

CAPÍTULO OCTAVO

EL ESTADO EN TIEMPOS DE EMERGENCIA

Si tomamos como punto de partida para el análisis de las emergencias constitucionales en Argentina la transición a la democracia iniciada en la década de los ochenta, podríamos comenzar realizando las siguientes afirmaciones:

- a) El estado de sitio previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional, de uso abusivo en la etapa anterior, ha sido escasamente utilizado (una vez durante la presidencia de Alfonsín y al final de la presidencia del doctor De la Rúa). Sus alcances han sido reglamentados en la ley de *habeas corpus* y en la reforma constitucional de 1994, determinándose un control judicial amplio.
- b) La intervención Federal, el otro instituto de emergencia contemplado en el artículo 7o. de la Constitución histórica, fue materia de limitación en la reforma constitucional, aclarándose que sólo puede ser declarada por ley del Congreso. Durante la presidencia de Alfonsín no hubo intervenciones federales. Durante la presidencia de Menem se intervino Corrientes y Santiago del Estero. Durante la actual presidencia del doctor Kichner se intervino Santiago del Estero, llegándose a convocar un proceso de reforma de la Constitución provincial que fue suspendido por una medida cautelar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con respecto a estos dos institutos puede concluirse que si bien no han sido particularmente materia de abusos y excesos en los últimos años, sí lo fueron a lo largo de nuestra historia inconstitucional, contribuyendo a la concentración de nuestro hiper presidencialismo hegemónico,⁹² Los golpes militares, y todos los partidos políticos abusaron a su

⁹² Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 63. Ha destacado especialmente ese aspecto de esos institutos de emergencia.

tiempo de esas dos instituciones. Cabe agregar que durante la vigencia de la Constitución peronista de 1949 rigió el denominado “estado de prevención y alarma” que tenía alcances menos severos y menor duración que el estado de sitio —aunque nunca llegó a utilizarse—. Sí, en cambio, se dictó la *Ley marcial* un instituto no previsto en la Constitución y que también fue utilizado en alguna oportunidad en los Estados Unidos, consistente en someter a ciudadanos civiles a la jurisdicción de tribunales militares.⁹³

Hechas esas aclaraciones, desde la recuperación de la democracia a la fecha ha tenido marcado protagonismo la llamada emergencia económica y social, ya existente entre nosotros desde hace muchos años, pero que alcanzó nuevos desarrollos doctrinarios, jurisprudenciales y hasta institucionales con motivo de las recurrentes crisis económicas.

Hace ya muchos años que el principal inspirador de la Constitución argentina, Juan Bautista Alberdi explicara la naturaleza de las crisis: “Las crisis son un mal moderno nacidas y coetáneas del crédito... Nacen del pánico y del escepticismo, más que de la destrucción de capital efectivo. Se curan naturalmente por el renacimiento de la confianza, es decir de la creencia, del crédito. Desde que el pueblo cree, ya tiene fondos y recursos...”⁹⁴

Las crisis han sido frecuentes entre nosotros, Umberto Eco dijo que “de tanto hablar de crisis se ha puesto en crisis el concepto de crisis”. Nosotros podemos decir que con nuestro remedio de las emergencias hemos hablado tanto de emergencia, que se ha puesto en emergencia el propio concepto de emergencia.

En función de tales crisis y de las frecuentes *emergencias* declaradas para remediarlas, se pueden mencionar las siguientes comprobaciones:

- a) Reflejan el retraso económico relativo de nuestra región.
- b) Demuestran el desigual avance de los derechos económicos sociales y culturales frente a los derechos civiles y políticos. Un estudio del latinobarómetro sobre 18 países de América Latina permite arribar a tales conclusiones en términos de la llamada *pérdida de calidad de la democracia*.

⁹³ García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

⁹⁴ Alberdi, Juan Bautista, *Escritos póstumos*, Universidad Nacional de Quilmas, t. I.

- c) Remarcan la influencia de la crisis de la deuda externa, la aplicación de las recetas de los organismos internacionales de crédito y la reforma del Estado.
- d) La política de privatizaciones y de reforma del Estado en la década de los noventa se fundó en un criterio neodecisionista que justificó el forzamiento de distintos instrumentos legislativos para adoptar un modelo de democracia delegativa.

En realidad, la doctrina y la jurisprudencia de la emergencia en lo económico y social tiene sus comienzos en la Argentina a partir de las primeras décadas del siglo pasado, como consecuencia de tener que atender a las necesidades y requerimientos que planteaba el Estado social de derecho con un texto constitucional de raigambre demoliberal individualista.

En el largo inventario podemos incluir a la Ley 9481 de 1914, que suspendió el patrón oro en la moneda convertible; la Ley 12.591 fijando precios máximos por razones derivadas de la Segunda Guerra Mundial y que fuera fundada en el adagio *salus populi suprema lex est*; el Decreto 1380/43 sobre moratorias hipotecarias y fijación de intereses fundadas “en graves perturbaciones sociales”; las prórrogas de locaciones urbanas y reducción de alquileres; la Ley 16.739 suspensiva de sentencias de desalojo. El Decreto 36/90 implantando una moratoria de diez años sobre depósitos a plazo fijo; la Ley 23.696 de Reforma del Estado y 23.697 de Emergencia Económica; el Decreto de Necesidad y Urgencia 1570/01, estableciendo el llamado “corralito financiero” para la indisponibilidad y cobro programado de los depósitos bancarios; la Ley de Emergencia Económica 25.561 y los Decretos de Necesidad y Urgencia 214, 320, 905 y 1316 vinculados con la pesificación y el reordenamiento del sistema financiero.

El profesor Sagüés ha distinguido entre las llamadas emergencias sustanciales en la medida en que suspendan o restrinjan derechos individuales, y las emergencias procesales que suspenden las acciones o establecen plazos.⁹⁵

Fue a partir del *leading case Ercolano* (1922) que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se fundó en la doctrina amplia o extendida del *police power* siguiendo los lineamientos de la Suprema Corte de los Estados Unidos a partir del caso “*Munn vs. Illinois*” (1877) que abandonó

⁹⁵ Sagüés, Nestor Pedro, “Derecho constitucional y derecho de emergencia”, *La Ley*, sec. Doctrina, 1990, p. 1037.

el criterio estricto de interpretación del poder de policía restringido de la era “Lochner” limitado a las razones de seguridad, moralidad y salubridad pública. Un reciente libro del profesor Santiago Legarre analiza esas relaciones entre poder de policía y moralidad.

Mientras la nueva jurisprudencia norteamericana iba abriendo los cauces hacia la posterior aplicación del *New Deal*, en el año 1934, la Corte Suprema Argentina, en el caso “Avico” sigue el precedente de Home Building y refiriéndose al derecho de propiedad manifestará que la concepción de un derecho absoluto es una concepción antisocial. En “Russo vs. delle Donne” fijará la propia corte con precisión los límites y alcances de esa doctrina del poder de policía en la emergencia:

- 1) La emergencia debía ser declarada por ley.
- 2) Debía perseguir objetivos generales o una finalidad social.
- 3) Debía existir una adecuada proporción entre medios y fines.
- 4) Debía quedar sujeta al control de razonabilidad de los jueces.

En consecuencia, resulta menester realizar dos precisiones:

- a) Mientras el Estado de sitio y la intervención Federal eran institutos de emergencia, la emergencia económica y social era una construcción pretoriana fundada en la doctrina de la suprema corte de los Estados Unidos sobre el poder de policía ampliado.
- b) La elaboración de una doctrina con límites precisos respondía a la pretensión de ubicar la emergencia dentro y no fuera de la Constitución. A ese propósito se dirigían tanto la doctrina del poder de policía como la llamada interpretación dinámica de una Constitución de matriz liberal que iba siendo desafiada por los problemas del Estado social de derecho.

La preocupación de la Corte Suprema se manifestaba en la necesidad de distinguir la emergencia dentro de la Constitución, prevista en institutos o sujeta a límites precisos, como la *dictadura comisoria* referida por García Pelayo o la *dictadura constitucional* de Carl Friedrich. Frente a esa posición aparece la emergencia fuera de la Constitución, que el italiano Pietro Pinna denomina *crisis constitucional* y que no encuentra fundamento en el orden normativo sino en una causa externa.⁹⁶

⁹⁶ Pinna, Pietro, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milán Giuffrè, 1988.

En la Argentina, la doctrina de *facto* surgida de la Acordada de la Corte de 1930, al fundarse en el “derecho de la revolución triunfante”, se incluye en esa categoría que algunos autores como Rafael Bielsa justificaron desde la doctrina de la necesidad con base ética de máxima, de modo que la propia necesidad justificaría la adopción de tales medidas. Entendemos que tal tesis encuentra en la Argentina claros preceptos constitucionales que la vedan como los artículos 22, 29 y 36 del texto fundamental.

La tesis decisionista defendida por Carl Schmitt, entendiendo la emergencia como la facultad de legislar sobre lo excepcional, también se encuadra en esa categoría que explícitamente rechazamos.

Los límites constitucionales a la emergencia tienen fundamento supranacional en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando establece que las garantías y algunos derechos no pueden restringirse, ni aun en casos de estados de excepción. Dos opiniones consultivas de la propia Corte Interamericana, la 8 y la 9, han señalado que las garantías comunes en los países de la región que no pueden suspenderse son el *habeas corpus* y el amparo.

La Corte Suprema Argentina ha distinguido la suspensión de los derechos, que sería admisible temporalmente durante la emergencia, de la frustración o vulneración de los derechos individuales o de los principios estructurales del sistema que en ningún caso es admisible. El elemento de la temporalidad puede distinguir cuándo hay suspensión y cuándo frustración del derecho. De ese modo se registran emergencias por treinta días (Ley 9481) como de veinte años en el caso del decreto-ley 1380/43 en materia de alquileres.

También la Corte ha dicho que la emergencia deriva de situaciones de carácter físico (terremotos, epidemias), económico social, o político (revolución). Su naturaleza puede ser diversa. Siendo que lo tipifica la emergencia es su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos, y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para resolverla, en función de los intereses afectados, reglas que no son propias del derecho ordinario: acontecimientos extraordinarios dice la corte, reclaman remedios también extraordinarios.⁹⁷

Pero sucede que no hay límites suficientes para las emergencias: ellas encierran una contradicción radical. Su reconocimiento en las Constitucio-

⁹⁷ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental*, t. I, p. 197.

nes democráticas plantean un problema que podría definirse como “la cuadratura del círculo”. Efectivamente, entre el Estado de derecho y la emergencia existe una lógica inversamente proporcional.

El Estado de derecho tiene por característica fundamental la limitación racional del poder; primando en sentido kantiano los medios sobre los fines de modo que para Bobbio, el Estado democrático descansa sobre el respeto a reglas y procedimientos. La emergencia es finalista, pone su mirada en los objetivos y no en los medios para alcanzarlos. Será precisamente Maquiavelo en los *Discursos sobre la República de Tito Livio* quien primero, y con mayor amplitud desarrolle la tesis de la necesidad como fundamento del obrar de *El príncipe* que deriva en la *virtù*. Esa fundamentación de la *necitas* como *suprema potestas*, fundándose en el principio de autodefensa, llevará también a la fundamentación del Estado de necesidad en la razón de Estado.

Cualquier medio, moral o inmoral, lícito o ilícito queda justificado por la propia necesidad, que puede ser ilícita pero legítima por el hecho mismo fundante: la necesidad.

Los institutos de emergencia (dentro de la Constitución) aparecen contemplados por primera vez como tales en las restauraciones monárquicas. El artículo 14 de la Constitución francesa de 1814 asimilaba el poder excepcional de la emergencia con la soberanía, de modo que al ejercer el monarca su poder *de legibus solutus*, excedía al mismo tiempo la división de poderes. Ese argumento es utilizado por Carl Schmitt cuando señala que el ejercicio de la legislación excepcional es una consecuencia del ejercicio del poder soberano.

Los institutos de excepción aparecen en las Constituciones liberales de Italia y de España. En la primera cabe citar al Estado de asedio y la *decretazione d'urgenza*. En España, la Constitución de Cádiz de 1812 preveía la potestad del monarca de reglamentar las leyes, de donde tomará Alberdi la potestad reglamentaria del presidente argentino.

La reforma constitucional de 1994 incorporó dos nuevos institutos de emergencia referidos a las facultades paralegislativas del presidente de la nación. Se trata de los reglamentos de necesidad y urgencia y la delegación legislativa. Entre los autores argentinos que han estudiado en profundidad este tema, quiero citar a Alejandro Pérez Hualde, Mario Midón, María Angélica Gelli, Alberto García Lema, Eugenio Palazzo; y el libro de Lugones, Corcuera, Dugo y Garay, entre otros.

De ese modo, los cuatro institutos de emergencia de nuestra Constitución son:

- a) El Estado de sitio (artículo 23).
- b) La intervención Federal (artículo 6o.).
- c) La delegación legislativa (artículo 76).
- d) Los reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99 inciso 3o.).

La Constitución ha fijado sus límites, que en la práctica no se cumplen al estar pendiente la reglamentación, circunstancia que no ha obstado a su generalizada utilización al punto tal de poner en crisis el rol prioritario del Congreso en la formación y sanción de las leyes. Su inclusión en la Constitución fue la consecuencia de la necesidad de limitar el abuso de esos instrumentos durante la llamada *Reforma del Estado* durante la década de los noventa, cuando se estableció la práctica de delegaciones a partir de dos *leyes marco* originando una muy amplia actividad reglamentaria.

La mayoría de la Corte Suprema acompañó con sus fallos esa política económica, a través de diferentes pronunciamientos. En el caso “Rodríguez” referido a la privatización de los aeropuertos, sostuvo que el control de los reglamentos de necesidad y urgencia correspondía al Congreso y no a los jueces. Cabe aquí una reflexión sobre la insuficiencia de los controles judiciales sobre los procesos políticos planteado por el profesor Bruce Ackerman de la Universidad de Yale en su artículo titulado *The New Separation of Powers*.

Tal tesis es plausible para el control de la actividad política *lato sensu*, pero a nuestro entender, en el caso argentino la emergencia se da en la doctrina tradicional como un ejercicio *dentro* de la Constitución y a cargo del Poder Judicial como se ha puesto de manifiesto en pronunciamientos posteriores. Ello es también consecuente con la doctrina clásica en cuanto a que la emergencia no crea derecho ni puede alterar la división de poderes establecida por la Constitución, aun cuando puedan admitirse medidas excepcionales temporarias de mayor gravedad, acordes con la necesidad que la justifique.

Especialmente importante fue la doctrina del fallo “Peralta” (1990) en donde la Corte daría un paso más allá en la doctrina judicial de la emergencia en lo económico y social, al apartarse de su tesis anterior del poder de policía ampliado para fundamentar una medida excepcional de

reprogramación de pago con bonos de depósitos a plazo fijo, en el principio de supervivencia del Estado. Con tal doctrina, la corte saltó del poder de policía al Estado de necesidad, poniéndose en duda si la justificación de la emergencia estaba dentro o fuera de la Constitución.

La doctrina constitucional fue muy crítica en este punto, a diferencia de la doctrina administrativista, más influida por los modelos francés, italiano y español, y que pretendió justificar la utilización de facultades legislativas por la administración para superar la emergencia.

Peralta fue el *leading case* del proceso de reforma del Estado y es demostrativo de cómo la doctrina de la emergencia no solamente dio sustento teórico al tránsito del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho en el siglo pasado, sino también en el tránsito desde el Estado social a la aplicación de un modelo neoliberal en los noventa. Muchos otros fallos son demostrativos de la amplitud de criterio de la Corte para ejercer el control de constitucionalidad, como “Dromi” y “Cocchia”, entre otros.

A partir del año 2001, ya en otra década, sobrevendrá otra vuelta sobre la doctrina de la emergencia con motivo de la crisis vinculada a la salida tardía de la convertibilidad y la llamada pesificación de la economía argentina, que tendría su punto inicial en el Decreto 1570 que estableció el llamado “corralito financiero” consistente en una indisponibilidad y reprogramación de los pagos a los depósitos efectuados en cuentas bancarias de bancos nacionales y privados y que posteriormente darían lugar a una ley de emergencia económica y a una sucesión de decretos y delegaciones que fueron sucesivamente impugnados por ahorradores a través de la interposición de amparos y medidas cautelares.

En el caso “Smith”, la Corte resolvió una medida cautelar ordenando la devolución de los depósitos en dólares a los ahorradores. Lo hizo sin entrar en mayores análisis pero afirmando que las medidas adoptadas en el marco de la emergencia eran irrazonables y vulneraban el derecho de propiedad. Tal doctrina fue interpretada como una “vuelta” al control de razonabilidad abandonado en Peralta.

En el caso “Estado nacional vs. Provincia de San Luis” la Corte amplió los fundamentos e ingresó en un análisis más pormenorizado de la adecuación entre medios y fines, profundizando el criterio antes señalado. Los pronunciamientos se dieron en medio de avatares políticos y de pugnas entre la Corte y el gobierno que terminaron en una nueva integración de la Corte Suprema.

Más recientemente, en el caso “Bustos” la Corte avaló la pesificación y las medidas de emergencia adoptadas, en un pronunciamiento que adolece de argumentos constitucionales en su fundamentación. Se refleja la nueva integración del tribunal en donde prevalecen magistrados con formación en derecho común. Penal y civil, principalmente.

Este caótico periodo de nuestra historia reciente ha sido también materia de estudio por muchos autores entre quienes destaco a los doctores Antonio María Hernández, Julio César Rivera, Emilio Ibarlucía, Alberto Bianchi, Gregorio Badeni, Juan Carlos Cassagne, Andrés Gil Domínguez y María Angelica Gelli, entre otros

La doctrina institucionalista de la necesidad encuentra a la misma como fundamento fáctico de la emergencia, pero no como justificante de los medios que se empleen. Nuestra Corte Suprema ha demostrado la realización de un esfuerzo por encuadrar una emergencia *quasi*-perpetua dentro y no fuera de la Constitución.

Tales esfuerzos no pocas veces se lograron con un marcado forzamiento de instrumentos jurídicos que colocaron en un límite entre la frustración y la suspensión a los derechos constitucionales. El resultado negativo ha sido en términos de seguridad jurídica. Frente a ello es menester reformular algunos principios de interpretación, toda vez que el criterio de interpretación dinámica aplicado por la corte deja a nuestro criterio ciertos márgenes de discrecionalidad.

En un libro de reciente aparición, el doctor Augusto Mario Morello propone dos criterios para mejorar el funcionamiento de la Corte y dar mayor certeza a su actividad. Ellos son:

- a) El estricto respeto a sus propios precedentes; y
- b) Mantener la regla de la unanimidad o de importantes mayorías cuando se trata de resolver asuntos de gran trascendencia institucional. Tales aportes fortalecen el rol político del Alto Tribunal.⁹⁸

Por nuestra parte, entendemos que debe atenderse a las siguientes propuestas que formulamos para mejorar el nivel de certeza y previsibilidad de las decisiones judiciales vinculadas con la emergencia:

⁹⁸ Morillo, Augusto Mario, *La Corte Suprema en el sistema político*, Librería Editora Platense, Lexis Nexis, 2005.

- a) Los derechos económicos no pueden ser restringidos en su significado sustancial, el cual debe reestablecerse por vía interpretativa. La tesis actual de la Corte es que los derechos económicos pueden ser restringidos en aras del bienestar general.
- b) Los jueces deben tomar en consideración el efecto económico de largo plazo de las normas para evaluar su razonabilidad. La tesis actual es que los jueces no tienen incumbencia sobre los efectos económicos de las normas.
- c) La emergencia no habilita a avasallar la sustancia de los derechos económicos sin una adecuada compensación. La tesis actual es que la emergencia habilita a restringir los derechos todo lo que sea necesario para terminar con la crisis.
- d) La interpretación no puede alterar los principios ni la sustancia de los derechos reconocidos en la Constitución. La tesis actual es que la Constitución puede ser continuamente reinterpretada, al punto de modificarse su sentido sustancial.
- e) Se propugna el control judicial estricto de razonabilidad indagando la potencial afectación de otros fines en juego y la existencia de alternativas menos restrictivas para el logro del objetivo gubernamental, en adición al análisis de la vulneración de derechos constitucionales. La doctrina actual es el control superficial de razonabilidad medios-fines, en reemplazo del análisis de la vulneración de principios o derechos constitucionales.
- f) Interpretación restrictiva del poder de sancionar normas de alcance general por el Congreso. La tesis actual es permisiva con respecto a los llamados reglamentos de necesidad y urgencia.
- g) Las normas sólo pueden establecer desigualdades y discriminaciones cuando ellas estén fundadas en —y proporcionadas a— la existencia de diferencias objetivas y relevantes que las justifiquen. La tesis actual es que las normas pueden establecer desigualdades y discriminaciones, en tanto no sean arbitrarias u obedezcan a propósitos de ilegítima persecución o indebido privilegio.
- h) El derecho de propiedad no puede ser suspendido en su ejercicio sin indemnización. La tesis actual es que el derecho de propiedad puede ser restringido si sólo se suspende temporalmente su ejercicio.⁹⁹

⁹⁹ Kaufman, Gustavo Ariel, Pérez Pesado, César A. y Urbiztondo, Santiago, “La seguridad jurídica y el progreso económico”, Tesis, Grupo Editora, 1993.

Se busca, en definitiva, que el ámbito de lo discrecional, aun cuando persiga objetivos sociales, no empañe ni obstruya la dimensión racional del Estado de derecho basado en el apego a la ley como nota distintiva. Concluyo citando al distinguido doctor Diego Valadés en su obra *Problemas institucionales del Estado de derecho*. Afirmo Valadés:

El Estado de derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos, agregando que tal concepto encuentra sus fuentes filosóficas en Kant y Humboldt, quienes llegaron a la conclusión de que la acción estatal tiene como límite la salvaguardia de la libertad individual. En otras palabras, el Estado es una creación humana y el fin no justifica los medios.