
Los tiempos que corren. El Covid 19 como oportunidad democrática¹

Marcos Aldazabal*

Resumen

En la arquitectura constitucional liberal, el Poder Legislativo es el encargado de dictar las normas de la comunidad. En la concepción de los constitucionalistas clásicos, la tarea parlamentaria consiste en llevar a cabo minuciosos análisis del pasado y del presente en pos de concebir normas que posibiliten un futuro mejor. Sin embargo, dos siglos después del nacimiento del constitucionalismo liberal, la vida se desenvuelve en un contexto de “aceleración social” en el que comprender el presente y proyectar razonadamente el futuro parece una misión imposible. La política hoy apunta a responder como puede a desafíos cada vez más urgentes y sorprendentes. La consecuencia es una incesante transferencia de poder desde el Legislativo al Ejecutivo, destinado a lidiar con urgencias y excepciones. Este trabajo analiza las implicancias constitucionales de esta situación a la luz de las respuestas gubernamentales a la pandemia de COVID-19. Tras presentar el concepto de aceleración social y sus implicancias constitucionales, se exponen los argumentos de quienes se posicionan a favor de la expansión presidencial. Luego, se rescata el valor de la labor parlamentaria y, finalmente, a partir del estudio del caso argentino, se exponen alternativas para hacerla posible en un presente que opera a máxima velocidad.

Palabras clave: Aceleración social – Constitucionalismo liberal – COVID-19 – Argentina – Poder Legislativo.

For who would bear the whips and scorns of time
Hamlet, Act III, Scene I²

¹ Este trabajo es, en gran medida, producto de debates e intercambios de ideas con mis colegas de la Cátedra Beloff, de la Universidad de Buenos Aires. Muchas de las ideas que componen este ensayo son fruto de los generosos comentarios de Mary Beloff, Diego Freedman, Miguel Herszenbaun y Pablo Salazar. Agradezco, también, las profundas lecturas de Agustín Ferreira y Julieta Bonilla.

* Abogado, Universidad de Buenos Aires; LL.M., London School of Economics and Political Sciences, Profesor Adjunto Interino de Criminología, UBA, maldazabal@gmail.com.

² Shakespeare, William, “Hamlet” en Garrison, G.B. (ed.), *Shakespeare Major Plays and the*

Introducción

En el esquema constitucional liberal clásico, el Congreso es el encargado de hacer la ley. No solo es el órgano más representativo de la ciudadanía y el garante del federalismo, sino que la naturaleza pausada y deliberativa de su labor lo convierten en el cuerpo ideal para la sanción de las normas: tras un debate informado y razonado sobre un determinado contexto, los legisladores deciden qué regulación sería propicia para crear un futuro mejor para la comunidad política. Como surge de su formulación, esta noción, elaborada por grandes pensadores de los siglos XVIII y XIX, se apoya en una concepción histórica del tiempo que postula que es posible comprender el pasado y el presente y, con base en ese entendimiento, moldear el futuro.³ Hoy, esta cosmovisión adolece de arcaísmo. En la actualidad, la vida parece desenvolverse a máxima velocidad. Así, la incesante aparición de nuevas tecnologías, la inmediatez de las comunicaciones, un ritmo de vida colmado de tareas y obligaciones, estructuras sociales y culturales cada vez más volátiles y una economía globalizada en la que el tiempo es un factor central han llevado a condiciones de vida en un contexto de aceleración social.⁴ El presente se convierte en pasado cada vez más rápido y el futuro es cada vez más inescrutable. En el plano político, esto lleva a que sea cada vez más difícil para el Poder Legislativo ejercer su función: las demandas contemporáneas requieren respuestas de una urgencia siempre creciente, al tiempo que la comprensión de nuestro mundo y el planeamiento de nuestro porvenir parecen una misión imposible. Para muchos, la política actual consiste en poner parches a las constantes amenazas de un contexto siempre cambiante, lo que llevaría a que la balanza del poder se incline, cada vez más, hacia el Ejecutivo,⁵ por su naturaleza, más apto para enfrentar emergencias y excepciones.⁶

Sonnets, Nueva York, Harcourt, Brace and Company, (1609) 1948, pp. 605-654, pp. 626.

³ Somek, Alexander, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 2014, pp. 212 y ss.

⁴ Rosa, Hartmut, "Social acceleration: ethical and political consequences of a desynchronized high-speed society", en Scheuerman, William y Rosa, Hartmut (eds.), *High speed society: social acceleration, power and modernity*, Pennsylvania, Estados Unidos, The Pennsylvania State University Press, 2008, pp. 78-111.

⁵ Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, op. cit.; Posner, Eric y Vermeule, Adrian, *The Executive Unbound: after the Madisonian republic*, Nueva York, Oxford University Press, 2010; Marshall, William P., Eleven reasons why presidential power inevitably expands and why it matters, *Boston University Law Review*, Vol. 88 N° 2, 2008, pp. 505-522. Aun cuando no abordaré el tema en este ensayo, la aceleración social no solo desemboca en el crecimiento Ejecutivo sino, también, en la cesión de poder a órganos privados. Ver, entre otros, Grimm, Dieter, "The Constitution in the Process of Denationalization." *Constellations*, Vol. 12, N° 4, 2005, pp. 447-63.

⁶ Desde sus orígenes, una de las funciones destinadas al Ejecutivo fue la de lidiar con urgencias. El planteamiento clásico de esta facultad es el de Locke, quien coloca a estas tareas bajo el manto

La expansión ejecutiva no es un fenómeno novedoso, pero es cada vez más pronunciada. En este marco, las respuestas gubernamentales a la pandemia de COVID 19 se manifestaron como su *sumum*: por varios meses, países de todas las regiones del mundo pasaron a estar bajo el mando, muchas veces carente de límites, de sus figuras presidenciales o de sus primeros ministros y ministras.⁷ Los diferentes componentes de la aceleración social se revelaron en conjunto y la emergencia propició la consolidación de la hipertrofia ejecutiva. Como reverso, nunca antes, en períodos democráticos, el Poder Legislativo entró en una parálisis tal como la que lo caracterizó durante la pandemia. Este letargo parlamentario sin precedentes hace imperante analizar con seriedad la cada vez más sostenida afirmación de que el esquema constitucional elaborado por los padres fundadores estadounidenses y replicado a través del mundo no está a la altura de las exigencias contemporáneas, que imponen decisiones de una rapidez y contundencia que la arquitectura liberal no puede proveer.⁸ En este trabajo, a partir del estudio del caso argentino, analizaré los argumentos sobre los que se construye esta posición y, tras exponer los costos democráticos que conlleva su aceptación, sostendré que el sistema liberal aun tiene mucho para dar: en concreto, sugeriré que la innovación tecnológica y la actualización de sus estructuras, sumadas a una acuciante creatividad legislativa, pueden otorgarle al Congreso un renovado vigor. El argumento se desarrollará en tres partes. En la Parte I, expondré el concepto de aceleración social y cómo se manifiesta en los ámbitos tecnológico, social y personal. Ilustraré su desenvolvimiento mediante la exploración de lo sucedido durante la pandemia de coronavirus. Luego, analizaré cómo la contracción del presente dificulta la labor parlamentaria y fomenta la delegación de competencias al Poder Ejecutivo. En la Parte II, expondré la posición de quienes sostienen que el Ejecutivo es, y debe ser, el principal órgano de gobierno del presente y que carece de sentido lamentarse por el ocaso del Poder Legislativo. Me detendré en el trabajo de Posner y Vermeule, que constituye la justificación más acabada de esta noción. Para estos autores, la complejidad y los desafíos del mundo contemporáneo hacen que el Ejecutivo sea el único cuerpo apto para gobernarlo, de lo que da cuenta su creciente expansión.⁹ A su vez, de acuerdo a su postura, los límites al Ejecutivo que antaño

215

de lo que define como “prerrogativa”. Locke, John, *Second Treatise of Government*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, (1690) 1980, pp. 83 y ss.

⁷ Para un análisis de las respuestas gubernamentales de los distintos países desde una perspectiva constitucional, ver la compilación de notas “COVID 19 and States of Emergency” publicada por Verfassungsblog: on matters constitutional, disponible en: <https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/>

⁸ Schmitt, Carl, “The Motorized Legislator” en Scheuerman, William y Rosa, Harmut (eds.), *High speed society: social acceleration, power and modernity*, Pennsylvania, Estados Unidos, The Pennsylvania State University Press, 2008, pp. 65-73; Posner, y Vermeule, *The Executive Unbound*, op. cit.

⁹ Posner y Vermeule, *The Executive Unbound*, op. cit.

eran impuestos por los poderes Legislativo y Judicial hoy han sido suplantados por controles políticos tales como la exposición pública, la necesidad de conseguir consensos con la oposición o el constante seguimiento mediático al accionar del presidente, por lo que no hay motivos para añorar el sueño liberal perdido.¹⁰ Una vez más, aplicaré lo expuesto al contexto a que dió lugar el COVID-19. En la Parte III, evaluaré los costos democráticos que supondría convalidar una visión como la de Posner y Vermeule y aceptar sin más el crecimiento del poder presidencial. Luego, a partir del estudio del gobierno de la pandemia en Argentina, en la que el accionar legislativo osciló entre lo nulo y lo testimonial, exploraré formas a través de las cuales el Congreso podría retomar el rol protagónico que le concede la arquitectura constitucional. Por un lado, propondré que, aun cuando la aceleración social supone un gran desafío para la tarea parlamentaria, la adopción de las posibilidades que proveen muchos de sus elementos constitutivos puede dar lugar a una renovación del Congreso que agilice su actividad y la amolde a los tiempos que corren. Por otro lado, sostendré que los momentos de mayor crisis, como lo son los originados por la pandemia, son oportunos para abordar enfoques legislativos creativos, que permitan gobernar situaciones cambiantes y urgentes.

I. Los tiempos que corren

216

En los anales del pensamiento liberal, la lentitud del proceder parlamentario es realizada como una de sus principales virtudes.¹¹ Así, Locke sostenía que la naturaleza pausada de las deliberaciones legislativas obraba como un freno frente a la tiranía, que solo podría triunfar tras recorrer un largo camino de abusos legislativos.¹² Los ecos de este razonamiento se oyen luego en Madison, quien lo complementó al marcar como una virtud la gran extensión del territorio norteamericano: para él, el largo tiempo que les insumía a los congresistas trasladarse hacia la sede del gobierno reducía la posibilidad de que las decisiones parlamentarias fueran informadas por meras consideraciones temporales, contrarias al enfoque de largo plazo que debía regir la actividad legislativa.¹³ Más importante aun, el paso lento y reflexivo propio del proceso parlamentario aparece como un elemento nodal para señalar al Poder Legislativo como el más dotado para definir las normas que regirán la vida social. En efecto, características del constitucionalismo tales como el bicameralismo o la deliberación cumplen la función de evitar el apresuramiento

¹⁰ Ibid.

¹¹ Scheuerman, William, "Liberal Democracy and the Empire of Speed", *Polity*, Vol. 34, N° 1, Chicago, Chicago University Press., 2006, pp. 41-67.

¹² Locke, *Second Treatise*, op. cit., pp. 113.

¹³ Madison, James, "The Federalist No. 10", en Hamilton, Alexander; Madison, James; y Jay, John, *The Federalist Papers*, Nueva York, Bentam Classics, (1787) 2003, pp. 50-58.

y de otorgar legitimidad a lo decidido. En su desempeño ideal, el Parlamento evalúa detenidamente el contexto histórico en el que actúa y las necesidades de la sociedad y, con base en ello, dicta las normas de la comunidad.¹⁴ Ahora bien, que esto pueda darse depende de la validez de la concepción del tiempo sobre la que reposa el diseño de la arquitectura legislativa: la noción de que es posible comprender el pasado y el presente y, en base a ese entendimiento, proyectar el futuro con un alto grado de precisión.¹⁵

Dos siglos después de sus inicios, para muchos, el sistema constitucional liberal, construido sobre la separación de poderes y con el Parlamento como órgano representativo de gobierno y creador de la ley,¹⁶ ha muerto o, cuanto menos, agoniza.¹⁷ Quienes sostienen esta postura fundan gran parte de sus argumentos en las consecuencias de la disolución de la concepción del tiempo en la que se apoyaban las ideas de los padres fundadores y sus contemporáneos.¹⁸ En la actualidad, proyectar el futuro parece una misión imposible e, incluso, a quien afirme comprender el presente se lo mirará con desconfianza. Es que, si bien la pretensión de compresión temporal es una característica constitutiva de la modernidad -al menos en su faz económica-, hoy vivimos, lisa y llanamente, en un contexto de aceleración social.¹⁹ Lo que comenzó como una búsqueda de velocidad destinada, principalmente, a la maximización de ganancias a través de procesos de producción y de medios de transporte más eficaces, ha derivado en sociedades en constante e incesante cambio, presente en todos los ámbitos de la vida,

217

¹⁴ Esta concepción, marcada en Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, op. cit., pp. 212-214, es especialmente clara las Bases de Alberdi, aunque apoyada en las nociones religiosas de la época. Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la república argentina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017, pp. 115-116.

¹⁵ Esta concepción temporal y misión parlamentaria se refleja en la tradicional distinción entre progresistas y conservadores: mientras los primeros buscan implementar normas que propicien el cambio social, los segundos añoran fijar normativamente el *status quo*. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, op. cit., pp. 213.

¹⁶ Sobre la diferencia entre la separación de poderes y la división de poderes, en tanto la primera implica no solo que las facultades de cada órgano de gobierno estén compartimentadas, sino cuáles deben ser esas facultades -dictar la ley, en el caso del Congreso-, ver Waldron, Jeremy, "Separation of Powers in Thought and Practice", *Boston College Law Review*, Vol. 54, N° 2, Boston, 2013, pp. 433-468.

¹⁷ Para un análisis de los diversos factores que ponen en jaque al constitucionalismo clásico ver Loughlin, Martin y Dobner, Petra (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2010; también, Somek, Alexander, "The Owl of Minerva: Constitutional Discourse Before Its Conclusion", *Modern Law Review*, Vol. 71, N° 3, 2008, pp 473-489.

¹⁸ Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, op. cit.

¹⁹ Para un profundo análisis de este fenómeno y sus diversas aristas ver Scheuerman, William y Rosa, Hartmut (eds.), *High speed society: social acceleration, power and modernity*, Pennsylvania, Estados Unidos, The Pennsylvania State University Press, 2008.

desde lo personal a lo estructural. De este modo, gran parte del mundo occidental experimenta una “contracción del presente”, derivada de la aceleración económica, cultural, social e individual.²⁰ Tal como explica Hartmut Rosa, la medida de esta contracción temporal se sostiene en las siguientes definiciones:

El pasado es aquello que ya no existe o no es válido, mientras que el futuro denota aquello que aún no ha sucedido o todavía no es válido. El presente, entonces, es el lapso de tiempo en que (de acuerdo a una idea desarrollada por Reinhart Koselleck), los horizontes de la experiencia y de la expectativa coinciden. Solo en estos lapsos de tiempo de relativa estabilidad podemos tomar nuestras experiencias pasadas para aplicarlas al futuro. Solo en estos lapsos de tiempo hay certidumbre acerca de nuestras orientaciones, evaluaciones y expectativas. En otras palabras, la aceleración social se define por la creciente disolución de la confiabilidad de nuestras experiencias y expectativas y por la contracción de los lapsos temporales definidos como “presente”.²¹

De esta forma, la reducción del presente es sinónimo de la impredecibilidad del mundo. El presente se convierte en pasado cada vez más deprisa y, así, nuestra capacidad de determinar o, al menos, influir en el futuro se desvanece. La aceleración social se manifiesta de diversas formas. La más evidente es la tecnológica. Hoy, las comunicaciones, transportes y procesos informáticos han alcanzado velocidades sin precedentes, y se traducen en un mundo hiperconectado que nunca duerme.²² El cambio social, por su parte, también refleja un ritmo cada vez más intenso, que Rosa identifica en las dos instituciones sociales básicas: la familia y el trabajo. Si, en tiempos premodernos, la familia era una institución que se sostenía durante generaciones -intergeneracional- y en la modernidad un bloque que se mantenía hasta la muerte de los padres -generacional-, hoy las personas pueden constituir varias familias a lo largo de su vida, lo que convierte a la familia en una estructura intrageneracional. Lo mismo pasa con el trabajo, que pasó de ser heredado del linaje familiar -intergeneracional- a ser, para crecientes sectores, una decisión de vida -generacional- y, finalmente, a cambiar sucesivamente a lo largo de la trayectoria de un mismo individuo -intrageneracional-.²³ Finalmente, la aceleración también repercute en el ritmo de la vida personal. Desde una faz subjetiva, cada vez es más extendida la percepción de que el tiempo no nos alcanza para cumplir con nuestras obligaciones y satisfacer nuestros deseos. Desde una faz objetiva, reiterados estudios dan cuenta de que cada vez dedicamos menos

²⁰ Rosa, “Social acceleration”, op. cit.

²¹ Ibid, pp. 83 (Traducción propia).

²² Ibid, pp. 82.

²³ Ibid, pp. 84.

tiempo a nuestras actividades -comer, dormir, amistades, familia- y de que cada vez realizamos más actividades al mismo tiempo.²⁴

La pandemia de coronavirus, en muchos sentidos, ha sido la apoteosis de la aceleración social. Para empezar, el constante tránsito global, posible por una oferta de transporte que permite unir los lugares más distantes en cuestión de horas, hizo posible que menos de mil casos de Covid 19 detectados, principalmente, en la hasta entonces para muchos ignota ciudad de Wuhan, a fines de enero, pasarán a casi cinco millones en tres meses, sin dejar a ningún país exento del virus. Las comunicaciones instantáneas y la información incesante, a su vez, llevaron a la paradoja de que, reclusos en el confinamiento domiciliario, estuviésemos en contacto permanente con nuestros allegados, estuvieran donde estuvieran, y pudiésemos acceder, minuto a minuto, a lo que pasaba en Londres, Melbourne, Quito o Ciudad del Cabo. Ciertos trabajos de oficina pasaron, en algunos casos rápida y eficientemente, a ser realizados desde nuestras casas.²⁵ En cuanto a la percepción subjetiva del tiempo, se configuró una nueva paradoja: muchos, aun sin salir al exterior, sentimos que el tiempo seguía sin alcanzarnos. Seguimos sin poder materializar muchos de nuestros planes y, producto de la tecnología, la simultaneidad de nuestros quehaceres se mantuvo indemne. Pero si algo dejaron especialmente en claro tanto la propagación de la pandemia como sus consecuencias sociales, económicas y culturales es la completa imprevisibilidad del mundo actual. En Argentina, a fines de febrero, poco sabíamos del coronavirus. Dos semanas más tarde, era el centro de nuestras vidas.

219

Esto nos lleva a la faz legal y política de la aceleración social. Es que, a primera vista, una víctima evidente de la imprevisibilidad es el sistema constitucional de gobierno pensado por Madison, Locke o Montesquieu. La lentitud y reflexividad de los procesos parlamentarios, antaño una virtud, se convierte en un lastre. Impera la necesidad de una respuesta rápida y la legislatura no puede darla. La configuración del orden social, entonces, debe pasar al órgano capacitado para hacer frente a las demandas de rapidez y eficiencia, el Ejecutivo, ideado como la contraparte veloz del Parlamento, encargado no solo de llevar a la práctica lo legislativamente dispuesto, sino también de lidiar con aquellas situaciones que, por sus características, no sean susceptibles de ser abordadas en proceso pausado como el parlamentario. Esta última función le fue asignada desde un principio, encarnada en la célebre “prerrogativa” de Locke, según la cual, en casos excepcionales o de emergencia, si la defensa de la sociedad lo amerita, el Ejecutivo puede actuar al margen o, lo que es más, en contra de ley.²⁶ Ahora bien, en el esquema de Locke -el

²⁴ Ibid, pp. 85-86.

²⁵ Aunque, como es lógico, esta posibilidad depende en gran medida del tipo de trabajo, de la profesionalización y de la capacidad económica del empleador y del empleado.

²⁶ Locke, *Second Treatise*, op. cit., pp. 83 y ss.

pensador más influyente en las ideas de los padres fundadores,²⁷ la prerrogativa solo era legítima en los casos en los que el ejercicio de análisis del presente y de proyección del futuro propio del Parlamento, por su lentitud o por la particularidad de la situación a tratar, tornara ineficaces las medidas a adoptar. Así, en momentos de estabilidad y certidumbre, los más, la prerrogativa se ceñiría a su naturaleza excepcional; por el contrario, en marcos extraordinarios o de imprevisibilidad, los menos, la intervención ejecutiva sería requerida con mayor frecuencia.²⁸ En este sentido, es dable resaltar que, dada la naturaleza netamente antijurídica del ejercicio de la prerrogativa, los inicios del gobierno constitucional norteamericano se caracterizaron por la voluntad de limitar al mínimo el ejercicio de poderes de emergencia. Hasta fines del siglo XIX, la concepción liberal sostenía que, dado que la Constitución no preveía más poderes de emergencia que los atinentes a la defensa del territorio, toda otra intervención ejecutiva ante situaciones de necesidad era ajena al orden jurídico. De este modo, cuando algún funcionario del Poder Ejecutivo actuaba en nombre de la necesidad, su acción quedaba supeditada a la posterior evaluación del Congreso y de los Tribunales. Si se consideraba que la necesidad no era tal como para justificar un proceder jurídico ajeno al constitucionalmente previsto -lo que sucedió en numerosas ocasiones- el responsable quedaba sujeto a las sanciones legales penales o civiles que se estimase correspondientes.²⁹

220

Sin embargo, desde los albores del siglo XX la relación entre normalidad y emergencia se ha invertido paulatinamente y, hoy, la incertidumbre y la inmediatez son, en muchos aspectos, la regla, lo que repercute en una consecuente retracción parlamentaria y ampliación ejecutiva.³⁰

II. Los heraldos del ocaso parlamentario

De acuerdo a Carl Schmitt, en 1914 ya estaba claro que el Poder Legislativo carecía de las herramientas para enfrentarse a un mundo cada vez más veloz, circunstancia que se evidenciaba en una creciente delegación de atribuciones al Poder Ejecutivo y al aumento de las situaciones que se gobernaban bajo el rótulo de la emergencia.³¹ Las reflexiones de un Schmitt caído en desgracia tras la

²⁷ Acerca de la influencia de la postura de Locke relativa a la emergencia ejecutiva en el pensamiento de los padres fundadores ver Jules, Lobel, "Emergency Power and the Decline of Liberalism", *The Yale Law Journal*, Vol. 98, N° 7, 1989, pp. 1385-1433.

²⁸ Locke, *Second Treatise*, op. cit., pp. 83 y ss.

²⁹ Jules, "Emergency powers", op. cit., pp. 1392-1397.

³⁰ Situación estrictamente relacionada al crecimiento del Estado, que implica una necesaria delegación de funciones en distintos órganos administrativos. Ver Loughlin, Martín, *The Idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, capítulo 1.

³¹ Schmitt, *The Motorized Legislator*, op. cit., pp. 65.

derrota alemana en la Segunda Guerra Mundial cobraron un renovado vigor en la doctrina jurídica en un contexto de expansión ejecutiva que, en pos de urgencias y excepciones, avanza incesantemente sobre facultades parlamentarias y, en algunos casos, llega a dejar sin efecto, en la práctica, disposiciones constitucionales.

Así, una economía cada vez más globalizada, flexible y rápida, un mundo interconectado, la alusión a amenazas terroristas y los constantes cambios tecnológicos no sólo propiciaron el crecimiento del Ejecutivo sino que dieron lugar a justificaciones teóricas de este fenómeno. Un creciente grupo de autores recogió el viejo legado de Schmitt y sostuvo que la prevalencia del Ejecutivo sobre el Legislativo no solo es lógica e inevitable en un mundo acelerado sino que, a fin de hacer frente a los retos de la actualidad, es recomendable política y normativamente.³²

Para esta corriente de pensamiento, encarnada especialmente en el trabajo de Posner y Vermeule *The Executive Unbound*,³³ la tradición liberal, obsesionada con demarcar y restringir normativamente el accionar presidencial, está condenada al fracaso, por varios motivos. Para empezar, el gobierno de la sociedad contemporánea requiere, antes que nada, velocidad y eficiencia, virtudes que solo el Ejecutivo puede ostentar, por lo cual es inútil insistir con empoderar a un poder lento por naturaleza, como el Legislativo. De acuerdo a esta postura, el devenir del Estado durante el siglo XX y lo que va del siglo XXI prueba que la preeminencia del Ejecutivo, alimentada por constantes delegaciones parlamentarias y medidas dictadas en nombre de la emergencia y la excepción, llegó para quedarse.³⁴ Pero, además, Posner y Vermeule señalan que el liberalismo legal incurre en un error de apreciación determinante: concebir que la ley es la única forma de limitar al Ejecutivo. Para ellos, la primera muestra de las falencias del razonamiento liberal reside en que la empiria nos ha enseñado que el marco constitucional y la separación de poderes no son más que cercenamientos débiles y fácilmente vencibles por parte del accionar ejecutivo.³⁵

La tesis central de *The Executive Unbound* es que esto no es problemático, ya que la historia ha demostrado que a medida que los límites legales se difuminan y exponen su inoperancia surgen otro tipo de límites, más efectivos e igualmente, o aún más, democráticos: los límites de la política. Posner y Vermeule postulan que, en la actualidad, las mayores barreras frente al poder presidencial no surgen de las normas, sino que son estrictamente políticas. De esta forma, los principales frenos al Estado administrativo no provendrían ya de la ley, sino de la

221

³² Para un detallado estudio de la influencia de Carl Schmitt en la teoría jurídica anglosajona contemporánea, ver Scheuerman, William, *The End of Law: Carl Schmitt in the Twenty First Century*, 2ª ed., Londres, Rowman & Littlefield, 2020.

³³ Posner y Vermeule, *The Executive Unbound*, op. cit., pp. 3-4.

³⁴ Ibid., pp. 6-7.

³⁵ Ibid., pp. 9-10.

exposición pública.³⁶ Así, el crecimiento de las facultades del Ejecutivo, a través de delegaciones y medidas de emergencia, no implicaría que estas puedan ser utilizadas desbocadamente. Por el contrario, a medida que aumenta la centralidad del Ejecutivo, también habría aumentado el control público sobre su accionar. Los gobernantes deben conseguir credibilidad y popularidad que les permitan llevar adelante sus medidas, mantenerse en el poder y ser reelectos. En la misma tónica, el constante seguimiento de cada aspecto de la vida pública y privada de los líderes de Estado demostraría la ininterrumpida evaluación a que estos son sometidos. Además, para Posner y Vermeule, las mismas condiciones que derivan en la creciente administrativización estatal y que, a su vez, esta fomenta -resumidamente, las propias de una sociedad en condiciones de aceleración-, también crean una población educada y próspera que, principalmente a través de sus élites, actúa como vigía y salvaguarda de la democracia. Los políticos -especialmente los presidentes o primeros ministros- se ven sometidos a un constante escrutinio público y obligados a granjearse la aceptación popular para gobernar. De este modo, la “tiranofobia” liberal aparece como injustificada y el gobierno de la política, que reemplaza al gobierno de las leyes, emerge como un renovado limitante de poder.³⁷

De acuerdo a Posner y Vermeule, el marco general descrito, propio de tiempos de aceleración social, se acentúa en los momentos de crisis, que cada vez son más. En efecto, en las crisis lo que prima no es el apego a rajatabla a la letra de la ley, sino la solución a los problemas acuciantes. En otras palabras, la legitimidad prevalece sobre la legalidad.³⁸ De este modo, la delegación al Ejecutivo, único actor estatal apto para enfrentar retos siempre novedosos, se vuelve especialmente pronunciada. Pero, para los autores, así como aumentan los poderes de la administración, también aumenta el foco ciudadano sobre su proceder. Al tiempo que los límites legales se difuminan, los límites políticos se consolidan. Las crisis exigen muestras de apertura política, gestos hacia líderes opositores y pruebas de solidaridad social. A su vez, cada paso del Ejecutivo es vigilado con extrema minuciosidad. Por todo esto, siempre de acuerdo a Posner y Vermeule, rasgarse las vestiduras por el ocaso del viejo sistema liberal carece de sentido. Desde su perspectiva, la separación de poderes y el sistema constitucional liberal de frenos y contrapesos no están a la altura de las demandas contemporáneas, pero esto no implica que el accionar presidencial esté exento de límites. Así, hoy, el Ejecutivo sería el único órgano de gobierno capaz de lidiar con las exigencias de la actualidad, y las reglas de la política el único -pero eficiente- medio para controlarlo.

Tras la pandemia de Covid 19 y, principalmente, tras las respuestas estatales a

³⁶ Ibid, pp. 12-15.

³⁷ Ibid, capítulo VI.

³⁸ Ibid, pp. 5.

las que dio lugar, tanto las predicciones de Schmitt como las justificaciones teóricas de sus herederos académicos adquieren una centralidad absoluta en el debate constitucional. Por un lado, el accionar de los gobiernos frente al coronavirus otorga un fuerte sustento empírico a la noción de que el Poder Legislativo, al menos en su dinámica actual, no está a la altura de las exigencias del presente. Es que, si algo ha caracterizado a la pandemia ha sido que, a lo largo y a lo ancho del planeta, las decisiones de cómo enfrentarla quedaron, casi completamente, en manos del Ejecutivo, al tiempo que el Legislativo entró en una parálisis sin parangón en tiempos democráticos. Desde los casos más extremos, como el de Hungría, donde la legislatura le cedió el poder total al Primer Ministro por tiempo indeterminado,³⁹ hasta el de los países con mayor tradición parlamentaria, como el Reino Unido,⁴⁰ las facultades ejecutivas se tornaron casi totales y, prácticamente, carecieron de control. El caso de la Argentina también es ilustrativo. La decisión de disponer el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio fue puramente presidencial, a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia,⁴¹ que luego fue sucesivamente prorrogado. El Congreso, por su parte, careció de iniciativa propia para ejercer sus facultades, lo que supuso una delegación tácita del control total del país al Ejecutivo. El Senado plasmó su primera intención de actuar recién un mes después del aislamiento, y lo hizo a través de una presentación a la Corte Suprema que, además de ser legalmente improcedente, lo mostró disminuido y débil, al solicitar al Poder Judicial autorización para llevar a cabo atribuciones que indudablemente le corresponden.⁴² Cuando, finalmente, el Senado comenzó a sesionar remotamente, su primer encuentro estuvo destinado a aprobar veinte decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo.⁴³ De este modo, la crisis del Covid 19, además de exponer nítidamente los aspectos culturales, económicos y sociales de la aceleración, también significó la consolidación de sus consecuencias políticas.

223

³⁹ Kovács, Kristza, "Hungary's Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers", *Verfassungsblog: on matters constitutional*, 06 de abril de 2020, disponible en: <https://verfassungsblog.de/hungarys-orbanistan-a-complete-arsenal-of-emergency-powers/>.

⁴⁰ Walker, Clive y Bricks, Andrew, "Coronavirus Legislative Responses in the UK: Regression to Panic and Disdain of Constitutionalism", *Just Security*, 12 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.justsecurity.org/70106/coronavirus-legislative-responses-in-the-uk-regression-to-panic-and-disdain-of-constitutionalism/>

⁴¹ Decreto 297/2020, B.O. del 19 de marzo de 2020.

⁴² CSJN, "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza", 24 de abril de 2020. Ver, sobre esta situación, la opinión de Roberto Gargarella, quien la consideró una oportunidad perdida. Gargarella, Roberto "Frente a la pandemia, respuestas viejas a emergencias nuevas", *Clarín*, 11 de mayo de 2020, disponible en: https://www.clarin.com/opinion/frente-pandemia-respuestas-viejas-emergencias-nuevas_0_3gtQ1KYcs.html.

⁴³ Honorable Senado de la Nación, Periodo 138º, 3ª Reunión- 2ª sesión especial-, 13 de mayo de 2020.

Frente a la rapidez de reacción que exige la impredecibilidad contemporánea, el Ejecutivo desplaza completamente de la escena a su par legislativo, atrapado en un letargo procedimental y por lo tanto operativo, contracara de la velocidad con la que irrumpen los hechos a gobernar.

Por otro lado, la expansión de la pandemia también pareció respaldar la hipótesis de que, cuando los límites legales al accionar Ejecutivo se evaporan, la política opera como mecanismo de control. Ciertamente, a la vez que los Poderes Ejecutivos tomaban el mando total de sus países, el foco público en su accionar se acrecentó enormemente. Desde un análisis exhaustivo de todas sus decisiones, con minuciosas comparaciones entre las medidas adoptadas alrededor del mundo, hasta la lupa puesta en cada uno de sus movimientos personales -si se saludaron con la mano y no con el codo, si usaron bien el barbijo, si mantuvieron la distancia en las reuniones-, la actividad de los líderes nacionales fue sometida a un intenso escrutinio. A su vez, en muchos casos se produjeron los compromisos políticos con la oposición y las muestras de solidaridad interpartidarias y frente a la sociedad que Posner y Vermeule marcan como reverso de la expansión de poder que traen las crisis. En el caso de nuestro país, el Presidente y el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, rivales políticos, fueron cuidadosos de mostrar, en todo momento, su trabajo en equipo y su voluntad colaborativa. Con esto en mente, podría pensarse que, efectivamente, la agonía parlamentaria y el crepúsculo del sistema constitucional liberal no deberían obsesionarnos. El rol que antaño cumplió la división de poderes, hoy lo cumplirían las exigencias de la política contemporánea; el rol de representación que antaño cumplió el Congreso, hoy sería ejercido por los medios, las redes sociales y las distintas herramientas tecnológicas que permiten a los ciudadanos tanto controlar a sus líderes permanentemente como expresar sus descontentos ante lo que no los satisface.

224

III. Las fichas que quedan por jugar: el caso argentino

El contexto actual, entonces, se manifiesta como la conclusión de una expansión ejecutiva de larga data, que parece haberse consolidado. La crisis del Covid 19 supuso un ejemplo paradigmático de contracción del presente: la confiabilidad de nuestras experiencias como base gnoseológica para delimitar el futuro se volvió mínima. Al tiempo que el virus se propagaba y mutaba día a día, las presidencias y los primeros ministerios tomaron las riendas de sus países y el control político referido por Posner y Vermeule cobró especial vigor. Significativamente, el accionar presidencial, decidido y veloz, fue, en muchos casos, sumamente efectivo en la evitación del contagio masivo del virus. Pero, justamente, por tratarse de un punto cúlmine en el crecimiento Ejecutivo, en el que su intervención emerge como especialmente necesaria, este es un momento determinante para detenerse

y preguntarse qué implicancias tiene este fenómeno; esto es, qué se pierde con la parálisis legislativa. A su vez, si concluimos que se pierde algo de importancia, también debemos preguntarnos si la cesión del control casi total de la situación al Ejecutivo fue justificada o, si por el contrario, podrían haberse implementado medidas que, aún en una situación de emergencia, permitiesen un juego interpoderos más acorde a nuestro sistema constitucional. En lo que sigue, abordaré estos interrogantes a partir del estudio del caso específico de la Argentina.

1. El costo de la retracción legislativa

Para responder a la primera pregunta, y a modo de retomar lo expuesto al inicio de este trabajo, la premisa de la que debe partirse es que el orden constitucional moderno, que es el adoptado por nuestro país, apunta al ideal de autogobierno colectivo, en condiciones de igualdad y libertad. En ese esquema, y en sociedades que, por su magnitud, hacen inviable la democracia directa, el Congreso es fundamental. Los parlamentarios son la voz de la ciudadanía en el gobierno, los representantes de sus intereses, de sus preferencias ideológicas y políticas, y de sus particularidades geográficas. A esto se suma que la ya aludida naturaleza deliberativa del legislativo posibilita que sus decisiones sopesen distintos argumentos y sean producto de una discusión entre visiones diversas. La publicidad de sus debates, por su parte, permite a la ciudadanía controlar si sus preferencias son realmente expresadas. Es por todo esto que es este órgano estatal, y no otro, el que dicta las pautas de convivencia de la sociedad y define su rumbo, especialmente ante las circunstancias más adversas, cuando las medidas que se tomen pueden marcar el destino de sus habitantes.

225

Paralelamente, en tanto las normas deben ser aplicadas y el día a día de la comunidad requiere un manejo activo e ininterrumpido, la existencia del Ejecutivo es inevitable. Respecto a este punto, la efectiva aplicación de las leyes era un asunto que preocupaba especialmente a Alberdi, quien, por las características propias de la Argentina, dotó al presidente de mayores facultades que las que le otorgaba la Constitución norteamericana. Sin embargo, que dicho poder tuviese como fin garantizar “la observancia de la Constitución y las leyes” refuerza la concepción de que la creación de las normas, también en nuestro país, es tarea del Congreso.⁴⁴ Así, las únicas potestades legislativas del Ejecutivo en la Constitución de 1853/60 consistían en la regulación de las cuestiones estrictamente vinculadas con la administración general del país (art. 86 inc. 1) y en la reglamentación que fuese necesaria para la aplicación de las leyes, sin alterar su espíritu. En otras palabras, la mayor autoridad presidencial en la Constitución Argentina, respecto a la estadounidense, tenía -y tiene- como foco las tareas de ejecución de la ley y

⁴⁴ Alberdi, Juan Bautista, *Bases*, op. cit., pp. 163.

administración del país, y no el ejercicio de potestades extrajurídicas al modo de la prerrogativa lockeana, que es lo que aquí nos interesa. Es claro, entonces, que también en nuestro país el órgano representativo del pueblo y, por tanto, autorizado para hacer la ley, es el Congreso.

Es que el Presidente carece de las credenciales democráticas de su par legislativo. Aun cuando este asume su poder tras ser ungido por el voto popular, sus decisiones no deben someterse a procesos de debate para ser válidas, por lo cual no está obligado a escuchar los argumentos de las minorías, y la única confrontación institucional directa de su accionar con la voluntad ciudadana se da cada cuatro años. Por este motivo, los límites que la Constitución impone al accionar Ejecutivo se apoyan en la necesidad de prevenir las arbitrariedades y el autoritarismo que pueden derivarse de un poder unipersonal. Es que, aun con el convencimiento de que las decisiones que se toman son las más adecuadas y las necesarias para la sociedad, un liderazgo sin ataduras puede derivar fácilmente en situaciones reñidas con derechos y garantías constitucionales. A esto se suma que, frecuentemente, las cesiones de poder que tienen lugar en contextos calificados como de emergencia nunca se revierten, con lo que las facultades del Poder Ejecutivo se amplían mucho más allá de la situación concreta.⁴⁵

Entonces, a modo de recapitular, la hipertrofia ejecutiva a costa del legislativo encarna dos problemas centrales, estrechamente vinculados: el primero es la pérdida de legitimidad democrática y de participación ciudadana en las decisiones de gobierno; otro es el riesgo de que, ante la ausencia de límites, el crecimiento del poder presidencial se torne peligroso para la vigencia del sistema constitucional y permanezca más allá del momento de urgencia o crisis para el que fue habilitado.

La expansión ejecutiva en la Argentina es un problema de larga data y que se ha acentuado en los últimos cuarenta años. Aun cuando no fuese una herramienta prevista en la Constitución hasta 1994, desde 1853 hasta 1983 se dictaron 25 Decretos de Necesidad y Urgencia. Luego, Alfonsín utilizó el instituto en diez ocasiones. La reforma de 1994, a través de la expresa regulación de este instituto mediante la incorporación del artículo 99 inc. 3, buscó limitar su aplicación a los casos explícitamente previstos. Sin embargo, las cifras demuestran el fracaso de la iniciativa: Menem dictó 545 Decretos de Necesidad y Urgencia, De la Rúa 73, Rodríguez Saá 6, Duhalde 154, Néstor Kirchner 270, Cristina Kirchner 76 y Macri 70.⁴⁶ Los números citados hacen patente la nada novedosa perversión de la separación

⁴⁵ Sobre la normalización de la excepción ver Agamben, Giorgio, *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Editorial Pre-textos, 2006; para un estudio detallado de las consecuencias de esta situación sobre el derecho penal, ver Ramsay, Peter, *The Insecurity State: vulnerable autonomy and the right to security in the criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

⁴⁶ Avalos, Eduardo, "Los Decretos de Necesidad y Urgencia en Argentina: Desde 1853 hasta nuestros días", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, Nueva Serie II, Vol. 3, Nº. 1, Córdoba, 2012.

de poderes que aqueja a nuestro país, cuyo abordaje requiere un trabajo más extenso. Sin embargo, el caso del COVID- 19 es de especial interés. Por un lado, porque podría sostenerse que el DNU era la herramienta idónea para el manejo de la situación. Por otro lado, porque nunca antes, en tiempos democráticos, una medida presidencial había restringido de tal forma los derechos constitucionales de la ciudadanía, por lo que la actuación del órgano representativo del pueblo hubiese sido de especial importancia. De esta forma, si se concluye que en un caso tan extremo como éste el rol del Congreso podría haber sido mayor, el razonamiento podría ser trasladado a muchas otras situaciones reguladas bajo la etiqueta de la emergencia.

En principio, podría afirmarse que la intervención del Poder Ejecutivo en el manejo de la crisis sanitaria se enmarcó correctamente dentro de las situaciones establecidas por la Constitución Nacional para el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia; esto es, que, originariamente, la pandemia de coronavirus constituyó una ocasión de emergencia que ameritaba ser regulada expeditivamente a través de un decreto presidencial. Al mismo tiempo, también es posible sostener que las medidas dictadas cumplieron con los estándares establecidos por la Corte Suprema para su utilización: en primer lugar, que no fuese posible el dictado de leyes mediante el trámite legislativo ordinario, por circunstancias de fuerza mayor; en segundo lugar, que la necesidad de una solución inmediata a la situación a regular requiera un abordaje incompatible con los tiempos legislativos.⁴⁷

227

Ahora bien, dado el lapso de tiempo abarcado por el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) y sus implicancias sociales y económicas, de haber sido posible, la intervención legislativa hubiese sido de extremo valor. Es que, más allá de la gran capacidad de expansión del virus y de los riesgos para la salud que traía aparejados, la cuarentena supuso la restricción de una gran cantidad de derechos constitucionales básicos y el riesgo cierto -y muchas veces concretado- de la ruina económica de personas, comercios, fundaciones, empresas y todo tipo de organizaciones. Así, se la estime correcta o no, la opción de priorizar la salud por sobre la economía,⁴⁸ tendrá efectos determinantes sobre gran cantidad de personas y, en ciertas ocasiones, influirá decisivamente en sus cursos vitales. Si a esto se añade que las posturas de la ciudadanía sobre el camino a tomar no son uniformes, es posible afirmar que se trata de una disyuntiva cuya solución, en un plano ideal, debería ser abordada por el Congreso. Dicho de otro modo, los

⁴⁷ Fallos 322:1726, entre otros.

⁴⁸ Aun cuando esta no sea lineal: a modo de ejemplo, si la no adopción de medidas de prevención derivase en un número muy elevado de enfermos y muertos, el cierre prolongados de lugares de trabajo por enfermedad, retraimiento del consumo por temor al contagio y falta de dinero en circulación, también dañaría la economía; inversamente, el freno total de la economía durante un lapso excesivo derivaría en daños a la salud de la población -la caída bajo la línea de la pobreza, por citar un caso, reduce tangiblemente la esperanza de vida de las personas.

momentos más definitorios para el futuro de la comunidad son aquellos donde el autogobierno colectivo -aun a través de su órgano representativo- es de mayor importancia. Nuestro sistema constitucional impone que, en lo posible, la toma de decisiones con la potencialidad de alterar profundamente el destino de la sociedad esté informada por la mayor cantidad de voces posible, y sopesen sus razones, a fin de ser de la más alta calidad democrática. De forma semejante, una suspensión de derechos tan vasta como la que implicó el ASPO, que prácticamente invierte la cláusula del artículo 19 constitucional, también debería revestirse -otra vez, en lo posible- de legitimidad democrática.⁴⁹

Frente a esto, una respuesta posible es que, más allá de nuestras aspiraciones teóricas, la pandemia fue una situación marcadamente excepcional -la contracción del presente especialmente pronunciada- y que, justamente por eso, se gobernó mediante la excepcionalidad, que requiere el pago de necesarios costos democráticos. A esto podría añadirse que el control político al que se refieren Posner y Vermeule efectivamente se configuró, por lo que el poder presidencial no fue completamente ilimitado. Empezaré por ese último punto, para abocarme, luego, a la necesidad del gobierno a través de la emergencia. Con respecto a esto, el control político fue, efectivamente, el más alto de los últimos tiempos. La voluntad de diálogo entre sectores de los dos partidos mayoritarios existió y los medios de comunicación colocaron su foco en el día a día del accionar presidencial. Incluso, en algunas ocasiones, algunos ciudadanos se expresaron a través de las vías disponibles, como cacerolazos en sus balcones. Sin embargo, es precisamente el hecho de que el control político haya alcanzado una de sus mejores expresiones en el contexto de la pandemia lo que permite mostrar su insuficiencia. Es que las dinámicas sociales, económicas y políticas de nuestra sociedad impiden que dicho control alcance un nivel democrático equiparable al que un buen funcionamiento parlamentario impone sobre el Ejecutivo. Mirado más de cerca, se repara en que el control fue ejercido, casi exclusivamente, por los sectores más poderosos del país. En lo político, el diálogo se dio principalmente entre el Presidente y el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires -el representante del partido opositor con más alto cargo-, pero no incluyó a terceras fuerzas y a minorías. En lo mediático, la agenda fue dictada principalmente por los conglomerados más influyentes, cuyo nivel de representatividad es difícil de medir. Por último, el acceso al presidente resultó mucho más directo para titulares de las principales empresas del país que para los dueños de emprendimientos pequeños y medianos. Todos estos son fenómenos que tienen lugar en el día a día habitual del país, pero que se exacerban cuando el gobierno es ejercido, formalmente, por un

228

⁴⁹ Ver, en este sentido, Gargarella, Roberto "La 'sala de máquinas' durante la emergencia", Seminario de Política Constitucional y Teoría Política, 17 de junio de 2020, disponible en: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2020/06/la-sala-de-maquinas-durante-la.html>

solo actor. Además, de acuerdo a la naturaleza ejecutiva, aun cuando se explicaren sus fundamentos, las decisiones se toman puertas adentro, sin que el público pueda escuchar y analizar los debates de sus gobernantes, sino solo su resultado. Así, podría plantearse, de modo opuesto a lo planteado por Posner y Vermeule, que, lejos de aumentar el diálogo democrático, las crisis que conllevan la suspensión parlamentaria exacerban el poder de las élites y los grupos más influyentes, al tiempo lo que cierran los canales de expresión de sectores minoritarios.

2. Pensar alternativas

Hasta aquí, he desarrollado las razones por las cuales la falta de intervención del Congreso en el gobierno de la comunidad tienen un costo democrático que no puede ser saldado por el control político de hecho. Pasaré, entonces, a analizar si en el marco del Covid-19 la parálisis legislativa fue justificada. En concreto, analizaré lo que podría haber pasado si nuestras instituciones hubiesen operado al máximo de sus posibilidades. El objetivo, entonces, no es señalar responsables, sino pensar lo vivido como una oportunidad para encarar una actualización institucional que permita poner a prueba si el sistema constitucional liberal es, efectivamente, una estructura obsoleta, o si las falencias democráticas cada vez más exacerbadas de nuestros sociedades se deben a una falta de implementación de las posibilidades que ofrece el mundo moderno a nuestros órganos de gobierno, especialmente al Poder Legislativo. Las conclusiones a las que se arrije pueden resultar de valor ya que si la propagación del coronavirus se considera la emergencia por excelencia, podrán ser trasladadas a muchas otras situaciones que se identifiquen como de excepción y urgencia. Separaré el análisis en dos. Primero, exploraré modificaciones prácticas que el Congreso podría adoptar si aplicase a su labor elementos de la aceleración social que servirían para optimizar su funcionamiento y la mejora que esto hubiese supuesto en la calidad institucional del gobierno de la pandemia. Luego, sugeriré que situaciones como la actual son idóneas para la creatividad legislativa.

Con la estructura actual del Estado y la distribución de recursos entre los poderes, es evidente que el Ejecutivo era el más preparado para responder al desafío de la pandemia y puede sostenerse, entonces, que actuó de modo responsable. Pero, aun así, como vimos, hubiese sido preferible reducir su discreción. Cabe preguntarse, entonces, qué podría haberse hecho, o hacerse de aquí en adelante, para que esto suceda. Y, aquí, es de suma relevancia lo destacado por William Scheuermann: aun cuando la aceleración social dificulta, en muchos sentidos, el funcionamiento democrático clásico, también trae aparejadas herramientas que podrían facilitar su adaptación a las demandas contemporáneas.⁵⁰ Es que, si bien

229

⁵⁰ Scheuerman, "Liberal Democracy", op. cit.

es cierto que en la sociedad actual existe una creciente incertidumbre respecto al futuro -que reduce el presente, de acuerdo a la definición de Rosa-, también lo es que existe una certidumbre sin parangón respecto a fenómenos que antaño eran totalmente oscuros para el ser humano -que puede permitir ampliar ese mismo presente-. Esto es, el conocimiento científico ha crecido exponencialmente en los últimos años y el acceso a él y a sus posibilidades es mayor que nunca.

Así, para empezar, en la actualidad, las comunicaciones tecnológicas han contraído sus tiempos al mínimo, lo que tiene una serie de repercusiones que podrían reducir tangiblemente demoras innecesarias en los tiempos legislativos, volver al Congreso un órgano más eficiente e, inclusive, aumentar su potencial democrático. En primer lugar, hoy, a través de Internet, el acceso a la información es inmediato, tanto en lo referido a material especializado y de calidad científica como en lo relativo a las noticias del día a día. Esto les permite a los legisladores contar con datos que antaño no hubieran podido o les hubiera tomado mucho tiempo conseguir, lo que, a su vez, habilita a que sus argumentos tengan un mayor sustento y actualidad. En el caso del Covid 19, todos los parlamentarios podrían haber accedido, al momento, a la última y más sólida información. Para que esto sucediese, lógicamente, hubiesen sido necesarios equipos técnicos que recaben, filtren y pongan a disposición la información. La composición de estos equipos, lejos de ser una utopía, es una decisión política que debería ser tomada. En segundo lugar, las telecomunicaciones contemporáneas permiten que las personas estén en contacto cuando lo deseen, por medio de texto, audio o video. Por un lado, esto permitiría que la información anteriormente mencionada pueda ser compartida entre los legisladores constantemente. En el mismo sentido, posibilita un diálogo constante y fluido entre los parlamentarios, y permite organizar sesiones remotas en el momento que se disponga. En el contexto del Covid, por la falta de plataformas electrónicas seguras, una vez que retomó sus sesiones el Congreso decidió no tratar temas ajenos a la pandemia. Esta situación es de extrema gravedad, ya que de ese modo el Poder Legislativo no solo tuvo un rol tardío y secundario en la gestión de la pandemia sino que no ejerció su rol en ningún área de gobierno, aun cuando existían muchos temas de imperante regulación. Sin embargo, con miras al futuro, esto podría ser solucionado: como mostró la eficiencia del teletrabajo en muchos organismos públicos y privados, la tecnología contemporánea ofrece opciones más que suficientes para llevar a cabo una sesión legislativa. Así uno de los requisitos establecidos por la Corte para la procedencia de los DNUs -la imposibilidad de sesionar- podría ser vencido con relativa facilidad. Por otro lado, la inmediatez y extensión de las comunicaciones podrían permitir un contacto más fluido de los representantes y los ciudadanos. Las redes sociales y otras plataformas especialmente diseñadas para tal fin podrían constituir un canal de expresión para las personas, que las convierta en sujetos políticos activos y no meros receptores pasivos de decisiones gubernamentales, propagandas partidarias y discursos

mediáticos monopólicos.⁵¹ En este sentido, las redes sociales tienen la potencialidad de convertirse en una herramienta que permita a los parlamentarios relevar propuestas concretas y recabar datos generales que, aunque informales, podrían ser utilizados para solventar posicionamientos y evaluar su concordancia con las preferencias de los electores. Esta es quizás, la opción de más difícil implementación, pero lejos está de ser una utopía y su exploración podría otorgarle un renovado vigor a nuestra democracia. En tercer lugar, la suma de la disponibilidad de la información con la instantaneidad de las telecomunicaciones podría haber sido utilizada para citar a expertos a disertar sobre las cuestiones que se considerasen pertinentes, a fin de que ilustren, en público, a gobernantes y ciudadanos acerca de los factores a considerar y las alternativas en juego. Finalmente, en la actualidad los transportes son especialmente veloces y seguros; así, de quererse llevar a cabo una sesión presencial, si existe la voluntad y los mecanismos están aceitados, la convocatoria y la reunión pueden hacerse en unas pocas horas.

Es importante recalcar que todas estas son formas de reducir los tiempos parlamentarios no alteran la calidad del debate. La lentitud que hace especialmente apto al Congreso para sopesar argumentos y tomar decisiones es la propia del debate y el razonamiento, pero no la que se pierde en buscar información o enviar una carta. Quizás, podría argüirse que una reunión de urgencia les quitaría tiempo de reflexión a los congresistas. Pero, aun así, esto puede ser compensado con el trabajo de equipos de asesores especializados disponibles en todo momento y con el acceso a datos más diversos y de mayor confiabilidad. En todo caso, tal vez haya precios a pagar impuestos por la urgencia; sin embargo, otra vez, es posible sostener que pueden compensarse con las alternativas que ofrece el desarrollo científico y tecnológico actual.

Quizás, aún con la implementación de todas las opciones expuestas, se hubiera concluido que el gobierno de la pandemia debía ser llevada a cabo, principalmente, por el Ejecutivo. Lo que es seguro, es que la participación legislativa no hubiera sido nula y que hubiera sido útil y necesaria. Entre distintas cuestiones que podrían haberse llevado a cabo, el Congreso, de haber estado preparado, debería haber refrendado el primer DNU presidencial -y todos los demás-, en un lapso que pueda definirse como “inmediato”, de acuerdo a la letra del artículo 99 inciso 3 constitucional. En relación con esto, algunos expertos identificaron la suspensión de derechos constitucionales, sumada a la militarización del espacio público y la penalización de la violación de la cuarentena con un Estado de Sitio,⁵² mecanismo previsto por la Constitución

231

⁵¹ Sobre las implicancias, positivas y negativas, de la utilización de redes sociales como método de participación democrática ver Papacharissi, Zizi., *A Private Sphere: Democracy in a Digital Age*, Malden, Polity Press, 2010; y Loader, Brian y Mercea, Dan, *Social Media and Democracy: Innovations in Participatory Politics*, Nueva York, Routledge, 2012.

⁵² Gargarella, Roberto, “The Fight Against COVID 19 in Argentina: Executive vs. Legislative Branch”, *Verfassungsblog: on matters constitutional*, 01 de mayo de 2020, disponible en: <https://verfassungsblog.de/the-fight-against-covid-19-in-argentina-executive-vs-legislative-branch/>.

para la suspensión de garantías y que, en casos de conmoción interior en periodo de sesiones ordinarias, es facultad exclusiva del Congreso. Hubiese sido importante, entonces, que el Congreso sesionase en lo inmediato posterior a la declaración del ASPO para evaluar si este equivalía al Estado de Sitio o no y, en caso de responder por la negativa, dejar en claro por qué no -primordialmente, dado que la razón de que la Constitución faculte para su dictado, exclusivamente, al órgano que se considera más democrático es asegurar que la ciudadanía tenga participación en la toma de una decisión que restringirá notablemente su accionar-. Además, de haber estado de acuerdo con que el ASPO sea dispuesto por el Ejecutivo, podría haber convocado a expertos que expliquen públicamente las razones de esta conclusión -inclusive, podría haberlos convocado para evaluar si el gobierno de la situación a través de DNUs era, en efecto, la mejor opción-. Asimismo, y de especial importancia, contar con plataformas tecnológicas adecuadas hubiera permitido continuar con el debate y la regulación de situaciones ajenas a la pandemia. Por último, el Congreso podría haber abierto los máximos canales de comunicación posible con la ciudadanía, a fin de evaluar los pareceres de sus representados y, así, posibilitar un debate necesario tanto a nivel institucional como civil.

Para terminar, más allá de lo tecnológico, los tiempos de crisis son particularmente propicios para la innovación institucional. Si se piensa que las emergencias van a ser cada vez más, el Congreso debería actuar con la creatividad normativa necesaria para conservar su rol como órgano de gobierno. Y, aquí, como ha marcado Padilla-Babilonia, el tiempo también juega un rol central.⁵³ En efecto, el tiempo puede ser utilizado como un mecanismo eficaz en la limitación de las potestades del Poder Ejecutivo: dado que la urgencia presupone, por definición, un lapso temporal breve, el Poder Legislativo puede utilizar a la imposición de barreras y estándares cronológicos como método para limitar la intervención presidencial, ex ante o ex post, y asegurar que se ciña a lo estrictamente necesario y que no altere el equilibrio democrático.

En esta línea se enmarca la posibilidad del Poder Legislativo de controlar las decisiones presidenciales a través de lo que Bruce Ackerman llama “sunset clause”.⁵⁴ La adopción de una “sunset clause” implica que, para mantenerse, la declaración de emergencia necesita ser refrendada, tras una determinada cantidad de días, por una cierta mayoría parlamentaria, cada vez más amplia. Ackerman esbozó esta propuesta para cuestiones vinculadas con el terrorismo, pero su aplicación no sería descabellada para casos como el que nos ocupa. Tras 15 días de emergencia, por ejemplo, el Congreso podría reunirse y, luego de sopesar todos los argumentos

⁵³ Padilla-Babilonia, Alvin, “Time and constraint: executive sunset and executive sunrise rules”, en proceso de publicación.

⁵⁴ Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution” *The Yale Law Journal*, Vol. 113 (No. 5), New Heaven, 2004, pp. 1029.1091.

posibles, determinar si considera necesario el mantenimiento de las medidas adoptadas o no, y así sucesivamente, cada vez con la exigencia de un consenso mayor. La Constitución Nacional, con su redacción actual, permite esta posibilidad en su artículo 76, que regula la delegación legislativa y establece: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, 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”. Así, tras el primer DNU, la regulación de la pandemia podría haberse dado a través de la delegación legislativa, lo que hubiese datado de mayor legitimidad a la intervención presidencial. A su vez, dicha delegación podría haber fijado un plazo máximo para la atribución de competencias legislativas al Ejecutivo, podría haber delimitado estrictamente cuales eran esas competencias y podría haber exigido un porcentaje mayor de aprobación para renovarse tras el plazo otorgado inicialmente.

Otra reforma institucional necesaria es la modificación de la ley 26.122,⁵⁵ que regula al artículo 99 inciso 3 de la Constitución. La falencia principal de esta norma es que, si bien ratifica el plazo de la Comisión Bicameral Permanente para expedirse acerca de la procedencia del Decreto en cuestión, no establece un marco temporal para su tratamiento por parte de las Cámaras. En un contexto de hiperactividad Ejecutiva, es imperante que el Poder Legislativo se fije un lapso explícito para el tratamiento de los Decretos, una vez elevados por la Comisión. Lo contrario implica que una regulación presidencial basada en la urgencia puede permanecer vigente por tiempo indeterminado luego de una mera intervención de una Comisión de 16 miembros. Desde mi perspectiva, también es errónea la imposición de la norma en cuanto a que el rechazo o aprobación del Decreto debe ser expreso, sin enmiendas, agregados o supresiones.⁵⁶ Es que si la única alternativa a la aceptación es el rechazo total, el costo político de denegar un DNU es muy alto. Tomemos la situación del coronavirus: quizás, las cámaras discrepaban sobre algunos de los puntos regulados por el Ejecutivo, pero es de suponer que antes que dejar sin ningún efecto una medida como el ASPO, prefirieran aprobar los Decretos. En cambio, si la norma le otorgara flexibilidad al Congreso, este podría observar cuestiones concretas sin alterar el objetivo general de la intervención presidencial, lo que supondría una mayor legitimidad y una ulterior validación normativa.

Finalmente, y aunque menos pretencioso, el Congreso podría establecer vías para que, en casos de excesiva emergencia y dificultad de sesionar, se pudiesen dar, como mínimo, reuniones de los jefes y jefas de bloques parlamentarios, ya sea a los fines de emitir declaraciones conjuntas o de propiciar el diálogo interpoderes.

⁵⁵ Ley 26.122 de Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de las Leyes, B.O del 27/07/2006

⁵⁶ Ibid, art. 23.

La falta de implementación de cualquiera de estas alternativas impide afirmar la obsolescencia de nuestro sistema constitucional. Solo si el Congreso actuase al límite de sus posibilidades, tecnológicas y legislativas y, aun así, se mostrase ineficiente y no estuviese a la altura de las circunstancias, deberíamos considerar reestructurar las bases de nuestra arquitectura institucional. Por ahora, queda un largo camino por recorrer. Si bien es cierto que la aceleración social pone en jaque muchas de las funciones parlamentarias esbozadas por el constitucionalismo clásico, también lo es que provee muchas herramientas para salir de esa situación, y recuperar la iniciativa: el jaque no es mate. La innovación tecnológica y el amoldamiento de su estructura a las demandas del presente pueden permitirle al Congreso ejercer sus funciones con un renovado vigor. Si a esto le suma la iniciativa para adoptar una creatividad legislativa que, hoy, brilla por su ausencia, el Poder Legislativo puede salir fortalecido de una situación que lo amenazó gravemente.

Conclusión

Para muchos, el Poder Legislativo ya no está a la altura de las exigencias que debe satisfacer. Es que el funcionamiento parlamentario fue construido sobre la noción de que es posible mirar al pasado y estudiar el presente para moldear el futuro, ejercicio en el que consiste el proceso de hacer la ley. Pero, hoy, esta posibilidad parece tanto remota como utópica. El mundo opera a máxima velocidad y se nos presenta como una gran incógnita. El presente, concebido como el lapso en el que “los horizontes de la experiencia y de la expectativa coinciden”,⁵⁷ se contrae cada día más. En este contexto, la política ya no consiste en imaginar el mañana tras analizar el ayer y el hoy, sino en dar respuestas urgentes a demandas inmediatas. La emergencia sustituye a la normalidad, o es la nueva normalidad. Y en este contexto, el único órgano gubernamental que parece poder actuar de modo eficiente es el Ejecutivo, en el ejercicio de su clásica prerrogativa, que lo desata de ataduras legales en pos de gobernar la excepción y la amenaza.

En muchos sentidos, la pandemia de COVID 19 ha supuesto el punto cúlmine de este fenómeno: en gran medida, producto de las herramientas de la aceleración social, la propagación de la pandemia derivó en una parálisis parlamentaria y una expansión ejecutiva sin precedentes en tiempos democráticos. Por meses, el gobierno los países a lo largo y ancho del planeta quedó en manos de presidentes y primeros ministros. Desde una perspectiva, esta situación puede verse como la corroboración de que, tras un largo pero sostenido proceso, el tiempo del Poder Legislativo como creador de las normas de la comunidad ha llegado a su fin. Para muchos, este es el tiempo del Ejecutivo, único poder capaz de enfrentar al mundo

⁵⁷ Rosa, “Social acceleration”, op. cit., pp. 83.

actual; los legales límites que antaño lo restringieron deben ser removidos y suplantados por controles meramente políticos, que garanticen su cariz democrático pero no limiten su necesario accionar. Aquí, tras haber expuesto los argumentos en que se sustenta esta posición y analizado su manifestación en el marco de la crisis sanitaria de coronavirus, he sostenido que los costos democráticos y constitucionales que supondría convalidar la hipertrofia ejecutiva hacen imperante maximizar nuestros esfuerzos para proteger la tarea legislativa. Luego, a partir del estudio del caso argentino, he sugerido alternativas para que el Congreso recupere el rol que le corresponde en la arquitectura constitucional.

Por un lado he sugerido la aceleración social, lejos de ser el nemesi absoluto del Poder Legislativo, puede proveerle diferentes herramientas para modernizar su tarea y amoldarla a los tiempos que corren. La tecnología posibilita la realización de reuniones instantáneas, sin barreras geográficas; el acceso a inmediato a información variada y de calidad; el contacto directo entre representantes y representados y la realización de conferencias remotas con expertos, accesibles al conjunto de la ciudadanía. Solo la primera de estas opciones fue utilizada, y de modo muy tardío, en la gestión de la pandemia; pero, de haber sido aplicadas en su totalidad, quizás, la calidad institucional y democrática del gobierno de la crisis sanitaria podría haber sido mayor. En cualquier caso, más allá de lo ya acontecido, lo importante es caer en la cuenta en la importancia de adoptar estos mecanismos en vistas de un futuro en el que no es arriesgado avizorar nuevas emergencias y crisis. Por otro lado, he argumentado que los contextos excepcionales son propicios para la creatividad institucional: si a la explosión en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia de los últimos cuarenta años se le suma que la intervención presidencial puede alcanzar grados como los que presentó durante el ASPO, resulta evidente que, si desea conservar su importancia, el Congreso debe tener la lucidez necesaria para generar normativas que le permitan subsistir como principal creador de la ley. En concreto, he sugerido la adopción de “sunset clauses”, que limiten el tiempo en el que el Ejecutivo puede actuar bajo el manto de la emergencia, al supeditar su tarea a nuevas y cada vez más demandantes aprobaciones legislativas. También he marcado la necesidad de modificar la ley 26.122, a fin de que el Congreso tenga un plazo máximo para aprobar o rechazar un Decreto de Necesidad y Urgencia y de que dicha aprobación o rechazo puedan ser parciales. Finalmente, he dado cuenta de la importancia de que, en situaciones extremas, el Congreso cuente con vías para, como mínimo, propiciar la reunión de jefes y jefas de bloques parlamentarios con el objetivo de comunicar las posiciones de las Cámaras y comunicarse con el Poder Ejecutivo durante el gobierno de las crisis. Estas son solo algunas posibilidades, es nuestro desafío ampliarlas y profundizarlas. Mientras no exploremos estos caminos, es muy temprano para decretar la vetustez del modelo constitucional liberal y condenar al Congreso al ostracismo.

Bibliografía

Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution” *The Yale Law Journal*, Vol. 113 (No. 5), New Heaven, 2004, pp. 1029-1091.

Agamben, Giorgio, *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Editorial Pre-textos, 2006.

Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la república argentina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017, pp. 115-116.

Avalos, Eduardo, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia en Argentina: Desde 1853 hasta nuestros días”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, Nueva Serie II, Vol. 3, N°. 1, Córdoba, 2012.

Gargarella, Roberto, “The Fight Against COVID 19 in Argentina: Executive vs. Legislative Branch”, *Verfassungsblog: on matters constitutional*, 01 de mayo de 2020, disponible en: <https://verfassungsblog.de/the-fight-against-covid-19-in-argentina-executive-vs-legislative-branch/>.

_____, “Frente a la pandemia, respuestas viejas a emergencias nuevas”, *Clarín*, 11 de mayo de 2020, disponible en: https://www.clarin.com/opinion/frente-pandemia-respuestas-viejas-emergencias-nuevas_0_3gtQ1KYcs.html.

_____, “La ‘sala de máquinas’ durante la emergencia”, *Seminario de Política Constitucional y Teoría Política*, 17 de junio de 2020, disponible en: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2020/06/la-sala-de-maquinas-durante-la.html>

Grimm, Dieter, “The Constitution in the Process of Denationalization.” *Constellations*, Vol. 12, N° 4, 2005, pp. 447-63.

Jules, Lobel, “Emergency Power and the Decline of Liberalism”, *The Yale Law Journal*, Vol. 98, N° 7, 1989, , pp. 1385-1433.

Kovács, Kristza, “Hungary’s Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers”, *Verfassungsblog: on matters constitutional*, 06 de abril de 2020, disponible en: <https://verfassungsblog.de/hungarys-orbanistan-a-complete-arsenal-of-emergency-powers/>.

Loader, Brian y Mercea, Dan, *Social Media and Democracy : Innovations in Par-*

- ticipatory Politics, Nueva York, Routledge, 2012.
- Locke, John, Second Treatise of Government, Indianapolis, Hackett Publishing Company, (1690) 1980.
- Loughlin, Martin y Dobner, Petra (eds.), The Twilight of Constitutionalism, Oxford, Oxford University Press, 2010
- Loughlin, Martín, The Idea of Public Law, Oxford, Oxford University Press, 2003, capítulo 1.
- Madison, James, “The Federalist No. 10”, en Hamilton, Alexander; Madison, James; y Jay, John, The Federalist Papers, Nueva York, Bantam Classics, (1787) 2003, pp. 50-58.
- Marshall, William P., Eleven reasons why presidential power inevitably expands and why it matters, Boston University Law Review, Vol. 88 N° 2, 2008, pp. 505-522.
- Padilla-Babilonia, Alvin, “Time and constraint: executive sunset and executive sunrise rules”, en proceso de publicación.
- Papacharissi, Zizi, A Private Sphere: Democracy in a Digital Age, Malden, Polity Press, 2010
- Posner, Eric y Vermeule, Adrian, The Executive Unbound: after the Madisonian republic, Nueva York, Oxford University Press, 2010;
- Ramsay, Peter, The Insecurity State: vulnerable autonomy and the right to security in the criminal law, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Rosa, Hartmut, “Social acceleration: ethical and political consequences of a desynchronized high-speed society”, en Scheuerman, William y Rosa, Hartmut (eds.), High speed society: social acceleration, power and modernity, Pennsylvania, Estados Unidos, The Pennsylvania State University Press, 2008, pp-77-111.
- Scheuerman, William y Rosa, Hartmut (eds.), High speed society: social acceleration, power and modernity, Pennsylvania, Estados Unidos, The Pennsylvania State University Press, 2008.
- Scheuerman, William, “Liberal Democracy and the Empire of Speed”, Polity, Vol. 34, N°. 1, Chicago, Chicago University Press., 2006, pp. 41-67.

_____, *The End of Law: Carl Schmitt in the Twenty First Century*, 2ª ed., Londres, Rowman & Littlefield, 2020.

Schmitt, Carl, “The Motorized Legislator” en Scheuerman, William y Rosa, Harmut (eds.), *High speed society: social acceleration, power and modernity*, Pennsylvania, Estados Unidos, The Pennsylvania State University Press, 2008; pp. 65-73.

Shakespeare, William, “Hamlet” en Garrison, G.B (ed.), *Shakespeare Major Plays and the Sonnets*, Nueva York, Harcourt, Brace and Company, (1609) 1948, pp. 605-654.

Somek, Alexander, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 2014, pp. 212 y ss.

_____, “The Owl of Minerva: Constitutional Discourse Before Its Conclusion”, *Modern Law Review*, Vol. 71, N° 3, 2008, pp 473-489.

Waldron, Jeremy, “Separation of Powers in Thought and Practice”, *Boston College Law Review*, Vol. 54, N° 2, Boston, 2013, pp. 433-468.

Walker, Clive y Bricks, Andrew, “Coronavirus Legislative Responses in the UK: Regression to Panic and Disdain of Constitutionalism”, *Just Security*, 12 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.justsecurity.org/70106/coronavirus-legislative-responses-in-the-uk-regression-to-panic-and-disdain-of-constitutionalism/>