

CAPÍTULO III

Derecho constitucional y derecho de emergencia*

1. ELEMENTOS Y DIMENSIONES DE LA EMERGENCIA

A. Introducción

Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho de emergencia no han sido ni claras ni pacíficas. En rigor de verdad, todavía se discute cuáles son las fronteras de la emergencia, y si está comprendida, de modo completo, por la Constitución.

El tema, además de complicado, es profundo y grave. Prueba de ello es que ha preocupado, además de constitucionalistas, a politólogos y filósofos de la política. Ello se explica porque la emergencia no es solo un problema académico acerca del deslinde de dos o más partes del mundo jurídico, sino un asunto que pone a prueba las bases mismas del estado de derecho.

Intentaremos en nuestro estudio, primero, encuadrar el derecho de emergencia dentro del más amplio derecho de necesidad, y perfilar sus dimensiones esenciales. Luego, atender los fundamentos esgrimidos en la filosofía política para legitimarlo. Con posterioridad, será factible analizar la suerte corrida en Argentina por el derecho de emergencia —con relación al derecho constitucional—, e intentar formular su replanteo, por supuesto, desde perspectivas muy opinables y nada dogmáticas.

Aclaremos, por último, que nos ceñiremos, en principio, a la emergencia económica, y a la protagonizada por el Estado. Demás está decir

* *La Ley*, Buenos Aires, 1990-D-1036.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

que el asunto tiene aquí ribetes propios, en buena medida distintos a los usuales en el derecho penal o civil.

B. Necesidad y emergencia

Hay consenso en considerar al estado de emergencia como un tipo o especie del género estado de necesidad. La “emergencia” caracteriza una situación de necesidad excepcional y transitoria, de índole, pues, accidental.¹

Existen, pues, casos de necesidad permanente y casos de necesidad transitoria, estos últimos, “de emergencia”. En ambos, la situación puede ser imprevista, inesperada; o en cambio, previsible.²

Lo dicho es importante para entender a la doctrina del estado de emergencia como un capítulo de la doctrina del estado de necesidad, donde le son aplicables las pautas generales de la última. También, para comprender al derecho de emergencia como un tramo del derecho de necesidad, con principios jurídicos obviamente comunes.

C. Elementos de la doctrina del estado de necesidad

Parece conveniente precisar cuatro ingredientes claves de la teoría o doctrina del estado de necesidad:

- a) la *situación de necesidad*, o circunstancia fáctica que exige una respuesta por parte del Estado;

¹ Véase Linares Quintana, Segundo V., “La legislación de emergencia en el derecho argentino y comparado”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, La Ley, núm. 30, abr-jun, 1943, p. 908. Véase también Bielsa, Rafael, “El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y administrativo”, en *Anuario del Instituto de Derecho Público*, Rosario, t. III, año III, 1940, p. 85.

² En la jurisprudencia estadounidense algunos fallos han definido la emergencia en función de acontecimientos que provocan un peligro repentino o inesperado, pero en otros pronunciamientos se dice que la emergencia “no siempre importa repentinidad o imprevisibilidad”, o que no necesariamente es inesperada. Véase Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, p. 907.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

- b) el *acto necesario* para enfrentar la situación de necesidad;
- c) el *sujeto necesitado* —en nuestro caso, el Estado—, cuyo comportamiento se requiere para adoptar y ejecutar al acto necesario, y
- d) el *derecho de necesidad*, que atiende a la problemática jurídica de la situación de necesidad —v. gr., si la contempla o no—, del acto necesario a adoptar y de la conducta del sujeto necesitado.

D. La situación de necesidad

Lo característico de la situación de necesidad es que impone o demanda una solución: si ésta no se toma, se producirá un daño grave. Involucra, pues, una hipótesis de peligro o riesgo, que asume distintas formas:

- a) en función del tiempo, anticipamos que es posible diferenciar una necesidad permanente y otra accidental, ocasional o transitoria, usualmente llamada “emergencia”;
- b) por su naturaleza, la necesidad es de índole militar, económica, financiera, político-institucional, etcétera;
- c) en razón de su intensidad, la que podríamos llamar necesidad simple alude a problemas que hacen al “Estado ordinario” —según la expresión de Heineccio—, y que requieren soluciones corrientes en materia, por ejemplo, de prestación de servicios públicos. Para atender a esas necesidades el Estado dispone del llamado “dominio eminente”;³

A su turno, otra necesidad, que denominamos extrema (hiper o maxinecesidad), refiere a lo que Heineccio rotula como “Estado extraordinario”. En tal supuesto, la situación de necesidad compromete la estabilidad o supervivencia del Estado, del sistema político o de la comunidad. Casos terminales de ese tipo movilizan lo que Kessler llamó el “dominio supereminente” del Estado,⁴ y

- d) con relación al espacio, la situación de necesidad puede plantearse a nivel general —i. e., en todo el Estado—, o en el orden local —v. gr., en una provincia—.

³ Véase Gottlieb Heineccio, Juan, *Elementos del derecho natural y de gentes*, trad. por J. J. A. Ojea, Madrid, 1837, t. II, p. 131.

⁴ Gottlieb Heineccio, Juan, *op. cit.*, p. 133; y sobre Johann Elias Kessler, cfr. Meinelcke, Friedrich, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, trad. por Felipe González Vicen, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959, p. 141.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

E. El acto necesario

En la necesidad simple, que denominaremos impropia, el acto necesario debe adoptarse, pero si no se realiza, el costo de la omisión puede ser significativo, pero no fatal. Además, el contenido del acto necesario puede determinarse según pautas discrecionales de utilidad y conveniencia del sujeto necesitado, en nuestro supuesto, el Estado.

En las situaciones de hiper o maxinecesidad —necesidad propia—, el acto necesario aparece como imprescindible, forzoso, inevitable, so pena de sufrir el Estado una quiebra como tal, la ruptura del sistema político o un daño gravísimo e irreparable para la comunidad. Dicho de otro modo, no caben alternativas u opciones racionales: tiene que ejecutarse. Desaparecen entonces las ideas de discrecionalidad, utilidad y conveniencia, reemplazadas por la noción de lo ineludible, imperioso e indefectible. La posibilidad de “no hacer” es aquí letal.

Normalmente, el acto necesario exige, para realizarse, un incremento en la cuota de poder del sujeto necesitado, y una reducción de los derechos de los particulares. Eso, en cuanto al fondo del asunto. La necesidad —y en particular, la necesidad emergente, apremiante, circunstancial—, puede autorizar la asunción de competencia de un órgano del Estado, por otro, que no la posee regularmente —el caso típico pueden ser los “decretos de necesidad y urgencia”, que son verdaderas leyes adoptadas por el Poder Ejecutivo sin la previa intervención del Congreso—. ⁵

F. El sujeto necesitado

En derecho constitucional el sujeto necesitado —es decir, quien debe cometer el acto necesario— es el Estado, entendido en sentido amplio —Nación, provincia, aun municipio—. De ahí que la doctrina del estado de necesidad, en nuestra materia, haya sido enjuiciada a menudo como una teoría de corte autoritario y riesgosa para los derechos personales.

Ocasionalmente se divisa como sujeto necesario al pueblo, en el caso del ejercicio del derecho de resistencia a la opresión, manifestación típica del “estado de necesidad”, y que se ejerce contra las autoridades estatales.

⁵ Sobre la justificación de los decretos de necesidad y urgencia en razón de la necesidad, véase Bielsa, Rafael, *op. cit.*, p. 85.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

G. El derecho de necesidad

La doctrina discute si la necesidad importa un fenómeno fáctico, extra o ajurídico, incluso antijurídico; o si forma parte del mundo del derecho.

El conflicto no es nuevo, ya que se remonta al pensamiento romano. Dos adagios reflejan la contienda. Uno, *necessitas non habet legem*, parece puntualizar que la necesidad escapa del derecho, desde el momento en que no tiene ley —y puede, así, operar contra la ley—. El segundo, *necessitas jus constituit*, indica que la necesidad genera derecho —el derecho de necesidad, *jus necessitatis*—, que por supuesto está captado por el mundo jurídico.⁶

Nos hemos inclinado por la segunda postura. La experiencia jurídica muestra, en primer término, que no existen acontecimientos *ajurídicos* —puesto que, indefectiblemente, todo hecho será lícito o ilícito—. En segundo lugar, se advierte que muchas situaciones de necesidad están previstas por el ordenamiento jurídico —sobre todo, las de necesidad simple, para lo cual se planifican las autoridades y competencias ordinarias y otras, de necesidad extrema, como el estado de sitio—. Finalmente, el derecho de necesidad que adopta el acto necesario puede instrumentarse de distinto modo: por medios regulares —v. gr., ley, decreto— o irregulares, producto, precisamente, de la necesidad —así, las “ordenanzas” italianas, los decretos de necesidad y urgencia, los decretos individuales de urgencia—. Todo ello provoca, naturalmente, una problemática jurídica que cabe considerar.

Por supuesto, una faceta de sumo interés —y que atenderemos circunstanciadamente— es el de las relaciones entre ese derecho de necesidad y el derecho constitucional, bajo cuya óptica, inevitablemente, el primero será constitucional o inconstitucional.

En resumen, el derecho de necesidad —y, consecuentemente, el de emergencia, para la variante de la necesidad ocasional y excepcional—, atiende las cuestiones jurídicas de la situación de necesidad, del hecho necesario, del sujeto necesitado y de las normas dictadas para enfrentarlo.

⁶ Sobre la juridicidad del derecho de necesidad, véase Sagüés, Néstor P., *Mundo jurídico y mundo político*, Depalma, Buenos Aires, 1978, pp. 149-151.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

H. Dimensiones del estado de necesidad

En definitiva, la necesidad tiene en el mundo jurídico tres dimensiones:

- a) una, fáctica, contempla las situaciones, hechos o casos de necesidad, cuál es el acto necesario impuesto por las circunstancias de necesidad y quién debe consumarlo —el sujeto necesitado—;
- b) la segunda, normativa, estudia a las reglas que regulan —cuando las hay— a la situación de necesidad, al sujeto necesitado y al acto necesario; así como su constitucionalidad, y
- c) la tercera, de raíz axiológica, refiere a los valores jurídico-políticos que evalúan y legitiman —o descalifican— las situaciones de necesidad, el comportamiento del sujeto necesitado, la legitimidad del acto necesario y de las normas que lo instrumentaron.

2. ÉTICA DE LA NECESIDAD

A. Transcendencia del tema

Un reexamen de la doctrina de la emergencia obliga, tal vez, a estudiarlo primero desde el ámbito de los valores jurídicos-políticos. Y es que, en definitiva, el mérito de aquella teoría y sus consecuencias en la esfera del derecho constitucional dependerán de la concepción ideológica del jurista: de los valores que él maneje, y de la cotización que asigne a cada uno de ellos. Según su tabla de valores, se deducirán espontáneamente las conclusiones acerca del peso que tiene la necesidad, y de su fuerza para arremeter contra la Constitución.

En tal sentido, la doctrina de la necesidad ha contado con un arsenal legitimatorio de distinta naturaleza. Es factible distinguir, por cierto, una “ética de mínima” y una “ética de máxima”, en cuanto al estado de necesidad.

B. Ética de mínima

Para esta postura, el estado de necesidad encuentra justificación —legitimidad— pero dentro de ciertas pautas. En Heineccio, por ejemplo:

Derecho constitucional y derecho de emergencia

- a) el estado y el derecho de necesidad tienen base en el derecho natural de conservación del Estado; que es su “Ley suprema”;
- b) la necesidad se explica como un ingrediente más del fin del Estado. Dicho de otro modo, el derecho de necesidad se entiende como un medio exigido para lograr el bien público. Es decir, que a la postre tiene por objeto asegurar “la libertad y seguridad públicas”;
- c) el estado de necesidad no está para “la utilidad privada del soberano”, ni para “su deleite”; esto implica una interesante distinción entre “necesidad del Estado” y “necesidad del gobernante”;
- d) el derecho de necesidad es un derecho subsidiario: sólo opera “cuando de otro modo no pueda conseguirse la salvación del Estado”;
- e) el derecho de necesidad tiene que ejercerse cautelosamente, “para que no degeneren en una arbitrariedad e injusticia notables”, y
- f) el derecho de necesidad autoriza a “aplicar los bienes de los ciudadanos a las urgencias del Estado”, en particular para los casos de guerra, pero impone “indemnizar a aquel a quien se privó de una cosa propia por causa de la salud o utilidad pública”, aunque esto algunas veces no pueda hacerse de inmediato.⁷

Otro aporte interesante, en esta visión de “ética mínima” de la necesidad, la hace Francisco Suárez, cuando explica que la necesidad y la emergencia pueden provocar la *dispensa de la ley*, de modo análogo a como lo hace la doctrina de la equidad. La primera, cuando el cumplimiento de la norma ocasiona un grave perjuicio para el bien común.⁸ La segunda, sabemos, a fin de evitar que la aplicación de una ley, justa en términos generales, provoque una injusticia en el caso concreto.

En la ética de mínima, el estado de necesidad se lo encuadra bajo una serie de valores y de limitaciones. Hay necesidad y debe actuarse en su consecuencia, si el bien común lo justifica, y sólo en la medida en que él lo requiera. Simultáneamente, la necesidad extrema y el correlativo derecho de necesidad, se explican naturalmente porque en ellos entra en juego la supervivencia del Estado —sin el cual no podría haber

⁷ Véase Gottlieb Heineccio, Juan, *op. cit.*, pp. 133 y 135.

⁸ Cfr. sobre el pensamiento de Francisco Suárez en el tema, Bielsa Rafael, *op. cit.*, pp. 29-31, texto y notas.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

orden, justicia, seguridad ni libertad—; pero la realización de tal necesidad debe compatibilizarse con otros valores jurídico-políticos, aunque éstos, en la emergencia, retraigan su vigor.

La necesidad, en síntesis, no justifica todo.

C. Ética de máxima

Frente a aquella tesis, otra sacraliza a la necesidad como valor supremo del derecho y de la política. Para esta posición, el bien común se subordina a la necesidad.

Tal vez un precedente para la versión posterior de esta teoría sea la elaboración jurídica de Federico II de Sicilia —quien promulga en 1231 las Constituciones de Melfi—, según la cual, escribe Juan Beneyto, todo responde a una nueva concepción: la *necessitas*. En concreto, no interesa si el poder político deriva del bien o del mal: lo único rescatable de la experiencia, es que nace de la necesidad del mismo poder.⁹

Esa justificación intrínseca de la necesidad —la necesidad es buena por sí, simplemente porque es necesaria— cuenta en el siglo XVI con una fundamentación doctrinaria tan cruda como calificada.

Sin hesitación, es en Maquiavelo (1469-1527) donde se encuentra la legitimación más contundente y lograda de la necesidad. Para el florentino, como se sabe, los tres factores esenciales del comportamiento político con la *fortuna* —emparentada con el azar, con los condicionamientos físicos y el destino—, la *virtù* —aptitud o cualidad para el gobierno— y la *necessità*.

Maquiavelo construye, como explica Meinecke, una verdadera teoría de la necesidad. La *necessità* es, en definitiva, el motor de la *virtù* y aun el origen de la moral. La necesidad —la fuerza de las cosas, la evolución de las circunstancias—, acucia e impulsa a la *virtù*: excita las dotes del Príncipe inteligente y provoca su conducta de gobierno. Por ejemplo, explica, de la amenaza de los principados, surge la voluntad y la necesidad de conquista, para el amenazado. A mayor necesidad, pues, mayor *virtù*.

⁹ Cfr. Beneyto, Juan, *Historia de las ideas políticas*, 3ª ed., Madrid, Aguilar, 1968, p. 125.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

Hasta aquí, el concepto de “necesidad” parece inocuo, cuando no positivo, como estímulo para la acción de gobierno. Sin embargo, su desborde se produce cuando Maquiavelo desliga la necesidad de la ética. Así, puntualiza, en tren de conservar el poder y conservar al Estado, la necesidad enseña al Príncipe cuándo debe obrar moralmente, y cuándo debe actuar no moralmente —es decir, amoralmente—; cuándo debe respetar la ley y los pactos y cuándo debe apartarse de ellos, aunque en principio, si puede, Maquiavelo le sugiere comportarse moral y jurídicamente.

De tal modo, el ingenio de Maquiavelo estriba en presentar a la necesidad como fuente simultánea del bien y del mal políticos. Así se llega, concluye Meinecke, a la justificación más elevada de toda política inmoral.¹⁰ La legitimidad de la necesidad, por ende, es en política superior a la legitimidad misma de la moral.

Poco después, en los *Seis libros de la República* (1576) Bodin dirá que “nada indispensable a la salvación del Estado puede aparecer como ignominioso”. Trajano Boccalini (1553/1613) enseña que llevado por la necesidad, el Príncipe “está obligado a hacer cosas que él mismo odia y repugna”, y en aras de esa necesidad puede comprenderse, por ejemplo, que asesine a sus parientes más próximos, “pues no es nada conveniente la abundancia de retoños de sangre real”.

Johann Elias Kessler, llamado con justeza “el Hobbes alemán”, escribía en 1678 que la necesidad autoriza en caso de rebeliones a “no respetar siquiera la inocencia, si así lo requiere el bienestar común”, y que por necesidad el gobernante debe renunciar a obrar bien, para lo cual puede disponer “del cuerpo y bienes de los súbditos”.¹¹

Gabriel Naudé (1600-1653), autor de un libro a la postre profético —*Considerations politiques sur les coups d'Etat*— diferencia una justicia natural —inspirada en las leyes divinas y naturales— y una justicia artificial, “particular y política”, inspirada en la necesidad, la que obliga a realizar al gobernante muchas cosas que la justicia natural condenaría irremediabilmente.¹²

¹⁰ Cfr. Meinecke, Friedrich, *op. cit.*, pp. 35-47; Conde, Francisco J., *El saber político de Maquiavelo*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1948, pp. 50 y ss.

¹¹ Meinecke, Friedrich, *op. cit.*, pp. 139-141; y en cuanto Bodin, pp. 60-62.

¹² Meinecke, Friedrich, *op. cit.*, pp. 199-205.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

Tal vez podría concluirse esta narración de la necesidad con alguna cita de Federico *el Grande* de Prusia (1712-1786), y de Leopoldo von Ranke (1795-1886). El primero, después de destacar que la “necesidad monstruosa” justifica las guerras de conquista, concluye que la misma necesidad puede obligar al Príncipe a violar acuerdos y alianzas, ya que es mejor que rompa un tratado a que haga perecer a su pueblo. El segundo, al estudiar las corrientes vitales de la historia, termina por reconocer que “no es la libre elección, sino la necesidad de las cosas”, la que rige el movimiento de los Estados.¹³

Para la *ética de máxima*, sintetizando, la necesidad o es legítima por sí misma, o está exenta del control ético, o es ella misma fuente de legitimidad —indica cuando actuar moral o inmoralmemente—. En todo caso, se encuentra por encima de los demás valores jurídico-políticos, especialmente del valor legalidad.

D. Necesidad y razón de Estado

La “ética de máxima” del estado de necesidad se vincula estrechamente con otro concepto importante, como es el de “razón de Estado”.

Para esta tesis, la “razón de Estado” justifica cualquier medida tendente a “mantener al Estado sano y robusto”.¹⁴ El fin del Estado, el interés del Estado, es en esta perspectiva inmanente, y consiste primero en su conservación y engrandecimiento. Las ideas de moralidad, de derecho y de bien común se subordinan aquí a la “razón de Estado”, y se convierten en instrumentos de ella.

Es obvio que la doctrina de la necesidad acompaña perfectamente a la teoría de la razón de Estado. El interés del Estado es su Ley suprema: “Hay que seguir ciegamente al interés del Estado”.¹⁵

¹³ *Ibidem*, pp. 303 y ss.

¹⁴ Meinecke, Friedrich, *op. cit.*, p. 3. En Maquiavelo, el “Estado”, *lo stato*, “sólo aspira a subsistir en el sentido del puro conservarse... No es un Estado justo, sino un Estado de necesidad en sentido profundo”: Conde, Francisco J., *El saber político de Maquiavelo*, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1948, p. 85.

¹⁵ La frase es de Federico el Grande de Prusia: Meinecke, Friedrich, *op. cit.*, p. 318.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

3. LA EMERGENCIA ECONÓMICA EN EL DERECHO ARGENTINO

A. Emergencia sustantiva y emergencia procesal

En varias materias y en momentos muy distintos el Estado argentino ha dictado normas de emergencias, así conceptuadas explícitamente por los autores de tales reglas —poderes legislativo y ejecutivo, en particular cuando éste las propuso—, o por el poder judicial, al considerar su validez.

Es factible distinguir dos tipos de emergencia: la sustantiva y la procesal.

- a) La *emergencia sustantiva* alude a materias de fondo. Leyes como la 9481, que suspendió el régimen de conversión del papel moneda por oro sellado, obligatorio según la ley 3871 (Adla, 1889-1919, 473), dictada cinco días después de iniciada la primera guerra mundial; la ley 12.591 (Adla, 1920-1940, 841), de precios máximos, fundado su proyecto por el poder ejecutivo expresamente en razones de necesidad, derivadas de la segunda guerra mundial y que al decir del senador Landaburu tenía su base, a fin de cuentas, en el principio *salus populi suprema lex est*; las normas sobre moratoria hipotecaria y de fijación de su interés, “por graves perturbaciones económicas y sociales”; las prórrogas de locaciones y reducción del monto de alquileres (v. gr., decreto-ley 1380/43 y sucesivas ampliaciones); la ley 23.696 (Adla, XLIX-C, 2444), que declaró en estado de emergencia “la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económico-financiera de la administración pública nacional centralizada y descentralizada”, programando para ello un sistema de intervenciones y privatizaciones (arts. 1º, 2º, 8º) y de contrataciones de emergencia (arts. 46 y ss.); la ley 23.697 (Adla, XLIX-C, 2458), rotulada “de emergencia económica”, que pone “en ejercicio el poder de policía de emergencia del Estado, con el fin de superar la situación de peligro colectivo creada por las graves circunstancias económicas y sociales que la Nación padece” (art. 1º), e instrumenta, por ejemplo, un régimen de suspensión a los sistemas de promoción industrial (art. 4º), e impide en ciertos casos despidos sin causa del personal bajo relación de dependencia (art. 9º), son ejemplos de

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

la legislación de emergencia sustantiva. En igual sentido, los impactantes decretos 36 y 37/90 implantaron una moratoria de diez años.¹⁶

- b) La *emergencia procesal* refiere a temas de derecho adjetivo, como la suspensión de sentencias de desalojos (*v. gr.*, ley 16.739) o la ejecución de sentencias y laudos arbitrales que condenen al Estado nacional, entidades autárquicas y empresas del Estado al pago de sumas de dinero (art. 50, ley 23.696).

Algunas veces se ha declarado “en estado de emergencia económica... al sistema nacional de previsión social”, por medio de un decreto de necesidad y urgencia (art. 1º, decreto 2196/86 —Adla, XLVI-D, 4180—), atento el receso del Congreso y la necesidad y urgencia de procurar soluciones inmediatas a la existencia de miles de reclamos tramitados en sede administrativa y judicial, que fueron paralizados (art. 2º, decreto cit.). La norma aludida fue complementada y corregida por el decreto 648/87 (Adla, XLVII-B, 1579), todo ello ante la inexistencia de fondos suficientes para afrontar los pagos del caso.

B. Emergencia bajo la Constitución y fuera de la Constitución

Desde otra perspectiva, la emergencia económica —sustantiva o procesal— puede estudiarse en función de su compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución nacional.

C. Emergencia económica bajo la Constitución. Situaciones expresamente incluidas en la Constitución

En ciertos casos, el derecho constitucional comparado ofrece respuestas específicas para los casos de emergencia económica. Así, el artícu-

¹⁶ Véase Bielsa, Rafael, *op. cit.*, pp. 61-63. Véase también Linares, Segundo V., *op. cit.*, pp. 909 y ss., con el mensaje del Poder Ejecutivo sobre la ley 12.591 y parte del debate parlamentario. Los decretos 36/90 y 37/90, argumentando emergencia económica convirtieron los depósitos a plazo fijo en la suma mayor al millón de australes, en bonos externos serie 1989, a devolver en dólares en un plazo de diez años. También canjearon títulos de la deuda pública de otra índole en los mismos bonos externos.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

lo 185 de la Constitución de Nicaragua apunta que para los supuestos de guerra, o cuando lo demande la seguridad de la nación, las condiciones económicas o hipótesis de catástrofe nacional, el presidente de la República podrá suspender los derechos y garantías constitucionales, decretando el “Estado de emergencia” por tiempo determinado y prorrogable, pudiendo en ese lapso aprobar el presupuesto general. Según el artículo 41 de la Constitución de Chile, declarado el estado de asamblea por el presidente de la República, éste dispone requisiciones de bienes y establece limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad (art. 41, inc. 1°). También mediante declaración del estado de catástrofe el presidente está en condiciones de adoptar medidas análogas (art. 41, inc. 5°).

En Argentina, la Constitución contempla en su artículo 4°, “para urgencias de la Nación”, la instrumentación de “empréstitos y operaciones de crédito”. El artículo 75, inciso 2° alude a otra fuente impositiva, transitoria —“por el tiempo determinado”—: las contribuciones directas, en razón de defensa, seguridad común y bien general del Estado.

El estado de sitio, legislado en el artículo 23 de la Constitución nacional, se prevé para casos “de conmoción interior y de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella”. Aunque los hechos causantes del estado de sitio parecen ser de índole esencialmente política, nada impide que tengan raíz económica —puesto que muchos problemas de origen económico originan malestares políticos— y que, en su consecuencia, sea factible declarar el estado de sitio por acontecimientos económicos, que hayan provocado conmoción interior, por ejemplo.

En tal hipótesis, cabe preguntarse si la suspensión de las garantías constitucionales (que es la consecuencia prevista por el art. 23 de la Constitución, en ocasión de la declaración del estado de sitio), puede afectar derechos económicos de las personas, precisamente para atender la emergencia económica —en la eventualidad que damos— causante del estado de sitio.

La respuesta a este interrogante difícilmente sería negativa, cumplidos que sean los recaudos de causalidad y de proporcionalidad que debe haber entre los motivos del estado de sitio y el acto restrictivo dispuesto por el poder ejecutivo sobre los derechos patrimoniales. Esta conclusión está avalada por la doctrina mayoritaria, e incluso se desprende de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación enuncia-

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

da, *v. gr.*, en los casos “Alem”, “Alvear”, “Semanario Azul y Blanco”, etc. Recientemente, Alberto B. Bianchi habla, al respecto, del “estado de sitio económico”.¹⁷

En sentido análogo, la declaración de guerra, instituto previsto en la Constitución nacional por los artículo 75, inciso 25 y 99, inciso 15, conlleva una situación de emergencia tratada por la Constitución, de la que se infiere, por ejemplo, la facultad de adoptar determinadas medidas económicas en la urgencia bélica, como *v. gr.*, las requisiciones, incluso sin ley que las permita, de haber necesidad al respecto.¹⁸

D. La emergencia en el derecho consuetudinario constitucional. Descripción de la emergencia

Al lado de las previsiones constitucionales formales sobre la emergencia, el derecho constitucional consuetudinario ha elaborado una serie de normas, generalmente de origen judicial, en torno a las condiciones y límites del derecho de emergencia enunciado en las leyes y decretos que lo declararon y aplicaron.

En cuanto a la definición de la emergencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —*v. gr.*, en “Perón”—, expuso que ella deriva de situaciones de carácter físico —terremotos, epidemias—, económico social, o político —como una revolución—. Su naturaleza puede ser diversa. Lo que tipifica la emergencia, es su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos, y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para resolverla, en función de los intere-

¹⁷ Sobre el tema, véase Gregorini Clusellas, Eduardo L., *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 368 y ss.; Bianchi, Alberto B., “El estado de sitio económico”, en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 50-13, 1990.

¹⁸ Sobre la guerra, véase Linares, Juan F., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pp. 433 y 492; Bidart Campos, Germán, J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1986, t. 1, pp. 199-200, quien recuerda el discutido criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Merck Química Argentina *c.* Gobierno nacional”, según el cual el derecho de guerra confiere al Estado poderes “anteriores, preexistentes y superiores a la misma Constitución”, y a los cuales puede recurrir cuando hay apremiante necesidad. En base a ello, la Corte llegó a justificar la confiscación de la propiedad enemiga. Véase Fallos: t. 211, p. 162 (*Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 51, p. 255).

Derecho constitucional y derecho de emergencia

ses afectados, reglas que no son propias del derecho ordinario: acontecimientos extraordinarios, dice la Corte, reclaman remedios también extraordinarios.¹⁹

E. Requisitos del derecho de emergencia. Realidad de la situación de emergencia

La doctrina de la Corte enuncia varios recaudos para la constitucionalidad de la normatividad de emergencia.

El primero de ellos es exigir que medie una auténtica circunstancia de emergencia, esto es, una realidad fáctica excepcional —v. gr., doctrina de “Ghiraldo”—.²⁰ Esto obliga a aclarar que si la adopción de la norma de emergencia es espúrea —o sea, si en los hechos no hay efectivamente una situación de emergencia—, la regla del caso no sería constitucional.

F. Transitoriedad de la norma de emergencia

El quid de esta otra exigencia de la Corte estriba en que, para dicho Tribunal, la ley de emergencia moviliza poderes del Estado de índole excepcional, cuyo ejercicio es legítimo en esos momentos extremos, pero no en periodos normales. En otras palabras, si graves circunstancias de perturbación autorizan “el ejercicio del poder de policía del Estado, en forma más enérgica que lo que admiten periodos de sosiego y normalidad”, la norma de emergencia tiene que ser circunstancial y temporaria.²¹

En resumen, conforme a la directriz jurisprudencial que mencionamos, la norma de emergencia es constitucional durante la emergencia, pero inconstitucional si ésta desaparece.

¹⁹ Cfr. Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, t. I, p. 197; Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJNA), Fallos: t. 238, p. 76 (*Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 87, p. 113).

²⁰ CSJNA, Fallos: t. 202, p. 456. Véase sus citas t. 172, p. 21 y t. 199, p. 473.

²¹ Véase las sentencias dictadas en “Ercolano c. Lanteri de Renshaw, en CSJNA, Fallos: t. 136, p. 171, “Ghiraldo”, en t. 202, p. 456, y en particular, “Martini e Hijos, en t. 200, p. 450.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

El tema de la transitoriedad presenta varios problemas. Así, se ha discutido en el seno del Congreso argentino si la norma de emergencia debe mencionar explícitamente el lapso de su vigencia circunstancial, cosa que para algunos es indispensable. Para otra postura, en cambio, si la ley se autodefine como de emergencia, o ello surge claramente de su articulado, la duración transitoria de ella es implícita, de tal modo que si desaparece la situación de emergencia, la norma de emergencia resultaría automáticamente inoperante.²²

En la praxis legislativa argentina la mayor parte de las reglas de emergencia han fijado plazos, aunque otras no. La alternativa de plazo indefinido ha sido, *v. gr.*, la adoptada por la ley 9506, que autorizó al Poder Ejecutivo, vencidos los plazos de la ley 9481 (Adla, 1889-1919, 910; 912), a prorrogar por los días y meses que fuesen necesarios la suspensión de la conversión de papel moneda por oro sellado.²³

En rigor de verdad, parece que el enunciado del plazo expreso responde a la mejor doctrina, ya que la tesis de la *inoperatividad automática* implícita de una regla de emergencia —si desaparece la situación de emergencia— peca de notoria inseguridad e imprecisión.

Otro punto discutible es el de la duración del periodo de emergencia. Nuestras normas han establecido plazos diversos: por ejemplo, de treinta días, luego prorrogados (ley 9481); dos años (art. 50, ley 23.696, suspensión de ejecución de sentencias contra el Estado); tres años (ley de moratoria hipotecaria), o términos muchos más extensos (Romero recuerda el decreto-ley 1380/43 y posteriores leyes en materia de alquileres, con más de veinte años de prolongaciones).²⁴

El problema que plantea la tesis de la temporalidad de la legislación de emergencia es el de su constitucionalidad si la situación de

²² Véase la opinión del legislador Arancibia Rodríguez en el Senado de la Nación, al tratarse la después ley 12.591, en Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, p. 912.

²³ Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, p. 913.

²⁴ Romero, César, E., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Zavalía, 1976, t. II, p. 153. Un caso llamativo fue el de las leyes 17.016 y 17.905, que dispusieron que ciertas retroactividades previsionales en materia militar debían pagarse en ocho ejercicios fiscales sucesivos, al no existir los fondos pertinentes. Véase Hutchinson, Tomás; Barraguirre, Jorge A. y Greco, Carlos M., *Reforma del Estado. Ley 23.696*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, p. 259.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

emergencia, o de necesidad transitoria, propio de una crisis coyuntural, para a ser un caso de necesidad permanente, característico de una crisis estructural.

En “*Veix vs. Sixth Ward Building*”, la Corte Suprema de Estados Unidos puntualizó que una ley de emergencia no es inconstitucional, una vez terminada la emergencia, si su contenido pudo dictarse según la Constitución, como poder permanente.²⁵ Pero la duda subsiste si la ley de emergencia instrumentó poderes especiales, no propios de una legislación permanente.

En síntesis: si un estado de necesidad transitoria se convierte en estado de necesidad permanente, puede concluirse que la ley de emergencia, basada inicialmente en una circunstancia de necesidad circunstancial, conserva de todos modos legitimidad jurídica para resolver, en definitiva, un estado de necesidad constante. La doctrina de la emergencia es, según vimos (véase numeral 1-B) parte de la doctrina de la necesidad, y tributaria de ésta. El derecho de necesidad moviliza remedios excepcionales en razón, precisamente, del estado de necesidad; y si éste se convierte en algo perdurable, también deberá serlo la normatividad destinada a enfrentarlo.

Sin embargo, en esta hipótesis de mutación de necesidad transitoria a necesidad constante, bien podría ocurrir que la legislación de emergencia, constitucional para el primero de tales supuestos, no lo sea para el segundo. Esto nos lleva al problema del derecho de necesidad supra o anticonstitucional, que veremos más adelante (numeral 3-K y ss.).

G. Legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencia

El tercer recaudo que demanda nuestra Corte Suprema consiste en la justicia del “acto necesario” adoptado, legitimidad que debe entenderse en un doble sentido:

- a) propósito de bien común. La Corte exige que la norma de emergencia se dicte en función de los intereses generales, los intereses públicos, los intereses supremos de la comunidad; el bien

²⁵ Véase Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, p. 920.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

común, en resumen. Por ende, deviene inconstitucional todo derecho de emergencia contrario al bienestar general,²⁶ y

- b) razonabilidad y justicia. En “Martini e hijos”, por ejemplo, la Corte reitera que la ley de emergencia —como cualquiera otra— debe ser justa y razonable. En sentido igual, puede citarse “Ghiraldo”, entre otros fallos.²⁷

La razonabilidad del derecho de emergencia es entendida por Germán, J. Bidart Campos en el sentido que debe guardar proporción y adecuación con los motivos que dieron origen al acto necesario y el fin perseguido.²⁸ Juan F. Linares añade que la evaluación de la razonabilidad de una disposición de emergencia tiene que realizarse con criterio prudente, “acorde con la emergencia”.²⁹ Vale decir, pensamos, con una lógica de la emergencia, y no con una lógica de la normalidad.

H. Respeto a la Constitución

Esta cuarta exigencia de la Corte argentina ya tuvo sus precedentes en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos.

En el derecho judicial estadounidense, en efecto, se han sentado estándares como los siguientes: “Las condiciones extraordinarias pueden exigir remedios extraordinarios... (pero) las condiciones extraordinarias no aumentan los poderes constitucionales” (“ALA Schechter Paultry Corp.”); “Mientras que la emergencia no crea poder; puede, en cambio, suministrar la ocasión para el ejercicio del poder; y aunque no puede dar vida a un poder que no ha existido nunca, sin embargo, puede suministrar una razón para el ejercicio de un poder existente” (“Wilson vs. New”).

En la doctrina judicial estadounidense, la emergencia puede operar en distintos modos:

- a) sirve para movilizar poderes constitucionales del Estado cuyo ejercicio no sería correcto en circunstancias ordinarias;

²⁶ CSJNA, Fallos: t. 202, p. 456; t. 136, p. 171, cfr. igualmente Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, t. I, p. 199.

²⁷ CSJNA, Fallos: t. 200, p. 450; t. 202, p. 456.

²⁸ Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, t. I, p. 199.

²⁹ Linares, Juan F., *op. cit.*, p. 433.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

- b) aprovecha, también, las cláusulas constitucionales de tipo “abierto”, o generales, que si admiten varias interpretaciones, resulta factible entenderlas en la emergencia de un modo específico para resolverla, y
- c) la emergencia no crea poderes inconstitucionales; “ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder otorgado o reservado”.³⁰

I. Distinción entre “frustración” y “suspensión” de los derechos constitucionales

En sentido coincidente, la Corte Suprema argentina ha puntualizado, por ejemplo, que las leyes de emergencia “no puede escapar a las garantías y normas señaladas por la Constitución Nacional”, y que “la Constitución es un estatuto para regular y garantizar las restricciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, y sus previsiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone pues el sometimiento de la misma a la Constitución y al derecho público y administrativo del Estado en cuanto éste no haya sido derogado”.³¹

En resumen, para nuestra Corte Suprema el derecho de emergencia puede instrumentar poderes “en forma más enérgica que lo que admiten periodos de sosiego y normalidad”³² pero no poderes inconstitucionales.

Para apoyar la validez constitucional de ciertas normas de emergencia, la Corte Suprema ha creado la doctrina distintoria entre “frustración” y “suspensión” de derechos constitucionales.

En un interesante voto del juez de la Corte Boffi Boggero, puede leerse con nitidez esta posición. Según ella, las leyes de emergencia

³⁰ Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, p. 918.

³¹ Jurisprudencia Argentina., t. 26, p. 903.

³² CSJNA, Fallos: t. 200, p. 450. En otros fallos (*v. gr.*, t. 238, p. 76), la Corte indica que si bien la emergencia no autoriza al Estado ejercer poderes que la Constitución no le acuerda, “si justifica, con respecto a los poderes concedidos, en ejercicio pleno y a veces diverso del ordinario”.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

reglamentan los derechos constitucionales —*v. gr.*, el de propiedad— del mismo modo que las leyes ordinarias, en función del artículo 14 de la Constitución nacional, cláusula que reconoce el goce de tales derechos “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. En tal quehacer regulatorio, la ley de emergencia no podría frustrar un derecho constitucional —*v. gr.*, no estaría habilitada para desconocer un derecho adquirido por ley o contrato—, pero sí podría suspender su goce, de modo razonable. La suspensión, agrega Boffi Boggero, no importa desnaturalización del derecho constitucional regulado.³³

Siguiendo esta línea doctrinaria, la Corte Suprema admitió la constitucionalidad de la suspensión, durante un periodo de emergencia, de la ejecución de derechos adquiridos ante un tribunal de justicia, como expresión válida del poder de policía del Estado (en el caso, art. 1º, ley 14.442 —Adla, XVIII-A, 53— y sus prórrogas). La suspensión inicial era por siete meses). En “Russo”, el voto de los ministros de la Corte Oyhanarte y Araoz de Lamadrid subrayó que “no son inválidas ni atentan contra la seguridad jurídica las disposiciones legales que, sin desconocer la sustancia de una decisión judicial, se limitan a postergar durante breve lapso el instante en que empezarán a producirse sus efectos, o sea que se reducen a suspender transitoriamente la exigibilidad de una obligación reconocida no creada por sentencia ejecutoriada” dado, se dijo, “que ello no afecta de modo irrazonable a la cosa juzgada”.³⁴

Otra aplicación de la tesis que comentamos puede hallarse, por ejemplo, en “Roger Biale”. Allí la Corte concluyó que

[...] el derecho adquirido a obtener mediante la ejecución de una sentencia firme lo que ésta determina, no puede ser sustancialmente alterado por una ley posterior, tanto en lo relativo a la determinación imperativa del derecho como a la eficacia ejecutiva de aquélla. No comporta esta alteración constitucional la ley que se limita a regular el modo y tiempo de obtener el efecto de manera distinta a la que establecía la ley vigente cuando el fallo judicial se dictó, a menos que la nueva regulación lo destituyera prácticamente de eficacia; lo que habría que apreciarse con el mismo criterio que otras regulaciones legales de emergencia por las que se modificaran circunstancialmente los

³³ CSJNA, Fallos: t. 243, p. 467.

³⁴ *Idem.*

Derecho constitucional y derecho de emergencia

alcances atribuidos a ciertos derechos por las leyes bajo el imperio de las cuales se adquirió.³⁵

Sin embargo, en materia de emergencia la actitud de la Corte Suprema no ha sido siempre uniforme. Otra línea de fallos ha procurado encuadrarla dentro de pautas constitucionales más severas. Así, en “Nación Argentina *c. Düring*” puntualizó que si bien una ley de emergencia puede fundarse en el poder de policía del Estado —se trataba de la ley 12.830—, ello no significa que la propiedad no esté garantizada en los supuestos de expropiación, dado que “la emergencia está sujeta en un estado de derecho a los mismos principios que amparan a la propiedad en épocas normales”.³⁶ En otros fallos destacó que porque una ley de locaciones se defina como de orden público, no puede alterar el principio de cosa juzgada, ya que también revisten carácter de orden público las reglas constitucionales que aseguran el principio de estabilidad de las sentencias judiciales.³⁷

Uno de los problemas más arduos de la doctrina que diferencia, en orden al derecho de emergencia, situaciones de “frustración” y de “suspensión”, estriba en fijar el lapso razonable —que vendría a ser el término constitucional— de la suspensión. Si el lapso es irrazonable, por extremo, la “suspensión” rozaría, o simplemente configuraría, a la “frustración”.

Sobre el punto, hemos visto que diversas leyes han instrumentado periodos disímiles, de meses a un par de años, y todavía más —en particular, en materia de prórroga de locaciones y reducción de sus cánones—. La cuestión se agrava cuando la necesidad transitoria (emergencia) pasa a ser necesidad permanente —*v. gr.*, si una moratoria en favor del Estado, por carecer éste de dinero para afrontar sus obligaciones, se define como constante—. ¿Resultaría, en tal supuesto, constitucional la legislación producto del derecho de necesidad? La Corte Suprema no ha respondido a tal incógnita, aunque de hecho legitimó la viabilidad constitucional de leyes sobre locaciones que duraron varias décadas.

En definitiva, en Argentina bien puede reputarse que hay un derecho constitucional consuetudinario que la validez constitucional al derecho de

³⁵ CSJNA, Fallos: t. 209, p. 405.

³⁶ CSJNA, Fallos: t. 237, p. 38.

³⁷ CSJNA, Fallos: t. 235, p. 512.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

emergencia, satisfechas ciertas condiciones: realidad de la emergencia, legitimidad intrínseca de la norma de emergencia, transitoriedad de ella, respecto a la Constitución. Pero no hay normas de derecho constitucional consuetudinario sobre el derecho de necesidad permanente, en particular si ése se opone a la Constitución.

J. Conflicto entre el derecho de emergencia y la Constitución

Cabe abordar ahora el punto incuestionablemente más polémico de las relaciones entre el derecho de necesidad y la Constitución. Se trata, por supuesto, de las situaciones de oposición entre ambos.

Tal disputa puede suscitarse ante dos casos:

- a) una norma de derecho de necesidad transitorio —derecho de emergencia—, constitucional en tal condición, pasa a ser inconstitucional al tener que afrontar un caso de necesidad permanente, al provocar la frustración de un derecho constitucional que en su comienzo sólo fue suspendido —inconstitucionalidad sobreviniente del derecho de necesidad, inicialmente constitucional—, y
- b) una norma de derecho de necesidad, permanente o transitorio, va contra una regla de la Constitución —inconstitucionalidad liminar del derecho de necesidad— al frustrar derechos constitucionales de los particulares o de algunos de los operadores de la Constitución —*v. gr.*, si afecta atribuciones de un órgano del Estado, en favor de otro—.

Esta doble confrontación ha dado lugar a distintas respuestas jurídicas.

K. Distintas alternativas. Rechazo total del derecho de necesidad opuesto a la Constitución

De darse batalla entre el derecho de necesidad y la Constitución, buena parte de la doctrina opta por descalificar al primero, reputándolo inconstitucional y por ende, inaplicable.

Conforme con esta postura, el derecho de emergencia “en ningún caso” puede afectar los principios ni la estructura constitucional del

Derecho constitucional y derecho de emergencia

Estado.³⁸ Tampoco puede crear poderes superiores o ajenos a la Constitución, ni suspender su vigencia, ni autorizar a un poder del Estado a desempeñar tareas de otro.³⁹

L. Admisión parcial (en materia de asunción del ejercicio de competencias de los órganos del poder) del derecho de emergencia inconstitucional

Para esta postura, el derecho de necesidad no puede perjudicar “el imperio total de la Constitución, sus poderes, sus declaraciones y garantías”, de tal modo que aunque la necesidad altere ciertos principios del derecho positivo, tiene siempre como límite a la Constitución.⁴⁰

Sin embargo, explica Rafael Bielsa —de quien tomamos estas expresiones—, el estado de necesidad justifica excepciones al principio de separación de los poderes. Así, de existir tal estado, es posible que un poder ejercite competencias de otro, como es el caso de los decretos-leyes de gobiernos *de jure* —“decretos de necesidad y urgencia”—, y de acordadas judiciales dispuestas ante la inexistencia del poder legislativo o asunción de gobiernos *de facto* —así, recuerda, la célebre acordada del 10 de septiembre de 1930—. ⁴¹ La necesidad autorizaría pues, fundamentalmente, transgresiones a reglas de distribución de competencias entre los poderes.

En ese mismo orden de ideas, el autor que citamos menciona a la revolución —“un hecho impuesto por la necesidad”, donde priva el principio *necessitas jus constituit*—, como acto legitimado por la necesidad, siempre que esa revolución sea triunfante.⁴²

³⁸ Véase también Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, p. 909: “Si bien las leyes de emergencia responden a una necesidad colectiva súbita y grave que debe ser satisfecha con disposiciones que faltan en la legislación y las cuales pueden apartarse del sistema positivo, nunca debe olvidarse que el imperio total de la Constitución, sus poderes, sus declaraciones y garantías no cesan ni aun en estado de necesidad, al menos por los procedimientos de derecho, único aspecto que interesa a nuestro estudio”. Cfr. asimismo, p. 921.

³⁹ Véase Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, t. I, pp. 198-199.

⁴⁰ Bielsa, Rafael, *op. cit.*, pp. 64 y 85.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 75-77. Sobre la admisión de los decretos de necesidad y urgencia, véase Marienhoff Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, t. I, p. 267.

⁴² Bielsa, Rafael, *op. cit.*, pp. 67-69, 127.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

M. El derecho de emergencia y de necesidad como derecho constitucional implícito

Esta vía de admisión del derecho de necesidad, alegada particularmente por parte de la doctrina suiza, explica que las reglas constitucionales no se encuentran en situación de paridad, desde el momento en que hay ciertas normas fundamentales —*v. gr.*, las que aluden a los fines del Estado, a su subsistencia y perdurabilidad—, y otras secundarias, de tipo instrumental u organizativo. Las primeras tienen primacía sobre las segundas.

En caso de necesidad, se afirma, deben prevalecer las reglas constitucionales generales y básicas, por sobre las organizativas. El derecho de necesidad es así algo inherente o implícito a toda constitución, presente en ella aunque expresamente no lo mencione, y que en todo caso, puede explicarse jurídicamente como un medio de cobertura de una laguna constitucional.⁴³

N. El derecho de emergencia como derecho supraconstitucional

Ya en una confrontación más drástica entre el derecho de la necesidad y el derecho constitucional, un grupo de autores, en base al principio de conservación del Estado, o de su legítima defensa, postula como derecho natural del mismo su aptitud de evadirse de la Constitución, si la necesidad lo impone.

De darse una real situación de necesidad, surgiría un derecho de necesidad con potencialidad para producir el nacimiento, la alteración o la desaparición de cualquier norma del ordenamiento jurídico (incluso la Constitución), suscitándose incluso un “deber de salir de la legalidad”, de ser ello indispensable.⁴⁴ Dicho de otro modo, durante el estado

⁴³ Sobre las ideas de Bukhardt y Waldkrch, véase García Pelayo, Manuel, “Derecho constitucional comparado”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1950, p. 475. En cuanto la aceptación implícita en la Constitución de la anormalidad, véase Verdú, Pablo Lucas, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1974, t. II, p. 676, y Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., trad. por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, en nota 54, p. 286.

⁴⁴ Sobre el derecho de necesidad como derecho natural en Hoerni y Labaud, y el “deber de salir de la legalidad” en Jeze, Esmein y Nézard, véase Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, p. 909. En cuanto la potencialidad del derecho de necesidad

Derecho constitucional y derecho de emergencia

de necesidad se produce la subordinación de las reglas de derecho positivo ordinarias y extraordinarias, a la Ley fundamental de subsistencia del Estado. *Salus populi suprema lex est.*⁴⁵

4. REEXAMEN DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO DE EMERGENCIA

A. La necesidad como opción constitucional

Una nueva evaluación de las conexiones entre el derecho de necesidad y el derecho constitucional permite distinguir, tal vez, dos opciones básicas: la necesidad como opción constitucional y la necesidad como superación de la Constitución. Esta última, a su turno, admite dos modalidades: evasión y dispensa.

Comenzaremos por la necesidad como opción constitucional, que funciona así: cuando la Constitución brinda dos o más alternativas jurídicas para encarar un problema o situación de necesidad, *v. gr.*, un remedio ordinario y otro extraordinario, y a su vez, cada uno de ellos permite adoptar distintos caminos, bueno es que el operador de la Constitución, dentro del marco de posibilidades que ella brinda, tome la vía más adecuada para solucionar la situación de necesidad.

El tema ha sido reiteradamente resuelto, y con tino, tanto por la jurisprudencia estadounidense como por la argentina: la necesidad y la emergencia deben resolverse agotando al máximo todos los recursos que la Constitución contempla, instrumentándolos incluso de modo peculiar para encarar la situación de necesidad, con modalidades que no serían aceptables en épocas de normalidad, pero que sí se “constitucionalizan” en periodos de emergencia.⁴⁶

El derecho de emergencia, cuando opera como opción de y en la Constitución, tiene por supuesto fundamento en la misma Constitución y se encuentra recortado por el derecho positivo de ésta, aunque cabe tener en cuenta:

sobre la Constitución, y las ideas de Perassi, cfr. Fink, Andrés, *Los gobiernos de facto*, Buenos Aires, Depalma 1984, p. 158.

⁴⁵ La cita es de Luigi Rossi. Véase Verdú, Pablo L., *op. cit.*, t. II, p. 675.

⁴⁶ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, pp. 913 y ss.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

- a) que por “Constitución” y “reglas constitucionales”, se comprenden tanto las normas del derecho constitucional formal —la constitución escrita— como las normas del derecho constitucional consuetudinario y del derecho constitucional repentino originadas en cualquier ámbito del derecho constitucional;⁴⁷
- b) que en cualquiera de estos supuestos, las reglas constitucionales del derecho constitucional formal e informal son elásticas, tanto por su enunciado —a menudo se formulan en cláusulas “abiertas”, de amplias posibilidades exegéticas para el operador de la Constitución—, como por su vocación de futuridad —en el sentido que más que normas rígidas, cosificadas en una instancia histórica—, son instrumentos de gobierno para regular situaciones del porvenir, y
- c) que el derecho de necesidad reclama una interpretación de las normas constitucionales conforme a una “lógica de la necesidad” y no a una lógica de la normalidad”. La “lógica de la necesidad” pone a menudo en tensión y a prueba a la Constitución misma, a fin de tornarla operativa para abarcar la mayor cantidad posible de situaciones de necesidad, y darles respuesta dentro, y no fuera de la Constitución.

B. La necesidad como superación de la Constitución. Supuestos de cumplimiento materialmente imposible, o racionalmente imposible de la Constitución

Puede ocurrir, sin embargo, que la Constitución carezca de rutas jurídicas idóneas para atender una situación cierta y determinada de necesidad —permanente o circunstancial— que haga peligrar la continuidad del sistema político o la estabilidad social.

Existen dos supuestos nítidamente diferenciables donde anida el problema:

- a) *imposibilidad material de cumplimiento de la Constitución.*
Esto se produce cuando el operador de la Constitución no pue-

⁴⁷ Sobre el derecho constitucional informal —consuetudinario y repentino— nos remitimos a nuestro estudio “Derecho y realidad en el derecho constitucional”, anticipo de “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, año XXXIV, núm. 27, pp. 6 y ss.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

de aplicarla, aunque lo quisiera, al ser físicamente imposible la efectivización de la Ley suprema. Un ejemplo clásico, para el derecho argentino pudo ser el artículo 3° de la Constitución de 1853, norma que estableció como capital de la Confederación a la ciudad de Buenos Aires, y declaró a ella como lugar de residencia de las autoridades nacionales.

Como se sabe, toda la provincia de Buenos Aires, incluyendo a la capital, se había separado de la Confederación Argentina, dictando después incluso su Constitución particular —la del “Estado de Buenos Aires”—, en 1854. De ahí que fuese materialmente imposible que tal localidad actuase como ciudad capital de la Confederación, situación de necesidad que justificó el dictado de un derecho de necesidad que instaló la capital en la ciudad de Paraná, a pesar de la explícita declaración constitucional del mentado artículo 3° (ley del 13 de diciembre de 1853; decreto del 24 de marzo de 1854), y

- b) *imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución.* Esta situación, desde luego más polémica que la anterior, acaece si la ejecución de la Constitución, aunque materialmente factible, conduce a un absurdo mayúsculo, apto para quebrar el sistema político o causar la desintegración de la comunidad.

También, tomando como punto de referencia al texto original de la Constitución de 1853, el jurista recordará que su artículo 30 prohibía la reforma de ella hasta “pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos”. La interdicción regía, pues, hasta el 9 de julio de 1863.

Sin embargo, los hechos determinaron que luego de la batalla de Cepeda y consecuente Pacto de San José de Flores, fuese posible la unificación del país —separado, según dijimos, entre la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires—, pero sólo después de una reforma constitucional, exigida por la provincia separada. Hacia 1860, entonces, la opción era: cumplir con el artículo 30, y no unificar al país; o reunirlo, evadiéndose del cumplimiento de tal norma. En la emergencia, se optó por lo segundo, decisión pacíficamente aceptada por la literatura constitucionalista nacional.

Si el asunto es claro, y si no caben otras alternativas normativas, el constitucionalista debe asumir —y no negar— el fenómeno de la impo-

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

sibilidad racional de cumplimiento de la Constitución, y equipararlo al de imposibilidad material de cumplimiento de ella. En definitiva, es tan ilógico demandarle al operador de la Constitución que realice una conducta físicamente impracticable, como otra racionalmente inadmisibles, insensata o descabellada. Máxime si tal absurdo, subrayamos, provoca la extinción del sistema político o el caos social.⁴⁸

C. Fundamentos del derecho de necesidad como superación de la constitución. Orden fáctico

La solución del conflicto entre realizar una norma constitucional de cumplimiento material o racionalmente imposible, o aceptar un derecho de necesidad que la supere, tiene diversos planos de estudio.

En el orden de las realidades el asunto es quizá más simple, porque resulta muy raro —si lo hay— encontrar algún ejemplo de Estado que haya preferido desaparecer o sumergir a su población en una situación de desintegración social, antes que incumplir la Constitución. Incluso naciones con un destacado espíritu legalitario y constitucionalista, como Suiza, han adoptado medidas de emergencia transgresoras de aspectos de fondos y de distribución de competencias constitucionales, *v. gr.*, en ocasión de las dos guerras mundiales. Otros países, como Estados Unidos, han reconocido que la necesidad crea institutos extraconstitucionales, como la ley marcial (*martial law*), que implica la asunción del gobierno civil por la autoridad militar, y cuya constitucionalidad lo menos que puede calificarse es de “muy dudosa”.⁴⁹

⁴⁸ A lo expuesto cabe agregar que, según la CSJNA, toda interpretación que conduzca a un absurdo debe rechazarse (Fallos, t. 111, p. 367; t. 306, p. 802, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 1985-C, 542); y resultaría francamente absurdo interpretar y hacer funcionar una norma de la Constitución, si esa aplicación provoca la destrucción del sistema político o el caos social. Un caso interesante de inobservancia de la Constitución fue tratado por la Corte Suprema de Minnesota, Estados Unidos, en “Naftalin vs. King”: el tribunal constató que un impuesto era inconstitucional, pero no lo declaró así, porque de hacerlo hubiese causado la paralización de un impresionante plan de obras públicas, con un perjuicio social inconmensurable. Véase Sagües, Néstor P., “Control judicial de constitucionalidad: legalidad vs. previsibilidad”, en *El Derecho*, Buenos Aires, t. 118, p. 909.

⁴⁹ García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, pp. 360 y 474-475.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

D. Orden conceptual

La fundamentación jurídica del derecho de necesidad —entrevisto como superación de la Constitución— es, desde luego, más discutible.

El derecho de emergencia y de necesidad permanente, cuando actúa como superación de la Constitución —*i. e.*, en los supuestos de cumplimiento materialmente imposible, o racionalmente imposible de la Constitución— bien puede entenderse, al hilo de Waldkirch y Buckhardt, por ejemplo, y mejor todavía en Kagi, como un derecho constitucional implícito o sobreentendido en toda Constitución (véase par. 25). Cuando ésta enuncia en su Preámbulo o en determinadas cláusulas fundamentales (*v. gr.*, en la Constitución argentina, su art. 1º, al definir la forma de Estado y de gobierno) ciertas metas esenciales o el tipo de régimen que adopta, está presuponiendo la existencia misma del Estado, y su conservación, para alcanzar tales objetivos. Sin Estado, dicho de otro modo, no hay Constitución, como tampoco hay gestión de gobierno.

La Constitución y su proyecto de organización social reposan, entonces, en un dato previo y obvio: que tiene que haber Estado. Si el cumplimiento de la Constitución formal provocase la extinción del sistema político o la desintegración social, obvio es también que allí caería asimismo la Constitución. Y no es sensato imaginar como aceptable esa alternativa de suicidio constitucional.

Concomitantemente, el derecho de necesidad tiene apoyatura jurídica —aún en su versión supra o extraconstitucional como evasión de la Constitución—, en el principio *impossibile nulla obligatio est*. Si la observancia de la Constitución es material o racionalmente imposible en un caso concreto, la norma de necesidad opuesta a la Constitución —derecho de necesidad, permanente o transitorio— se recuesta en el aludido postulado, que aunque no lo enuncie el derecho positivo —aunque alguna vez sí lo haga—, tendrá base, de todos modos, en el derecho natural.

La tercera vertiente jurídica del derecho de necesidad como dispensa constitucional se encuentra, finalmente, en otro principio iusnaturalista, como es de autoconservación. Es cierto que toda Constitución programa una serie de mecanismos para afrontar emergencias políticas, y aun económicas o de otra índole. Si ellos son insuficientes para afrontar la situación de necesidad, cabe admitir que existe una laguna constitucional que debe cubrirse, a falta de otras reglas constitucionales

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

analógicas, por el salto a los valores jurídico-políticos,⁵⁰ y al derecho natural.

En este terreno, si se admite que el Estado, como forma política contemporánea, es un producto natural y necesario de y para la convivencia humana, y sin el cual resulta —hasta ahora al menos— inconcebible la coexistencia social; si se reconoce también que para la consecución de valores jurídico-políticos como justicia, orden, paz, igualdad, etc., el Estado aparece como sujeto indispensable y fundante, de tal modo que con prescindencia de él tales metas no pueden obtenerse, no cabe otra alternativa que reconocerle un derecho natural a la subsistencia y conservación, no tanto en función de sí mismo sino de la sociedad y de los hombres a los cuales debe servir, atento, precisamente, al papel instrumental —y no inmanente— que debe cumplir la estructura estatal.⁵¹

De haber entonces una laguna constitucional, por no existir norma apta para enfrentar una situación de necesidad en donde se debata la continuidad misma del Estado, el recurso al principio iusnaturalista de la autoconservación no deviene anómalo, sino perfectamente aceptable.

Podría agregarse, para el caso argentino, otra consideración suplementaria. El artículo 33 de la Constitución nacional trata, como es sabido, de los derechos humanos implícitos o no enumerados, que emanan de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. La cláusula, rectamente interpretada, tiene en rigor de verdad una extensión mucho más amplia, ya que comprende también todos los derechos que correspondan al hombre desde el ángulo del derecho natural, aunque no fuesen necesariamente de índole política, o vinculados con la república. Más todavía: refiere a los derechos tanto del hombre como

⁵⁰ Sobre el recurso a los valores, en particular a la justicia, para cubrir las lagunas constitucionales, siguiendo el esquema de Werner Goldschmidt, véase Sagües, Néstor P., “Integración de la norma constitucional”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. II, núm. 12, Montevideo, 1986, pp. 350 y ss.

⁵¹ Sobre la necesidad del poder y del Estado [su “naturalidad”], véase Sánchez Agesta, Luis, *Los principios cristianos del orden político*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 144. En cuanto el carácter servicial del Estado, cfr. Rommen, Heinrich, *El Estado en el pensamiento católico*, trad. por Enrique Tierno Galván, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 354.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

“de los pueblos”, “para el pueblo como entidad colectiva”, “de ese ser moral que se llama sociedad”.⁵²

Así entendido el artículo 33 de la Constitución Nacional, bien puede hablarse asimismo de un derecho natural de la sociedad —*i. e.*, del pueblo— a poseer un Estado —desde el momento en que ese Estado es sujeto necesario para el desenvolvimiento de la sociedad— y de allí, otra apoyatura suplementaria al derecho de necesidad, fundado esta vez no tanto en una facultad del Estado —su derecho a subsistir—, sino de la comunidad —la que, a su vez, para también existir, precisa inevitablemente del Estado—. Además, si la situación de necesidad no comprometiese directamente la vida del Estado, pero sí de la comunidad —caso *v. gr.*, de una situación de peligro inminente de caos social, si no se acepta la norma de necesidad—, el cimiento de ese derecho de necesidad estaría vinculado, de modo inmediato, al derecho natural de la sociedad de conservarse y sobrevivir.

Interesa remarcar que de aceptarse esta línea discursiva, el derecho de necesidad podrían hallar primero abono iusnaturalista, pero también de derecho positivo constitucional en el artículo 33 de la Constitución nacional —regla en la que buena parte de la doctrina ha hallado otro derecho natural de la sociedad, como el de resistencia a la opresión—.

En resumen, buena parte de la discusión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del derecho de necesidad, como evasión o dispensa de la Constitución, olvida que el principio de conservación del Estado y de la sociedad es un postulado constitucional obvio, sobreentendido y tácito del ordenamiento jurídico. Puede ser perfectamente admitido, entonces, como principio de derecho constitucional positivo implícito, y desde luego, como principio también de derecho natural.

Si se concibe a tal postulado como inmerso en la constitución formal —de modo tácito— el conflicto entre una norma genuina de derecho de necesidad y una regla formal de la Constitución debe resolverse no como una oposición entre un “hecho” y la norma constitucional, o entre una “norma inconstitucional” —la del derecho de necesidad—

⁵² Sagüés, Néstor P., “Constitución nacional. Derechos no enumerados”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1986, Apéndice V, pp. 33 y ss., en especial p. 38.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

y la Constitución, sino entre dos géneros de preceptos constitucionales: *a)* por un lado, la norma constitucional afectada por el derecho de necesidad; y por otro, *b)* las reglas constitucionales que implícita o indirectamente avalan al derecho de necesidad. La litis, desde luego, tendrá que resolverse en favor del postulado constitucional prevaleciente, que no será difícil de descubrir: el de persistencia del Estado y de la sociedad.

Por el contrario, si se vislumbra al derecho de necesidad como —solamente— un derecho natural —y no de derecho positivo—, la controversia será entre dos reglas de naturaleza no similar —el derecho natural y la Constitución formal—, aunque el resultado sea en definitiva el mismo, atento la primacía en las posiciones que reconocen al derecho natural, de éste sobre el derecho positivo.

E. Variantes y fronteras del derecho de necesidad superador de la Constitución. La necesidad como evasión

Tanto o más importante que averiguar el fundamento jurídico del derecho de necesidad que supera a la Constitución —derecho supraconstitucional—, es establecer sus variaciones y sus límites. En este terreno existen dos modalidades opuestas: la necesidad como evasión y la necesidad como dispensa.

El derecho de necesidad como evasión de la Constitución trata, en última instancia, de ubicar al derecho de necesidad como categoría meta jurídica, desligada de toda norma: *necessitas non habet legem* —la necesidad no tiene ley—. Se trata de una visión donde el derecho de la necesidad se emancipa totalmente de la Constitución, otorgándole a su operador una suerte de “piedra libre” en su actuación.

El fundamento axiológico del derecho de necesidad como evasión constitucional está en la “ética de máxima” sobre la necesidad (véase par. 2-C) para la cual, como vimos, “nada indispensable para la salvación del Estado puede aparecer como ignominioso” (Bodin), y puede hablarse incluso de una “justicia artificial” que le da sustento en todo caso. La teoría de la “razón de Estado” —o el engrandecimiento del Estado como meta suprema de él mismo— aporta también su cuota de legitimación para esta postura.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

Si la necesidad es en sí misma legítima, y fuente a su turno de legitimidad, el derecho de necesidad no puede contar con más topes que la propia necesidad, entendida en sentido amplio. Por supuesto, la doctrina del derecho de necesidad como evasión constitucional auspicia las interpretaciones más autoritarias de tal derecho, y subordina toda la Constitución al mismo. Tampoco parecen existir aquí límites consistentes provenientes del derecho natural.

F. La necesidad como dispensa

Esta clase del derecho de necesidad como superación de la Constitución es mucho más moderada, y parte del principio *necessitas ius constituit*, recurriendo, para su legitimación, a la doctrina de la “ética de mínima”, en cuanto la necesidad (véase par. 2-B).

Si la necesidad genera derecho —aun supraconstitucional—, el derecho de necesidad es una categoría jurídica, que debe desarrollarse según principios jurídicos que, aunque flexibles y desenvueltos con la lógica jurídica de la necesidad —y no con la lógica jurídica de la normalidad—, tienen también límites jurídicos.

Si opera como dispensa de la Constitución, el derecho de necesidad autoriza el incumplimiento de la constitución —formal o consuetudinaria— de manera similar a como la equidad, o justicia del caso concreto, puede legitimar la inaplicación de una regla jurídica que, aunque en términos generales es justa, produce injusticia si se la efectiviza sin más en una situación singular, específica.⁵³

En tal sentido, el derecho de necesidad actuante como dispensa de la Constitución cuenta con una doble serie de limitaciones: de derecho natural y de derecho positivo constitucional.

- a) Desde el ángulo del derecho natural, que en última instancia da cimiento al derecho de necesidad de modo indudable —autoconservación del Estado y de la sociedad—, la norma de necesidad o de emergencia no podría lógicamente contradecir tal derecho que le sirve de fuente.

⁵³ Sobre la coincidencia entre equidad y necesidad para autorizar la inobservancia de la ley, en Francisco Suárez, cfr. Bielsa, Rafael, *op. cit.*, p. 29. Sobre la equidad, véase Gardella, Lorenzo, “La equidad en la función judicial”, en *Anuario de la Facultad Católica de Derecho de Rosario*, Rosario, año I, núm. 1, 1979, p. 223.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

Por ende, ciertos derechos naturales básicos, inherentes a la condición humana —como la vida, el honor, el derecho a formar una familia, a la dignidad— aparecen así como prácticamente inalterables por la situación de necesidad. Para dar ejemplos extremos, una situación de necesidad política no puede legitimar la tortura, los secuestros o la desaparición de personas; como un estado de necesidad económica tampoco podría legitimar la esclavitud o salarios infrahumanos, so pretexto de obtener mano de obra barata para alcanzar determinados propósitos financieros, rentísticos o de hacienda pública.

Naturalmente, cuando tratamos derechos naturales que son pasibles de mayor limitación —por perfilarse como derechos menos absolutos, en el ámbito del derecho natural—, el derecho de necesidad y de emergencia puede avanzar más sobre ellos. El tema, como se sabe, es particularmente conflictivo con relación al derecho de propiedad, uno de los más sacudidos por el derecho de emergencia.

Sobre el punto, el iusnaturalismo cristiano reputa al derecho de propiedad como derecho natural —incluso en lo que hace a los bienes de producción—, pero también enuncia como derecho natural —de los demás hombres y de la sociedad— asignarle a esa propiedad una función social, y alerta que resulta justo que ciertos bienes de producción, en particular aquellos que engendran un poder económico muy significativo, no siempre es bueno que queden en manos de personas privadas. Por lo demás, y esto es importante en la regulación por el derecho de emergencia del derecho de propiedad privada, el iusnaturalismo cristiano reitera que “en el plan de la creación, los bienes de la tierra están destinados ante todo para el digno sustento de todos los seres humanos”.⁵⁴

- b) Desde el derecho positivo, nos parece asimismo que el derecho de necesidad —permanente o de emergencia—, entrevisto como dispensa de la Constitución, conduce a visualizar aquello que podríamos denominar “principio de restrictividad”; esto es, que sólo puede afectar las reglas constitucionales en la medida indispensable para enfrentar la situación de necesidad. En otras palabras, el derecho de emergencia no

⁵⁴ Juan XXIII, *Mater et Magistra*, pars. 23 y 24.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

impide que subsista todo el aparato normativo constitucional de derecho positivo, fuera de las reglas cuyo cumplimiento se dispensa en virtud de la necesidad. Tampoco, el conjunto de principios jurídicos enunciados por ese derecho positivo que no sea palmariamente necesario afectar por la situación de necesidad.

Igualmente, comprendido el derecho de necesidad como dispensa de la Constitución, surge nítidamente que no es un mecanismo de destrucción del derecho constitucional; y que supletoriamente, le son aplicables las categorías jurídicas y los principios establecidos por el derecho consuetudinario constitucional para la doctrina de la necesidad como opción.

Así, la legitimidad constitucional de la necesidad como dispensa de la Constitución demanda una legitimidad de fines en el derecho de emergencia. Si las normas de éste no se funden en una auténtica situación de necesidad, o si tratan temas ajenos a dicha emergencia, o si no están inspiradas en una genuina solución de la necesidad, en términos de bien común, desaparecerían las bases constitucionales de su justificación.

Del mismo modo, si el derecho de necesidad, aun fundado en una real circunstancia de necesidad y bien inspirado para resolverla, no satisface una legitimidad de medios —o sea, si resulta irrazonable al no guardar proporcionalidad con la emergencia, ni realiza una adecuada selección de instrumentos para resolverla—,⁵⁵ tampoco cubriría los requisitos mínimos que lo tornan viable como dispensa de la Constitución.

Bueno es advertir, en tal sentido, que el derecho de emergencia tiene que ser un derecho inevitable para hallar legitimidad en cuanto inobservancia de la constitución. Si la solución de la necesidad puede hallarse a través de vías constitucionales, la necesidad o emergencia debe encararse como opción constitucional, y no como dispensa de la Constitución. Esta conclusión es evidente por sí misma, en resguardo del valor orden.

En resumen, la metamorfosis del derecho de necesidad, de *opción constitucional* a *dispensa de la Constitución*, no puede importar un “bill

⁵⁵ Interesa apuntar que el derecho de emergencia está sometido como cualquier norma al principio de razonabilidad, véase Linares, Juan F., *op. cit.*, pp. 113 y ss.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

de indemnidad” para quien lo sancione o haga funcionar. Se trata de un fenómeno jurídico, casi siempre basado en el derecho natural, y de ahí que no deba ser incompatible con éste. Tampoco es destructor en todo el derecho positivo, ya que subsiste plenamente este último, en los aspectos cuya dispensa no legitima la necesidad. Un derecho de emergencia, pues, aun supraconstitucional que violase el principio de restrictividad, como el que no cubriese los requisitos de legitimidad de fines y de medios, o que no aparezca como inevitable, concluye como derecho impropio, injustificable aun desde la óptica de la necesidad: ilegítima desde la perspectiva jusnaturalista, e inconstitucional desde el visor del derecho constitucional positivo.

G. Judiciabilidad del derecho de emergencia

Aquí cabe contemplar dos puntos: la judiciabilidad de la declaración del estado de emergencia, y la judiciabilidad de las normas y medidas concretas adoptadas en virtud de aquélla.

En ambos órdenes, cierta doctrina es renuente en reconocer al Poder Judicial competencias para evaluar si hay situación de emergencia que autorice la adopción del derecho de emergencia.⁵⁶ En general, se ha reputado que la meritación de si hay emergencia y de si es necesario crear derecho de emergencia, es una “cuestión política no justiciable”, reservada a los poderes tradicionalmente llamados “políticos” —ejecutivo y legislativo—. Incluso, algún calificado voto emitido en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la misión de los jueces, como guardianes de la Constitución y de los dos derechos por ella reconocidos, no los autoriza a convertirse en árbitros de las cuestiones sociales, ni a sustituir al legislador en la función normativa que institucionalmente le corresponde.⁵⁷

Sin embargo, la judiciabilidad de la declaración y adopción del derecho de emergencia, y de la evaluación de legitimidad de fines y de razonabilidad de medios concretos adoptados en su consecuen-

⁵⁶ Véase por ejemplo Loewenstein, Karl, *op. cit.*, p. 286; Marienhoff, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, t. I, p. 264.

⁵⁷ CSJNA, Fallos, t. 243, p. 467.

Derecho constitucional y derecho de emergencia

cia, ha sido aceptada por otro sector doctrinario, ya de modo amplio, ya restringido —en este caso, sólo para los actos de ejecución, y no para evaluar si hay o no una situación de emergencia—. ⁵⁸ En Estados Unidos, la jurisprudencia de la Corte Suprema federal ha indicado que es claro para los tribunales inquirir si existe un caso de emergencia que justifique la normatividad consecuente, y si ella subsiste tiempo después; y si las medidas adoptadas para encararla son razonables en función del fenómeno de la emergencia que las provoca. ⁵⁹ En buena medida lo ha hecho también la corte suprema argentina.

El tema es, de algún modo, muy similar al de la judiciabilidad de la declaración del estado de sitio, y de sus actos de ejecución. Lo hemos tratado en anterior oportunidad; ⁶⁰ en un estado legalitario, donde la Corte Suprema es la intérprete final de la Constitución, no parece haber otra alternativa que admitir la judiciabilidad en el asunto que nos ocupa, bien que reconociendo que la evaluación primera de los hechos es atribución de los poderes que declaran y pronuncian el estado y el derecho de emergencia, correspondiendo al poder judicial revisar sólo, desde el ángulo de la razonabilidad, la existencia y subsistencia de los motivos que lo provocaron, así como de las reglas y medidas concretas que se adopten, en función de las pautas de restrictividad, legitimidad de fines y legitimidad de medios (proporcionalidad y razonabilidad) que ellas deben guardar con la situación de emergencia, y que ya hemos precisado. En ese examen, la judicatura debe manejarse, claro está, con la presunción de legitimidad de las declaraciones y normas adoptadas por los Poderes de Estado.

⁵⁸ Cfr. Hutchinson Tomás, Barraguirre, Jorge y Grecco, Carlos, *op. cit.*, p. 268, donde se indica que el Poder Judicial debe revisar tanto la real existencia de una situación de necesidad como la temporalidad de la medida, y la razonabilidad del medio escogido por el Congreso. En sentido parecido, Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental...*, *cit.*, t. I, p. 199. Por su parte, Romero, César E., (*Derecho constitucional, cit.*, t. II, p. 146) insinúa también el mismo control judicial. En sentido restrictivo, de control judicial de efectos de la declaración del estado de necesidad, pero no del pronunciamiento en sí, ver Bielsa, Rafael, *op. cit.*, pp. 112-113.

⁵⁹ Véase la excelente descripción de Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, pp. 914 y ss.

⁶⁰ Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Hábeas corpus*, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, t. 4, pp. 268 y ss.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

5. CONCLUSIONES

A. Sinopsis

1. El derecho de emergencia es un capítulo del derecho de necesidad. Alude a los casos de necesidad transitoria.
2. En el estado de necesidad cabe distinguir: *a)* la situación de necesidad —de hiper o maxinecesidad: aquella que compromete la persistencia del sistema político, o de la vida social—; *b)* el acto necesario para enfrentarla; *c)* el sujeto necesitado —Estado—, y *d)* el derecho de necesidad dictado para adoptar al acto necesario.
3. El análisis de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho de emergencia es muy grave y complejo. El jurista debe reconocer que detrás de esa problemática existe otra, propia de la filosofía política, en torno a la cotización ética de la necesidad.
4. En este último plano, una posición sacraliza el concepto de necesidad, lo emparenta con el de razón de Estado, y declara que nada hay de ignominioso para la necesidad. Según esa ética de máxima, la necesidad no tiene topes jurídicos ni axiológicos, porque carece de ley y ella es en sí misma ética.

Otra postura, que llamamos ética de mínima, opina que la necesidad puede a lo más operar como dispensa de la ley, y que está sometida a parámetros éticos, como la idea de bien común. Adherimos a ella.

5. En Argentina el derecho de emergencia económica ha operado como emergencia procesal —en particular, suspendiendo procesos y ejecución de sentencias— o como emergencia sustantiva, prorrogando contratos o reduciendo deudas. Últimamente ha recurrido también a la sustitución de una obligación por otra.
6. Con relación al derecho constitucional, el derecho de emergencia se desenvuelve como opción constitucional o como superación de la Constitución.
7. El derecho de emergencia como opción constitucional actúa cuando los poderes públicos, en razón de la emergencia, adop-

Derecho constitucional y derecho de emergencia

tan normas y medidas que no serían constitucionales en circunstancias ordinarias.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado una especie de derecho consuetudinario constitucional regulatorio de la emergencia como opción constitucional, en base a cuatro recaudos claves: realidad de la emergencia, transitoriedad del derecho de emergencia, legitimidad —razonabilidad— del mismo, y sometimiento a la Constitución. Para esto último, exige que no haya frustración, sino sólo suspensión de los derechos constitucionales en juego, durante la emergencia.

8. La necesidad como superación de la Constitución aparece en situaciones de imposibilidad material de cumplimiento de la Constitución, o de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución.

En tales supuestos, se puede optar entre dos posturas de proyecciones muy distintas: como evasión o como dispensa de la Constitución.

9. La necesidad en cuanto evasión de la Constitución se sostiene en el principio *necessitas non habet legem*, y en la “ética de máxima” de la necesidad. En definitiva, procura llevar al derecho de necesidad a una zona casi extra-jurídica, sin topes normativos ni morales. Otorga una especie de “piedra libre” al gobernante, so pretexto de la necesidad. Esta doctrina da pie, desde luego, a posiciones autoritarias y totalitarias.

10. La necesidad como dispensa de la Constitución se basa en el principio *necessitas jus constituit*, y en la “ética de mínima” de la necesidad. Exime el cumplimiento de las reglas constitucionales del mismo modo que la equidad: para casos de excepción y en lo indispensable para, enfrentar la situación de necesidad. Por último, ubica al derecho de necesidad en el ámbito jurídico. La exención del cumplimiento de la Constitución se regula aquí con los principios de “restrictividad” —el resto de la Constitución no afectado por el derecho de necesidad permanece vigente, y en caso de duda habrá de reputarse en operatividad—, de “naturalidad” —el derecho de emergencia no puede válidamente alterar los derechos naturales básicos de la persona—, de “legitimidad de fines” —el derecho de emergencia debe inspirarse en el bien común, y atender reales situaciones de

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

emergencia— y de “legitimidad de medios” —el derecho de emergencia debe ser razonable e inevitable en función de la circunstancia que pretende resolver—.

11. Entendido el derecho de emergencia como dispensa de la Constitución, según los límites reseñados, puede encontrar apoyatura jurídica como principio tácito o subyacente en toda Constitución, en cuanto ésta presupone, para alcanzar sus objetivos y erigir los órganos del Poder, la existencia de un Estado cuya continuidad resulta necesaria para la funcionalidad de la misma Constitución.

Paralelamente, cabe concluir que si una circunstancia que ponga en riesgo la persistencia de ese Estado no tiene remedio en los recursos normales o anormales previstos por la Constitución, la laguna constitucional del caso debe integrarse mediante el correspondiente llamado al derecho de necesidad, como dispensa excepcional del cumplimiento de los artículos de la Constitución que obstan a resolver aquel problema.

En el derecho argentino, el derecho de emergencia puede también hallar cobertura en el artículo 33 de la Constitución, en cuanto derecho no enumerado de la sociedad —al igual, *v. gr.*, del derecho de resistencia a la opresión— para asegurar la continuidad de su sistema político y de ella misma como tal.

Finalmente, y aun de entenderse que el derecho de necesidad y emergencia no se encuentra implícitamente contenido en la Constitución, el mismo se desprende, de todos modos, del derecho natural de autoconservación del Estado, como fórmula política indispensable para el hombre y la comunidad.

12. No hay otra alternativa que reconocer al poder judicial aptitud para meritar la existencia de los presupuestos fácticos que ocasionalmente autorizan al derecho de emergencia, y evaluar después su juridicidad y validez en función de los topes restrictividad, naturalidad, legitimidad de fines y legitimidad de medios que debe satisfacer.