

La emergencia en la Constitución Nacional de Argentina	3
I. Concepto	3
II. Emergencia y Estado de derecho	8
III. Clasificación de la emergencia y sus instituciones	11
IV. Breve análisis de las instituciones de emergencia en la historia institucional de nuestro país	14
1. Instituciones previstas por la Constitución . . .	14
2. Instituciones prohibidas por la Constitución: el artículo 29	45
3. Instituciones no previstas por la Constitución .	48
V. La decadencia de nuestro Estado de derecho y la imperiosa necesidad de subordinar las emergencias al orden constitucional	67

LA EMERGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE ARGENTINA

I. CONCEPTO

En el *Diccionario de la Lengua Española*, sobre la voz emergencia se indica que proviene del latín *emergens* y tiene dos significados: 1. “Acción y efecto de emerger”, y 2. “Suceso, accidente que sobreviene”.¹

A su vez, en el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* de G. Cabanellas-L. Alcalá Zamora, se expresa:

En correcto castellano la voz significa ocurrencia o accidente, y el hecho de brotar o salir del agua; sin embargo, por evidente anglicismo se le atribuyen los sentidos de urgencia, necesidad, alarma o excepción. Así, además de ser locuciones oficiales estado de emergencia y ley de emergencia, se habla de medidas de emergencia para referirse a las disposiciones provisionales en casos apremiantes para el bien público o la seguridad general.²

Tal como en la anterior definición se explica, este término deriva del inglés *emergency*, utilizado por el derecho anglosajón para referir a situaciones extraordinarias.

Efectuadas estas aclaraciones previas sobre el origen y significado del término, nos adentraremos en la consideración del concepto jurídico, adelantando que existen múltiples definiciones al respecto, acordes con la especial importancia y complejidad de la cuestión, por lo que sólo nos detendremos en algunas de ellas.

1 21a. ed., Madrid, 1992.

2 14a. ed., Ed. Heliasta, 1979, t. 3, p. 66.

Linares Quintana vincula este problema con la subsistencia del Estado y dice que

...ante circunstancias extraordinarias que perturben o amenacen el orden internacional y hasta la vida del Estado, como las que caracteriza a una conmoción interior o a una guerra, las autoridades deben hallarse investidas de los poderes adecuados para una eficiente defensa del orden constitucional, aun cuando ello se traduzca en un descaecimiento de las garantías de la libertad individual. Es una nueva aplicación del secular aforismo *salus populis suprema lex est*.³

A su vez, Bidart Campos sostiene que las emergencias son

...situaciones anormales o casos críticos, que previsibles o no, resultan extraordinarios y excepcionales. Este carácter excepcional proviene, no tanto de la rareza o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera patológico dentro del orden previsto por la Constitución. Por eso, siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica, y se hace valer la doctrina del estado de necesidad.⁴

Seguidamente, el autor distingue las “emergencias” como “acontecimientos reales o fácticos que perturban el orden constitucional”, de los “institutos de emergencia” que en su pensamiento son “creaciones del derecho que importan medidas de

3 Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos aires, Ed. Alfa, 1956, t. 5, p. 395. El distinguido jurista continuaba de esta manera: “Nos privamos —decía Joaquín V. González desde su banca de senador y citando a Blackstone— nominal y virtualmente de esta libertad para poder gozarla en realidad y efectivamente en adelante”. Mas nadie ha planteado mejor los términos del problema que el presidente de los Estados Unidos de América, Abraham Lincoln, cuando el 4 de julio de 1861 preguntaba: «¿Existe en todas las repúblicas esta inherente y fatal debilidad? ¿Debe un gobierno de necesidad ser demasiado fuerte para las libertades de su pueblo o demasiado débil para mantener su propia existencia?»” (*op. cit.*, p. 395).

4 Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. 2, p. 349.

prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias”. Asimismo, agrupa a las emergencias en tres categorías: *a)* la guerra; *b)* los desórdenes domésticos o internos, y *c)* la crisis económica y menciona entre las instituciones de emergencia conocidas en la doctrina y derecho comparados las siguientes: *a)* el estado de guerra; *b)* la ley marcial; *c)* el estado de asamblea; *d)* el estado de sitio; *e)* las facultades extraordinarias; *f)* la suspensión de garantías; *g)* la suspensión del *habeas corpus*; *h)* los remedios innominados. Después, Bidart Campos indica como características fundamentales de estas instituciones, el producir un acrecentamiento de ciertas competencias del poder en la parte orgánica de la Constitución, mientras que por otro lado se origina una restricción en los derechos y garantías individuales en la parte dogmática de las leyes supremas.⁵

Sagüés inserta la cuestión de la emergencia, considerándola como “un tipo o variable de la doctrina del estado de necesidad: la que refiere a una situación de necesidad imprevista y transitoria”. En cuanto a los requisitos para operar genuinamente la doctrina del estado de necesidad, señala: *a)* una situación de necesidad, que signifique un peligro efectivo para la supervivencia del sistema político o de caos social; *b)* la inevitable adopción de una medida apta para enfrentar aquella situación de necesidad; *c)* un sujeto necesitado, que es quien tiene que tomar la medida y que generalmente es el Estado, aunque puede serlo el pueblo, cuando ejerce el derecho de resistencia a la opresión; *d)* el derecho de necesidad, que es el conjunto de principios y normas que regulan la situación de necesidad.⁶

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al referirse a las situaciones de emergencia, expresó que

5 *Op. cit.*, pp. 349-351.

6 Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. 2, p. 189.

...derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios: a veces son acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, una grave epidemia, etcétera; a veces, de índole económica, como las que han determinado en nuestro país —y en la generalidad de los países extranjeros— legislaciones especiales, de efectos restrictivos para el derecho de propiedad consagrado por la Constitución: así, las leyes de moratoria hipotecaria y de prórroga de los arrendamientos... También la emergencia puede provenir, sin duda, de un acontecimiento político como es la revolución, pues lo que hace que la situación tenga aquel carácter no es la naturaleza del hecho determinante, sino su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para restablecer los intereses públicos afectados.

Luego, la Corte establece el principio básico en la materia, siguiendo a la Corte estadounidense: “Aunque la emergencia no puede crear un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados”.⁷ Posteriormente, el alto tribunal al analizar la emergencia económica hace numerosas alusiones a la necesidad de evitar el desmembramiento del Estado, de asegurar su subsistencia, de atender a la conservación del sistema político y del orden económico, de no frustrar la unión nacional y el bienestar general, todo ello enderezado a un uso más intenso y urgente del poder estatal en momentos de perturbación y de emergencia. Después, la Corte expresa “que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda”.⁸

7 Caso “Perón Juan D.”, sentencia del 21 de junio de 1957, citada por Bidart Campos, *op. cit.*, p. 350.

8 Caso “Peralta Luis A. y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, BCRA”, fallado el 27 de diciembre de 1990, *cf.* Bidart Campos, *op. cit.*, p. 351.

Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha expuesto:

El significado natural y corriente de una emergencia pública que amenaza la vida de la Nación es una situación de peligro o crisis excepcional e inminente que afecta al público en general, y no sólo a algunos grupos en particular, y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad de que el Estado en cuestión está compuesto.⁹

Esta breve revista de conceptos que hemos seleccionado, nos permite establecer los distintos elementos que caracterizan la emergencia: *a)* son situaciones excepcionales, previsibles o no, que afectan el orden constitucional; *b)* los hechos que las producen pueden ser originados en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza; *c)* para enfrentar estos hechos, el derecho crea diversas instituciones de emergencia, que varían según las legislaciones; *d)* estas instituciones producen un acrecentamiento de facultades en los poderes estatales y particularmente en el Ejecutivo y correlativamente, un descaecimiento o restricciones en los derechos y garantías individuales; *e)* debe existir un verdadero estado de necesidad.¹⁰

9 Sentencia del caso "Lowles", citada por García Belsunce, Horacio, "Las emergencia en la Constitución Nacional", *El Derecho*, t. 154, p. 870, 1989.

10 En cuanto al significado del término, desde el derecho penal, Sebastián Soler definió al estado de necesidad como "una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico" (*Derecho penal argentino*, t. 1, p. 359). En el derecho público, Rafael Bielsa sostuvo que el estado de necesidad es legitimado frente a un hecho extraño a la voluntad directa del Estado, hecho que entraña para la conservación de éste o de la colectividad a él referida, un peligro grave e inminente, ya sea respecto del orden público interno, ya cuando esté amenazada su integridad política e institucional u orden internacional. Después de distinguir la necesidad del estado de necesidad, señalaba que este último podía asociarse al fin político y la llamada "razón de Estado", verdadero espectro de cosas indefinidas e inexplicables, se ligaba a dicho estado de necesidad o se cubría con él (*cfr. El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1957, pp. 57 y 134-137). Para el análisis de los elementos constitutivos de un estado de necesidad y su aplicación como habilitante de una institución de emergencia,

II. EMERGENCIA Y ESTADO DE DERECHO

El origen de este problema se encuentra en la difícil y traumática relación entre poder y derecho, tema que nos obligaría a una consideración filosófica, histórica, sociológica y politológica, que por distintas razones no abordaremos, pero que nos sirve para señalar la complejidad de la cuestión en estudio.

Se ha señalado que en el diálogo entre Sócrates y Trasímaco, relatado por Platón en el Libro I de la República, se encuentra el primer antecedente sobre el conflicto entre las teorías que entienden al derecho como *voluntas* (voluntad) y las que lo consideran como *ratio* (razón), lo que después originaría las escuelas “realista” e “idealista” del derecho.¹¹

Ya en el antiguo derecho romano existieron instituciones de emergencia como el *senatus consultus ultimum* (decisión por la que se reunían en la autoridad ejecutiva los poderes en situación de crisis), la *legibus solvere* (dispensa de las leyes en casos particulares) o la “dictadura” (cuando se otorgaba a un ciudadano

remitimos al desarrollo que al respecto efectúa Mario Midón en relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, pero que para nosotros también puede aplicarse en general (“Decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, Buenos Aires, 2001, pp. 45-52). Decimos que debe tratarse de un “verdadero” estado de necesidad, pues puede darse el caso de una utilización ilegítima del mismo, ante la inexistencia de sus caracteres. En tal sentido, Sagiús menciona que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Video Club Dreams” (*Jurisprudencia Argentina*, 1996, t. I, 236) resolvió que no existía en el país un caso de grave peligro social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas, al descalificar un decreto de necesidad y urgencia que impuso un tributo. Este autor también sostiene que el derecho de necesidad “genuino” se conecta con los casos de imposibilidad material y de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución, señalando en el primer caso el incumplimiento del artículo 3o. de la Constitución de 1853 que establecía que la capital federal estaba en la ciudad de Buenos Aires y en el segundo caso, el incumplimiento del artículo 30 también del texto de 1853, que prohibía una reforma constitucional dentro de los diez años, lo que hubo de hacerse para posibilitar la reincorporación de la provincia de Buenos Aires a nuestra Federación (*cfr. Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 102).

¹¹ *Cfr.* Negretto, Gabriel L., “Emergencia y crisis constitucional en la Argentina”, *El Derecho*, 1989, t. 154, p. 883.

distinguido plenos poderes por tiempo limitado y breve para defender la república) y se acuñaron aforismos como *salus populi suprema lex est* (el bienestar del pueblo es la ley suprema) o *neccesitas non habet legem* (la necesidad no conoce ley), para fundamentar la posición de quienes no querían aceptar condicionamientos de orden legal en situaciones excepcionales, como así también el contrario *neccesitas ius constituit* (la necesidad constituye derecho), que trataba de restringir y limitar el ejercicio del poder en dichas circunstancias.

Gabriel L. Negretto dice que estos conceptos nos conducen a una pregunta crucial en toda filosofía política: ¿puede el derecho ser un límite al ejercicio del poder?, cuya respuesta ha originado dos teorías opuestas: la absolutista y la liberal, que considera expresiones de aquel debate inicial sobre las relaciones entre poder y derecho. El autor ubica en la primera posición filosófica a Hobbes, que expuso la fórmula “Es la autoridad, no la verdad, la que crea el derecho”, en el cap. XXVI del *Leviathan*. Esta idea sería renovada ya en el siglo XX por Carl Schmitt, quien sostuvo que sólo una decisión definitiva y concreta (no necesariamente justa o racionalmente justificable) acerca de la existencia de la emergencia y de las medidas que deben adoptarse podría preservar la existencia del Estado (en su *Teología política*) y devenir de hecho en soberano dentro del Estado (en su obra *La dictadura*).

Por el contrario, la filosofía política liberal sobre poderes de emergencia encuentra su formulación clásica en John Locke en su *Tratado sobre el gobierno civil* donde propuso el imperio del derecho (*rule of law*) como una prescripción racional dirigida a proteger a los individuos del ejercicio arbitrario del poder y cuyos derechos debían ser tutelados por el Parlamento, como representación del pueblo.

Estas ideas fueron desarrolladas por el constitucionalismo liberal o clásico en los siglos posteriores y han servido para la caracterización del Estado constitucional y democrático de derecho. Ya en el siglo XX autores como Frederick Watkins, Carl

Friedrich y Clinton Rossiter, al desarrollar el modelo de la “dictadura constitucional” (que encierra una cierta contradicción en los términos) pusieron el énfasis en dos aspectos desatendidos por la teoría clásica: en primer lugar, que la prerrogativa (entendida como el acrecentamiento de poderes en la emergencia) debía ser compartida entre el Ejecutivo y el Legislativo y finalmente, que la intervención del Poder Judicial debe ser esencial para controlar el ejercicio de las facultades de excepción.¹²

Dicho modelo —dice Negretto— se construyó como un verdadero *tour de force* en la búsqueda por resolver la aparentemente insoluble contradicción entre la necesidad política y derecho, apelando a la colaboración entre las distintas funciones del poder. Dada su capacidad de acción unitaria y eficaz, el Poder Ejecutivo permanece en esta teoría como el mejor posicionado para actuar dentro de la emergencia. Lo esencial, sin embargo, es no acordarle un igual reconocimiento a la posibilidad de actuar en forma autónoma y aislada. En particular, el Poder Legislativo debe cumplir su función propia al determinar por ley en qué circunstancias puede la emergencia ser declarada, así como los límites de tiempo y la extensión de las medidas a adoptarse. El Poder Judicial, por otra parte, es la única rama del gobierno que puede establecer los límites constitucionales que deben observar las medidas de emergencia a fin de proteger los derechos individuales, no sólo contra los posibles abusos del Ejecutivo, sino también del Legislativo.¹³

Compartimos la opinión de este autor de que este paradigma liberal en su versión moderna, es el único compatible con la defensa de una democracia constitucional en situaciones de emergencia, pues sólo así se puede alcanzar el delicado equilibrio entre legitimidad y eficacia, requeridos por el régimen democrático en circunstancias críticas y excepcionales.¹⁴

12 *Ibidem*, pp. 884-887.

13 *Ibidem*, p. 887.

14 *Idem*.

En esta línea de pensamiento, Linares Quintana sostiene que la “libertad no se salvaguarda eliminando las condiciones que hacen posible su existencia” y recuerda que quien planteara esta cuestión con su particular brillantez fue José Manuel Estrada en la Convención Constituyente Provincial de Buenos Aires de 1870-1873:

Tratamos de establecer instituciones libres. ¿Y qué quiere decir, señor, una libertad que no puede salvarse sino derogándola de cuando en cuando?... ¿Qué me importa tener leyes, Constitución y garantías para tiempos pacíficos y normales, si estas garantías se han de suspender cuando los casos de más peligro, es decir, en los tiempos críticos?¹⁵

Estas cuestiones tienen hoy angustiosa vigencia no sólo en nuestro país, que desde hace décadas vive distintos tipos de emergencia, sino también en el mundo entero, a la luz de los acontecimientos ocurridos el 11 de septiembre del año pasado, con el ataque terrorista sufrido por los Estados Unidos, que ha actualizado la temática particularmente en dicho país y en algunos otros de Europa.

III. CLASIFICACIÓN DE LA EMERGENCIA Y SUS INSTITUCIONES

En este punto consideramos que la más completa clasificación —sin perjuicio de las consideraciones que efectuaremos— es la propuesta por Mario Midón, con base en los que considera “soportes esenciales” de la emergencia y que así enumera:

- 1o. Por su grado de compatibilidad con la ley fundamental.
- 2o. Por los efectos que su aplicación suscita.

15 Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, t. 5, pp. 396 y 397.

- 3o. Por la fortaleza que arriman al poder, y
- 4o. Por las causas que lo motivan.¹⁶

Según el distinguido constitucionalista de la Universidad Nacional del Nordeste, se observa:

1. Por su grado de compatibilidad con la ley suprema, hay emergencias constitucionales e inconstitucionales.
 - a) Entre las primeras se encuentran la intervención federal y el estado de sitio, contempladas por la Constitución histórica, a las que se posteriormente se agregaron en la reforma de 1994, los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada por razón de emergencia.
 - b) Entre las segundas, no previstas por la Constitución, señala los gobiernos de facto, la ley marcial y el poder de policía de emergencia.
2. Según los efectos que producen las emergencias, y omitiendo las de carácter histórico (gobiernos de facto y ley marcial), existen:
 - a) Emergencias que autorizan la suspensión de ciertos derechos: estado de sitio y poder de policía de emergencia.
 - b) Emergencias que permiten prescindir de la voluntad del órgano creador de la ley: decretos de necesidad y urgencia y legislación delegada.
 - c) Emergencia que inhibe la autonomía de un Estado o de la ciudad de Buenos Aires: intervención federal.
3. En cuanto a lo vinculado al fortalecimiento del poder en la emergencia, el autor indica que ya sea de manera directa o indirecta, siempre el beneficiado es el Poder Ejecutivo, a saber:
 - a) Emergencias que fortalecen directamente al Poder Ejecutivo: decretos de necesidad y urgencia y estado de sitio

¹⁶ Cfr. Midón, Mario A. R., "Decretos de necesidad y urgencia", *La Ley*, Buenos Aires, 2001, p. 41.

e intervención federal dispuestos por el propio Poder Ejecutivo.

b) Emergencias que vigorizan de modo indirecto al Poder Ejecutivo: estado de sitio e intervención federal dispuestos por ley del Congreso, poder de policía de emergencia y legislación delegada por razón de emergencia.

4. Según sus causas, se aprecia:

a) Emergencia causada por conmoción interior o ataque exterior que pongan en peligro la Constitución y las autoridades por ella creadas: estado de sitio.

b) Emergencia causada por subversión de la forma republicana de gobierno, incumplimiento del artículo 5o. de la Constitución, actos sediciosos, invasión exterior o invasión de otra provincia: intervención federal.

c) Emergencia causada por necesidad y urgencia e imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de la ley: decretos de necesidad y urgencia.

d) Emergencia causada por razón de una emergencia pública: legislación delegada.

e) Emergencia causada por un estado de peligro colectivo derivado de graves circunstancias económicas y sociales: poder de policía de emergencia del Estado.¹⁷

En cuanto a las consideraciones a la clasificación de este autor, nos permitimos observar: 1) que para nosotros —conforme lo vimos anteriormente siguiendo a Bidart Campos—, hay que distinguir la emergencia de las instituciones de emergencia, lo que claramente se puede aplicar a este aporte, y 2) que entre las instituciones de emergencia inconstitucionales, débese agregar otros que mencionaremos más adelante, aunque también ya sean de carácter histórico.

17 *Ibidem*, pp. 41-43.

IV. BREVE ANÁLISIS DE LAS INSTITUCIONES DE EMERGENCIA EN LA HISTORIA INSTITUCIONAL DE NUESTRO PAÍS

1. *Instituciones previstas por la Constitución*

A. *La intervención federal*

Comenzamos un breve análisis de las instituciones de emergencia en nuestro derecho por la intervención federal, prevista en el artículo 60. de la Constitución Nacional de la siguiente manera:

El gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia.

La norma está correlacionada con el artículo 50. donde se establecen las siguientes bases para el ejercicio del poder constituyente por parte de las provincias de nuestra Federación: “bajo el sistema representativo y republicano; de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria”. Seguidamente se indica: “Bajo de estas condiciones, el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

Entre las garantías se destaca ésta de la intervención federal, que fue prevista para situaciones extraordinarias, de verdadera emergencia institucional, cuando se afectaren los principios esenciales de esta forma de Estado, que comporta la coexistencia de diversos órdenes gubernamentales, en una “unión indestructible de Estados indestructibles”. Este remedio extremo, de claro sentido tuitivo de la Federación como pacto de unión, faculta excepcionalmente al gobierno federal a suspender o limitar la au-

tonomía provincial, garantizada por el artículo constitucional antes indicado. Dicha autonomía es la naturaleza jurídica por autonomasia de los estados locales en un régimen federal, por lo que cualquier afectación de la misma, debe ser de carácter excepcional, temporaria y de alcances restrictivos.

Aquél texto del artículo 6o. proviene de la reforma de 1860, que modificó la redacción anterior de 1853 que rezaba:

El gobierno federal interviene con requisición de las legislaturas o gobernadores provinciales, o sin ella, en el territorio de cualquiera de las provincias, al solo efecto de restablecer el orden público perturbado por la sedición o de atender a la seguridad nacional amenazada por un ataque o peligro exterior.

A su vez, Juan Bautista Alberdi en las “Bases” había incluido la institución como facultad del gobierno federal que “interviene sin requisición en su territorio al solo efecto de restablecer el orden perturbado por la sedición”.

Como se advierte, en 1860 se precisa la redacción para asegurar la participación provincial a través de la requisición, según propuesta de carácter autonomista defendida por Domingo Faustino Sarmiento en nombre de la provincia de Buenos Aires, recientemente reincorporada a la Federación. Aquí se observa la defensa de un modelo más descentralizado de federalismo y por tanto más cercano al estadounidense, frente al modelo alberdiano, que postulaba una federación mixta más centralizada y que había puesto el énfasis en las atribuciones del gobierno federal para intervenir incluso sin requisición, con el objetivo de terminar las guerras civiles que azotaron nuestro país en aquellos tiempos.

Debe hacerse notar que además estuvo presente en el ánimo de los constituyentes el recuerdo sobrecogedor de la entonces reciente intervención federal de 1857 a la Provincia de San Juan, que produjera la batalla del Pocito, donde en defensa de la autonomía provincial, fuera muerto el propio gobernador Antonino

Aberastáin, mostrando el sino trágico de esta institución, desde sus momentos liminares.¹⁸

Para seguir explicando el espíritu y letra de nuestra ley suprema en torno de la institución y luego observar lo ocurrido en su aplicación en el orden de la realidad, debemos reparar en los principales aspectos del artículo 60.

En este sentido, la primera enunciación de la norma, o sea “El gobierno federal”, ya originó graves problemas de interpretación, pues la Constitución a diferencia de lo establecido en cuanto al estado de sitio, no precisó cuál de los poderes del Estado era el facultado para ello.

En consecuencia, aunque en el debate doctrinario y en la jurisprudencia primara la posición que otorga dicha competencia al Congreso,¹⁹ no se pudo impedir que en la práctica institucional, el Poder Ejecutivo ejerciera dicha atribución —generalmente en

18 Recuerda Arturo M. Bas en su obra *El derecho federal argentino* (Buenos Aires, Abeledo, 1927, t. 1, p. 129), que “Detrás de la garantía acordada por el artículo 50, detrás de la sanción legal del artículo 60., había según la expresión del general Mitre, ‘un crimen y un espectro’, el crimen era la catástrofe sangrienta del Pocito y el espectro, el cadáver del doctor Aberastáin”. Señalamos también que esta institución hundía sus raíces en nuestra historia, pues estaba incorporada al Acuerdo de San Nicolás de 1852, que a su vez ratificaba el Pacto Federal de 1831 en este aspecto, hasta llegar por anteriores precedentes incluso hasta las Instrucciones de los diputados de la Banda Oriental para el Congreso de 1813.

19 Como lo han sostenido Joaquín V. González, en su célebre *Manual de derecho constitucional*, p. 708; Juan A. González Calderón en su *Curso de derecho constitucional*, pp. 116 y ss.; Germán Bidart Campos en su *Manual de derecho constitucional*, p. 142; Humberto Quiroga Lavié en su *Derecho constitucional*, p. 604 y Miguel Ángel Ekmekdjian en su *Tratado de derecho constitucional*, t. 1, p. 373, entre otros, con base en distintos argumentos que se fundan en que la atribución genérica de atribuciones al gobierno federal corresponde al Congreso en virtud de sus facultades implícitas, emergentes del anterior artículo 67 inc. 28. De todas maneras, Arturo M. Bas en su obra citada, entre otros autores, sostuvo que en receso del Congreso, el Poder Ejecutivo tenía facultades para decretar la intervención. A su vez, Carlos Sánchez Viamonte defendió la tesis de la intervención por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos vinculados a la causal del sistema republicano.

Por su parte, también inicialmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los célebres casos “Cullen c. Llerena” y “Orfila”, expresó que la competencia en esta materia correspondía al Congreso.

receso del Congreso aunque en algunos casos en pleno funcionamiento del mismo—,²⁰ robusteciendo su papel en el sistema

20 Decimos generalmente, pues aunque resulte sorprendente, hubo casos en que la intervención federal fue decretada por el Poder Ejecutivo en pleno funcionamiento del Congreso. En efecto, Arturo M. Bas en su obra citada, p. 147, recuerda el precedente de Mitre, como gobernador de Buenos Aires a cargo de los asuntos de la Confederación, que el 11 de agosto de 1862 dictó un decreto designando al general Anselmo Rojo como Comisionado Nacional para que “pase a las provincias del Norte, a arreglar las dificultades a que ha dado origen el nombramiento de gobernador de Catamarca”. Llevado el decreto a las cámaras, el doctor Rawson sostuvo que el Congreso tenía la facultad para disponer la intervención. Indica también el autor que en dicho año comenzaron a presentarse proyectos legislativos tendentes a desconocer las atribuciones presidenciales en esta materia, por parte de Zuviría (1862), senador Rojo (1867), Zavalía, Aráoz y Oroño (1868), Quintana (1869) y Costa (1908), aunque ninguno llegara a convertirse en ley. En este aspecto, el presidente Sarmiento vetó dos proyectos aprobados, en razón de considerar afectadas las atribuciones del Poder Ejecutivo en este aspecto.

A su vez, al debatirse la intervención a San Juan en 1869 dispuesta por el presidente Sarmiento, la mayoría legislativa aceptó el criterio de que en receso del Congreso, el Poder Ejecutivo estaba facultado para disponer la medida. Igual criterio sería sostenido después por el Poder Ejecutivo en el decreto dictado el 16 de febrero de 1903 de intervención de la Provincia de Buenos Aires, que llevara la firma como ministro del Interior del doctor Joaquín V. González.

No obstante lo expuesto, el presidente Menem en 1992, mediante Decreto 1447, intervino el Poder Judicial de Corrientes en pleno funcionamiento del Congreso y luego remitió el decreto al Congreso, para que éste resolviese lo pertinente, lo que según la Corte Suprema de Justicia de la Nación importaba que “...actualmente la cuestión ha sido ubicada por el Poder Ejecutivo dentro de la órbita del Congreso”, el cual “en las actuales circunstancias se halla habilitado regularmente para pronunciarse” (fallo del 8 de septiembre de 1992 en “Rossi Cibils” (LL, 1993-B-333), lo que en opinión de Néstor P. Sagués —que compartimos— fue una “argumentación inconsistente, puesto que una cosa es que la intervención sea pronunciada por el Congreso y otra que la declare el presidente, con noticia del Congreso” (cfr. *Elementos de derecho constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 44).

A su vez, en mi carácter de diputado de la nación, el 13 de agosto de 1992, presenté un proyecto de ley que disponía dejar sin efecto dicha intervención, precisamente porque se avasallaba la facultad congresional (cfr. María Hernández, Antonio, *Labor parlamentaria*, t. 1, Buenos Aires, 1995, Imprenta de la H. Cámara de Diputados de la Nación, pp. 28 y 29).

Ya con la reforma constitucional de 1994, que como sabemos, otorgó la facultad de intervención al Congreso, sin embargo esta práctica negativa a la que nos referimos, continuó, pues la provincia de Corrientes fue intervenida por un decreto del presidente De la Rúa, luego enviado para su ratificación al Congreso.

político e imponiendo su voluntad en un aspecto que sería esencial para centralizar el país.

No otra puede ser la conclusión frente a las más de 150 intervenciones federales ocurridas en gobiernos de derecho, de las cuales casi dos terceras partes de ellas fueron decretadas por el Poder Ejecutivo.²¹

Para terminar con esta práctica que hizo de la intervención una institución que sirviera a la centralización del país, la reforma constitucional de 1994 —que tuviera como una de sus

21 Juan Rafael en su obra *El federalismo y las intervenciones nacionales* (Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1982), presenta el siguiente resumen de las intervenciones, discriminadas de conformidad a los periodos presidenciales, hasta 1976:

Urquiza (1853-1860): 13 intervenciones federales, todas por decreto.

Derqui (1860-1862): 9 intervenciones federales: 2 por ley y 7 por decreto.

Mitre (1862-1868): 9 intervenciones federales: 1 por ley y 8 por decreto.

Sarmiento (1868-1874): 5 intervenciones federales: 1 por ley y 4 por decreto.

Avellaneda (1874-1880): 6 intervenciones federales: 1 por ley y 5 por decreto.

Roca (1880-1886): 2 intervenciones federales: ambas por ley.

Juárez Celman (1886-1890): 2 intervenciones federales: 1 por ley y 1 por decreto.

Pellegrini (1890-1892): 3 intervenciones federales: 1 por ley y 2 por decreto.

Luis Sáenz Peña (1892-1895): 8 intervenciones federales: 7 por ley y 1 por decreto.

José E. Uriburu (1895-1898): 6 intervenciones federales: 5 por ley y 1 por decreto.

Roca (1898-1904): 6 intervenciones federales: 3 por ley y 3 por decreto.

Quintana (1904-1906): 1 intervención federal por ley.

Figueroa Alcorta (1906-1910): 7 intervenciones federales: 3 por ley y 4 por decreto.

Roque Sáenz Peña (1910-1914): 2 intervenciones federales: ambas por decreto.

De la Plaza (1914-1916): 3 intervenciones federales: 2 por ley y 1 por decreto.

Yrigoyen (1916-1922): 19 intervenciones federales: 5 por ley y 12 por decreto.

Alvear (1916-1922): 12 intervenciones federales: 5 por ley y 7 por decreto.

Yrigoyen (1928-1930): 2 intervenciones federales: ambas por decreto.

Justo (1932-1938): 6 intervenciones federales: 2 por ley y 4 por decreto.

Ortiz (1938-1942): 5 intervenciones federales: 1 por ley y 4 por decreto.

Castillo (1942-1943): 2 intervenciones federales: ambas por decreto.

Perón (1946-1955): 15 intervenciones federales: 4 por ley y 11 por decreto.

Fronzizi (1958-1962): 1 intervención federal por ley.

Illia (1963-1966): 1 intervención federal por ley.

Cámpora, Lastiri, Perón y Martínez de Perón (1973-1976): 4 intervenciones federales.

Nosotros completamos así la información al respecto:

Alfonsín (1983-1989): único periodo presidencial sin ninguna intervención federal.

Menem (1989-1999): 5 intervenciones federales.

De la Rúa (1999-2001): 1 intervención federal.

ideas fuerza la profundización del federalismo—, estableció que la misma es competencia del Congreso en el artículo 75 inc. 31, pues aunque el Poder Ejecutivo en virtud del artículo 99 inc. 20 pueda decretar la intervención a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en receso de aquél, en el mismo acto debe convocarlo a sesiones extraordinarias para su aprobación o revocación.²²

Por otra parte, ese elevadísimo número de intervenciones nos indica el incorrecto funcionamiento de la Federación argentina, pues por el contrario, sobran los dedos de una mano para contabilizar las ocurridas en otras federaciones.

Luego, la norma constitucional expresa que el gobierno federal “interviene en el territorio de las provincias”, lo que en su primer momento originó una práctica acorde a la misma, consistente en el envío de representantes que tenían la misión de resolver el problema planteado, ejercitando una mediación, pero en modo alguno remplazando a las autoridades locales, elegidas en razón de la autonomía provincial.

Esta práctica también fue modificada al cabo de unas pocas décadas, por el criterio completamente distinto que avasalló la autonomía local, pues se hizo común la remoción de las autoridades electas por el pueblo.

También la ley suprema fue violada en su letra y espíritu en otros aspectos, como los vinculados a las causales de la intervención. Recordemos que el artículo 60. expresa que el gobierno federal interviene en las provincias o en la ciudad autónoma de Buenos Aires (luego de la reforma constitucional de 1994) en dos supuestos:

a) por derecho o de *motu proprio*, cuando se trata de garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores; y

22 Véase nuestra obra *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, cap. II, destinado al federalismo.

b) por deber o a requisición de las autoridades constituidas provinciales, cuando se trate de sedición o invasión de otra provincia.

En efecto, aunque no se explicitara el significado de la forma republicana de gobierno, es evidente que la utilización profusa de dicha causal en la mayoría de las intervenciones, estuvo reñida con la Constitución, pues se utilizó la misma para tratar de justificar un arbitrario ejercicio del poder que lesionó incuestionablemente nuestro federalismo.²³

Además —y sin detenernos por razón de brevedad— repárese en el tiempo de las intervenciones —que en lugar de extenderse por periodos muy breves se extendieron por años—; o en el alcance de las facultades de los interventores —que de administración o conservación se convirtieron en las correspondientes ordinariamente al gobernador— o en las clases de intervenciones ocurridas, que en vez de ser parciales (sólo a alguno de los llamados poderes políticos, ya sea Ejecutivo o Ejecutivo y Legislativo) en no pocas oportunidades fue total (a los tres poderes) o parcial sólo dirigida al Poder Judicial, con lo que se afectaba además la independencia del mismo; y se comprenderá la manera en que se ha falseado la letra y espíritu de la norma constitucional.

Por ello pensamos en la conveniencia de reglamentar dicho artículo 6o., tal como lo hicimos al presentar un proyecto de ley en la Cámara de Diputados de la Nación en 1992, con el objetivo de impedir para el futuro las graves lesiones producidas a nuestra ley suprema por el mal uso de esta institución de emergencia,

23 Un análisis de los casos y las motivaciones aducidas para las intervenciones excedería el límite de este trabajo, por lo que para fundar nuestra aseveración sobre el incorrecto uso de la causal más genérica, nos parece notablemente demostrativo el de la intervención federal dispuesta a la Provincia de Córdoba por Ley del Congreso, a propuesta del presidente Perón en 1974, que dispuso la medida en razón de dicho fundamento, cuando resulta evidente que la intervención federal correspondía, pero por otra causal distinta, a los fines de sofocar el levantamiento sedicioso del jefe de Policía, teniente coronel Navarro, que había encarcelado al gobernador Ricardo Obregón Cano y al vicegobernador Atilio López.

que en opinión de Frías, se constituyó en el “lamento clásico” del federalismo.²⁴

Uno de los aspectos en que más se observa la distancia entre la “norma” constitucional y la “realidad” sociológica se observa en cuanto a nuestra forma de Estado, y aunque no podemos detenernos en la cuestión, sólo señalamos que una de las causales más notorias en el proceso de centralización producido, se debe incuestionablemente a la práctica de las intervenciones federales. Concluimos el análisis de esta institución de emergencia, señalando que su utilización sirvió para afectar gravemente a nuestro Estado de derecho y, en particular, al federalismo.

24 Con fecha 3 de junio de 1992 presenté en mi carácter de diputado de la nación un proyecto de ley bajo el título “Régimen para la intervención federal a las provincias” (véase en mi obra *Labor parlamentaria, cit.*, t. 1, pp. 18-28). El proyecto consta de dos títulos, el I destinado a la intervención federal y el II a la intervención mediadora. A su vez, el título I se divide en los siguientes capítulos: I. Declaración de la intervención, que atribuimos sólo al Congreso, reunido en Asamblea; II. Fines, causas y alcances de la intervención, donde se precisan dichos aspectos como *v. gr.* el significado de garantizar la forma de gobierno republicano o el periodo de la intervención que no puede exceder los 10 meses; el III. El interventor federal, donde se limitan sus funciones a las de administración y se le impide ejercer funciones judiciales o intervenir los municipios, además de la obligación de rendir informes ante una comisión bicameral creada por el Congreso, y IV. La Comisión Bicameral de Seguimiento y Control de la intervención, que deberá estar integrada por siete miembros de cada Cámara y que tendrá como funciones seguir y controlar el desempeño del interventor federal e incluso ordenar el cese de la intervención o la remoción del interventor federal. En cuanto al título II sobre la intervención mediadora, dispone la vigencia de esta institución que funcionará en los primeros años posteriores a la sanción de la Constitución originaria, con el fin de facilitar y favorecer la solución consensuada de los conflictos institucionales y evitar la intervención que sustituye las autoridades electas por el pueblo. Además de los proyectos reglamentarios indicados en la nota 20), debemos citar entre otros mencionados en la fundamentación de nuestro proyecto, los de los legisladores Miguel Padilla (1917), Rodolfo Moreno (1919), Aldo Cantoni (1925) y Nicolás Matienzo (1932). En este año debe destacarse asimismo el Proyecto del Poder Ejecutivo que llevara la firma de Justo y su ministro del Interior Leopoldo Melo, considerado de singular importancia. Ya posteriormente, presentaron proyectos al respecto los diputados Jorge Vanossi y Carlos Mosca.

B. *El estado de sitio*

Esta institución de emergencia está prevista en el artículo 23 de la ley suprema de la siguiente manera:

En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

Expresa Bidart Campos que esta institución tiene difusión universal y proviene del derecho francés, donde fue establecida por ley del 8 de julio de 1791, que distinguía tres situaciones de las plazas de guerra y puestos militares en tiempos de “paz”, de “guerra” y de “sitio”, siendo este supuesto el más grave pues implicaba transferir al comandante militar el poder de la autoridad civil, o sea una típica situación bélica que hacía aplicable la ley marcial.²⁵

Esto sirve para explicar que el Constituyente prescribió esta institución para dos gravísimas emergencias: la guerra y el desorden doméstico, al hacer referencia a las dos causales de “conmoción interior” o “ataque exterior”, que además debían cumplir con estos dos requisitos: *a)* poner en peligro conjuntamente tanto a la Constitución como a las autoridades creadas por ella y *b)* producir la perturbación del orden.

Para el primer supuesto, la conmoción interior, la ley suprema indica que el estado de sitio debe ser declarado por el Congreso y si el mismo está en receso, dicha facultad corresponde al Poder

²⁵ Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1972, p. 172.

Ejecutivo, aunque posteriormente el órgano deliberativo debe aprobar o suspender el mismo (artículos 67 inc. 26 y 86 inc. 19 del texto originario, correspondiente a los actuales 75 inc. 29 y 99 inc. 16, luego de la reforma de 1994).

En cuanto a la segunda causal, de ataque exterior, la Constitución dispone que la declaración es competencia del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado y que debe ser por un término limitado (artículo 86 inc. 19 del texto originario, correspondiente al actual 99 inc. 16).

Con respecto a la aplicación de esta causal, que como se aprecia no ofrece margen alguno para la interpretación, debemos decir que sólo fue invocada en una sola oportunidad, en 1865, con motivo de la guerra contra el Paraguay, en la Presidencia del general Mitre.

En cambio, la otra causal de conmoción interior, al presentar una mayor amplitud de interpretación, fue utilizada en 52 oportunidades, en todas las presidencias, con las excepciones de las de Julio A. Roca e Hipólito Irigoyen en sus primeros mandatos, Marcelo T. de Alvear, Juan Domingo Perón en su primera presidencia y Carlos S. Menem en su segundo mandato y Eduardo Duhalde.

Un número tan elevado de estados de sitios dictados nos indica inicialmente que la institución fue utilizada de manera profusa, con un grado de habitualidad que rechaza el carácter extraordinario del mismo de acuerdo a su consagración constitucional.

Además, y de manera similar a lo acontecido con la intervención federal, señala Adolfo Gabino Ziulu que en los 52 casos declarados entre 1853 y el 2000, en el 61% de ellos fue por decreto del Poder Ejecutivo, mientras que el Congreso actuó sólo en 31% de las oportunidades. A su vez, en un 2% lo hizo el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (por el único caso de ataque exterior ya mencionado) y el 6% restante, a la declaración efectuada por otras autoridades.²⁶

26 Cfr. Ziulu, Adolfo Gabino, *Estado de sitio. Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 181. Además, véanse las pp. 187 a 210

O sea que se produjo también aquí un nuevo desborde institucional, que significó el ejercicio de atribuciones exorbitantes por parte del Poder Ejecutivo, con evidente declinación de las funciones congresionales —como en el caso de la intervención federal—, a lo que se sumó como veremos más adelante, un notable descaecimiento de los derechos y garantías individuales.

Continuando con el análisis de la norma constitucional y su uso, aunque sólo para el caso del ataque exterior se hace referencia al término limitado para la declaración del estado de sitio, con una interpretación sistemática y armónica de la ley suprema, se debe extender dicho requisito al otro caso de conmoción interior.

Y en esa línea de pensamiento, compartimos la crítica de Ziulu a los procedimientos utilizados por el Congreso y el Poder Ejecutivo, que en algunas oportunidades no fijaron plazo alguno para la medida ni tampoco hicieron referencia a sus causales.²⁷

de la citada obra, con distintos cuadros descriptivos sobre esta institución y su uso en la historia institucional de nuestro país. En cuanto a las otras autoridades que declararon el estado de sitio, el autor menciona los siguientes casos especiales: el del interventor federal Nicanor Molinas, que lo hizo en la provincia de San Juan con autorización del Poder Ejecutivo Nacional, el 17 de mayo de 1857; el del gobernador de San Luis, coronel Juan Saá, actuando como interventor de San Juan y que lo hizo con autorización del gobierno federal el 9 de enero de 1861 y el del interventor federal Nicanor Molinas, que lo declaró para la ciudad de Rosario el 14 de junio de 1861, con autorización del Congreso de la Nación mediante la ley 270. Otra práctica que reputamos inconstitucional es la de decretar el estado de sitio por parte del Ejecutivo, en caso de conmoción interior, en pleno funcionamiento del Congreso y luego remitir el instrumento al Congreso para su ratificación, tal como se hizo en el último estado de sitio, así declarado por el presidente De la Rúa en diciembre de 2001. Se trata de una conducta similar a la observada en las intervenciones federales y que, por cierto, importa un avance inconstitucional del Poder Ejecutivo sobre las atribuciones del Congreso. Desafortunadamente, esta política de hechos consumados no ha encontrado la respuesta pertinente por parte del órgano deliberativo, pese a lo dispuesto explícitamente por la ley suprema de la nación.

27 *Cfr.* Ziulu, Adolfo Gabino, *op. cit.*, pp. 182-184. Ejemplos de ello fueron las leyes 14.409 de junio de 1955 y 14.433 de septiembre de 1955, durante la segunda presidencia de Perón y 14.785, durante la presidencia de Frondizi, que no fijaron término alguno para la duración de los estados de sitio y, en algunos casos, tampoco hicieron referencia a la causal aplicable.

De esta manera, lo que el Constituyente pensó como transitorio, en la práctica adquirió considerable permanencia, ya que el tiempo de vigencia de estados de sitio en gobiernos constitucionales alcanzó al 13% de los mandatos respectivos, lo que se aumentó al 45% en los mandatos de los gobiernos de facto (desde 1853 hasta el 2000).

En este aspecto, las penurias institucionales vividas arrojan un estado de sitio cada dos años y nueve meses, con un récord de extensión de 8 años, 11 meses y 22 días para el declarado por Decreto 1368 del 6 de noviembre de 1974 por la presidenta Martínez de Perón que rigió luego durante el posterior periodo de facto hasta el 28 de octubre de 1983.²⁸

Este uso y abuso de tan extraordinaria institución produjo una lesión gravísima al sistema republicano, al Estado de derecho y a la democracia argentina, pues este ejercicio autoritario del poder conllevó severas y profundas violaciones a los derechos personales.

En torno a esta cuestión, el artículo 23 determina que el estado de sitio importa la suspensión de las garantías individuales.

Esta frase con lenguaje impreciso originó también un muy intenso debate interpretativo en la doctrina y jurisprudencia, además de una práctica abusiva por parte del Poder Ejecutivo, destinada principalmente a la persecución de los opositores políticos.

En efecto, en la doctrina y jurisprudencia se distinguen éstas posiciones sobre los efectos del estado de sitio:²⁹

a) Sólo se suspende la garantía inherente a la libertad física o de locomoción.

Es la opinión de Rébora, Sánchez Viamonte, Linares Quintana, Romero y Badeni —en tesis restrictiva que compartimos—, quienes sostienen que el único efecto producido es el aumento

28 Cfr. Ziulu, Adolfo Gabino, *op. cit.*, p. 208. También este autor destaca el “exceso cualitativo” cometido por los gobiernos de facto, que prolongaron en el tiempo los estados de sitio declarados por los gobiernos constitucionales de Irigoyen, Perón y Martínez de Perón.

29 Cfr. Bidart Campos, *op. cit.*, pp. 440-444 y Ziulu, *op. cit.*, pp. 52-58.

de competencias del presidente de la República quien se encuentra autorizado para arrestar o trasladar a las personas, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino.

Sin embargo, esta opinión no ha sido receptada por los tribunales judiciales.

b) Se suspenden todos los derechos y garantías individuales.

Es la tesis interpretativa amplia de Montes de Oca, Joaquín V. González, González Calderón y Ramella y de la jurisprudencia hasta 1959, con casos como “Bertotto” de 1931 y “Juan Antonio Grosso” de 1956 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que han expresado que quedan suspendidos durante el estado de sitio todos los derechos y garantías individuales.

c) Se suspenden los derechos y garantías que tengan relación con la causa determinante de su declaración.

Esta es la tesis intermedia denominada “causalista”, originada por la interpretación efectuada en el caso “Antonio Sofía” de 1959 por el voto de los ministros de la Corte Suprema doctores Oyhanarte y Aráoz de Lamadrid, que admitieron que se admite excepcionalmente el control de razonabilidad de los actos de ejecución del estado de sitio que deben estar referidos a “la causa constitucional e inmediata del estado de sitio —situación de conmoción interior— y no a los motivos concretos que el legislador haya mencionado como sus factores iniciales”.

d) Se suspenden los derechos y garantías que tengan relación con la finalidad específica determinante de su declaración.

Esta es la tesis intermedia denominada “finalista”, originada por la interpretación efectuada también en el caso “Antonio Sofía” por el voto de los ministros de la Corte Suprema doctores Orgaz, Laplaza y Boffi Boggero, que sostuvieron que el control de razonabilidad alcanza no sólo a la causa del estado de sitio sino también a la restricción concreta del derecho en relación a la finalidad indicada por el legislador al declarar la medida. Posteriormente esta posición fue reafirmada por la Corte Suprema en el caso “Timmerman Jacobo” de 1978.

Es asimismo la opinión doctrinaria de Vanossi, Sagués y Bidart Campos.

e) Sólo pueden suspenderse algunos derechos y garantías determinados.

Es la posición de autores como Colautti y Ekmekdjian, que admiten que la suspensión debe alcanzar sólo a algunos derechos o garantías que se vinculen con la necesidad de prevenir o reprimir la emergencia, como la libertad física, el derecho de reunión o la libertad de prensa y de Ziulu, que piensa que sólo se pueden suspender las garantías individuales en sentido estricto como el *habeas corpus*, el amparo, la inviolabilidad de la correspondencia, etcétera, pero no se pueden afectar la vigencia de los derechos y garantías que hacen a la dignidad humana.

Finalmente, el artículo 23 hace referencia al alcance de las atribuciones del presidente durante el estado de sitio, reiterando la prohibición de condenar por sí o aplicar penas. Esta limitación debe sumarse a la general del artículo 29 que prohíbe la concesión de las facultades extraordinarias o de la suma del poder público. Con ello, resulta claro que esta institución extraordinaria tiene sus bases y límites fijados por la Constitución, con la finalidad de preservar la vigencia de la propia ley suprema y de las autoridades creadas por ella.

Por razones de brevedad y porque ello excede el propósito de este estudio, no podemos detenernos en el análisis circunstanciado de estos aspectos. Sólo queremos efectuar una reflexión general al respecto, para recordar que nuestra dolorosa historia muestra el desconocimiento de los límites constitucionales del estado de sitio, especialmente por los gobiernos de facto y en particular, el último, que lo aplicó todo su mandato, con gravísimas violaciones de los derechos humanos.

En consecuencia, para nosotros también resulta evidente que las emergencias políticas sirvieron para una utilización arbitraria e ilegítima de esta institución de emergencia, más allá de la letra y espíritu constitucionales.

Los lineamientos básicos en esta materia, emergentes en particular del caso “Alem”, fallado por la Corte Suprema en 1893, y que consisten en que el estado de sitio no implica suspender la vigencia de la Constitución, ya que el mismo se declara para preservar y asegurar la ley suprema, fueron desconocidos a lo largo de nuestra historia. Compartimos así la afirmación de Rébora sobre la ley histórica del desborde institucional, enunciada en el título de su obra sobre estado de sitio en nuestro país. Se comprueba entonces que también esta institución sirvió en alto grado a la decadencia del Estado de derecho.

Con posterioridad al restablecimiento de las instituciones democráticas en 1983, se produjeron cuatro circunstancias que indican un avance sustancial en torno a las limitaciones que debe tener esta institución en su interpretación constitucional y vigencia:

a) El dictado de la Ley 23.098 de *Habeas Corpus*, en 1984, que además de impedir el ejercicio de esta garantía durante el estado de sitio, posibilita en el artículo 4o. inc. 1 que los jueces puedan controlar hasta la legitimidad de su declaración.

b) La consolidación de la jurisprudencia que extiende el control de constitucionalidad sobre la medida y que abarca no sólo los actos de ejecución concreta en relación con las personas, sino también lo relativo a la declaración del acto en sus modalidades extrínsecas de la ley o decreto respectivo y en sus requisitos como el plazo expreso y la determinación del lugar. Obsérvese en tal sentido, los fallos de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Granada Jorge Horacio” y “Rodríguez Jorge Horacio” de 1985.

c) La fijación de nuevos límites en la materia provenientes de los tratados internacionales de derechos humanos, que a partir de la reforma de 1994, tienen jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 inc. 22.

d) La efectiva reducción de los estados de sitio declarados en estos años.

C. *Los decretos de necesidad y urgencia*

La reforma constitucional de 1994 incorporó esta institución de emergencia a la ley suprema con la siguiente redacción, a partir del párrafo dos del artículo 99 inc. tercero:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara.

Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras.

Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

El Constituyente le otorgó rango constitucional —con severas limitaciones como veremos—, a una institución que había sido ejercitada desde siempre por el Poder Ejecutivo.

En efecto, además de los decretos reglamentarios, autónomos y delegados, admitidos por nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, los presidentes dictaron decretos de necesidad y urgencia en aproximadamente 20 oportunidades notoriamente excepcionales entre 1853 y 1983.³⁰

30 Mario R. Midón en su trabajo “Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales” (*La Ley*, Buenos Aires, 2001) men-

Posteriormente entre este último año y 1989, el presidente Alfonsín dictó aproximadamente 10, destacándose el 1096/95 sobre el cambio de moneda del peso por el austral, para llegar a la presidencia de Menem, que se caracterizó por un aumento tan impresionante de la cantidad de los mismos que se llegó a hablar de “gobierno por decreto”.³¹

Un sector importante de la doctrina publicística, integrado por Bielsa, Joaquín V. González, Marienhoff, Villegas Basavilbaso, Cassagne, Diez, Vanossi, Linares, Dromi, Gordillo, Quiroga Lavie y Sagués,³² avaló la posibilidad del dictado de estas instituciones en el marco del texto constitucional originario de 1853 y 1860. En cambio, otro sector que integramos junto a González Calderón, Linares Quintana, Bidart Campos, Ekmekdjian, Spota,

ciona como ejemplos a los dictados por el presidente Avellaneda cuando dispuso el traslado transitorio del gobierno Federal al pueblo de Belgrano ante el levantamiento de Tejedor en 1880, por un motivo institucional y otro que declarara el estado de sitio por dichos hechos, por un motivo político. También menciona por un motivo financiero a uno dictado en 1891 que autorizó un empréstito por 100 millones de pesos y por un motivo económico a uno que decidió la intervención del Estado en el proceso de comercialización de granos. Asimismo cita a Roque Daniel Vítolo, quien a su vez recuerda los fallos de la Corte Suprema en los casos “Andrade” (11-405) y “Anzo” (25-257), de 1870 y 1880, que cobrarían actualidad con la convalidación efectuada de la institución por el caso “Peralta”, fallado por el más alto tribunal en 1990 (ver pp. 54 y 55 y nota 91). A propósito de esta obra, que continuaremos citando por ser para nosotros la más completa en la materia, señalamos que la misma constituyó la tesis doctoral del distinguido profesor de Corrientes y de la que tuvimos el honor de ser consejero en nuestra Universidad Nacional de Córdoba.

31 Cfr. Ferreira Rubio, Delia y Goretti, Matteo, “Gobierno por decreto en Argentina”, 1989-1993, *El Derecho*, pp. 158-748, quienes además indicaron que en los cuatro primeros años de su primer mandato, Menem dictó 308. Midón expresa que el mínimo grado de recato que tuvieron los otros presidentes se esfumó en dicha época, donde se usó y abusó de la institución en materias como tributaria, remunerativa, previsional, deuda pública, desregulación del transporte, comercio internacional, régimen de coparticipación impositiva, servicios públicos, empresas del Estado, retiro de personal, transferencia de bienes inmuebles, promoción industrial, etcétera (cfr. Midón, Mario, *op. cit.*, p. 54).

32 Cfr. Midón, *op. cit.*, p. 55, nota 92, donde se citan los autores y trabajos respectivos.

Fiorini, Segovia, Badeni y Ruiz Moreno,³³ señaló la posición contraria.

En cuanto a la jurisprudencia judicial, debe señalarse que en el caso “Peralta”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diciembre de 1990, se legitimó el uso de estas instituciones de emergencia, más allá de las opiniones doctrinarias contrarias que suscitara y que compartimos.³⁴

Así se comprende que en la Convención Constituyente de Santa Fe y Paraná de 1994 se regulase la institución, con el texto antes indicado del artículo 99 inc. tercero, y cuya sola lectura nos indica que el objetivo perseguido fue el de limitar al máximo el dictado de los mismos.

No otra cosa significa que:

a) Como regla general el Poder Ejecutivo no podrá dictar en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

33 *Ibidem*, p. 55, nota 93, donde se citan los autores y trabajos respectivos. En relación con nuestra opinión, expresamos que en el carácter de diputado de la nación presentamos con fecha 19 de diciembre de 1991 (véase el Trámite Parlamentario 167) como nuestro primer proyecto —ya que habíamos sido electos para el periodo 1991-1995— uno de Ley que en su artículo 1o. disponía: “Son nulos de nulidad absoluta e insanable los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, cualesquiera sean las circunstancias en que se funden”. En el artículo 2o. se indicaba: “Los decretos de necesidad y urgencia dictados hasta la entrada en vigencia de la presente ley podrán ser ratificados por ley dentro del plazo de sesenta días corridos a contar desde la entrada en vigencia de la presente”. Y en el artículo 3o. se expresaba: “Los decretos de necesidad y urgencia que no sean ratificados por el Congreso en dicho plazo perderán validez y no producirán efecto alguno para el futuro”. En los extensos fundamentos hicimos referencia a los excesos cometidos por el Poder Ejecutivo en la materia, que afectaban el funcionamiento del sistema republicano y democrático. Por razones de brevedad, sólo consignamos de los párrafos finales de dichos fundamentos, la siguiente advertencia: “Si el Congreso no defiende con absoluta firmeza las facultades que les son propias, frente al avance incontenible del Ejecutivo, la República estará en serio peligro”. A la que agregábamos finalmente la opción enunciada por Norberto Bobbio: “o el gobierno de las leyes o el gobierno de los hombres”.

Este proyecto, como otros posteriores que presentamos en relación con esta cuestión —como se comprenderá— no obtuvieron aprobación alguna.

34 Véase el análisis efectuado por Midón, Mario R., *op. cit.*, pp. 54-57.

b) Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes se pueden dictar los decretos por razones de necesidad y urgencia.

c) Pero nunca en materia penal, tributaria, electoral o relativa al régimen de los partidos políticos.

d) Deben ser decididos en acuerdo general de ministros y reafirmados por todos ellos, además del jefe de gabinete y el presidente.

e) Es necesario un trámite especial que consiste en someter el decreto a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente por parte del jefe de gabinete de ministros, que deberá hacerlo en forma personal y dentro de los diez días de dictado el mismo. A su vez, la Comisión está obligada a elevar su dictamen a cada una de las cámaras dentro de los diez días, para su tratamiento expreso e inmediato por parte del plenario.

f) No se admite el silencio del Congreso ante el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, ya que el artículo 82, incorporado también por la reforma, estableció: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. En consecuencia, el Constituyente fijó un criterio que impedía para el futuro la convalidación de un decreto por la inactividad del Congreso, como lo había admitido el precedente del caso “Peralta”.

No obstante el claro propósito restrictivo perseguido por esta normativa y que emerge de las pautas mencionadas, al no poder concretarse acuerdos en la Convención sobre los últimos aspectos de la intervención congresional, hubo que deferir ello a la legislación reglamentaria.³⁵

35 Véase todo el proceso de incorporación de la institución a la Constitución en las obras de Midón, Mario R., ya citada, pp. 59-69, de Ortiz Pellegrini, Miguel Ángel y Aguirre, Susana Liliana, *Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional de 1994*, Córdoba, Ed. Lemer, 1995, y de Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995. Por nuestra parte, ratificamos la finalidad restrictiva de esta normativa, ya que intervinimos en los debates respectivos

A pesar del mandato constitucional, en la práctica institucional no se produjo un cambio profundo, ya que el Poder Ejecutivo siguió dictando decretos de necesidad y urgencia, tanto en las presidencias de Menem como de De la Rúa, ante la falta de reacción del Congreso y la actitud permisiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con respecto al órgano legislativo, debemos señalar además, que incumplió el mandato del Constituyente de reglamentar la Comisión Bicameral Permanente, de tan notable importancia para el control de esta institución y del de la legislación delegada, que luego analizaremos. Este incumplimiento, al que se suma el correspondiente a una extensa nómina de otras materias, contribuyó gravemente a la falta de vigencia de la reforma constitucional de 1994 y, por tanto, a nuestra anomia y carencia de seguridad jurídica.

En cuando a la evolución *de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia*, observaremos los casos principales, recordando en primer lugar al ya citado “Peralta”, que estableció las siguientes condiciones para el dictado de los decretos, según la síntesis de María Angélica Gelli:³⁶

- a) una situación de grave riesgo social que pusiere en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado;
- b) razonabilidad de las medidas dispuestas, en términos de: b’) relación entre los medios elegidos por la norma y los fines de ésta; b’’) examen de la proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas y b’’’) inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados;
- c) convalidación del Congreso, expresa o tácita.

al formar parte de la Comisión de Juristas del Acuerdo de Olivos, que sentó las bases iniciales en la materia, y luego de la Comisión que redactara el Núcleo de Coincidencias Básicas que formulara el proyecto definitivo, que sería votado en la Convención Constituyente.

36 Gelli, María Angélica, “Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De ‘Rodríguez’ a ‘Verrocchi’. El regreso de Peralta?”, *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 14 de febrero de 2000, pp. 3 y 4.

Agrega la autora que “la Corte intensificó el control de la emergencia pero diluyó los controles del Poder Legislativo al admitir la ratificación tácita, basándose en que éste, pudiendo hacerlo, no dictase una disposición en contrario”.

Posteriormente debe señalarse el caso “Rodríguez” de 1997, producido a causa de la privatización de los aeropuertos, en que la Corte rechazó por los votos de la mayoría, el planteo de inconstitucionalidad efectuado por diputados nacionales de la oposición, al sostener la falta de legitimación procesal de ellos, pero *obiter dictum* estableció nuevas consideraciones sobre la cuestión de los decretos. En efecto, el alto tribunal concluyó en esta síntesis:

A) La jueza de grado careció de jurisdicción para revisar los decretos del Poder Ejecutivo, porque invadió la zona de reserva de dicho Poder, que es una cuestión política no justiciable.

B) No obstante ello, afirmó que ello no implicaba convalidar el decreto de necesidad y urgencia, en tanto esa norma, como integrante del ordenamiento jurídico es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales —antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese en ese trámite siempre ante un caso concreto en el que la norma cuestionada se considerase en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Constitución—.

C) O sea que aunque el Congreso tiene el control de los decretos de necesidad y urgencia, ante un caso de agravio concreto de derechos y garantías puede ejercer el control judicial.

D) Ese control implica examinar si se cumplieron los requisitos formales de procedencia y si la materia sobre la que versó el decreto se encontraba dentro de las prohibidas expresamente en la Constitución Nacional. Pero en este caso no evaluó la grave emergencia que pusiese en peligro la existencia misma de la nación, como sí lo hizo en “Peralta” y en un caso posterior, “Video Club Dreams”, de 1995.

E) La falta de ley reglamentaria de estos decretos no impide al presidente el dictado de los mismos.³⁷

³⁷ *Ibidem*, pp. 8-10.

Luego, en el caso “Verrocchi”, fallado el 19 de agosto de 1999, la Corte Suprema produjo otra evolución en su jurisprudencia al disponer la inconstitucionalidad de los decretos 770/96 y su reglamentario 771/96 sobre asignaciones familiares, por violar las garantías de la protección integral de la familia consagradas en el artículo 14 bis de la ley suprema y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, que goza de jerarquía constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 inc. 22 de la norma máxima.

La resolución del alto tribunal también fue dividida, conformándose la mayoría con los votos de los doctores Fayt, Belluscio, Bossert, Boggiano y Petracchi, aunque estos dos últimos difirieron en sus fundamentos de los tres primeros vocales. La minoría estuvo integrada por los votos de los doctores Nazareno, Moliné O’Connor y López.

Así podemos sintetizar la doctrina del fallo, en su conformación mayoritaria:

A) Los decretos cuestionados en materia de asignaciones familiares son inconstitucionales por cuanto

no ha existido ninguna de las circunstancias fácticas que la Constitución prevé en el artículo 99 inc. 3, toda vez que las afirmaciones vertidas en los considerandos de tal decreto resultan dogmáticas e insuficientes, no alcanzando a justificar la imposibilidad de ejercer la función legislativa del Congreso de la Nación, máxime cuando se trata de derechos sociales que pueden y deben ser reglamentados por las leyes formales, pero nunca aniquilados, ni aún en la emergencia.

B) La falta de sanción de la ley reglamentaria del trámite de los decretos de necesidad y urgencia, “refuerza la responsabilidad del Poder Judicial de la Nación en el control constitucional de los mismos...

[C)] A los efectos del control de constitucionalidad es atribución de la Corte Suprema evaluar el presupuesto fáctico que justificaría el dictado de decretos de necesidad y urgencia y, por tanto, corresponde

descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

D) Los constituyentes de 1994 mantuvieron intangible el sistema republicano y la división de los poderes y trataron de atenuar el presidencialismo al fortalecer el rol del Congreso y la independencia del Poder Judicial, al establecer una regla general categórica en la primera parte del artículo 99 inc. 3 al prescribir: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.

[E)] ...La admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989...³⁸

Más recientemente, deben mencionarse los casos “Güida”, de 2 de junio de 2000, donde la Corte admite la constitucionalidad del Decreto 290 de 1995 que había reducido los salarios de los empleados públicos y por tanto retrocede en su tarea de control y luego, en “Risolí de Ocampo”, de 2 de agosto de 2000, donde el alto tribunal en cambio, declara la inconstitucionalidad del Decreto 260 de 1997 que había establecido el estado de emergencia para las empresas de transporte y sus aseguradoras, con criterios similares a los de “Verrocchi”.

Finalmente, en el caso “Smith”, resuelto el 1o. de febrero de 2002, la Corte ratificó estos criterios al declarar la inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia 1570/01, que había impuesto el denominado “corralito” financiero y bancario,

³⁸ Cfr. *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 22 de octubre de 1999.

que analizaremos específicamente al referirnos a las emergencias económicas.

En consecuencia, la jurisprudencia de la Corte no impidió ni impide el dictado de decretos de necesidad y urgencia al Poder Ejecutivo, mientras no se sancione la ley reglamentaria prevista por el artículo 99 inc. tercero.³⁹ Pero es evidente que el alto tribunal fue modificando posiciones anteriores, al establecer un control más riguroso de constitucionalidad sobre los mismos. Nosotros pensamos que frente a la inexcusable defección del Congreso, el único valladar que resta para impedir estos excesos del órgano ejecutivo, no es otro que el de la profundización del control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial.⁴⁰

Precisamente esto es lo que está ocurriendo ya que hay jueces federales que están declarando la inconstitucionalidad de los decretos de Necesidad y Urgencia 214 y 320 de 2002 (también vinculados al “corralito”), a los que luego nos referiremos, en defensa de la supremacía constitucional.

De todas maneras, arribamos en el análisis de esta institución de emergencia a conclusiones similares a los anteriores casos, pues se ha abusado del mismo, lesionándose el sistema republicano y democrático consagrado por nuestro ordenamiento jurídico.

39 Esta posición fue corroborada en el caso Verrocchi, pues sólo un ministro, el doctor Petracchi, sostuvo lo contrario, conforme la opinión doctrinaria de Bidart Campos.

40 En cuanto a los *requisitos materiales y formales* que la Corte está dispuesta a examinar en el dictado de decretos, María Angélica Gelli menciona los que: “A) se enmarcan dentro del principio republicano. B) mantienen intangible el sistema de mutuos controles entre los poderes. C) requieren la existencia de un estado de necesidad en términos de c’) imposibilidad del Congreso para dictar normas, por ejemplo, en caso de una contienda bélica o de desastres naturales que impidan a los legisladores llegar a la capital; o c’’) que la situación que necesite solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente; D) desestiman razones de mera conveniencia para dictar los decretos; E) contengan suficiente motivación fáctica en los mismos considerando de la norma cuestionada; para poder efectuar el pertinente control de razonabilidad; y F) no aniquilen —ni aún en la emergencia— el derecho limitado por la norma (*cf.*, artículo citado).

D. *La delegación legislativa*

Esta institución también fue incorporada al texto constitucional en la reforma de 1994, en el artículo 76 con la siguiente redacción:

Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

La disposición transitoria octava, también correspondiente a dicha reforma, dispuso: “La legislación delegada preexistente que no tenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.”

A su vez, el artículo 100, destinado al jefe de gabinete de Ministros, al mencionar sus funciones, dispone en el inc. 12: “Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”.

Pero la delegación legislativa ya había sido admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso “Delfino”, de 1927 y fue ampliamente utilizada a lo largo de nuestra historia institucional, como seguidamente veremos.

La delegación legislativa consiste en la transferencia de la competencia específicamente legisferante por parte del Congreso al Poder Ejecutivo, en materias determinadas y bajo plazos y condiciones especialmente fijadas. Más allá que en doctrina es muy conocida la opinión negativa de John Locke al respecto,

en el derecho comparado europeo y norteamericano —que influenciara nuestro ordenamiento—, se fue imponiendo dicha práctica con base en la afirmación del liderazgo político del órgano ejecutivo sobre el legislativo en la realidad política contemporánea, por una serie de causas que explicara hace tiempo el distinguido constitucionalista de Córdoba, César Enrique Romero.⁴¹

Por razones de brevedad, no podemos detenernos en el análisis circunstanciado de este tema, por otra parte, objeto de tratamiento por numerosos autores.⁴² Sólo queremos explicar cómo se produjo también aquí el uso y abuso de esta institución en nuestra historia institucional.

Hemos mencionado que en el caso “Delfino”, en 1927, la Corte Suprema admitió lo que se dio en llamar la “delegación impropia”, al expresar “Existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de regular los pormenores para la ejecución de aquella”, por oposición a la denominada “delegación propia”, a la cual se refirió el alto tribunal de esta manera en el mismo fallo: “Ciertamente, el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o

41 Cfr. Romero, César Enrique, “El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea”, *Revista de Estudios Políticos de Madrid*, España, 1963.

42 Cfr. Bianchi, Alberto, “La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la administración pública”, Abaco, Buenos Aires, 1990; Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 3a. ed., Buenos Aires, Zavalía, 2000; Gelli, María Angélica, “Cuestiones de la delegación legislativa”, *El Derecho*, 182-1279; García Lema, Alberto y Paixao, Enrique, *La reforma de la Constitución*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994; Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. IV; Colautti, Carlos, “La delegación de facultades legislativas y la reforma constitucional”, *La Ley*, 29 de marzo de 1996; Badeni, Gregorio, “Límites de la delegación legislativa”, *La Ley*, 2001-E, p. 1; Palacio de Caiiro, Silvia B., “Bases para el control de constitucionalidad de la legislación delegante y delegada (artículo 76 de la Constitución Nacional)”, *La Ley*, 2 de noviembre de 2001; Dalla Via, Ricardo Alberto, “Control de la emergencia y la legislación delegada”, *Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Debates de Actualidad*, año XVII, núm. 187, abril-mayo de 2002; entre otros autores.

en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente concedidos”.

O sea, que los decretos o reglamentos delegados —que no deben confundirse con los decretos reglamentarios que son atribución del Poder ejecutivo para reglamentar las leyes— son normas *praeter legem* como expresa Ekmekdjian, que integran una ley incompleta para hacer posible su aplicación y que sólo pueden ser dictados por el órgano ejecutivo en virtud de una delegación legislativa expresa en tal sentido.⁴³

La Corte ratificó esta jurisprudencia en los casos “Bonevo”, “Novick” y “Verdaguer”, entre otros, que convalidaron estas delegaciones cada vez más amplias que hacía el Congreso.

Sólo en los casos “Cimadamore” y, sobre todo, “Mouviel”, de 1957, donde se destacara el dictamen del procurador general Sebastián Soler, se produjo la fijación de un criterio más restrictivo al tratarse de materia penal, pues la Corte declaró la inconstitucionalidad de la facultad policial para crear figuras contravencionales mediante edictos policiales. Más recientemente, en el caso “Cocchia”, de 1994, la Corte amplió aún más la delegación además de intentar borrar las diferencias entre decretos reglamentarios y decretos delegados, como lo han sostenido Ekmekdjian y Quiroga Lavié.⁴⁴

Todo esto fue posibilitando un extraordinario avance de las facultades legisferantes del Poder Ejecutivo, que a su vez delegó sus atribuciones en organismos inferiores, lo que en definitiva

43 Cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. IV, pp. 705 y ss.

44 Cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 709 y Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavalía, 1996, p. 494. El distinguido constitucionalista prematuramente desaparecido acusó a la Corte de introducir mayor confusión en el tema al sostener que el Congreso le otorga al Poder Ejecutivo la atribución de establecer la “conveniencia de contenido” y también lo relativo a su “aplicación material”, además de expresar que esa delegación impropia no sería una delegación legislativa sino una modalidad del poder reglamentario del artículo 99 inc. 2 de la Constitución Nacional (Ekmekdjian, *op. cit.*, p. 709).

produjo el dictado de normas por parte de la Dirección General Impositiva, del Banco Central, de la Aduana, de los diferentes ministerios, etcétera, que además afectaron el ejercicio de los derechos individuales, más allá del principio de legalidad de los artículos 14 y 19 de la ley suprema.

Por otra parte, dicha legislación delegada careció normalmente de control alguno por parte del órgano delegante, o sea el Congreso Nacional.

Así llegamos a la reforma constitucional de 1994, donde se incorporara la normativa ya transcrita anteriormente, con la finalidad de restringir y controlar el ejercicio de esta institución de emergencia.

En efecto, la norma establece el principio general de la prohibición de delegación legislativa genérica, conforme los lineamientos del sistema republicano y del artículo 29, indicando que sólo habrá excepciones cuando se trate de determinadas materias de administración y de emergencia pública, siempre dentro del marco fijado por ley del Congreso y en el tiempo prescrito, al cabo del cual se produce la caducidad de dicha legislación delegada, sin que ello implique la revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de dicha delegación.

En consecuencia, y con la misma teleología que en el caso de los decretos de necesidad y urgencia, el Constituyente intentó establecer límites precisos a los avances del Poder Ejecutivo, en el ejercicio de una institución que ya había sido admitida en la práctica institucional desde hacía décadas y convalidada por nuestro más alto tribunal desde 1927.

Compartimos con Badeni que la delegación legislativa que autoriza la Constitución es una solución excepcional limitada y de interpretación restrictiva. Asimismo, el autor distingue en el artículo 76 la legislación delegante y la legislación delegada, siendo la primera aquélla en cuya virtud el Congreso transfiere provisoria y transitoriamente algunas de sus facultades propias al Poder Ejecutivo en materias determinadas de administración y en situación de emergencia que así lo justifique; mientras que

la legislación delegada consiste en la normativa que debe dictar el presidente respetando los límites y el marco de la legislación delegante.⁴⁵

Palacio de Caeiro ha sistematizado de la siguiente forma los presupuestos prescritos por la ley suprema en la materia, explicando además las bases para el control de constitucionalidad respectivo:

En cuanto a la *legislación delegante*, son *presupuestos formales*: a) la existencia de una ley marco, b) el plazo estipulado de su vigencia y c) la caducidad de las facultades delegadas; y como *presupuestos materiales*: a) materias determinadas de administración y b) emergencia pública.

Y en cuanto a la *legislación delegada*, son *presupuestos formales*: a) vigencia de la ley marco, b) vigencia del plazo de delegación, c) intervención del jefe de gabinete (artículo 100 inc. 12) y d) sometimiento a la Comisión Bicameral (artículo 100 inc. 12); y como *presupuestos materiales*: a) materias determinadas de administración (límites legales y constitucionales) y b) emergencia pública (límites legales y constitucionales).⁴⁶

Porque excede el propósito de este estudio, tampoco podemos detenernos en el análisis de esta norma, por otra parte objeto de análisis por caracterizada doctrina.⁴⁷

Para comprender la situación institucional en que nos encontramos actualmente en esta materia, nos parece acertada la opinión de Dalla Vía, quien sostiene que en los noventa primó un “decisionismo gubernativo y antiestatista” en cuya virtud “los

45 Cfr. Badeni, Gregorio, *Límites de la delegación legislativa*, op. cit., p. 2.

46 Cfr. Palacio de Caeiro, Silvia B., “Bases para el control de constitucionalidad de la legislación delegante y delegada (artículo 76 de la Constitución Nacional)”, cit., pp. 3-6, al que remitimos en razón de brevedad y donde se desarrolla exhaustivamente la cuestión.

47 Véanse entre otros autores a Ekmekdjian y Quiroga Lavié en sus obras citadas y a Gelli, María Angélica, en su “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, *La Ley*, Buenos Aires, 2001, pp. 538 y ss.

pilares de la democracia liberal constitucional adquieren carácter nominal, subordinándose a la razón de Estado, que en nuestros días se denomina gobernabilidad”.⁴⁸

Sobre todo a partir de la primera presidencia de Menem se advierte un avance notorio e incontrolable del Poder Ejecutivo sobre el Congreso, a través de dos instituciones de emergencia: los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, y como antes lo vimos, sin adecuada resistencia ni control por parte del órgano legislativo, en primer término y luego del Poder Judicial, que desarrolló una jurisprudencia vacilante y convalidatoria en general.

Así llegamos hoy a tener aproximadamente más de dos mil normas dictadas por órganos ejecutivos como legislación delegada durante las emergencias de la década mencionada, a las que se suman las emitidas con posterioridad a la sanción de la Ley 25.148 de 1999 y las más recientes provenientes de las leyes 25.414 de 2001 y 25.561 de 2002.⁴⁹

Este número asombroso de normas, indica además de una deficiente cultura y seguridad jurídicas, un ostensible abandono de sus competencias por parte del Congreso, que fue sancionando la respectiva legislación delegante.

En efecto, las leyes de emergencia y de reforma del Estado números 23.696, 23.697 y 23.982, sancionadas en la presidencia de Menem comenzada en 1989, originaron legislación delegada que fue ratificada por la Ley 25.148 de 1999, que así evitó la caducidad de la misma, como se había dispuesto con la acertada intención de terminar con estas prácticas, por la disposición transitoria octava de la reforma de 1994.

48 *Cfr.* Dalla Via, Alberto Ricardo, “Control de la emergencia y la legislación delegada”, *cit.*, p. 16.

49 *Cfr.* Palacio de Caeiro, Silvia B., *op. cit.*, p. 3. La autora establece el número de 1,900 normas hasta la sanción de la Ley 25.414 y por ello, nosotros aumentamos a más de 2,000 las dictadas hasta la actualidad, pues a ellas hay que sumar las correspondientes a la Ley 25.561.

Luego se sumó la legislación delegante de las leyes del 2001 durante la presidencia de De la Rúa; la número 25.414, que originara severas críticas en la doctrina por su extensión⁵⁰ y la 25.453 de déficit cero y por último, en el 2002 en la presidencia de Duhalde, la Ley 25.561, que ha producido la más grave, profunda y amplia delegación legislativa posiblemente de nuestra historia, ya calificada como inconstitucional por opiniones doctrinarias que compartimos.⁵¹

Esta última ley, en su artículo 1o. declara la emergencia pública y delega facultades en los siguientes términos:

Declárase, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la presente ley hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente: 1) Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios. 2) Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3) Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4) Reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2o.

50 Cfr. Colautti, Carlos, "La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la Ley 25.414", *La Ley*, 2001-D-1272 y Pérez Hualde, Alejandro, "El Congreso Nacional Argentino frente a la crisis", *El Derecho*, Derecho Constitucional, 18 de febrero de 2002, pp. 16-17. Esta ley produjo una desmesurada delegación que abarcaba tanto materias de administración como de emergencia, que excedían largamente los límites del artículo 76 de la ley suprema y que para Pérez Hualde colocaban a los legisladores en el serio riesgo de verse incluidos en las previsiones del artículo 29, que prohíbe la concesión de las facultades extraordinarias.

51 Cfr. María Hernández, Antonio, "La inconstitucionalidad del corralito financiero y bancario", *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, 2002-1, 2002, pp. 227-231; Pérez Hualde, Alejandro, "El Congreso Nacional Argentino frente a la crisis", *cit.*, p. 17, y Padilla Miguel, "El Congreso ha renunciado a sus atribuciones constitucionales", *El Derecho*, Derecho Constitucional, 18 de febrero de 2002, p. 5.

Por su parte, el artículo 2o. dice: “El Poder Ejecutivo Nacional queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el artículo 1o., para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias”.

También deben sumarse como facultades delegadas por esta Ley del Congreso al Poder Ejecutivo, las indicadas en el artículo 6o. segundo párrafo, en cuanto a la restructuración de las deudas con el sector financiero; tercer párrafo, en cuanto a las medidas compensatorias que eviten desequilibrios de las entidades financieras y, por último, en el quinto párrafo, en cuanto a la disposición de las medidas tendentes a preservar el capital perteneciente a los ahorradores.

Fácilmente se comprende la magnitud de la delegación efectuada, que excede con amplitud las pautas del artículo 76 de la ley suprema de la nación, para posiblemente ingresar en los límites prohibidos del artículo 29, que como bien se dijo, es una protesta que se levanta desde el fondo de la historia.

Es que a la abdicación de las atribuciones congresionales, debemos agregar la falta de reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente, que impide un adecuado control de las delegaciones producidas y, en consecuencia, concentra el poder en el presidente y unos pocos funcionarios.

Concluimos el análisis de esta institución, que ha mostrado un comportamiento institucional similar a los anteriores, o sea avances del Poder Ejecutivo, con abdicación de sus competencias por parte del Congreso y jurisprudencia convalidatoria del Poder Judicial, lo que importa una severa lesión a la letra y espíritu constitucionales y a la vigencia del sistema republicano establecido en nuestro Estado de derecho.

2. Instituciones prohibidas por la Constitución: el artículo 29

La ley suprema expresa en el citado artículo:

El Congreso Nacional no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

En consecuencia, dichas instituciones no pueden ser utilizados jamás y por cierto tampoco en las emergencias.

La norma, de vigorosa expresión, es una protesta que se levanta desde el fondo de la historia, como lo dijera Agustín de Vedia, y además fue escrito con letras de sangre, como lo sostuvo José Manuel Estrada, en referencia a la dictadura de Juan Manuel de Rosas.

Además de la importancia del artículo en cuanto a la tipología mixta de nuestra Constitución (con caracteres de racional-normativismo y tradicional-historicismo) como lo sostiene Bidart Campos, débese resaltar su profundo sentido republicano y democrático, que repudia todo tipo de autoritarismo y establece límites en el accionar público en defensa de los derechos de los hombres.

En cuanto al significado de la concesión de las “facultades extraordinarias” a los poderes ejecutivos, Ekmekdjian interpretó que ello consiste en permitirles la realización de “actos que son competencia de algunos de los otros poderes del Estado o bien que, siendo actos complejos, requieren la participación de algún órgano fuera del Ejecutivo”.⁵²

52 Cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, cit., t. III, p. 124, donde el autor menciona como ejemplos la autorización a ejercer funciones legislativas o judiciales al Ejecutivo, o bien la convalidación de actos del mismo que requieren autorización o acuerdo del Congreso o de alguna de las cámaras, mencionando específicamente el caso de las delegaciones que exceden los límites del artículo 76.

Con respecto a la “suma del poder público”, el autor expresó que significa “asumir las tres funciones esenciales en que se descompone el ejercicio del poder”.⁵³

Y en cuanto a las “sumisiones y supremacías”, el distinguido constitucionalista indicó que

son conductas del Poder Legislativo o Judicial que, sin llegar a la delegación de facultades, en los hechos implican otorgar al Poder Ejecutivo una influencia ilegítima en el funcionamiento o en las decisiones de los otros poderes del Estado. Una subordinación de facto al Poder Ejecutivo, total o parcialmente.⁵⁴

Conforme el objetivo de este trabajo, con tristeza debemos señalar que se han producido violaciones a la Constitución en este aspecto, según lo indican los ejemplos citados a los que deben sumarse los ocurridos durante las épocas de facto, con lo cual también aquí se comprueba el incumplimiento de los principios y reglas de nuestro Estado de derecho.

53 Ekmekdjian, M. A., *op. cit.*, t. III, p. 126, quien además expresa que se trata de la prohibición de la dictadura, recordando el gobierno de Rosas que ejerció la “suma del poder público” en la provincia de Buenos Aires, en virtud de la concesión así otorgada por la legislatura.

54 *Idem*. Asimismo dijo: “Ejemplos típicos de estas conductas prohibidas las constituyen la actividad del Poder Ejecutivo o de sus ministros o colaboradores que, basándose en las relaciones partidarias con los legisladores de la bancada oficialista, influyen en el destino de los proyectos de ley que se tramitan ante las cámaras o cuando lo hacen en la decisión de las causas que están a resolución de los magistrados judiciales. Esta figura es amplísima y significa que ninguna autoridad puede apartarse un milímetro de los carriles que marca la propia Constitución en la competencia de cada uno de los poderes del gobierno. Así, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Especial (Federal) de la Capital Federal entendió que se habían concedido supremacías al Poder Ejecutivo, en las resoluciones de ambas cámaras del Congreso Nacional, del 7 de mayo de 1952, las que habían declarado ‘Libertador de la República’ al entonces presidente Juan Domingo Perón, y en la Ley 14,036, que ordenó la erección de su monumento en vida. También expresó que la Ley 14,400 implicaba el otorgamiento de sumisiones en las personas, porque ponía en manos del Poder Ejecutivo la posibilidad de suprimir el derecho de reunión y de cultos, así como la Ley 14,184, que estableció como doctrina oficial la de un partido político” (pp. 126 y 127).

3. *Instituciones no previstas por la Constitución*⁵⁵

A. *Gobiernos de facto*

Las emergencias políticas e institucionales han sido tan graves en nuestro país que en no pocas oportunidades llevaron a la ruptura de la ley suprema mediante golpes de Estado que instalaron gobiernos de facto, con lo que se produjeron las máximas lesiones al Estado de derecho.

Sin detenernos en el análisis del tema, porque excede el propósito del estudio, la historia institucional argentina lamentablemente muestra sucesivas interrupciones del orden constitucional, que comenzaron en 1862, con el triunfo del general Mitre en la batalla de Pavón, en el siglo XIX y que se incrementaron en el siglo XX a partir del derrocamiento en 1930 del presidente Irigoyen por las Fuerzas Armadas, que volvieron a ejercer el poder en 1943, 1955, 1966 y 1976.

A ello debe agregarse el golpe de 1962 que provocó la sustitución del presidente Frondizi por el presidente del Senado Guido, que no fue un gobernante de *iure*.

Asimismo, deben recordarse los dolorosos periodos en que se impusieron proscripciones que impidieron la vigencia irrestricta del principio de la soberanía popular, única fuente de legitimidad democrática de los gobiernos conforme a la Ley Fundamental.

Igualmente —como en los casos de ejercicio abusivo de instituciones de emergencia previstas por la Constitución—, estos

55 Estas instituciones al no estar previstas en la Constitución son inconstitucionales, ya que están fuera de la competencia otorgada por la ley suprema a los distintos poderes del Estado. No debe olvidarse que en el derecho público —a diferencia del privado en que la capacidad de las personas es la regla y la incapacidad la excepción—, la incompetencia de las personas públicas es la regla y la competencia la excepción, como lo explicamos en nuestra obra *Derecho municipal*, Buenos Aires, Depalma, cap. VII, pp. 431 y ss. Allí recordamos a Marienhoff que después de sostener que la competencia es una consecuencia del constitucionalismo y de la división de los poderes, indica sus principios: a) debe surgir de una norma expresa, b) es improrrogable y c) pertenece al órgano y no a la persona física titular de él.

gobiernos de facto fueron inconstitucionalmente convalidados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que además fue ampliando paulatinamente su reconocimiento a la legislación de facto.⁵⁶

Esto nos indica la profundidad de la crisis de nuestra cultura política y jurídica, similar a la de otros países de América Latina, que ha producido entre otros fenómenos disvaliosos, estas continuas rupturas del orden constitucional entre 1930 y 1983, como fenómenos de anomia y de ajuridicidad, como lo sostuviera Carlos S. Nino en su libro recordado.

Por eso se explica la inserción en la reforma constitucional de 1994 del artículo 36, que con la finalidad de asegurar la vigencia de la ley suprema e impedir estas gravísimas lesiones al Estado de derecho, dispuso:

Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito do-

56 Véase en tal sentido el desarrollo efectuado sobre gobiernos y doctrina de facto por Ekmekdjian, Miguel Ángel, en su *Tratado de derecho constitucional*, cit., t. III, pp. 386 y ss., y por Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, pp. 64-69, donde el autor analiza de manera crítica el accionar de nuestro más alto tribunal durante los periodos de facto, recordando además de las acordadas de reconocimiento de los gobiernos de hecho, los fallos “Malmonge Nebreda” de 1933 y “Arlandini” de 1947, que fueron ampliando el reconocimiento de atribuciones legislativas de dichos gobiernos, que en sus últimos casos no trepidaron en subordinar la Constitución a estatutos y leyes revolucionarias y en ejercitar poder constituyente como en 1972.

loso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

Aunque no podemos detenernos en la interpretación exhaustiva del citado artículo, queremos recordar algunos conceptos que pronunciamos al respecto en el propio seno del plenario de la Convención Constituyente, en nuestro carácter de vicepresidente de la Comisión Redactora:

Permítaseme decir cuál es la naturaleza de esta norma que vamos a incorporar a la Constitución Nacional. Nosotros creemos que estamos ante normas penales constitucionales. Ya la Constitución de la Nación en los artículos 15, 22, 29 y 103 introduce específicamente delitos de tipo constitucional. Aquí hacemos lo propio y hacemos referencia a un bien jurídico protegido que aparece con suma claridad: el orden constitucional. Definimos en la norma la conducta incriminada y el bien jurídico protegido, hacemos una referencia a las penas y también se deriva al Congreso de la Nación la redacción y la aplicación de otras penas al respecto. Es la misma técnica constitucional utilizada en los otros casos.

Y luego de indicar el sentido disuasivo de la norma y la importancia de reconocer como derecho enumerado al de resistencia a la opresión así como la referencia a la ética pública como presupuesto de la democracia, decíamos sobre el orden constitucional:

para nosotros el orden constitucional es la nación misma. Ésta fue la clara definición de uno de los prohombres de la nacionalidad, Juan María Gutiérrez, cuando dijo que la Constitución era la Nación Argentina hecha ley. Desde los momentos iniciales de la nacionalidad en aquel formidable debate del 22 de mayo en el Cabildo Abierto de Buenos Aires, las ideas de la libertad, de la igualdad, de la República y del federalismo quedaron integradas a lo más profundo de la nacionalidad argentina. Fueron necesarios muchos años de luchas

fratricidas y muchos intentos constitucionales después del proyecto de nuestro primer constitucionalista que fue el eminente Mariano Moreno hasta que nosotros en 1853, y después en 1860, cerráramos aquel ejercicio de poder constituyente originario que se iniciaba precisamente en aquel lejano 22 de mayo... En consecuencia, es conveniente decir que la idea del orden constitucional y la defensa de la democracia, que es un valor esencial de nuestra Constitución, significan incuestionablemente la defensa de las mejores ideas que ha tenido la nacionalidad argentina, trabajosamente elaboradas a lo largo de nuestra dolorosa historia. Las declaraciones son enunciados solemnes que en la Constitución se hacen sobre el hombre, la sociedad y el Estado. En este sentido, esta norma también es una declaración en el más alto grado; se asienta en la dolorosa historia que vivimos y en la profunda convicción que tenemos sobre la eficacia de la democracia para el tiempo por venir. Expresa ampliamente el consenso de esta magna Convención Constituyente y consideramos altamente valioso que sea incorporada al texto constitucional.⁵⁷

Terminamos este tema, adelantando como una de las conclusiones finales del estudio, la imperiosa necesidad de afirmar la plena vigencia de la Constitución y del Estado de derecho, para superar las tristes experiencias de nuestro pasado institucional.

B. *La ley marcial*

Bidart Campos adhiere al concepto de Mitre sobre esta institución: “La ley marcial, o lo que es lo mismo, el código militar o la competencia de los tribunales militares aplicada a los delitos comunes, con exclusión de las leyes y de los jueces ordinarios o naturales, no es institución de pueblos libres”; y sostiene su inconstitucionalidad al no aparecer en la constitución formal, más

⁵⁷ Cfr. *Reforma constitucional de 1994. Labor del Convencional Constituyente Antonio María Hernández*, Buenos Aires, H. Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 1995, pp. 57-59.

allá que González Calderón y Casiello la consideraron implícita en los poderes de guerra del gobierno federal.⁵⁸

Recuerda Ziulu que hasta 1930 esta institución fue utilizada en dos oportunidades, en Salta en 1868 y en San Juan en 1869 y que en el primer caso se originó un conflicto de competencias que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia en favor de la Justicia Federal.⁵⁹

Pero a partir del golpe del general Urriburu, que dictara un bando que lo estableciera ese mismo 6 de septiembre, fue utilizado con mayor asiduidad, como lo indica el distinguido profesor de La Plata, a quien seguimos en este tema. En efecto, así lo hizo el gobierno de facto de 1943, aunque con una vigencia de cuatro días. La reforma constitucional de 1949 dispuso en el artículo 28 que

los militares y las personas que les están asimiladas estarán sometidas a la jurisdicción militar en los casos que establezca la ley. El mismo fuero será aplicable a las personas que incurran en delitos penados por el Código de Justicia Militar y sometidos por la propia ley a los tribunales castrenses.

En 1960 el presidente Frondizi dictó el Decreto 2628/60 sobre el Plan Conintes que subordinó las fuerzas policiales a las fuerzas armadas para la prevención y represión de ciertos delitos contra la seguridad pública, cuyos acusados quedaban sometidos a las leyes militares. En 1969 el gobierno de facto creó consejos de guerra a los cuales habilitó para el juzgamiento de civiles. Y en 1976, el último gobierno de facto impuso nuevamente la ley mar-

58 Cfr. Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, cit., p. 170.

59 Cfr. Ziulu, Adolfo Gabino, *Estado de sitio*, cit., p. 171. El caso se tituló "Competencia entre el juez nacional de Salta y el general en jefe del Ejército del Norte, don Ignacio Rivas". El segundo caso tuvo consecuencias más graves, pues fue ejecutado Zacarías Segura por la aplicación del mismo, lo que repercutió en el Senado de la nación, donde pronunciara un célebre discurso el general Mitre descalificatorio de la posibilidad de la aplicación de las leyes militares a los civiles.

cial mediante las leyes 21.264 y 21.461, que dispuso el establecimiento de consejos de guerra especiales para determinados delitos vinculados con la actividad subversiva.⁶⁰

La doctrina mayoritaria —Bidart Campos, Sánchez Viamonte, Ekmekdjian, Linares Quintana, etcétera— que compartimos, sostiene la inconstitucionalidad de esta institución. En cambio, defendió lo contrario González Calderón, de la misma manera que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que lo admitió con carácter excepcional en el caso “Ruggero, Conrado, Andrés Rodríguez Juan Carlos y Tambascio Juan Carlos”, de 1962.⁶¹

Demás está decir que esta institución significó también una profunda lesión a la vigencia de los derechos individuales y del Estado de derecho.

C. *El estado de prevención y alarma*

Dice Ziulu que el estado de prevención y alarma entraña una situación institucional preventiva ante la eventualidad de una crisis que implica el otorgamiento de facultades anticipadas y limitadas a los titulares de los poderes del Estado para que traten de evitar en el futuro la instauración del estado de sitio.⁶²

Esta institución fue introducida en la reforma constitucional de 1949 en el artículo 34 *in fine*, con el siguiente texto:

Podrá declararse asimismo el estado de prevención y alarma en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población. Una ley determinará los efectos jurídicos de tal medida, pero ésta no suspenderá, sino que limitará transitoriamente las garantías constitucionales en la medida que sea indispensable. Con re-

60 *Ibidem*, pp. 172 y 173.

61 *Ibidem*, p. 173. En cambio, la jurisprudencia de la Corte estadounidense a partir del caso “Milligan” en 1865 dispuso la inconstitucionalidad de la ley marcial.

62 *Ibidem*, pp. 173 y 174.

ferencia a las personas, los poderes del presidente se reducirán a detenerlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, por un término no mayor de treinta días.

Dicha reforma fue derogada en 1956 y pese a que la institución no tuvo vigencia alguna, recibió críticas en la doctrina.⁶³

D. *El estado de asamblea*

Juan Carlos Rébora sostuvo que esta expresión debe ser

doctrinariamente aplicada al conjunto de efectos que lleva aparejada, en los casos de grave peligro público y especialmente de peligro exterior, la rápida formación o concentración de un ejército así como la organización de la defensa del territorio y de sus habitantes.⁶⁴

Se ha planteado un debate en nuestro derecho constitucional con respecto a la institución, pues algunos autores entre los que se cuentan a Sarmiento, Alcorta, Montes de Oca y González Calderón, lo han asimilado en sus efectos al estado de sitio y han querido fundarlo en el inc. 24 del artículo 67 del texto constitucional de 1853, que decía que el Congreso puede “autorizar la reunión de las milicias de todas las provincias o parte de ellas cuando la exija la ejecución de las leyes de la nación y sea necesario contener las insurrecciones o repeler las invasiones”, y en el artículo 108 a *contrario sensu*, donde expresa que las provincias pueden armar buques de guerra o levantar ejércitos en

63 *Ibidem*, p. 174. El autor recuerda la siguiente crítica de César Enrique Romero: “adolecía de vaguedades en el texto, repetición de los supuestos del estado de sitio y delegaba a la ley la fijación de su alcance y efectos jurídicos” y que “resultaba no fácil la distinción entre suspensión y limitación de garantías constitucionales, cuando una seguridad jurídica queda enervada muchas veces con la sola y mínima restricción” (p. 174 y nota 13).

64 Rébora, Juan Carlos, “El ‘estado’ de asamblea”, *La Ley*, Páginas de Ayer, año 2, núm. 10, noviembre de 2001, p. 27.

caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación, dando cuenta al gobierno federal. En cambio, otros autores, a partir de Rébora, sostienen que el estado de asamblea no altera en manera alguna la relación entre el individuo y el Estado y no allana las garantías constitucionales.⁶⁵

Por último debemos hacer referencia a que la reforma constitucional de 1994 derogó el inciso antes mencionado y que esta institución había caído en desuso desde hacía mucho tiempo.

E. *El poder de policía de emergencia*

El poder de policía es la facultad del Estado en sus diversos niveles de limitar el ejercicio de los derechos individuales para asegurar determinadas finalidades, que varían según un concepto restringido que comprende la seguridad, salubridad o moralidad y un concepto amplio que además agrega el bienestar general.

La doctrina confirma que el ejercicio de este poder en tanto significa la reglamentación de derechos personales debe corresponder al Poder Legislativo, sobre la base de los principios de legalidad y razonabilidad de los artículos 14, 19 y 28 de la ley suprema.

El poder de policía, que fue admitido por nuestra jurisprudencia y doctrina desde hace largo tiempo, fue recién incorporado en forma explícita a la Constitución en el artículo 75 inc. 30, en la reforma de 1994, con un claro sentido federal.

Sin detenernos en este amplio tema, señalamos que hasta 1922 primó en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia

65 *Cfr.* Rébora, Juan Carlos, “El ‘estado’ de asamblea”, *cit.*, pp. 25-27. El autor distinguía entre los siguientes conceptos: “asamblea” (convocatoria del ejército); “paraje de asamblea” (lugar a que deben concurrir los convocados); “pueblo, vecinos o habitantes en asamblea” (el tropel tumultuoso de las gentes atraídas por la voz de las campanas que tocaron a rebato o a somatén) y “estado de asamblea” (los efectos que de tales supuestos puedan o hayan podido derivar y especialmente —si los hay y si habiéndolos se les reconoce— los que se manifiesten como repercusiones en la relación entre el individuo y el Estado, o sea en la que establece para protección del individuo y de sus actividades, un límite que los funcionarios del Estado no podrán salvar) (p. 26).

el concepto restringido, a partir del caso “Bonorino E. (en representación de la empresa Plaza de Toros) c. Provincia de Buenos Aires” fallado en 1869, cuando avaló la constitucionalidad de una ley de dicha provincia que prohibió las corridas de toros, al sostener que: “es un principio de derecho constitucional que la policía de las provincias están a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo concerniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos”.

Este criterio fue mantenido en posteriores pronunciamientos como en los casos “Saladeristas de Barracas c. Provincia de Buenos Aires”, de 1872, donde se había impugnado una ley provincial que ordenaba la clausura del establecimiento comercial del actor por afectar la salud del vecindario y la Corte se inclinó por la constitucionalidad de la misma y especialmente, en “Hileret y Rodríguez c. Provincia de Tucumán”, de 1903, donde se cuestionaba la constitucionalidad de una ley provincial que había creado un impuesto a la producción del azúcar para indemnizar a los plantadores de caña que no habían podido vender y el Tribunal sostuvo la inconstitucionalidad de la ley porque,

si fuese aceptable la reglamentación impuesta al azúcar podría hacerse extensiva a toda la actividad industrial y la vida económica de la nación, con las libertades que la fomenta, quedaría confiscada en manos de legisladores o congresos que usurparían con ingeniosos reglamentos, todos los derechos individuales. Los gobiernos se considerarían facultados para fijar al viñatero la cantidad de uva que le es lícito producir, al agricultor la de los cereales, al ganadero la de sus productos y así hasta caer en un comunismo de Estado en que los gobiernos serían los regentes de la industria y del comercio y los árbitros del capital y de la propiedad privada.⁶⁶

66 Cfr. Maljar, Daniel Edgardo, “Antecedentes jurisprudenciales del CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite”, *El Derecho*, Derecho Constitucional, 8 de mayo de 2002, p. 2. El autor señala que este Considerando 24 sería reiterado por el juez Bermejo en su disidencia en el caso “Ercolano c. Lanteri de Renshaw” de 1922, donde el Tribunal por mayoría aceptase el criterio amplio de poder de policía.

Este criterio estricto sobre el poder de policía, que además de las finalidades mencionadas para el ejercicio de dicho poder ponía especial cuidado en la preservación de las libertades y derechos individuales, comenzó a variar a partir del cambio operado por la jurisprudencia de la Corte en el caso “Ercolano c. Lanteri de Renshaw”, de 1922, cuando se aceptó el criterio amplio, que incluía como finalidad el bienestar general, a tono con las modificaciones operadas con la mayor intervención del Estado en la economía.

Fue así que comenzó desde aquella época —o sea hace más de 80 años— un ejercicio de poder de policía que fue avanzando cada vez más en la limitación de los derechos individuales. En ese marco, a partir de 1934, como veremos, se configuró como nueva institución el poder de policía de “emergencia”, para responder a las sucesivas emergencias económicas producidas. Esta institución, como se advierte, no tuvo consagración constitucional alguna,⁶⁷ pero fue convalidada por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal en fallos sucesivos seguidamente referidos,⁶⁸ que avalaron el accionar del poder político de turno.

En “Ercolano” la Corte admitió la constitucionalidad de la Ley 11.157 de 1921 que había congelado los precios de los alquileres, al señalar que

el derecho de propiedad no es absoluto y existen circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del Estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad.

67 Como lo señalan Ekmekdjian, Miguel, en su *Tratado de derecho constitucional*, cit., t. II, p. 617, y Midón, Mario R., en su *Decretos de necesidad y urgencia*, cit., p. 93.

68 Ver —entre otros— los trabajos de Maljar, Danielo Edgardo, *op. cit.*; Lazzarini, José Luis, “La emergencia en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación”, *La Ley*, T. 1991-E-Secc. Doctrina, pp. 1467 y ss., y Colautti, Carlos E., “Los derechos patrimoniales durante la emergencia”, *La Ley*, T. 1991-E-Secc. Doctrina, pp. 1359 y ss., a quienes seguimos en la presentación de los casos jurisprudenciales.

En “Avico c. De la Pesa”, fallado en 1934, donde se reconoce oficialmente esta nueva institución, la Corte declaró la constitucionalidad de la Ley 11.741 que había prorrogado por tres años las obligaciones hipotecarias y reducido sus intereses al 6%. Allí, el alto tribunal expresó que

la gravedad y extensión de la crisis económica justifica ampliamente la ley impugnada; todas sus disposiciones se proponen salvaguardar en lo posible un fin legítimo, como es el interés público comprometido en esta grave emergencia y que los medios empleados, la moratoria para el pago del capital por tres años, y del pago de los intereses por seis meses vencidos, así como el seis por ciento en la tasa del interés, son justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales.

Se reiteraron los fundamentos del anterior caso “Ercolano”, que admitían un amplio ejercicio del poder de policía, con base en la jurisprudencia estadounidense, pero es especialmente en este fallo que se consolida la doctrina de la Corte que admite la intervención del Estado en la economía con motivo de la emergencia económica y social. Bien destaca Lazzarini que en este caso, el procurador general Horacio Rodríguez Larreta, siguiendo el estándar de la Corte estadounidense, enumeró las condiciones para la intervención en la emergencia: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron posible la moratoria.⁶⁹

⁶⁹ Cfr. Lazzarini, José Luis, “La emergencia en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación”, *cit.*, p. 1468.

En “Inchauspe Hnos. c. Junta Nacional de Carnes”, fallado en 1944, la Corte sostuvo la constitucionalidad de una disposición de la Ley 11.747 por la que se establecía una contribución obligatoria de 1.5% del precio de venta del ganado, quedando automáticamente los productores convertidos en accionistas de la Corporación Argentina de Productores de Carne, cuyo objetivo era competir con los frigoríficos extranjeros en el monopolio del negocio de la carne. Aquí la Corte reiteró argumentos anteriores en el sentido que sólo al Congreso compete la elección de los medios empleados y al Tribunal decidir sobre su razonabilidad y que en este caso la restricción a los derechos de propiedad y de asociación se encontró justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y que fue proporcionada a los fines que se procuró alcanzar.

En “Vicente Martini e hijos”, resuelto en 1944, el alto tribunal avaló la constitucionalidad de la Ley 12.591 de precios máximos, al sostener que las situaciones de emergencia autorizan el ejercicio del poder de policía en forma más enérgica.

En “Russo c. Delledonne”, fallado en 1959, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 1o. de la Ley 14.442, prorrogado por las leyes 14.556 y 14.775, que paralizaba los juicios de desalojo y los lanzamientos. Ese mismo día también fue resuelto el caso “Nadur” y de ambos surge la doctrina judicial que establece los cuatro requisitos en materia de emergencia, y que había sido anticipada como vimos por el procurador Rodríguez Larreta: *a)* situación de emergencia reconocida por el Congreso; *b)* persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país; *c)* transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales; *d)* razonabilidad del medio empleado por el legislador, “o sea adecuación de ese medio al fin público perseguido... y respeto del límite infranqueable trazado por el artículo 28 en orden a las garantías constitucionales”.⁷⁰

⁷⁰ Cfr. Midón, Mario R., “Decretos de necesidad y urgencia...”, *cit.*, p. 93. A su vez, Carlos Colautti indica que estos lineamientos fueron los establecidos por la Corte

En “Cine Callao”, juzgado en 1960, el más alto tribunal admitió la constitucionalidad de la Ley 14.226 que obligaba la inclusión de espectáculos de variedades “en vivo” en los cines en oportunidad de las funciones cinematográficas, para paliar la desocupación de los artistas respectivos. Aquí la Corte llegó a sostener lo siguiente:

el principio de la presunción de la constitucionalidad de las leyes supone, naturalmente, la de su razonabilidad, a lo menos cuando juegan elementos de hecho. En consecuencia, correspondiendo al impugnante evidenciar de modo concreto y categórico la irrazonabilidad de la Ley 14.226 en su relación con las modalidades del caso, deber procesal que no cumplió, corresponde declarar que el artículo 1o. de aquélla... no es violatorio de los artículos 14, 17 y 28 de la Constitución Nacional.

En “DAste c. Caja Nacional de Previsión”, fallado en 1967, la Corte admitió la constitucionalidad de la Ley 16.931 que había declarado inembargables los fondos de las cajas nacionales de Previsión y había paralizado por 16 meses el trámite de los juicios por cobros de reajustes jubilatorios.

Así llegamos al conocido caso “Peralta Luis c. Estado Nacional”, resuelto por nuestro más alto tribunal en 1990, donde ratificó la doctrina judicial anterior en materia de emergencia y además avaló por primera vez el dictado de decretos de necesidad y urgencia, a través del 36/90 que había dispuesto el llamado Plan Bonex, que significó la incautación de depósitos bancarios y su cambio compulsivo por bonos en un periodo de hasta 10 años.⁷¹ La Corte sostuvo que:

Suprema de Justicia estadounidense a partir del caso “Home Building & Loan vs. Blaisdell” (fallos, 172:21- 1934) y que los ha mantenido posteriormente (*cf.* “Los derechos patrimoniales durante la emergencia”, *cit.*, p. 1360).

⁷¹ Para el análisis de este caso, véanse los trabajos ya citados de Lazzarini y Colautti y los de Pérez Hualde, Alejandro, “El Congreso Nacional Argentino frente a la crisis”, *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, 18 de febrero de 2002, pp. 15-18,

el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico y social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autorizan al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución.

Además de ello y como lo refiere Midón en posición crítica que compartimos, el alto tribunal invocó una “interpretación auténtica” opuesta a una interpretación “estática... que importaría la paralización de la acción gubernativa y del progreso de la república” y con base en ello aceptó la validez del decreto de necesidad y urgencia, fundando su determinación en dos razones centrales: *a)* que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios no adopta decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados y *b)* porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en el decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados.⁷² Como si fuera poco, la Corte incluso sostuvo que el principio de la división de poderes es una “categoría histórica”.

y “Smith, o el final del sistema jurídico de la emergencia”, “Depósitos bancarios Restricciones II”, suplemento especial de la *Revista Jurídica Argentina La Ley*, marzo de 2002, p. 8, y su libro *Decretos de necesidad y urgencia*, cit., y de Midón, Mario R., su libro *Decretos de necesidad y urgencia*, cit., pp. 54 y ss.

72 Cfr. Midón, Mario R., *Decretos de necesidad y urgencia*, cit., p. 56.

Como se aprecia, este fallo constituye para nosotros un notable ejemplo de lo que significó la actitud convalidatoria que el alto tribunal desarrolló a lo largo de aproximadamente 80 años, en esta materia de la emergencia económica, pese a los excesos cometidos por los poderes Ejecutivo y Legislativo (este último por acción u omisión) en contra del sistema republicano y de los derechos individuales.

Por ello se destaca tan nítidamente —como lo veremos al analizar lo vinculado al llamado popularmente “corralito” financiero y bancario—, el dictamen del procurador general de la Corte Sebastián Soler en el caso “Cine Callao”, en 1960, donde señalaba que con estas actitudes nada iba quedando que fuera pertinente por imperio de la ley, lo que llevaba al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de derecho estricto no era compatible con el progreso.⁷³

Se confirma entonces también aquí lo que veníamos observando en el análisis de las otras instituciones de emergencia, o sea un constante deterioro de los principios del Estado de derecho.

Así llegamos a la situación actual, caracterizada tal vez como la más profunda emergencia económica que haya sufrido el país, que diera origen a las más graves violaciones constitucionales mediante la utilización de este tipo de instituciones, como lo estudiamos de manera particularizada más adelante.

Sin embargo, y a diferencia de lo ocurrido en anteriores oportunidades, ya veremos que la misión del Poder Judicial consistente esencialmente en ejercer el control de constitucionalidad, fue asumida por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Smith”, fallado el 1o. de febrero de 2002, que declaró la inconstitucionalidad de la primera versión del “corralito” y por los señores jueces federales que concedieron medidas cautelares

73 *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos, 247:121.

a favor de los ahorristas, en los amparos interpuestos por quienes sufrieron la confiscación de sus depósitos.⁷⁴

74 En tal sentido, obsérvense los claros fundamentos de la Corte en este caso “Smith”, obrantes en los considerandos 9 y 10 que seguidamente se reproducen:

“9) Que se encuentra fuera de discusión en el caso la existencia de una crisis económica por lo que no cabe cuestionar el acierto o conveniencia de la implementación de medidas paliativas por parte del Estado. Pero ello no implica que se admita, sin más, la razonabilidad de todos y cada uno de los medios instrumentales específicos que se establezcan para conjurar los efectos de la vicisitud. Máxime cuando ha existido, en un breve periodo, una profusión de normas sobre el tema que, en algunos casos, más que propender a la fijación de pautas claras sobre la disponibilidad de las sumas depositadas en instituciones bancarias y financieras por los particulares ha generado un inédito y prolongado estado de incertidumbre. En este contexto cabe recordar que esta Corte ha subrayado, en reiteradas oportunidades que, el fundamento de las normas de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que, atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (fallos: 136:161; 313:1513 y 317: 1462). El tribunal ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otras (fallos: 243:467), a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (fallos: 238:76). En estos casos, el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere conveniente, con el límite que tal legislación sea razonable, y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución. No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado (fallos: 171:79) toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (fallos: 238:76). La restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales (cfr. fallos: 243: 467; 323:1566).

10) Que, a la luz de los conceptos expuestos, corresponde decidir si la restricción impuesta por el decreto originariamente cuestionado con los alcances actualmente definidos por la resolución 23/2002 del Ministerio de Economía, resulta o no un ejercicio razonable de las facultades del Estado frente a la situación de grave crisis global económica y financiera.

En tal sentido, si bien es cierto que acontecimientos extraordinarios habilitan remedios extraordinarios, los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares. La limitación fijada por las sucesivas normas ya aludidas, muestra un ejercicio carente de razonabilidad de la

Ese accionar independiente del Poder Judicial que establece límites a las disposiciones de los poderes Ejecutivo y Legislativo, junto a la utilización masiva y sin precedentes de la vía del amparo consagrado en el artículo 43 de la ley suprema, constituyen hoy —según nuestra perspectiva— el aspecto más sobresaliente de la difícil vigencia de los principios del Estado de derecho en la realidad angustiante de nuestro país.

F. *La caducidad de los mandatos*

A la larga lista de instituciones de emergencia no previstos por la Constitución, debemos sumar por estos días uno nuevo: el de la caducidad de los mandatos, según la sorprendente propuesta difundida en distintos medios de prensa, que además está en curso de implementación por el gobierno federal y algunos gobiernos provinciales, como respuesta a la emergencia política que atravesamos.

En efecto, y ante la crisis de representación que padecemos, algunos también consideran que la solución consiste en disponer esta medida para llamar de inmediato a elecciones en los diversos órdenes gubernamentales: federal, provinciales y municipales y por un nuevo mandato completo de cuatro años.

Esta propuesta —en la que no nos detendremos por razones de brevedad—, nos merece las siguientes consideraciones:

a) Es sumamente difícil que se produzca una renuncia de todos los representantes a sus cargos, para que opere la situación de acefalía.

facultad normativa tendente a conjurar el trance. Ello es así pues tal restricción implica una violación a los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional en tanto desconoce el derecho de las personas a disponer libremente y en su totalidad de su patrimonio”.

Aquí aparece con nitidez la idea del control de constitucionalidad sobre la emergencia, con base en el límite de la razonabilidad del artículo 28, para impedir la lesión de los derechos individuales. En este sentido, no puede obviarse que la Corte modificó con este fallo aquella jurisprudencia convalidatoria de cualquier medida de emergencia dictada por el poder de político de turno, como se observó a lo largo de tantas décadas.

b) Si en consecuencia se pretende imponer la caducidad de los mandatos, formulamos las siguientes objeciones: 1) se trata de derechos adquiridos por parte de quienes fueron electos popularmente, que no pueden ser desconocidos por ley alguna, ya que originarán gravosas consecuencias económicas para el Estado luego del reclamo pertinente por parte de los afectados; 2) también resulta opinable que ello sea dispuesto por una convención constituyente. No se olvide que la larga transición en el Senado de la nación, dispuesta en la reforma de 1994, fue para impedir objeciones en tal sentido.⁷⁵

c) No debe olvidarse nunca que la nuestra es una forma federal de Estado, por lo que deben respetarse escrupulosamente las autonomías provinciales y municipales en esta materia y jamás podrían tomarse determinaciones desde el gobierno federal que vulnere las competencias respectivas.

d) En todo caso, no debe olvidarse que la Constitución establece un “sistema” institucional y político, con relaciones orgánicas entre los poderes, con base en periodos de mandatos, que no pueden disponerse ni renunciarse, sin violar la misma. Como resultado de ello, estamos dentro de distintos periodos que guardan estricta correlación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, luego de la reforma constitucional de 1994 para el orden federal. Va de suyo entonces, que este periodo en curso finaliza el 10 diciembre de 2003 para presidente y vicepresidente

75 Germán J. Bidart Campos acaba de reiterar que existe un “derecho de función” que no puede ser desconocido sin violación de los derechos adquiridos y que en consecuencia no sólo una ley sino también una reforma constitucional serían inconstitucionales si dispusiesen la caducidad de mandatos. Asimismo sostiene que ese derecho “temporal” fue “muy bien contemplado y respetado en la reforma constitucional de 1994, cuando la disposición transitoria cuarta de la Constitución en su primer párrafo estipuló que “los actuales integrantes del Senado de la nación desempeñarán su cargo hasta la extinción del mandato correspondiente a cada uno”. Posteriormente expresa su opinión contraria al “que se vayan todos” e indica que el remedio de nuestros problemas está en el cumplimiento del artículo 36 de la Constitución reformada en cuanto a la ética política (“Que se vayan todos ¿Y después? ¿Y la ética pública?”, columna de opinión del diario *La Ley* del 15 de julio de 2002).

de la República y que allí se debe producir la renovación parcial de las cámaras de Diputados y Senadores de la nación. Por otra parte, las propuestas apuntan a que la renovación en los cargos se produzca a partir del 25 de mayo o el 9 de julio de 2003, o sea a muy pocos meses del plazo indicado constitucionalmente, lo que nos indica que todas estas discutibles medidas se tomarían por un muy escaso periodo de tiempo, lo que confirma la falta de razonabilidad de estas propuestas.

e) Nada impide que el problema de representatividad que afecta al actual presidente pueda ser solucionado mediante una convocatoria a elecciones, previa reforma de la Ley de Acefalía y sólo para completar el actual mandato. Así, se lograría alcanzar una mayor legitimidad para los dos cargos de más alta jerarquía institucional, sin tener que provocar otras lesiones profundas al orden constitucional.

f) Resulta de notoria ingenuidad y simplismo creer que la magnitud de la crisis de nuestro país se pueda solucionar con la caducidad de todos los mandatos, pues por el contrario, el sentido común indica que no se puede producir la necesaria e imperiosa renovación de la dirigencia política y social sino a través de un largo proceso de superación de los graves problemas de cultura política que padecemos.

En definitiva, sostenemos que no se trata de seguir inventando instituciones de emergencia que lesionen la ley suprema, sino por el contrario, de respetar los principios del orden constitucional, como uno de los pocos caminos que podemos recorrer para alcanzar la seguridad jurídica, esencial para el ordenamiento y desarrollo del país.

V. LA DECADENCIA DE NUESTRO ESTADO DE DERECHO Y LA IMPERIOSA NECESIDAD DE SUBORDINAR LAS EMERGENCIAS AL ORDEN CONSTITUCIONAL

Del análisis precedentemente efectuado a lo largo de la historia institucional argentina surge de manera conclusiva que:

a) Como respuesta a las distintas emergencias sufridas, se utilizaron diferentes instituciones de emergencia, previstas, no previstas o prohibidas por la Constitución Nacional.

b) El ejercicio de estas instituciones produjo severas lesiones a nuestro Estado de derecho, al orden constitucional, al sistema republicano y a los derechos individuales.

c) En todos los casos observados de utilización de las instituciones el Poder Ejecutivo actuó de manera exorbitante, profundizando el hiperpresidencialismo que hemos padecido.

d) El Poder Legislativo también fue responsable de estos desaciertos institucionales al actuar así, sea en forma activa como pasiva u omisiva, pues en algunos casos acompañó las políticas del Ejecutivo, mediante la sanción de las leyes respectivas o al efectuar las delegaciones en aquél y en otros casos, al no efectuar control político alguno de las medidas, abdicando de sus funciones esenciales.

e) En cuanto al Poder Judicial, y salvo los casos excepcionales puntualizados, no se apreció un correcto y firme ejercicio de sus facultades de control de constitucionalidad, lo que evidenció su falta de independencia y de cumplimiento de su rol como poder del Estado republicano.

Frente a este penoso diagnóstico sobre la decadencia de nuestro Estado de derecho, somos de opinión que urge subordinar los distintos tipos de emergencia e instituciones a la ley suprema, conforme corresponde al Estado constitucional y democrático de derecho.

En tal sentido, queremos recordar especialmente las *pautas de limitación y control*, señaladas desde hace años por Germán

J. Bidart Campos, con base en la conciliación entre la eficacia de los medios razonablemente elegidos para superar la emergencia y la protección de los derechos y libertades individuales:

a) Previamente a la puesta en vigor de una institución de emergencia o a la adopción de las medidas respectivas, el órgano de poder competente debe efectuar una declaración formal sobre la situación de emergencia.

b) Es menester que esa declaración así como la puesta en vigencia de la institución de emergencia queden sujetos a control judicial de constitucionalidad.

c) Conviene que el órgano de poder exprese los motivos que fundamentan el acto declarativo de tales medidas, para que el control opere de manera objetiva y razonable.

d) Debe fijarse la extensión temporal y territorial de la institución o de las medidas de emergencia.

e) Debe subsistir integralmente el funcionamiento de los tres poderes del Estado y mantenerse el control de constitucionalidad, pues la violación de derechos producida por la emergencia tiene que ser judicialable, a fin de respetar la tutela judicial efectiva.⁷⁶

Asimismo, el maestro de derecho constitucional agregaba:

Logrado este delineamiento, hace falta todavía dejar establecido que:

a) ninguna emergencia ni instituto de emergencia confiere poderes superiores o ajenos a la Constitución;

b) ninguna emergencia ni instituto de emergencia significa suspender la vigencia de la Constitución.⁷⁷

En definitiva, pensamos que las emergencias y sus instituciones deben adecuarse a los principios y reglas de nuestro orden constitucional, liberal y republicano y, en consecuencia, aunque

⁷⁶ Cfr. Campos, Germán J. Bidart, *Manual de derecho constitucional argentino*, cit., pp. 166 y 167, escrito hace décadas, pero que por su actualidad y vigencia ha prácticamente reproducido en su actual *Manual de la Constitución reformada*.

⁷⁷ Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Manual de derecho constitucional argentino*, cit., p. 167.

el Poder Ejecutivo sea el órgano que en la instancia tenga posiblemente mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso no deba participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse y, además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional.⁷⁸

Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese es el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado, que han producido una ostensible declinación de la supremacía constitucional. A esto último se ha sumado una notoria falta de eficacia para resolver las emergencias, que además de afectar la legiti-

78 Estamos convencidos que en este cambio que necesitamos en la materia debe jugar un rol trascendente el Poder Judicial. En tal sentido, nos resulta valiosa la comparación que efectúa Gabriel Negretto entre el criterio permisivo y convalidatorio que sostuvo nuestra Corte Suprema en el caso "Peralta", donde llegó a reconocer que la división de poderes era una categoría histórica y que el Poder Ejecutivo era el único que podía con eficacia enfrentar la emergencia, con el opuesto que suscribió la Corte Suprema estadounidense en el caso "Youngstown", donde con un criterio opuesto, más restrictivo y respetuoso del sistema republicano, realizó distinciones entre los posibles niveles de acción que puede adoptar el Ejecutivo cuando actúa en materias que no les son propias. Dice el autor que "El criterio más notable de la decisión fueron las bien conocidas categorías de acción presidencial que delineó el juez Jackson. De acuerdo a su doctrina, existe un primer nivel de acción en que el presidente goza de un máximo poder (constitucionalmente hablando) y es cuando actúa en colaboración con el Congreso bajo una autorización expresa o implícita, pues en este caso posee sus propios poderes más los que el Congreso pueda en su oportunidad haberle delegado. En un segundo nivel de acción, el presidente podría actuar en ausencia tanto de rechazo como de autorización legislativa. En este caso, el presidente 'sólo puede valerse de sus propios poderes independientes, si bien existe una zona crepuscular en la que él y el Congreso pueden tener autoridad concurrente, o en los cuales su distribución es incierta'. Finalmente, argumentaba Jackson, resta un tercer y último nivel de acción en que el presidente toma medidas en violación de la voluntad expresa o implícita del Congreso. Aquí 'su poder se halla en la mínima expresión, pues entonces sólo puede valerse de sus propios poderes constitucionales, menos cualquiera de los poderes constitucionales del Congreso en la materia'. Ver, 343 U.S. 579 (1952) 637" (cfr. Negretto, Gabriel L., *Emergencia y crisis constitucional en Argentina, cit.*, p. 903 y nota 80).

midad democrática, nos ha originado el pasar de una emergencia a otra, en un estado de crisis permanente.

Pensamos que hay que subordinar la emergencia y sus instituciones a la ley fundamental y limitar sus alcances, para tender a la normalidad y superar las dolorosas vicisitudes vividas a lo largo de extensos periodos de nuestra historia, donde lo transitorio se volvió permanente y lo excepcional se tornó ordinario.

Obviamente, para lograr estos propósitos son necesarios profundos cambios culturales, políticos, sociales y educativos, que son materia de otro análisis, pero que es imprescindible abordar para superar la anomia que es “esencialmente antidemocrática”, como lo explicara Nino.⁷⁹

Para terminar este ensayo, pensamos que bien se ha recordado recientemente⁸⁰ esta frase de Hume: “Un solo principio separa la civilización del atraso: *pacta sunt servanda*”. Por ello, no debemos olvidar que el más importante de nuestros pactos es la Constitución Nacional, cuya supremacía y fuerza normativa debemos asegurar.

79 Decía el autor: “la democracia requiere la observancia de las normas que han sido sancionadas por la regla de la mayoría luego de un proceso de discusión. En definitiva, la anomia —que marca nuestra vida social y explica en parte nuestro subdesarrollo— es una deficiencia en la materialización de la democracia. Implica la existencia de bolsones de autoritarismo y anarquía en un contexto formalmente democrático (*cfr.* Nino, Carlos S., *op. cit.*, p. 272).

80 Por Tomás Hutchinson al comienzo de su artículo “La emergencia y el Estado de derecho”, *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni Editoriales, ya citada, p. 27.