

**ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA Y UN SINGULAR RECHAZO
ACERCA DEL FALLO DE LA CORTE ANTE UNA PRESENTACIÓN DE LA PRESIDENTA
DEL SENADO**

José Raúl HEREDIA

RESUMEN. La Corte se ha pronunciado en el ámbito de una acción declarativa de certeza promovida por la Presidenta del Senado con el objeto de disipar la presunta incertidumbre sobre la validez constitucional de sesiones no presenciales o remotas que el Cuerpo pudiere disponer. La decisión del día 24 de este mes de abril de 2020, adoptada por unanimidad, rechaza la acción aunque en el contenido del voto mayoritario y del concurrente –medió una disidencia- encuentra respuesta del Cuerpo que satisface la pretensión. Es sobre este particular que intento llamar la atención y por esto lo de *singular rechazo*.

SUMMARY. The Supreme Court has ruled in the context of a declaratory action of certainty (declaratory judgement) promoted by the President of the Senate with the aim of dispelling the alleged uncertainty about the constitutional validity of non-face-to-face or remote sessions that the Upper Chamber may order. The decision of April 24th 2020, adopted unanimously, rejects the action, although in the content of the majority vote and that of the concurring party - it mediated a dissent - it finds a response from the Court that satisfies the claim. It is on this subject that I try to attract attention and therefore the peculiar rejection.

I. LA PRETENSIÓN

Según consigna el voto de la mayoría –Juez MAQUEDA, Jueza HIGHTON de NOLASCO y Juez LORENZETTI- la Señora Presidenta del Honorable Senado de la Nación, promueve "una acción declarativa de certeza contra el Estado Nacional a los fines que, en el marco excepcionalísimo del actual estado de emergencia desencadenado por la pandemia originada por la enfermedad causada por el COVID, despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos, en aplicación del artículo 30 del Reglamento de la Cámara de Senadores en cuanto establece que '*Los senadores*

constituyen Cámara en la sala de sus sesiones y para los objetos de su mandato, salvo en casos de gravedad institucional". Encuadra esta solicitud en la situación excepcional que se origina en la propagación global del virus COVID-19 y sus gravísimas consecuencias en la salud del ser humano y manifiesta que "la acuciante necesidad de legislar en materia tributaria por las consecuencias económicas que esta pandemia tiene sobre el mundo en general y sobre la Argentina en particular" vuelve "impostergable" que se reanude la actividad del Congreso de la Nación y destaca que la materia tributaria no puede ser objeto de Decretos de Necesidad y Urgencia por parte del Poder Ejecutivo.

Dice que en el marco excepcional, que describe, debe habilitarse la posibilidad de sesionar mediante un sistema remoto o virtual que permita acreditar la conformación del quorum, garantizar el debate y posibilitar la votación de los senadores enfatizando que la situación genera una gravedad institucional extrema, que compromete la posibilidad de funcionamiento de uno de los tres poderes que conforman el Estado Argentino. De ello deriva que se encuentran comprometidas las instituciones básicas de la Nación, y que por esa razón debe examinarse esta petición a la luz de la doctrina de gravedad institucional.

Referencia la Corte que, respecto de la vía intentada, el escrito de demanda sostiene que se encuentran acreditados los requisitos de procedencia de la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dado que "la pretensión carece de un mero carácter consultivo o especulativo, puesto que el estado de incertidumbre planteado, se vincula directamente con el formal y sustancial funcionamiento de la H. Cámara de Senadores de la Nación en el contexto de emergencia actual. La acción meramente declarativa es preventiva y, en consecuencia, no es presupuesto de admisibilidad la existencia de un daño consumado". Y argumenta acerca de su legitimidad para accionar.

Conviene retener que la demanda se promueve en contra del Estado Nacional.

II. EL FALLO

II.1. El voto en disidencia del Presidente del Cuerpo, Juez ROSENKRANTZ.

Altero lo que podría entenderse como el orden lógico del abordaje del examen del fallo y comienzo por el voto disidente por lo que después se verá.

1. Señala en el inicio que el día 21 de abril el señor Procurador General interino dictaminó que no existe un "caso judicial", dado el carácter meramente consultivo que atribuyó al reclamo. De modo subsidiario, entendió que, de considerarse que existe un "caso", este no corresponde a la competencia originaria de esta Corte Suprema puesto que no se configura ninguno de los supuestos previstos en forma taxativa en el artículo 117 de la Constitución Nacional. Y derechamente adelanta el Juez que "...3°) La presentación bajo examen debe ser rechazada puesto que no constituye acción o recurso alguno que, con arreglo a los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, habilite la intervención que se pretende de la Corte Suprema. Resulta manifiesto el carácter puramente consultivo de la solicitud y la inexistencia de un 'caso' o 'controversia'".

Y argumenta que no puede haber caso sin contraparte y más allá de la mención nominal del Estado Nacional en el escrito que da inicio a las presentes actuaciones no se identifica ninguna contraparte concreta respecto de la cual exista una controversia actual que deba ser saldada para resolver una colisión de intereses o derechos. La presentación tampoco identifica cuál sería la actuación del Estado Nacional -ni de ninguna otra contraparte- que obstaculizaría que el Senado de la Nación sesionara del modo pretendido o que la señora Vicepresidenta de la Nación ejerciera las funciones que en su carácter de Presidente del Senado le corresponden en virtud del reglamento de dicha

cámara. Tampoco se identifica cuál sería la relación jurídica sustancial que une a la presentante con el Estado Nacional y que requeriría de un pronunciamiento judicial para dotarla de certeza. Emite una primera conclusión: no existen, en rigor, partes con intereses adversos sino una única parte -la presentante- que al margen de un "caso" o "controversia" solicita un pronunciamiento de la Corte respecto de la constitucionalidad de que el Senado sesione de forma remota o no presencial.

Recuerda la inveterada doctrina de la Corte acerca de la exigencia de "caso" con cita del artículo 116, Constitución Nacional, del artículo 2º, ley 27, y de precedentes del Tribunal [Fallos: 340:1084; 341:1356; 342:853, entre otros]. Cita igualmente la doctrina de Fallos: 321:1352; 322:528, entre muchos otros y sostiene que en virtud de ello el dictado de declaraciones generales o pronunciamientos consultivos, cualquiera que fuera la importancia que ellos pudieran tener, ha sido siempre considerado extraño a la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación, desde los primeros pronunciamientos de la Corte (cfr. Fallos: 1:27, 455; 2:254; 3:139; 4:75; 12:372; 15:65; 95:51; 103:53; 107:179; 157:110; 184:358; 215:526; 218:590; 293:451; 313:562; 327:4023, entre muchos otros). Y añade que la acción declarativa no tiene carácter simplemente consultivo ni habilita una indagación meramente especulativa, con remisión a Fallos: 320:1556; 330:3777; 340:1338; 341:101, 545; 342:917, entre otros. Debe enfatizarse, aduna, que nuestro ordenamiento no admite "una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición" ("Halabi", Fallos: 332:111; "Abarca", Fallos: 339:1223), ni que tenga por objeto la mera determinación de la interpretación adecuada de las normas (doctrina de Fallos: 130:157; 155:246, entre otros) o la realización de declaraciones generales que fijen normas para casos futuros (arg. Fallos: 184:358; entre otros).

2. Referencia a continuación la esencial pregunta contenida en el escrito de introducción: "¿Es constitucionalmente posible que, tal como lo establece el

art. 30 del Reglamento de la H. Cámara de Senadores sesione mediante medios digitales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID-19?". Remarca que el carácter meramente consultivo de la petición resulta inocultable dado que no se pretende otra cosa del Tribunal que obtener una respuesta a la pregunta formulada, a tal punto que en la presentación no se define quién en particular se encontraría obligado al cumplimiento del fallo, ni en qué consistiría dicha obligación. Resulta patente que la respuesta que busca la presentante, y que agota por sí el objeto de la presentación analizada, es abstracta y previa a toda situación jurídicamente contenciosa, e importa -en verdad- la pretensión de que la Corte ejerza una suerte de control de constitucionalidad, abstracto, previo y concentrado, característico de diseños institucionales que resultan radicalmente ajenos al sistema de la Constitución Nacional. Alude enseguida a la intervención del senador Zapata en oportunidad de discutirse en el Congreso de la Confederación la ley orgánica del Poder Judicial de la Nación; específicamente el citado, como miembro informante, explicó el sentido de los artículos 3° y 7° de la ley 182, que después de 1860, fueron refundidos en el artículo 2° de la ley 27 actualmente vigente. Aclaró entonces ese senador que "la acción de la justicia federal en el ejercicio del gran poder político que se le confiaba, había de ser tan eficaz, como limitada por su propia naturaleza", y luego subrayó que era limitada "porque ella solamente se había de hacer sentir en los casos contenciosos, en la aplicación particular de la ley sobre un hecho dado, de modo que desaparecería todo temor de invasión espontánea a los otros poderes públicos, y de la declaración en abstracto sobre las leyes o disposiciones gubernativas como inconstitucionales..." (cfr. Congreso Federal del Paraná, Actas de Sesiones del año 1857, 40 Sesión Ordinaria del 18 de agosto de 1857, página 223).

Cita diversos antecedentes históricos y precedentes del Tribunal en el mismo sentido apuntado y refuerza su posición remitiendo a una doctrina más reciente según la cual "la organización del control constitucional sobre la base exclusiva de la protección de intereses de suficiente concreción e inmediatez como para suscitar una verdadera 'causa' o 'caso' en justicia, fue una decisión consciente de quienes dieron su estructura al Poder Judicial Federal [...] y la admisión de acciones directas de inconstitucionalidad, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, medios por los cuales el sistema adoptado en los inicios de la vida institucional argentina adquiere su desarrollo lógico, no puede importar el olvido de la exigencia mencionada que, dentro de un ordenamiento en el que todo magistrado puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso, tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la Ley Fundamental" ("Constantino Lorenzo", Fallos: 307:2384). Asimismo, añade, el Tribunal ha enfatizado que "el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un 'caso' sea observado rigurosamente, no para eludir cuestiones de repercusión pública sino para la trascendente preservación del principio de división de poderes, al excluir al Poder Judicial de una atribución que, como la de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los otros departamentos del gobierno, no le ha sido reconocida por el art. 116 de la Constitución Nacional" (Fallos: 330:3109).

3. Aborda luego la invocación por la presentante de la causal de *gravedad institucional* y afirma que esa pretensión no puede tener cabida pues tal doctrina no puede ser jamás usada para deformar o eludir las exigencias a las que la intervención de la Corte está constitucionalmente supeditada. La doctrina de la gravedad institucional, tal como la ha entendido la jurisprudencia del Tribunal, es un instrumento de defensa de la Constitución. Si se la

interpretase con la laxitud necesaria para hacer lugar a lo solicitado se la habría convertido en una simple coartada para deshonrarla. Y afirma así que todo lo dicho es suficiente para disponer el rechazo *in limine* de lo solicitado y el archivo de las actuaciones.

Subsidiariamente expresa que aun cuando se considerase que el pedido de la señora Vicepresidenta de la Nación constituyera una demanda declarativa de certeza y no una mera consulta, igualmente correspondería desestimar la presentación en este estado del proceso. Es así, argumenta, porque, al no ser parte actora ni demandada una provincia, la demanda se encontraría', por razones de índole constitucional, fuera de la competencia originaria del Tribunal (cfr. artículo 117, Constitución Nacional), como correctamente señala el señor Procurador General interino en su dictamen. La competencia originaria de la Corte se encuentra taxativamente fijada en la Constitución y no puede ser extendida ni limitada por las leyes (Fallos: 32:120; 271:145; 283:429; 319:2032; 326:585; 328:1257; 330:785; 334:592; entre muchos otros). Por esta razón, la gravedad institucional invocada resulta ineficaz para habilitar la competencia originaria en un supuesto no previsto por la Constitución, como expresamente decidió el Tribunal en el 'precedente registrado en Fallos: 312:640.

De esa suerte se pronuncia en definitiva por el rechazo *in limine* de la acción.

II.2. El voto mayoritario.

Creo yo que la posición del presidente de la Corte, rigurosamente ortodoxa y apegada estrictamente a antecedentes históricos y a fallos precedentes,¹

¹ En ese mismo sentido se expresó en los medios la mayoría de los constitucionalistas consultados incluido el doctor Zaffaroni [V. <https://www.infobae.com/politica/2020/04/19/la-inmensa-mayoria-de-los-juristas-considera-improcedente-el-pedido-de-cristina-kirchner-a-la-corte-sobre-la-validez-de-las-sesiones-virtuales-del-congreso/>]. Puede computarse alguna excepción: “Claramente procedente” (la acción declarativa), Domingo Rondina [*allí mismo*].

encuentra respuesta actual en el voto de la mayoría y en el concurrente. Por ello he comenzado por la disidencia.

1. Se destaca de entrada expresamente el contexto absolutamente extraordinario en el que se inscribe la acción que inicia la Presidenta del Senado de la Nación para que la Corte se pronuncie respecto de la autorización que, según entiende, contiene el reglamento de esa Cámara para que el Senado sesione de forma virtual o remota. No hay diferencia con el voto disidente conforme a la remisión que se hace aquí a precedentes del Tribunal pero surge enseguida un quiebre argumental que orienta el abordaje de la cuestión asumiendo urgencias y realidades. Por esto hay que subrayar este párrafo: “...también requiere tener presente que estas tareas trascendentales deben ser cumplidas en un contexto político, social y económico insospechado solamente tres meses atrás, generado por la situación de emergencia pública sanitaria que atraviesa el país, originada en la propagación a nivel mundial, regional y local del coronavirus (COVID-19)”. Y enseguida enfatiza: “Como tribunal de justicia y Poder del Estado, las decisiones de la Corte Suprema custodian la Constitución siempre insertas en una realidad histórica”. Y la cita nada casual de las palabras de Oliver Wendell Holmes -Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos y uno de los juristas más influyentes del siglo XX-: "La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las instituciones del orden público, reconocidas o inconscientes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres" (...) "el derecho encarna la historia del desarrollo de una Nación a través de muchos siglos y no puede ser estudiado como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas" (The Common Law, Oliver

Wendell Holmes Jr., traducción de Fernando N. Barrancos y Vedia, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 15).

2. Imperdible es también el considerando 4°): “Que, atendiendo a tales premisas, es precisamente en contextos de emergencia como el descrito, que sacuden a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente, que sus autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos”. Se referencia de inmediato el caso “Alem” de 1893 para decir que hoy resulta especialmente pertinente recordar ese antecedente pues en aquel caso se trataba, en definitiva, nada menos que de asegurar la posibilidad del debate legislativo en contextos de excepción. Con contundencia argumental se dice en este voto que la historia contemporánea del derecho demuestra que los aciertos -y los errores- en la construcción del moderno Estado constitucional responden muchas veces a la capacidad -o falta de ella- de los más altos tribunales constitucionales en receptar y traducir imperiosas demandas en contextos históricos cambiantes y a veces, también, imprevisibles.

Mientan el fallo in re "Marbury vs Madison" que, como se sabe, inauguró el control de constitucionalidad en el derecho federal de los Estados Unidos de Norteamérica – en los estados ya se practicaba antes de 1803 la *judicial reviews*-² una de las fuentes de nuestro constitucionalismo según he recordado en otros trabajos con cita del Maestro César Enrique Romero, para recordar al

² García Belaúnde, de Perú, dijo al incorporarse a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (1999) que el control judicial –*judicial review* en la tradición norteamericana- estuvo presente en las colonias, existía en la práctica de alguna de ellas, pero, curiosamente, no fue aceptada en la Convención de Filadelfia de 1787, que, de tal suerte, no se pronunció acerca de dicho control [Domingo García Belaúnde en “*De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*”, conferencia de incorporación como Académico Correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, ANALES, Año Académico 2000-I.

Juez Marshall en cuanto dejó establecido entonces el poder de los jueces para revisar la constitucionalidad de las leyes federales en la convicción de que ese control constituye "la esencia misma del deber de administrar justicia". Recuerdan asimismo la evolución en nuestro derecho del control de constitucionalidad citando el caso "Sojo" [1887 (Fallos: 32:120)], de la doctrina de la arbitrariedad iniciada ya en 1909 ["Rey c/ Rocha", Fallos: 112:384] y otros avances de la Corte como en materia de amparo ["Kot", Fallos: 241:291 y "Sin", Fallos: 252:293], el derecho a réplica ["Ekmekdjian", Fallos: 315:1492]; también, dijeron, el Tribunal estableció los parámetros de la acción colectiva ante la falta de una regulación del Congreso del artículo 43 de la Constitución reformada en 1994 ["Halabi", Fallos: 332:111]; y en otra ocasión, a pesar de que el caso había devenido abstracto estableció que no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación y que ningún caso de aborto no punible está supeditado a trámite judicial alguno ["F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", Fallos: 335:197].

Preparan así una de sus aseveraciones más salientes, a saber: "Que por estas razones y con estos antecedentes en su jurisprudencia, dudoso favor haría este Tribunal a la República si, en circunstancias de extrema incertidumbre como las actuales dejase de lado su antiguo y consolidado criterio según el cual desconocer los elementos fácticos de un planteo no se compadece con la función de administrar justicia ("Sejean", Fallos: 308:2268, entre muchos otros) para hacer primar -en vez- un criterio formal que puede desdibujar un planteo referido a la subsistencia de las reglas más esenciales de funcionamiento del sistema representativo, republicano y democrático que establece nuestra Constitución Nacional" [sic].³

³ Me excusará el lector por intentar una precisión que acaso parezca una quisquilla exorbitante aquí o una suerte de preciosismo. Empero me atrevo a señalar que la expresión "nuestra Constitución Nacional" contiene una redundancia. Es que debe decirse "la Constitución Nacional"

3. Inmediatamente añaden que no pueden caber dudas entonces de que la continuidad de la tarea de legislar del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina destacando que aun en los episodios más difíciles de la construcción de las instituciones de nuestro país se procuró asegurar su funcionamiento. Y nutren su voto con referencias históricas que omito yo en este pasaje. Y avanza el voto en examen ya más directamente al fondo de la cuestión: "...140 años después, la parálisis causada por la pandemia exige de las instituciones de la República el desarrollo de los mecanismos que sus autoridades consideren necesarios para asegurar la permanencia de sus tareas" afirman. Traen a colación soluciones adoptadas en otros países que permiten observar el ensayo de diferentes medidas para garantizar el debate legislativo. "La necesidad de seguir sesionando, por un lado, y de respetar las normas sanitarias recomendadas por la Organización Mundial de la Salud así como los aislamientos sociales dispuestos por los distintos gobiernos, por el otro, han conducido a otros congresos y parlamentos a adoptar diferentes formas para continuar con sus funciones y cumplir su rol constitucional. Así, en algunos casos se ha dispuesto la presencia restringida de legisladores con derecho a voto por bloque parlamentario (Alemania, Francia, Italia, Irlanda, Suiza y Nueva Zelanda), en otros se ha previsto sesionar con video conferencia y votar de manera electrónica remota (Uruguay, Brasil, Chile, Perú, Colombia, Ecuador y Rumania), y en otros se han implementado sistemas que combinan la presencia reducida de legisladores con votación electrónica remota (España,

o, de otra forma, "nuestra Constitución". La única Constitución "nuestra" es la Nacional; no lo es ninguna de las constituciones provinciales ni la de la ciudad de Buenos Aires, esto dicho más precisamente para un fallo de la Corte federal. Para fallos provinciales debería decirse "la Constitución de la Provincia" o "nuestra Constitución", tampoco "nuestra Constitución provincial".

Holanda y Polonia)”. Y se menciona que en nuestro país algunas legislaturas provinciales ya vienen sesionando por sistemas remotos, virtuales y teleconferencias (Mendoza, Salta, Córdoba y Santa Fe).

4. Se va patentizando lo medular del voto: en este contexto, de inaudita y acuciante excepcionalidad, expresan quienes aquí votan, no puede desvanecerse la importancia del funcionamiento del Congreso como órgano de representación directa del pueblo de la Nación y de los estados locales, dado que en su seno resguarda el principio democrático y el sistema federal. Recuerdan más adelante que la Corte ha dicho que la soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político ("Rizzo", Fallos: 336:760) y ha destacado el "sagrado ejercicio de la representación de la voluntad popular" ("Cossio", Fallos: 327:138, voto del juez Maqueda). El necesario resguardo de la soberanía del pueblo y la expresión de su voluntad también fue expresamente afirmada. Y es en ese marco, advierten, en que cabe efectuar el examen de admisibilidad de la demanda llevada a sus estrados para determinar si presenta un caso justiciable.

Recuerdan que el Tribunal mantiene como principio general que el ámbito de su control jurisdiccional no alcanza a las decisiones que otros Poderes del Estado adopten dentro de la esfera de competencia que la Constitución Nacional les asigna como propia y exclusiva. Citan varios precedentes del Cuerpo y afirman después que tales estándares de abstención jurisdiccional, más allá de las vicisitudes y disquisiciones en cuanto a la oportunidad de su aplicación en casos concretos, fueron mantenidos a lo largo de la historia y se ordenan coherentemente a preservar el principio republicano que adoptó el Estado Argentino en el artículo liminar de la Constitución Nacional. En efecto, sostienen, la Corte explicó que auto restringir su revisión sobre las decisiones privativas de otros Poderes evita un avance de su poder en desmedro de los

demás, preserva la delicada armonía que debe gobernar la división de poderes, aparece como una exigencia de la regla más elemental de nuestro derecho público por la "que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere", y evita "la imposición de un criterio político sobre otro" (caso "Cullen", Fallos: 53:420 y caso "Zaratiegui", Fallos: 311:2580 respectivamente, criterio mantenido en los casos "Prodelco", Fallos: 321:1252 y "Verbitsky", Fallos: 328:1146, entre muchos otros). Más recientemente, memoran, en el caso "Thomas" en 2010, la Corte para inhibirse de controlar un procedimiento legislativo tuvo presente la repetida advertencia expuesta en su jurisprudencia según la cual "la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes, reconociéndose el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación" (Fallos: 333:1023). Y adunan luego que en esa misma línea la Corte recordó en la causa "Barrick" en 2019 que su jurisprudencia ha reconocido límites a las cuestiones justiciables, y ha sido muy prudente al momento de controlar el procedimiento o trámite parlamentario de las leyes formales. Con cita del ya mencionado precedente "Cullen c/ Llerena", de 1893, afirmó -una vez más- que el Poder Judicial no podía contestar ni sobre el fondo ni sobre la forma de las deliberaciones en las que el Congreso había ejercido una atribución política. Es así que concluyó -siempre de acuerdo a sus precedentes- que "no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes" ("Barrick", Fallos: 342:917, considerandos 2º y 23).

5. Destacaré después que esta última afirmación debe ponderarse adecuadamente a la luz de los propios precedentes de la Corte. Me interesa decir que este voto, que parece volverse en tramos sobre sus iniciales

postulados, concluye en que las diversas excepciones a la deferencia que el Poder Judicial guarda respecto de las facultades privativas de otros Poderes del Estado se sintetizan en dos supuestos. En primer lugar, la Corte debe velar porque ninguno de los poderes del Estado actúe por fuera de las atribuciones que la Constitución le confiere y, en segundo lugar, debe velar porque ninguno de esos poderes al ejercer esas facultades que la Constitución le asigna de forma exclusiva se desvíe del modo en que esta autoriza a ponerlas en la práctica (criterio jurisprudencial sostenido por en diversos pronunciamientos y reiterado más recientemente en el caso "CEPIS", en Fallos: 339:1077).

Abordan la cuestión que ha sido planteada en los siguientes términos: *¿Es necesario que el Senado de la Nación, para sesionar en forma virtual o remota, le solicite autorización a la Corte Suprema de Justicia de la Nación?* Es claro para mí que esta formulación merecería en postura ortodoxa su liminar rechazo. Sin embargo la Corte en mayoría ha querido detenerse a destacar que el llevar adelante las sesiones del Senado bajo una modalidad remota en lugar de la tradicional forma presencial orbita dentro de las atribuciones propias del Poder Legislativo referentes a la instrumentación de las condiciones para crear la ley. Además, tal posibilidad no configura *per se* riesgo alguno de interferencia en las atribuciones de los demás poderes del Estado. Esto es, sesionar de forma remota o presencial no supone en sí misma una posible invasión del Poder Legislativo al ámbito de competencias que la Constitución asigna a los demás poderes del Estado. Y después señalan que el asunto llevado a consideración del Tribunal tampoco cae bajo el segundo supuesto excepcional que admite la intervención de la Corte en facultades propias y exclusivas de otros poderes. “Esto es, la posibilidad de que el Senado sesione de manera remota no interfiere con el modo en que la Constitución le impone a esa Cámara ejercer sus atribuciones. En efecto, la Constitución regula ciertos aspectos del modo en

que debe funcionar el Poder Legislativo pero nada indica respecto a la modalidad física o remota de sus sesiones”.

6. Ya se aprecia que en este tramo se encuentra la respuesta. El esfuerzo ha sido adentrarse en las consideraciones que he ido poniendo de manifiesto que podrían entenderse estrictamente impropias en una decisión que declara no justiciable el planteo. Obsérvese, de modo expreso se subraya que nada dice la Constitución sobre el lugar o la forma presencial o remota en que deben encontrarse para sesionar, deliberar y votar los legisladores de cada Cámara (cf. artículos 77 a 84). Todavía se enfatiza que la Constitución, al poner en cabeza de cada una de sus Cámaras el dictado de su propio reglamento en el artículo 66, reconoce a cada una de ellas la autonomía necesaria para regular su propio funcionamiento y por ende regular los mecanismos para facilitar la realización de su función legislativa en estas circunstancias. Ello, claro está, se advierte, siempre que en su diseño e implementación no ignoren las restricciones constitucionales que sí existen y se cumplan con los recaudos que la Ley Fundamental sí establece respecto del procedimiento de deliberación y sanción de las leyes.

7. Conviene reparar aún en la síntesis de fundamentos que se hace en este voto (considerando 17):

(i) desde el punto de vista procesal la acción declarativa de certeza requiere la existencia de "casos justiciables" ("Barrick", Fallos: 342:917), lo que no se cumple en la petición.

(ii) las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho y por ello el funcionamiento del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina.

(iii) el Congreso, como los otros poderes del Estado, tiene autonomía para regular su modo de funcionamiento de acuerdo al artículo 66 de la Constitución

Nacional, y como ya lo ha dicho la Corte, "no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes" ("Barrick", Fallos: 342:917, considerandos 2° y 23). Por ello no se configura un caso justiciable.

(iii) respecto de específicas facultades privativas de otros Poderes el Tribunal trazó excepciones también específicas. A modo ilustrativo, puede recordarse el precedente "Soria de Guerrero" (Fallos: 256:556) que abrió un resquicio de control jurisdiccional sobre el procedimiento de formación y sanción de las leyes cuando se acreditara "la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley". Este criterio fue posteriormente ratificado por diversos pronunciamientos (casos "Colella", Fallos: 268:352; "Zaratiegui", Fallos: 311:2580, vinculado a la ley de aprobación de un tratado; caso "Nobleza Piccardo", Fallos: 321:3487, vinculado al recaudo de tratamiento legislativo por ambas Cámaras; y "Famyl", Fallos: 323:2256, vinculado a la promulgación parcial).

(iiii) las diversas excepciones a la deferencia que el Poder Judicial guarda respecto de las facultades privativas de otros Poderes del Estado se sintetizan en dos supuestos: debe velar porque ninguno de los poderes del Estado actúe por fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere y debe velar porque ninguno de esos poderes al ejercer esas facultades que la Constitución les asigna de forma exclusiva se desvíe del modo en que esta autoriza a ponerlas en la práctica (criterio jurisprudencial sostenido por esta Corte en diversos pronunciamientos y reiterado más recientemente en el caso "CEPIS", en Fallos: 339:1077).

Sobre las bases consideradas concluye el primer pronunciamiento que la cuestión sobre el carácter presencial o remoto de las sesiones del Senado aparece, así, como un asunto que la Constitución defirió de forma privativa y exclusiva a su prudencia política. Bajo estas consideraciones, corresponde al

mandato constitucional del H. Senado de la Nación el arbitrar los mecanismos necesarios para facilitar la realización de su más alta razón de ser: la representación del pueblo de la Nación en la deliberación de sus asuntos que lo atraviesan como tal.

Y resuelven, obsérvese, “que el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada”. Es notoria la singularidad del rechazo.

III.3. El voto concurrente del Juez ROSATTI.

1. Cree necesario decir en el inicio que frente a la naturaleza y las implicancias de la acción interpuesta, la Corte ha asumido la responsabilidad de responderla tempestivamente, habilitando en fecha 17 de abril del 2020 la feria judicial extraordinaria dispuesta en acordada 6/2020, prorrogada por acordadas 8 y 10/2020, y dando vista a la Procuración General de la Nación. Este voto ha incursionado en algunas consideraciones de corte específicamente políticas y a mi juicio esto funge de introducción en tanto pone a resguardo el accionar del Tribunal frente a críticas que se le habían dirigido desde sectores políticos y desde algunos medios de prensa, poniendo en dudas que tuviera en realidad vocación de avocarse a la solución del asunto llevado a sus estrados.

Luego de mencionar el dictamen del Procurador interino aborda un primer aspecto relacionado con la *legitimación*. Afirma que la presentante, en su carácter de Vicepresidenta de la Nación, está legitimada para recurrir en nombre del Honorable Senado ante el Tribunal; tal prerrogativa surge de manera expresa e incontrovertible del artículo 57 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que el "vicepresidente de la Nación será presidente del Senado...". En tal orientación, el Reglamento del H. Senado de la Nación

Argentina, en su artículo 36 refiere a que "Sólo el presidente habla en nombre del Senado...".

2. Trata seguidamente lo atinente a la *admisibilidad del planteo*, esto es si la presentación puede encuadrar dentro del estrecho marco constitucional asignado a la Corte en materia de competencia originaria, conforme lo establecido por el artículo 117 y su concordancia con los artículos 108 y 116 de la Constitución Nacional y al artículo 2° de la ley 27 que, en lo que aquí interesa, requieren de la existencia de un "caso", una "controversia" o una "causa contenciosa". Recuerda que en fecha 14 de noviembre de 1865, la Corte desestimó una consulta que le formulara el Gobierno de la Provincia de Mendoza respecto de si su legislatura era, o no, constitucional. Para ello, destacó que "la petición no es una demanda, sino una consulta" y que "la misión de un Tribunal de Justicia es aplicar las leyes á los casos ocurrentes, y su facultad de esplicarlas é interpretarlas se ejerce solo aplicándolas á las controversias que se susciten ante ellos para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones" (Fallos: 2:254, dictamen del señor Procurador Francisco Pico al que remitió la Corte).

Con remisiones a precedentes de la Corte de diversas épocas, algunos mencionados por el presidente y en el primer voto, subraya la doctrina ya sustentada, esto es, que la admisibilidad de la vía procesal elegida por la presentante depende de que emerja un "caso" apto para la intervención de un tribunal de justicia (Fallos: 337:1540, "Cámara Minera de Jujuy" y, voto de la mayoría en "Barrick", Fallos: 342:917, considerandos 6° y 7°, entre muchos otros). Si bien no se requiere un daño efectivamente consumado, la acción declarativa tiene por finalidad precaver las consecuencias de un "acto en ciernes" (Fallos: 342:917, considerando 23, entre muchos otros). Así, solo cuando responde a "un caso" que busque precaver los efectos de tal acto en

ciernes, constituye una causa en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 310:606 y 977; 311:421; 328:4198; 329:4259, entre otros).

Enfatiza que es necesario para la procedencia de acciones como la entablada que: (i) medie actividad que afecte un interés legítimo; (ii) el grado de afectación sea suficientemente directo; y (iii) aquella actividad tenga concreción bastante (Fallos: 307:1379, "Santiago del Estero", considerando 5°, entre muchos otros). Afirma que tales requisitos no se cumplen en el sub lite, en la medida en que no ha existido actividad (administrativa, jurisdiccional o de otra índole) susceptible de poner en tela de juicio un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante. Es decir, aclara, no se invoca -y menos aún se acredita- que haya existido un acto en ciernes tendiente a negar, desconocer o restringir la potestad de la actora, esto es, un acto (concreto o en ciernes) que desconozca validez constitucional a la posibilidad de sesionar de forma no presencial. En efecto, no surge de la petición articulada que medie actividad, o incluso omisión, por parte del Estado Nacional demandado, o sus departamentos, que afecte la intención del H. Senado de la Nación de sesionar a través de medios virtuales o remotos. De ello se colige que el agravio llevado a juicio del Tribunal resulta conjetural e hipotético.

3. Añade algo que hasta aquí no había sido dicho de ese modo, a saber: aunque la demanda ha sido deducida contra el Estado Nacional, la accionante no ha invocado ni acreditado la existencia de una omisión o acto en ciernes por parte de alguno de los órganos constitucionales que lo conforman que obstruya, limite, restrinja o amenace de forma seria e inminente la viabilidad de la sesión virtual o remota de la Cámara que preside la actora. Y, dice el Juez Rosatti, que debe reconocerse que los Decretos de Necesidad y Urgencia adoptados en virtud de la actual emergencia sanitaria no han hecho referencia a la imposibilidad o restricción de que el H. Senado sesione mediante

herramientas virtuales o remotas. Es más, añade, conforme expresa la misma peticionante la Cámara que preside ha actuado en consonancia a tales normas.

En base a lo expresado, asevera, “no podría concluirse que en los presentes se verifique un acto (en ciernes o consumado) u omisión de alguno de los órganos del Estado, que -recordemos- es el demandado en esta acción, que genere la ‘incertidumbre constitucional’ invocada por la actora, y permita tener por cumplida la exigencia de controversia a fin de habilitar la actuación jurisdiccional. En tales condiciones, concluye aquí, frente a la inexistencia de ‘caso’, no corresponde la intervención del Tribunal.

4. Se ocupa después de la *gravedad institucional* repetidas veces invocada en el escrito de introducción. Al respecto revela que considera que la gravedad de la situación no deviene de la hipotética discusión sobre una ley tributaria que no ha sido aún presentada en la Cámara –cuestión alegada en la demanda- que -por mandato constitucional- debería ser impetrada en la Cámara de Diputados (artículo 52, Constitución Nacional) y que es, por tanto -al menos hasta el presente- de existencia conjetural, sino de la alegada falta de funcionamiento de una Cámara del Congreso. Y enfatiza que si “una Cámara no sesiona no pueden sancionarse leyes de cualquier tipo, no solo las tributarias o cuyas materias no sean susceptibles de ser reguladas por Decreto de Necesidad y Urgencia. Por el contrario, no puede adoptarse NINGUNA [así en el original] ley formal. Si una Cámara no funciona dificulta o impide el funcionamiento de la otra (artículo 65 de la Constitución Nacional). Y no solo la sanción de leyes quedaría trunca, también la función de control sobre los otros dos poderes del Estado, que es una función esencial, en este caso, del H. Senado”. Y aduna que “La verdadera gravedad institucional no estará entonces en la eventual imposibilidad de debatir una norma cuyo texto ni siquiera se conoce, que incluso debería presentarse originariamente en la otra Cámara que la que está representada en esta petición, y sobre la que esta Corte solo podría expedirse en

la medida en que fuera sancionada, promulgada, entrara en vigencia y luego fuese cuestionada en un caso concreto, sino en el no funcionamiento de una institución irremplazable y su afectación al sistema republicano de gobierno, previsto en el artículo 1° y cc. de la Norma Fundamental” [las negritas son del original].

Repárese en este siguiente párrafo del voto: “En ese entendimiento, la necesidad de discernir una incertidumbre respecto a la constitucionalidad de una modalidad de procedimiento legislativo -sesión mediante medios remotos o virtuales- como forma de evitar que la situación sanitaria imperante neutralice por completo la actuación y funcionamiento de una Cámara del Congreso de la Nación, configura un supuesto de gravedad institucional en la medida que trasciende el mero interés particular para comprometer la buena marcha de las instituciones constitucionales (Fallos: 300:417; 311:2319; 324:833, 1225, etc.), específicamente aquellas instituciones básicas del sistema republicano de gobierno (Fallos: 312:2150 entre otros) y el principio de división de poderes previsto en la Constitución Nacional (arg. "Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo", Fallos: 333:1023, considerando 2°). De ese modo el Juez le concede gravedad institucional a la cuestión llevada a los estrados de la Corte. Pero de inmediato observa que aunque subyacente, ella, la gravedad institucional, “no permite obviar el requisito de existencia de ‘caso’ o ‘causa’ a fin de habilitar la intervención de la Corte Suprema en un proceso sometido a su competencia originaria, máxime cuando no se verifica, como es el caso sub examine, ninguno de los supuestos previstos taxativamente en el artículo 117 de la Constitución Nacional”. Es decir, no hay un *asunto* que habilite la competencia originaria del Tribunal.

Todavía señala el Juez que la figura aparece, en su génesis, como inocua a los fines de ampliar la competencia originaria del máximo tribunal argentino, o habilitarla frente a la inexistencia de caso. Así ha sido considerado por la Corte,

al sostener que *"la invocación de un supuesto de gravedad institucional no justifica el apartamiento del criterio según el cual la competencia originaria de la Corte se encuentra taxativamente limitada a los supuestos del art. 101 (hoy 107) de la Constitución Nacional y no puede ser extendida ni limitada por las leyes que la reglamentan"* ("Orden y Justicia c/ Estado Nacional s/ recurso de amparo", Fallos: 312:640, dictamen del Procurador General al que remite la Corte, párrafo quinto). Cita otros precedentes en el mismo sentido.

5. No obstante todo lo dicho, alude a continuación a "la inédita situación planteada como consecuencia de la proyección de la pandemia hacia la vida institucional del país" a la que le dedica un acápite que titula **PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO. CONSIDERACIONES FRENTE A LA EXCEPCIONALIDAD DE LA SITUACIÓN** [así en el original]. Explica que tal situación amerita que el Tribunal formule algunas consideraciones adicionales, invocando el principio de colaboración ínter-poderes en función del cual *"aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales"* (Fallos: 327:46, considerando 12 y 319:2641, considerando 1°).

Y avanza derechamente para sostener que **"al regular el funcionamiento del Congreso, la Constitución no previó el trabajo no presencial de sus integrantes en el marco de las sesiones. Ahora bien, de esa circunstancia no se deriva la inconstitucionalidad de tal sistema, dado que no podría pedírsele a los constituyentes (originarios o reformadores), que imaginaran un futuro (o este futuro) tecnológico, respectivamente. La ausencia de normas para atender a situaciones actuales, pero inexistentes al momento de sancionarse la**

Constitución (o de reformarse), no convierte a las soluciones posibles en inconstitucionales, sino que exige un esfuerzo interpretativo para ponderar si tales remedios son compatibles o no son compatibles con el espíritu del texto constitucional, siendo de suma significación considerar, además de la letra de las normas, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 320:875; 320:2701; 327:4376; 328:1146, entre muchos otros). [Negritas del original].

Subrayo esta cita que se hace en el voto, más extensa: “...*No satisface los propósitos del pueblo al sancionar esta carta fundamental de nuestras libertades, proporcionar una especificación minuciosa de sus poderes o establecer los medios por los que aquellos poderes serán puestos en ejecución...*”. “...*De ahí que sus poderes hayan sido expresados, en términos generales, dejando a la legislatura, adaptar, de tiempo en tiempo, sus medios propios para realizar objetos legítimos, y moldear y modelar el ejercicio de sus poderes según su propia discreción y el interés público que requieran*” (conf. Suprema Corte de EEUU, "Martín vs. Hunter", 1 Wheat. 304, 326, año 1816, "La Constitución de los Estados Unidos de América", trad. por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo, Buenos Aires, 1949, ed. Kraft! t. I, ps.. 68/. 69. Lo destacado no es del original)" [La aclaración está en el voto].

Y luego referencia que, como se señala en la presentación, la Corte vivió una situación similar a la que se analiza. La Corte es también -como el H. Senado-, puntualiza, un órgano de funcionamiento colegiado, con la particularidad de que todos sus actuales integrantes son mayores de 60 años y -por tanto- sujetos al aislamiento social preventivo y obligatorio (artículo 1º, inciso a, resolución 207/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social), debiendo excepcionarse al juez de turno del tribunal (artículo 6.3 del decreto de necesidad y urgencia 297/2020) que no puede decidir *per se* en cuestiones jurisdiccionales, requeridas de mayoría de votos. Para evitar que el aislamiento se convirtiera en imposibilidad de ejercer su misión constitucional, la Corte

modificó su reglamento de funcionamiento y sancionó la reglamentación que permite trabajar a sus ministros de modo remoto. Como es sabido, por acordada 11/2020 se habilitó "*la posibilidad de que los acuerdos de Ministros se realicen por medios virtuales, remotos o de forma no presencial -aspecto de necesaria implementación ante la situación de salud pública actual que demanda los mayores esfuerzos de todos los actores sociales para promover el aislamiento-*".

Aclara que el método escogido por el Tribunal para habilitar tal modalidad fue la reforma del reglamento, sin perjuicio que -de haber sido más idóneo- hubiera podido optar por la vía interpretativa. "La elección se debió, en el particular caso de este Tribunal, al tenor expreso de la normativa aplicable, que refería a que los jueces de la Corte 'concurrirán a sus despachos' para los acuerdos y audiencias. En ese marco, se consideró necesario el mecanismo de la reforma. Si la Corte no se hubiera auto-habilitado para trabajar de modo no presencial directamente no podría ejercer su función constitucional (entre otros temas, no podría estar tratando esta presentación), y uno de los poderes del Estado estaría descabezado, afectándose el sistema republicano de gobierno (artículo 1º, Constitución Nacional)". Y señala que en relación al Congreso de la Nación, **el texto constitucional es enfático al señalar, en su artículo 66, que cada Cámara hará su reglamento, lo cual constituye una derivación expresa de su citada autonomía normativa. Este razonamiento se proyecta sobre el procedimiento legislativo o trámite parlamentario -que involucra, entre otros puntos, la modalidad presencial o virtual de sesión-, por lo que su eventual revisión judicial, en el supuesto que se articulara un caso o controversia al respecto, debería realizarse con particular restricción. [Las negritas del original].**

En este tramo del voto se concreta la solución para la presentación que demandó el avocamiento de la Corte y luego se refleja así en la parta resolutive.

Se remite el Juez al caso "*Barrick*", del año 2019, ya citado en el primer voto, subrayando lo que allí se dijo, entre otras cosas, que el Tribunal "ha reconocido límites a las cuestiones justiciables, y ha sido muy prudente al momento de controlar el procedimiento o trámite parlamentario de las leyes formales"; y que es "una regla elemental de nuestro derecho público, que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere" (Fallos: 53:420); "específicamente respecto del procedimiento de formación y sanción de leyes, esta Corte remarcó los límites a los que sujeta su intervención a fin de no transgredir el principio republicano de división de poderes, afirmando que las facultades jurisdiccionales del Tribunal no alcanzan, como principio, al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, sean ellas nacionales o provinciales', por lo que no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes, salvo "el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley".

6. Resume del siguiente modo lo que ha sostenido a lo largo del voto:

- La acción intentada no corresponde a la competencia de la Corte, porque no hay "caso" judicial que resolver (no hay relación jurídica, no hay controversia, no hay contraparte válida), conforme a lo establecido por el artículo 117 y ccs. de la Constitución Nacional y la jurisprudencia inveterada de este Tribunal.

- La existencia de gravedad institucional, invocada por la presentante, permitiría soslayar el cumplimiento de los requisitos propios de la vía procesal intentada -o incluso reconducirla por otro medio procesal si se considerara más apto- pero no posibilita obviar la inexistencia de "caso" o "causa." judicial.

- Es cierto que hay gravedad institucional, pero no es exactamente la invocada en la presentación (supuesta imposibilidad del H. Senado de sancionar leyes que no pueden ser aprobadas por el Presidente por vía de Decretos de Necesidad y Urgencia), sino la afectación del sistema republicano por la alegada falta de funcionamiento de una de las Cámaras del Congreso con la subsecuente imposibilidad de: a) sancionar todo tipo de leyes, y b) ejercer las funciones de control constitucionalmente asignadas.

- El Senado no solo puede sino que debe sesionar para poder cumplir con su rol constitucional. Debe hacerlo con las modalidades que el propio Senado establezca, y con el temario que el propio Senado determine, porque está en período de sesiones ordinarias.

- El principio de colaboración entre los poderes del Estado, que se invoca frente a la inédita situación planteada por la proyección de la pandemia en la vida institucional del país, justifica que la Corte -sin invadir competencias ajenas y sin prejuzgar a futuro- formule algunas consideraciones adicionales, recordando cuales han sido sus criterios jurisprudenciales.

- El trabajo no presencial de los miembros del Senado no está previsto en la Constitución porque no podía pedírsele a los constituyentes, originarios o reformadores, que imaginaran un futuro (o este futuro) tecnológico, respectivamente. Pero **que no esté previsto no significa que esté prohibido**. [Las negritas me pertenecen].

- La Constitución Argentina tiene todas las respuestas a las posibles incertidumbres jurídicas, aun (o con mayor razón aún) en momentos de crisis. Solo hay que empeñarse en encontrarlas. Incumbe al Senado y no a la Corte decidir si aquel debe sesionar en lo sucesivo de modo presencial o no presencial, y -en este último caso- si para hacerlo es necesario interpretar o modificar su reglamento de funcionamiento.

- Incumbe al Senado y no a la Corte decidir si aquel debe sesionar en lo sucesivo de modo presencial o no presencial, y -en este último caso- si para hacerlo es necesario interpretar o modificar su reglamento de funcionamiento.

7. El Juez Rosatti ha creído necesario destacar que distintos protagonistas de la escena nacional han colocado a la petición como una competencia entre los que quieren y los que no quieren que se sancione una ley de naturaleza tributaria que ni siquiera se ha presentado y cuyos términos -por lo tanto- se desconocen. Con ello, afirma, se ha pretendido colocar a la Corte, a partir de una consulta sobre la interpretación de un reglamento, en el centro de un debate de carácter ideológico, trasladándolo desde el lugar en el que debe darse (el Parlamento)⁴ hacia el lugar donde no debe darse (el Poder Judicial). Es preciso recordar, agrega, la célebre cita del juez Frankfurter sobre la conveniencia de que *el debate sobre lo sabio de lo resuelto por la autoridad legislativa sea realizado ante la opinión pública y las asambleas legislativas, en lugar de transferir dicho concurso a la arena judicial*. Cita "To fight out the wise use of legislative authority in the forum of public opinion and before legislative assemblies, rather than to transfer such a contest to the judicial arena, serves to vindicate the self-confidence of a free people". Juez Félix Frankfurter, Suprema Corte de Estados Unidos de América, *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

Se interroga: ¿Qué pueden controlar los jueces del proceso parlamentario (presencial o no presencial) que se siga en el futuro? Y responde: Lo mismo que han controlado hasta ahora, conforme a su histórica jurisprudencia recientemente ratificada, a saber: en cuanto al procedimiento de gestación, la concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la

⁴ Estrictamente, Argentina no tiene parlamento y sí Congreso que no son lo mismo; este último propio del sistema presidencial.

creación de las leyes; en punto a su contenido, su concordancia con el orden jurídico jerárquico que emerge de la Constitución Nacional. Y “¿Cuándo pueden los jueces controlar una norma?” Una vez que la misma ha sido sancionada, nunca antes. Huelga decir, aunque si se lo piensa mejor hay que decir que no huelga, y por lo tanto decirlo, que lo resuelto por el Alto Tribunal no implica avalar ni invalidar apriorísticamente ninguna norma futura que se sancione, presencial o no presencialmente.

Resulta algo curioso este otro párrafo: “Que, para finalizar, corresponde aclarar que nada de lo dicho deberá interpretarse en desmedro de nadie, ni de la autoridad presentante, ni del oficialismo ni de la oposición parlamentaria, ni de los analistas del derecho y/o la política, sino entenderse como una contribución institucional al inédito cuadro de situación que se atraviesa”.

8. El “Resuelve” de este voto está concebido así: 1. Declarar que la presentación formulada no corresponde a la competencia de esta Corte, prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, por inexistencia de caso. 2. Hacer saber al Honorable Senado de la Nación, por medio de su Presidenta, que ha ejercido su representación en esta demanda, las consideraciones colaborativas obrantes en el ítem.

Adviértase la diferencia con lo que se resuelve en voto inicial según señalé antes; obviamente, se impone por el número aquella resolución.

III. COMENTARIOS

1. El fallo parece contradictorio en sí mismo y los que aparentan ser variados *obiter dicta* a los que generosamente recurre, en rigor, se adentran al tratamiento de la cuestión que se ha entendido, sin embargo, inadmisibles de un modo unánime. No es en sí misma una curiosidad porque el Tribunal ha apelado en repetidas ocasiones a este medio para dejar sentada una determinada opinión sin que integre el *thema decidendum*, es decir

argumentos complementarios, prescindibles pues sin ellos la sentencia sería autosuficiente.⁵

He escuchado y leído distintas opiniones que resaltan que la Corte aquí ha recurrido a los *obiter*; creo, en cambio, que los argumentos a los que se alude como tales –dichos de paso- estrictamente no lo son en el voto de la Jueza Highton de Nolasco en conjunto con los jueces Maqueda y Lorenzetti porque allí encuentran canalización en la parte resolutive.

Del mismo modo las opiniones se han dividido respecto de los alcances de este fallo. No escapó a la percepción del Juez Rosatti el marco de conflictividad política en que se debió pronunciar la Corte, lo que me precisa a detenerme algún instante en aspectos de dicha competencia política desde que se prolonga acerca de cómo debe entenderse lo resuelto por la Corte. El Presidente de la Nación apreció que "Fue un fallo de gran inteligencia jurídica", Y añadió que "La Corte no dejó dudas de que el Congreso puede sesionar a distancia". Y advirtió 'aunque no es tema de mi competencia' añadió que "Se movió con mucha inteligencia, porque resolvió el conflicto".⁶ De otras veredas se han afirmado conclusiones dispares. Un medio en grandes letras puso este título: "Tensión entre poderes: La Corte Suprema le responde a Cristina

⁵ Puse de relieve este recurso de la Corte en una nota a otro fallo [HEREDIA, J. R., "CUESTIONES ELECTORALES EN RECIENTES FALLOS DE LA CORTE SUPREMA. EL SISTEMA DE 'LEMAS' O DOBLE VOTO SIMULTÁNEO" (V. CUADERNOS DE DERECHO PUBLICO - VOLUMEN 7, 2019, PP 36-55, publicación de la Universidad Católica de Córdoba)]. La Corte se pronunció en una demanda de inconstitucionalidad planteada por la UCR de Santa Cruz en contra de la ley de lemas imperante en esa provincia, concluyendo en que no era inconstitucional con lo que resolvía el conflicto. Sin embargo se permitió criticar dicho sistema electoral desalentando su adopción con argumentos que me he permitido observar críticamente, los que pudieron omitirse sin que se alterara la decisión.

⁶ V. *Clarín*, edición de 27/04/2020. https://www.clarin.com/politica/dolar-carceles-ricardo-jaime-definiciones-alberto-fernandez_0_EHL1fouQ9.html

Kirchner y avisa que puede volver a intervenir en el debate sobre las sesiones virtuales”.⁷ Y en el texto, interpretando el fallo, afirma que la Corte “reconoce las atribuciones del Senado a regular su funcionamiento de modo virtual, pero advierte que deben respetarse ciertas ‘restricciones’ y ‘recaudos’ sobre cómo se debaten y sancionan las leyes”. Y anotició que “Cerca de uno de los jueces ponen un caso extremo: ‘Supongamos que regulan el voto remoto, pero en una sesión virtual se ve la imagen de (...) por (...) para votar. Alguien puede hacer una presentación y que se convierta en un caso judicial que finalmente llegue a la Corte”. Agregó: “También, claro, desde el Máximo Tribunal recordaron más allá del formato que tengan las sesiones, ‘cualquier ley que salga se puede cuestionar’ judicialmente. Pelea con final abierto e incierto” concluyó. El medio exhibía así su postura en la competencia política.

Pero lo cierto es que la Corte no ha dicho exactamente eso en el fallo ni puede “avisar” sus posiciones por otros medios que una sentencia ni reinterpretar sus pronunciamientos fuera de una decisión en concreto.

El mismo diario *Clarín* en la edición del 25 de abril de 2020 tituló: “**El pedido K para debatir el impuesto a los ricos – Coronavirus en la Argentina: por unanimidad, la Corte rechazó el pedido de Cristina Kirchner de validar una sesión virtual del Senado**”⁸. ¿Es esto exactamente así? Al debate político

⁷ V. Clarín, edición del 26/04/2020. https://www.clarin.com/politica/corte-suprema-responde-cristina-kirchner-avisa-puede-volver-intervenir-debate-sesiones-virtuales_0_KerkJ-NN1.html

⁸ El mismo diario *Clarín* en la edición del 25 de abril de 2020 tituló: “El pedido K para debatir el impuesto a los ricos – Coronavirus en la Argentina: por unanimidad, la Corte rechazó el pedido de Cristina Kirchner de validar una sesión virtual del Senado”. V. https://www.clarin.com/politica/fallo-corte-cristina-kirchner-dijo-congreso-puede-sesionar-virtualmente_0_T83jYSVTz.html [Advierto que he obtenido on line una captura de pantalla. La noticia ha desaparecido de la citada edición].

desencadenado acerca de ese proyectado impuesto le dedica el Juez Rosatti algunas líneas como resaltaré luego.

2. En otro orden se ha escrito lo siguiente sobre el fallo:⁹ “Finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló expresamente que el Senado pueda sesionar por medios virtuales, lanzando al sistema político-administrativo de la Argentina hacia el futuro”. Manifiesta que “debemos buscar mecanismos por los cuales la Corte pueda evacuar consultas graves y concretas de las cabezas de los otros poderes. Porque si no el sistema democrático se lastima en procesos de debate y consenso, que terminan cuando meses después el Poder Judicial dispara su bala de plata”. Añade que “Es necesario que cuando los titulares del Ejecutivo o del Legislativo tienen una duda razonable sobre un proceso en curso puedan consultar su opinión al máximo intérprete constitucional del sistema”. Luego dice: “Sabíamos que la Corte iba a rechazar, porque admitir y tramitar era demasiado innovador respecto a sus antecedentes. Lo que estaba en duda era si lo iba a hacer en tres líneas, diciendo que no hay caso ni competencia. O si iba a opinar igual sobre la pregunta, en lo que llamamos obiter dictum (decir algo que no hace al eje de lo resuelto)”. “Entonces la Corte dice: no corresponde tramitar este caso, pero por razones de responsabilidad en la situación que vive el país no podemos dejar de decir que sí, el Senado puede sesionar virtualmente”. Y concluye: “la Corte inauguró un camino que ya no se podrá desandar: el rol de control de constitucionalidad ahora agrega el de construcción de constitucionalidad, tarea preventiva cuando las crisis requieran un rol activo de los intérpretes constitucionales”.

¿Pueden extraerse estas conclusiones del pronunciamiento?

⁹ La jurisprudencia también es un relato, por Domingo Rondina en infobae, ed. 25/04/2020. Se aclara al pie de la publicación *El autor es abogado constitucionalista*. V. <https://www.infobae.com/opinion/2020/04/25/la-jurisprudencia-tambien-es-un-relato/>

Un reconocido constitucionalista,¹⁰ por su lado, ha efectuado estas apreciaciones sobre el fallo: la Corte “estableció un estándar inmerso en la cuarta revolución industrial. Sin esconderse en formalismos propios de un derecho constitucional analógico, habilitó la democracia digital y brindó una respuesta idónea para que el Congreso funcione ante los obstáculos que genera el COVID-19. (...) “El fallo es un triunfo del constitucionalismo digital frente al constitucionalismo analógico y de la dimensión sustancial del derecho frente al formalismo jurídico, que ahogado en la letanía del voto minoritario sigue repitiendo como un mantra hipnótico que la ley es la ley ante una pandemia que nos castiga globalmente como nunca antes sucedió en la historia de la humanidad”.

De nuevo ¿tienen sustento en el pronunciamiento tales consideraciones y conclusiones?

Intento responder con el mayor apego a los textos que examino.

3. Por de pronto hay que establecer que el fallo contiene tres decisiones diferentes que parecen una sola. Desde luego, como ya lo he dicho, impera la de la mayoría que vota en primer término. Pero es necesario distinguirlas.

“La importancia de un fallo, por cierto, no depende de su extensión o atractivo teórico sino de lo que decide. No son los largos considerandos, la abundancia de citas, las arduas discusiones que ofrecen a sus lectores, en su voto, los magistrados individuales o los integrantes de un tribunal colegiado que un fallo sea importante. Lo que decide lo hace”. “...discernir una afirmación relevante en una sentencia de otra que no lo es implica enfrentarse con algunos

¹⁰ Andrés Gil Domínguez en *La Corte Suprema del siglo XXI habilitó la democracia digital* – V. infobae, ed. 25/04/2020 - <https://www.infobae.com/opinion/2020/04/25/la-corte-suprema-del-siglo-xxi-habilito-la-democracia-digital/>

obstáculos que entorpecen el análisis de las sentencias judiciales”.¹¹ De esto se trata aquí, establecer qué es lo relevante en el fallo bajo análisis.

De nuevo interesan estas enseñanzas de Gordillo: ““...Hay dos variantes — afirma— antiguas para analizar un fallo: a) prestar atención a lo que el fallo resuelve frente a un problema determinado, o b) prestar primordial atención a los argumentos que el fallo despliega, sin tener prioritariamente en cuenta lo que resuelve o el problema frente al cual se expresa. La segunda variante es la que se usa en forma exclusiva para preparar los sumarios de las colecciones o publicaciones de fallos; es también la forma en que muchos estudiantes de derecho, abogados y profesores de derecho los leen’.¹² Propondré aquí prestar atención a una y a otra variante.

Si fuese estrictamente cierto que la decisión comporta un rechazo a la pretensión deducida y nada más, sin ninguna otra consecuencia —y procuro mostrar que no es así-, entonces, quedan como un despliegue erudito las extensas consideraciones que preceden a la decisión que, por lo demás, como he anticipado, no es una sola o no está unívocamente concebida. Y en derecho las formas cuentan como el contenido. Por ello intento hacer notar que propiamente el fallo no contiene diversos *obiter* sino fundamentos que son recibidos de modo expreso en la resolución, salvo, sí, algunos señalamientos en el voto del Juez Rosatti en cuanto él incursiona de modo más explícito en aspectos de naturaleza política e ideológica.

Una porción importante de la sentencia está dedicada a subrayar, aunque no solamente, estas tres cuestiones esenciales, a saber: a) no hay caso, no media controversia y la Corte no es un órgano de consulta; b) además, no concurre un asunto de la competencia originaria de la Corte (art. 117, C. N.)

¹¹ GORDILLO, Introducción V-18. [Así citado en *Dicho sea de paso. Obiter dicta* por Ernesto E. Domenech (Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. 2014)].

¹² GORDILLO, Introducción: V-20) [Domenech, *op. cit.*].

que la alegada gravedad institucional –que sí existe- no puede allanar para su conocimiento por el Tribunal; c) la Corte no ejerce un control preventivo de constitucionalidad ni éste puede consistir en la injerencia en las potestades constitucionalmente autónomas de los otros poderes, entre éstas, la reglamentaria.

De otra parte, salvo el voto del Presidente del Tribunal, se advierte que el voto conjunto y el voto concurrente se han ocupado de subrayar, con abundante citas de precedentes y antecedentes históricos, las potestades y prerrogativas del Congreso; cuyo ejercicio le resulta privativo – constitucionalmente privativo- sin que la Corte, por esa razón, pueda válidamente inmiscuirse en el modo en que lo hace. Particular señalamiento hacen acerca del control del procedimiento de formación y sanción de las leyes para ejemplificar los alcances de esa potestad legislativa y las limitaciones del control de constitucionalidad en esta materia.

Los casos “Sojo” y “Elortondo” sentaron el modelo de control de constitucionalidad; en este último, de 1888, dijo la Corte veinticinco años después de su instalación [sus primeros integrantes juraron ante Mitre en enero de 1863]: “Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan ó no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles é involuntarios de los poderes públicos”. Obsérvese: “El control de constitucionalidad de las leyes, **que es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo**, que hace la Constitución,

y de la naturaleza esencialmente subordinada y limitada de este último, se halla especialmente consagrada por el artículo 3 de la ley de 16 de octubre de 1862 y artículo 21 de la Ley de Jurisdicción” [el destacado me pertenece].¹³

Yo no encuentro en este fallo más que una ratificación de nuestro modelo de control de constitucionalidad, adoptado del derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, represivo y no preventivo y limitado por la tradicional doctrina de nuestra Corte: "la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes, reconociéndose el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación" (Fallos: 333:1023) ratificada aquí con cita de este precedente. También “desde sus fallos inaugurales, este Tribunal mantiene como principio general que el ámbito de su control jurisdiccional no alcanza a las decisiones que otros Poderes del Estado adopten dentro de la esfera de competencia que la Constitución Nacional les asigna como propia y exclusiva” [del voto del Juez Rosatti].

¹³ Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo. 1888, Fallos: 33:162. La ley que se cita en primer término es la número 27 -ORGANIZACION DE LA JUSTICIA NACIONAL- y su artículo 3° dice: “Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”. La otra es la ley 48 -JURISDICCION Y COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES- que en su artículo 21 establece: “Los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los Tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido”. Este orden, como se sabe, fue normativamente [la jurisprudencia de la Corte ya lo había hecho en 1992] alterado en la reforma de 1994, artículo 75 (22, segunda disposición), C. N.

De esa suerte, me parece, no podríamos extraer como conclusión que “la Corte inauguró un camino que ya no se podrá desandar: el rol de control de constitucionalidad ahora agrega el de construcción de constitucionalidad, tarea preventiva cuando las crisis requieran un rol activo de los intérpretes constitucionales”. De nuevo cito al Juez Rosatti: “la Cámara de Senadores de la Nación tiene dentro de sus potestades la interpretación e integración de las normas constitucionales relativas a su funcionamiento, y específicamente aquellas relacionadas al procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, entre cuyos aspectos cabe incluir la ponderación de la modalidad de sesión presencial o por medios virtuales o remotos, aspectos que solo son susceptibles de control de constitucionalidad por el Poder Judicial en la medida en que se verifique una vulneración de los requisitos mínimos e indispensables para que exista la ley. **Esta verificación jurisdiccional exige necesariamente una ponderación posterior y no previa a su implementación, y la existencia de un caso o controversia que habilite la actuación de los tribunales de la Nación, en el marco de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional**” [el destacado es mío].

4. Expresamente las tres decisiones que he señalado rechazan la acción de certeza promovida; lo dicen así: I. El Juez Rosenkrantz “...se resuelve rechazar in limine la presentación efectuada”. II. Los jueces Maqueda y Lorenzetti y la Jueza Highton de Nolasco: “...se resuelve que el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada”. III. El Juez Rosatti: “...se Resuelve: 1. Declarar que la presentación formulada no corresponde a la competencia de esta Corte, prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, por inexistencia de caso. 2. Hacer saber al Honorable Senado de la Nación, por medio de su Presidenta, que ha ejercido su

representación en esta demanda, las consideraciones colaborativas obrantes en el ítem III”.

Queda claro de la sola lectura que conviven tres decisiones y que priva la indicada como número II. En definitiva lo que ha resuelto la Corte por mayoría es que el Senado puede interpretar su Reglamento para incorporar las sesiones virtuales; esto importa tanto como decir que si se incorporan son tan válidas como las presenciales. Ha señalado la mayoría: **la Constitución no ha previsto las sesiones remotas o virtuales pero no las ha prohibido**. El Juez Rosatti en su voto concurrente incluye la reforma del reglamento, además de su interpretación : “Incumbe al Senado y no a esta Corte decidir si aquel debe sesionar en lo sucesivo de modo presencial o no presencial, y -en este último caso- si para hacerlo es necesario interpretar o modificar su reglamento de funcionamiento”.

No parece tampoco posible sostener que este fallo inaugura una *democracia digital*; en todo caso, si ella existiere así no habría nacido ahora. En rigor, tendría tanta antigüedad como la misma Constitución. Y con ello no estoy aplaudiendo la aseveración del Juez Rosatti: “La Constitución Argentina tiene todas las respuestas a las posibles incertidumbres jurídicas, aun (o con mayor razón aún) en momentos de crisis. Solo hay que empeñarse en encontrarlas”. Porque el problema será siempre el alcance de los empeños y sus autores.¹⁴

¹⁴ “la interpretación jurídica no puede ser reducida a una labor intelectual en lo que se aspira únicamente es a encontrarle el significado a las normas. La idea de que existe un intérprete que se enfrenta en su soledad a una norma jurídica, e intenta arrancarle el significado de lo que esa norma jurídica tiene en el ordenamiento jurídico, es una idea con bajos niveles de corrección, pero no puede ignorarse que es una idea fuerza que está muy arraigada en los escenarios de la actividad judicial” [Juan Antonio Pabón Arrieta - Alfredo Torres Argüelles *La interpretación jurídica en el litigio estratégico en defensa de los derechos humanos en Colombia*, ADVOCATUS | VOLUMEN 14 No. 27: 135 - 152, 2016 | UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL | BARRANQUILLA].

5. Me ocupo de las líneas que el Juez Rosatti ha dedicado a señalar la cuestión política-ideológica que ha enmarcado la presentación y los debates sobre ella. Dice que “se ha pretendido colocar a la Corte, a partir de una consulta sobre la interpretación de un reglamento, en el centro de un debate de carácter ideológico, trasladándolo desde el lugar en el que debe darse (el Parlamento [*sic*]) hacia el lugar donde no debe darse (el Poder Judicial)”. Básicamente se refiere al anunciado proyecto de una ley con el objeto de gravar determinada exteriorización de riquezas –comúnmente llamado “impuesto a los ricos” o “a la riqueza”- que no había sido presentado a la fecha del fallo y todavía no se ha presentado (30 de abril de 2020), lo que, además, solo debería hacerse por la cámara de Diputados que ostenta iniciativa en la materia [artículo 52, C. N.]. Es verdad que de un lado se ha sostenido que se pretendía impedir la sanción de dicho proyecto de ley al anticipar que desde la oposición se pergeñaba una eventual impugnación a las sesiones virtuales, cuestión que subyace en la presentación ante la Corte y se explicitó a través de diversos medios. Así, se deja constancia en el fallo que se expone recurrentemente en la presentación (especialmente a fs. 5 vta., 6, 9 y 11/11 vta.) que la gravedad de la situación que la motiva radica en la imposibilidad de dictar una ley tributaria que intente atender el contexto social y económico derivado de la actual emergencia sanitaria, ya sea porque los integrantes del H. Senado no pueden sesionar de manera presencial en razón de las medidas de aislamiento vigentes, como también porque una norma de esa naturaleza no podría ser sancionada mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia dictado por el Poder Ejecutivo, en razón de la prohibición constitucional. Como es verdad que desde otro lado se adujo que esa presentación tenía un afán solo político y que se pretendía con ella avalar anticipadamente ese impuesto. El diario *Clarín*, por ejemplo, en la edición citada se refirió, ya dictada la sentencia, al “pedido K para debatir el impuesto a los “ricos” anoticiando su supuesto rechazo. Ello así,

menciona el Juez que “distintos protagonistas de la escena nacional han colocado a la petición que se analiza **-desbordando inclusive las previsiones del propio escrito de demanda-** como una competencia entre los que quieren y los que no quieren que se sancione una ley de naturaleza tributaria que ni siquiera se ha presentado y cuyos términos -por lo tanto- se desconocen” [destacado mío].

Y remata entonces preguntándose “¿Qué pueden controlar los jueces del proceso parlamentario (presencial o no presencial) que se siga en el futuro?” Y contesta: “Lo mismo que han controlado hasta ahora, conforme a su histórica jurisprudencia recientemente ratificada, a saber: en cuanto al procedimiento de gestación, la concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de las leyes; en punto a su contenido, su concordancia con el orden jurídico jerárquico que emerge de la Constitución Nacional ¿Cuándo pueden los jueces controlar una norma? Una vez que la misma ha sido sancionada, *nunca antes*” [bastardillas en el original]. **Esto es, el control represivo de constitucionalidad, nunca preventivo.**

6. Conviene subrayar la potestad judicial en materia de revisión de los procedimientos de sanción de las leyes porque advierto en el fallo citas algo contradictorias. Está claro que los jueces no pueden –no deben- sustituir al legislador pero sí impedir que se transgreda el procedimiento para la formación y sanción –constitucional- de la ley. No lo dice aquí la Corte pero habrá de recordarse que la Constitución regula en un capítulo específico, con esa denominación, *la formación y sanción de las leyes* [arts. 77 y ss.]. Y el resguardo de **toda** la Constitución es propio del poder judicial, de cualquier juez por el carácter difuso de nuestro modelo de control de constitucionalidad –y de convencionalidad- y en último grado, el más alto, competencia de la Corte. Y ella se ha ocupado del tema, en una evolución que merece destacarse. Creo

que, como lo había señalado en otro trabajo,¹⁵ el tratamiento del mismo debe seguir el orden que dejó señalado el Juez de la Corte Suprema, Dr. FAYT, a los fines de la admisión del recurso extraordinario federal. En primer lugar, si se trata de una cuestión justiciable; luego, resuelta afirmativamente ésta, deberá dilucidarse si los peticionarios cuentan con legitimación para reclamar en el sentido en que lo hacen en concreto, por ejemplo, la nulidad de un proyecto de ley. En relación con el primer punto, corresponderá dilucidar si las denunciadas, en su caso, infracciones a los artículos 77 y siguientes de la Constitución Nacional, que pudieran registrarse en el procedimiento de formación y sanción de la ley, pueden ser objeto de debate judicial. Recordó, el Dr. FAYT –en el sentido en que lo habían hecho otros jueces en el mismo precedente, aunque con diversa solución para el caso- que durante un extenso período el Tribunal rehusó conocer de toda una gama de cuestiones que denominaba genéricamente políticas, postura que no fue mantenida y a ella sucedieron pronunciamientos dictados en temas muy diversos. Citó, entonces, que, lisa y llanamente, la Corte entró a conocer en causas que se referían al desenvolvimiento de la vida de los partidos políticos (Fallos: 307:1774 y sus citas), trató el tema de si era admisible la presentación de un candidato independiente para diputado nacional (Fallos: 310:819) y revisó resultados electorales al dejar sin efecto resoluciones de juntas electorales provinciales (Fallos: 308:1745). Y se refirió en concreto a que una muy particular cuestión que mantuvo al margen de su conocimiento fue la referida al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes.

Citó: “En el caso registrado en Fallos: 256:556 la mayoría del Tribunal sostuvo la irrevisibilidad judicial de dicho proceso, mas condicionó tal conclusión al

¹⁵ V. HEREDIA, J. R., *DESORDEN SOCIAL Y DERECHO - NOTAS SOBRE EL AMPARO, MEDIDAS CAUTELARES Y EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD* en revista pensamiento penal, [DOCTRINA37129.PDF](#) .

supuesto de actuación legítima del Congreso dentro de los límites constitucionales, advirtiendo en consecuencia, que el principio debería ceder en la medida en que demostrara la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley (considerando 3°)". Y agregó el Juez FAYT que sólo debe considerarse ley a aquella que lo es en sentido constitucional, para lo cual debieron seguirse las formalidades previstas en la Constitución Nacional. Añadió que "Negar la posibilidad de controlar el cumplimiento de esos requisitos so pretexto de la existencia de una decisión del Congreso que no los cumple y a la que se ha denominado 'ley' equivale a impedir tal control en forma absoluta consagrando como válida la mayor ilegalidad que es, justamente, la violación de la Constitución Nacional".

En punto a la legitimación –no cuestionada en el presente fallo-, no ya de un legislador sino de todo ciudadano, recordó que la Corte había sostenido: "Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé" (Fallos: 313:594, considerando 21, disidencia del doctor Fayt; en sentido concordante Fallos: 306:1125)".¹⁶

Sobresale culminante este pronunciamiento: "La Constitución no admite la validez de una voluntad mayoritaria expresada sin respetar los principios del estado de derecho ni les permite derogar principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. / La Democracia es Constitucional, y por ello la función de esta

¹⁶ Voto del Juez Fayt en disidencia in re "Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. Feria 5/94) s/ am paro". P. 304. XXVII; 07-04-1994; T. 317 P. 33. Puede verse también Fallos 324:3358 en que la Corte declaró expresamente justiciable la cuestión vinculada con el rechazo por la Cámara del diploma de un Diputado nacional

Corte en este caso se dirige a garantizar la vigencia de principios regulativos del modo en que expresan las mayorías. / El escrutinio judicial de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas” [CS, 13-07-2007; T. 330. P. 3160].

7. Resulta de cuanto viene de decirse que la Corte ha dado una respuesta al interrogante planteado en estos términos en el escrito de inicio de la acción declarativa de certeza: "*¿Es constitucionalmente posible que tal como lo establece el art. 30 del Reglamento de la H. la Cámara de Senadores sesione mediante medios digitales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID19?*" La solución se encuentra en el mismo artículo 30 del Reglamento de la Cámara de Senadores en cuanto establece que 'Los senadores constituyen Cámara en la sala de sus sesiones y para los objetos de su mandato, **salvo en casos de gravedad institucional**'. Admite el Tribunal la concurrencia de la gravedad institucional. Téngase en cuenta que en el considerando 2º) del voto conjunto se comienza destacando "el contexto absolutamente extraordinario en el que se inscribe la acción que inicia la Presidenta del Senado de la Nación..." y que la emergencia actual puede frustrar el funcionamiento del Congreso Nacional, y por esa vía afectar el sistema de gobierno republicano que establece la Constitución Nacional. Y el Juez Rosatti ha subrayado que la gravedad de la situación deviene de la alegada falta de funcionamiento de una Cámara del Congreso, en el no funcionamiento de una institución irremplazable y su afectación al sistema republicano de gobierno, previsto en el artículo 1º y cc. de la Norma Fundamental. Ello configura un supuesto de gravedad institucional...

Remarca la Corte que aun en los episodios más difíciles de la construcción de las instituciones de nuestro país se procuró asegurar el funcionamiento del Congreso. Y recuerda que en ocasión del alzamiento en armas del Gobernador Carlos Tejedor contra la autoridad nacional, el Presidente Nicolás Avellaneda

ordenó por decreto del 4 de junio de 1880 mudar la sede del gobierno nacional fuera de los límites de la ciudad de Buenos Aires.¹⁷ También convocó a los miembros de ambas cámaras del Congreso Nacional y a los ministros de la Corte Suprema a seguir esa senda; es así que, en medio de una altísima tensión política y social, tanto el Senado como la Cámara de Diputados sesionaron durante varios meses -hasta el 29 de septiembre- fuera de la sede del Congreso, en el pueblo de Belgrano, asegurando la continuidad del funcionamiento de las instituciones representativas en circunstancias dramáticamente excepcionales.

Estos tramos del fallo van mostrando que la Corte no solo no se desentendió del planteo sino que fue orientando la solución. Dice, según cité antes “140 años después, la parálisis causada por la pandemia exige de las instituciones de la República el desarrollo de los mecanismos que sus autoridades consideren necesarios para asegurar la permanencia de sus tareas”. Y referencia algunos de esos mecanismos imaginados y adoptados en distintos países y en algunas de nuestras provincias.

Ya no es necesario continuar. Está claro que la Corte con cuatro votos ha dejado señalado el camino para que el Senado avance en sesiones remotas o presenciales o mixtas o adopte otras soluciones; y lo ha hecho pese al rechazo de la acción intentada que es lo que han resaltado medios, periodistas y opositores políticos y aun juristas sin mayor lectura de la decisión.

¹⁷ Hay que recordar que por entonces los presidentes eran huéspedes de la Provincia y no tenían territorio federal. Entre junio y octubre de 1880 la localidad de Belgrano fue capital provisoria de la República y sede de las autoridades nacionales. La capitalización de Buenos Aires sucedería después con lo que se cerraron los setenta años para cumplir con uno de los dos objetivos de la Revolución de Mayo, organizar el país. Cómo se hizo es ya otra historia. El 20 de septiembre de 1880, el Congreso Nacional, aún reunido en Belgrano, sancionó la Ley propuesta por Avellaneda y declaró a la ciudad de Buenos Aires, Capital de la República.

8. La Corte deja establecido asimismo que la emergencia no autoriza a prescindir de la Constitución; antes por el contrario exige acaso mayor apego a sus disposiciones. Bien destacó el juez Petracchi como integrante de la Corte: "La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia. Sus concesiones de poder al gobierno federal y sus limitaciones del poder de los Estados fueron determinadas a la luz de la emergencia, y ellas no son alteradas por la emergencia" *Home Building and Loan Assn. v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, cuya doctrina sigue esta Corte en Fallos: 172:21".

Obsérvese lo que se dijo en el citado fallo de la Corte de los EE. UU de Norteamérica: "La emergencia no puede dar vida a un poder que nunca ha existido..." (...) "...Así el poder de guerra del gobierno federal no es creado por la emergencia de la guerra, sino que es un poder dado para hacer frente (o combatir) esa emergencia... Pero, ni aún el poder de guerra deroga (o remueve) las limitaciones constitucionales que protegen las libertades esenciales..."

9. Me interesa incorporar una última consideración. Las diversas competencias, que coexisten en un sistema federal, adoptan hoy distintas medidas para proteger a las personas de las consecuencias de la pandemia y no siempre se encuentran coordinadas y muchas veces desbordan esas competencias y lesionan derechos. La Corte se ha referido aquí a *la delicada armonía que debe gobernar la división de poderes*; me ha parecido oportuno recordar al Maestro Pedro J. FRÌAS que nos enseñó la utilidad inmejorable de la concertación, mucho más noble que la imposición. Porque creo que en estas difíciles horas debe reinar la cooperación entre los poderes, el federalismo de concertación, que nos indica cómo asociar competencias dispersas para que cada una no actúe insularmente, amenazando constantemente nuestro

régimen federal de gobierno, y también como otro medio de control del poder que siempre puede desviarse hacia el autoritarismo.

Digo en el final que es notable que desde una cuestión estrictamente reglamentaria –interpretación del reglamento del Senado de la Nación- haya podido expandirse de las más diversas formas, según el opinador o comentador, una sentencia que en rigor bien pudo tener tres líneas. Pero por fortuna ha querido la Corte poner de relieve las más importantes cuestiones constitucionales que hacen a las relaciones entre los poderes del Estado, a sus potestades, autonomías e independencias.

Las sesiones remotas u otras soluciones alternativas no podrán cuestionarse en el futuro –a lo menos ante la Corte así integrada- si el Congreso, sus cámaras, decide válidamente hacerlo de ese modo, no por esta razón solamente.