

## EMERGENCIAS CONSTITUCIONALES EN ARGENTINA: LOS ROMANOS (NO LOS JUECES) TIENEN LA SOLUCIÓN

Carlos ROSENKRANTZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El historial judicial*. III. *La explicación del historial jurídico*. IV. *El objetivo del derecho*. V. *Los romanos tenían la solución*. VI. *Problemas teóricos resueltos*. VII. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

En una emergencia constitucional, la protección de las aspiraciones de la Constitución puede requerir o bien decisiones públicas que restrinjan los derechos constitucionales o la suspensión temporal de procedimientos constitucionales a favor de alternativas más expeditas. Las emergencias constitucionales presentan problemas prácticos que son difíciles de resolver. En efecto, las emergencias constitucionales requieren que pensemos en los mecanismos institucionales que nos permiten ganar agilidad sin que por ello tengamos que caer en la arbitrariedad o la concentración del poder de manera irreversible. Pero las emergencias constitucionales son también interesantes desde un punto de vista teórico. Las emergencias constitucionales desafían las nociones liberales acerca de que adecuadamente el poder no deriva de la fuerza o las amenazas, sino de reglas predeterminadas a las que el *demos* presta

---

\* Rector de la Universidad de San Andrés (Argentina). Gracias a la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas y a la *Texas Law Review* por organizar un Simposio fantástico. Agradecimientos especiales también a los editores de la *Texas Law Review* por los comentarios detallados y extremadamente agudos; también por sus sugerencias editoriales que mejoraron enormemente el presente artículo. Estoy muy agradecido a Sebastián Elías por sus valiosos comentarios a lo largo de todo el artículo; a Santiago Mollis, Mario Posse y Manuel Rogiano —alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Andrés— por su excelente ayuda para esta investigación. Todas las traducciones en el artículo son del autor, a menos que se indique lo contrario.

consentimiento.<sup>1</sup> La agilidad que los tiempos de crisis imponen, sugiere que la idea de la derivación del poder a partir de consentimientos previos debe verse revertida. Lo primero que parece ser necesario durante las emergencias es “decisión” oportuna, y más que cualquier otra cosa ello requiere poder. Tal como lo querían los liberales, durante las emergencias, la autoridad no puede ser la fuente del poder. En cambio, es el poder la fuente de la autoridad.

Pocos autores contemporáneos han intentado dar respuestas a los problemas teóricos y prácticos que presentan las emergencias constitucionales. Algunos han sugerido que, cuando el Poder Ejecutivo declara un estado de emergencia, podemos evitar que el mismo actúe arbitrariamente y asegurarnos la prioridad de la ley por sobre el poder sólo si los jueces resisten cualquier intento del Ejecutivo por restringir los derechos individuales o cualquier artimaña para eludir los procedimientos ordinarios de legislación.<sup>2</sup> Yo disiento. Debemos resolver los desafíos de las emergencias constitucionales por medio de elaborados diseños institucionales que: 1) proporcionen incentivos adecuados para que el ejecutivo se abstenga del uso caprichoso de los poderes de emergencia, utilizando esos poderes extraordinarios sólo cuando fuere estrictamente necesario para el bien común, y 2) protejan el valor de la obligación de cumplir el derecho, por parte de la sociedad. En la Parte II revisaré la jurisprudencia judicial de Argentina para demostrar que, al menos en este país, los jueces han sido incapaces de restringir de manera adecuada y consistente el uso de poderes extraordinarios por parte del Ejecutivo. En la parte III intentaré explicar los repertorios de jurisprudencia mencionados para demostrar que ciertas competencias del Poder Judicial ponen a los jueces en una posición muy difícil o incómoda para poder vigilar el uso de poderes extraordinarios por parte del ejecutivo. En la parte IV presentaré mi visión sobre el valor de la obediencia al derecho para demostrar por qué la propuesta institucional que propongo en la parte V no vuelve al mismo servil del poder. En la parte VI mostraré que mi propuesta no debilita el valor del derecho y, por lo tanto, no debiera ser rechazada por ser opuesta a éste. Finalmente, en la parte VII ofreceré sucintas observaciones de cierre.

---

<sup>1</sup> Véase Locke, John, *Two Treatises of Government*, 1960, Peter Laslett (ed.), Cambridge Univ. Press, 1988, p. 278 (“todos los hombres están naturalmente en estado natural, y así permanecen, hasta que por su propio consentimiento se convierten en miembros de alguna Sociedad Política”).

<sup>2</sup> Véase Parte IV *infra*.

## II. EL HISTORIAL JUDICIAL

### 1. *El Estado de sitio*

Fuertemente influidos por pensadores liberales,<sup>3</sup> muchos redactores de Constituciones en América Latina rechazaban la creación de cláusulas que reglamentaran las emergencias.<sup>4</sup> En Argentina, el poder del gobierno para suspender los derechos y las libertades individuales fue incluido explícitamente en casi todos los ensayos y antecedentes constitucionales. Las Constituciones de 1819 y 1826 permitían al gobierno restringir derechos por medio de medidas de emergencia.<sup>5</sup> La Constitución de 1853 recibió la influencia de treinta años de anarquía precedentes, como así también las provisiones de la Constitución chilena de 1833; una de las primeras Constituciones latinoamericanas que concedió al congreso la facultad de declarar el estado de sitio.<sup>6</sup> Para la hipótesis de que la Constitución o las autoridades creadas por ésta pudieran estar en peligro, la Constitución de 1853 autorizaba al Congreso —en caso de conmoción interna—, y al Senado —a instancias del PEN: en caso de ataque extranjero—, a declarar el estado de sitio para con ello enervar los derechos individuales.<sup>7</sup>

Desde 1854 y hasta 2001 el estado de sitio se declaró cincuenta y siete veces.<sup>8</sup> Durante las primeras décadas de su historia institucional, los tribunales argentinos lograron empero controlar al gobierno y restringieron de tal suerte la lista de derechos que podían ser suspendidos durante los estados

---

<sup>3</sup> Véase, *e. g.*, Pizarro Pretch, Jorge, “Laity and Laicism: Are These Catholic Categories of Any Use in Analyzing Chilean Church–State Relations?”, *Byu L. Rev.*, pp. 697 y 698, 2009 (“Como todas las naciones latinoamericanas, el desarrollo constitucional de Chile recibió una fuerte influencia de las tendencias liberales”).

<sup>4</sup> La Constitución venezolana de 1811, la Constitución colombiana de 1818, y la carta mexicana de 1824, todas carecían de poderes de emergencia amplios. Negretto, Gabriel L. y Aguilar Rivera, José Antonio, “Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory of Constitutional Dictatorship”, *Cardozo L. Rev.*, t. 21, 2000, pp. 1797, 1803.

<sup>5</sup> La Constitución de 1819 permitía a las autoridades restringir las libertades individuales en circunstancias extraordinarias. Artículo 122, Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica [Const. Prov. UN.] (1819). La Constitución de 1826 daba al congreso este poder. Art. 174, Constitución de la República Argentina (1826).

<sup>6</sup> Negretto, Gabriel L. y Aguilar Rivera, José Antonio, “Liberalism and Emergency Powers in Latin America...”, *cit.*, p. 1805.

<sup>7</sup> Artículos 23, 53, 67(26), Constitución Nacional (1853).

<sup>8</sup> Serrafiero, Mario D., *Exceptocracia: ¿confin de la democracia? intervención federal, Estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*, 2005, p. 75.

de sitio. En 1893, por ejemplo, en *Alem*,<sup>9</sup> la Suprema Corte decidió que el presidente no podía emitir una orden de detención en contra de un senador recién electo porque la inmunidad parlamentaria del senador lo protegía aun después de que el estado de sitio fuese declarado.<sup>10</sup> La Corte razonaba que el estado de sitio tenía como objetivo preservar el sistema constitucional.<sup>11</sup> El encarcelamiento de un senador, al cambiar el equilibrio de poderes al interior del Senado nunca podría ser concebido como una medida a favor de la Constitución.<sup>12</sup> Dado que el estado de sitio siempre fue considerado una medida excepcional, en *Alvear*,<sup>13</sup> la Suprema Corte estableció que los poderes otorgados al Ejecutivo deben ser interpretados de manera restrictiva.<sup>14</sup>

En 1931, cambió esta tendencia interpretativa. Ese año, en *Bertotto*,<sup>15</sup> resuelto sólo unos meses después del primer golpe de Estado en la historia argentina, la Suprema Corte sostuvo que, además de la libertad física, también era posible establecer restricciones a la libertad de prensa.<sup>16</sup> En 1959, en *Sofía*,<sup>17</sup> un caso iniciado cuando la policía prohibió un mitin político convocado por la situación de los detenidos políticos en Paraguay, la Suprema Corte sostuvo que el derecho a realizar asambleas políticas sólo podía ser suspendido en tiempos de emergencia.<sup>18</sup> Añadió que los tribunales no pueden revisar las aseveraciones factuales que el ejecutivo ensayara para justificar la declaración misma de la emergencia.<sup>19</sup> En 1970, en *Primera Plana*,<sup>20</sup> la corte convalidó decisiones emanadas del gobierno sobre que los decretos del Ejecutivo y los actos institucionales adoptados durante estados de sitio eran constitucionales siempre y cuando hubiera un verdadero estado de emergencia.<sup>21</sup> En marzo de 1976, los militares derrocaron al gobierno de-

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/12/1893, *Leandro N. Alem / recurso interpuesto*, Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [Fallos] (1895-54-432).

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 463.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 455.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 455-56.

<sup>13</sup> CSJN, 3/3/1933, *Alvear, Marcelo T. de/recurso de hábeas corpus*, Fallos (1933-167-267).

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 317.

<sup>15</sup> CSJN, 11/3/1931, *Bertotto, José Guillermo/recurso de hábeas corpus*, Fallos (1931-160-104).

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>17</sup> CSJN, 22/5/1959, *Sofía, Antonio y otro/recurso extraordinario*, Fallos (1959-243-504).

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 520.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> CSJN, 3/3/1970, *Primera Plana c. la Nación (Poder Ejecutivo Nacional)/demanda de amparo*, Fallos (1970-276-72).

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 82.

mocrático comandado por la viuda de Perón.<sup>22</sup> En 1977, el gobierno militar sostuvo que el movimiento guerrillero, cuya fuerza se citaba como la razón más importante del golpe, había perdido energía y estaba, según el gobierno, totalmente destruida.<sup>23</sup>

En 1978, en la cima del poder político militar, y en respuesta a casos anteriores de violación de la libertad, la Suprema Corte cambió nuevamente su línea doctrinal. Así, en *Zamorano*,<sup>24</sup> la Suprema Corte falló en contra de la decisión del gobierno de mantener a un detenido en arresto domiciliario y defendió su derecho constitucional de abandonar el país, según el mandato del artículo 23 de la Constitución.<sup>25</sup> La Corte estableció que las acciones del gobierno durante estados de sitio siempre eran revisables, que las razones dadas por el Ejecutivo al ordenar una detención estaban sujetas a “escrutinio estricto” por parte de los tribunales, y finalmente, que el gobierno debía proporcionar un conjunto detallado de razones para justificar sus acciones durante el estado de sitio.<sup>26</sup> Además, la Suprema Corte estableció que la mera invocación de declaraciones generales sobre estados de emergencia sería insuficiente (por ejemplo, que una asociación con el objetivo de organizar una oposición no violenta a una política oficial pueda facilitar la movilización de violencia revolucionaria).<sup>27</sup> Más aún, en 1979, la Corte Suprema, en *Timerman*,<sup>28</sup> sostuvo que la detención de un periodista conocido mundialmente era claramente arbitraria porque no había ningún tipo de relación entre las causas del estado de sitio y el razonamiento del gobierno al justificar la detención de Timerman.<sup>29</sup> Finalmente, en 1985, la Suprema Corte resolvió *Granada*,<sup>30</sup> fallando que durante una emergencia el ejecutivo podía restringir las libertades de manera limitada y por un periodo corto de tiempo.<sup>31</sup> La corte también resaltó en un tono muy fuerte que las medidas de emergencia que restringían la libertad personal siempre eran constitu-

<sup>22</sup> Mendez, Juan E., “Significance of the Fujimori Trial”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, vol. 25, 2010, pp. 649, 650 y 651.

<sup>23</sup> Osiel, Mark J., “Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil”, *Law & Soc. Inquiry*, vol. 20, 1995, pp. 481, 521.

<sup>24</sup> CSJN, 9/8/1977, *Zamorano, Carlos Mariano/recurso de hábeas corpus*, Fallos (1977-298-441).

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 443, 445 y 446.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 444 y 445.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 445.

<sup>28</sup> CSJN, 17/9/1979, *Timerman, Jacobo/recurso de hábeas corpus*, Fallos (1979-301-771).

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 781-7883.

<sup>30</sup> CSJN, 3/12/1985, *Granada, Jorge Horacio/recurso de hábeas corpus en su favor*, Fallos (1985-307-2284).

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 2311-12.

cionalmente sospechosas y su validez estaba completamente condicionada a su brevedad.<sup>32</sup>

## 2. *El Poder del Congreso*

Concomitantemente al aumento del poder del presidente durante un estado de sitio —a pesar de la progresiva y fuerte oposición de la Suprema Corte, especialmente en los casos donde estaba involucrada la libertad personal—; la Corte Suprema terminó empero aceptando crecientes poderes del Congreso para regular derechos económicos durante emergencias constitucionales.

Hasta 1922, los tribunales argentinos compartían un enfoque libertario de tipo *Lochner*.<sup>33</sup> En 1903, en *Hileret & Rodríguez c. Provincia de Tucumán*,<sup>34</sup> la Suprema Corte rechazó una ley aprobada por una legislatura provincial cuyo objetivo era regular el precio y la producción de azúcar.<sup>35</sup> La Suprema Corte sostuvo que la regulación de la producción llevaría a la regulación de toda la actividad industrial de la nación, socavando los derechos individuales y haciendo del gobierno “el regente de la industria y el comercio, [y] el árbitro del capital y la propiedad privada”.<sup>36</sup> En *Ercolano c. Lanteri Renshaw*,<sup>37</sup> invocando la función social de la propiedad, la Corte Suprema convalidó una ley que establecía precios máximos para los alquileres urbanos.<sup>38</sup> Sin embargo, en *Horta c. Harguindeguy*,<sup>39</sup> la Suprema Corte rechazó la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley,<sup>40</sup> y en *Mango c. Traba*,<sup>41</sup> argumentando que una restricción de los derechos de propiedad sólo podía justificarse en momentos de extrema necesidad, explícitamente impidió el establecimiento de precios máximos.<sup>42</sup>

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 2309.

<sup>33</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>34</sup> CSJN, 5/9/1903, *Hileret y Rodríguez c. la Provincia de Tucumán/inconstitucionalidad de la ley provincial*, Fallos (1907-98-20).

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 25, 26, 31, 35 y 36.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>37</sup> CSJN, 28/4/1922, *Ercolano, Agustín c. Lanteri Renshaw, Julieta/consignación*, Fallos (1922-136-161).

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>39</sup> CSJN, 21/8/1922, *Horta, José c. Harguindeguy, Ernesto/consignación de alquileres*, Fallos (1922-137-47).

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>41</sup> CSJN, 26/8/1925, *Mango, Leonardo c. Traba, Ernesto/recurso extraordinario interpuesto por desalojo*, Fallos (1925-144-219).

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 223 y 224.

Esta visión algo restringida de los poderes de emergencia cambió cuando el país enfrentó su primera gran crisis económica sistémica luego del colapso económico de 1930. En 1934, la Suprema Corte cambió el precedente y resolvió *Avico c. de la Pesa*,<sup>43</sup> citando el caso americano de *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*,<sup>44</sup> al sostener que una ley que imponía a las hipotecas una moratoria de tres años sobre los pagos y las ejecuciones y ponía un tope de 6% anual a las tasas de interés era perfectamente constitucional.<sup>45</sup> La Suprema Corte afirmó que la ley era constitucional toda vez que (1) había una emergencia, (2) los derechos en cuestión estaban restringidos por una ley válida, (3) había proporcionalidad entre la emergencia y las medidas tomadas para superarla, (4) la restricción era momentánea, y (5) la misma no atacaba la propiedad en sí misma sino que sólo dilataba la aplicación de remedios legales a disposición del titular.<sup>46</sup>

No obstante los casos previos, el Poder Judicial revirtió el rumbo en la década de 1980 poniendo límites a las medidas de emergencia adoptadas por el Congreso. En 1986, la Suprema Corte resolvió *Rolón Zappa*,<sup>47</sup> un caso protagonizado por una maestra que atenta a las Leyes 18.037 y 21.864, reclamaba la protección de las jubilaciones frente a la inflación de acuerdo con las previsiones de la Ley del Docente y con los artículos 14 *bis* y 17 de la Constitución.<sup>48</sup> El órgano de gobierno encargado de administrar las jubilaciones argumentó que el sistema de jubilaciones estaba en emergencia y que, en tales condiciones, si las jubilaciones se incrementaban según la pretensión del demandante, todo el sistema de jubilaciones caería en bancarrota afectando a todos los demás jubilados.<sup>49</sup> La Corte Suprema sostuvo que era responsabilidad del Congreso adoptar soluciones para evitar la

---

<sup>43</sup> CSJN, 7/12/1934, *Avico, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl C./recurso extraordinario*, Fallos (1935-172-21).

<sup>44</sup> 290 U.S. 398 (1934).

<sup>45</sup> *Avico*, Fallos (1935-172-21, 41, 77).

<sup>46</sup> Opinión del procurador general de la nación, *Avico, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl C. / recurso extraordinario*, 6/9/1934, Fallos (1935-172-21, 33-35), adoptado por *Avico*, Fallos (1935-172-21, 77-78); véase también Spector, Horacio, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect”, *Chi.-Kent L. Rev.*, vol. 83, 2008, pp. 129 y 135, donde se refiere a *Avico* como un “transplante constitucional” de *Blaisdell*, y expone los requisitos de *Blaisdell* para que una moratoria sea constitucional.

<sup>47</sup> CSJN, 30/9/1986, *Rolón Zappa, Víctor Francisco/jubilación*, Fallos (1986-308-1848).

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 1850, 1851 y 1853.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 1853. El reclamo era real. Unos días después del fallo, el presidente promulgó un decreto de emergencia que suspendía temporariamente la ejecución de fallos en contra del sistema de jubilaciones. Decreto No. 2196/86, Nov. 28, 1986, [26041] B.O. 5.

bancarrota del sistema provisional, y que ello no podía adoptar una decisión que afectara los derechos de los jubilados.<sup>50</sup>

En 2003, Hugo Ávalos demandó a Alejandro Czumadewski por daños ocasionados por un accidente de autos que causó la muerte del padre del primero.<sup>51</sup> Ávalos también demandó a la aseguradora del acusado, la Caja Nacional de Ahorro y Seguro (CNAS), una compañía de seguros de propiedad del Estado, cuya liquidación, según los términos de un régimen de emergencia aprobado por el Congreso, protegía los activos de la empresa mientras imponía restricciones a los acreedores.<sup>52</sup> El tribunal de apelación falló a favor del demandante.<sup>53</sup> Czumadewski luego apeló a la Suprema Corte, argumentando que el artículo 61 de la Ley 25.565 había extendido la protección anteriormente aprobada por el Congreso a quienes, como él mismo, habían comprado pólizas de seguro a la CNAS.<sup>54</sup> En 2007, la Suprema Corte confirmó el fallo.<sup>55</sup> Esta adoptó expresamente la opinión del procurador general, la cual declaraba que para justificar restricciones a los acreedores de la CNAS, aun cuando hubieren razones de emergencia derivadas de las limitaciones financieras del Estado, no era, empero, plausible que dichas consideraciones debían ser aplicadas también al demandante.<sup>56</sup> La Suprema Corte sostuvo que la invocación por parte del Congreso de consideraciones de emergencia no alcanzaba para justificar la liberación de las obligaciones del acusado; toda vez que los beneficios de dicha liberación no recaerían al público en general sino más bien a un grupo en particular.<sup>57</sup>

---

<sup>50</sup> Rolón Zappa, Fallos (1986-308-1848, 1855-56).

<sup>51</sup> Opinión del procurador general de la nación, *Ávalos, Hugo Mariano c. Czumadewski, Alejandro / ejecución de sentencia-incidente civil*, 31/10/2006, pt. II, disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=275748&fori=REA01125-401](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=275748&fori=REA01125-401), adoptado por CSJN, 11/7/2007, *Ávalos, Hugo Mariano c. Czumadewski, Alejandro / ejecución de sentencia-incidente civil*, Fallos (2007-330-2981), slip op., p. 1, disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=270084&fori=REA01125-400](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=270084&fori=REA01125-400).

<sup>52</sup> *Ibidem*, pts. I, II, IV.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pt. I.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pt. II.

<sup>55</sup> *Ávalos*, Fallos (2007-330-2981), slip op. p. 1.

<sup>56</sup> Opinión del Procurador General de la Nación, *Ávalos, Hugo Mariano c. Czumadewski, Alejandro / ejecución de sentencia-incidente civil*, 31/10/2006, pt. V, disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=275748&fori=REA01125-401](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=275748&fori=REA01125-401), adoptado por Ávalos, Fallos (2007-330-2981), slip op. p. 1.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pt. IV.

### 3. *Decretos de emergencia*

Finalmente, la tercera área donde las emergencias constitucionales tuvieron un fuerte impacto fue con respecto a la atribución del presidente para promulgar decretos con contenido legislativo. La Constitución argentina de 1853, si bien estipula una presidencia fuerte, fue enfática en la división de poderes y, salvo en circunstancias que fueran de estado de sitio declarado, no autorizaba al presidente a invadir las competencias privativas del Congreso.<sup>58</sup> Durante un tiempo, los tribunales fueron grandes defensores del principio de división de poderes. Por ejemplo, en 1863, en *Ramón Ríos*,<sup>59</sup> la Corte Suprema reglamentó que un decreto del Poder Ejecutivo que invadía facultades del Congreso era constitucionalmente inválido puesto que cada uno de los tres poderes del gobierno es “independiente y soberano” en su esfera y, por lo tanto, sus competencias son “peculiares y exclusivas”.<sup>60</sup>

Durante los años que siguieron, la Suprema Corte se fue alejando de los límites impuestos en el modelo de división de poderes y giró hacia una habilitación más bien bastante laxa al presidente para que en casos de emergencia, éste pueda invadir esferas del Congreso.<sup>61</sup> Algunos académicos se opusieron fuertemente a la constitucionalidad de estos decretos de emergencia, mientras otros, basándose en una interpretación del artículo 23 de la Constitución, argumentaron que, en tanto jefe de la administración y del gobierno, el presidente tenía competencias para sancionar decretos de emergencia cuando “la supervivencia del estado” lo impusiera.<sup>62</sup> En 1990, la Suprema Corte tuvo la oportunidad de fallar en un caso donde se cuestionaba precisamente un decreto que establecía una emergencia económica. En *Peralta*,<sup>63</sup> durante la administración del presidente Menem, en medio de una terrible crisis económica, la Suprema Corte convalidó la alteración

---

<sup>58</sup> Véase artículo 86(19), Constitución Nacional (1853) (autoriza al presidente a declarar un estado de sitio con el consentimiento del senado o en caso de ataque extranjero). Para ver una discusión de cuándo puede declararse un estado de sitio, véase la nota 7 *supra* y el texto que la acompaña.

<sup>59</sup> CSJN, 4/12/1863, *Ramón Ríos y otros / sentencia criminal*, Fallos (1864-1-32).

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 36 y 37.

<sup>61</sup> Véase, e.g., Bidart Campos, German J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 1986, t. 1, pp. 206-207; allí, se explican los cambios en el equilibrio de poderes a fines del siglo diecinueve y los intentos relacionados para limitar los derechos individuales bajo esas circunstancias, y que caracteriza la declaración de una emergencia como un acto político sin control judicial.

<sup>62</sup> Véase, e.g., *ibidem*, p. 202 (que reconoce el uso de los poderes de emergencia en casos de disturbios internos normas constitucionales relacionadas bajo el artículo 23).

<sup>63</sup> CSJN, 27/12/1990, *Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional (Mrio. de Economía - B.C.R.A.) / amparo*, Fallos (1990-313-1513).

de los plazos para los pagos de depósitos bancarios que propuso el Decreto 36/90.<sup>64</sup> Si bien se inmiscuía en las competencias del Congreso, la Suprema Corte afirmó que el Decreto 36/90 era constitucional; toda vez que: (1) había un riesgo real y grave que ponía en peligro la supervivencia del Estado, (2) había una necesidad urgente de tomar medidas para contrarrestar ese riesgo, las que requerían una celeridad difícil de lograr a través de un cuerpo complejo y plural como es el Congreso, y (3) que el Congreso no había legislado en contrario.<sup>65</sup>

En el año 2000 hubo un alejamiento del caso *Peralta* y de otros casos que habían autorizado al presidente a promulgar decretos sobre consideraciones de emergencia. A comienzos de ese año, en *Risolia de Ocampo c. Rojas*,<sup>66</sup> la Suprema Corte declaró inconstitucional un decreto de emergencia que tenía como objetivo proteger el sistema de transporte público de Buenos Aires.<sup>67</sup> El decreto suspendía la ejecución de las decisiones de los tribunales en contra de las empresas de colectivos y sus aseguradoras, determinando que las sumas de dinero que en concepto de daños debían pagarse a los demandantes, podían ser hechas en sesenta cuotas mensuales.<sup>68</sup> Reconociendo que el sistema de transporte público y el mercado asegurador se encontraba en crisis y advirtiendo que el colapso del sistema de transporte público impactaría negativamente en el bienestar general. La Suprema Corte entendió, en consecuencia, que la adopción inmediata de tales medidas extraordinarias fue necesaria y justificada.<sup>69</sup> Sin embargo, dado que no había riesgo de desorden económico general ni peligro para la supervivencia de la nación, la Suprema Corte sostuvo también que la crisis económica no era en sí misma justificativo para la restricción de los derechos constitucionales de los demandantes.<sup>70</sup> Para fines de 2001, la Suprema Corte tuvo un nuevo cambio de rumbo. Argentina enfrentaba una crisis económica catastrófica con tasas de interés en pesos que se disparaban más allá del 600% y una corrida bancaria sobre los depósitos que amenazaban colapsar al sistema

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 1521, 1556; véase Spector, *op. cit.*, p. 136 (notar que el Decreto 36/90 “convirtió los depósitos a plazo en títulos públicos” para reducir la deuda pública).

<sup>65</sup> *Peralta*, Fallos (1990-313-1513, 1539, 1541).

<sup>66</sup> CSJN, 2/8/2000, *Risolia de Ocampo, María José c. Rojas, Julio César y otros / ejecución de sentencia (incidente)*, Fallos (2000-323-1934), slip op., disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=118247&fori=RER00094.341](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=118247&fori=RER00094.341).

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp. 5 y 6.

<sup>68</sup> Decreto No. 260/97, Mar. 20, 1997, [28611] B.O. 1.

<sup>69</sup> *Risolia de Ocampo*, Fallos (2000-323-1934), slip op., pp. 4 y 5.

<sup>70</sup> *Idem*.

financiero.<sup>71</sup> Para pacificar al país asolado por una profunda crisis social, el presidente promulgó el Decreto 1570/01 con el objetivo de reordenar la economía y así evitar el quebranto generalizado del sistema financiero.<sup>72</sup>

Posteriormente, en enero de 2002, el Congreso sancionó la Ley 25.561 cuyo texto declaraba una emergencia pública en “asuntos sociales, económicos, administrativos, financieros y de tipo de cambio”.<sup>73</sup> De tal suerte, el Congreso terminó con la convertibilidad del peso, la cual, desde 1991, había garantizado a todos los tenedores de moneda argentina su conversión al dólar en una base de uno a uno.<sup>74</sup> Poco tiempo después, el presidente promulgó el Decreto 214/02, el que adoptaba medidas para lidiar con la emergencia.<sup>75</sup> Entre otras cosas, se ordenó “pesificar” los depósitos en los bancos, mientras que lo propio sucedió con todas las deudas en dólares que debían ser pagadas en pesos a su vencimiento de acuerdo con una tasa de cambio de 1.40 pesos por dólar depositado, más una corrección inflacionaria que dependía de si el deudor era una institución financiera o un particular.<sup>76</sup> En ese momento la tasa de cambio fluctuaba en alrededor de 2.80 pesos por dólar, lo que significaba que la pesificación de deudas les costaba a los acreedores —la mayoría de la nación, dado que la mayoría de las transacciones económicas a largo plazo eran realizadas en dólares—, entre la mitad y hasta dos tercios de su riqueza financiera.<sup>77</sup>

En 2002, el fiscal general reveló que se habían presentado más de 200,000 amparos judiciales en contra de las medidas de emergencia tomadas por el gobierno.<sup>78</sup> Los tribunales inferiores en general observaron la inconstitucionalidad del Decreto 214/02 y por ello ordenaron a los bancos pagar a sus acreedores en dólares. Sin embargo, la Suprema Corte, luego

---

<sup>71</sup> Véase Spector, Horacio, “Don’t Cry for me Argentina: Economic Crises and the Restructuring of Financial Property”, *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, vol. 14, 2009, pp. 771, 777 y 778. En este texto, el autor, compara la crisis económica de Argentina en 2001 con la gran depresión americana, y resalta que las tasas de interés en pesos llegaron al 689% de un día para otro.

<sup>72</sup> Decreto No. 1570/01, Dic. 1, 2001, [29787] B.O. 1.

<sup>73</sup> Ley No. 25561, Enero. 6, 2002, [29810] B.O. 1.

<sup>74</sup> Véase Spector, Horacio, “Don’t Cry for me Argentina...”, *cit.*, p. 778; explica que el congreso argentino promulgó la Ley 25,561 de Emergencia Pública y Reforma en las Reglamentaciones del Tipo de Cambio para solucionar la crisis económica y terminar con el sistema de convertibilidad.

<sup>75</sup> Decreto No. 214/02, Febr. 3, 2002, [29830] B.O.

<sup>76</sup> *Ibidem*, artículos 2o. y 3o.

<sup>77</sup> Spector, Horacio, “Don’t Cry for me Argentina...”, *cit.*, pp. 778 y 779.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 773.

de haber cambiado la composición de varios de sus integrantes,<sup>79</sup> en *Bustos c. Estado Nacional*,<sup>80</sup> reconoció que la emergencia económica justificaba los costos impuestos a los acreedores y decidió por ello que el decreto no estaba constitucionalmente prohibido, aunque dicho decreto hubiera restringido los recursos judiciales para reivindicar los derechos de propiedad —lo que fuera el límite exterior a anteriores reglamentaciones de emergencia— y la naturaleza misma de esos derechos.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> CSJN, 26/10/2004, *Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros / amparo*, Fallos (2004-327-4495), slip op., disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=209491&fori=REB00139.391](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=209491&fori=REB00139.391).

<sup>80</sup> Véase Spector, Horacio, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect”, *cit.*, p. 142 (que resalta que el tribunal de *Bustos* incluía nuevos miembros). En dos casos fallados antes que *Bustos*, *Smith* y *Provincia de San Luis*, la Suprema Corte falló en contra del esquema de la pesificación. CSJN, 5/3/2003, *San Luis, Provincia de c. Estado Nacional / acción de amparo*, Fallos (2003-326-417), slip op. at 38, disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=175125&fori=ORS00173-385](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=175125&fori=ORS00173-385); CSJN, 1/2/2002, *Smith, Carlos Antonio c. Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional / sumarísimo*, Fallos (2002-325-28), slip op. at 10, disponible en [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=154700&fori=PB00032.381](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=154700&fori=PB00032.381); ver también Spector, Horacio, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect”, *cit.*, pp. 141 y 142 (donde describe las acciones de la corte). Algunos comentaristas han especulado que estos fallos pueden haber estado motivados por el deseo de los jueces de evitar juicios políticos. Véase, e.g., Spector, Horacio, “Don’t Cry for me Argentina...”, *cit.*, p. 786 (que explica que el fallo *Smith* fue un “aparente golpe adelantado de parte de los jueces de la corte para evitar su propio juicio político”).

<sup>81</sup> Opinión del Procuración General de la Nación, *Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional / amparo*, 22/10/2004, pts. X to XI, disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=209490&fori=REB00139.390](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=209490&fori=REB00139.390), adoptado por CSJN, 26/10/2004, *Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional / amparo*, Fallos (2004-327-4495), slip op. pp. 3, 15, disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=209491&fori=REB00139.391](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=209491&fori=REB00139.391); *Bustos*, (2004-327-4495), slip op., pp. 4 y 5. Sebastián Elías, en el mejor artículo probablemente escrito sobre la crisis financiera en Argentina y la manera en que el Poder Judicial reaccionó ante ella, argumenta que *Bustos* fue revocado en *Massa*. Elías, José S., “«Massa» y la saga de la pesificación: lo bueno, lo malo y lo feo”, *Jurisprudencia Argentina* [J.A.], 2008-II-1326 (que cita a CSJN, 27/12/2006 *Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional – dto. 1570/01 y otro / amparo ley 16.986*, Fallos, (2006-329-5913)). La visión de Elías es que aun cuando en *Massa* la Suprema Corte no declaró inconstitucional al Decreto 214/02 de manera explícita, esa inconstitucionalidad estaba necesariamente implícita porque el argumento de *Massa* —según Elías la corte ordenó a la institución financiera pagar a los depositantes una suma cercana a la cantidad total— contradecía el argumento en *Bustos*. *Id.*, pp. 1330, 1339, 1346–47. Yo no estoy de acuerdo. Mi opinión es que *Massa* no contradice a *Bustos* porque tanto *Massa* como *Bustos* posibilitaron que la institución financiera pagara sustancialmente menos de lo que se debía (y por ello mucho menos de lo que la suprema Corte había autorizado a pagar al deudor en *Avico*). Como lo admite Elías, sin embargo, aun en *Massa* el demandado no tuvo que pagar la cantidad total del depósito (aunque se ordenó pagar al demandante una suma similar a eso) porque no se tomaron en cuenta para el cálculo de la deuda los intereses contractuales acumulados durante los años de intervalo. *Ibidem*,

Curiosamente, en 2008, en *Benedetti c. P.E.N.*,<sup>82</sup> la Corte Suprema se alejó de *Bustos*.<sup>83</sup> El esposo de la demandante había adquirido un plan de jubilación en dólares, y, después de su fallecimiento, la demandante y única heredera pidió a la compañía de seguros que le pagara la pensión en dólares.<sup>84</sup> La compañía de seguros argumentó que el Decreto 214/02 había pesificado todas las deudas y, por lo tanto, que la pensión debía pagarse en pesos; todo lo cual representaba un recorte sustancial en la pensión.<sup>85</sup> La Suprema Corte sostuvo que las compañías de seguros estaban robustamente reguladas; que el derecho a cobrar la pensión estaba protegido por el artículo 14 *bis* de la Constitución; que el pensionado había realizado su plan de retiro en dólares para proteger su poder adquisitivo, y que, en consecuencia, no era posible evitar los costos de la pesificación a la compañía de seguros, toda vez que ésta iba a necesitar más pesos para pagar a la beneficiada la pensión cotizada en dólares porque la compañía de seguros voluntariamente había asumido los riesgos de un contrato de esta naturaleza a largo plazo.<sup>86</sup> La Suprema Corte tomó partido a favor de la demandante declarando inconstitucional el Decreto 214/02.<sup>87</sup>

En marzo de 2009, en la misma línea de *Benedetti*, la Suprema Corte falló *Álvarez c. Siembra Seguros*.<sup>88</sup> La demandante había comprado un plan privado de jubilación en dólares y pidió que una vez que alcanzara la edad para jubilarse, la compañía de seguros le abonara su dinero en dicha moneda.<sup>89</sup>

La compañía de seguros, al igual que en *Benedetti*, argumentó que el Decreto 214/02 había “pesificado” todas las deudas y que por eso, traducido en pesos, el pago ya estaba satisfecho.<sup>90</sup> Al no encontrar diferencias entre un

---

pp. 1339, 1346 y 1347. El no pago de los intereses al demandante, los que en ese momento eran tan grandes como la misma prima, sólo puede explicarse si se considera que el Decreto 214/02 era constitucional.

<sup>82</sup> CSJN, 16/9/2008, *Benedetti, Estela Sara c. Poder Ejecutivo Nacional / amparo*, Fallos (2008-331-2006), slip op., disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=294135&fori=REB01694-391](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=294135&fori=REB01694-391).

<sup>83</sup> Véase *ibidem*, p. 10 (que declara inconstitucional el Decreto 214/02).

<sup>84</sup> *Ibidem*, pp. 1 y 2.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 2 y 10.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p.10.

<sup>88</sup> CSJN, 3/3/2009, *Álvarez, Raquel c. Siembra Seguros de Retiro S.A. / ordinario*, Fallos (2009-332-253), slip op., disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=307851&fori=REA00858-420](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=307851&fori=REA00858-420).

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 20 (Fayt, J., en concurrencia).

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 20 (Fayt, J., en concurrencia).

plan de jubilación y un plan privado de retiro, la Suprema Corte no tuvo razones para apartarse del precedente *Benedetti*, lo que la llevó a declarar inconstitucional al Decreto 214/02 y en consecuencia, a condenar al demandado a pagar el plan de retiros completamente en dólares.<sup>91</sup>

### III. LA EXPLICACIÓN DEL HISTORIAL JURÍDICO

#### 1. *Las tres líneas*

¿Cuáles son las líneas de dirección, si las hay, del bastante inconsistente historial de los tribunales argentinos con respecto a casos en los que el gobierno ha intentado restringir los derechos individuales o evitar procedimientos constitucionales? ¿Es posible que esta historia aparentemente contradictoria tenga sentido? Estas son preguntas importantes en sí mismas, pero son particularmente importantes para nosotros porque sus respuestas nos pueden ayudar a comprender lo que podemos esperar de los jueces; si es que los jueces son la solución a los problemas empíricos y teóricos que presentan las emergencias constitucionales.

Podemos agrupar las decisiones y argumentos de los tribunales en tres líneas diferentes de razonamiento que podrían sostener buen derecho en los años siguientes.<sup>92</sup> Estas líneas no fueron nunca explícitamente formuladas por ningún tribunal interviniente. En cambio, surgen como principios rectores en varios fallos. Las tres líneas son:

- 1) Debe concederse mayor deferencia al gobierno en emergencias económicas que en emergencias de seguridad.
- 2) Debe concederse mayor deferencia al gobierno cuando la emergencia es sistémica que cuando la emergencia es local.
- 3) Debe concederse mayor deferencia al gobierno cuando la emergencia recién empieza que cuando la emergencia viene aconteciendo desde un periodo prolongado de tiempo.

La primera línea no es más que una manera compacta de expresar los tratamientos diversos que los jueces y la Suprema Corte han dado a las

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 1; véase también *ibidem*, p. 20 (Fayt, J., en concurrencia).

<sup>92</sup> Aquí hablo de manera deliberada de “líneas” porque las decisiones tomadas por la Suprema Corte requerían especificidad para constituir doctrinas jurídicas en el sentido más estricto.

emergencias causadas por razones de seguridad frente a las emergencias causadas por razones económicas. Como lo mencioné en la subparte II(2), en *Avico*, la Suprema Corte convalidó una moratoria de pagos de hipoteca por tres años con un techo del 6% de tasas de interés.<sup>93</sup> En *Peralta*, la Suprema Corte consideró constitucionalmente admisible la reestructuración de todos los créditos financieros por hasta diez años y con una sustitución del deudor financiero original para el Estado.<sup>94</sup> Y, finalmente, en *Bustos*, la Suprema Corte sostuvo (por medio de la pesificación de todos los créditos), una reducción del capital adeudado.<sup>95</sup>

En cada uno de estos tres casos, las circunstancias de fondo —al menos para la descripción de la Suprema Corte— fueron más problemáticas y, de tal manera, justificaron restricciones cada vez más fuertes. En *Avico*, la Suprema Corte advirtió que para evitar “consecuencias desastrosas para la economía y su estabilidad financiera”, eran necesarias medidas de emergencia.<sup>96</sup> En *Peralta*, la Suprema Corte entendió que las medidas de emergencia eran imprescindibles no sólo por las necesidades de la economía, sino también para “evitar una situación que se estaba tornando en un serio riesgo social.”<sup>97</sup> La Suprema Corte, en *Bustos*, advirtió sobre “primitivismo y rusticidad” en el futuro del país si se permitía que los bancos quebraran.<sup>98</sup> El uso de los poderes económicos de emergencia ha llegado a constituir un mecanismo permanente de gobierno, no sólo en los países del tercer mundo sino también en países ya desarrollados.<sup>99</sup> Se toleran grandes pérdidas para los acreedores en países con una fuerte tradición de respeto por los derechos

<sup>93</sup> Véase notas 45 y 46 *supra* y el texto que las acompaña.

<sup>94</sup> Véase notas 63-65 *supra* y el texto que las acompaña.

<sup>95</sup> Véase notas 75-81 *supra* y el texto que las acompaña.

<sup>96</sup> CSJN, 7/12/1934, *Avico*, *Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl C. / recurso extraordinario*, Fallos (1935-172-21, 77).

<sup>97</sup> CSJN, 27/12/1990, *Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional (Mrio. de Economía -B.C.R.A.) / amparo*, Fallos (1990-313-1513, 1539). Fallos (2004-327-4495), slip op. p. 14, disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=209491&fori=R EB00139.391](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=209491&fori=R EB00139.391).

<sup>98</sup> CSJN, 26/10/2004, *Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros / amparo*.

<sup>99</sup> Véase, e.g., Crisp, Brian F., “Presidential Decree Authority in Venezuela”, en Carey, John M. y Shugart, Matthew Soberg (eds.), *Executive Decree Authority*, 1998, pp. 142, 161-164; donde se expone la suspensión “casi permanente” de las libertades económicas en Venezuela entre las décadas de 1960 y 1990; Roots, Roger I., “Government by Permanent Emergency: The Forgotten History of the New Deal”, *Suffolk U. L. Rev.*, vol. 33, 2000, pp. 259; argumenta que las expansiones del poder federal en los Estados Unidos después del *New Deal* eran extensiones permanentes de las medidas “originalmente promocionadas como temporarias” y tenían la intención de combatir la Gran Depresión.

de propiedad,<sup>100</sup> pero más allá de eso, la progenie de casos de emergencia económica en Argentina muestra que la Suprema Corte progresivamente ha convalidado legalmente cercenamientos más profundos a los derechos de propiedad cuando ha habido emergencias económicas. Esto resulta bastante curioso toda vez que en el ámbito de las emergencias derivadas por razones de seguridad, los tribunales se han desplazado hacia menores violaciones a la libertad.<sup>101</sup> En efecto, a partir de *Granada*, parece claro que la Suprema Corte no va a permitir restricciones a la libertad que no cumplan con el requisito de “brevedad”.<sup>102</sup> A partir de *Bustos* está claro también que si las circunstancias son suficientemente acuciantes, el tribunal va a permitir que los titulares de propiedad sufran pérdidas sin compensación suficiente.<sup>103</sup>

Con respecto a la segunda línea, las decisiones de casos como *Rolón Zappa*, *Risolia de Ocampo*, y *Ávalos* muestran cómo, para la Suprema Corte, las consideraciones de emergencias económicas tienen menos celo cuando se les invoca para reparar daños que son locales y no sistémicos. En efecto, en *Rolón Zappa*, *Risolia de Ocampo*, y *Ávalos*, la Suprema Corte invalidó leyes que eran beneficiosas sólo para ciertos individuos o grupos, pero no para el público en general.<sup>104</sup>

En la tercera línea se explican *Benedetti* y *Álvarez*. Tanto *Benedetti* como *Álvarez* fueron fallos en claro conflicto con *Bustos*. En estos tres casos, los demandados eran instituciones financieras —bancos en *Bustos* y compañías de seguros *Benedetti* y *Álvarez*— y por ello, el razonamiento invocado por la Corte en *Bustos* para convalidar el Decreto 214/02 debió haber sido utilizado para fallar a favor de los demandados en *Benedetti* y también en *Álvarez*.

---

<sup>100</sup> Cfr. *Norman v. Balt. & Ohio R.R.*, 294 U.S. 240, 291–92, 313–16 (1935) (que descubre que las pérdidas para los acreedores que poseían títulos con denominación en oro eran aceptables y apoyaban una ley que prohibía cláusulas en los contratos privados que requirieran el pago en oro).

<sup>101</sup> Véase, e.g., notas 30-32 *supra* y el texto que las acompaña.

<sup>102</sup> Véase CSJN, 3/12/1985, *Granada*, *Jorge Horacio / recurso de hábeas corpus en su favor*, Fallos (1985-307-2284, 2309). En este fallo, la CSJN declara que para que una acción que suspende la suspensión de derechos sea válida se requiere que dicha suspensión sea temporaria.

<sup>103</sup> Véase notas 79-81 *supra*.

<sup>104</sup> El tribunal de *Rolón Zappa* invalidó las leyes 18,037 y 21,864 porque el razonamiento de estas leyes era preservar el sistema de jubilación de los maestros en oposición a, por ejemplo, el funcionamiento general del sistema económico. Véase notas 47-50 *supra* y el texto que las acompaña. De manera similar, el tribunal de *Ávalos* invalidó el artículo 61 de la Ley 25,565 porque no proporcionaba los beneficios públicos que justificaban la protección del asegurador. Véase notas 51-57 *supra* y el texto que las acompaña. El tribunal de *Risolia de Ocampo* rechazó el Decreto 260/97 porque la emergencia a la que se refería no amenazaba causar un desorden económico general. Véase notas 66-70 *supra* y el texto que las acompaña.

En lo que se conoció como “pesificación asimétrica”, los decretos de emergencia sancionados en 2001 y 2002 habían permitido pesificar no sólo las deudas sino también los créditos del sistema financiero.<sup>105</sup> Los créditos del sistema financiero habían sido pesificados y el gobierno argumentó que esta medida era la única manera de evitar el colapso de todo el sistema financiero.<sup>106</sup> En *Bustos*, la Suprema Corte se hizo cargo el argumento y consideró que si las deudas del sistema financiero no hubieran sido pesificadas según lo ordenaba el Decreto 214/02, con la quiebra de los bancos, se habría llegado a un futuro de “primitivismo y rusticidad”.<sup>107</sup> Ahora bien, al igual que los bancos, las compañías de seguro fueron meros intermediarios financieros: sólo podían pagar sus deudas siempre que pudieran cobrar sus créditos. Además, la Suprema Corte en *Rinaldi c. Guzmán Toledo*<sup>108</sup> decidió pesificar la deuda privada, aun cuando eran de aplicación las razones sistémicas que habían definido la pesificación del crédito.<sup>109</sup> No obstante las poderosas semejanzas entre *Bustos*, *Rinaldi*, *Benedetti*, y *Alvarez*, el tribunal declaró inconstitucional el Decreto 214/02.<sup>110</sup> Aun cuando la Suprema Corte no

---

<sup>105</sup> Véase Spector, Horacio, “Don’t Cry for me Argentina...”, *cit.*, p. 778. Ahí detenidamente se describe la “pesificación asimétrica” que tenía por objeto restringir el valor del cambio de la divisa muy por debajo que la que establecía el mercado libre. Lo hacía porque tal situación era una amenaza para los bancos, aunque era también una bendición para las empresas locales y extranjeras.

<sup>106</sup> Véase notas 75-76 *supra* y el texto que las acompaña.

<sup>107</sup> Véase notas 79-81, 98 *supra* y el texto que las acompaña.

<sup>108</sup> CSJN, 15/03/2007, *Rinaldi, Francisco Augusto y otro c. Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra / ejecución hipotecaria*, Fallos (2007-330-855), slip op., disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=251060&fori=RHR00320-420](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=251060&fori=RHR00320-420).

<sup>109</sup> *Ibidem*, pp. 1, 2 y 25. En *Rinaldi*, la Suprema Corte argumentó que el prestamista se habría enriquecido injustamente si se le pagaba en dólares. *Ibidem*, p. 20. El argumento es problemático tanto fáctica como normativamente, porque, como resultado del decreciente poder adquisitivo en pesos, muchos activos como bienes inmuebles se negociaban en dólares. Véase *ibidem*, p. 45 (Argibay, J., en disenso) (recalcando que la hipoteca en cuestión se negociaba en dólares). Además, no había indicación de que el enriquecimiento del prestamista habría sido injusto porque había un mercado de préstamos con denominación pesos, y entonces, si las partes habían acordado un préstamo en dólares, el riesgo de devaluación del peso era un riesgo asumido por el deudor. Véase *ibidem*, p. 45 (Argibay, J., en disenso) (afirmando que un acuerdo de préstamo contenía cláusulas que mostraban que el deudor tenía conocimiento de la posibilidad de devaluación del peso).

<sup>110</sup> CSJN, 16/9/2008, *Benedetti, Estela Sara c. Poder Ejecutivo Nacional / amparo*, Fallos (2008-331-2006), slip op. p. 10, disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=294135&fori=REB01694-391](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=294135&fori=REB01694-391); véase también CSJN, 3/3/2009, *Álvarez, Raquel c. Siembra Seguros de Retiro S.A. / ordinario*, Fallos (2009-332-253), slip op. p. 1, disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=307851&fori=REA00858-420](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=307851&fori=REA00858-420) (que aplica la posición de *Benedetti*).

llegó a tanto, mi impresión es que esta medida estuvo motivada por el hecho cierto de que las crisis en cuestión había pasado hace siete años y que la economía había luego crecido sólidamente por otros cinco años seguidos. La Suprema Corte no se puso del lado de los agraviados. Lo hizo simplemente porque la emergencia se había declarado muchos años antes y el colapso del sistema financiero que se temía en el 2002, en verdad no tuvo lugar.

## 2. *¿La teoría legal puede explicar estas decisiones?*

Las tres líneas aparecen como direcciones tomadas por los jueces en sus fallos. Pero más allá de la manera en que han decidido los jueces, ¿qué puede mejor explicar sus decisiones? ¿Por qué los tribunales, como regla general, han acatado al gobierno de la manera en que lo hicieron en los casos expuestos en el acápite anterior? ¿Cómo explicar los casos donde los tribunales fueron en contra del gobierno?

David Dyzenhaus afirma que es el “positivismo constitucional” —tal como lo denomina—, la visión que dice que la única fuente de derecho debe ser la legislatura.<sup>111</sup> Esto es, al interior del Poder Legislativo es donde mejor se hacen juicios colectivos sobre el bien común.<sup>112</sup> La resistencia a identificar lo que es vinculante como ley en referencia a consideraciones más amplias que las que podrían ser aceptable para los autores de las normas en cuestión es, según Dyzenhaus, una idea central positivista que uno se ve obligado a mantener si, según afirma el positivismo, las reglamentaciones legales sólo pueden ser reconocidas por su fuente.<sup>113</sup>

En un minucioso estudio del Poder Judicial durante los oscuros años del régimen militar en la Argentina y de la manera en la que reaccionó dicho poder a las justificaciones de emergencia que invocaron las juntas militares para restringir derechos y libertades, Mark Osiel argumentó que los jueces (en particular los jueces de la Suprema Corte de Justicia) estaban inspirados por el realismo legal.<sup>114</sup> Afirmaba que aun cuando era cierto que el tribunal

---

<sup>111</sup> Además de la legislatura, podríamos agregar la convención constitucional como otra fuente de derecho sin traicionar las ideas de Dyzenhaus.

<sup>112</sup> Dyzenhaus, David, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, 2006, p. 68.

<sup>113</sup> Véase *ibidem*, p. 95 (que describe la lógica del juez McHugh de la Suprema Corte australiana en *Al-Kateb v. Godwin* (2004) 208 ALR 124).

<sup>114</sup> Véase Osiel, Mark J., “Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil”, *cit.*, p. 519: “La característica más significativa de esta recalcitrancia judicial es el punto hasta el cual operó casi en su totalidad dentro de la propia forma jurisprudencial preferida del régimen— el realismo legal.”.

expresaba sus opiniones con retórica positivista, lo hacía para de alguna manera favorecer la libertad simplemente porque tal retórica ayudaba a sostener derechos preexistentes bajo el derecho positivista argentino.<sup>115</sup> Osiel afirma que mientras que el Poder Judicial tenía algunas pequeñas victorias, eventualmente fallaba precisamente porque sus decisiones estaban formuladas con una retórica positivista que las privaba de la base teórica para desarrollar resiliencia en contra de la intimidación del Ejecutivo.<sup>116</sup>

Además, Osiel argumenta que el positivismo reducía el alcance de la mala conducta del régimen y la hacía “parecer como mucho más estrecha de lo que habría permitido la crítica del derecho natural”.<sup>117</sup> Si la resistencia a la ley opresiva debía tener algún efecto significativo, argumenta Osiel, era necesario que el tribunal favoreciera “una crítica más exhaustiva de los principios originales del régimen, la cual... habría requerido una invocación de principios morales generales, de derecho natural”.<sup>118</sup>

Es lógicamente posible que a veces las ideas positivistas puedan explicar la capitulación judicial ante regímenes jurídicos perversos. Robert Cover puede haber tenido razón cuando culpó al positivismo legal de hacer posible que los jueces del norte se abstuvieran de hacer cumplir las Leyes del Esclavo Fugitivo,<sup>119</sup> y puede suceder que en Argentina la retórica positivista limitara la eficacia de los tribunales. Sin embargo, es también lógicamente posible que, según lo explican muchos filósofos del derecho, el positivismo

---

<sup>115</sup> Véase *ibidem*, p. 523: “La Corte fue llevada a sostener los derechos de los ciudadanos bajo Fuentes de derecho positivo que antedataban a la toma del poder por parte de los militares, aun cuando el propósito aparente de una medida militar era precisamente eliminar tales derechos”.

<sup>116</sup> Véase *ibidem*, pp. 524-526; se puede encontrar las razones por las cuales el Poder Judicial enmarcó sus decisiones en contra de la junta a la luz del positivismo jurídico y no desde la perspectiva del derecho natural, dando lugar a críticas sobre que las mismas fueron más aceptables para la junta. Lon Fuller también afirma que es razonable sugerir que el positivismo ayudó al impulso del Partido Nazi hacia una dictadura en Alemania. Fuller, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart”, *Harv. L. Rev.*, vol. 71, 1958, pp. 630, 657-659. Según Osiel, los historiadores han demostrado repetidamente que la sugerencia de que las filosofías legales particulares son más o menos propensas a apoyar gobiernos autoritarios son “empíricamente falsas”. Osiel, Mark J., “Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil”, *cit.*, p. 495.

<sup>117</sup> Osiel, Mark J., “Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil”, *cit.*, p. 525.

<sup>118</sup> *Ibidem*, pp. 551 y 552.

<sup>119</sup> Véase Cover, Robert M., *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*, 1975, pp. 121 y 122 (que describe cómo la prevalencia del pensamiento legal positivista en los Estados Unidos restringió las posibilidades para una respuesta judicial liberal a la Ley del Esclavo Fugitivo de 1850).

puede a la larga ser más útil a la democracia y a los derechos humanos que sus contendientes filosóficos,<sup>120</sup> debido a que disociar el derecho de toda conexión moral puede evitar que los gobernantes justifiquen sus actos en referencia a las leyes que ellos mismos promulgan y, de esta manera, hacer más difícil que ellos narcoticen a sus pueblos.<sup>121</sup>

### 3. *¿Los hechos sobre el Poder Judicial pueden explicar estas decisiones?*

A partir de la exposición anterior de los casos argentinos, se sigue casi obviamente que la jurisprudencia argentina no se ha comportado con los fundamentos conceptuales del positivismo. Ni las explicaciones de Dyzenhaus ni las de Osiel tienen matices suficientes para dar un informe del registro judicial en situaciones de emergencia.

Esto no sorprende porque parece muy improbable que una realidad compleja pueda explicarse solamente por medio de ideales jurídicos. La formación y la actividad de los jueces está enderezada a mediar y resolver demandas donde el Estado intenta tomar decisiones que pueden violar los derechos individuales o, también, cuando el Estado pretende llevar a cabo políticas que afectan los derechos individuales. De acuerdo con circunstancias particulares, la actividad de los jueces está pensada asimismo para poder mediar y resolver en las disputas entre individuos cuando sus respectivos derechos entran en conflicto. Como consecuencia de su entrenamiento institucional, los jueces elaboran un determinado punto de vista, que por razones de simplicidad llamaremos el “punto de vista a partir de los derechos”. El principio fundamental del punto de vista a partir de los derechos es que todos los conflictos judiciales se pueden arbitrar sobre la base de los derechos. Este principio se basa en dos suposiciones. La primera es que cada derecho individual puede ser interpretado con éxito, utilizando las herramientas de análisis de texto, intención del redactor, y formas tradicionales

---

<sup>120</sup> Véase, e.g., Scalia, Antonin, “The Rule of Law as a Law of Rules”, *U. Chi. L. Rev.*, vol. 56, 1989, pp. 1175, 1180. En este texto, el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos afirma que establecer una regla de decisión firme puede animar a los jueces a proteger los derechos individuales; Schauer, Frederick, “Rules and the Rule of Law”, *Harv. J.L. & Pub. Pol’y*, vol. 14, 1991, pp. 645, 688-691; este autor argumenta que las reglas y su cumplimiento suprimen impulsos autoritarios y son importantes para mantener la división de poderes.

<sup>121</sup> Véase, e.g., Murphy, Liam, “The Political Question of the Concept of Law”, en Coleman, Jules (ed.), *Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law de Hart*, 2001, pp. 371, 389-392; donde afirma que los ciudadanos que viven bajo un sistema legal en el cual el derecho está abiertamente asociado con la moralidad son más propensos a cumplir con cualquier regla que se promulgue, aun cuando las reglas sean en realidad inmorales.

de interpretación. La segunda es que estos derechos pueden ordenarse dentro de un todo coherente sobre las bases de su importancia relativa. Ahora, una emergencia constitucional es una circunstancia en la cual la misma naturaleza del problema que enfrentamos parece desplazar al punto de vista a partir de los derechos. Estamos en una emergencia precisamente cuando encontramos que el razonamiento limitado por el punto de vista a partir de los derechos puede poner en peligro, si no los mismos derechos, otras importantes aspiraciones explícitas o subyacentes del texto constitucional.

Obviamente, hay casos en los que la afirmación de que estamos en una emergencia constitucional puede ser fraudulenta o puede tratarse de un intento de legitimar el poder total. Además, puede pensarse que las emergencias constitucionales son una categoría vacía. Pero, si se cree, como yo, que las emergencias constitucionales existen,<sup>122</sup> es porque se sospecha que el punto de vista desde los derechos no es suficientemente fértil para resolver todos los problemas que podemos enfrentar o que las aspiraciones explícitas o subyacentes de una Constitución pueden estar en peligro en algunas situaciones. El Poder Judicial no es el lugar para encontrar destreza. Los jueces no son propensos a considerar los conflictos sobre los que deben arbitrar desde lo que podríamos llamar un “punto de vista fundacional”. El punto de vista fundacional es más abarcador que el punto de vista de los derechos. Además de involucrar la percepción del propósito subyacente de cada uno de los derechos individuales comprometidos —y sobre las reglas que ordenan a los derechos según su importancia relativa; o en tanto éstas puedan acomodarse dentro de un todo coherente—, esta visión nos proporciona la más alta visibilidad de la ambición fundacional de la Constitución. Con mayor precisión, de tal suerte es posible tomar nota de la aspiración de constituir un *demos* comprometido con el cumplimiento de los objetivos colectivos más esenciales. En el caso argentino, los mismos están consagrados en el preámbulo de la Constitución. La dificultad que enfrentan los jueces que trabajan desde un “punto de vista fundacional”, por lo tanto, no está condicionada por el producto, ni por una posible deficiencia en la filosofía legal

---

<sup>122</sup> Sanford Levinson y Jack Balkin identifican tres tipos de crisis constitucionales: Las crisis de tipo uno surgen cuando los líderes políticos creen que las exigencias requieren una violación pública de la Constitución. Las crisis de tipo dos son situaciones donde la fidelidad a las formas constitucionales lleva a la ruina o el desastre. Las crisis de tipo tres implican situaciones donde desacuerdos sobre la Constitución articulados públicamente llevan a los autores a involucrarse en formas extraordinarias de protesta más allá del mero desacuerdo y protestas políticas: la gente sale a las calles se movilizan ejércitos y se usa, o se amenaza con usar la fuerza bruta para imponerse. Levinson, Sanford y Balkin, Jack M., “Constitutional Crises”, *U. PA. L. Rev.*, 707, 714, vol. 157, 2009.

escogida, ni tiene nada que ver con sus propias debilidades o limitaciones personales. En cambio, está subdeterminada por un conjunto de factores institucionales más profundos. Entiéndase, factores que se encuentran condicionados por la manera en la que están equipados los tribunales y con el modelo de funcionamiento que los mismos han tenido hasta nuestros días.

Las limitaciones epistémicas de los jueces, entre las dificultades más importantes que afectan al Poder Judicial, es lo más importante. En efecto, en la mayoría de los casos, los jueces simplemente carecen de la información o del tiempo necesario para hacer un juicio adecuado en este tipo de casos. Los elementos involucrados desbordan a menudo las destrezas que utilizan en su trabajo diario.<sup>123</sup> Según lo reconoce el disenso planteado en *Provincia de San Luis*, los jueces son realmente incapaces de hacer justicia en casos donde estén expuestos a casos con una “gran complejidad técnica o fáctica” o donde se les pida manejar la “revisión de complicados problemas financieros y bancarios”. Eso es precisamente lo que se le planteó a la Suprema Corte Argentina, por ejemplo, en el caso *Bustos*.<sup>124</sup> Más aún, abonando la tesis de las restricciones epistémicas de los jueces, es habitual notar que los jueces intervienen en casos que son canónicamente binarios, en los cuales un demandante inicia acciones contra un demandado para obtener una solución a sus reclamos y quiere obtener una solución que mantenga la integridad de sus pretensiones. Este modo binario de trabajar ha preparado mal a los jueces que no pueden lidiar con situaciones en las que la misma naturaleza del problema impide al demandado dar la solución que se persigue. Sencillamente eso no es posible. En efecto, en casos como *Bustos*, donde la causa de la incapacidad del demandante de honrar su obligación “trascendía la situación económica particular del demandado, suponía ingresar en un debate de razones cuyas consecuencias adquieren la dimensión de una crisis sistémica”.<sup>125</sup> Por lo tanto, a los jueces se les hace muy difícil encontrar la solución correcta porque, en realidad, la misma depende de un cambio de

<sup>123</sup> Véase Osiel, Mark J., “Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil”, *cit.*, p. 547, n. 238: “Porque tiene tiempo, energía e imaginación limitados, el juez promedio es simplemente incapaz de derivar un argumento de buena fe de regla, principio o política social para cada resultado concebible en la mayoría de las disputas que se presentan ante él”.

<sup>124</sup> CSJN, 5/3/2003, *San Luis, Provincia de c. Estado Nacional / acción de amparo*, Fallos (2003-326-417), slip op., p. 162 (Belluscio, Boggiano, & Maqueda, JJ., en disidencia), disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=175125&fori=ORS00173-385](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=175125&fori=ORS00173-385).

<sup>125</sup> CSJN, 26/10/2004, *Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros / amparo*, Fallos (2004-327-4495), slip op., p. 12, disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=209491&fori=REB00139.391](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=209491&fori=REB00139.391).

las circunstancias generales del entorno o de la administración de soluciones integrales que están muy fuera del alcance de cualquier demandado.<sup>126</sup>

Los jueces son conscientes de los impedimentos creados por su aprieto funcional y epistémico. Así, la Suprema Corte argentina dijo en *Peralta*, haciéndose eco de Holmes en *Lochner*, que los jueces son llamados para arbitrar, no para administrar o arreglar las políticas económicas de los poderes públicos.<sup>127</sup> Los jueces también saben que cuando el gobierno invoca consideraciones de emergencia, mucho depende del resultado.<sup>128</sup> En una emergencia, como lo ha dicho la Suprema Corte, los jueces deben decidir en una “situación extraordinaria que se cierne sobre el orden social económico, con su carga de problemas acumulados, en la forma de escasez, pobreza, penuria o indigencia, y crea un estado de necesidad que debe ser finalizado”.<sup>129</sup> En efecto, en casos de emergencia, los jueces soportan una presión adicional para decidir dada la magnitud de las cuestiones en juego. Esto se reconoció en el caso *Galli*,<sup>130</sup> en el cual se decidió que la pesifica-

---

<sup>126</sup> Límites a la reparación judicial que surge de la incapacidad de los tribunales para formular una solución holística a los problemas de la degradación del medio ambiente y la incapacidad del demandado para desarrollar por su propia cuenta métodos más limpios en la industria del cemento).

<sup>127</sup> Véase CSJN 27/12/1990, *Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional (Mrio. de Economía - B.C.R.A.)/amparo*, Fallos (1990-313-1513, 1552) (que reconoce que había una necesidad de una acción del gobierno para tratar la condición económica, pero establece que la función del tribunal no era decidir sobre el recurso sino en cambio determinar su necesidad y razonabilidad); *acuerdo Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75-76 (1905) (Holmes, J., en disidencia) (“No es la intención de una constitución expresar una teoría económica en particular... El accidente de que encontremos ciertas opiniones naturales y familiares, o novedosas, y aun impactantes, no debe concluir nuestro juicio sobre la cuestión de si las leyes que sí la expresan están en conflicto con la Constitución...”). Véase, e.g., Magliocca, Gerard D., *The Gold Clause Cases and Constitutional Necessity*, pp. 5 y 6, 19 de enero de 2011 (manuscrito inédito), disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1707175](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1707175) (que declara que la Suprema Corte en *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935), “luchó con qué hacer cuando su mejor interpretación de la Constitución —que los Estados Unidos no podían devaluar su propia deuda— llevaría al caos”).

<sup>128</sup> Véase, e.g., Magliocca, Gerard D., *The Gold Clause Cases and Constitutional Necessity*, pp. 5 y 6, 19 de enero de 2011 (manuscrito inédito), disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1707175](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1707175) (que declara que la Suprema Corte en *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935), “luchó con qué hacer cuando su mejor interpretación de la Constitución —que los Estados Unidos no podían devaluar su propia deuda— llevaría al caos”).

<sup>129</sup> Spector, Horacio, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect”, *cit.*, p. 137 (que cita a *Peralta*, Fallos (1990-313-1513, 1549)).

<sup>130</sup> CSJN, 5/4/2005, *Galli, Hugo Gabriel y otro c. PEN ley 25.561 -dtos. 1570/01 y 214/02/amparo sobre ley 25.561*, Fallos (2005-328-690), slip op., disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal/ver\\_fallos.jsp?id=221850&fori=REG02181.391](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal/ver_fallos.jsp?id=221850&fori=REG02181.391).

ción de la deuda pública era constitucional.<sup>131</sup> En *Galli*, los jueces Zaffaroni y Lorenzetti, en una decisión conjunta, argumentaron que el decreto de emergencia “debilita el compromiso con la ley y los contratos” y “destruye todo cálculo de riesgos y restringe el funcionamiento económico”.<sup>132</sup> Sin embargo, ellos apoyaron los decretos de emergencia de pesificación, con el argumento de que “la prudencia evita la revisión del razonamiento ofrecido por el gobierno”.<sup>133</sup>

El tercer factor es más localista que los dos anteriores. Los jueces en Argentina carecen de una cultura legal de apoyo que podría servir como un punto de Arquímedes para sostener su resistencia al gobierno.<sup>134</sup> Además, en la historia argentina no hay muchos ejemplos de jueces que lograron convencer a otros jueces de que sus opiniones son constitucionalmente correctas y de que esas opiniones merecen, por lo tanto, ser adoptadas como precedentes sólidos.<sup>135</sup> Ciertamente tenemos grandes disensos,<sup>136</sup> pero (desafortunadamente) éstos rara vez logran convertirse en la narrativa oficial de nuestro derecho o de lo que nuestro derecho es. En pocas palabras, los

<sup>131</sup> Opinión del Procuración General de la Nación, *Galli, Hugo Gabriel y otro c. PEN ley 25.561 -dts. 1570/01 y 214/02 / amparo sobre ley 25.561*, 16/2/2005, pt. VII, disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=221849&fori=REG02181.390](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=221849&fori=REG02181.390), adoptado por Galli, Fallos (2005-328-690), slip op., p. 1.

<sup>132</sup> *Galli*, Fallos (2005-328-690), slip op., pp. 28 y 29 (Zaffaroni & Lorenzetti, JJ., en concurrencia).

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>134</sup> Por ejemplo, las decisiones de la Corte Suprema de Argentina entre 1976 y 1995 muestran una fuerte evidencia de defección estratégica —en la cual “el carácter de las decisiones depende no de la lectura sincera de la ley de parte de los jueces, sino en su capacidad para ajustar su interpretación de la ley a la luz de los valores y preferencias del gobierno que viene”. Helmke, Gretchen, “The Logic of Strategic Defection: Court–Executive Relations in Argentina Under Dictatorship and Democracy”, *Am. Pol. Sci. Rev.*, vol. 96, 2002, pp. 291, 296-98, 302.

<sup>135</sup> La incapacidad de los jueces para convencer a sus colegas está ejemplificada en las decisiones de la Suprema Corte con respecto a la constitucionalidad del castigo a la tenencia de drogas para consumo personal. En 1978 en *Colavini* la Suprema Corte declaró al castigo constitucional, en 1986 en *Bazterrica* inconstitucional, en 1990 en *Montalvo* constitucional nuevamente, y en 2009 en *Arriola* inconstitucional nuevamente. CSJN, 25/8/2009, *Arriola, Sebastian y otros / causa no. 9080*, Fallos (2009-332-1963), slip op. p. 24, disponible en [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=318764&fori=RHA00891-440](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=318764&fori=RHA00891-440); CSJN, 11/12/1990, *Montalvo, Ernesto Alfredo p.s.a inf ley 20.771*, Fallos (1990-313-1333, 1356–57); CSJN, 29/8/1986, *Bazterrica, Gustavo Mario / tenencia de estupefacientes*, Fallos (1986-308-1392, 1462); CSJN, 28/3/1978, *Colavini, Ariel Omar / inf. ley 20.711 (Estupefacientes)*, Fallos (1978-300-254, 269-70).

<sup>136</sup> E.g., CSJN, 7/12/1934, *Avico, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl C./recurso extraordinario*, Fallos (1935-172-21, 79–97) (Repetto, J., dissenting); CSJN, 28/4/1922, *Ercolano, Agustín c. Lanteri Renshaw, Julieta / consignación*, Fallos (1922-136-161, 180–93) (Bermejo, J., en disidencia).

jueces no tienen incentivos para adoptar la difícil alternativa de resistencia al gobierno. Finalmente, los jueces saben que son incapaces de resolver problemas. La máxima aspiración es que los tribunales puedan ser capaces de evitar que el gobierno tenga vía libre para hacer lo que quiera o, tal vez, que pueda exhortar al gobierno para que tome algunas medidas que los tribunales consideran legalmente necesarias. Generalmente, sin embargo, los tribunales carecen de la autoridad y de los recursos necesarios para proponer y llevar adelante políticas públicas. Efectivamente, según se demuestra en *Verbitsky*,<sup>137</sup> los tribunales no pueden pedir que el gobierno utilice “estrategias específicas” para solucionar el problema en ciernes, sino que sólo pueden requerir que el gobierno tenga en cuenta ciertas necesidades o que elabore algún mecanismo para proteger ciertos derechos individuales afectados por la acción del gobierno. En *Verbitsky*, el demandante presentó un recurso de hábeas corpus en nombre de todos los detenidos en las comisarias provinciales superpobladas y pidió al tribunal que tomara medidas para mejorar las condiciones de detención.<sup>138</sup> La Suprema Corte ordenó que la provincia de Buenos Aires le informara sobre todas las medidas tomadas para mejorar las condiciones de detención.<sup>139</sup> La Corte además exhortó a la provincia a llevar a cabo un diálogo donde todos los involucrados en el caso cooperaran en la búsqueda de una solución con respecto a los derechos de los detenidos.<sup>140</sup>

Estos cuatro hechos sobre el Poder Judicial explican las tres líneas que los tribunales han adoptado en casos en los que el gobierno invocó consideraciones de emergencia para restringir derechos o sortear los procedimientos constitucionales. Obviamente, no debemos esperar encontrar partes de discursos judiciales que confirmen esta afirmación, porque el razonamiento judicial queda a menudo tácito. Sin embargo, no es difícil demostrar que estos cuatro hechos explican la manera en que han fallado los jueces. Los jueces serán más obsequiosos con el gobierno durante emergencias económicas que durante emergencias de seguridad simplemente porque las emergencias de seguridad (1) presentan conflictos con derechos otorgados para un bien mayor —la propiedad, por ejemplo— que son menos manejables desde el punto de vista a partir de los derechos,<sup>141</sup> (2) abren problemas de

<sup>137</sup> CSJN, 3/5/2005, *Verbitsky, Horacio / hábeas corpus*, Fallos (2005-328-1146), slip op., disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver\\_fallos.jsp?id=222651&fori=RHV00856-381](http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=222651&fori=RHV00856-381).

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>140</sup> *Idem*.

<sup>141</sup> Estoy presuponiendo la plausibilidad del poder explicativo de una distinción entre

alcance más amplio que aquellos que abren las emergencias de seguridad, y por ello, más depende del resultado en los casos de emergencias económicas, (3) tienen una línea de precedentes más débil con la cual restringir el poder del gobierno, y (4) requieren de la organización de alternativas inmediatas para evitar la frustración de los ideales constitucionales en juego que los jueces están incapacitados para proporcionar.

La segunda línea, según la cual se debe otorgar más deferencia al gobierno cuando la emergencia es sistémica y menos cuando la emergencia es local, también puede explicarse por medio de los hechos sobre el Poder Judicial mencionados anteriormente. Las emergencias locales abren problemas de un alcance menor que los problemas que presentan las emergencias sistémicas y, en consecuencia, la intervención en el primer tipo de emergencias es menos exigente para los jueces que en el segundo tipo (emergencias sistémicas). Además, dado el menor alcance de las emergencias locales, menos depende del resultado de las maneras en que los jueces fallan.

Finalmente, la tercera línea, según la cual debe otorgarse más deferencia al gobierno cuando la emergencia recién empieza que cuando está por finalizar, parece ser un corolario natural de la manera en la que los tribunales están estructurados y la manera en la que los jueces desarrollan sus trabajos. Efectivamente, las emergencias recientes abren problemas de mayor alcance con incertidumbres epistémicas más grandes e imponen cargas más pesadas a los jueces porque más depende del resultado.

#### IV. EL OBJETIVO DEL DERECHO

Si el único objetivo del derecho fuera su contribución a los derechos individuales, las explicaciones anteriores de por qué los jueces defienden decisiones de emergencia serían bastante molestas. Un historial judicial determinado por consideraciones estructurales hará la contribución del derecho a la justicia menos significativa de lo que podría ser de otra manera porque, aparen-

---

derechos que se otorgan completa o casi completamente por el bien del individuo —la libertad y el derecho a la libertad personal, por ejemplo— y derechos que se otorgan al individuo por el bien mayor —la propiedad, por ejemplo—. Puede resistirse la idea de que los derechos de propiedad se otorgan al individuo por un bien mayor. Puede argumentarse que el derecho a la propiedad es un derecho natural. Yo me inclino a pensar que tal reclamo sólo puede ser verdadero en casos de propiedad personal, pero encuentro difícil considerar que el derecho a usar nuestra riqueza financiera, por ejemplo, es categóricamente idéntico a nuestro derecho a participar en la elección de nuestro gobierno, de publicar nuestras ideas en la prensa o de reunirnos.

temente, los jueces y los tribunales son el mejor foro para el cumplimiento de los derechos.<sup>142</sup> Efectivamente, si las decisiones de los jueces fueran consecuencias causales de la manera en la que funciona el Poder Judicial, no sería muy realista esperar que los jueces fueran más militantes en su defensa de los derechos individuales cuando se invocan consideraciones de emergencia, al menos cuando las emergencias en cuestión son económicas, sistémicas y nuevas.

Dyzenhaus, el autor con el cual discrepo en este trabajo piensa que el valor del derecho es servil al valor de los derechos y la justicia. Él asegura que “el estado de derecho”, entendido como “el estado de principios fundamentales”, tiene prioridad normativa sobre “el estado por derecho”, entendido como la visión de que la acción del gobierno es “conforme al estado de derecho” siempre que haya una “garantía legal” para la acción.<sup>143</sup> Dyzenhaus acepta el dictado de Hobbes de que la autoridad, no la verdad, hace el derecho.<sup>144</sup> Entonces, debe sentirse que se lo describe incorrectamente como alguien cuya concepción del derecho se reduce a su contribución al cumplimiento de derechos y justicia.

Dyzenhaus afirma que, por un lado, la autoridad legal, para ser tal, debe aceptar las restricciones morales y constitutivas del estado de derecho, y, por otro lado, el contenido del estado de derecho debe ser capaz de ser cumplido respetando, entre otras cosas, “la igualdad de todos los que están sujetos a la ley”.<sup>145</sup> Ambas visiones son síntomas claros de que, para Dyzenhaus, el ideal encarnado en el derecho, “la legalidad” como él la llama, es por naturaleza fundamental (en contraposición al procedimiento) y como tal presupone que el valor del derecho está principalmente relacionado con los derechos y la justicia.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> Véase, e.g., *Demings v. City of Ecorse*, 377 N.W.2d 275, 278-279 (Mich. 1985) “Los tribunales son los mejores protectores de los derechos individuales incluyendo el cumplimiento del derecho a justa representación” (que cita a *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171, 182 (1967)); Bandes, Susan, “The Idea of a Case”, *Stan. L. Rev.*, vol. 42, 1990, pp. 227, 318 (“El Tribunal efectúa su rol de la mejor manera al hacer cumplir derechos compartidos que corren riesgo de sufrir acciones erróneas del gobierno, extendidas y recurrentes”); “Nota de Libro, *Natural Law and the Constitution*”, *Harv. L. Rev.*, vol. 101, 1988, pp. 874, 878 (que revisa Jacobsohn, Gary J., *The Supreme Court and the Decline of Constitutional Aspiration*, 1986. “El Poder Judicial es lógicamente el poder más adecuado para proteger derechos y llevar a cabo ideales...”).

<sup>143</sup> Véase Dyzenhaus, David, “Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?”, *Cardozo L. Rev.*, vol. 27, 2006, pp. 2005, 2011, 2018 (que define al estado de derecho y el estado por derecho, y que afirma que “no se puede tener un estado de derecho sin el estado por derecho”).

<sup>144</sup> Dyzenhaus, David, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, cit., en 12.

<sup>145</sup> *Ibidem*, pp. 12 y 13.

<sup>146</sup> Véase *ibidem*, pp. 7, 12-14 “Toda concepción plausible del estado de derecho es la

¿El valor del derecho se agota en su contribución contingente a los derechos y a la justicia y, por ello, debemos preocuparnos por la resistencia de los jueces a impedir que el gobierno infrinja nuestros derechos? O, dado que el derecho también es valioso porque nos permite conseguir otros deseos importantes, ¿no deberíamos consternarnos ante la falta de resistencia de los jueces si podemos encontrar arreglos institucionales alternativos que también contribuyen a la realización de dichos deseos valiosos? Si este es el caso, ¿qué otros deseos nos ayuda a conseguir el derecho? En otros trabajos he defendido la idea de que el valor del derecho es asociativo.<sup>147</sup> Es decir, valoramos el derecho (y le otorgamos autoridad normativa independientemente de su contribución contingente a los derechos y la justicia) porque valoramos la clase especial de relación que surge entre los que están unidos por el derecho.<sup>148</sup> La relación entre los que están unidos por el derecho que confiere valor al derecho podría ser una de procedimiento; más precisamente, es la relación que existe entre sujetos del derecho cuando son capaces de cooperar juntos en la común empresa del autogobierno colectivo.<sup>149</sup> Otros pueden defender la idea de que la relación en cuestión es sustancial y pueden afirmar que existe entre aquellos que están unidos por el derecho si sus intereses cuentan de igual manera bajo la ley.<sup>150</sup> Yo he sugerido que ambos puntos de vista, el primero completamente de procedimiento y el segundo completamente sustancial, de alguna manera son insuficientes y necesitan complementarse entre sí.<sup>151</sup> Dado que una comunidad legal es una

---

que asocia las restricciones de procedimiento con valores sustanciales y requiere que los tres poderes del gobierno se consideren como participantes de un proyecto común para cumplir esos valores”.

<sup>147</sup> Véase Rosenkrantz, Carlos, “La autoridad del derecho y la injusticia económica y social”, *Revista Discusiones*, vol. 6, 2006, pp. 17, 31-41, disponible en: [http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=SI51573262006000100003&lng=es&nrm=iso](http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SI51573262006000100003&lng=es&nrm=iso). Aquí argumento que derecho tiene valor al permitir que los individuos se asocien como comunidad y que promulguen un cambio sistémico mutuamente aceptable a pesar de sus puntos de vista diferentes sobre qué obligaciones morales existen y qué le da valor a la vida.

<sup>148</sup> *Idem*.

<sup>149</sup> Véase Habermas, Jürgen, “Multiculturalism and the Liberal State”, *Stan. L. Rev.*, vol. 47, 1995, pp. 849, 852. El autor alemán resalta la prioridad de la soberanía popular sobre los derechos individuales fundamentales porque “los destinatarios del derecho deben estar en una posición de verse a sí mismos al mismo tiempo como autores de las leyes a las que están sujetos”.

<sup>150</sup> Véase, e.g., Soper, Philip, “The Moral Value of Law”, *Mich. L. Rev.* 63, 64, vol. 84, 1985; quien caracteriza a los sistemas legales como que implican “un intento de buena fe” de parte de los legisladores para promulgar leyes que ellos consideran justas o para el bien común.

<sup>151</sup> Véase Rosenkrantz, Carlos, “La autoridad del derecho y la injusticia económica y

asociación particular unida tanto por la aspiración de construir un destino común, como lo sugiere el primer punto de vista, como por la aspiración de proveer a los intereses de todos sus miembros, como lo sugiere el segundo punto de vista, la clase de relación que debe sostener el valor del derecho no debe ser sólo de procedimiento o sólo sustancial, sino una combinación de principios de ambos. El valor del derecho debe residir en su capacidad para crear la relación que existe, justamente, entre los que están unidos por el derecho de dos modos diversos —en primer lugar, como “hacedores” o autores del derecho y, en segundo lugar, como “materia” o beneficiarios de él—.

No debemos desesperarnos, como lo hace Dyzenhaus,<sup>152</sup> si los jueces fueren deferentes con las autoridades políticas en casos de emergencia. Cualesquiera sean los riesgos para el derecho o la justicia que pudieran consentir los jueces menos activistas —lo cual es debatible—siempre puede haber acuerdos institucionales distintos que permitan incrementar el valor de este. Por caso, permitiendo que fluyan soluciones expeditivas (algo de gran importancia en emergencias constitucionales), para dar protección a los individuos. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, paso a abordar la teoría legal el proyecto institucional y político.

## V. LOS ROMANOS TENÍAN LA SOLUCIÓN

Bruce Ackerman ha ofrecido un ingenioso mecanismo institucional de división de poderes para tiempos de crisis que no depende del activismo de los jueces al trabajar.<sup>153</sup> Su idea básica es fortalecer la supervisión legislativa de los poderes de emergencia inherentes del presidente (fuera de algunas aisladas zonas de libertades protegidas —la tortura es tabú, afirma—<sup>154</sup> donde el presidente no puede actuar bajo ninguna circunstancia), requiriendo que las medidas de emergencia sean aprobadas en tiempos que se acortan de forma

---

social”, *cit.*, p. 36 (que teoriza que una comunidad política resulta de una combinación del deseo de procedimiento de formar un destino común y la convicción de que la comunidad proporciona de manera más fácil satisfacción fundamental de los intereses individuales).

<sup>152</sup> Dyzenhaus, David, “The Puzzle of Martial Law”, *U. Toronto L. J.*, vol. 59, 2009, pp. 1, 56, 57 y 61 (que argumenta que, dado que el objeto de un estado es el trato digno a los individuos sujetos al derecho, los jueces que en épocas de emergencia minimizan la protección de derechos fundamentales a la vez que enfatizan formalidades de procedimiento vacías incurrir en “la legitimización de una farsa”).

<sup>153</sup> Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution”, *Yale L. J.*, vol. 113, 2004, pp. 1029, 1047-1053.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 1073.

creciente por una creciente cascada de supermayorías en el Congreso.<sup>155</sup> El “ajuste proporcional supermayoritario” parece evitar el peligro de un decisionismo excesivo, porque separa los obstáculos que debe atravesar el presidente de Estados Unidos para que sus visiones de cómo resolver la emergencia constitucional se vean promulgadas en una ley válida.<sup>156</sup>

No obstante los méritos que tenga para los Estados Unidos, el ajuste proporcional supermayoritario no es una buena receta para un país como la Argentina. La propuesta de Ackerman tiene un aspecto muy disfuncional porque intenta reducir la arbitrariedad a costa de ofrecer a las minorías oportunidades para una conducta estratégica. Efectivamente, el ajuste proporcional supermayoritario permite a las minorías bloquear al presidente, aun cuando estén animadas por razones de naturaleza dudosa: por ejemplo, la incapacidad del presidente y del partido gobernante para resolver la emergencia constitucional podría mejorar las chances de la minoría para una mejor actuación electoral. Las oportunidades para conducta estratégica que el ajuste proporcional supermayoritario les otorga a distintos grupos puede no ser relevante en un país con una fuerte cultura política de consenso donde cada actor político importante prioriza el acuerdo sobre sus propias aspiraciones o ideales políticos. Pero la conducta estratégica es muy significativa en un país divisivo como Argentina, donde hay partidos políticos muy beligerantes y un amplio y profundo desacuerdo programático,<sup>157</sup> lo cual dificulta a los actores políticos unirse en un curso de acción común. En realidad, deberíamos copiar a los romanos. Esto es, deberíamos intentar —tal como ellos lo hicieron— reducir los incentivos para el abuso de los poderes de emergencia. ¿Cómo? Pues bien, ello es posible creando instituciones que impongan costosos controles posteriores al funcionario que cuente con dichos poderes excepcionales durante la emergencia.<sup>158</sup>

En el debate contemporáneo sobre los poderes de emergencia, muchos han prestado especial atención a la figura del dictador romano. Los dictadores eran nombrados por un cónsul siempre que el Senado ya hubiera

<sup>155</sup> *Ibidem*, pp. 1047-1053.

<sup>156</sup> Véase *ibidem* en 1048, que describe cómo el requisito para aumento de las supermayorías legislativas evitaría que una mayoría simple normalizara poderes de emergencia.

<sup>157</sup> Véase Anderson, Leslie F., “Of Wild and Cultivated Politics: Conflict and Democracy in Argentina”, *16 Int’l J. Pol., Culture & Soc’y*, pp. 99, 100, vol. 16, 2002 “En la política argentina, todavía pueden verse vestigios salvajes de autoritarismo que luchan codo a codo con nuevas variantes de conducta social y política...”.

<sup>158</sup> Véase, e.g., Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution”, *cit.*, en 1046, quien resalta que los cónsules romanos encargados de nombrar un dictador provisorio en tiempos de crisis no estaban autorizados a elegirse a sí mismos como dictadores.

reconocido la necesidad de nombrar un dictador, y estaba perfectamente claro que la autoridad<sup>159</sup> de este finalizaba cuando cumplía su tarea o había transcurrido el tiempo que se fijaba en su nombramiento.<sup>160</sup> De tal suerte, los dictadores fueron utilizados por la República Romana para combatir a los enemigos externos, sofocar insurrecciones civiles, y, a partir del año 376 a.C., para cumplir algunas funciones cuando las soluciones habituales eran insuficientes.<sup>161</sup> Por ejemplo, los dictadores asumieron algunas obligaciones consulares, como celebrar elecciones y juegos ceremoniales, leer los auspicios, y otras.<sup>162</sup> En general, el dictador no podía promulgar legislación aunque hubo algunos dictadores que lo hicieron.<sup>163</sup>

Se ha prestado mucho menos atención a otra práctica romana, el *senatus consultum ultimum*. Maquiavelo y Rousseau lo mencionan en sus estudios sobre la dictadura<sup>164</sup> pero son pocos los autores dedicados al estudio de la emergencia que se han detenido a investigar las fortalezas y las debilidades de esta institución. El *senatus consultum ultimum* era una decisión del Senado que autorizaba al cónsul a hacer lo que considerara necesario para proteger a la república y para erradicar la amenaza que se cernía sobre ella.<sup>165</sup> El cónsul, entonces, tendría poderes amplios para resolver la emergencia, pero estaría sujeto a una evaluación posterior de su actuación<sup>166</sup> que, en algunos casos, terminaba en acusaciones penales, como cuando Cicerón fue hallado culpable de violar el debido proceso al ordenar la ejecución de algunos de los conspiradores de Catilinas.<sup>167</sup>

---

<sup>159</sup> Véase Lazar, Nomi Claire, *States of Emergency in Liberal Democracies*, 2009, pp. 125 y 126 (que explica el proceso de nombramiento de un dictador romano).

<sup>160</sup> Véase *ibidem*, pp. 120, 121, 126 y 27 (que indica que no se entendía históricamente que el dictador romano tuviera el poder de cambiar la constitución).

<sup>161</sup> Véase *ibidem*, pp. 124 y 125 (que describe los distintos roles del dictador romano).

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>163</sup> Véase *ibidem*, pp. 120, 121, 126 y 127 (que elucida la comprensión histórica del alcance del poder del dictador romano y cita ejemplos de dictadores que promulgaron legislación).

<sup>164</sup> Véase Machiavelli, Niccolò, “Discourses on the First Ten Books of Titus Livius”, en *The Prince and the Discourses*, trad. de Christian E. Detmold, Random House, 1950, c. 1517, pp. 99, 204 (que describe la práctica romana de otorgar poder de emergencia al cónsul en vez de al dictador); Rousseau, Jean-Jacques, *The Social Contract*, trad. de Maurice Cranston, Penguin Books, 1968 [1762], pp. 171 y 173 (que resalta que dar poderes de emergencia al cónsul era uno de los métodos de dictadura en Roma, y da el ejemplo de cuando se le concedieron dichos poderes a Cicerón).

<sup>165</sup> Lazar, Nomi Claire, *States of Emergency in Liberal Democracies*, cit., p.147.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

La manera romana de tratar las emergencias —tanto el dictador como el *senatus consultum ultimum*— ha sido elogiada por reducir los incentivos para que los funcionarios que tienen poder para declarar emergencias abusen luego de estos poderes de emergencia en su propio beneficio.<sup>168</sup> En efecto, lo que Ferejohn y Pasquino han denominado la “heteroinvestidura” —es decir, el hecho de que el funcionario a cargo de la emergencia no pudiera declarar la emergencia por sí mismo y de que fuera nombrado por otra persona— evitó la declaración interesada de una emergencia.<sup>169</sup> Pero la institución del *senatus consultum ultimum* tuvo una virtud adicional. Someter al cónsul a una evaluación posterior de su labor reducía el riesgo de que el dictador actuara arbitrariamente sin brindar a actores políticos estratégicos la capacidad de obstaculizar la solución a la crisis.

Volvamos a la Argentina. La actual Constitución argentina permite al presidente promulgar decretos de emergencia durante circunstancias excepcionales si es imposible para el congreso cumplir con el procedimiento establecido para promulgar leyes, siempre que el presidente no promulgue decretos que regulen a los partidos políticos o a asuntos penales, impositivos, o electorales.<sup>170</sup> El artículo 99(3) requiere que los decretos de emergencia sean firmados por todos los miembros del gabinete y por el jefe de gabinete,<sup>171</sup> un funcionario no-electo nombrado por el presidente y removable por medio de la decisión conjunta de la mayoría de ambas cámaras del congreso.<sup>172</sup> Además, la Constitución ordena al jefe de gabinete enviar al Comité Conjunto Permanente del Congreso los decretos de emergencia promulgados por el presidente para su revisión.<sup>173</sup> El Comité Conjunto Permanente del Congreso, a su vez, debe presentar dentro de diez días los decretos a ambas cámaras del Congreso para que sean debatidos y votados.<sup>174</sup>

La manera en la que la Constitución argentina regula los decretos de emergencia es probablemente la peor en Latinoamérica. Así como el ajuste proporcional supermayoritario,<sup>175</sup> la reglamentación argentina tiene el potencial de crear puntos muertos porque, según el artículo 99(3), los decretos

---

<sup>168</sup> Véase *ibidem*, pp. 128 y 129 (“De manera diferente, la estructura de los incentivos informales favoreció de gran manera la buena conducta de parte de los dictadores.”).

<sup>169</sup> Ferejohn, John y Pasquino, Pasquale, “The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”, *Int. L. J. Const. L.*, vol. 2, 2004, pp. 210, 227.

<sup>170</sup> Artículo 99(3), Constitución Nacional.

<sup>171</sup> *Idem*.

<sup>172</sup> *Ibidem*, artículos 99(7), 101.

<sup>173</sup> *Ibidem*, artículos 99(3), 100(13).

<sup>174</sup> *Ibidem*, artículo 99(3).

<sup>175</sup> Véase notas 153-56 *supra* y el texto que las acompaña.

de emergencia no pueden sobrevivir sin la cooperación del Congreso.<sup>176</sup> Además, el artículo 99(3) no tiene siquiera los aspectos positivos del ajuste proporcional supermayoritario porque de ninguna manera evita que el presidente utilice caprichosamente los poderes de emergencia.<sup>177</sup> De hecho, nada en la Constitución impide que el presidente utilice los poderes de emergencia de manera injustificada si tiene la mayoría necesaria en una de las cámaras del Congreso.

Aun más, la reglamentación argentina es particularmente miope porque el Congreso ha tenido que controlar al presidente. A causa de características particulares de la política argentina, el Congreso tuvo enormes dificultades en hacer que el presidente cumpliera con la ley.<sup>178</sup> Debido a la fuerte disciplina partidaria que caracteriza a la política argentina, y al fuerte poder político e institucional de la presidencia en nuestro régimen constitucional, es ilusorio pensar que el presidente será controlado por sus propios aliados políticos en el Congreso.

Hay mucho que aprender de la manera en que los romanos trataban las emergencias. Efectivamente, inspirados en sus enseñanzas, podríamos por caso ofrecer un modelo institucional que impida, o al menos minimice, la arbitrariedad y el *decisionismo* sin abrir nuevas oportunidades para la acción estratégica de parte de los partidos políticos. Consideremos la siguiente variante del artículo 99(3): el jefe de gabinete, quien según la Constitución argentina debe firmar todos decretos de emergencia promulgados por el presidente, podría ser censurado y reemplazado por un nuevo candidato nombrado por la mayoría de la cámara baja por un periodo igual a la duración del decreto de emergencia o hasta la próxima elección general, lo que sea más breve.

Esta propuesta sometería al presidente a un control posterior costoso. En efecto, el presidente pagaría un precio bastante alto si se viera privado del jefe de gabinete que él mismo eligió. Dadas las responsabilidades consti-

---

<sup>176</sup> Artículo 99.3, Constitución Nacional.

<sup>177</sup> Comparar *idem* (que codifica un procedimiento para que el presidente dicte decretos de emergencia que carece de incentivos posteriores para la buena conducta del presidente al dictar decretos de emergencia), con Lazar, Nomi Claire, *States of Emergency in Liberal Democracies*, cit., pp. 147 y 148 (que describe el *senatus consultum ultimum* y concluye que el mecanismo se basaba en la responsabilidad después del hecho”).

<sup>178</sup> Véase Nino, Carlos Santiago, “Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina”, en Liphart, Arend y Waisman, Carlos H. (eds.), *Institutional Design in New Democracies: Eastern Europe and Latin America*, 1996, pp. 161, 165 y 166 (que explican porqué los presidentes argentinos no necesitan la confirmación legislativa de los nombramientos y pueden dictar decretos de manera unilateral, entre otras cosas, el poder de la legislatura es limitado).

tucionales del jefe de gabinete desde entonces, el presidente tendría que negociar todas sus decisiones políticas importantes, incluyendo el presupuesto, con alguien que muy probablemente no comparte su agenda política.

Ahora, el control posterior que yo propongo aquí —que debería minimizar el riesgo de arbitrariedad y decisionismo— no viene con los problemas del ajuste proporcional supermayoritario. Mi propuesta impide claramente la conducta estratégica de la oposición. De hecho, la mayoría en la cámara baja, el grupo que según mi propuesta tiene la capacidad de censurar al jefe de gabinete, sólo tiene derecho a censurar al jefe de gabinete si propone un reemplazante. Este “veto constructivo” del jefe de gabinete tiene un gran aspecto disciplinario, porque fuerza a la mayoría de la cámara baja a convertirse en parte del gobierno y, con él, a asumir responsabilidades gubernamentales y a compartir la suerte del gobierno y del presidente. La mayoría de la cámara baja gobernará a través del jefe de gabinete nombrado por ellos, y tendrá un mayor incentivo para alcanzar acuerdos productivos con el presidente y su partido—al menos incentivos más fuertes que los que tiene bajo el ajuste proporcional supermayoritario, donde el Congreso podía vetar todas las iniciativas presidenciales sin pagar ningún precio por hacerlo. El veto constructivo hará muy improbable que la mayoría en la cámara baja actúe sólo guiada por sus motivos más siniestros, ya que corre el riesgo de morir a causa de su propia medicina.

Además, mi propuesta de un control posterior costoso podría suplementarse para lograr la aspiración más importante detrás del ajuste proporcional supermayoritario de Ackerman. Efectivamente, el atractivo del ajuste proporcional supermayoritario es que al otorgar progresivamente a menos gente el poder de evaluar el uso de poderes de emergencia, más minorías serán protegidas en contra de la explotación. Esta es una característica no desdeñable.

En efecto, la protección de las minorías es una de las muchas razones para tener una democracia constitucional. Mi propuesta estipula un ajuste proporcional supermayoritario: cuando las medidas de emergencia adoptadas por el presidente y el jefe de gabinete duren más que un cierto periodo de tiempo, en periodos crecientemente más cortos y cada vez una minoría más chica —siempre que se hubiera opuesto al uso de los poderes de emergencia desde el principio— podría censurar al jefe de gabinete y nombrar un reemplazante hasta la duración de las medidas de emergencia o hasta la próxima elección general. Este agregado, pienso, da a mi versión del artículo 99(3) la capacidad para minimizar la arbitrariedad en la cual el presidente y las mayorías se pueden ver tentados de incurrir en circunstancias de necesidad extrema. El ajuste proporcional superminoritario da poder a

quienes tienen mayor necesidad de poder—las mayorías más pequeñas—y funciona como un escudo que los protege de la tiranía de la mayoría.

Este mecanismo de control posterior tiene muchas ventajas interesantes y funciona mejor que otras propuestas alternativas. En primer lugar, es mejor que la dependencia de los jueces de Dyzenhaus—recordemos que este autor insiste que los jueces siempre deben poder revisar las decisiones de emergencia.<sup>179</sup> El mecanismo de control posterior no requiere que los jueces hagan algo que, al menos en Argentina, no han podido hacer en el pasado. Los jueces sólo tienen un rol menor en el esquema que sugiero. Su rol está limitado a hacer cumplir las cláusulas de la Constitución que permiten el nombramiento del jefe de gabinete, primero por la mayoría de la cámara baja y luego por minorías cada vez más pequeñas si las medidas de emergencia perduran.

En segundo lugar, mi propuesta nos liberaría de la dificultad de vigilar la declaración de emergencias. En efecto, muchas de las propuestas modernas —por ejemplo, la idea de tener una junta de emergencias que la declare—<sup>180</sup> tienen el problema de asegurarse de que la emergencia declarada sea real. Mi propuesta no crearía ese problema porque impediría que el presidente declare una emergencia que no es real ya que, al hacerlo, podría pagar el alto precio de tener que compartir su gobierno con un jefe de gabinete que podría no ser de su agrado.

Finalmente, el mecanismo de control posterior de gestión cuyo contenido estoy sugiriendo aquí, sin duda, contribuiría a una más valiosa relación de todos los involucrados con el derecho. Daría poder a la oposición del presidente para compartir con él el gobierno; establecería una estructura institucional que haría más verosímil la existencia de consenso entre los actores políticos y, por último, involucraría más personas en la creación de leyes.

---

<sup>179</sup> Véase Dyzenhaus, David, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, cit., p. 4, que propone que “los jueces tengan una obligación constitucional de defender el estado de derecho,” aun en tiempos de emergencia cuando “parece haber indicaciones legislativas o ejecutivas en contrario”.

<sup>180</sup> Véase, e.g., Levinson, Sanford y Balkin, Jack M., “Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design”, *Minn. L. Rev.*, vol. 94, 2010, pp. 1789, 1856-1865 (que propone un número de soluciones potenciales al problema de “la dictadura constitucional,” entre las cuales mencionan una agencia ejecutiva independiente autorizada a promulgar una declaración formal de emergencia); Goodman, Rachel, Nota, “Imagining a Federal Emergency Board: A Framework for Legalizing Executive Emergency Power”, *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 85, 2010, pp. 1263, 1265 (que ofrece un “cuerpo administrativo autorizado a decidir si existe una emergencia, y de esa manera legaliza la acción ejecutiva relacionada racionalmente con tal emergencia”).

## VI. PROBLEMAS TEÓRICOS RESUELTOS

Como lo dije en la introducción, las emergencias constitucionales son interesantes porque desafían nuestras convicciones teóricas —más precisamente, nos obligan a repensar las creencias liberales profundamente sostenidas—. Las emergencias constitucionales parecen mostrar que sólo el poder, no el derecho y la justicia, permite a nuestras comunidades políticas sobrellevar momentos de crisis profundas. Por ello, razonarían los críticos del liberalismo, el lugar central en el panteón de nuestras virtudes políticas debe ser otorgado al poder, no al derecho y la justicia. Este es, en mi opinión, el núcleo del punto de vista de Schmitt<sup>181</sup> y su importancia radica en que, si el poder pre y super-legal son las fuentes últimas de autoridad (y no que la autoridad es la fuente última de poder), la visión liberal de la comunidad como una asociación unida por la aspiración de construir un destino común y proveer en común a los intereses de todos está condenada al fracaso. Como lo habría expresado Kant, estaríamos en última instancia justificados al tomar la ley en nuestras propias manos para hacer lo que cada uno piensa que cumple mejor con la propia idea de lo que nuestra comunidad política necesita.<sup>182</sup>

Hay una manera obvia en la que el liberalismo podría intentar aprobar el desafío de Schmitt, y es argumentando que durante las emergencias aún rige el derecho, ya que del poder ejercido por las autoridades constitucionales durante las crisis también deriva su autoridad del derecho. Es el derecho lo que habilita al presidente o al Congreso a adoptar medidas de emergencia que difieren en procedimiento y sustancia de las que ellos pueden adoptar durante tiempos normales. Las autoridades constituidas están capacitadas por ley a actuar como sea mejor para obtener la efectividad requerida para responder a las emergencias. Siendo así, la única distinción entre las decisiones adoptadas en tiempos normales y las adoptadas en tiempos de crisis es que las últimas pueden sufrir, por así decirlo, procedimientos de atajo y pueden variar en sustancia. No obstante estas dos diferencias, ambos tipos de decisiones son iguales legalmente hablando, y pueden por ello aspirar a la misma categoría de autoridad, ya que el autor de ambas es el *demos* que intenta realizar justicia. La respuesta dualista, siguiendo a Fere-

---

<sup>181</sup> Véase, *e.g.*, Dyzenhaus, David, “Schmitt v. Dicey...”, *cit.*, p. 2006 (que contrasta la visión de Carl Schmitt de que “un estado de emergencia es un vacío sin leyes... en el cual las acciones del estado no son limitadas por la ley” con la visión liberal que desea “un mundo donde toda la autoridad política está sujeta a la ley”).

<sup>182</sup> Véase Crone, Daniel M., “Historical Attitudes Toward Suicide”, *Duq. L. Rev.*, pp. 7, 27, vol. 35, 1996 (que resume las tres formulaciones del “imperativo categórico” de Kant).

john y Pasquino, la cual sugiere que haya dos vías de legislación—una para tiempos normales y otra para emergencias—, parece ser muy convincente. Ello es particularmente convincente cuando las situaciones de emergencia están legalmente previstas dentro del sistema constitucional. Tal como sucede con Argentina, en particular, ello es muy plausible desde el momento que las mismas están explícitamente contempladas por la Constitución. Cuando están incluidas en el texto constitucional, las medidas de emergencia no pueden socavar al proyecto liberal porque, después de todo, están legalmente autorizadas. Sin embargo, la idea de que una cláusula constitucional “legalice” las medidas de emergencia no puede ser en sí misma un argumento devastante para el desafío de Schmitt, porque no está del todo claro que una autorización legal en sí misma pueda hacer legal lo que está autorizado en algo más que en un sentido meramente formal.

Esta es precisamente la opinión de Dyzenhaus. Él piensa que autorizar legalmente al ejecutivo, o en todo caso al Congreso, cualquier ejercicio discrecional durante emergencias no implica subordinar la ley por debajo del poder. De tal suerte, si ello fuera así, entonces, no habría forma de salvar al proyecto liberal de la crítica de Schmitt.<sup>183</sup> Una autorización legal de este tipo sería desde este punto de vista inadmisibles. Lo sería porque habría sólo una apariencia de control sobre el poder político, una fachada de prioridad legal, porque lo que el Ejecutivo o el Congreso pueda aprobar no será necesariamente la ley sino una expresión de la voluntad del ejecutivo (o del congreso).

Dyzenhaus considera el desafío de Schmitt como particularmente penoso porque, para él, el valor de la ley tiene que ver con la sustancia.<sup>184</sup> Si se considera que el único objetivo de la ley es su contribución al cumplimiento de derechos y justicia, será muy difícil, como lo es para Dyzenhaus, aceptar la relajación de los límites y las garantías que generalmente permitimos durante las emergencias constitucionales —especialmente la relajación de las condiciones de revisión judicial—. Además, se encontrarán grandes dificultades para reconciliar el objetivo del derecho con la idea de las vías duales

---

<sup>183</sup> Véase Dyzenhaus, David, “Schmitt v. Dicey...”, *cit.*, p. 205 (“Una regla de declaración clara es normativamente vacua a menos que los jueces presuman que hasta que la legislatura les ordene lo contrario, el estado de derecho está completamente operativo... [Los jueces deben] producir fallos que preserven el estado de derecho en la mayor medida posible...para evitar que el ejecutivo opere bajo la forma de y por ello la legitimidad del estado de derecho sin estar limitado por su sustancia”).

<sup>184</sup> Véase *ibidem* (que expresa preocupación con “que se permita al ejecutivo operar bajo la forma de y por ello la legitimidad del estado de derecho sin estar limitado por su sustancia”).

de la legislación. Dicha relajación y el reconocimiento de vías duales para la legislación podría ser visto como una renuncia del derecho a dar cumplimiento de la justicia y al imperio de los derechos. Pero si tomáramos distancia de la idea de que el valor del derecho está necesariamente condicionado por la instrumentalización de la justicia y el cumplimiento de los derechos subjetivos, en tal hipótesis, podría uno pensar que el derecho tiene un valor asociativo. En otras palabras, estaríamos más predispuestos a valorar la capacidad del derecho en contribuir a la formalización del vínculo entre todos quienes aceptan estar unidos por la ley. Si ello fuera así, en tal caso, tal vez, bien podríamos aceptar la “respuesta dual”. Es que el “dualismo” no representa necesariamente una cortina de humo que tapa la abdicación del derecho frente al poder, sino, más bien, supone el reconocimiento de que el proceso legislativo puede necesitar adaptarse a las circunstancias históricas y que puede hacerlo sin tener por ello que resignar su capacidad de organizar la vida en comunidad.

## VII. CONCLUSIÓN

Hay un enfoque sobre las emergencias constitucionales alternativo al propuesto por Dyzenhaus. Según este enfoque alternativo, que a veces se denomina “extra-legalismo” y que algunos autores atribuyen a Locke,<sup>185</sup> los poderes de emergencia deben preservarse “extralegales”, por así decirlo, sin una reglamentación constitucional o legal y deben estar sujetos sólo al control del pueblo. Obviamente, una conclusión no es el lugar adecuado para hacer justicia a opiniones sobre asuntos constitucionales complejos. Sin embargo, aquí sí quiero recalcar algo sobre mi propio punto de vista, para el cual el “extra-legalismo” sirve como contrapunto iluminador. He razonado que la mejor manera de responder a las emergencias constitucionales es a través de arreglos institucionales como el *senatus consultus ultimum* que impiden que los políticos utilicen los poderes de emergencia a menos que ello sea absolutamente necesario. Uno de los argumentos a favor de mi propuesta, en parte, se aprecia en el hecho cierto de que estando frente al uso de los poderes de emergencia, no es sensato albergar grandes expectativas de control de parte de los jueces. El extra-legalismo, por lo tanto, no espera demasiado de los jueces. Y es por ello, asimismo, que los extra-legalistas tienen la inclinación a

---

<sup>185</sup> Véase, e.g., Corbett, Ross J., “The Extraconstitutionality of Lockean Prerogative”, *Rev. Pol.*, vol. 68, 2006, pp. 428, 429 y 430 (que expone el uso del “poder extra-legal” bajo una interpretación común de Locke).

apoyar la idea de que el control de los poderes de emergencia lejos de estar en la cabeza de los jueces debiera más bien estar sobre la espalda de una ciudadanía movilizada.

Dado que el extra-legalismo no confía en los jueces, es importante señalar un elemento adicional. A tono con esta posición, sostengo que no se deben dejar los poderes de emergencia sin regulación. Si se quiere evitar el mal uso de los poderes de emergencia, por ejemplo, podría repensarse el artículo 99, inciso 3, Constitución de Argentina. En este sentido, el extra-legalismo resiste el intervencionismo judicial, aunque, de todos modos, también es renuente a confiar en el juicio de ciudadanos. El extra-legalismo considera bastante improbable que los ciudadanos pudieran contar con la información necesaria para poder tomar una decisión debidamente informada, mi versión concede el poder de tomar decisiones al más capacitado para saber qué es lo que hay que hacer en las nefastas circunstancias de las emergencias constitucionales, más precisamente, al presidente.