

CAPÍTULO XIII

LOS DERECHOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN NO SON ABSOLUTOS

"La reglamentación del precio del alquiler no se propone favorecer a unos en perjuicio de otros. Su finalidad es impedir que el uso legítimo de la propiedad se convierta en un abuso perjudicial en alto grado, merced a circunstancias que transitoriamente han suprimido de hecho la libertad de contratar para una de las partes contratantes

Del voto del Juez Figueroa Alcorta (mayoritario) en el caso "Ercolano vs. Lanteri de Renshaw"

"Pero esa escasez en un momento dado puede ser sobreabundancia en otro y la misma razón de Estado llevaría a imponer autoritariamente el aumento del alquiler, lo que en definitiva significaría la desaparición de propietarios e inquilinos reemplazados por el Estado que se habría convertido en empresario de un inmenso falansterio"

Del voto del juez Bermejo (minoritario) en el caso "Ercolano vs. Lanteri de Renshaw"

13.1.- La limitación de los derechos: conceptos de "relatividad de los derechos" y "abuso del derecho". La reglamentación de los derechos y la actuación de los principios de "legalidad" y "razonabilidad".

Es común escuchar y decir que los derechos no son absolutos, o que el derecho de cada uno termina donde comienza el de los demás. Cabe preguntarse entonces: ¿Qué significan esas aseveraciones?

La respuesta nos obliga a recordar las múltiples vinculaciones que genera el sistema constitucional. Por un lado estatuye una serie de derechos de los que "todos" gozamos, y por otro, nos establece ciertos límites.

Es que en realidad, los derechos que la Constitución instituye son relativos. Y el sistema constitucional nos da la pauta de cual es la medida de tal relatividad: la ley democráticamente sancionada.

Entonces: los derechos de que todos disponemos en el sistema constitucional son relativos porque se gozan y se ejercen conforme las leyes que los crean y reglamentan.
--

De lo dicho podemos deducir que los derechos de que todos gozamos no son absolutos, porque el disfrute que de ellos hacemos, se realiza en el marco de la convivencia social.

Va de suyo que no es posible usar y gozar de las libertades constitucionales en forma ilimitada, ya que ese modo de actuar implicaría invadir la esfera propia de otros individuos

La limitación de los derechos que efectúa la ley es al solo fin de tornarlos funcionales al goce por todos los habitantes del sistema constitucional. Con el objeto de eliminar - o al menos reducir - las posibilidades de conflictividad social. Por ello, la ley debe ser razonable y no arbitraria.

En realidad, toda la exposición que antecede, nos introduce en la cuestión de asumir que los derechos consagrados en el sistema constitucional admiten su limitación permanente, que normalmente es realizada por vía legislativa, ya que es resorte del legislador dictar normas jurídicas que por la misma razón de regular el ejercicio de las diversas prerrogativas constitucionales, les impone determinadas restricciones o límites, que pueden ser tanto negativas (por ejemplo, no exceder los límites de velocidad permitidos) como positivas (por ejemplo, el pago de impuestos)

La Constitución textual se ocupa de delinear el margen de esos modos de limitación:

En principio, contamos con el artículo 19, que en una sola norma, legal nos ofrece dos formulaciones normativas diferentes.

La primera pauta jusfundamental (principio de reserva) está enunciada en su primera parte, y - como vimos - clarifica cuales son los límites de la injerencia estatal a fin de esa limitación razonable. Esa zona vedada tiene por confines las acciones privadas de los habitantes, que hacen a su moral privada y por tal razón no afectan ni al orden, ni a la moral pública ni a los derechos de terceros.

Traspasado ese umbral, entramos en el ámbito de las reglamentaciones razonables, que en modo permanente puede efectuar la ley al goce y ejercicio de los derechos fundamentales

Y allí, la segunda parte (principio de legalidad) le impone a los poderes públicos, que toda restricción o reglamentación al derecho de las personas, sea impuesta por una norma jurídica democráticamente sancionada

En materia de interpretación constitucional, los instrumentos jerarquizados por el art. 75 inc. 22 de la C.N. establecen el principio de la limitación de los derechos y también el objeto de esas limitaciones (por caso, art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o el art. 32 de la

C.A.D.H.).

Respecto del ejercicio de los derechos, éste no puede ser abusivo. En tiempos de la reforma constitucional de 1949 (luego abrogada en 1957), su artículo 35 establecía lo siguiente:

Art. 35 (Constitución de 1949):

"Los derechos y garantías reconocidos por ésta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cabo cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes"

En realidad, coincidimos con Miguel Padilla en que al crear nuevos tipos penales que castiguen comportamientos reñidos con la solidaridad social, dejamos de estar en la figura del abuso del derecho, para entrar en una nueva prohibición penal.

Derogada la reforma constitucional de 1949 existe entre nosotros el art. 1071 "bis" del Código Civil (Ley 17.711), que habilita a los jueces a determinar si existió abuso del derecho, lo que coloca a los magistrados de algún modo, en el rol de legisladores, y en el riesgo cierto de utilizar criterios propios, quizá reñidos con aquellos jusfundamentalmente posibles, para valorar esa circunstancia.

En realidad, los estándares para determinar si la conducta ha derivado en abuso del derecho, son los siguientes:

1. Intención de perjudicar
2. Extralimitación en el ejercicio regular de un derecho
3. Falta de interés legítimo o utilidad en el ejercicio de la prerrogativa
4. Violación a las pautas socialmente aceptables de buena fe y buenas costumbres

Lo expuesto nos anima a sugerir que en un Estado de Derecho, las limitaciones al ejercicio de los derechos deben emanar de la ley, no pudiendo los Magistrados ampliarlas o reducir las apelando a la teoría del abuso del derecho, pues tal actitud implicaría una modalidad de conducta jusfundamentalmente prohibida

Retornando ahora a la problemática de la reglamentación de los derechos, concebida como una manera posible de limitar en modo normal y

permanente su goce y ejercicio por parte de los particulares, es el propio sistema constitucional el que impone ciertos resguardos para que esa limitación regular y razonable no altere la funcionalidad del sistema:

Nos referimos a la actuación de los principios de legalidad y razonabilidad.

El primero de ellos (legalidad) implica, como ya hemos visto, que las limitaciones o restricciones a los derechos solamente pueden emanar de una ley formal. Y así lo prescribe en forma clara y contundente el art. 14 del texto fundamental, cuando dispone el goce y ejercicio de los derechos civiles "conforme las leyes que reglamenten su ejercicio", con lo que consolida la regla de que el sistema constitucional impone un gobierno de leyes y no de hombres, excluyendo el despotismo de los autócratas.

Pero la reglamentación de los derechos debe mantener una estricta regularidad, que no derive en arbitrariedad. Una ley del Congreso no podría reglamentar un derecho de modo tal que se anulase su contenido esencial, porque la propia Constitución garantiza su goce y ejercicio a los habitantes

De allí deriva la esencia del principio de razonabilidad, por el cual no se considera suficiente el dictado de una ley que defina el modo de goce y ejercicio de los derechos, sino además esa ley no puede alterar el contenido del derecho que reglamenta. Es ése un contenido jufundamentalmente prohibido por el art. 28 de la ley fundamental.

El problema se presenta al intentar determinar qué es razonable y qué no lo es:

La respuesta a esta cuestión ha sido elaborada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, coincidiendo en que la alteración de los derechos vedada por el art. 28 de la C.N. significa cambiar su esencia o forma.

Enseña Padilla que una reglamentación razonable es la que compatibiliza el goce del derecho de una persona con el que también tiene en igual sentido la sociedad, ya que como hemos dicho antes la limitación de los derechos es admitida y propiciada en el sistema constitucional como único modo de poder vivir en sociedad.

Podemos esquemáticamente, presentar una enunciación (no exhaustiva) de las modalidades o standards de razonabilidad que son usualmente utilizados para evaluar cuando una legislación altera los derechos que dice reglamentar:

<u>VARIABLES DEL TEST DE RAZONABILIDAD</u> (Nestor Sagues)		
RAZONABILIDAD NORMATIVA	RAZONABILIDAD TÉCNICA	RAZONABILIDAD AXIOLÓGICA
• Cuida que las normas legales mantengan coherencia con las constitucionales, a fin de evitar contradicciones • Cuida que el contenido de la ley reglamentaria coincida con el marco de posibilidades regulatorias que ofrece la Constitución.	• Impone una apropiada adecuación entre los fines que postula una ley y los medios que planifica para lograrlos • Se procura que las normas estimen una adecuada correspondencia entre las obligaciones que impone y los propósitos que quiere alcanzar	• Apunta a exigir una cuota básica de justicia intrínseca en las normas, de modo tal que las notoriamente injustas se reputan inconstitucionales • Se justifica en la idea de que el legislador no puede obrar caprichosamente
• Los tres supuestos anteriores pueden ser unificados en el criterio que indica que una norma pudo haber sido razonable al momento de su dictado, pero dejar de serlo cuando cambian las condiciones socio económicas y políticas de su dictado (irrazonabilidad sobreviniente)		
<u>VARIABLES EN EL MODELO NORTEAMERICANO</u>		
1. Utilización del test de razonabilidad • Con las tres modalidades ya expuestas	2. Utilización del test del escrutinio riguroso o de las libertades preferidas: • Se utiliza en relación a los derechos constitucionales que tutelan libertades fundamentales, o sea, las que se reputan de significativa importancia por la sociedad, los jueces y la doctrina. En estos supuestos el juez se vuelve particularmente exigente para apreciar la racionalidad de la ley reglamentaria	

13.2.- El Poder de policía: la perspectiva de análisis de los criterios americano y europeo.

Dijimos ya que la limitación de los derechos, a fin de viabilizar la convivencia democrática (base de la adecuada articulación del sistema constitucional), resulta ser *habitual y permanente*. Este procedimiento homogeneizador del sistema constitucional, es llamado el Poder de Policía del Estado.

Existe consenso doctrinario en definirlo como:

"La potestad de restringir la libertad de los individuos con el fin de conservar la armonía de todos, establecer reglas de buena conducta, calculadas para evitar conflictos entre ellos"

De allí que lo podamos caracterizar como;

- Una potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes del habitante
- Ejercido por el Estado en beneficio del interés común
- Por así disponerlo la Constitución Nacional

Frente a este concepto, se alza el de "policía" que alude a un modo de comportamiento específico de la Administración Pública que tiende a la protección de la moralidad, la salubridad y la seguridad pública, a través de actos materiales y la puesta en práctica de legislación dictada a esos fines.

Respecto al concepto de *Poder de Policía*, existen dos modalidades de interpretación del término: una amplia y otra restringida, que se corresponden respectivamente con la modalidad norteamericana o europea de concebir como despliega sus roles el Estado para alcanzar y resguardar el bienestar de todos.

En este sentido, el poder de policía restringido resulta ser la porción del Poder Estatal que se endereza a proteger la tríada compuesta por la seguridad, salubridad y moralidad públicas, y para ello, se admite que restrinja razonablemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales.

El Poder de Policía en sentido amplio, fue en realidad producto de la elaboración jurisprudencial norteamericana, que entendió que toda limitación y regulación de los derechos, cuando es efectuada por el Estado en aras del bien común, resulta ser ejercicio del poder de Policía.

Bidart Campos sostiene que concebido de éste modo, el Poder de Policía se confunde con el mismísimo poder del Estado. Por ello es que se pronuncia en contra de esta concepción amplia del término en estudio, aunque no rechaza que el Estado pueda, si se dan las motivaciones del caso, restringir válidamente (sin alterar) los derechos de los habitantes. Pero ello no sería ya - en su criterio - Poder de Policía sino más bien poder del Estado.

podemos sintetizar lo expuesto, en el cuadro que sigue:

PODER DE POLICÍA (Potestad reguladora del Estado, en beneficio del interés general)					
CONCEPCIÓN RESTRINGIDA (Su tradición es europea) Sostiene que la acción del Poder Estatal cuando actúa sobre los derechos de los habitantes sólo puede estar dirigida a tutelar la salubridad, la moralidad y la seguridad públicas			CONCEPCIÓN AMPLIA (Su tradición es norteamericana) Es una creación de la jurisprudencia norteamericana, que entiende que las restricciones a las libertades en beneficio de la Población se pueden establecer también para proteger el bienestar general o bien público		
Debe quedar claro que cualquiera sea la concepción que adoptemos el poder de Policía, su actuación implica siempre la idea de limitación de los derechos humanos					
EJEMPLOS PRÁCTICOS Criterio restringido			EJEMPLOS PRÁCTICOS Criterio amplio		
Medida adoptada	Derecho limitado	Objetivo	Medida adoptada	Derecho limitado	Objetivo
Vacunación obligatoria para prevenir enfermedades determinadas	Libertad personal	Salubridad pública	Regulación de precios de alquileres	Propiedad privada	Bienestar general

Entre nosotros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo desde sus orígenes el criterio "restringido" o limitada, hasta que en el caso "Ercolano"¹, de 1922 cambió - en un fallo dividido, de gran importancia, su criterio admitiendo en ese caso y de allí en más, la aplicabilidad del criterio "amplio" del Poder de Policía, que se denominó "policía de emergencia"

Creemos, siguiendo aquí la doctrina que lidera el maestro Bidart Campos, que por la generalidad que implica, la concepción amplia del Poder de Policía que por su esencia se ejerce sobre gran cantidad de materias, diluye la cabal interpretación que debe darse a los alcances del poder del Estado, alterando el delicado equilibrio que debe articularse para el buen funcionamiento del sistema constitucional.

Hemos de aclarar aquí que por ser el nuestro un Estado Federal, el Poder de Policía (cualquiera sea su extensión) no puede ser transferido, ya que alojado en la pertinente jurisdicción territorial, el mismo es inalienable e inexpugnable.

¹ CSJN Fallos t.136, pag.170 a 193. Puede verse el precedente en la obra de Linares Quintana: La Constitución interpretada, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1960, pag.226 y ss.

En este sentido, la clásica jurisprudencia de nuestros tribunales sostuvo que el poder de policía corresponde a las provincias, ya que la nación lo ejerce en el territorio de las mismas solamente cuando le ha sido conferido en forma expresa o resulta ser una consecuencia forzosa de sus facultades constitucionales.

Aún así, la realidad nos enseña que nuestra Constitución delega al gobierno federal una importante masa de facultades en materia de policía y que las provincias retienen una competencia reducida al respecto.

Por ello, nos congratulamos de que con la reforma constitucional se instaure una modalidad legislativa de cooperación (leyes de bases) que coordina más adecuadamente la distribución del Poder de policía.

Ejemplo de ello es la materia ambiental, ámbito éste en que si bien era conocida la concurrencia de atribuciones entre Nación y las Provincias, el nuevo modo de legislación tiende a la recuperación de los espacios de poder de policía provincial y municipal.

Aún más, si decidimos que la manera adecuada de concebir al poder de policía es la "restrictiva", concluiremos que los espacios provinciales y aún municipales en esta cuestión deben prevalecer sobre los federales.

Si la concepción es la contraria (poder de policía amplio), fortaleceremos la aptitud federal en materia de regulación, y por ende los espacios estatales en materia de poder de policía decaerán, por la tendencia a la centralización que esta modalidad supone.

13.3.- La emergencia. Emergencia y crisis. Situaciones e institutos de emergencia.

Como aclaración preliminar, creemos necesario sentar nuestro criterio personal respecto de lo que no hemos de considerar como una emergencia del sistema constitucional.

Existen autores que entienden que las denominadas "situaciones de excepción" generadas luego de producido un golpe de Estado, son realidades fácticas que ponen en "emergencia" al sistema.

Desarrollan a partir de esa argumentación, la denominada "doctrina de facto" que tiende a explicar las situaciones jurídicas nacidas al amparo de tales usurpaciones y sus efectos.

Nuestra profesión de fe republicana,, y la circunstancia de creer que

luego de la recuperación de la democracia en argentina de 1983, este tipo de circunstancias sólo pueden ser objeto de estudio de la historia constitucional, o de la ciencia política, nos animan a descartar esos episodios concebidos como emergencias del sistema.

Creemos que - más allá de la vocación práctica y aún pedagógica - de quienes enseñan a la doctrina de facto como una emergencia revolucionaria del sistema constitucional, ese tipo de explicaciones no tienen cabida en la argentina que legaremos a nuestros hijos, ya que el sistema no admite emergencias que dejen a la Constitución de lado.

Bien dice en este punto Quiroga Lavié, que cuando la república ha enfrentado en el pasado a una situación de golpe de Estado, ha convivido con realidades normativas al margen de la vigencia de la Constitución, y no con emergencias del sistema.

Así, enfatiza el art. 36 del texto fundamental que "Esta Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos"

Seremos claros: es nuestra convicción que la Constitución no prevé al golpe de Estado como una emergencia de su estructura: lo repudia, sindicándolo como un contenido jusfundamentalmente imposible del sistema que ha diseñado.

Aun luego de lo expuesto, hemos de conceder que la Constitución requiere de un dispositivo protector lo más completo posible a fin de proveer a la defensa constitucional. Es entonces que con un doble propósito (represivo y preventivo) se contemplan y tipifican penalmente varios modos de ataque a las instituciones de la República, cuya sistematización encauza el accionar del derecho penal a fin de configurar conductas punibles y a la vez funciona como sistema de alerta frente a sus eventuales enemigos.

Gráficamente, el sistema constitucional argentino nos ofrece la siguiente relación:

<u>DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL TUTELAR DEL SISTEMA</u> (Principios de Derecho Penal Constitucional que previenen quebrantos en el sistema)			
FIGURA CONTEMPLADA	NORMA CONSTITUCIONAL (Que la contempla)	CARACTERIZACIÓN	VALORACIÓN
Sedición	Art.22	Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste	De raigambre histórica en la argentina, esta figura regula la asonada o pueblada, muy común en tiempos de la organización nacional
Traición a la Patria	Art.119	Tomar las armas contra ella o unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro	En realidad, la doctrina es conteste en que sólo existe un tipo penal constitucional de traición a la patria, regulado por el art. 119, que dice (sólo...). Los demás en realidad tienen la pena del primero, pero sobre la base de conductas antijurídicas diversas. Es importante destacar que el art. 36 de la C.N. incorpora además el derecho de resistencia pacífica a la opresión, ante el acaecimiento de este tipo de hechos según ya lo hemos analizado en capítulos anteriores
Traición a la Patria (Conceder suma del Poder público o Facultades extraordinarias)	Art. 29	Concesión por parte del Congreso al Presidente de Facultades Extraordinarias, la Suma del Poder Público, o sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna	
Traición a la Patria (Alzarse contra el orden constitucional)	Art. 36	Alzamiento contra el orden constitucional y la vida democrática	
Corrupción (Enriquecimiento ilícito)	Art. 36	Quien incurra en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento patrimonial	Por su gravedad, se lo equipara al alzamiento contra el orden constitucional

Aclarado lo que antecede, diremos que en ciertas ocasiones- enmarcadas en su existencia vital - las personas atraviesan situaciones de peligro que

complican su supervivencia, al punto de obligarles a emplear todos sus recursos disponibles a fin de mantener su subsistencia.

No escapan a ello los sistemas políticos en general, y el sistema constitucional en particular. Ellos también experimentan, en el decurso de su tránsito evolutivo, determinadas vicisitudes o anomalías, que intentan prever y contener.

Continuando con el parangón propuesto, si dejáramos inermes a los organismos vivientes frente a las agresiones externas (patológicas o físicas) de que pueden ser objeto, ellos seguramente enfermarían, y hasta llegarían - eventualmente - a morir. En igual sentido las instituciones del sistema constitucional en tanto son sometidas a embates (externos o internos) y no hayan ideado eficientes sistemas de protección, habrán de ser jaqueadas, poniendo en peligro al propio sistema en su continuidad.

Las comunidades políticas denominan a este tipo de situaciones extremas que ponen en peligro su existencia institucional, con el nombre genérico de "emergencias". En este sentido, resulta ser éste concepto integrador y comprensivo de determinadas circunstancias anormales de máxima gravedad que razonablemente pueden alterar, o aún destruir al sistema.

Distinguimos nosotros a las situaciones de emergencia de aquellas de "crisis". Entendemos que constituye emergencia aquello que surge espontáneamente y en modo súbito, de forma y con consecuencias anormales e imprevisibles. Se trata de supuestos excepcionales, concebidos en doctrina como tipo o especie del género "estado de necesidad".

Respecto de la crisis, podemos definirla como el momento de tensión, que precede a un cambio. Así, tenemos (por ejemplo), supuestos de "crisis de la adolescencia", "crisis de la modernidad", etc.

Trasladada esta distinción a la esfera del derecho, entendemos que si bien la emergencia puede habilitar a la utilización de "institutos de emergencia" ya que es concebida como la anormalidad normada por la Constitución, la "crisis" debe ser resuelta por vía de los remedios ordinarios que ofrece el sistema, ya que ella se conjura motivando el consenso, o agudizando las reglas de colaboración por parte de los actores sociales.

Creemos nosotros que una importante falencia de la sociedad argentina ha sido la recurrir a la utilización de institutos de emergencia para solucionar situaciones de crisis.

Un ejemplo práctico podrá quizá ayudarnos a interpretar la diferencia apuntada y sus efectos:

Una vez implementado el denominado "plan de convertibilidad" por parte del presidente Menem, su entonces Ministro de Economía (Domingo Cavallo) advirtió que de abonarse la totalidad de medios aguinaldos en ese primer semestre (1991), ello podría conspirar contra la viabilidad de la nueva estrategia económica implementada.

Sugería entonces que el Congreso legislara el pago de tal sueldo anual complementario en cuotas, lo que generó gran resistencia en la ciudadanía. Ante ello, y alegando situación de emergencia, el presidente advirtió que si no se legislaba en el modo requerido, iba a emitir un decreto de necesidad y urgencia para resolver la situación.

Sin perjuicio de ello, la discusión y debate entre los sectores interesados, ideó una serie de medidas alternativas para dar solución a la cuestión. En consecuencia, el medio aguinaldo se abonó en debida forma, y no se recurrió al dictado de decretos de necesidad y urgencia para resolver la evidente situación de crisis, que fue conjurada recurriendo a la negociación democrática de los actores sociales.

Aún así, advertirá el lector que no es esa la forma en que se ha intentado dar - habitualmente - solución a las situaciones de crisis en nuestro sistema, ya que so pretexto de alegación de "emergencia" históricamente se echó a mano la utilización de figuras de excepción para conjurar dificultades cotidianas. Ello desnaturalizó el instituto y fortaleció a la estructura del poder, en desmedro de la libertad de los ciudadanos.

No dudamos nosotros que el planteo propuesto es muy complejo, y se presentó como derivación de una persistente y aguda crisis socioeconómica, que aún hoy golpea con sus efectos.

Ello generó en los últimos 50 años, un notorio incremento en la legislación de emergencia, que comenzó con una tendencia protectora de los afectados por la crisis habitacional o de préstamo hipotecario, girando hacia perfiles de emergencia con base en el control de las remuneraciones como instrumento para solucionar los conflictos sociales imperantes.

Este diagrama concluyó con el diseño de políticas fiscales denominadas "de ajuste" que intensificaron la distribución regresiva del ingreso nacional, agravando la situación de las pequeñas y medianas empresas del país.

Los tiempos que corren, han enfrentado a la sociedad con políticas que instaron la "ausencia" o "retirada" del Estado de toda regulación, aunque ello no ha significado que ceda la crisis, que nos encuentra en los albores del fin del milenio con gravísimos niveles de desocupación y altos índices de endeudamiento externo, en un marco de globalización que nos augura - en principio - mayores perjuicios que beneficios.

En tal contexto, podemos señalar al desarrollo de los "regímenes de emergencia", el que siguió - en líneas generales - el siguiente tránsito:

**SOMERA Y EJEMPLIFICATIVA EVOLUCION DE LOS REGIMENES DE
EMERGENCIA EN LA ARGENTINA**
(1920-1991)

TIPO DE EMERGENCIA INSTITUÍDA	LLEGISLACIÓN DICTADA	MATERIA REGULADA
Emergencia económica	• Ley 16.654 • Ley 20.680	• Abastecimiento • Abastecimiento
Emergencia locativa	• Ley 176.739/22.923	• Se trazó un arco gradual hasta instaurar un marco de regulación de las locaciones en todo el territorio de la república
Emergencia agropecuaria	• Ley 22.913l	• Invierte la regla (no correspondía declararla cuando se concluía que la situación era de carácter permanente)
Emergencia laboral	• Ley. 21.307	• Estableció un régimen salarial regulado
Emergencia jubilatoria	• Dec. 2186/86	• Declaró en emergencia el sistema jubilatorio nacional
Emergencia social, sanitaria y alimentaria	• Ley 23.662	• Se lo declaró en todo el territorio de la República
Emergencia administrativa	• Ley 23.696/23.697	• La ley se denominó "de reforma del Estado". Constituyen un conjunto orgánico que convalidan la intervención y gestión económica del Estado

Sin perjuicio de lo antes transcripto y de haber puesto de resalto como

se puede - indebidamente - echar mano a la tesis de la "emergencia" para la solución de situaciones de crisis, bueno es resaltar que de todas maneras, es posible que se presente una real situación de emergencia, que es la que habilita la utilización de medidas excepcionales.

Clasifica Gregorini Clusellas a las emergencias de los organismos políticos en:

- Emergencias económicas
- Emergencias derivadas de catástrofes naturales
- Emergencias institucionales internas (conmoción interior)
- Emergencias bélicas, o de guerra internacional
- Emergencias revolucionarias (que pueden consistir en hechos revolucionarios o meros golpes de estado)²

Todas las circunstancias enunciadas tienen aptitud para desbordar o aniquilar las defensas ordinarias del aparato estatal y en ese sentido, ante la eventualidad de su aparición, el Poder del Estado es dotado de recursos adicionales para conjurarlas

Producido entonces el hecho de emergencia, se ponen en marcha diversos institutos jurídicos para que el sistema constitucional proceda a su autodefensa. En derecho comparado, y aún en nuestros propios antecedentes, encontramos los siguientes:

Estado de Sitio Presidencial

La figura actualmente no tiene vigencia constitucional (derogado art. 83 inc.20 C.N. 1853). Suprimido en la reforma constitucional de 1866. Su texto disponía:

"Aún estando en sesiones el Congreso, y en casos urgentes en que peligre la tranquilidad pública, el presidente podrá por sí solo usar sobre las personas de la

² Sin perjuicio de respetar la literalidad de la clasificación efectuada por el distinguido jurista, recordamos nuestra aversión a equiparar la doctrina de facto con una patología del sistema constitucional, ya que creemos que es una realidad normativa que se impone al margen del propio sistema.

facultad limitada en el art. 23, dando cuenta a éste cuerpo en el término de 10 días desde que comenzó a ejercerla. Pero si el Congreso no hace declaración de sitio, las personas arrestadas o trasladadas de uno a otro punto, serán restituidas al pleno goce de su libertad, a no ser que habiendo sido sujetas a juicio, debiesen continuar en arresto por disposición del juez o tribunal que conociere en la causa"

Era una variable del Estado de sitio, por la que se autorizaba directamente al Presidente para disponer de las facultades de excepción:

- Sin necesidad de declaración formal de Estado de Sitio por el Congreso (aún estando éste reunido)
- En caso urgente en que peligre la tranquilidad pública (la existencia y magnitud del peligro quedaba librada al juicio del Presidente) que era el mismo que ejecutaba la medida
- Las atribuciones del presidente solo se extendían a la libertad ambulatoria de las personas

La comisión reformadora dijo en su momento que la limitación impuesta al Presidente de dar cuenta al Congreso en el plazo de 10 días es una garantía ilusoria porque en ese tiempo puede consumarse tranquilamente una arbitrariedad

Estado de Prevención y Alarma

Instituto hoy no vigente que fue incorporado por la reforma constitucional de 1949 (arts. 34 y 83 inc. 19), enunciado en esta forma:

"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 en que sea indispensable. Con relación 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 30 días"

La incorporación se fundaba en la perspectiva de que no se use indiscriminadamente el Estado de Sitio, con el objetivo de garantizar la seguridad de la vida civil y la actividad social (Si el Estado de Sitio se

incorporaba para la Defensa del Estado, esta figura se establecía para garantizar la defensa de las funciones que el Estado debe garantizar)

Pretendía dotar al PEN de un instrumento rápido de acción, muy limitado en cuanto a sus facultades y perentorio en cuanto a la duración de sus atribuciones, para perturbaciones menores del orden

- La disposición generaba ambigüedad en el concepto "limitar transitoriamente" a diferencia del "suspender"
- Omitía inexplicablemente para este caso, referirse al derecho de opción

Estado de Asamblea

Alude a la convocatoria militar de la población civil, o puesta bajo bandera, cuando lo exige la ejecución de las leyes de la Nación y sea necesario contener insurrecciones o repeler las invasiones.

Esta expresión es inexistente a nivel constitucional y solo apareció expresamente en el art. 842 del Código de Justicia Militar. Por no haber sido nombrado en la Constitución, este instituto no puede en modo alguno implicar el decaimiento de garantías individuales, porque la regla es que toda disposición en este sentido debe ser expresa

Estado de Guerra Interno

La expresión, que no tiene asidero constitucional, rigió en el país durante la vigencia de la reforma constitucional de 1949 (Dec. PEN 19.376/51 ratificado por Ley 14.062 casi en forma inmediata)

"Todo militar que se insubordine o se subleve en contra de las autoridades constituídas o participe en movimientos tendientes a derrocarlas o desconocer su investidura, será fusilado inmediatamente"

La Corte Suprema de Justicia reconoció a su tiempo, la constitucionalidad de la medida, en un fallo poco feliz³

³ Recogido en ADLA, XI-A año 1951, pag.167

En nuestro derecho no es un instituto de emergencia autónomo, sino que constituye junto con la conmoción interior y siempre que haga peligrar la Constitución y sus instituciones, una de las causas indistintas de Estado de Sitio.

No puede implicar "per se" la suspensión de las garantías

Significa someter a la ley y tribunales militares a todos aquellos que están comprendidos por la declaración, sean civiles o militares. El texto constitucional omite absolutamente su mención, pero el instituto tuvo aparición reiterada en nuestra vida política (a partir de 1930)

Como vemos, en la dinámica constitucional aparecen numerosas situaciones de excepción, que no se condicen con el normal funcionamiento de las instituciones de la democracia reguladas habitualmente en el texto supremo.

Inclusive, ellas pueden llegar a amenazar o desestabilizar la propia estructura del sistema. Por ello, se pretende acrecentar frente a estos problemas, el marco de la seguridad jurídica

En ese contexto, ha sido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que delineó los requisitos para habilitar la aplicación del derecho de emergencia. Ellos son:

- Que medie un auténtico estado de necesidad, o sea, una realidad fáctica excepcional (Fallos 202:456), definida por el Congreso
- Transitoriedad y razonabilidad en la aplicación de la regulación de emergencia (Fallos 136:171 y 200:450)
- Legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencia, o sea, que su propósito tienda al bien común (Fallos 202:456 y 136:171) y que sea razonable y justa (Fallos 200:450, 202:456)
- Que no se frustren con su implementación, los derechos y garantías

establecidos en la Constitución (Fallos 243:467, 209:405)

En consecuencia, para que una situación de emergencia sea viable en términos constitucionales, debe existir necesariamente legitimidad de fines y medios cuanto razonabilidad del medio empleado para conjurar la situación fáctica que tornó necesaria la declaración de emergencia.

Los antecedentes antes expresados, nos permiten adentrarnos ahora en la consideración de las medidas extraordinarias que las Constituciones prevén a fin de intentar salvar a la Constitución, suprimiéndola total o parcialmente.

Suspender para asegurar; avasallar para garantizar. Advertirá el lector que nos encontramos frente al estudio de situaciones paradójales, que tienen hondos raíces tanto históricas como políticas.

La institución jurídica, que regula por excelencia a las situaciones de emergencia en las estructuras constitucionales, se denomina "Estado de Sitio".

De raíz francesa, se arraigó rápidamente en América latina, incorporándose al elenco estable de sus regulaciones constitucionales, entre ellas, la nuestra.

Un gran crítico de la institución, el constitucionalista Carlos Sánchez Viamonte, ha dicho de ella que:

- En los Estados modernos que se llaman Estados de Derecho, la dictadura suele recibir el nombre de "Estado de Sitio"
- La aceptación de esta institución está en contradicción con la Supremacía de la Constitución y su rigidez, ya que confunde al Poder Legislativo (que lo autoriza) con el Poder Constituyente y al autorizar aquél a suspender la Constitución...significa destruir en su base el constitucionalismo y por lo consiguiente, el Estado de Derecho
- Implementar esta figura es (empleando términos que corresponden a la teoría del contrato social) volver al estado de Naturaleza

En trance de efectuar una valoración crítica del instituto, podemos decir que si bien la institución pretendió situarse en el lugar de la defensa máxima de la Constitución, resultó ser en la práctica (al menos latinoamericana), uno de sus mayores enemigos.

En general la actuación de esta figura es la siguiente: es el Poder Legislativo a quien se concede la decisión de adoptarlo, o si lo hace el Poder

Ejecutivo, tiene que solicitar autorización posterior al Congreso.

La suspensión de garantías se produce por un lapso breve luego del cual se debieran restablecer automáticamente.

Sabemos quienes vivimos la realidad latinoamericana, que la historia de nuestros pueblos caminó por un andarivel distinto al de las pretensiones normativas.

Así, las medidas excepcionales se extendieron por lo general una vez adoptadas, a verdaderas suspensiones de derechos y garantías. Por su parte, los Poderes Ejecutivos han sorteado muy fácilmente el recaudo de la autorización del Congreso, ya que la notoria debilidad del parlamento americano y el predominio del Poder Ejecutivo y el sistema de partidos políticos en general, sobre la capacidad de decisión de las asambleas legislativas, ha nulificado prácticamente la capacidad de control que el cuerpo posee sobre el Presidente en tan importantes temas.

Por su parte, el recaudo del control por imposición de un plazo determinado se elude fácilmente con las constantes prórrogas que impone el poder político.

Respecto del poder controlador por excelencia del sistema constitucional, que es el Poder Judicial, ha indicado - por lo general - que la declaración de estado de sitio por parte del Congreso es una cuestión no justiciable, o lo es solamente en su faz formal.

Debido a lo expuesto, creemos nosotros que el estado de sitio latinoamericano ha implicado tanto como institucionalizar la doctrina penal del Estado Peligroso, pero con una máxima intensidad, ya que mientras que cuando esta doctrina se institucionaliza en lo penal; es la sociedad la que declara peligroso al individuo, en el caso de institucionalizarse en el área constitucional, se está admitiendo que sea el Estado el que declare en estado peligroso a toda la sociedad.

Luego de esta advertencia preliminar, hemos de desarrollar la figura de emergencia por excelencia en el derecho constitucional argentino, que es el estado de Sitio.

13.4.- Estado de Sitio: sus características y análisis de la figura. Disposiciones constitucionales y legales.

El estado de sitio se encuentra regulado principalmente en el art. 23 de nuestra Constitución textual, que enuncia al instituto de emergencia en la siguiente forma:

Art. 23 C.N.

En caso de conmoción interior o ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de ésta 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 ésta 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

Como vemos, la figura del Estado de Sitio integra al sistema constitucional, y como parte de él que es, supone su total vigencia, Su declaración implica el cumplimiento de una serie de pautas formales que no pueden ser soslayadas, dada la trascendencia de las cuestiones que regula.

Así, su estructura formal es la siguiente:

- Está estrictamente tipificado en la Constitución textual: por lo que su legítima procedencia se subordina a la concurrencia de las circunstancias que expresamente menciona el texto supremo a tal fin. Así, será necesario la existencia de una circunstancia fáctica (la conmoción interior, el ataque exterior, o ambas) que generen un particular efecto sobre el sistema (poner en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella).
- Es formal: en consecuencia, requiere a fin de que entre en vigor, de una expresa declaración por parte del órgano que la Constitución sindicó como competente, para comenzar a regir, como asimismo, de un específico

decreto por parte del Poder Ejecutivo para aplicar cada medida que sea menester en los casos particulares, mientras dure su vigencia

- Es un instituto de emergencia: por tal razón, reúne sus características y particularmente las de ser extraordinario y transitorio. Además, si bien la defensa que se supone debe conjurar es e carácter constitucional, ello no implica que se encuentre exenta de control. La regla es que ella coexiste con los medios ordinarios y garantías que habitualmente presenta el sistema constitucional.
- Significa un acrecimiento de las facultades del Estado en desmedro de las del individuo: En realidad se alegan razones de estado, o de supervivencia del Estado, para poner entre paréntesis los derechos de las personas. En términos de Miguel Ekmekdjian, aquí los espacios de la libertad ceden frente a las pretensiones del poder
- Es una figura de aplicación limitada: lo que se manifiesta en sus distintos aspectos, a saber:
 1. Sólo se puede declarar en aquellos lugares en que se manifiestan la conmoción interior o el ataque exterior, y únicamente durante el tiempo de existencias de las circunstancias apuntadas (ni antes, ni después).
 2. Las medidas adoptadas durante el estado de sitio deben guardar relación con las causas de su declaración
 3. La autoridad competente para ejercer las facultades derivadas del instituto de emergencia (arrestar y trasladar a las personas), es solamente el presidente de la república, y las operativiza mediante decreto fundado que también debe relacionarse con las causas que motivan el estado de sitio. A ella le está expresamente prohibido en ese lapso condenar de por sí o aplicar penas
- La figura es pasible de ser controlada y genera eventuales responsabilidades a los funcionarios que la adoptan: El primer control se basa en la responsabilidad política de las autoridades que asumen declarar el estado de sitio, aunque existe el control judicial de razonabilidad respecto de las medidas en su ejecución. Las responsabilidades podrán ser entonces: civiles, políticas, penales y morales. Es bueno rescatar aquí que esta figura no aloja nuevos poderes constitucionales en cabeza de las autoridades que la declaran, sinó que *acrecienta por un tiempo limitado, la competencia del Poder Ejecutivo, en detrimento de las libertades públicas.*
- Como toda figura de emergencia, es e interpretación restrictiva: En cuanto a la apreciación de las circunstancias que dieron lugar a su declaración, al alcance de las facultades que de ella emergen y a la apreciación del

decaimiento de las libertades fundamentales que ella supone.

En trance de efectuar un análisis pormenorizado de la figura, podemos decir que son dos las causales fácticas alternativas que meritan su dictado: la conmoción interior y el ataque exterior.

No hay duda que la delimitación del concepto de "conmoción interior" ha sido una cuestión que suscitó grandes controversias, dado lo impreciso de la expresión. Ella hace referencia a una grave perturbación del orden, que puede ser generada en una asonada, rebelión, alzamiento, etc, aunque para meritar la actuación de la figura, debe darse sin lugar a dudas, el máximo de la tensión conflictual que el hecho motiva

Se discutió en doctrina si el estado de sitio se declara en ese caso, preventivamente (antes de que el conflicto se desate) o represivamente (para conjurarla) y las situaciones de nuestra realidad histórica en realidad han fluctuado entre ambas.

Creemos nosotros, siguiendo aquí a Clusellas, que más allá del sentido que se dé a la figura, ella persigue siempre una clara finalidad defensiva del sistema constitucional, y será ese enfoque finalista el que dará las pautas que permitan apreciar en cada caso cuando determinadas circunstancias tendrán entidad suficiente como para motivar causal de conmoción interior.

Respecto del ataque exterior, la Constitución alude aquí a un concreto estado de beligerancia con otra nación y en suma a las innumerables modalidades de agresión que pueden darse entre Estados. Respecto del momento en que se cumplimenta el recaudo, nuestra historia constitucional registra un solo caso de declaración de estado de sitio por esa circunstancia, en abril de 1865, en ocasión de la Guerra con Paraguay.

¿Cuál es el poder competente para declarar el estado de sitio?

En el caso de conmoción interior, es el Congreso de la Nación, por propia iniciativa, o a requisición del Poder Ejecutivo, pudiendo tener tal iniciativa legislativa inicio en cualquiera de las cámaras.

Si el Congreso estuviese en receso, será el Poder Ejecutivo quien lo declare por sí, pero esta atribución del presidente es excepcional y subsidiaria. De todas maneras, corresponde que el poder legislativo apruebe este estado de sitio (o lo suspenda), cuando reanude sus sesiones, lo que genera la posibilidad de cuatro hipótesis, a saber:

- Aprobación (así se convalida lo actuado por el Presidente)
- Rechazo o suspensión (cesa de inmediato la medida de emergencia)

- Modificación parcial (esta es una atribución propia del cuerpo legislativo que no puede ser impugnada por el presidente, salvo su derecho de veto)
- Que concluya el período ordinario de sesiones ulterior, sin que el Poder Legislativo se expida al respecto. Más allá de la responsabilidad que por negligencia corresponda en ese caso a los miembros del Congreso, la medida del Poder Ejecutivo se mantendría tácitamente hasta que se dé alguna de estas circunstancias: o que el mismo presidente la revoque, o que se cumpla el término de su vigencia, o el propio cuerpo legislativo subsane su propia omisión en ulteriores sesiones.

Creemos nosotros que el Congreso no podría (ni aun en los términos de las posibles excepciones a la terminante regla que impone el art. 76 de la C.N.), delegar en el Poder Ejecutivo la posibilidad de declarar por sí el Estado de Sitio en caso de conmoción interior, estando el cuerpo en sesiones, porque esa potestad ha sido específicamente conferida al cuerpo.

Para el caso de ataque exterior, es el presidente de la Nación a quien corresponde declararlo, aunque con autorización del Senado, lo que implica que nos encontramos aquí frente a un acto declarativo de emergencia, de carácter complejo, que requiere para su viabilidad, la conjunción armónica de las dos voluntades indicadas por la Constitución.

Creemos nosotros que para el caso de receso de la legislatura, no podría el presidente declarar el estado de sitio por sí en caso de ataque exterior, por lo que en esa circunstancia, y por la gravedad que la misma conlleva, debería convocar el Poder Ejecutivo al Congreso a sesiones extraordinarias y entonces requerir al Senado, el pertinente acuerdo a su decisión.

Sea cual fuere el poder de público que declare el estado de Sitio, la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional ha sido conteste en señalar que éste acto es de naturaleza política, y por lo tanto, no revisable judicialmente.

Aún así, este acto declarativo debe haber sido emitido con todos sus recaudos formales cumplimentados (causas constitucionales, declaración por autoridad competente, cumplimiento del proceso legal respectivo) lo que sí podrá ser revisado en su caso, por parte del Poder Judicial, así como también la regularidad de los actos emitidos a consecuencia de él

Diremos también que esta es una facultad que las provincias han delegado al gobierno nacional en forma expresa, y por lo tanto no podrían los

estados provinciales declarar el estado de sitio en sus respectivas jurisdicciones

Finalmente, el Estado de Sitio cesa ante las siguientes circunstancias:

1. Vencimiento del término de su vigencia
2. Por decisión del poder Político que lo sancionó (aunque como dijimos, en caso de conmoción interior el Congreso tiene siempre esa facultad)
3. En caso de ataque exterior, el presidente no requerirá la autorización del Congreso para levantar la medida antes de su término limitado de vigencia
4. El Senado, cuando decida retirar su autorización al Presidente
5. En un caso concreto en que se determine judicialmente su inconstitucionalidad

Respecto de su ámbito temporal y especial de vigencia, la medida rige en el territorio e la nación en que se genere la perturbación institucional con aptitud para lesionar el sistema, y su duración estará encadenada a la subsistencia de las circunstancias que la generaron. Recordamos que una de las características de este tipo de medidas de excepción es su duración limitada.

Esta regla rige tanto para el caso en que lo declara el Congreso, como para cuando lo declara el Presidente.

¿Cuáles son los efectos de la declaración del Estado de Sitio?

El efecto principal es la suspensión de las garantías constitucionales en el lugar en el que exista la perturbación del orden, y el secundario o instrumental, es el que implica el acrecimiento de las facultades del Poder Ejecutivo, quien podrá en ese contexto arrestar y trasladar personas de un lugar a otro del país, salvo que ellas opten por salir del territorio de la República.

Se suscitó en doctrina una duda respecto de cuáles son las garantías constitucionales que quedan suspendidas con motivo de la declaración del Estado de Sitio, y ello dio lugar a tres tesis interpretativas:

- Tesitura de las facultades amplias(Alberdi, González Calderón, y jurisprudencia de CSJN hasta 1956⁴): sostienen sus cultores que el

4 Ver en particular, caso "Grosso" CSJN Fallos 236:45

estado de sitio importa la suspensión de todas las garantías constitucionales, de forma tal que el ejercicio de todos los derechos puede quedar sin efecto si así lo dispone el Presidente de la Nación.

- Tesitura minimalista(Linares Quintana, Romero): solo admite que en caso de estado de sitio se suspenda la garantía de la libertad física, en casos determinados y nunca con carácter general

- Tesitura finalista (Germán Bidart Campos, y jurisprudencia de CSJN desde el caso "Sofía" en 1959⁵): estima que el estado de sitio sólo habilita al Poder Legislativo, o Poder Ejecutivo en su caso, a restringir más intensamente el ejercicio de aquellos derechos relacionados con la causa de la emergencia declarada.

Creemos nosotros - con la salvedad ya expuesta respecto de la conveniencia del instituto - que en caso de su aplicación, la tesis más adecuada en relación a los derechos que pueden ser limitados en esas circunstancias, es la última indicada (finalista).

A ello agregamos que a partir de la reforma constitucional de 1994 éste criterio se ve reforzado en atención a lo dispuesto en el art. 27 de la CADH, que como dijimos antes - y dada su jerarquización constitucional - resulta ser una pauta de interpretación obligatoria para los poderes públicos, y ratifica que en este punto existen una serie de pautas que no pueden ser soslayadas por el Estado Argentino en situaciones de emergencia

Ellas son:

- Las disposiciones adoptadas en tiempos de emergencia lo serán en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación
- La suspensión de garantías es posible siempre que ella no sea incompatible con las obligaciones que impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, sexo, idioma, religión u origen social
- Por otra parte, existen derechos que de todas maneras, no pueden ser suspendidos ni mediando la declaración de emergencia (al

5 CSJN Fallos 243:513.

reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, prohibición de esclavitud y servidumbre, principios de legalidad y retroactividad, libertad de conciencia y religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derechos a la nacionalidad, ni - por supuesto - de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos

- La República Argentina, deberá informar, en caso de declaración de emergencia, a los demás Estados partes en la CADH - por intermedio de la Secretaría General de la OEA - de las disposiciones cuya aplicación hubiese suspendido, los motivos que dieron lugar a tal suspensión y la fecha en que la misma finalizó

13.5.- El denominado "derecho de opción".

Frente a la prerrogativa conferida al presidente, de arrestar o trasladar a personas durante un estado de sitio declarado, surge - a modo de balance - una facultad expresamente conferida por la Constitución a aquella persona sobre la que fue ejercida la medida, o terceros en su nombre y representación.

Nos referimos aquí al derecho de opción, concebido en doctrina como una modalidad de petición calificada, con obligación de respuesta, enderezada a conseguir una modalidad de exilio voluntario.

Ejerciendo la opción de salida del país, aquella persona momentáneamente privada de su libertad, prefiere frente a ello, el ostracismo voluntario, ya que lo estima el "mal menor". El recaudo de manifestación de opción es informal: sólo requiere de la inequívoca expresión por parte de la persona arrestada por el Poder Ejecutivo, de dejar el país, dirigida al presidente que es quien ejerció la prerrogativa del arresto.

Ha sostenido en este sentido la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal que en el marco del estado de sitio, el arresto y el traslado son *medidas de defensa transitorias* que tienen la doble limitación de culminar con el fin del estado de excepción o con la opción⁶, dando con ello por cierto que no se trata de penas, sino de medidas de seguridad.

Tampoco es lícito que el presidente condicione la opción del detenido a que éste opte por salir a país o lugar determinado en el exterior, ya que es un derecho directamente operativo y no es discrecional del presidente conceder o no la opción. Debe hacerlo ante el pedido del arrestado.

6 CSJN Fallos 200:260 "Rodríguez Araya"

Para el caso de demora indeterminada o denegatoria por parte del presidente a conceder la opción, ello convertiría al arresto en una pena, lo que es fulminado por la Constitución y encuadraría al primer mandatario en falta.

Diremos también de este derecho, que no se agota en su primer uso, ya que en el marco de un estado de sitio declarado, una persona podrá peticionar derecho de opción tantas veces como el presidente lo arreste. Aún cuando luego de concedida la opción, haya reingresado al país.

Observa Clusellas que la única excepción al otorgamiento de la opción sería el caso de quien a la vez de arrestado, se encuentra bajo proceso y un juez competente ha ordenado su detención por esa razón. En tal caso, el arresto ordenado no podría cesar por haber pedido el arrestado ejercer el derecho de opción

No negamos, con lo antes expuesto, que nuestra legislación ha sido por lo general, restrictiva del derecho de opción, y por ende, inconstitucional. Y debemos señalar también - mal que nos pese - que nuestra jurisprudencia ha sido vacilante en este respecto, y más próxima al desconocimiento de este derecho, que al afianzamiento de su consagración plena

Finalmente, hemos de reivindicar la constitucionalización expresa de esta modalidad calificada del derecho de peticionar a las autoridades en tiempos de emergencia, toda vez que su instauración implica que aún en tiempos de severas restricciones a los derechos humanos, la libertad sigue siendo materia prioritaria de protección.

Al menos, en la ley formal...

13.6.- Habeas corpus y estado de sitio (remisión). -

Ya hemos dicho que el control y la responsabilidad son dos notas características inherentes al ejercicio del poder en todo sistema constitucional.

Por ello, sería una incongruencia sostener que la Constitución no se suspende ni aún en tiempos de emergencia, para luego negar la injerencia del Poder Judicial cuando un ciudadano lleva justicia a los poderes de estado en razón de una aplicación arbitraria o desmedida de las medidas de emergencia previstas por el texto fundamental.

Cierto es que la figura del "habeas corpus" se perfila como una garantía esencial a fin de tutelar la libertad ambulatoria de los habitantes en el decurso

de un estado de emergencia instituido por los poderes públicos.

En este sentido, y sin perjuicio del análisis pormenorizado de éste proceso constitucional que efectuaremos en el Capítulo XXIV, cabe especificar ahora cual es el ámbito constitucional de control que los jueces tienen sobre el Poder Ejecutivo y Poder Legislativo en el contexto del estado de sitio, cuando se debate en justicia la garantía constitucional de la tutela a la libertad ambulatoria.

Así, nuestra jurisprudencia ha sentado las siguientes precisiones al respecto⁷:

- Es posible el control judicial de razonabilidad respecto de las medidas presidenciales durante la emergencia
- Ese control se efectúa a título excepcional y limitado a los supuestos de arbitrariedad en el ejercicio de las facultades de quien dictó la medida
- Se reconoce la exigencia de la limitación del tiempo como condicionante de la validez del acto de suspensión de las garantías
- Se confirma que en el marco del estado de sitio, el P.E. no debe probar judicialmente el fundamento de su decisión de arrestar a una persona, diferenciándose así el caso de privación judicial de libertad (que exige semiplena prueba de la existencia de un delito) del supuesto de arresto por el presidente, que se funda en el prudente arbitrio del funcionario
- Es facultad propia de los órganos políticos, la apreciación de las circunstancias de hecho que tornen aconsejable la instauración del estado de sitio, por lo que esa decisión no admite revisión judicial
- La previsión del art. 4º inciso 1º de la Ley 23.098 se refiere al control del cumplimiento de los recaudos de competencia y formales para la declaración del estado de sitio.

Somos contestes en que los principios jurisprudenciales antes indicados implican sólo un "tibio acercamiento" al concepto de garantía integral y suficiente de la libertad de los ciudadanos en el contexto de la emergencia declarada por los poderes políticos, pro aún así, sientan bases sólidas del avance de la consolidación del sistema en la argentina de la recuperación democrática.

⁷ Extractadas en lo esencial, de lo resuelto por la CSJN en el fallo dictado a partir del Habeas Corpus impetrado por los Granada, Cao y Rodríguez a consecuencia del estado de sitio decretado el 25 de octubre de 1985

13.7.- Algunas precisiones respecto de los institutos de emergencia y la reforma constitucional de 1994.

Se ha sostenido en doctrina, que el único instituto de emergencia que contempla la Constitución argentina es el del estado de sitio.

Pese a ello, y como también lo hemos resaltado, nuestra jurisprudencia ha admitido que los poderes de gobierno (Legislativo y aún Ejecutivo) declaren la existencia de "emergencia" recurriendo así a toda una gama de situaciones excepcionales, no admitidas expresamente en el texto constitucional para intentar conjurarla

Ello ha sido en nuestro criterio, altamente pernicioso para la salud del sistema constitucional, y aunque la Corte Suprema fue diseñando las bases para diferenciar la emergencia real de aquella "espuria", por lo general, siempre los poderes de gobierno han ido un paso más allá, hasta llegar al punto en que el propio Poder Ejecutivo tome medidas de excepción, de carácter legislativo (decretos de necesidad y urgencia) aún encontrándose el Congreso en sesiones.

Esta actitud fue consentida por nuestra Corte Suprema, indicando - entre otras cosas - que en circunstancias de emergencia extrema, la división de poderes es una simple técnica que puede ser dejada de lado para conjurarla, y que el Poder Ejecutivo no solo puede, sino que debe anteponerse al accionar del Congreso cuando se trata de tan grave necesidad⁸

Sin perjuicio de que hemos de volver sobre esta cuestión al tratar el tema de los Decretos de Necesidad y Urgencia (Capítulo XXVI), sólo advertimos aquí que ha sido el intento de la reforma constitucional de 1994 el de poner "en caja" este tipo de excesos institucionales, regulando específicamente la figura en el art. 99 de la C.N.

Estimamos nosotros que el intento de prevenir los excesos de la potestad legislativa del presidente, regulando la figura para acotarla, lamentablemente no ha tenido la efectividad deseada por el constituyente, generando - en nuestro criterio -, el punto más débil de la reforma

⁸ Nos referimos aquí a los considerandos del voto mayoritario en el denominado caso "Peralta" (CSJN Pag. XXIII.13 del 27 de diciembre de 1990)

constitucional de 1994.

Se ha creado, en consecuencia, un nuevo instituto de emergencia que pone en manos del Presidente de la República, un inmenso cúmulo de poder cuyos efectos no ha podido controlar hasta la fecha el Poder Legislativo (pese a que posee la aptitud constitucional para hacerlo), habiendo cerrado el mismísimo Poder Judicial las puertas al control suficiente de esa inacción legislativa por parte de los ciudadanos que han intentado señalar el desfasaje, impetrando el pertinente pedido de declaración judicial de inconstitucionalidad por omisión⁹

Como bien ha sostenido Miguel Ekmekdjian: esta nueva modalidad de institución de emergencia (la habilitación para que el Presidente de la Nación emita Decretos de Necesidad y Urgencia), se ha constituido en el "caballo de Troya" de la república...

Pese a las buenas intenciones del constituyente de 1994.

13.8.- Preguntas, notas y concordancias.-

Las preguntas que se formulan a continuación, son para motivar el espíritu crítico e investigativo del alumno, que podrá consultar con su profesor las respuestas a las mismas. Ellas - por supuesto - no serán unívocas; y en ello radica la riqueza conceptual de este apartado, cuyo objetivo es el de generar un marco de debate abierto y democrático entre alumnos y profesores.

- 1. ¿Considera Ud. que por sus características, alguno de los derechos consagrados en la Constitución puede ser señalado como "absoluto"? Fundamente su respuesta.**
- 2. ¿Cuál es el modelo de "poder de policía" que considera más adecuado a la realidad actual de la República?**
- 3. ¿Concuerda Ud. con la diferencia efectuada por nosotros entre emergencia y crisis? Fundamente su respuesta**
- 4. ¿Qué opina Ud. de la forma en que la corte Suprema de Justicia de la Nación delineó los requisitos para habilitar la aplicación del derecho de emergencia?**
- 5. ¿Qué opina Ud. de la constitucionalización del Estado de Sitio?**

Anotaremos a continuación, cierta bibliografía específica que consideramos de importancia a fin de profundizar en los contenidos del capítulo

⁹ Ello sucedió en Autos "Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/P.E.N. (CSJN dic. 7/1997, LL. Del 29/12/1997)

1. Cholvis, Francisco: La emergencia, su constitucionalidad y el condicionamiento socioeconómico. En Boletín informativo de la A.A.D.C. N°58, febrero de 1991, pag 4 y ss.
2. Clusellas, Gregorini: Estado de Sitio. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1987
3. Colomer Viadel, Antonio: Introducción al constitucionalismo iberoamericano. Edit. ICI (Cultura hispánica) Madrid, 1990 (en particular, 2° parte, punto 1)
4. Gil Domínguez, Andrés: En busca de una interpretación constitucional. Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1997 (en particular. Capítulo VII)
5. Padilla, Miguel: Lecciones de derechos humanos y garantías. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, T°1 (Capítulo II)
6. Repetto, Roberto: La Constitución y la crisis argentina. Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1988 (en particular, Cap. VI)
7. Zerillo, José Luis: Caso Timmerman (El Habeas Corpus durante el Estado de Sitio). De AAVV (Coordinador Eduardo Jiménez) Garantías Constitucionales. Edit. Suárez, Mar del Plata, 1997

Respecto de las concordancias de este capítulo, ellas vincularán lo expuesto, con la regulación de los regímenes de emergencia en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que la Constitución ha otorgado jerarquía constitucional

LOS INSTITUTOS DE EMERGENCIA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES JERARQUIZADOS

Los institutos de emergencia ya estudiados, también tienen su recepción en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. La finalidad de su regulación es la de resguardar los derechos en ellos protegidos, en los casos señalados por la propia normativa. De esta manera, el Derecho Internacional se contiene respecto de los posibles avatares que pueda sufrir la Nación. Y ello, a la hora de garantizar los derechos, es de significativa relevancia.

Veremos a continuación, las respectivas regulaciones :

Convención Americana sobre Derechos Humanos : En su artículo 27

regula detalladamente la suspensión de las garantías internacionales, siendo las causales de emergencia las siguientes :

- Guerra ;
- Peligro público ;
- Otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte.

La suspensión de garantías esta sujeta a una serie de restricciones impuesta por la misma Convención, siendo deber de los Estados Partes respetarlas. Ellas son :

- a) Referentes a la extensión temporal e intensidad de la medida: La Convención expresa que las suspensiones se dispondrán *"en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación"*.
- b) Además no podrán ser *"incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional"*. Respecto de este punto, nos dice Gros Espiell que es particularmente importante con referencia al derecho internacional humanitario, que establece que en casos de conflictos armados se deben respetar determinados derechos de los integrantes de las fuerzas armadas, de los prisioneros de guerra y de las poblaciones civiles.
- c) Otra restricción la encontramos en la prohibición de que la suspensión entrañe *"discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social"*
- d) Quizás la restricción más importante la hallamos en el punto 2 del artículo, que establece cuáles son los derechos que no pueden suspenderse. Ellos, al decir de Gros Espiell, forman el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales, y son insusceptibles de restricción alguna, inclusive bajo un estado de emergencia. Son los derechos siguientes :

- al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3),

- a la vida (art. 4),
- a la integridad personal (art. 5),

- la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6),
- el principio de legalidad y retroactividad (art. 9),
- la libertad de conciencia y de religión (art. 12),
- la protección de la familia (art. 17),
- el derecho al nombre (art. 18),
- los derechos del niño (art. 19),
- los derechos de la nacionalidad (art. 20),
- los derechos políticos (art. 23)

Concluye el autor mencionado expresando que tampoco son susceptibles de restricción *"las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos"*.

- e) El punto 3 establece el procedimiento a seguir por los Estados Partes para hacer uso del derecho de suspensión. Para ello deberá informar a los demás Estados Partes, a través del Secretario General de la O.E.A. de :

- las disposiciones cuya aplicación haya suspendido ;
- de los motivos que hayan suscitado la suspensión, y
- de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos : Las causales de suspensión aquí reguladas deben cumplir los siguientes requisitos :

- Se debe tratar de situaciones excepcionales,
- que pongan en peligro la vida de la nación,
- y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente.

Respecto de las restricciones impuestas por la normativa, ellas son congruentes a las indicadas en los puntos a), b) y c) mencionadas anteriormente. Por su parte, los derechos insusceptibles de suspensión son los siguientes :

- | | |
|---|--|
| 1. A la vida (art. 6), | por deudas (art. 11), |
| 2. Prohibición de torturas, penas o
tratos crueles, inhumanos o
degradantes (art. 7), | 5. Principio de legalidad penal (art.
15), |
| 3. Prohibición de la esclavitud y
servidumbre (art. 8), | 6. Derecho al reconocimiento de la
personalidad jurídica (art. 16), |
| 4. Prohibición de ser encarcelado | 7. La libertad religiosa (art. 18). |

También hay obligación de los estados de comunicar a los Estados Partes de la suspensión producida, siendo análogo el procedimiento a lo dispuesto en el punto 3 del art. 27 de la Convención Americana, indicado más arriba.

Convención contra la Tortura, y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: El artículo 2.2 establece que *"en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura"*.

Convención Latinoamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. 10): En una norma producto de la triste historia vivida en Latinoamérica, se establece que *"en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas"*. Asimismo garantiza el derecho a procedimientos y recursos rápidos y eficaces - por ejemplo, el hábeas corpus - para determinar el paradero de las personas privadas de libertad, o su estado de salud, o para individualizar a la autoridad que ordenó la detención.

En estos casos, autoriza a las autoridades judiciales al *"libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivo para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a jurisdicción militar"*.

3.7.- Autoevaluación.

1. Explique en forma resumida los conceptos de "relatividad de los derechos" y "abuso del derecho":

.....
.....
.....
.....
.....

2. Explique el concepto del poder de policía según la perspectiva del criterio americano y del criterio europeo:

.....
.....
.....
.....
.....

3. Señale las diferencias existentes entre situaciones e institutos de emergencia:

.....
.....
.....
.....
.....

4. Explique las características esenciales de la figura del Estado de Sitio y diferéncielas del derogado Estado de Sitio presidencial:

.....
.....
.....
.....
.....

5. ¿Cómo juega el derecho de opción en el marco de una declaración de estado de sitio?

.....
.....
.....
.....
.....

