LEY Y EMERGENCIA. PRINCIPIO Y CONTINGENCIA

Por Dr. Rodolfo C. Barra

Este trabajo forma parte de la obra colectiva "Emergencia Sanitaria Global: su impacto en las instituciones jurídicas", publicada recientemente por la Editorial RAP, puesta generosamente a disposición de los lectores, por el profesor Rodolfo C. Barra, a quien agradecemos.

Directores: *Dres. Rodolfo C. Barra - Martín Plaza*

Coordinador: *Dr. José Gabriel Chibán*

Prólogo a cargo *del Dr. Rodolfo C. Barra*

Acceder a obra colectiva completa

SUMARIO

I. Los derechos 03

II. El título superlativo 04

III. El ejercicio de los derechos. La *ley particular* 06

IV. La ley heterónoma 08

V. Las leyes indisponibles 10

VI. La policía y la regulación administrativas 12

VII. La ley indisponible y la alteración de los derechos 14

VIII. La cuestión de la emergencia. nuestro sistema constitucional 17

IX. La emergencia en el "texto complementario" constitucional 20

IX.I. Emergencia y crédito público 24

IX.II. La situación de emergencia en el ordenamiento jurídico nacional y en el "sistema CIADI-BIT" 25

IX.III. La doctrina ciadi sobre la emergencia en el caso argentino 27

X. Emergencia y subsidiariedad 33

"Es cierto, la palabra 'peste' ha sido pronunciada, y también, en este mismo momento, una o dos víctimas han sido atrapadas y abatidas por la enfermedad. Sin embargo, esta podría terminar, o ser derrotada.Reconocer lo que tendría que ser reconocido es sólo una cuestión de lucidez; disipar las sombras extrañas, y hacer lo que es necesario que sea hecho".

(Albert Camus, La Peste).

Nunca es equivocado encarar las nuevas circunstancias recurriendo, además de a soluciones actuales, a viejos –o mejor, *clásicos*– principios. No siempre resultarán de total utilidad, pero generalmente suelen iluminar el camino, guiar la acción a desarrollar: en definitiva, esa es la función de los principios: inspirar, iluminar, guiar.

Recordar algunos principios relativos a *la ley* (en sentido lato, es decir, toda norma jurídica, sin importar su fuente orgánica) y a *los derechos* puede ser útil en estos momentos de emergencia. Claro que los argentinos tenemos un gran ejercicio en la materia, aunque todo parece indicar que esta será la crisis más grave, profunda, arrolladora, que hemos conocido en la historia. Por esto es bueno volver a reflexionar sobre el tema.

Gran parte de las ideas que expondré a lo largo de este trabajo ya las he desarrollado en diferentes publicaciones. Quizás haya aquí algún aporte nuevo, o resulte útil la manera de presentarlo. Lo cierto es que arriesgo caer en falta de originalidad, pero no todos los que lean estos párrafos habrán leído mis libros[1], mientras que los que pasaron por esa especial experiencia (la calificación valorativa la dejo al lector) además de ser pocos, han demostrado ya una gran generosidad para conmigo. Quizás quieran repetirla (la experiencia y la generosidad) a cambio de recibir un envase algo nuevo para un viejo (clásico en sus fuentes) producto.

1. Sobre el particular, desde mi *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1978, hasta el *Derecho Administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Rap-Astrea, 2108, pasando por el *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

I. LOS DERECHOS

Podemos aproximarnos a una definición muy sencilla del derecho personal o subjetivo (por oposición al derecho entendido como norma: el ordenamiento normativo) diciendo que es, simplemente, lo *debido al otro*. El derecho es el objeto de la virtud de la justicia, precisamente, el hábito que nos impulsa a dar al otro lo debido –el "derecho del otro"– hasta su completa cancelación.

Claro que la pregunta inmediata es: ¿cómo identificamos lo debido? Aquí aparece la noción de "título", es decir, la fuente del "derecho del otro", y de nuestra obligación a cancelarlo o satisfacerlo.

El primer título, el más amplio en una sociedad libre con economía de mercado, es el que resulta del acuerdo voluntario entre partes. En este acuerdo se establecerán las prestaciones recíprocas y sus modalidades de cumplimiento, como también las consecuencias del incumplimiento. El "derecho del otro" es lo que el *título* determina.

Se tratan aquellas de relaciones jurídicas (que son también relaciones de justicia) voluntarias, convencionales, distributivas o conmutativas (no interesa ahora mayor precisión), donde la más importante es la que resulta del contrato o convención de objeto patrimonial. Estas relaciones jurídicas, y la ley que las "soporta" (luego precisaremos), son *título* del "derecho del otro".

Luego se encuentran las relaciones jurídicas que nacen no de la voluntad de las partes sino directamente de la ley, y del hecho que esta considera como hipótesis (filiación, hecho ilícito, etc.). En cualquier caso, el *título* se encuentra exclusivamente en la ley, sin la participación de la voluntad de las partes.

Notemos que este título, aunque proceda de la voluntad de sólo un sujeto, generará siempre un derecho que se posee en "alteridad", frente a otro, normalmente en una relación de prestación y contraprestación, incluso con relación a un "otro consecuencial", como "consecuencia" del "poder jurídico" que un sujeto ejerce sobre una cosa (como derecho a persecución o preferencia de la cosa con respecto a un "otro", arg. Art. 1882 y sigs., Código Civil y Comercial, CCC). Desde

esta perspectiva, los derechos son siempre comunitarios: no hay derecho si no hay otro, lo que también indica que no hay derecho sin un deber hacia el "otro" concreto o, siquiera potencial, con relación al "otro" comunitario.

Por otra parte, hay que advertir que no se posee, en abstracto, ningún "derecho", sino que uno es titular de un "*derecho-a*", a que me den tal cosa, a que hagan esto en mi favor o me dejen hacer aquello. Si el derecho es lo debido, nadie debe en abstracto, como principio, sino que se deben bienes o conductas concretas a un sujeto concreto. De la misma manera, este sujeto debe sólo bienes o conductas concretas a otro sujeto concreto; es así como derechos y obligaciones ingresan al patrimonio de las personas humanas o jurídicas.

Pero antes de continuar con el razonamiento anterior, deberemos considerar a otro tipo de derechos, cuyo título tiene una particularidad y significación especiales.

II. EL TÍTULO SUPERLATIVO

Las relaciones jurídicas que podría entablar un sujeto se verían muy limitadas si él, por ejemplo, no pudiese poseer bienes en propiedad, o si no pudiese circular más allá del ámbito de una determinada ciudad, o si sólo pudiese contratar con los de su raza, o, mucho peor, si estuviese por cumplir con una sentencia de muerte.

Así, entonces, para poder exigir y cumplir con lo debido (con lo que *me es* debido por el otro y con lo que *le es* debido al otro) es necesario contar con una base, un título fundamental que genera un "debido fundamental" para luego ser consolidado en un "debido de ejercicio concreto".[2]

Tal "debido fundamental", o "derecho fundamental" es lo que debe la comunidad política (el "ordenamiento jurídico",[3] también "Estado" o "Gobierno", como conductor del ordenamiento) a cada uno de sus miembros concretos.[4] Es lo que el *Estado debe a sus miembros* y a todos aquellos que estén sometidos, siquiera

2. Recordemos siempre que el derecho es lo debido en alteridad.
3. Utilizamos los términos "ordenamiento jurídico" siguiendo a Romano, Santi en *L'Ordinamento Giuridico*, 2ª ed., Firenze, Sansoni, 1945, con las precisiones que hemos hecho en Barra, Rodolfo C., *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, T. I, Cap. 1.
4. A todos y cada uno, sin exclusiones, ya que la discriminación arbitraria, tanto personal como por colectivos, sería una contradicción ontológica con el mismo sistema.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

accidentalmente, a su jurisdicción, lo que estos pueden reclamarle como un derecho propio. Así, por ejemplo, *el derecho a* la propiedad, trabajar, comerciar, participar del proceso político, etc.

¿Cuál es el título? El título se encuentra en la propia dignidad humana. Lo identificó con excelencia Juan Pablo II en la encíclica *Centesimus annus* (nº 34): aquello "que *es debido al hombre porque es hombre*, en virtud de su eminente dignidad" (destacado en el original).

Veamos. "Lo debido al hombre", esto es, el derecho del hombre, "porque es hombre", por su propia humanidad, condición que, en sí misma y sin otro aditamento genera, en todo ser humano, una "eminente dignidad". Es una "dignidad", aquello que es merecido (debido) en razón del valor de quien la porta, el valor que resulta de la humanidad. Es eminente, es decir, sobresaliente, de mayor altura, por sobre todas las otras dignidades, suprema. La humanidad (ser un humano, poseer ADN humano) es también un título jurídico supremo que obliga primero a la comunidad política, y también a todos los otros sujetos. Pero fundamentalmente a la comunidad política que es la responsable de cumplirla y hacerla cumplir.

Esta idea tiene una larga tradición y es propia de nuestra cultura judeo-greco-cristiana. Fue expresada en el Génesis, en el inicio y razón de todas las cosas, considerada por los filósofos clásicos, recibida por los pensadores musulmanes, llevada a su excelsitud en los filósofos escolásticos y neo escolásticos, y, en definitiva, receptada por el iluminismo e individualismo modernos.

Así, en el inicio del "constitucionalismo", tanto en la Declaración de la Independencia estadounidense de 1776, como en la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, de 1789, se afirma, como "verdad evidente por sí misma", que todos los hombres han sido dotados por el Creador "de ciertos derechos inalienables" (Declaración de la Independencia), a los que la Declaración francesa identifica también como "naturales, inalienables y sagrados", además de "imprescriptibles".

Ambos documentos afirman que los gobiernos existen para garantizar estos derechos, lo que además de ser un anticipo fundamental del *principio de*

subsidiariedad, identifica a los sujetos de estas relaciones jurídicas básicas, de sostén de todo el edificio jurídico: uno el hombre, sólo por su condición de humanidad, y el otro el gobierno a cuya jurisdicción ese hombre se encuentra alcanzado. En estas condiciones aquellos derechos fundamentales dejan de ser abstractos: son vigentes siempre, y exigibles apenas se los viole o "aliene" o lesione o disminuya de alguna manera capaz de producir daño.

Los gobiernos deben asegurar estos derechos en la máxima medida posible: 1) con un marco jurídico adecuado (la ley), como soporte mismo del ordenamiento jurídico; 2) con prestaciones concretas en situaciones concretas, como la seguridad pública, la sanidad, la atención a las carencias de bienes mínimos y vitales, etc.

Como es sabido, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial en adelante, las organizaciones internacionales y regionales han producido actos con contenido normativo, especialmente en materia de "derechos humanos",[5] donde se expresan los principios que acabamos de enunciar.

III. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS. LA LEY PARTICULAR

Los "derechos humanos" se ejercen de dos maneras: 1) frente al Estado, cuando éste no los asegura debidamente, en el caso en que sea el mismo Estado el obligado a la prestación (por ej., negativa de atención en un hospital público); 2) frente a otros iguales, en las relaciones jurídicas voluntarias o no voluntarias.

En cualquiera de los dos casos la realización concreta de los derechos se deberá ajustar a la ley que regule tal ejercicio, como lo dispuso con gran acierto el constituyente argentino en el Artículo 14 de la Constitución de 1853, aún vigente.[6]

Ahora bien, en una sociedad libre existen dos tipos de "leyes" (normas jurídicas): las de creación particular (por las partes en la relación jurídica), y las de creación pública, gubernamental. Con relación a los sujetos que ejercen el derecho, las primeras son "autónomas", mientras que las segundas son "heterónomas".

5. En la Argentina muchos de ellos tienen jerarquía constitucional, conforme con el sistema establecido en el Art. 75.22, de la Constitución Nacional.
6. "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio [...]" (sigue un elenco de derechos).

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Las "leyes" autónomas, o también "particulares" en el sentido que rigen para las partes, son creadas en las convenciones,[7] patrimoniales o no. En estas convenciones las partes regulan sus derechos, conforme lo previsto en el Artículo 14 de la Constitución.

Por *ejemplo*, Juan regula su derecho a transitar en el contrato de transporte que celebra con Pedro (empresa de trasporte) quien, en el mismo contrato, regula su derecho a ejercer industria lícita, pero ambos para su caso concreto (aunque con una regulación igual o semejante a un número indefinido de otros casos –lo que podemos denominar "mercado"– y sin perjuicio de lo dispuesto en la "ley heterónoma"). El valor normativo del contrato estaba muy bien definido en el Artículo 1197 del viejo Código Civil argentino: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". El nuevo Código Civil y Comercial mantiene la misma idea cuando, en el Artículo 957, define: "Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales". A nuestros efectos, la claridad del texto ahorra cualquier comentario.

Así entonces, resulta imposible ejercer cualquier derecho sin regularlo ("autorregularlo") al mismo tiempo. Además, *toda regulación supone alguna limitación*, porque cada parte debe también conformarse al bien pretendido por la otra, hasta que ambas pretensiones se "ajusten" recíprocamente, en una igualdad definida, fundamentalmente, por el concurso de ambas voluntades. Estas limitaciones voluntarias, en la medida que cumplan con el Artículo 19 *in fine* de la Constitución –"Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"– serán válidas, ya que se suponen establecidas libremente en persecución del propio interés del sujeto.

Claro que hay derechos que se ejercen, digamos, automáticamente. El ejercicio del derecho a la libre expresión no admite regulación legal previa y también, en

7. Los actos jurídicos unilaterales, como el testamento o la donación, son excepciones autorizadas por la ley (heterónoma), aunque sus efectos jurídicos no dejan de requerir el acuerdo voluntario del sujeto beneficiado por el acto. Los hechos jurídicos, por su parte, producen los efectos creados por las leyes, también heterónomas.

ciertos casos, sería inválida la regulación contractual (Juan contrata publicidad en un medio a cambio de crítica positiva).

Pero el ejemplo más claro, y de total singularidad, es la vida: el derecho a la vida (Art. 3º, Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDH) no admite regulación ni limitación alguna. Su obligado es el Estado, aunque estrictamente carece de contraprestación, si bien podría sostenerse que la contraprestación es la obligación del individuo al respeto y protección, en la medida de sus posibilidades razonables, de la vida de cualquier otro individuo.

IV. LA LEY HETERÓNOMA

La "ley" mencionada en el Artículo 14 de nuestra Constitución es la que hemos denominado "heterónoma", esto es, la norma proveniente del "centro de poder del ordenamiento jurídico",[8] cualquiera sea su órgano de producción válida. Tomás de Aquino la había definido como "una prescripción de la razón, en vista del bien común, y promulgada por quien tiene el gobierno de la comunidad".

La ley (conforme con el Aquinate, reservemos ahora este nombre para la norma heterónoma, pública) es como el sostén del ordenamiento, su "providencia" tomando por analogía el sentido teológico del término. Sin la ley, el ordenamiento desaparece. En definitiva, en lo que aquí nos importa, las convenciones particulares (las normas autónomas) caerían en el vacío si no fuese por lo que se llama el "marco jurídico": el mercado existe porque existe una regulación sobre los contratos, una previsión sobre los efectos del incumplimiento, un sistema judicial (regulado por la ley) para forzar la realización del "dar a cada uno lo suyo", propio de la relación de justicia que es también relación jurídica.

Pero la ley también sostiene la vida del ordenamiento no solo por presencia (como en el caso anterior) sino *por imposición, cuando manda o prohíbe* (Art. 19, CN); es decir, *cuando impone, en su regulación, límites imperativos a ciertas modalidades del ejercicio de los derechos*. Esta es la ley normalmente denominada "de orden público", que incide de manera imperativa sobre aspectos (los que ella determina) de la relación jurídica.

8. Ver Barra, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, Cap. Primero.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Se trata de la preeminencia del bien común sobre el bien particular, aunque en definitiva sea en, precisamente, beneficio del bien de cada individuo. La filosofía aristotélico-tomista consideraba a éste como un fenómeno propio de la denominada "justicia general, legal o del bien común", esto es, la que obliga a orientar todas nuestras acciones al bien común. Desde esta perspectiva, ninguna acción (jurídica o no) será virtuosa si no es conforme con el bien común, al que nos inclinamos, habitualmente, de manera espontánea. Por esto es "justicia del bien común", y es "legal" porque la "medida" de nuestra obligación con el bien común la establece la ley, mientras que es "general" porque, cabe repetir, incide sobre todas nuestras acciones (no sólo las relaciones jurídicas) como el sol sobre todo lo creado, decía, con algo de poeta, Tomás de Aquino.

En el plano de las relaciones jurídicas la ley (medida de la justicia general) se hace presente de dos maneras: *dispositiva o imperativa.* La primera es la más frecuente, y actúa en subsidio de la voluntad de las partes, que pueden aplicarla o no, a plena voluntad. Incluso el mismo sistema gubernamental de garantías judiciales sobre el cumplimiento de lo pactado es subsidiario (aunque no puede ser totalmente renunciado de antemano), salvo en lo que se trate de protección de personas menores de edad y personas con discapacidad intelectual o mental. La segunda, la imperativa, es excepcional y de interpretación restrictiva. Aquí lo que la ley manda o prohíbe, en razón del bien común, no puede ser materia de opción, de morigeración, de renuncia.

El CCC es muy claro en el punto. Después de afirmar el efecto normativo particular del contrato en sus Artículos 957 (ya visto) y 959: "*Efecto vinculante.* Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos que la ley prevé", enuncia el principio de la autonomía de la voluntad (Art. 958): "*Libertad de contratación.* Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres". La ley antes mencionada es la imperativa, sin perjuicio de que la regla general prescriba que las leyes son dispositivas (Art. 962): "*Carácter de las normas legales.* Las normas legales relativas a los contratos son supletorias a la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible". Finalmente, los

Artículos 963 y 964 establecen el orden de prelación de las normas: primero, las normas imperativas; segundo, las normas del contrato; por último, las normas supletorias, disponibles por las partes.

V. LAS LEYES INDISPONIBLES

En todas las ramas del sector normativo del ordenamiento jurídico es posible encontrar leyes (heterónomas) indisponibles. En algunas de aquellas ramas la totalidad de las normas que la integran es, por su propia naturaleza, indisponible, como ocurre en materia penal o tributaria (salvo excepciones).

Dejando aparte lo señalado arriba, podemos intentar una clasificación de las normas indisponibles según sus efectos, partiendo de un principio general: la contradicción con las normas indisponibles incide ya sea sobre la validez del acto jurídico (sobre la misma relación jurídica, total o parcialmente) y/o sobre las consecuencias del hecho jurídico (una sanción contra el autor del hecho).

El Artículo 257 del CCC establece: "El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas". Una infracción de tránsito es un hecho jurídico que hace nacer una relación jurídica con la Administración, generando en ella el derecho de percibir del infractor una multa, a la vez que la obligación de respetar el debido proceso y la no discriminación, en favor del infractor. Desde la perspectiva del infractor, aquella relación jurídica es título del derecho de éste a ser sometido al proceso de ley y de su obligación

de pagar la multa. Naturalmente, en el ejemplo, el hecho jurídico es consecuencia del tratamiento que la norma otorga al acto voluntario realizado por el infractor en las condiciones previstas en el Artículo 260, CCC, y también, en ocasiones, de su actuación involuntaria (Art. 261).

En ciertos casos no se permitirá la consumación del acto contradictorio o violatorio, y así es que, por ejemplo, el oficial público deberá negarse a celebrar y registrar un matrimonio civil ante la evidencia (por resultar de los mismos registros públicos) de la existencia de impedimento de ligamen en uno o ambos de los

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

peticionantes; en otras hipótesis, será el juez el que declarará la invalidez *ex tunc* del acto afectado (nulidad absoluta del matrimonio celebrado con impedimento de ligamen), ya sea de oficio o petición de algún legitimado.[9] Podemos denominar a esta categoría de normas como "de orden público civil" o también "imperativas de derecho privado".

Otro tipo de normas imperativas no miran tanto a definir un elemento esencial para la validez del acto sino a castigar su mera producción, o la omisión de producirlo. Por ello su característica principal es otorgar competencia a un órgano del Estado a intervenir de oficio, investigando, inspeccionando, comprobando, y, en su caso, frente a un determinado hecho activo u omisivo, imponer una sanción, sin que ello importe necesariamente la invalidez de la relación jurídica con ocasión de la cual la infracción ha sido cometida. Estas son las normas penales y las de "policía" y de "regulación" administrativa.[10]

La contravención o falta supone la necesaria invalidez administrativa del acto infractor, ya que de ser válido no sería sancionable, pero no necesariamente la invalidez "civil" de aquél. Esto puede ocurrir en materia regulatoria, donde es posible que la norma persiga desalentar una determinada actividad imponiendo cierto tipo de sanciones (p. ej., pérdida de beneficios) pero sin invalidar la relación jurídica que el infractor, en ejercicio de aquella actividad, pudo haber celebrado con un tercero. En otros casos pueden sumarse la invalidez civil y la sanción administrativa, que hasta podrían vivir vidas separadas. Así, por ejemplo, la infracción laboral, por pago de un salario inferior del mínimo autorizado por la ley, infracción comprobada de oficio por el inspector de policía del trabajo, traerá aparejada una sanción, desde multa a clausura del lugar de trabajo, y también la invalidez del efecto cancelatorio del pago del salario (aunque no la invalidez del contrato de trabajo afectado), sin perjuicio del derecho del empleado a

9. Ver nuestro *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, T. 2, Cap. XV.
10. Obviamente no es este el lugar para discutir las similitudes y diferencias entre la materia penal y la de policía administrativa (dejemos por ahora a las normas regulatorias). Baste señalar que las infracciones penales deben ser tipificadas por ley del Congreso ("delito"), prevenidos por la policía de seguridad, perseguidos por el Ministerio Público, juzgados por el Poder Judicial, con su policía judicial o la que la sustituya, mientras que las infracciones administrativas ("contravención", "infracción", "falta") pueden ser tipificadas por norma administrativa (mediando competencia atribuida por la ley), prevenidos y constatados por la policía administrativa (puede colaborar la policía de seguridad), y sancionados por un órgano de la Administración Pública (aunque tenga naturaleza jurisdiccional) mediante acto administrativo, que será recurrible ante el Poder Judicial según lo regulen las leyes procesales.

considerarse despedido sin causa y/o a reclamar las diferencias salariales pagadas en menos. Pero el empleado podrá no demandar la diferencia salarial, o al menos no podrá demandar las diferencias ya prescriptas (no hay nulidad absoluta).

VI. LA POLICÍA Y LA REGULACIÓN ADMINISTRATIVAS

El estudio de los fenómenos jurídicos exige, habitualmente, la identificación de "institutos", es decir, un cuerpo o conjunto coherente de normas y de jurisprudencia asentada, también de doctrina ya no controvertida, que admiten la interpretación integrativa recíproca y, sobre todo, la elaboración de principios y su aplicación práctica, en un juego, digamos natural, no forzado, de las reglas lógicas de la deducción y de la inducción. La utilidad del "instituto" reside en la simplificación del estudio del fenómeno jurídico por él abarcado, la facilidad que otorga a la interpretación de las normas, la adaptación y mejoramiento paulatino de estas, en fin, la evolución científica y la mejor satisfacción de la finalidad ínsita en toda norma jurídica: la realización del bien común por medio del afianzamiento de la justicia, para utilizar el lenguaje del Preámbulo de nuestra Constitución.

Así se ha desarrollado el ya más que centenario instituto de la "policía administrativa". En la etapa del "estado liberal abstencionista"[11] (hasta el "*new deal*" en USA y la reconstrucción de posguerra en Europa, sin perjuicio de las experiencias fascistas, felizmente fracasadas), la "policía" importaba una especial forma de intervención normativa y de ejecución administrativa (con las características vistas más arriba) en materias de moralidad, seguridad y salubridad públicas, con incidencias excepcionales sobre las actividades económicas, en general por las propias consecuencias de las medidas de policía correspondientes a aquellas tres grandes categorías (por ej., incidencias de medidas de seguridad industrial sobre los costos empresariales).

Luego, por imperio de las circunstancias –por necesidades subsidiarias impuestas por la realidad, y también, en algunos casos, por excesos de ideologismo–[12] el Estado amplió su rango de intervención a través de tres instrumentos principales:[13] la "publificación fuerte", a través de la expansión del modelo del "estado

11. En lo que sigue simplificaré quizás en exceso, pero obligado por la naturaleza meramente expositiva sumaria, de la cuestión tratada en el texto. La simplificación siempre comporta el peligro de caer en la superficialidad del análisis, por lo que pido disculpas al lector.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

empresario" (titular de determinados medios de producción: empresas públicas), con grandes efectos económicos y jurídicos; la "publificación intermedia", a través de la expansión del régimen jurídico del servicio público, especialmente al ser prestado por empresas de propiedad estatal; la "publificación ligera", a través de la regulación.

Denominar "publificación ligera" a la regulación es, sin duda, una simplificación. Hay regulaciones que importan una publificación más fuerte que la misma estatización de empresas, pero en el texto sólo apuntamos a destacar que, en la lógica del instituto, como en la policía, la regulación sólo incide sobre determinados aspectos de la relación jurídica de derecho privado, sin "publificar" a la misma relación. En cambio, según nuestro criterio, la publificación por estatización de empresas (el término también abarca a las empresas estatales desde su origen, es decir, las creadas como estatales) o por calificación de una determinada actividad como servicio público, importan la publificación o sometimiento a un régimen de derecho público de sus relaciones jurídicas esenciales y definitorias. Existiría también una cuarta categoría –¿la podríamos denominar "publificación muy débil"?– que se presenta en el *fomento económico*, es decir, la promoción de la actividad industrial privada. Este, si bien puede alcanzar una gran trascendencia económico-intervencionista, no tendría mayor efecto en las relaciones jurídicas a celebrar por el sujeto fomentado (salvo en lo que hace a la misma relación de fomento). Cuando como consecuencia del fomento, se impone al fomentado una regulación intensa sobre el modo de ejercer su actividad empresaria, estaríamos ya en el instituto de la regulación administrativa, además del fomento en sí mismo.

Surge así, independizado de la "policía", *el instituto de la regulación administrativa*, de la mano del "estado de bienestar", que es también un "estado regulador". ¿Cuál es la característica principal del instituto?

---

12. El ideologismo "negativo", del temor y el ideologismo "positivo", de la creencia en las virtudes de la intervención estatal. El primero estaba forzado por el temor del avance comunista soviético (en la guerra fría, temor tanto al avance expansionista soviético como al avance del sistema comunista en sí mismo) que obligaba a un modelo, en líneas generales, "keynesiano" de "estado social" o "estado de bienestar"; el segundo ("ideologismo positivo"), por la sincera aceptación de los principios del socialismo moderado, democrático, incluso, ya hacia el final de la "guerra fría", del "comunismo sin Moscú" o "eurocomunismo". Ambas razones se confundían en el sostén y desarrollo del "estado de bienestar", que no podía sino ser un "estado regulador" en el sentido que veremos en el texto.

13. Señalo los que creo interesan más específicamente a los efectos de este artículo. Dejo de lado otros medios de política económica, como la monetaria, la laboral (por su incidencia en la oferta y la demanda y, por ende, en los precios), la tributaria, etc.

La regulación administrativa importa la creación de normas heterónomas (ya sean legislativas o administrativas) que imponen, por mandato positivo o por mandato prohibitivo, una determinada manera de desarrollar una también determinada actividad, generalmente industrial, pero también de servicios, financiera, etc. La característica de la regulación, para que se mantenga como tal sin convertirse en una estatización solapada (a la manera de la "*creeping expropriation*" en materia de derecho internacional económico)[14] consiste en su incidencia parcial, sobre determinados aspectos (normalmente trascendentes) de la actividad regulada. Como en la policía (de la que, en realidad, es una especie: "policía económica"), la regulación atribuye competencia a una organización administrativa (que puede estar dotada de personalidad jurídica propia) para dictar normas, interpretarlas, inspeccionar, sancionar, realizar actividad jurisdiccional (incluso resolver conflictos entre el regulado y un tercero, con ocasión de la actividad regulada).[15]

VII. LA LEY INDISPONIBLE Y LA ALTERACIÓN DE LOS DERECHOS

Conforme lo que llevamos visto hasta el momento, el conflicto entre el derecho del sujeto –el derecho que el sujeto quiere hacer valer o ejercer– y la ley que reglamenta su ejercicio, se producirá frente a la norma heterónoma *indisponible*. Es que la norma heterónoma *disponible* no provoca problema, dado que su aplicación es voluntaria, de tal manera que hasta podría sostenerse que, en tanto asumida por la voluntad de las partes, actúa a guisa de norma autónoma, también por omisión, es decir, en subsidio de lo previsto por las partes. En cualquier caso, las normas autónomas, por ser voluntarias, es decir, por importar una voluntaria reglamentación del ejercicio del derecho que se intercambia en la relación jurídica, no pueden por definición generar conflicto alguno, salvo en lo que se vea "alterado" por una norma indisponible, pero entonces la cuestión será provocada por la norma indisponible, siempre heterónoma, y no por la norma autónoma, siempre disponible por acuerdo de partes.

La primera parte del Artículo 19, CN, es de una construcción sobresaliente: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios,

14. Ver nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 4, Cap. 42, & 100, Buenos Aires, Ábaco, 2011.
15. Recordemos que el nuevo Art. 42, CN, se refiere, también, a la regulación administrativa.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

y exentas de la autoridad de los magistrados". Por "acciones privadas" no sólo debemos considerar a las realizadas en el ámbito de la intimidad, sino también a las relaciones jurídicas particulares (privadas) que no perjudican a otros (incluso a la contraparte, si es perjudicado en violación del acuerdo, por ej., frente al incumplimiento contractual), y que no dañan la moral pública ni el orden social. Estos son actos que tienen la fuerza de "publificar" lo privado. De ocurrir, corresponderá la intervención de la "autoridad de los magistrados", de los legisladores, jueces y administradores, que actuarán, preventiva y represivamente, para evitar y/o reparar y/o castigar la "ofensa".

El constituyente argentino sentó un principio genérico de gran sabiduría a los efectos de resolver tal inevitable conflicto. Así después de determinar, en el Artículo 14, que los derechos se ejercen conformen con las leyes que lo reglamenten (al ejercicio), el Artículo 28 prescribe: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Nótese que nuestra Constitución no admite, en sentido estricto, la reglamentación del derecho en sí mismo, sino sólo del modo de ejercicio de tal derecho. No se reglamenta el derecho porque no se puede reglamentar la dignidad humana, que es el "título" de tal derecho. En cambio, sí se puede reglamentar el modo de ejercicio, esto es, incidir sobre el "título" según el cual el derecho se ejerce, creando así una suerte de "título" heterónomo, no voluntario, con preeminencia sobre el voluntario, cuestión que es importante de tener en cuenta a los efectos de la validez de la *intensidad* de la reglamentación.

Desde esta perspectiva, la inteligencia de la expresión "alterar", utilizada por nuestro constituyente, no debería ofrecer ninguna complicación insalvable. La "alteración" comporta una perturbación o daño a la *sustancia* del derecho[16], es decir, la fuerza de la afectación al ejercicio es de tal intensidad que tiene como resultado dañar al derecho en su misma existencia, hacerlo ineficaz, al menos para la hipótesis concreta que interesa al afectado.

---

16. Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en "Peralta, Luis c/ Estado Nacional", *Fallos*: 313:1529 (1990).

El expuesto arriba es un principio cuya aplicación en el caso concreto dependerá, además de las circunstancias, de la sabiduría y prudencia del juez. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han ido desarrollando otros principios instrumentales con respecto al anterior, más general, que permiten orientar la actividad del intérprete. Veamos los más importantes:

1. Toda norma heterónoma, incluso las imperativas, se encuentra beneficiada por una presunción genérica de constitucionalidad, pero que decrece en razón del derecho y/o del sujeto afectados:

1.a. si el ejercicio del derecho se vincula directa e inmediatamente con la dignidad humana, como la libertad religiosa, de elección estado civil, de expresión, etc. (por ej., una restricción en el ejercicio del comercio gozará de mayor presunción de validez constitucional que una restricción en el ejercicio de la elección de estado) o

1.b. si el derecho quiere ser ejercido por un sujeto perteneciente a una minoría que, de acuerdo con las circunstancias, por historia, prejuicios culturales, etc., se la considera vulnerable o desprotegida, y la afectación aparece, en principio, vinculada a tal pertenencia.

En estos casos la presunción de constitucionalidad decrece tanto que se convierte en una presunción de *inconstitucionalidad*, y así el Estado (persona jurídica que da subjetividad a la autoridad creadora de la norma) se encontrará obligado a:

2. Demostrar (razonablemente convencer al juez, si fuese necesario con medios de prueba, como pericias científicas, etc.) que la norma restrictiva responde a un "interés sustancial" del ordenamiento (el "*compelling interest*", de los norteamericanos[17]). Esto es, que existe un bien comunitario trascendente, de gran importancia para la subsistencia, desarrollo, tranquilidad, paz, de la comunidad política, que estaría seriamente amenazado de no mediar la restricción (se trata de nuestro viejo conocido, el *bien común*, valorado en la circunstancia concreta);

17. Ver nuestro *Temas de Derecho Público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, Tema VI, &III, A, 2.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

3. Demostrar (de la misma manera que en el punto anterior) que la medida restrictiva es *adecuada*, en términos de *eficacia*, para evitar aquel daño al interés sustancial comunitario;

4. Demostrar (ídem) que la medida restrictiva es la más *eficiente*, es decir, la que alcanza aquel fin "sustancial" (eficacia) con el menor costo posible; el costo se medirá en la misma restricción, en el tiempo de su empleo o vigencia (relacionando también "restricción" y "vigencia"), lo que implica que la medida sea *proporcionada* al mal comunitario que busca evitar, no imponiendo para ello una *carga indebida* o exagerada para el ejercicio del derecho;

5. Demostrar (ídem) que la medida restrictiva no busca perjudicar indebidamente a un individuo, grupo o colectivo en particular y, a la inversa, que no busca el beneficio indebido de un individuo, grupo o colectivo, salvo, entonces, que este beneficio, o aquel perjuicio, sea también requerido por el bien común.

VIII. LA CUESTIÓN DE LA EMERGENCIA. NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Si toda ley imperativa debe pasar por los "test" que hemos enunciado (sin profundizar) arriba, ¿qué sentido tiene el instituto jurídico de la emergencia? Para sancionar una norma imperativa, y por tanto restrictiva del ejercicio de los derechos, no se necesita la existencia de una situación de emergencia, ni mucho menos que esta se encuentre declarada por norma alguna.

Sin embargo, y sin duda en razón de que ni el legislador constituyente ni el legislador ordinario pueden prever las circunstancias extraordinarias futuras, ha sido conveniente desarrollar una suerte de doctrina jurídica de la "emergencia", cuestión que debe ser encarada con sumo cuidado para evitar que, bajo la razón de regularla se la institucionalice, se la convierta en un "instituto" en el sentido que hemos visto antes, en el numeral VI, y por esa vía se la "ordinarice" (aunque sin quererlo), tentación a la que no somos ajenos, ni indemnes, los argentinos.

Nuestra Constitución, en su texto principal[18], da poco empleo al término "emergencia". Sólo lo menciona expresamente una vez, en el Artículo 76, a los efectos de autorizar la delegación por el Congreso de competencias legislativas en el Poder Ejecutivo. El "estado de sitio" se encuentra justificado por "caso de conmoción interior" (Art. 75.29), que es una "emergencia", en tanto que situación grave y extraordinaria. También los supuestos previstos por el Artículo 6º, para justificar la intervención del Gobierno federal en las provincias, son "emergencias"; en cambio, la cuestión "urgente", que puede dar razón al dictado por el Poder Ejecutivo de un decreto de necesidad y urgencia (Art. 99.3) puede o no importar una situación de emergencia[19]. Lo cierto es que la Constitución, siempre en su "texto principal", no define a la "emergencia", que, en sí misma, es un suceso inesperado, de efectos dañosos, y que requiere de una acción inmediata para solucionarlo (en cambio, puede haber necesidad de respuestas urgentes que no respondan a emergencias), acción normalmente no habitual, en tal sentido, extraordinaria.

La emergencia es una situación de hecho, no subordinada a, ni necesitada de, declaración legal alguna (volveremos sobre esto más abajo). No es un "instituto" en el sentido que hemos visto en el numeral VI, o al menos no debería serlo más allá de lo que el "caso fortuito" alcanza para ser calificado como instituto, destinado a aparecer y desaparecer con el tiempo. ¿Por qué va a ser un instituto en sentido propio, cuando no requiere de reglas sustancialmente diferenciadas de las propias de las normas imperativas? Es de suponer que la emergencia no debe repetirse, ni debe durar más que un tiempo razonable. De lo contrario, la emergencia se convierte en normalidad.

Aun así, la "emergencia" (la verdadera, no la utilizada como excusa legislativa y, muchas veces, judicial) puede tener efectos cuando el hecho es calificable como

18. Recordemos que en la reforma constitucional de 1994 se les otorgó *jerarquía constitucional* a diversos cuerpos normativos del derecho internacional sobre derechos humanos, conforme con el régimen establecido en el Art. 75.22, CN. Estos cuerpos normativos son complementarios de los derechos y garantías reconocidos en el texto constitucional propiamente dicho, que por ello podemos denominarlo "texto principal", mientras que al numeroso conjunto de normas complementarias (las del derecho internacional sobre derechos humanos) las llamaremos, precisamente, "texto complementario", lo que no quita que, en tal carácter, tengan la misma jerarquía que el "texto principal", con valor normativo superior sobre el resto del ordenamiento subconstitucional, y con aptitud de participar del sistema interpretativo integrativo de todo el plexo constitucional. Sobre el particular, ver nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Cap. VII.

19. En nuestro *Derecho Administrativo*, T. 2, & 170, hemos tratado la distinción entre "urgencia" y "emergencia" a los efectos del dictado de un decreto de necesidad y urgencia.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

"caso fortuito" o "fuerza mayor", o "hecho del príncipe", en los términos de la legislación civil.

En estos casos, la declaración legislativa de la "emergencia" puede ayudar, aunque no sea determinante, a la resolución de un conflicto concreto. Pero tal declaración legislativa de la emergencia no podría, por sí sola, reemplazar la necesidad de prueba del caso fortuito (de la situación de emergencia), salvo que este sea un hecho público y notorio. Ciertamente, en orden a evitar abusos y violaciones de derechos humanos, así como la emergencia puede existir a pesar de la falta de su declaración legal, también podría no existir a pesar de la declaración legal, con efectos judiciales para el caso concreto.

Sin perjuicio de ello, tal declaración legislativa puede ayudar a la declaración de la intervención de una provincia o del estado de sitio, en los supuestos en que pueda hacerlo el Poder Ejecutivo, o bien justificar, como vimos, la delegación de competencias legislativas en el Presidente, o la atribución de competencias a la Administración que no serían otorgadas en situaciones de normalidad. Pero nada de esto requiere de una ley genérica previa, ya que en cada ley en particular (p. ej., la que declara el estado de sitio; la que delega una competencia legislativa) puede hacerse esta declaración, sin perjuicio de que, igualmente, estaría implícita en la misma ley.

Es decir, la manifestación legal genérica de la "emergencia" parece más una declaración política que una necesidad jurídica. Acaso, frente a la actual pandemia, ¿necesitaría el Presidente de la ley declarativa para dictar un DNU en las condiciones establecidas en Artículo 99.3, CN? ¿No hay normas suficientes que, por ejemplo, regulan las condiciones para la contratación directa para cualquier tipo y monto de contrato, o que autorizan a rescindir contratos por razones de oportunidad, o, en su caso, para prorrogarlos, renegociarlos, etc.? Y si no las hubiere, ¿no podrían ser sancionadas por vía de DNU? ¿No puede el Congreso sesionar *on line*, con una adecuada reglamentación por parte de las propias Cámaras[20]? ¿No puede perfeccionar el Poder Judicial las reglamentaciones para las tramitaciones judiciales *on line*?

20. Así lo acaba de recordar la Corte Suprema de Justicia en la causa "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidente del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza", sentencia del 24 de abril de 2020.

Fuera de estas últimas hipótesis que podemos denominar "organizatorias" (aunque también para ellas, en lo que corresponda), la emergencia no es otra cosa que la identificación del "interés sustancial" que el legislador (Congreso, Presidente, Administración) busca proteger o realizar mediante una determinada norma imperativa, la que deberá ser sometida a los "test" que hemos enunciado en el numeral VII, u otros más apropiados que vayan siendo perfeccionados, identificados, profundizados, por la doctrina y la jurisprudencia.

En definitiva, la "medida de emergencia" no es otra cosa que un ejercicio de la razón del legislador que debe proveer al bien común frente a circunstancias dadas, es decir, una cuestión de "justicia general, legal o del bien común".

IX. LA EMERGENCIA EN EL "TEXTO COMPLEMENTARIO" CONSTITUCIONAL

Las normas que estudiaremos en este numeral pertenecen tanto al derecho internacional como al derecho constitucional interno argentino (ver nota al pie 18). Este último aspecto, que es sobre el cual nos detendremos ahora, es de importancia en tanto su interpretación y aplicación, en uno y otro caso, ofrecen variaciones de trascendencia.

Obviamente no es este el lugar para estudiar esas diferencias, aunque podemos citar una a continuación. En tanto que normas internacionales de las Convenciones sobre Derechos Humanos, la Argentina podría argumentar su inaplicación en base a lo dispuesto por el Artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: un Estado puede alegar vicio de consentimiento (para inaplicar el tratado o convención internacional, o una norma de ellos) cuando éste sea manifiestamente contradictorio con una norma fundamental de su derecho interno, previsión que, por lo demás, coincide con el Artículo 27, CN, que encomienda (otorga competencia) al Gobierno federal celebrar tratados "que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". Esta norma de inaplicación no podría ser alegada en el supuesto de los convenios internacionales que forman parte del "texto complementario" de la Constitución, los que, por esa misma calificación constitucional, forman parte de la Constitución y, por definición, no pueden contener contradicciones con los principios de derecho público en ella contenidos.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

El Artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos recepta el principio de la sujeción de toda conducta humana a las exigencias de la justicia general:

"1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

A su vez, el Artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales insiste con el criterio rector de la justicia general, con los límites que en la misma norma se enuncian:

"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".

El régimen de la emergencia, en sí mismo, se encuentra previsto en el Artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

"1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación

alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los Artículos 6º, 7º y 8º (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente pacto, por conducto del secretario General de las Naciones Unidas de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Artículo 27, 1 y 2, enuncia los principios que hemos comentado, con algún mayor desarrollo en el anterior numeral VII:

"Artículo 27. *Suspensión de Garantías.*

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes Artículos: 3º (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4º (Derecho a la vida); 5º (Derecho a la integridad personal); 6º (Prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9º (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (Libertad de conciencia y de religión); 17 (Protección a la familia); 18 (Derecho al nombre); 19 (Derechos del niño); 20 (Derecho a la nacionalidad), y 23 (Derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

De esta manera, la emergencia, además de ser reconocida y regulada por el derecho internacional, adquiere en nuestro derecho interno una expresa regulación constitucional que, principalmente, exige: 1) situación de gravedad extraordinaria; 2) con peligrosidad sobre la independencia, la seguridad y, en general, "la vida de la Nación", es decir, de extrema gravedad ; 3) limitación de las disposiciones destinadas a enfrentar la situación de emergencia, según el tiempo y contenido: no podrán suspender el ejercicio de los derechos humanos "duros", no deberán ser discriminatorias, no deberán ser contradictorias con otras obligaciones impuestas por el derecho internacional (por ej., las propias del derecho de gentes).

Mientras que la Convención Americana exige una comunicación de la, en la práctica, declaración de emergencia (declaración dirigida a los Estados parte a través del secretariado general de la OEA), el Artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles, además de la notificación convencional vía el secretariado general de la ONU, exige la *proclamación oficial de la emergencia*, lo que, cabe interpretar, sólo podría hacerse por vía legislativa (también por DNU, si fuera el caso).

Ambas declaraciones oficiales tienen el carácter de obligaciones internacionales, pero además importan *requisitos constitucionales internos*, cuya omisión podría afectar de inconstitucionalidad a la medida concreta de emergencia. Pero corresponde insistir, esto no quiere decir que, proclamada la emergencia por vía legal, y notificada convencionalmente (a los Estados parte) la existencia misma de la emergencia no pueda ser discutida judicialmente, sino la declaración misma (salvo absurdo manifiesto), sí en cambio su prolongación en el tiempo, además de la adecuación y proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada, o su invasión de la zona excluida, según se identifica en las normas que hemos recordado más arriba.

IX.I. Emergencia y crédito público

Sin perjuicio de lo expuesto, la doctrina de la emergencia, es decir, la consideración jurídica de la situación de emergencia, fue empleada en el marco de los tratados CIADIBIT[21], a los efectos de resolver disputas entre el inversionista extranjero, cuya inversión es alcanzada por el régimen de protección de tales tratados, y el país receptor de tal inversión.

Podemos recordar aquí algunos aspectos de esta cuestión[22]

La situación de emergencia, y su tratamiento jurídico, no es nueva en nuestro país. Sus efectos llevaron a dañar el "crédito público" por el incumplimiento de los servicios de la deuda a la que la crisis obligó, aunque, no dejemos de recordar, la "emergencia" no importa sólo una situación de insolvencia, y por tanto de imposibilidad de pago, más o menos prolongada, sino un peligro para la subsistencia misma de la comunidad como ordenamiento jurídico

Desde el punto de vista económico, los efectos de la "emergencia" no han podido evitar una grave incidencia sobre el derecho de propiedad. Este es un "derecho humano" tal como es reconocido, precisamente, por el ordenamiento internacional sobre derechos humanos. Así lo establece la que podemos considerar, modernamente, norma fundacional o constitutiva en la materia, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948), que en su Artículo 17, apart. 1), afirma el derecho a la propiedad de "toda persona", para luego, en el apart. 2), garantizar que "Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad". Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, si bien en su Artículo 21, apart. 1), admite que la ley

21. Estamos haciendo referencia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI o ICSID en inglés) creado, como agencia del Banco Mundial, por convenio de 154 Estados partes con vigencia a partir del 14 de octubre de 1966; sustancialmente el Convenio de creación regula un sistema de arbitraje para el arreglo de diferencias entre Estados receptores e inversionistas de terceros Estados. El BIT es un tratado entre dos Estados destinado a regular, fomentando, protegiendo y sentando bases para la solución de disputas, las inversiones de miembros de un Estado parte en el otro Estado parte. Muchas de las controversias alcanzadas por los BIT son resueltas aplicando el régimen de fondo por estos regulado, pero recurriendo al arbitraje según el Convenio CIADI. Por esta razón hablamos en el texto de un sistema CIADI-BIT.

22. Sigue, en el texto, una síntesis de lo ya escrito en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 4, Cap. 42, Buenos Aires, Ábaco, 2011.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

puede "subordinar" al "interés social" el derecho al uso y goce de sus bienes por "toda persona", en el apart. 2) afirma de manera terminante: "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley"[23].

De esta manera, el propio ordenamiento internacional garantiza el derecho "relativo" –puede ser expropiado por razones de interés público y mediando una justa indemnización– a la conservación de la propiedad sobre los bienes de cualquier naturaleza, siempre sujeto a la reglamentación –obviamente razonable– con relación al uso y goce de ellos.

Precisamente, como ya hemos visto, el Artículo 29 de la Declaración de Derechos Humanos autoriza limitaciones legales al ejercicio de los derechos, mientras que la Convención Americana, lo hace de manera aún más explícita, siempre con relación a la "suspensión de garantías", en su Artículo 27 (ver supra, numeral IX).

IX.II. La situación de emergencia en el ordenamiento jurídico nacional y en el "sistema CIADI-BIT"

La "emergencia" es una situación de hecho con determinadas consecuencias jurídicas, que pueden estar fijadas por el mismo legislador –normalmente en oportunidad de declararla, de mediar esta declaración– o establecidas por interpretación judicial en los casos concretos, aun cuando ella no hubiese sido declarada o regulada por normas positivas.

Considerada la situación de emergencia como un fenómeno que debe ser afrontado por el Gobierno cuando aquélla afecta al bien común, su atención por medio de medidas de excepción –siempre proporcionadas y razonables– es una manifestación de la soberanía estatal tanto para el ordenamiento propio como, fundamentalmente, para el ordenamiento internacional. Es propio del Estado adoptar las medidas conducentes para proveer al bienestar general y ser respetado en ello no sólo en lo interno sino por todos los sujetos del derecho

23. Recordemos que estas normas son complementarias de la Constitución Nacional y ostentan su misma jerarquía.

internacional. Así lo afirmó nuestra Corte Suprema de Justicia en "Brunicardi, Adriano c/ Banco Central de la República Argentina" (*Fallos*: 319:2886) –con ocasión de la reprogramación de la deuda pública externa dispuesta por el Decreto Nº 772/1986–, al recordar: "Existe un principio del derecho de gentes que permite excepcionar al Estado de responsabilidad internacional por suspensión o modificación en todo o en parte del servicio de la deuda externa, en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable", por lo cual: "La reprogramación unilateral de los vencimientos de los bonos nominativos emitidos en virtud del Decreto Nº 1.334/1982, dispuesta por el Decreto Nº 772/1986, fue un acto de soberanía".

Sin perjuicio de ello, es conveniente aquí repasar la doctrina jurídica de la emergencia, especialmente en lo que respecta a su incidencia sobre la cuestión de la "bancarrota" de la deuda y en general el incumplimiento de los contratos. A tal fin tomaremos en consideración algunas decisiones provenientes del sistema de arbitraje internacional –que denominamos "sistema CIADI-BIT"– en distintas causas dirigidas contra la República Argentina, a partir de la crisis, o "emergencia" (en ese caso económica) estallada a finales de 2001.

En este sentido, y como marco introductorio, cabe recordar las salvedades señaladas por el mismo fallo "Brunicardi": "La naturaleza jurídica del empréstito público no significa la exclusión de toda responsabilidad de orden patrimonial por la modificación unilateral de las obligaciones, en caso de conducta arbitraria o de lesión a derechos individuales dignos de protección", en la medida en que lo establecido por el citado Decreto Nº 772/ 1986 había representado, siempre según la Corte Suprema, "un aceptable aplazamiento temporal de los vencimientos, con equiparación de la situación de los acreedores externos en similares condiciones, que no comportaron actos confiscatorios o que condujesen a una privación de la propiedad o degradación sustancial del crédito", reiterando así lo sustancial de la doctrina "Peralta".

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

IX.III. La doctrina CIADI sobre la emergencia en el caso argentino[24]

En la causa "LG&E Energy Corp.; LG&E Capital Corp. y LG&E Internacional Inc. v. República Argentina", resuelta el 3 de octubre de 2006 por el Tribunal Arbitral ad hoc del CIADI[25], se discutió la demanda arbitral, siempre basada en el "Convenio CIADI", del cual la Argentina y los Estados Unidos de América (países de nacionalidad de los actores) forman parte, y en el BIT celebrado entre los Estados citados (en adelante BITUSA), planteada por los actores, en su calidad de accionistas de empresas concesionarias de distribución de gas, contra el Estado Argentino, concedente, por diversas y alegadas violaciones del BIT en cuestión.

Después de relatar los términos de la disputa, los antecedentes fácticos del caso –especialmente los vinculados con las circunstancias que llevaron a la crisis del año 2001, y su desenvolvimiento posterior–, el Tribunal Arbitral (en adelante, el "Tribunal") concluyó: "Este Tribunal aplicará para decidir la presente controversia, en primer lugar, el Tratado Bilateral; en segundo lugar, y a falta de regulación expresa de este último, aplicará el derecho internacional general y, en tercer lugar, el derecho interno argentino, especialmente el MRG (marco regulatorio) dictado para el sector del gas natural" (Nº 99).

A partir del Nº 201 del Laudo, el Tribunal desarrolló la cuestión del "estado de necesidad", es decir, el "estado de emergencia", tal como ese argumento había sido planteado en la defensa intentada por la Argentina. Así relató que la demandada había sostenido que, aun en la eventualidad de que se considerara que el Estado había violado las obligaciones impuestas por el BIT-USA, "el estado de crisis política, económica y social en que cayó el país justifican las acciones

24. Corresponde aclarar que sólo de una manera imprecisa puede hablarse de una "doctrina CIADI", al menos si queremos darle a tal expresión el alcance de jurisprudencia asentada, formada por precedentes de alguna manera vinculantes. Es que los casos que se llevan al arbitraje CIADI son resueltos por tribunales *ad hoc*, de manera que –y a falta de una regla que imponga lo contrario, p. ej., el otorgamiento de la calidad de precedente a los laudos emitidos con anterioridad por otros tribunales del mismo sistema CIADI– cada tribunal es naturalmente nuevo, iniciando y agotando su historia con el caso para cuya resolución fue establecido. Sin embargo, los distintos tribunales arbitrales de manera habitual se refieren a la doctrina contenida en laudos anteriores, tanto para compartirla como para desecharla. Por consiguiente, no sería correcto negar de manera absoluta el valor doctrinal de los laudos, especialmente cuando en forma reiterada afirman una determinada conclusión doctrinaria, aunque, valga la repetición, ello de manera alguna obligue al tribunal que debe, aquí y ahora, resolver el caso concreto traído a su conocimiento.
25. Caso "ARB/02/1", http://www.worldbank.org/icsid.

violatorias de las obligaciones que había asumido con respecto a las licenciatarias de distribución del gas. Por tanto, aun si las medidas adoptadas por el Estado para superar la crisis vivida en los años 1998 a 2003, infligieran los derechos consagrados en el Tratado, tales medidas se tomaron en un contexto de estado de necesidad. En consecuencia, durante este período Argentina queda exenta de responsabilidad" (Nº 201; cfr. Nº 202).

Cabe señalar que la cuestión de la emergencia tenía grave importancia para la causa en función de lo dispuesto en el Artículo XI del BIT-USA: "El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad" (cit. en Nº 204).

Las partes en "LG&E" discutieron si tal Cláusula XI gozaba de la condición de "*selfjudging*", es decir, sujeta a la interpretación por los propios Estados contratantes, aunque siempre bajo el estándar de la buena fe. Esta había sido la posición sostenida por la Argentina, planteando así que el Tribunal no debía conocer en el mérito de la cuestión sino sólo acerca de si el Estado Nacional había actuado de buena o mala fe, defensa que fue contradicha por la actora. Sin embargo, el mismo parámetro de la "buena fe" –que debe aplicarse aun de admitirse la citada cláusula XI– posee la naturaleza de "*self-judging*" y obliga a considerar las circunstancias de su aplicación, su razonabilidad, la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su consecuencia y de su tiempo de duración, los esfuerzos hechos para no tornar tan gravosa la situación de la parte inocente, etc. Así lo señaló el "Tribunal", luego de rechazar la interpretación de la actora (Nº 214): "En todo caso, si el Tribunal concluyera que la disposición es *self-judging*, las decisiones tomadas por Argentina estarían sujetas a la revisión bajo el parámetro de la buena fe, el cual no difiere significativamente del análisis sustantivo aquí realizado"; para el caso concreto, agregaríamos nosotros, ya que pueden presentarse situaciones en las que determinados elementos fácticos podrían producir variaciones significativas en la aproximación al caso en disputa.

Como ya lo hemos adelantado, de acuerdo con el "Tribunal", "desde el 1º de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, la Argentina estuvo sumida en

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

un período de crisis, durante el cual fue necesario tomar medidas con miras a mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad" (Nº 226). Es importante subrayar la distinción que se hace en el fallo entre la *emergencia*, podemos decir *legalmente declarada*, y la *emergencia real, de hecho*. Ambas pueden no coincidir, como ocurre en el caso donde no solo hay una diferencia temporal en el inicio de ambas –según el "Tribunal", el 1º de diciembre de 2001 para la fáctica, y el 6 de enero de 2002, fecha de vigencia de la ley de emergencia, para la segunda–, sino una muy marcada separación en cuanto a la fecha de finalización de esa situación excepcional. Lo destacable es que el "Tribunal" hizo mérito de la situación real, mientras que prescindió de la definición legislativa, a pesar de encontrarse todavía vigente al momento de emisión del fallo

El Tribunal criticó duramente el abuso que de la declaración de emergencia se ha hecho en nuestro país: "Recuérdese que Argentina ha decretado un estado de necesidad que se ha extendido hasta hoy, y, de hecho, cuenta con el récord de decretos desde 1901, viviéndose en este país períodos de emergencia más largos que los de no emergencia. Estos períodos deberían ser de carácter rigurosamente excepcional y únicamente deberían aplicarse en circunstancias extraordinarias. En consecuencia, para que un estado de necesidad pueda alegarse como defensa de un Estado, será necesario demostrar la existencia de graves desórdenes públicos. Basados con la evidencia con que cuenta este Tribunal, determinó que la situación cesó en el momento en que el Presidente Kirchner fue electo" (Nº 228).

Así entonces el "Tribunal" concluyó en que el período de emergencia computable abarcó el comprendido entre el 1º de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003 (según el desarrollo de la crisis descrito en los Nros. 229 a 236 del Laudo), lapso durante el cual se consideró aplicable el citado Artículo XI, BIT-USA. Durante ese período el "Tribunal" resolvió eximir a la Argentina "de responsabilidad por el incumplimiento del Tratado" (Nº 229).

Para los árbitros, el "estado de emergencia" o "estado de necesidad" (ambos términos son expresamente utilizados en el Nº 245) previsto en el citado Artículo XI, no se configura solamente en circunstancias que importen guerra u otro tipo de acciones militares susceptibles de similar calificación. "Concluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad

–sostuvo en el Nº 238– sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno. *Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar*" (destacado agregado). Por supuesto que estas conclusiones, incluso con mayor razón, caben para la presente situación de emergencia sanitaria y para la grave crisis económica que, inevitablemente, le seguirá.

Por ello el "Tribunal" estimó que el Artículo XI se refiere a situaciones en las cuales el Estado no tenga elección al actuar: "*Un Estado puede tener múltiples respuestas para mantener su orden público o proteger sus intereses esenciales de seguridad*" (Nº 238, destacado agregado), mientras que la aplicación –sin duda que extensiva– de aquella cláusula de excepción debe conducir razonablemente a la adopción de las medidas tomadas, por no existir otras eficaces y menos gravosas a la vez.

En otra causa,[26] y otro Tribunal *ad hoc*, el Laudo interpretó el concepto de "mantenimiento del orden público", utilizado por el Artículo XI, BIT (el mismo que en "LG&E"), no solo como referido a los valores fundamentales de la sociedad, sino como un "amplio sinónimo de 'paz pública'" (que, de todas formas, es también un valor fundamental de la sociedad, o bien un presupuesto para la vigencia de los demás valores), que se encontraba amenazada, según el Tribunal, en el año 2002, como consecuencia de la grave crisis ocurrida en el final de 2001 (Nros. 174 y 179). En el Nº 178 de "Continental" se afirmó: "Una severa crisis económica puede entonces calificar bajo el Artículo XI, como capaz de afectar un esencial interés vinculado con la seguridad" del país. El fallo recordó también la doctrina sostenida en los casos que cita, en el sentido de que "La protección de un esencial interés de seguridad reconocido por el Artículo XI no requiere que el 'total colapso' del país (receptor) o que una 'situación catastrófica' haya ocurrido antes que las autoridades nacionales responsables se encuentren habilitadas para recurrir a tal protección".

26. "Continental Casualty Company vs. República Argentina", caso ARB/03/9, laudo del 5-9-2008.
27. Voto de la mayoría integrada por Levene, Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Moliné O'Connor.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Comparemos, entonces, lo expuesto en "LG&E" con la terminología de nuestro "Peralta", cuando en el considerando 20) de este último[27] recordó una "regla de ineludible hermenéutica constitucional, regla que no implica destruir las bases de orden interno preestablecido, sino por el contrario, *defender la Constitución en el plano superior que abarca su perdurabilidad y la propia perdurabilidad del Estado Argentino para cuyo pacífico gobierno ha sido instituida*" (destacado agregado). También subrayó "Peralta", en el consid. 33), la necesidad de "preservar la *unidad nacional*, entendida en el caso en el marco de la promoción del *bienestar general*", mientras que "La tarea permanente de 'constituir la unión nacional' tiene por problema central *hoy asegurar la supervivencia de la sociedad argentina*" (consid. 25; destacado agregado).

Coincidiendo entonces con "Peralta", el fallo en "LG&E" aceptó que "dictar la Ley de Emergencia fue una medida necesaria y legítima del Gobierno Argentino. Bajo las condiciones que el Gobierno enfrentó en 2001, el tiempo era un factor esencial a tener en cuenta para ofrecer una respuesta. Bajo la Ley de Emergencia, elaborada en tan solo seis días, se tomaron rápida y unilateralmente las acciones necesarias para combatir la crisis económica" (Nº 240), como también lo subrayó en el Nº 241: "El Tribunal acepta la necesidad de dictar una medida que detuviera la caída al abismo". Por lo demás, "El concepto de eximir a un Estado de responsabilidad por la violación de sus obligaciones internacionales durante el llamado 'estado de necesidad' o 'estado de emergencia' también existe en el derecho internacional" (Nº 245) es decir, es un *principio general de derecho internacional* y no solo una situación específica prevista por un determinado tratado.

En el derecho internacional, precisamente, la terminología utilizada para describir la situación que justifica la aplicación del instituto jurídico de la emergencia recuerda a la empleada en "Peralta": "[...] ha de tratarse de un peligro grave para [la existencia del Estado], para su supervivencia política o económica, para los servicios esenciales, para la conservación de la paz interior, para la supervivencia de una parte de su territorio. Es decir, se trata de intereses que, a menudo, se hacen valer, en este contexto, como intereses esenciales o particularmente importantes para el Estado" (Nº 246, con notas; también Nº 247).

Coincidiendo con la condición señalada por nuestra Corte Suprema en "Peralta", el Laudo en "LG&E" (Nº 244) también exige que las medidas adoptadas para enfrentar la situación de emergencia deban ser "generales", con base en el Artículo IV (3) del BIT-USA.

La norma citada del BIT-USA, además de otorgar fundamento al requisito arriba señalado, es de especial importancia a los efectos de identificar a la "emergencia" como una situación de hecho reconocida por el derecho internacional; así la transcribe el Tribunal Arbitral en el Nº 243 del Laudo: "A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, *estado de emergencia nacional*, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas" (destacado en el Laudo).

Además, tales medidas deben ser "el único medio disponible del Estado para salvaguardar un interés" (Nº 250), siempre dentro de "los límites de lo estrictamente necesario" ya que aquello que los sobrepase, en esa medida, no eximiría de responsabilidad, aun dentro de la situación de emergencia reconocida (ibíd.).

El "interés sujeto a protección [...] debe ser esencial para el Estado", limitando tal idea de esencialidad a "aquellos intereses de índole económica o financiera" (Nº 251) –lo que es un dato muy importante para el caso de la deuda pública–, siendo necesario "apreciarlo en cada caso particular en que entre en consideración tal interés, pues no podría determinarse anticipadamente en abstracto" (Nº 252). La amenaza a tal interés debe ser "grave e inminente" (Nº 253), aunque las medidas tomadas en consecuencia "no pueden afectar un interés esencial de otro Estado" (Nº 254) y debe existir una relación de jerarquía entre el interés que se quiere proteger y el sacrificado por la medida de emergencia, obviamente en beneficio del primero (ibíd.). También, debe haber ausencia de culpa por parte del Estado que invoque la emergencia (Nº 256).

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Los requisitos enunciados por el Tribunal Arbitral, insistimos, coinciden totalmente con los planteados en "Peralta", resumidos en la cita del precedente norteamericano "Home Building", hecha en el consid. 40) de aquél: "1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley [que impone las medidas de emergencia] tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria[28] sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria".

Para concluir con el recuerdo del caso "LG&E", es importante subrayar el requisito de la temporalidad de las medidas de emergencia: Así, en el caso, el "Tribunal" estableció que a partir del 27 de abril del 2003, es decir, al día siguiente de concluida la emergencia (lo que el Tribunal tomó como situación de hecho razonablemente comprobada, independientemente de su prolongación casi indefinida por la ley argentina), "las obligaciones de Argentina recobraron su vigencia" (Nº 265), esto es, entre el 1º de diciembre de 2001 y el 26 de abril del 2003, ambos inclusive, la Argentina fue declarada exenta de responsabilidad, por lo cual las demandantes "deberán soportar las consecuencias de las medidas tomadas por el Estado receptor", pero a partir del 27 de abril de 2003, la Argentina "es responsable por los daños causados a las demandantes" (Nº 266).

X. EMERGENCIA Y SUBSIDIARIEDAD

Finalizada la Segunda Guerra Mundial las naciones europeas –especialmente Francia, Italia, Alemania, Grecia, Gran Bretaña, también España con su propia posguerra– se encontraban en una situación económico-social terminal. Prácticamente toda la infraestructura pública había sido destruida, la industria desmantelada, los servicios públicos severamente dañados o inexistentes, graves problemas de vivienda en ciudades y pueblos reducidos a ruinas, y una población

28. El caso "Home Building & Loan Assoc. vs. Blaidell", 290 U.S. 398, resuelto por la Corte Suprema estadounidense en 1934, trata de la moratoria legal de cuotas hipotecarias, frente a la "emergencia" provocada por la Gran depresión de 1929/1930. Fue citado en nuestro "Avico c/ De la Pesa", CSJ *Fallos*: 172:21, también de 1934 y también sobre la validez de moratorias en deudas hipotecarias, como medida para afrontar la situación de emergencia.

llorando a alrededor de 45 millones de muertos (incluyendo las víctimas del genocidio). Sin embargo, no se necesitaron más de cinco a diez años (según los casos) para que la recuperación alcanzara niveles de alto desarrollo.

¿Un milagro? No necesariamente. Muchos factores incidieron sobre esta recuperación extraordinaria. El primero, fundamental, el denominado "plan Marshall" –Programa de Recuperación Europea (ERP, en inglés)–, conforme al cual Estados Unidos inyectó astronómicas masas de dinero en las naciones de Europa occidental[29]. Este gran aporte de capital permitió financiar una fuerte política de intervencionismo estatal, a través de la obra pública, las empresas públicas (recordemos la experiencia del IRI en Italia, en su largo período –hasta el año 2002– posfascista), la regulación, el "*welfare*", ya ensayado en Gran Bretaña con anterioridad a la guerra y expandido luego al resto de Europa. Un actor principal de la reconstrucción y del desarrollo fue la Comunidad Europea (hoy Unión Europea), de gran actividad regulatoria *integrada*, dando creación y regulando un mercado económico interregional. Todo esto condujo a la reconstrucción de las bases del mercado a partir de la intervención estatal.

Pero ¿cómo? ¿No es que mercado e intervención estatal son "perro y gato"? Claro que no, en un sentido absoluto, ya que, como hemos visto, sin Estado (sin "Centro de Poder", con fuerza legislativa y coactiva) no puede generarse el mercado: simplemente no habrá ordenamiento jurídico, comunidad jurídico-política.[30] En un sentido relativo, en cambio, tanto el exceso como el defecto de Estado serán perjudiciales.

La regla de oro que marca el límite justo entre Estado y sociedad libre (el estatismo devora el campo que pertenece a la sociedad libre, hasta llegar al totalitarismo, mientras que el liberalismo destruye el ámbito público, hasta llegar al anarquismo y la disolución social) es el *principio de subsidiariedad social* en sus dos versiones: a) *negativa*: las organizaciones mayores (en este caso, el Estado) no deben hacer lo que las organizaciones menores y el individuo (en este caso, la sociedad), necesitando o queriéndolo, pueden y deben hacer; b) *positiva*: las organizaciones

29. Al occidente de la "cortina de hierro", como denominó Churchill a una imaginaria valla que separaba a la Europa del este, dominada por el comunismo, de la Europa del oeste, democrática, bajo influencia norteamericana.
30. En cambio, sin mercado, habrá ordenamiento jurídico, pero carente de sociedad libre y por tanto destinado al fracaso, como lo enseña la experiencia histórica.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

mayores deben hacer aquello que las menores, necesitándolo, no pueden o no deben hacer.

Veamos algún ejemplo. *Subsidiariedad negativa:* el Estado no debe imponer precios máximos y mínimos, porque de ello se encarga, con mayor eficiencia y eficacia, el mercado. Pero hay una grave crisis de abastecimiento de ciertos productos de necesidad comunitaria que distorsiona el mercado y por ende la formación de los precios, entonces debe regir la *subsidiariedad positiva:* el Estado debe orientar los precios mediante medidas de estímulo, fomento, tributarias. La crisis es de tal gravedad que tales medidas no son suficientes: el Estado *debe* imponer precios, y si ello es todavía insuficiente, el Estado *debe* hacerse cargo de la producción y comercialización de los bienes en cuestión, incluso a través del procedimiento de la ocupación temporánea, o de la expropiación, si fuese necesaria. La ocupación temporánea *anormal* (Arts. 57 a 60, Ley Nº 21.499) podría aplicarse, por ejemplo, sobre una empresa para garantizar la producción y/o comercialización de determinados bienes a un determinado precio, o asegurar la ocupación de mano de obra, etc. Tiene como ventaja su *temporalidad*, limitada al "lapso estrictamente necesario para satisfacer la respectiva necesidad", lo que es una garantía de intervención subsidiaria.[31]

Como todos los principios, éste también es relativamente fácil de enunciar, pero difícil de instrumentar. Su ajustada implementación dependerá de la sabiduría del gobernante y del grado de fortaleza institucional del ordenamiento jurídico comprometido, esto último directamente vinculado con el grado de control democrático y pacífico que la población se encuentre capacitada y decidida a ejercer.

En el ejemplo europeo, la duración del modelo intervencionista de posguerra fue mucho más allá de lo necesario, superando el momento en que la sociedad podía continuar el desarrollo del bienestar a través, en forma determinante, de

31. Al mencionar la hipótesis de la ocupación temporánea "anormal", no es posible dejar de recordar el famoso caso "Youngstown Sheet & Tube vs. Sawyer" 343 U.S. 579 (1952), donde la Corte federal norteamericana declaró la inconstitucionalidad de la decisión del Presidente Truman de ocupar una fábrica productora de acero durante el conflicto bélico de Corea, en razón de un conflicto gremial que amenazaba la producción del metal, considerado indispensable en la emergencia bélica. El Tribunal (ya finalizado el conflicto) entendió que el Presidente carecía de competencia para tomar tal decisión, competencia que correspondía al Congreso. En nuestro caso, la Ley de Expropiaciones Nº 21.499 otorga expresamente tal competencia a la autoridad administrativa.

la iniciativa social (no estatal). Esta innecesaria y "antisubsidiaria" prolongación generó corrupción (recordemos el proceso de *mani pulite*), burocratismo, envejecimiento (no sólo demográfico sino también tecnológico), quietismo individual y social,[32] quizás tolerable durante la guerra fría, pero insoportable ante la disolución del peligro comunista y la explosión capitalista (casi desenfrenada) que iba a tener lugar, primero en Rusia y, luego de algunos años, en China. Entonces Europa tuvo que transitar, para competir, por una economía de "mayor mercado" e "iniciativa privada", de menor intervención estatal, con privatizaciones de empresas y desregulación de la economía, sin renunciar a los beneficios sociales ("*welfare*") ya incorporados a la cultura misma del europeo común.

Algo semejante ocurrió en nuestro país en los finales del siglo pasado. Una economía estancada, adormecida, ineficiente, buscó, cuando explotó en una histórica debacle hiperinflacionaria, ser reemplazada por otra más dinámica, a la altura de los tiempos. Pero nuestra debilidad institucional no ayudó a la permanencia del nuevo modelo, aunque las estructuras de inversión recuperadas para el circuito económico no se hayan, todavía, perdido del todo.

De todas maneras, nos enfrentamos ahora a una nueva realidad, que da *sentido político-institucional* a la declaración de emergencia, en tanto que subraya la necesidad, inevitabilidad, temporalidad y excepcionalidad de este avance de lo "estatal" sobre lo "social", lo que sucederá con una inmediatez temporal fácilmente previsible. También es probable que ello ocurra en el marco de una economía que continuará globalizada, pero donde las regiones tendrán una gran capacidad de representación de sus miembros. Obviamente nosotros deberíamos apostar al Mercosur (siempre que exista allí consenso interno) y desde éste, impulsar nuestra relación con Estados Unidos, Europa y, seguramente, Rusia y China.

Dios les otorgue sabiduría y prudencia a nuestros gobernantes.

---

32. Claro que, aun así, comparar la situación europea con la nuestra latinoamericana, es como tratar de parangonar el paraíso con el infierno (el lector sabrá identificar, en el ejemplo utilizado, cuál sea el paraíso y cuál el infierno).

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.