y por eso requiere una explicación.

Tercera parte - VI. Cultivando la emergencia

En la tradición del derecho público argentino, cuando existe una situación de crisis originada en una catástrofe o crisis sanitaria, se recurre —lo han hecho reiteradamente la Nación y las provincias— a otro instrumento jurídico para crear una suerte de “estado de excepción”: la declaración de emergencia, que se apoya en el derecho constitucional en el art. 76 de la Constitución argentina, relativo a la “delegación legislativa”. Como se sabe, esta norma prohíbe en general la delegación legislativa, “salvo 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”.

Estas declaraciones pueden tener la forma de un decreto de necesidad y urgencia (DNU) o de una ley, dependiendo de la coyuntura. Las declaraciones de emergencia suelen ser dictadas por el presidente o, en su caso, el gobernador, y lo hacen mediante decretos o DNU (art. 99, inc. 3º, CN).

No escapa a esta cultura la emergencia sanitaria actual. Antes de que la Organización Mundial de la Salud declarara que el COVID-19 era una pandemia, el gobierno argentino había dictado la ley 27.541 de Emergencia (23/12/2019), que abarca varios aspectos, entre ellos el sanitario. Una vez declarada la pandemia a nivel global (OMS, 11/03/2020), el gobierno argentino dictó el DNU 260/2020, de 12 de marzo, que extendió la emergencia sanitaria de la ley 27.541 frente a la crisis sanitaria del COVID-19. Luego de ello, el gobierno ha dictado una serie de DNU vinculados al COVID-19 que comprenden medidas de todo tipo, por ejemplo, económicas, referidas a los contratos de locación de inmuebles, a la situación de las empresas, etcétera.

Estos DNU, como se sabe, deberían ser controlados por el Congreso de la Nación a través de una Comisión Bicameral (según lo establece la ley 26.122), pero como el Congreso de la Nación no se encuentra funcionando, el control no se ha hecho respecto de los numerosos DNU que durante la crisis del COVID-19 el gobierno nacional ha dictado.

El DNU 260/2020 establecía algunas medidas de confinamiento (art. 7º) por 14 días para casos sospechosos y para quienes regresaban al país de zonas afectadas. Luego, el DNU 297/2020 generalizó (del 20 al 31 de marzo) lo que hasta el momento era la “cuarentena” y la transformó en un “aislamiento social preventivo y obligatorio” que cubre

{ NOTAS }

(15) La deferencia hacia la ciencia es clara en el plano formal; por ejemplo, “Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables”, art. 21, DNU 260/2020.

(16) Sobre el derecho y la cartografía, ver SANTOS, Boaventura de Sousa, “A crítica da razão indolente”, Cortez, Brasil, 2000, 3ª ed., ps. 198-224.

(17) ESTEVE PARDO, José, “El desconcierto del Leviatán”, Ed. Marcial Pons, España, 2009.

(18) SUPLOT, Alain, “De la place des sciences dans

la pandémie globale”, Fondation Collège de France, <https://www.fondation-cdf.fr/2020/04/13/de-la-place-des-sciences-dans-la-pandemie-globale/>. El autor utiliza el ejemplo de cómo fue declarado el estado de excepción en Francia: “el gobierno se refiere a las instrucciones de su Consejo Científico para restringir drásticamente las libertades elementales, mientras que el Consejo Constitucional dispensa hasta nuevas órdenes censurar los ataques a la Constitución (decisión nro. 2020-799 DC del 26/03/2020)”.

(19) Contrastar con <https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/dossiers-de-presse/article/covid-19-con->

[seil-scientifique-covid-19](https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/dossiers-de-presse/article/covid-19-con-).

(20) BÄR, Nora, “Coronavirus en la Argentina: ‘Tengo una pequeña disidencia con mis colegas. Creo que hay que testear más’, dice el infectólogo Eduardo López”, *La Nación* del 10/04/2020, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/coronavirus-argentina-tengo-pequena-disidencia-mis-colegas-nid2353065>.

(21) SUPLOT, Alain, “La gouvernance par les nombres”, Fayard, Paris, 2015.

(22) Art. 22: “Infracciones a las normas de la emergencia sanitaria. La infracción a las medidas previstas en este decreto dará lugar a las sanciones que resulten aplica-

bles según la normativa vigente, sin perjuicio de las denuncias penales que corresponda efectuar para determinar la eventual comisión de delitos de acción pública, conforme lo previsto en los arts. 205, 239 y ccds. del Cód. Penal”.

todo el territorio nacional. Esta política viene siendo prorrogada, con algunas excepciones, de acuerdo con la evolución de la pandemia en el país.

En qué consisten las declaraciones de emergencia. Desde la perspectiva de los contenidos, las declaraciones de emergencia varían notablemente, dependiendo de si se trata de una emergencia económica, agropecuaria, sanitaria o por una catástrofe.

Sin embargo, tienen un denominador común: se refieren a medidas instrumentales, muchas veces transitorias, dirigidas a mitigar los efectos de la emergencia.

En el caso de la emergencia sanitaria por COVID-19, hay tres tipos de contenidos: (a) medidas de tipo económico, v.gr., exenciones impositivas, reglas relativas a los contratos —p. ej., prórroga de las locaciones de inmuebles— y líneas de créditos “blandas”; (b) medidas sanitarias propiamente dichas (v.gr., instrumentar una cuarentena) e indirectas (v.gr., prohibir la venta de barbijos N95); y (c) medidas de control social (v.gr., en el caso del coronavirus, el DNU 260/2020 incluye, como señalé, reglas que mandan a ciertos tipos penales del Código Penal).

El déficit de perspectiva. La práctica de las declaraciones de emergencia en estos casos no es la situación ideal desde la perspectiva institucional. No lo es, pues no pueden evitar un déficit: no pueden decidir el “mapa” de los derechos fundamentales y humanos, lo que está fuera de su alcance y más allá de la cultura desarrollada en torno a ellas.

En otras palabras, ¿cuál es el déficit de las declaraciones de emergencia? No pueden decidir el mapa de los derechos fundamentales y humanos en la excepcionalidad, lo que está fuera de su alcance. Una muestra: hacia el final del articulado del DNU 260/2020 hay un artículo [21] cuyo título genera expectativas “Trato digno. Vigencia de derechos”, pero luego dice: “...Las personas afectadas por dichas medidas tendrán asegurados sus derechos, en particular: I. el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud; II. el derecho a la atención sin discriminación; III. el derecho al trato digno”, es decir, se limita a los “derechos de los pacientes”, pero no define un esquema de derechos para el Estado de derecho excepcional. En el fondo, el problema es que parecería que lo único que centralmente tienen que hacer las declaraciones de emergencia es establecer medidas concretas de manejo que resistan un control de constitucionalidad a la luz del art. 28 de la CN y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —como se hizo efectivamente en los considerandos del DNU 297/2020—.

VII. Sin estado de excepción por calamidad

La Constitución argentina no prevé el estado de excepción por catástrofes o por “calamidad”, como ocurre en varios textos constitucionales de otros países.

Nuestra Carta Magna, pese a que ha sido reformada en dos oportunidades en el siglo XX, es un texto constitucional del período

del constitucionalismo liberal del siglo XIX, que se inspira en la Constitución de los Estados Unidos; en ese contexto, sólo regula el estado de sitio (arts. 23, 61, 75, inc. 29, 99) y no prevé el estado de excepción por catástrofes o por crisis sanitarias.

Un rápido análisis del derecho comparado muestra que es global la tendencia a regular el estado de excepción constitucional y a hacerlo atendiendo a mucho más que la guerra o la conmoción interna producto de un movimiento revolucionario, incluyendo otros hechos que perturban gravemente el orden de la vida cotidiana de la República y la democracia, como son las crisis originadas en las catástrofes y “calamidades” como las epidemias (23). Entre los textos constitucionales que prevén sólo el estado de sitio y las Constituciones que incluyen una amplia regulación de diferentes hipótesis de estados de excepción, hay otras —como la Constitución de España, art. 116— que si bien no tienen regulado el estado de excepción como un género, ni previsto expresamente que pueda estar motivado en una catástrofe o epidemia, esto último se hace por una ley (ley 4/1981 de España), en la cual se escalonan y diferencian las declaraciones de estado de sitio, de excepción y de alarma, por sus razones y efectos.

Hay que decir que las referencias expresadas en la regulación del estado de excepción a las epidemias, pestes o pandemias no es tan habitual. La referencia a las catástrofes lo es en mayor medida. Lo que es un dato común es que en el mismo instrumento (estado de emergencia, estado de alarma, estado de excepción, etc.) en el que se regula la excepción por catástrofes, se incluye una expresión “ampliatoria”, que extiende el ámbito de funcionamiento de la figura a las pandemias (24). Más allá de ello, existen muchos puntos comunes en la gestión de las crisis originadas en catástrofes antrópicas y naturales y de las originadas en las epidemias o pandemias [p. ej., el recurso a los mecanismos de alerta precoz e inmediata (25)], aunque los diseños institucionales para la gestión de riesgos de catástrofes no son directa y automáticamente aplicables a la gestión de las crisis sanitarias.

Sobre el buen uso. El estado de excepción es —o debería ser— una situación provisional en la cual se excepciona el principio del Estado de derecho. Como se suele recordar, las declaraciones de emergencia y de estado de excepción se han transformado en diferentes épocas y en distintas regiones del mundo en una situación normal, deviniendo una “técnica de gobierno” (26) o un “paradigma normal de gobierno” (27). La otra condición es que el poder sea limitado, y la única manera de hacerlo es generando arreglos institucionales en los cuales las decisiones estén sujetas a controles.

Para que los “poderes de excepción” y el “gobierno de excepción” no se transformen en una dictadura es necesario que se pongan en funcionamiento arreglos institucionales que garanticen el control acerca de cómo se decide, transformando un estado político en un estado —de derecho— de excepción.

Bien utilizadas, las declaraciones de estado de excepción son otro estadio del Estado de derecho, pero si se abusa de ellas se convierten en una especie de “faz negativa” del Estado de derecho en la que el Estado de derecho se disuelve. El estado de excepción debería ser un instrumento dentro del Estado de derecho, un estadio en el cual en cierta medida se reescribe su gramática, pero manteniendo un núcleo mínimo de principios, la vigencia de los derechos fundamentales y los arreglos institucionales que hacen a su esencia. Así, los organismos de control deberán también redefinir su funcionamiento, para que puedan acompañar y controlar la toma de decisiones durante este período. No se puede pasar de una actividad controlada a una actividad no controlada.

La ausencia. Como muestran los episodios, la ausencia se hace notar cuando se trata de una “calamidad”. Es necesario tomar medidas técnicas y de gestión dirigidas al control, que interfieren fuertemente la vida cotidiana de las sociedades humanas y, sin más remedio, afectan derechos fundamentales y humanos. Así, la “práctica” concreta pone en evidencia que ciertas medidas de gestión y control de la pandemia exigen afectar directamente derechos fundamentales, produciéndose de esta manera una zona de contacto y una dilución de las fronteras entre el estado de emergencia y el estado de excepción (28).

En cambio, cuando el estado de excepción por calamidad se encuentra regulado, funciona selectivamente sobre los derechos humanos y fundamentales, potenciando algunos (derecho a la información, acceso a la justicia), condicionando el ejercicio (educación y trabajo) y suspendiendo otros (libertades de reunión y circulación), y ello también en función de la etapa en la que se encuentre la crisis —v.gr., emergencia o reconstrucción—, por lo que ciertos derechos que en un primer momento —etapa de la emergencia— pueden estar completamente suspendidos —es el caso del derecho a la educación o a trabajar— luego pueden ser habilitados paulatinamente. Pero, sobre todo, considera una “paleta” de derechos más amplia que las libertades o las aprehende de manera diferente; es lo que por ejemplo ocurre con ciertos derechos, como el derecho al ocio, el derecho a la vida familiar (29), el derecho a la intimidad o el derecho a la sepultura. ¿Y el derecho a la igualdad? ¿Cómo paliar las desigualdades frente a la pandemia? Hemos oído hasta el cansancio el argumento acerca de las dificultades con que las clases populares pueden enfrentar largos períodos de aislamiento cuando sus viviendas albergan a familias de nueve miembros en promedio en escasos metros cuadrados, pero ¿cuál ha sido la previsión inicial sobre las discriminaciones positivas?, ¿cómo atender a las particularidades del aislamiento de los hipervulnerables? (30), ¿quizá haber considerado el principio de “justicia sanitaria más que solamente la policía sanitaria”? (31).

VIII. ¿Utilizar el estado de sitio?

En un momento, a comienzos del mes de abril, el aislamiento y las cuarentenas pa-

recieron entrar en una fase de mayor relajamiento, pese al uso del derecho penal por parte del gobierno. Fue entonces cuando algunos comenzaron a preguntarse si no debía dictarse el estado de sitio.

En efecto, como señalé, la única figura de excepción que regula la Constitución argentina es el estado de sitio, que es una de las especies del estado de excepción (art. 23).

En la fórmula constitucional argentina, el estado de sitio se refiere a la situación producida por un “ataque exterior” armado desde el extranjero o por una “conmoción interior” que se origina en “atentados al orden constitucional y a la vida democrática” o algún movimiento de sedición que atenta contra el orden constitucional (art. 23, CN). Conforme a la Constitución Nacional, es el Senado de la Nación el que autoriza al presidente para que declare el estado de sitio en caso de ataque exterior (art. 61, CN), y es atribución del Congreso “Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo” (art. 75, inc. 29). Conforme a las atribuciones dadas por el art. 99 al Poder Ejecutivo, el presidente “Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el art. 23”.

Sin embargo, el núcleo de la idea de estado de sitio es que su razón de ser es la existencia de una guerra contra un enemigo externo; por eso, el principal efecto del estado de sitio es que se produce una militarización del poder, en el sentido de que el gobierno civil traspasa a la comandancia militar las funciones de mantenimiento del orden. De ahí, luego pasó a ser utilizado, en buena parte de las tradiciones constitucionales, en los casos en los cuales existe un intento de rebelión, sedición, secesión, etc. El segundo rasgo constitutivo del estado de sitio es que su contenido es la “suspensión constitucional”, en el sentido de que el Estado de derecho se excepciona y ciertos derechos fundamentales se suspenden —siempre provisoriamente y por tiempo limitado; ver, p. ej., el art. 55 de la Constitución de España, que establece qué derechos se suspenden—, mientras que el ejercicio de otros se condiciona. Finalmente, el tercer rasgo constitutivo del estado de sitio es la expansión del poder del Poder Ejecutivo a instancias del Poder Legislativo, en virtud de la cual aquel puede dictar y derogar las leyes que considere necesarias para sobrepasar la crisis.

En este contexto, pese a no tener regulado constitucionalmente un capítulo referido al estado de excepción en el cual se contemplan las diferentes situaciones que pueden requerir la declaración del estado de excepción cuando existe una catástrofe o una crisis sanitaria, se ha planteado que

{ NOTAS }

(23) Constitución de Turquía, art. 119; Constitución de Perú, art. 137; Constitución de Bolivia, arts. 108, 137 y 407; Constitución de Ecuador, arts. 164, 281 y 389.

(24) Por ejemplo, Constitución de Perú (art. 137): “graves circunstancias que afecten la vida de la Nación”; Constitución de República Dominicana (art. 265): “que constituyan calamidad pública”; Constitución de Venezuela (art. 338): “calamidades públicas”; Constitución de Bután (art. 33.2): “calamidad”.

(25) MBENGUE, Makane M., “L’anticipation du risque environnemental et sanitaire”, Pedone, Paris, 2009,

ps. 295-305.

(26) AGAMBEN, Giorgio, “Estado de excepción”, Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2007, p. 25.

(27) AGAMBEN, Giorgio, “Lo stato d’eccezione provocato da un’emergenza immotivata”, *Il Manifesto*, <https://ilmanifesto.it/lo-stato-deccezione-provocato-da-unemergenza-immotivata/>.

(28) GARCÍA, Javier A., “Estado de excepción encubierto”, https://www.lespanol.com/opinion/tribunas/20200418/excepcion-encubierto/483321669_12.html.

(29) Una muestra es cómo más bien tarde las auto-

ridades se han ocupado de la “repatriación interna” de los argentinos a quienes las medidas de confinamiento sorprendieron fuera de sus ciudades de origen. Está bien, se dirá que había cosas más urgentes que solucionar, y eso es seguramente cierto, pero la cuestión es que en realidad el problema no fue incluido en un mapa inicial. RUTH, Cinthia, “Repatriación interna y atajos legales: las esperanzas de los argentinos varados en el país para volver a sus casas”, *Infobae* del 14/04/2020, <https://www.infobae.com/sociedad/2020/04/14/repatriacion-interna-y-atajos-legales->

las-esperanzas-de-los-argentinos-varados-en-el-pais-para-volver-a-sus-casas/.

(30) SANTOS, Boaventura de Sousa, “Al sur de la cuarentena”, *América Latina en Movimiento* del 07/04/2020, <https://www.alainet.org/es/articulo/205734>.

(31) FASSIN, Didier, “L’illusion dangereuse de l’égalité devant l’épidémie”, *Fondation Collège de France* <https://www.fondation-cdf.fr/2020/04/17/lillusion-dangereuse-de-legalite-devant-lepidemie/>.

el Estado argentino podría recurrir a un uso “extensivo” del estado de sitio en ocasión de la crisis que atravesamos, aprovechando el amplio rango interpretativo que permite la idea de “conmoción interna”, que bien podría darse también en situaciones de pandemia.

Tiene riesgos. Son varios los peligros potenciales que encierra el uso de la figura.

El primero es que se decida emplearla de manera arbitraria o abusiva, sin los fundamentos necesarios que lo justifiquen, o que se transforme en una “técnica de gobierno”. Por ello, son tres las condiciones que se requieren para declararlo: primero, justificar que es una situación excepcional, que no puede solucionarse de otra manera mediante los “medios ordinarios” (32), es decir, un “estado de necesidad” (33); segundo, explicar cuál es la urgencia o emergencia; y tercero, cuáles son los bienes que se pretende proteger, por ejemplo, la salud pública (34). A ello se agrega que en el caso de las crisis sanitarias y catástrofes es central que exista un diseño institucional que incluya la constitución y el funcionamiento transparente de un dispositivo experto en el cual se escuche la voz de los científicos de alto nivel —no sólo de los médicos, sino también de las ciencias sociales y humanas—. Estos ensambles expertos son claves a la hora de fundar la necesidad del estado de excepción, así como es vital también la posibilidad del control ciudadano.

Para que los “poderes de excepción” y el “gobierno de excepción” no se transformen en una técnica de gobierno es necesario que se pongan en funcionamiento arreglos institucionales que garanticen el control acerca de cómo se decide, transformando un estado político en un estado —de derecho— de excepción (35).

El segundo es que no se respete la idea que inspira a la Constitución Nacional y a la gran mayoría de las Constituciones del mundo acerca de que, en principio, el estado de excepción debe ser decidido por el Congreso y sólo excepcionalmente por el presidente; es por ello que es importante que exista un diálogo y control del Congreso, más allá del control limitado establecido por la ley 26.122.

El tercero es que exista una violación del derecho a la información de los ciudadanos, permitiendo el establecimiento de secretos de Estado (36).

El cuarto es la militarización del país y que las fuerzas armadas intervengan no sólo a la hora de la logística que una catástrofe o crisis sanitaria implica, sino controlando las limitaciones de las libertades individuales.

El quinto es que el derecho penal se emplee expansivamente sin las garantías y los controles necesarios.

El sexto, que los derechos individuales se suspendan excesivamente (37), que los dere-

chos que en las crisis deben reforzarse no se refuercen (p. ej., el derecho de acceso a la justicia debe reforzarse, así como el acceso a la información; en relación con esto último, es clave que el gobierno informe a la población mediante un sistema de “alertas informales” que funcione oportunamente, empleando las técnicas de “comunicación del riesgo”) y que no se establezcan con claridad las condiciones de ejercicio limitado de los derechos que no se suspenden. Hay que recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 8/87, señaló que “Las disposiciones que se adopten, además, no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado parte” ni deben entrañar “discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”, y que, “lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia”.

Por ello, correctamente se descartó el dictado del estado de sitio. No se adecúa a las exigencias de la pandemia y encierra muchísimos riesgos.

No se adecua. Dicho esto, hay que diferenciar el estado de excepción originado en el estado de sitio y el estado de excepción por catástrofes o crisis sanitarias.

Se ha señalado con acierto, en relación con el impacto de las medidas de confinamiento dispuestas en el marco de la crisis originada por el COVID-19, que la diferencia entre el estado de emergencia y el estado de sitio por una crisis sanitaria es básicamente que “...cuando una persona viola el aislamiento preventivo social obligatorio (APSO), una vez detenido inmediatamente debe ser puesto a disposición del Poder Judicial, en tanto que en el segundo, ante la conculcación del APSO, las personas arrestadas quedan a disposición del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial sólo puede revisar la razonabilidad de la medida restrictiva mediante la acción de hábeas corpus y no sólo se puede suspender el derecho a transitar, sino también, otros derechos cuyo ejercicio resulte incompatible con la preservación del orden constitucional que el estado de sitio pretende garantizar” (38).

Además de esto, otras diferencias son relevantes. En primer lugar, el estado de sitio se concentra en los derechos fundamentales de primera generación, es decir, las libertades (de circulación, de reunión, de manifestarse, etc.). En segundo lugar, tiene una visión de los derechos individuales que es —por así decirlo— binaria, en el sentido de que hay derechos que se suspenden y derechos que no pueden suspenderse, pero no derechos que deben ser potenciados o reforzados. En tercer lugar, tampoco tiene una visión basada en la evolución de la situación; por ello no

existe allí una visión dinámica de esas suspensiones originariamente decididas y cierta gradualidad evolutiva, que está ausente en el estado de sitio.

Cuarta parte - IX. Entre lo ideal y lo posible

No hay dudas de la necesidad de regular el estado de excepción por catástrofes y crisis sanitarias, pero esto es sólo pensando en el largo plazo y no mejoraría la situación actual.

Lo posible y que sí podría hacerse es solucionar los problemas que exhibe el esquema de toma de decisiones; ello exige revisar y crear los arreglos institucionales de relacionamiento entre política, ciencia y derecho. En particular, es necesario un mecanismo de diálogo interinstitucional entre el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional, que contribuya a establecer la cartografía amplia de los derechos que deben ingresar en la consideración de cada decisión y que indique qué derechos pueden ser disminuidos o suspendidos y bajo qué condiciones, y cuáles derechos requieren ser reforzados y promocionados y cómo, cuándo o hasta cuándo.

Ese marco de derechos para el estado de excepción proporciona el marco de acción no sólo para los agentes políticos territoriales, sino para el funcionamiento de otras instituciones, v.gr., la universidad y el derecho a la educación. No contar con un marco de derecho deja también en una situación compleja a instituciones que podrían tener un rol mucho más proactivo, y no sólo activo, como las Defensorías del Pueblo.

La ciencia es esencial en la gestión de la crisis. Pero hay que entender también que el derecho es quien establece la arquitectura institucional de las sociedades humanas. Es una forma de conocimiento social, pero también un dispositivo que tiene una función performativa en tanto reservorio de los máximos valores de las sociedades humanas.

X. En el corto y largo plazo

En el corto plazo, la pregunta es: ¿cuál es el mejor camino de los posibles para gestionar una crisis en las sociedades humanas contemporáneas para mejorar lo que hacemos?

La respuesta no puede ser diferente de la situación de normalidad. Hay que reequilibrar la alianza de gestión de la pandemia y construir los arreglos institucionales que se necesitan para su buen funcionamiento y explicitar una cartografía de los derechos, y luego acompañar el fundamento de las medidas en los conocimientos científicos y técnicos con los derechos relacionados con cada una de ellas, lo que requiere tener claro no sólo cuándo suspenderlos, sino cómo y con qué límites, y determinar qué derechos deben ser reforzados o promocionados en cada momento y cuáles pueden “liberarse” en cada etapa.

En otras palabras, sin estado de excepción por calamidad, el camino es replicarlo con las herramientas que existen, haciendo funcionar las instituciones de la República y la activa participación de los actores sociales. Para ello los tres poderes deben funcionar en pleno. En efecto, es imprescindible que en el estado de crisis funcionen los tres poderes del Estado, y sin dudas cada uno de ellos deberá redefinir la manera en que llevarán adelante sus funciones constitucionales.

En el fondo, con las excepciones del caso, la respuesta no puede ser muy diferente de la que damos cuando la pregunta se refiere a los “tiempos de normalidad”; aun con todas las excepcionalidades que hay que considerar, el gobierno de la crisis requiere el Estado de derecho y arreglos institucionales para implementarlo; un Estado de derecho excepcional, en efecto, pero un Estado de derecho al fin.

En el largo plazo, la pregunta es “qué clase de mundo queremos habitar una vez pasada la tormenta” (39).

Las opciones parecen ser un mundo más biocontrolado o un mundo más humano; sociedades más densas o autómatas; un mundo en la dirección de otra globalización que no sea solamente la de los mercados, sino la de la cooperación y la solidaridad.

El derecho es, como sostenía Émile Durkheim (40), clave en el diseño social, para salir de la crisis del COVID-19 hacia una sociedad más humanista, de relaciones sociales más robustas, hacia la mayor cooperación global.

Hay que explotar el costado performativo del campo legal; ello exige potenciar los derechos y colocar la preocupación por los diseños institucionales que se crean para gestionar la crisis en el primer plano de la preocupación.

Cita on line: AR/DOC/1376/2020

MÁS INFORMACIÓN

Corvalán, Juan G. - Papini, Carina M., “Home office y plataformas digitales. Trabajar desde casa en tiempos de coronavirus”, DT 2020 (abril), 11, AR/DOC/775/2020

Peres, Agustín A., “Tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en momentos de pandemia (COVID-19). Implicancias en el derecho de familias”, LA LEY 13/04/2020, 17, AR/DOC/1017/2020

LIBRO RECOMENDADO

Tratado de Derecho Procesal Electrónico

Director: Camps, Carlos E.

Edición: 2019

Editorial: Abeledo Perrot, Buenos Aires

{ NOTAS }

(32) “Aquellas que respeten completamente los derechos fundamentales y la separación de poderes”, PASQUINO, Pascuale, “Urgence et État de droit. Le gouvernement d’exception dans la théorie constitutionnelle”, *Revue Trimestrielle de Sciences Sociales*, “Sécurité et démocratie”, p. 18.

(33) Sobre el vínculo entre estado de necesidad y estado de excepción, ver AGAMBEN, Giorgio, “Estado de excepción”, ob. cit., ps. 60-69.

(34) PASQUINO, Pascuale, “Urgence et État de droit...”, ob. cit., p. 12.

(35) En esta dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 8/87, se expresó de manera contundente: “Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de derecho o

que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derecho son inseparables” (conf. “La expresión ‘leyes’ en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-6/86, del 09/05/1986, serie A, nro. 6, párr. 32).

(36) PASQUINO, Pascuale, “Urgence et État de droit...”, ob. cit., ps. 23-24.

(37) “La cuestión, el corazón del drama, por retomar la metáfora literaria, es responder a la cuestión de cuál es el costo que estamos dispuestos a pagar en términos de derechos individuales frente al peligro o la amenaza que pueden surgir del exterior o del interior de la sociedad y correr el riesgo de destruirla”, PASQUINO, Pascuale, “Urgence et État de droit...”, ob. cit., p. 10.

(38) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Coronavirus: estado de sitio, el recurso más extremo”, *La Nación* del 22/03/2020, <https://www.lanacion.com.ar/politica/coronavirus-estado-sitio-ultimo-recurso-todos-podemos-nid2346190>.

(39) HARARI, Yuval, “El mundo después del

coronavirus”, *La Vanguardia Internacional* del 05/04/2020, <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200405/48285133216/yuval-harari-mundo-despues-coronavirus.html>.

(40) DURKHEIM, Émile, “La división del trabajo social” (1893), Ed. Planeta Agostini, 1993, vol. I; DURKHEIM, Émile, “Lecciones de sociología” (1950), Ed. Miño y Dávila, t. III, 2003.

Un gran salto hacia la justicia digital: los acuerdos jurisdiccionales telemáticos

Sebastián C. Chumbita (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. La celebración de los acuerdos y sus normas reglamentarias. — III. La redefinición de los conceptos. — IV. Las herramientas de encuentro para la respuesta inmediata. — V. Conclusiones.

I. Introducción

En atención al decreto del Poder Ejecutivo de la Nación que estableció el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio para todos los habitantes de la República Argentina (1) —motivado por el brote epidemiológico del COVID-19— los distintos poderes judiciales han decidido “paralizar” el servicio de justicia, a los efectos de evitar las consecuencias derivadas de la circulación de las personas.

Sin embargo, esta clase de medidas, aunque garantizaron la prestación mínima de la actividad judicial, no resultaron suficientes para que todos los jueces puedan pronunciarse sobre las causas en trámite. Es que, aun contando con las herramientas digitales para lograr la concreción de los actos procesales, en el caso de las sentencias de los órganos colegiados, estos requieren necesariamente de la presencia física de los magistrados para —con ello— poder celebrar el correspondiente acuerdo deliberativo.

En el presente trabajo, analizando la concreción de esta actuación procesal, abordaremos el compendio reglamentario de los poderes judiciales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, específicamente en materia civil y comercial, que instauró el régimen telemático. Más luego destacaremos la redefinición de los conceptos que genera la digitalización del rito y ejemplificaremos los medios que pueden ser utilizados en situaciones extraordinarias —como las que vivimos— para que puedan llevarse a cabo sin mayores inconvenientes.

II. La celebración de los acuerdos y sus normas reglamentarias

El acuerdo es un paso procesal clave que constituye una forma de deliberación concentrada de las cuestiones sometidas a su conocimiento, a través de un acto al que concurren los magistrados, revestido de ciertas solemnidades y formalizado en un acta final, que culmina con el dictado del pronunciamiento por parte del Tribunal (2).

Consiste en la reunión formal que llevan a cabo los miembros que componen un órgano colegiado determinado, en la sala de su tribunal, para que una vez logrado el quórum necesario, se realice un debate jurídico —bajo un orden de votación o intervención previamente asignado— y luego se emitan las opiniones debidamente fundamentadas con el objeto de emitir una decisión.

Si bien dicha solemnidad, que se erige en la antesala de todo pronunciamiento jurisdiccional válido, seguramente dista de contener alguna similitud con las recordadas audiencias del Tribunal de La Helieta, en donde más de 6.000 personas intervenían para decidir, popularmente, si una persona era inocente o culpable (3), mantiene la esencia deliberativa.

Ahora, es obvio que los Estados modernos tuvieran que adaptar aquella celebración a las realidades con que se enfrenta la justicia —en pos de asegurar el respeto a las garantías esenciales que gobiernan el proceso— por medio de constituciones, leyes, decretos, acordadas y resoluciones, situación que no fue diferente al tiempo de declarársela emergencia sanitaria, provocando un giro copernicano en la concepción y celebración del acuerdo jurisdiccional (4).

II.1. El antes presencial

- El caso de la Provincia de Buenos Aires

En primer lugar, observamos el texto del art. 168 de la Constitución bonaerense (5), que ha sido interpretado por la Suprema Corte de Justicia. En este sentido, el mentado órgano ha establecido —con carácter de doctrina legal— que una de las cuatro causales dan lugar al recurso extraordinario de nulidad, que consiste en *el incumplimiento de la formalidad del acuerdo* por parte de los jueces de una Cámara o de un Tribunal colegiado de instancia única (6) al momento de dictar una sentencia que resuelva cuestiones esenciales (7).

Esto significa que para que una sentencia de un órgano colegiado sea considerada hábil, debe

ser necesariamente dictada respetando dicha formalidad, caso contrario podrá ser anulada ante la interposición de una petición revisora o, incluso, de oficio (8).

En segundo orden tenemos a la Ley Orgánica del Poder Judicial (9), la que, a través de sus arts. 27 y sigtes., establece la composición, competencia, integración y funcionamiento de sus órganos colegiados, a saber: la Suprema Corte de Justicia y las cámaras de apelación en lo Civil y Comercial.

En cuanto al acto en sí mismo, el plexo legal no emite mayores precisiones más que la regulación del art. 47, dirigido al funcionamiento de las cámaras de apelación del interior, al disponer que si “... alguno de los Jueces no concurriese al acuerdo, cualquiera que fuere la causa de su inasistencia, los otros dos miembros del tribunal procederán a resolver las cuestiones traídas al acuerdo...” (10).

En síntesis, no hace otra cosa que destacar la necesaria concurrencia del juez para el dictado de una resolución y reflejar la —clara y comprensible— intención de legislador sobre el punto.

En tercer orden se encuentra el Código Procesal Civil y Comercial, que impone tanto el estudio del expediente por parte de los miembros de las cámaras en forma personal antes de que se celebren los acuerdos para pronunciar sentencia, como la realización de estos contando con la presencia de todos los judicantes, incluyendo al secretario [conf. arts. 265 (11) y 266 (12)].

Finalmente, obran los reglamentos internos de las cámaras de apelaciones, quienes advierten sobre la obligatoriedad de la concurrencia de los magistrados a sus despachos (13). Por nombrar algunos, se puede destacar el caso del Departamento Judicial de La Plata, en donde, para la Cámara Primera, en su art. 17, se reglamenta que los jueces deberán asistir a sus públicos despachos los días que el tribunal o en su defecto la Sala haya designado, como asimismo en las ocasiones en que la presiden-

cia del tribunal haya fijado en caso de urgencia, o en los que se haya previsto la realización de Acuerdos Ordinarios, Extraordinarios o Plenarios (14); y, para la Cámara Segunda, el art. 4º, indica que la no concurrencia a los Acuerdos Ordinarios semanales de Sala por alguno o ambos jueces debe ser debidamente anoticiado a la presidencia, a efectos de proveer su integración, si fuere necesario (15).

- El caso de la justicia nacional

En este ámbito, consta el Reglamento para la Justicia (16), el cual regula el funcionamiento tanto de la Corte Suprema de Justicia como el de las distintas cámaras de apelaciones.

En el primer supuesto, lo hace a través de sus arts. 70 (17) y 71 (18), disponiendo la obligatoriedad de la reunión de los jueces ministros para la celebración de los acuerdos ordinarios y extraordinarios.

En el segundo, por medio de los arts. 104 (19) y 109 (20), establece, de un lado, la obligatoriedad de que se celebren —como mínimo— dos acuerdos por semana; y, del otro, la necesidad de que en todas las decisiones intervengan la totalidad de los jueces que componen los órganos, adiciendo que para el caso de vacancia, ausencia u otro impedimento, la sentencia puede ser igualmente dictada por el voto de los restantes, siempre que aquellos constituyan la mayoría absoluta de los miembros que concuerden sobre la solución del juicio.

En el tercer escalón constan los arts. 270 (21) y 271 (22) del Código Procesal Civil y Comercial, que se encuentran en sintonía normativa con el de su par bonaerense, al disponer la instrucción personal del expediente por parte de los miembros de la Cámara antes de celebrar los acuerdos y su realización mediante la presencia de todos sus miembros, incluyendo al secretario.

En el último lugar, corresponde enumerar a los reglamentos internos de las cámaras de apelación, los que, en razón de la división que existe entre los fueros, Civil (23) y Comer-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado. Auxiliar Letrado de la Secretaría Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Docente universitario. Director del Área Académica de la Comisión de Jóvenes Procesalistas de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Diplomado en Derecho 4.0 por la Univesidad Austral; e. o. t.

(1) Ver AR/LCON/80AJ

(2) Ver GIANNINI, Leandro J., “El recurso extraordinario de nulidad en la Provincia de Buenos Aires”, en *Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires - Doctrina legal de la SCBA*, Ira. ed., La Plata, Instituto de Estudios Judiciales de la Provincia de Buenos Aires, 2007, p. 58.

(3) Ver CARRANZA TORRES, Luis R., “El origen del Poder Judicial”, en <https://bit.ly/34P7LJH>

(4) En el presente, el abordaje incluye a todo acto deliberativo de los Tribunales colegiados: resoluciones, sentencias, acordadas, etc.

(5) Art. 168.- “Los tribunales de justicia deberán resolver todas las cuestiones que le fueren sometidas por las partes, en la forma y plazos establecidos al efecto por las leyes procesales. Los jueces que integran los tribunales

colegiados deberán dar su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir. Para que exista sentencia, debe concurrir mayoría de opiniones acerca de cada una de ellas”.

(6) P. ej., los tribunales del Trabajo.

(7) Conf. doctr. causas C. 120.303, “G. C., K.”, sent. De 6-XI-2019; C. 122.763, “Club Social de Pesca Náutica y Fomento San Clemente del Tuyú”, resol. del 17-X-2018 y C. 120.407, “Distribuidora Apholo S.A.”, sent. de 8-XI-2017; entre otras.

(8) Conf. doctr. causas C. 117.013, “Quiñones”, resol. de 27-III-2013; C. 118.430, “118.430”, resol. de 16-VII-2014 y C. 119.813, “F., P. A.”, resol. de 26-VIII-2015; entre varias.

(9) Ver AR/LEGI/IVK7

(10) La cursiva es propia.

(11) “Estudio del expediente. Los miembros de las Cámaras se instruirán cada uno personalmente de los expedientes antes de celebrar los acuerdos para pronunciar sentencia.”

(12) “Acuerdo. El acuerdo se realizará con la presencia de todos los miembros del tribunal y del secretario. La votación se hará en el orden en que los jueces hubiesen sido

sorteados. Cada miembro fundará su voto o adherirá al de otro. La sentencia se dictará por mayoría, y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravio.”

(13) Ver <https://bit.ly/34Mb8aS>

(14) Ver <https://bit.ly/2VFqtWp>

(15) Ver <https://bit.ly/3cx5bBb>

(16) AR/LEGI/12QF

(17) “La Corte Suprema se reunirá en acuerdo ordinario los días hábiles que designe. El número de estos acuerdos se determinará conf. a lo que requieran las tareas del Tribunal y a las circunstancias ocurrentes.”

(18) “La Corte Suprema podrá también reunirse en acuerdos extraordinarios en días hábiles o feriados cuando fuera convocada por el Presidente o lo dispusiera la mayoría del Tribunal.”

(19) “Las cámaras nacionales ajustarán sus reglamentos internos a las disposiciones del presente y a las que la Corte Suprema dictare en el futuro. Deberán comunicar a esta los días de acuerdo que señalaren, que no podrán ser menos de dos semanales y alternados, así como las disposi-

ciones reglamentarias que adoptaren.”

(20) “En todas las decisiones de las cámaras nacionales de apelaciones o de sus salas intervendrá la totalidad de los jueces que las integran. Sin embargo, en caso de vacancia, ausencia u otro impedimento, del que debe haber en todos los casos constancia formal en los autos, la decisión podrá ser dictada por el voto de los restantes, siempre que constituyan la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara o Sala y que concordarán en la solución del juicio.”

(21) “Los miembros de la Cámara se instruirán cada uno personalmente de los expedientes antes de celebrar los acuerdos para pronunciar sentencia.”

(22) “El acuerdo se realizará con la presencia de todos los miembros del tribunal y del secretario. La votación se hará en el orden en que los jueces hubiesen sido sorteados. Cada miembro fundará su voto o adherirá al de otro. La sentencia se dictará por mayoría, y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios.”

(23) Ver <https://bit.ly/2KeKPAG>

cial (24), resultan ser disímiles, aunque nada aportan sobre la temática bajo examen.

II. El ahora virtual

- La Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires

Decretadas las medidas de confinamiento social, la presidencia de la Suprema Corte de Justicia, a través de la res. 10/20 (25), con carácter excepcional, estableció disposiciones, instrucciones y recomendaciones tendientes a proteger y preservar la integridad y la salud de las partes, profesionales, auxiliares de justicia, público en general, agentes, funcionarios y magistrados judiciales, respecto de la infección causada por el COVID-19 (coronavirus).

Particularmente, reglamentó el trabajo domiciliario en el art. 1 ap. b.I.I. de la citada norma y estableció que las personas que se encontraran dispensadas de concurrir a su lugar de trabajo que, a su vez, no tengan manifestación o sintomatología de la enfermedad y puedan prestar servicios utilizando la tecnología apropiada, deberían prestar funciones, gozando tales actos de plena validez.

Acto seguido, mediante la res. 14/20 (26), el presidente fijó pautas para la prestación de los servicios bajo la modalidad de trabajo domiciliario y dispuso que los magistrados, funcionarios y agentes de todos los órganos jurisdiccionales, estén o no de turno, que sean o no dispensados de concurrir a su lugar de trabajo (por las medidas preventivas dictadas en razón de edad o por integrar grupos de riesgo), deberían en la medida de lo posible prestar servicios desde su domicilio.

También, su art. 7º, manifestó que —sin perjuicio de la resolución prioritaria de las cuestiones de urgente despacho que se presentaren— los magistrados y magistradas debían programar sus tareas a fin de dictar, complementariamente y en la medida de lo posible, providencias, resoluciones interlocutorias o sentencias definitivas que se encuentren pendientes.

Como producto de ello, las cámaras de apelación de lo Civil y Comercial de Morón y Trenque Lauquen, en los autos, “*Vertullo, Mónica Leonilda y otros c/ Swiss Medical S.A. y otros. Daños y perjuicios*” (27) y “*Etulain, María Cecilia c/ acuña polonio. Prescripción adquisitiva vicinal-usucapión*” (28), respectivamente, pudieron celebrar sendos acuerdos telemáticos, dispensando a los magistrados y al secretario de concurrir a las salas de los tribunales para dictar las sentencias.

Empero, el Máximo Tribunal, con el objeto de asegurar —aún más— la tutela judicial efectiva, suscribió el acuerdo 3971/20 (29), mediante el cual aprobó el régimen de Acuerdo Continuo y uso de Firma Digital para la producción y dictado de sus propios actos. De tal modo, complementó el esquema expuesto, autorizando las reuniones de trabajo a distancia (a los fines de evaluar propuestas, intercambiar pareceres o preparar la decisión de cuestiones de conveniente tratamiento en simultáneo por todos sus miembros) y la firma de sus actos en cualquier día hábil de la semana, incluso en horas inhábiles, sin la necesidad de decretar acuerdos extraordinarios ni habilitaciones de días y horas *ad-hoc*.

En adición, bajo el acuerdo 3795/20 (30), aprobó un nuevo reglamento para las resoluciones, el cual representa una segunda fase

de extensión y expansión de la Firma Digital hacia todos los órganos jurisdiccionales de la provincia, habilitando a la totalidad de los tribunales colegiados de la Administración de Justicia y a las cámaras de apelación para que puedan firmar sentencias y resoluciones todos los días hábiles, incluso con arreglo a la modalidad a distancia.

De ahí que dispuso que, en el caso de tribunales colegiados, las resoluciones y sentencias judiciales que requieran de la suscripción de dos o más magistrados, se tendrán por perfeccionados en la fecha y hora de la firma del último, o del secretario si correspondiere, pudiendo ser firmadas todos los días hábiles, en hora hábil o inhábil y que, por excepción, podrán firmarse fuera de la sede o asiento físico de los despachos oficiales, conforme la modalidad de trabajo a distancia que autorice la Suprema Corte (31).

Finalmente, dictó la res. 480/20 (32), a través de la suscripción digital por parte de todos sus integrantes, incluida la certificación del actuario, convirtiéndola en la primera decisión en su historia validada de tal modo. Allí, estableció una prórroga en los plazos acordados por su par 386/20 y definió, entre otras cosas, la reanudación de los plazos —en la fecha que indicó— para el dictado por medios digitales de toda clase de resoluciones y sentencias en el fuero Civil y Comercial.

Con todo, el Superior Tribunal dispuso la reanudación de la prestación del servicio de justicia, mediante el dictado de las decisiones de los órganos colegiados, a través del empleo de los medios tecnológicos disponibles (33).

- La Corte Suprema

En consonancia con su par bonaerense, el Címero Tribunal de la Nación emitió una serie de pronunciamientos a fin de mitigar los efectos de la feria judicial extraordinaria y la consecuente parálisis en los tribunales.

Siguiendo ese recorrido, por un lado, dictó la acordada 11/20 (34), dirigida a establecer la modalidad su propia actuación. Así, por medio de su art. 4º, dictaminó que cuando no fuera posible la celebración de acuerdos de ministros en forma presencial —conf. a lo previsto en art. 11 del decreto-ley 1285/58—, estos podrían realizarse por medios virtuales o remotos, gozando dichos actos de la misma validez que proyecta el Reglamento para la Justicia Nacional. Empero, se encargó de aclarar que dicho dispositivo solamente podría ser utilizado en situaciones excepcionales o de emergencia y que no podrá reemplazar al acuerdo presencial previsto para situaciones habituales.

Por otra parte, en cuanto a las actividades de las cámaras de apelación, emitió la acordada 12/20 (35), que dispuso que, al igual que su par 11/20, cuando no fuera posible la celebración de acuerdos en forma presencial, estos podrían realizarse por medios virtuales remotos —conf. las previsiones del art. 104 del Reglamento para la Justicia Nacional— y tendrían la misma validez. Aclarando que dicho dispositivo solamente podrá ser utilizado en situaciones excepcionales de emergencia y que tampoco debería reemplazar los acuerdos presenciales que deban llevar cabo los magistrados, en los términos de lo previsto en el referido art. 104 del Reglamento para la Justicia Nacional.

Es decir que, si bien instauró un régimen de firma digital y autorizó la celebración de acuerdos en forma telemática, limitó su práctica a una circunstancia excepcional como la que se vive en tiempos de pandemia.

Sin embargo, llamaron poderosamente la atención dos decisiones emitidas por el Máximo Tribunal.

La primera, tiene que ver con el dictado de la sentencia en los autos “*Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación. Acción declarativa de certeza*” (36) de fecha 24-IV-2020, en donde no solo no se utilizó la firma digital para su validación (lo que constituía una gran oportunidad para hacerlo) ni se hizo expresa mención a la falta su implementación, sino que fue suscripta en forma ológrafa por dos de sus integrantes, en extrañas localidades a la sede del Supremo Tribunal (ambas en la Provincia de Santa Fe), bajo el argumento de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales (37).

La segunda, fue la emisión de la Acordada 13/20 (38), que, entre otras cosas, prorrogó la feria judicial extraordinaria y alentó la utilización de recursos digitales para la concreción de los actos procesales. Aquella, a diferencia de la anterior, ni siquiera contó con la firma de aquellos integrantes que lo hicieran en otra ciudad —aduciendo análogas circunstancias— para saber de las correspondientes conformidades con las disposiciones establecidas.

III. La redefinición de los conceptos

A lo largo de los años hemos observado que toda digitalización conlleva un cambio de paradigma. Pasó con la computadora, la impresora, internet, los *smartphones*, etc. y ahora pasará con los acuerdos telemáticos.

Para atravesarlo, seguramente habrá que recurrir a cambios de conducta, estrategias y procedimientos destinados a conseguir un aumento de la frecuencia o perfeccionamiento de una que ya poseemos, adquirir otra o a reducir o eliminar comportamientos que queramos evitar.

Como así también, en dicho trance, deberemos redefinir algunos conceptos. En otros términos, deberemos observar con otra perspectiva el tema, para comprender que los elementos que componen el acto por el cual los magistrados desarrollan la celebración de un acuerdo jurisdiccional han mutado. Veamos.

- La sede del acuerdo

Tal como se dijera, en las normativas que hacen a la administración de justicia no se hacía expresa mención al lugar en donde los acuerdos deben celebrarse, resultando claro y comprensible interpretar aquella voluntad del legislador en cuanto designara al asiento del tribunal como espacio físico para que el acto deliberativo se lleve a cabo.

Empero, las nuevas reglamentaciones dictadas con motivo de la emergencia sanitaria no solo han otorgado precisión al tema sino que además han ampliado las modalidades para que un acuerdo pueda ser desarrollado, respetando el principio de legalidad.

De tal modo, frente al acuerdo presencial, los superiores tribunales han regulado al

acuerdo telemático, en el entendimiento de que lo que importa a los fines de convalidar el dictado de una sentencia es la efectiva participación del magistrado en cuestión y no el lugar físico en donde este se involucra con el debate, ya que esto pasa a ser un dato menor (39).

Si bien no se nos escapa que la existencia de la sede del órgano resulta imprescindible para el cumplimiento de sus deberes (vgr. celebración de audiencias, tomar contacto con las partes, etc.), para deliberar, ahora ya no lo es: tan solo basta que se arbitren los medios para se garantice la participación de sus miembros en un entorno virtual, seguro y confidencial para que estos puedan cumplir con el ritual.

Ahora, más allá de lo dicho, importa resaltar la utilidad que poseen los límites reglamentarios impuestos, en cuanto a la excepcionalidad de la celebración telemática del rito. Es decir, si bien aquellos motivos deberán encontrar suficiente justificación para demostrar la imposibilidad de contar con la presencia física del magistrado (40), consideramos que esta ponderación debe ser amplia y flexible de cara al futuro, de modo que pueda responderse a la finalidad tuitiva de la prestación del servicio de justicia. En dicho caso creemos que resultaría razonable conceder la posibilidad de celebrar un acuerdo telemático, si llegaran a existir condiciones climáticas considerablemente adversas o impedimentos físicos que dificulten la concurrencia de los magistrados hasta la sede del tribunal.

- El entorno virtual

El espacio virtual constituye el medio para la celebración del acuerdo telemático. Sin embargo, para efectivizar la solución que se instaura, necesariamente deberán desarrollarse e implementarse las distintas herramientas necesarias para asegurar la privacidad y seguridad en el tráfico de datos.

La celebración de un acuerdo telemático no puede ser realizada sino a través de un medio oficial del Poder Judicial que cuente con mecanismos de contralor y accesibilidad (41) para los justiciables, de modo que garantice la participación de los jueces y respete las garantías constitucionales del debido proceso. Caso contrario, cualquier otro medio por el que se lleve adelante esta solemnidad afectaría el derecho de defensa de las partes y tornaría nula la decisión en cuestión (42).

Es que más allá de que se autorice la utilización de la tecnología para que los magistrados emitan sus votos en forma electrónica, esto no significa que el acto se reduzca a la mera firma de los votos; muchas veces, previamente elaborados.

Primero, debe asegurarse el planteo de las cuestiones a decidir y el debate de las cuestiones fácticas y/o jurídicas que formen parte de la litis, para que luego se produzca la correspondiente emisión de los votos y finalmente obre la certificación del acto por medio de la firma digital. Transgredir estos parámetros importaría privar al acto jurisdiccional de las distintas etapas que lo componen.

Asimismo el entorno debe respetar el principio de publicidad de los actos procesales, en el sentido de que —por más de que su desarrollo sea intangible— estos deben ser conocidos, incluso por quienes no participan en el proceso

{ NOTAS }

(24) Ver <https://bit.ly/2RQshea>

(25) Ver <https://bit.ly/3eB7DZi>

(26) Ver <https://bit.ly/34PZpbp>

(27) Ver <https://bit.ly/2yoKPLR>

(28) Ver <https://cutt.ly/Ht6NGyt>

(29) Ver <https://cutt.ly/Rt6NH68>

(30) Ver <https://cutt.ly/vysdZil>

(31) A los fines de lo dispuesto en el art. 43 de la ley 5827, las Cámaras de Apelaciones quedan habilitadas a firmar

sentencias y resoluciones todos los días hábiles, incluso con arreglo a la modalidad a distancia, aplicándose en lo pertinente lo previsto en el Ac. 3971/20.

(32) Ver <https://cutt.ly/gvstfG5>

(33) Conf. arts. 3 y 4.

(34) Ver <https://cutt.ly/Gt6NKPY>

(35) Ver <https://cutt.ly/Xt6NZZH>

(36) Ver <https://bit.ly/2Kvflrr>

(37) Ver suscripción de los señores Jueces Dres. Loren-

zetti y Rosatti.

(38) Ver <https://bit.ly/2SeSDGT>

(39) Conf. arg. ZAMENFELD, Víctor, “Reuniones (sociedades) a distancia”, en <https://cutt.ly/bt6NCWp>

(40) Conf. Art. 11 del decreto-ley 1285/58. Fruto del principio de intermediación. La presencia física del magistrado, únicamente posible en la sede del tribunal, cumple cabalmente con dicha manda y no debe ser abolida por el avance de la tecnología.

(41) Ver BIELLI, Gastón E. y NIZZO, Andrés L., “Pautas generales para la implementación del expediente judicial electrónico en aquellas jurisdicciones que aún no lo han consagrado”, en <https://cutt.ly/ut6NVnr>

(42) Resulta de Perogrullo, pero esto requiere de una inversión que genere una infraestructura digital adecuada.

como partes, funcionarios o auxiliares, en tanto debe permitirse que la opinión pública sea un medio para fiscalizar la conducta de los magistrados y elevar, aún más, el grado de confianza en la comunidad en la administración de justicia (43).

- La validación digital

En un marco virtual la única manera que existe para acreditar unívocamente la identidad de un magistrado y verificar que la comunicación telemática no ha sido adulterada durante la transmisión es mediante el empleo de la firma digital (44).

Esta última surgió como una necesidad de darle mayor seguridad jurídica y técnica a la confección y utilización de los documentos electrónicos en la vida cotidiana, vitales para su uso en determinados instrumentos que son objeto de una protección por el derecho, que gozan de un régimen particular y que poseen requisitos insustituibles (45).

Y si bien no cabe duda de que la adopción de las medidas tendientes a la utilización de esta modalidad de suscripción de los acuerdos, tanto para los jueces como para los actuarios, resulta más que acertada, no cabe desconocer que, mientras exista una situación excepcional o falta de desarrollo en la materia, podrían adoptarse otros métodos alternativos, tal como es el caso de *blockchain*, a los efectos de convalidar el acto.

Debemos recordar que lo importante aquí es revestir de efectividad, privacidad, seguridad y potestad jurídica al método aplicado, siendo que es condición *sine qua non* constatar de manera acabada y determinante la identidad del sujeto firmante y consecuentemente la veracidad, integridad y correspondencia del documento digital al que se le aplicó la firma digital, que es donde consta la voluntad que se quiso plasmar a través de su contenido (46).

IV. Las herramientas de encuentro para la respuesta inmediata

Si bien nos hemos encargado de poner especial énfasis en el modo en que debe celebrarse un acuerdo telemático y los cuidados que deben tomarse en cuenta para dotar de validez al acto, no desconocemos que una situación extraordinaria como la que atravesamos ha puesto de relieve la escasa infraestructura que posee el Poder Judicial (47); y que su reparación puede llegar a demorar años hasta la ejecución de un plan integral de acondicionamiento en todos los organismos.

No obstante, el servicio de justicia no puede tomarse esa licencia.

Por ello es que a continuación ejemplificaremos, a partir de las herramientas disponibles, cuáles son las posibilidades “materiales” de llevar a cabo la celebración de los acuerdos telemáticos, de modo que no se interrumpa la actividad (48).

Párrafo aparte, y en consonancia con lo que venimos marcando, vale aclarar que en forma previa a la elección de cualquier plataforma deberán evaluarse las reglamentaciones (o restricciones) vigentes propias de cada jurisdicción, las posibilidades técnicas de utilizar una u otra aplicación y las condiciones o términos de uso de cada una de aquellas, dada la confidencialidad y trascendencia de las opiniones que emiten los jueces y los derechos de las partes que se encuentren en juego, ya que la posible afectación a las garantías convencionales puede definir la utilización de uno u otro medio informático.

Skype

Una de las herramientas más conocidas en el ambiente de las videollamadas, sin lugar a dudas, es *Skype*, tal vez por su gratuidad o por la utilización del correo *Outlook*. Permite *chatear* y realizar conferencias entre los miembros, compartir pantalla y personalizar la sala de reuniones. Asimismo es factible integrar el calendario y se comporta como una *App* segura (49). Ha sido recientemente actualizada, facilitando la creación de reuniones, incluso sin necesidad de tener la aplicación instalada en la computadora o en el *smartphone* (50). Sin embargo, su mayor problema es que posee un alto consumo de la banda ancha (51) y esto puede dificultar su uso en tiempos de tráfico masivo.

En cuanto a su privacidad, cabe destacar que posee políticas particulares sobre el tema, supervisa las llamadas y almacena su información; y sobre los datos realiza las siguientes acciones: protección, utilización para publicidad, recopilación para los fines de plataforma, venta y divulgación para procesos y derechos legales. Asimismo, retiene y transfiere información personal y utiliza *cookies* (52).

Microsoft Teams

Esta aplicación no es gratuita. Tiene un consumo medio de internet (53) y facilita la producción, edición y almacenamiento de archivos. Organiza proyectos, comparte información en simultáneo, permite *chatear* y efectuar conferencias entre los participantes. Además, puede integrarse con el calendario propio y

permite la conexión a otras herramientas virtuales (54).

También ha sido recientemente mejorada, agregándose una función que responde al nombre de *Identity Cloud* de Okta, por lo que se pueden controlar los mensajes de suplantación de identidad que pueden ser enviados y, otra, por medio de la API de *Office 365*, en donde *Outlook* puede controlar el correo electrónico en la nube, marcando posibles correos sospechosos (55).

Sobre los términos de uso, merece destacarse que, al compartir desarrollador junto con *Skype*, posee las mismas notas características que esta, es decir, una política de privacidad, supervisión de las llamadas y almacenamiento de su información; protege, utiliza para publicidad, recopila para los fines de plataforma, vende y divulga para procesos y derechos legales datos; retiene y transfiere información personal y utiliza *cookies* (56).

Webex Meetings

Si bien requiere suscripción, el plan gratuito proporciona las herramientas básicas para poder armar reuniones *online*. Se muestra bastante robusta frente posibles ataques de seguridad, a través de un cifrado de extremo a extremo para los datos en uso, en tránsito y en *host* con una clave que los clientes controlan, evitando intrusiones, con el fin de garantizar la identificación en cualquier sala de reunión (57). Genera un consumo bajo de internet (58), permite compartir información en simultáneo a los miembros, grabar, *chatear* y hacer conferencias entre los miembros, compartir pantalla y personalizar la sala de reuniones, integrar el calendario personal y conectar a otras herramientas de uso virtual (59).

Finalmente se destaca su política de privacidad, la guarda de información y el envío de alertas de unión en las llamadas, la utilización de la información en el servicio para publicidad, la recopilación de datos para los fines de la plataforma; así como la divulgación de aquellos para responder procesos y preservar derechos legales, la retención de información, la transferencia de la información personal, el resguardo de datos personales y el empleo de *cookies* (60).

Zoom

Esta *App*, sin dudas, se muestra como la más intuitiva y ágil para utilizar (61).

No es gratuita pero permite realizar sesiones de hasta 40 minutos, que pueden ser reiteradas en forma ilimitada con solo reingresar a

la reunión. Admite compartir información en simultáneo y la pantalla, personalizar la sala de reuniones, grabar, *chatear* y dispone de funciones de integración de calendario y conexión a otras herramientas (62).

Aunque el sitio *web* oficial la muestra como una herramienta segura (63), ya que cuenta con una política de privacidad, provee alertas de unión a llamadas, recoge datos para fines de la aplicación, difunde datos para responder procesos y preservar derechos, conserva información, transmite información personal y preserva datos personales; la han reportado como un sistema vulnerable.

En ese sentido, han dicho que las filtraciones que posee afectan al sistema operativo y podría permitir la sustracción del nombre de usuario y el *hash* de la contraseña de acceso o la ejecución de archivos y programas en el equipo atacado (64).

V. Conclusiones

Tal como viéramos, durante este tiempo pandémico se han efectuado importantes reformas en materia procesal y la llegada de los acuerdos jurisdiccionales telemáticos se erigen como un elemento esencial para asegurar la continua prestación del servicio de justicia.

Este cambio disruptivo seguramente ayudará a discutir otros aspectos de las prácticas judiciales sobre los que hasta ahora nunca se había pensado, ni mucho menos reparado, a través de todas las reformas legislativas instauradas hasta el momento, a través de estamentos que adecuan el sistema judicial a los tiempos en los que vivimos.

Las herramientas informáticas están al alcance de la mano y solo basta elegir cuál es la adecuada según el bien u objeto jurídico tutelado.

Por su parte, creemos que los artífices de estas innovaciones reglamentarias deberán continuar prestando especial cuidado a todas las circunstancias que apuntáramos, si es que se pretende mantener las garantías esenciales que gobiernan el proceso judicial.

Sin embargo, no podemos dejar de reconocer su mérito, ya que las acordadas de los supremos tribunales no han sido solo un pequeño paso para la reformulación de la celebración de los acuerdos jurisdiccionales, sino un gran salto para toda la justicia digital (65).

Cita on line: AR/DOC/1484/2020

{ NOTAS }

(43) Conf. PALACIO, Lino E., “Manual de derecho procesal civil”, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 21ª ed., ps. 96 y 103.

(44) Excediendo el temario de este trabajo, se dejan de lado las cuestiones relativas a las diferencias entre el uso de la firma electrónica y la firma digital.

(45) Ver ORDÓÑEZ, Carlos J., “Actos procesales electrónicos”, en CAMPS, Carlos E., *Tratado de derecho procesal electrónico*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, 2da. ed., t. II, p. 91.

(46) Conf. JARA, Miguel L., “La ley de firma digital en argentina. análisis del marco normativo nacional y sus problemáticas”, *Ratio Iuris. Rev. de Derecho Privado*, Año VII, Nº 2, 2019, en <https://cutt.ly/3t6NNmS>

(47) En este sentido, observar el relevamiento efectuado por la Sup. Corte de Buenos Aires en la res. 480/20 cit.

(48) Conf. Laboratorio de Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (IALAB), “Home Office y Plataformas digitales - Plataformas digitales de trabajo on line”, infografía, en <https://bit.ly/2y1EjL5>

(49) Ver GARCÍA, Jorge G., “La crisis del Covid. Los

problemas de privacidad y seguridad sacuden el éxito de Zoom”, en <https://bit.ly/2zqowFP>

(50) Ver “Meet Now en Skype: Microsoft ofrece videollamadas disponibles en la Web para competir con Zoom”, en <https://bit.ly/2xZEbLV>

(51) Velocidades de descarga/carga mínimas/recomendadas en videollamadas de 3 personas, 2 mpbs/512 kbps, mientras que en videollamadas de 7 o más personas, 8 mpbs/512 kbps. Más información en <https://bit.ly/2y14dDG>

(52) Datos suministrados por el Laboratorio de Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (IALAB). Más información en <https://bit.ly/2WeImMj>

(53) Velocidades de descarga/carga mínimas/recomendadas en videollamadas grupales, 1 mpbs/500 kbps, mientras que en videollamadas grupales en HD, 2 mpbs/1 mbps. Más información en <https://bit.ly/2S5i4dU>

(54) Adoptado por el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, en tanto destacó que esta aplicación cumple con todos los requerimientos para dicha función y además reviste grado corporativo, lo que permite recolectar y tra-

tar orgánicamente la información de las audiencias a distancia. Ver <https://bit.ly/2Y4Fa8s>

(55) ANTONIO, José, “Microsoft mejora la seguridad en Teams para que sea más fiable teletrabajar mientras estamos confinados en casa”, en <https://bit.ly/2Y39UGH>

(56) Datos suministrados por el Laboratorio de Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (IALAB). Más información en <https://bit.ly/2W4BpwY>

(57) Ver “Cisco Webex integra seguridad por defecto para proteger el teletrabajo”, en <https://bit.ly/3cOeEfu>

(58) Velocidades de descarga/carga mínimas/recomendadas en videollamadas HD, 2,5 mpbs/3 mpbs, mientras que en HQ, 1 mpbs/1,5 mpbs. Más información en <https://bit.ly/3bDG53B>

(59) Utilizada por el JPenal Contravencional y Faltas nº 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ver <https://bit.ly/2VCxOaq>

(60) Datos suministrados por el Laboratorio de Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (IALAB). Más información en <https://bit.ly/2VGjzt>

(61) Velocidades de descarga/carga mínimas/recomendadas en videollamadas grupales en HD, 1.2 mpbs/600 kbps, mientras que para vista de galería, 1.5 mpbs/1.5 mpbs. Más información en <https://bit.ly/3cZXT9x>

(62) Utilizada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Ver CAPPIELLO, Hernán, “Coronavirus. La pandemia obliga a la Justicia a modernizar sus viejas prácticas”, en <https://bit.ly/2Kxmkmi>

(63) Datos suministrados por el Laboratorio de Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (IALAB). Más información en <https://bit.ly/2KCTYTW>

(64) Ver Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCI-BE), “Vulnerabilidad descubierta en el sistema de videoconferencia Zoom”, en <https://bit.ly/2Y7APBg>

(65) Paráfrasis del célebre comentario pronunciado por el astronauta Neil Armstrong: “Es un pequeño paso para el hombre, pero un gran salto para la humanidad”, en momentos de convertirse en el primer hombre en pisar la Luna.