

II CONGRESO DE FILOFIA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO -ESTADO DE EXCEPCIÓN Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO-

“Argumentación judicial en materia de emergencia con particular referencia al caso argentino”

*Daniela Magalí Miranda**

*Jorge Augusto Barbará***

RESUMEN: El “derecho de la emergencia” afecta valores básicos del Estado de derecho. Por tanto, la legitimación de la normativa emergencial requiere un especial cuidado argumental por parte de los jueces, quienes deben analizar los diferentes aspectos involucrados en el dictado de la normativa de excepción para resolver acerca de su constitucionalidad. Ese especial cuidado obligaría a analizar la razonabilidad del medio empleado ya que, si se quiere legitimar el uso de la coacción estatal, debería legitimarse la medida misma y no sólo las condiciones que llevaron a su adopción. Sin embargo, existen límites institucionales así como objeciones epistémicas para que los jueces lleven a cabo la tarea de controlar la razonabilidad y justificación de la medida adoptada: en una república los jueces no ejercen la tarea de gobierno ni parecen estar en mejor condición para conocer el modo de resolver una situación de crisis que los órganos políticos. A ello se agrega que el control difuso de constitucionalidad se presenta como un obstáculo más para llevar adelante el control de la razonabilidad de la medida, debido al riesgo que ese tipo de revisión posee en relación a la unidad de acción estatal en asuntos urgentes de naturaleza pública que afectan el interés común.

I. “Derecho de la emergencia” vs. “Estado de derecho”.

I.1. Seguridad jurídica

Existe una contradicción entre ciertos fines básicos a los que se supone sirve el derecho – y, por tanto, en virtud de los cuales justifica su existencia- y ciertas consecuencias que inevitablemente se derivan de la aplicación de lo que se ha dado en denominar el “derecho de la emergencia” como estado de excepción.

* Abogada (Universidad Nacional de Córdoba), Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (Universidad Católica de Córdoba), Magister en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante). Profesora de Derecho Constitucional y Derecho Político (U.N.C. y U.C.C.)

** Abogado (Universidad Católica de Córdoba), Magister en Argumentación Jurídica (Universidad Nacional de Córdoba). Doctorando en Derecho (U.N.C.). Profesor de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho (U.N.C. y U.C.C.)

Ocurre que resulta muy difícil discutir que, siendo el derecho positivo un sistema de normas generales, la adopción de dicha forma normativa no encuentre razón de ser en que una función básica del mismo sea la de generar seguridad jurídica o previsibilidad para los súbditos.

Es cierto que, de acuerdo a determinadas concepciones teóricas, el derecho no se agota en las normas generales emanadas del Poder Legislativo. Pero, sea o no que el derecho se agote en el conjunto de normas legales positivas, no puede desconocerse que si una comunidad ha optado por otorgar algún tipo de validez a esas normas generales positivizadas, pretendiendo regirse por las mismas en todos o, al menos, en la mayor parte de los casos¹, es porque se está asignando alguna importancia a la previsibilidad que se sigue de su hipotética –aunque expectable– aplicación por parte de los órganos decisores del Estado.

En esta línea, entre muchos otros, Frederick Schauer refiere que un buen argumento para el seguimiento de reglas ha sido siempre el que él identifica como el “*argumento de la confianza*”, expresando que:

“... Los argumentos a favor de la toma de decisiones basada en reglas se han centrado tradicionalmente en la capacidad de las reglas para promover virtudes interrelacionadas como la confianza, la certeza y el carácter predecible de los resultados. ... Precisamente, debido a que quien se ve afectado por la decisión de hacer cumplir una regla puede predecir el resultado de esa decisión antes de que se la tome, es que la confianza resulta posible” (Schauer, 2004: 200).

Como Schauer refiere, el valor de la confianza que emana de la previsibilidad es susceptible de entrar en conflicto con otros valores a los cuales también puede responder o intentar responder el derecho de una comunidad. No obstante, esta circunstancia no invalida el hecho de que “...*la capacidad de confiar parece claramente, ceteris paribus, deseable*” (Schauer, 2004: 202).

Por supuesto, sólo existirá confianza derivada de la previsibilidad si quienes deben aplicar las leyes que conforman el ordenamiento jurídico positivo, lo hacen respetando el denominado principio de irretroactividad de aquellas leyes que imponen sanciones o consecuencias desfavorables a sus destinatarios (cf. Moreso y Vilajosana. 2004: 48).

Tan básica es esta función de previsibilidad, que la noción misma de “Estado de derecho” la supone conceptualmente. Cuando desde la teoría política se discute acerca de las notas caracterizantes del “Estado de derecho”², se acepta invariablemente como una de las mismas a la seguridad jurídica o previsibilidad en la aplicación del derecho positivo³.

¹ Sostener que sea en “todos” o simplemente en “la mayor parte” de los casos dependerá, obviamente, de la concepción del derecho que se posea.

² Sea que se discuta en términos descriptivos (cómo “es” usada la expresión), sea que se lo haga en términos valorativos (cómo “debe” usarse la expresión).

³ Esta característica ni siquiera se discute en las concepciones materiales del Estado de derecho, las cuales suponen que el Estado de derecho sirve –o debiera servir– a una multiplicidad de fines ya que, entre ellos, siempre se encuentra ocupando un lugar central la obtención de previsibilidad (cf. Barbará, 2008: 55-61).

Lo que hemos dicho hasta aquí en relación a la confianza, previsibilidad o seguridad jurídica que busca lograr todo Estado de derecho, no constituye algo desconocido para los juristas ni probablemente tampoco para cualquier ciudadano que haya reflexionado mínimamente acerca del valor de la existencia de leyes en una comunidad. Precisamente por ser la nota de seguridad jurídica o previsibilidad un valor tan elemental e imprescindible para el funcionamiento del Estado de derecho nos hemos detenido a ponerla de manifiesto⁴, a los efectos de resaltar que la aplicación del “derecho de la emergencia” resulta, *a priori*, incompatible con el logro de la misma.

A grandes rasgos y sin pretensiones de exhaustividad⁵, el “derecho de la emergencia” puede ser caracterizado como un sistema de normas dictado para resolver una coyuntura, cuyas disposiciones se apartan de las de aquel sistema de normas que está previsto para funcionar en la normalidad y cuya aplicación (es decir, la aplicación del sistema emergencial) supone la generación de consecuencias desfavorables para todos o algunos de sus destinatarios (en el sentido que supone la privación de algún bien de los mismos) que no se encontraban previstas en el sistema de normas establecido para tiempos de normalidad⁶.

Por tanto, el “derecho de la emergencia” supondrá un régimen de excepción que ocasiona una violación de ciertos derechos concedidos por el régimen normativo normal u ordinario, respecto de todos o algunos de los afectados por la legislación de emergencia y se produce, de este modo, *prima facie*, una incompatibilidad entre el régimen emergencial y el logro de seguridad jurídica.

Mencionamos que tal incompatibilidad lo es sólo “*prima facie*” porque no desconocemos que, de acuerdo a ciertas concepciones, la inseguridad jurídica no se produce por el mero hecho de violación de una norma o de un principio jurídico determinado sino que se genera sólo cuando, sopesados los diversos objetivos a que aspiran normas y principios de un ordenamiento jurídico, prevalece una decisión legislativa o judicial que no resultaba esperable en base a ese material legal que fue o debió ser ponderado⁷.

De este modo, si la normativa emergencial promoviese la obtención de un principio básico a cuya obtención se aspira en un Estado de Derecho y era expectable que este principio,

⁴ Parte de la teoría jurídica identifica a esta nota con el denominado principio de legalidad. Así, Moreso y Vilajosana 2004:48. Sin embargo, hemos evitado usar esta denominación porque la misma también ha sido usada en un sentido que no incluye la irretroactividad como nota característica. Al respecto puede verse Barbará, 2007: 83-84.

⁵ Pretender exhaustividad en la caracterización efectuada sería, además de ingenuo, desacertado, dada inevitable dosis de vaguedad extensional que presenta el uso de la expresión “derecho de la emergencia”. Como la vaguedad extensional supone la existencia de vaguedad intensional, se hace inviable pretender una enumeración completa o exhaustiva de las notas que caracterizan el uso de la expresión lingüística (cf. Atienza 1998:18-21).

⁶ Parte de esta caracterización se basa en la que se formula en Guibourg, 2003: 5-9.

⁷ Estas concepciones sostienen que la seguridad jurídica proviene de la efectiva aplicación del principio de integridad o de coherencia constitutivo de todo Estado de derecho, el cual obliga a considerar a las normas y principios no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido, siendo ello lo que, en verdad, promueve la certeza del derecho, dado que la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico pero sí sus principios básicos (así lo explica Atienza, 2003: 117-118, refiriéndose a las ideas de McCormick, o Dworkin, 1988: 137, 138, 164).

ponderadas sus condiciones concretas de aplicación, prevaleciera frente al principio u objetivo a cuya obtención tiende la normativa ordinaria, deberíamos concluir que la seguridad jurídica se logra a partir de la aplicación de la normativa emergencial y no a partir de la aplicación de la normativa ordinaria.

Una concepción como la anterior no invalida para nada lo manifestado en relación a que *prima facie* una normativa de emergencia debe suponerse con consecuencias desfavorables en términos de seguridad jurídica. Esto, por cuanto dentro de los principios básicos que informan a la seguridad jurídica así concebida -y que deben ser ponderados-, también estarán aquellos principios protectorios de la confianza que se genera en una comunidad a partir del hecho de que los ciudadanos suponen resguardados sus derechos por el ordenamiento jurídico frente a los vaivenes o coyunturas de tipo económico, político o social. En consecuencia, en ese complejo cálculo de previsibilidad que se propone desde este tipo de concepciones, necesariamente tendrá un lugar central la ponderación de las expectativas sociales de que el Estado respete el derecho existente para tiempos de normalidad también en tiempos de anormalidad, respetando, en consecuencia, los derechos subjetivos nacidos a su amparo. Así, para concluir que el derecho de la emergencia no viola la seguridad jurídica, habrá que sostener la existencia de expectativas sociales concretas -no meramente supuestas- y justificadas sobre algún principio o norma del propio ordenamiento jurídico) a que la normativa emergencial prevalezca sobre las expectativas de que el Estado proteja los derechos subjetivos consagrados previamente en situaciones de normalidad.

Aún suponiendo que, desde el punto de vista teórico, sea posible ensayar una argumentación como la mencionada *supra* en favor del derecho emergencial, habrá que concederse que esa vía de justificación del incumplimiento de ciertas normas de derecho por parte del propio Estado -que se entiende es el custodio principal de las mismas-, será, siempre, en los contextos reales de decisión legislativa y judicial, extremadamente dificultosa de desandar y que, además, llevar adelante esa estrategia argumental obliga a conceptualizar la noción de seguridad jurídica de una manera alejada, o incluso contraria, a las nociones de seguridad jurídica emergentes de las prácticas jurídicas dominantes entre los operadores del derecho (abogados y jueces). Por tanto, nuestra caracterización inicial que pone de resalto la incompatibilidad entre el logro de la seguridad jurídica y el derecho emergencial parece presentarse como la vía más adecuada de describir uno de los problemas valorativos generados por el estado de excepción.

I.2. Legitimación

Otra función básica del derecho, estrictamente vinculada a la anterior, es la de legitimar el uso de la coacción estatal.

Legitimar, en este caso, consiste en dar razones acerca de los motivos por los que se coacciona en un sentido determinado.

En relación a ello, asumiremos que la coherencia interna de un ordenamiento jurídico es un elemento constitutivo de su razonabilidad⁸. Y no parece que una normativa que va en contra de lo que en tiempos normales se considera justo o conforme a derecho como, por definición, lo es la normativa correspondiente al derecho emergencial, pueda ser vista –al menos no *a priori*– como coherente respecto al ordenamiento jurídico considerado en su conjunto. Apreciamos, entonces, otra faceta de la inevitable incompatibilidad o tensión que se produce entre las funciones del Estado de derecho y el denominado derecho de la emergencia, toda vez que el uso de la coacción por parte del Estado se justifica en la medida que asegura un ordenamiento jurídico fundado en principios y valores (Heller, 1992). Si el derecho emergencial resulta contrario al sistema jurídico previsto para tiempos de normalidad, entonces el mismo resultará incompatible con el funcionamiento ideal del Estado de derecho.

Los motivos por los que hablamos de una incompatibilidad *prima facie* y no de una incompatibilidad necesaria, absoluta o para todos los casos posibles, son, esencialmente, los mismos que aquéllos por los que hablábamos de incompatibilidad *prima facie* desde la perspectiva de la seguridad jurídica: la existencia de concepciones que permitirían, hipotéticamente, dar razones en favor de la “compatibilidad”, para ciertos y determinados casos, fundándose en supuestos principios básicos –tal vez implícitos– del ordenamiento, los cuales podrían permitir efectuar una especie de encaje natural entre el derecho de la normalidad y el derecho de la emergencia⁹.

Dado que el “derecho de la emergencia” parece constituir un ejercicio de la coacción estatal que se presenta, *a priori*, como incompatible con funciones básicas del sistema jurídico, su aplicación, si aspira a ser legítima, exigirá una serie de condiciones agravadas en relación a aquellas condiciones que son usualmente requeridas para considerar legítima la aplicación del

⁸ Empleamos el término “razonabilidad” para evitar involucramos en los problemas de tipo teórico que se encuentran implicados en distinguir la “aceptabilidad” de un juicio de la “racionalidad” del mismo. Nos resulta suficiente, a los efectos del presente, asumir que los juicios de valor – jurídicos o morales– pueden ser calificados como razonables o irrazonables, sin que nos sea necesario establecer si los mismos pueden ser calificados como “racionales” o “irrazonables” que son conceptos que suelen considerarse estrictamente vinculados a juicios o axiomas de tipo lógico o matemático.

⁹ En este sentido, la doctrina constitucional argentina se divide en este punto entre quienes lisa y llanamente niegan que pueda existir un derecho de emergencia a nivel constitucional, por entender que “hablar de emergencia como derecho constitucional consuetudinario importa en sus consecuencias tanto como incorporar a la Constitución el germen mismo de su destrucción” (Sola, 2006: 449); y quienes avalan la emergencia como un instituto previsto en la Constitución que, por esa circunstancia, posibilita llamar a las normas dictadas en períodos de emergencia como “derecho de emergencia” (Gelli, 2006: 296 y ss., 739 y ss., 829 y ss.).

derecho previsto para tiempos de normalidad. De este requerimiento es un reflejo la construcción jurisprudencial que pasamos a mencionar.

II. Doctrina de la emergencia en Argentina

La dogmática constitucional argentina y la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.), son contestes en señalar como condiciones de la normativa de emergencia las siguientes:

a) Declaración formal por el órgano de poder competente para ello: la emergencia debe ser reconocida por medio de una ley sancionada por el Congreso de la Nación o las Legislaturas Provinciales, según nuestra forma federal de Estado. Con la salvedad de las posibilidades excepcionales en las que la Constitución habilita al Poder Ejecutivo para emitir disposiciones de carácter legislativo (arts. 76 y 99 inc. 3 de la Constitución argentina –C.N.–) en situaciones de emergencia.

b) Existencia de una real y auténtica circunstancia de emergencia, que imponga al Estado el deber de salvaguardar intereses vitales de la comunidad¹⁰ y que suponga la necesidad real del dictado de normativa específica de manera inmediata.

c) Transitoriedad de la emergencia: si graves circunstancias de perturbación autorizan el ejercicio del poder de policía en forma más enérgica de la que lo que admiten períodos de normalidad, entonces la norma de emergencia tiene que ser temporaria¹¹, precisamente acotada a la duración de esa situación excepcional. Debe tener, por tanto, un plazo de duración.

d) Razonabilidad de la medida adoptada: de acuerdo a la pauta de razonabilidad del art. 28 de la Carta Fundamental argentina, las medidas impuestas por la norma de emergencia deben: 1) hallar fundamento en el bien común y no beneficiar a un grupo determinado de individuos¹², 2) ser aptas para el fin que se busca o la situación que se pretende conjurar, es decir la restricción al derecho debe ser idónea para superar la emergencia, lo cual supone la correcta elección del medio empleado para superar la emergencia y, finalmente, 3) imponer limitaciones al ejercicio de los derechos que no trasuntan en mayores perjuicios que los que se pretende solucionar con la misma norma.

Como consecuencia de lo señalado, se esperaría de los Tribunales que tienen a su cargo decidir sobre la legitimidad o ilegitimidad de la aplicación del denominado derecho de la emergencia, que tengan un cuidado especial a la hora de validar la normativa emergencial

¹⁰ Doctrina de la C.S.J.N. en el caso “Ghiraldo”, Fallos 238:76.

¹¹ Doctrina de la C.S.J.N. en el caso “Ercolano c. Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:171.

¹² Kemelmajer de Carlucci señala que la normativa de emergencia debe tener por finalidad proteger los intereses de toda la comunidad y no de determinados sectores ya que, de ser así, se estaría violentando el principio de igualdad constitucional (voto recaído en el caso “Merga Fernando y otra v. Municipalidad de Las Heras”, Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 15/02/2004, publicado en JA 1994-II-487).

mediante una argumentación específica, que no desdeñe las condiciones apuntadas, a partir de cuyo análisis pormenorizado pueda comprobarse que las condiciones enunciadas efectivamente se cumplen. En estos casos, se espera de las argumentaciones sentenciales alcancen un “óptimo” nivel argumental, dado la afectación de funciones básicas del sistema y de derechos adquiridos de los ciudadanos que la aplicación del derecho emergencial supone *prima facie*. El buen funcionamiento de un Estado de derecho exige un ideal argumentativo específico en las situaciones correspondientes al denominado Derecho de la emergencia. Esto se pone más de resalto en el caso del funcionamiento del sistema jurídico argentino, por ser un país que sistemáticamente ha ido de emergencia en emergencia, y donde el requisito de la “optimización argumental” no ha sido satisfecho por parte de los Tribunales¹³.

No obstante, encontramos un severo escollo para llevar adelante ese tipo de argumentación y, en consecuencia, de control judicial respecto de una de las condiciones que la doctrina judicial ha considerado debe cumplir la normativa de emergencia. A ello pasamos a referirnos a continuación.

III. Argumentación y alcances de la decisión judicial frente a normas de emergencia

A las exigencias argumentativas que apuntamos arriba, es preciso adicionar un aspecto sustancial, relacionado con límites que funcionalmente pueden tener los magistrados al resolver sobre la validez de las normas de emergencia. Nos referimos a la influencia que la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables tiene en Argentina, la cual operaría como un condicionante de la decisión judicial en materia de derecho emergencial.

Esta doctrina, cuyo desarrollo excede ampliamente los límites del presente pero que asumimos reconocida dada su vigencia –en mayor o menor grado– en los países del mundo latino, indica que los jueces deben autorrestringirse en, al menos, ciertos puntos del análisis de los casos de naturaleza política.

El cauce por el que debe transitar el accionar del Poder Judicial para salvaguardar los derechos individuales sin desconocer la competencia de los otros poderes en la materia no es fácilmente determinable, pero no puede descartarse como valioso el respeto del deslinde de atribuciones demarcado por la Constitución.

En relación a las exigencias mínimas que debe satisfacer toda normativa de emergencia (según II), conforme la jurisprudencia la revisión judicial en Argentina parece alcanzar, sin cuestionamientos, a las siguientes:

¹³ Al respecto, puede verse la jurisprudencia compendiada en Guibourg: 2003.

a) La declaración formal de la emergencia: Tal posibilidad de control judicial fue expresamente reconocida por la C.S.J.N. en el caso “Verrochi” del año 1999, cuando ésta sostuvo la necesidad de examinar si se cumplieron las exigencias formales en el dictado de las disposiciones de emergencia (cf. Gelli 2010).

b) La efectiva existencia de las circunstancias fácticas que habilitan la emergencia, esto es, la verificación material de la existencia de la emergencia: también en el precedente “Verrocchi”, nuestro Máximo Tribunal se pronunció sobre la revisibilidad de este aspecto.

c) En relación a la prolongación temporal de la normativa de emergencia, la doctrina judicial de la Corte se ha pronunciado por la posibilidad de su control, pudiendo el juez argumentar acerca del exceso -o la adecuación- por parte de la normativa en relación a la duración de la medida excepcional.

d) En cuanto a la razonabilidad de las medidas adoptadas en el marco de la emergencia, aquí debemos distinguir entre los diversos componentes de este concepto según nuestra Corte y que fueron mencionados más arriba. Con respecto a la justificación de la norma orientada al bien común, no habría objeciones para que la sentencia se pronuncie sobre este extremo. Lo mismo sucede al momento de valorar si las medidas empleadas pueden suponer en la práctica un mal mayor al bien que se pretende alcanzar. Pero la jurisprudencia resulta zigzagueante acerca de determinar si la decisión judicial puede –o debe- argumentar válidamente en relación a la elección de los medios empleados por el legislador para solucionar la contingencia.

Aquí ingresamos en el terreno clásico de la discrecionalidad política. En este sentido, consideramos que, verificada la situación de emergencia y asumida que sea la misma por los órganos políticos, la necesidad de conjurar la situación a través de una normativa de excepción, la vía elegida por éstos para subsanar ese estado de crisis no puede ser revisada por el órgano jurisdiccional. Es decir, sostenemos que el Poder Judicial no puede: a) ni valorar la elección que el legislador –en sentido genérico- ha hecho entre las diferentes alternativas existentes, b) ni sustituir la opción seleccionada por el legislador por otra que, a criterio del magistrado, fuere más adecuada para conjurar la emergencia. Todo ello por las razones que más abajo serán detalladas. Y, como consecuencia, esto opera como un límite a la argumentación judicial en materia de emergencias.

Al efecto de ilustrar la posición que ha ido asumiendo la C.S.J.N. formulamos en lo que sigue un sintético racconto de su jurisprudencia en la materia en las últimas décadas.

IV. Jurisprudencia en materia de emergencia: C.S.J.N.

1. Peralta (1990)¹⁴: la Corte analiza la validez formal de la norma de emergencia y sostiene que para que su sanción esté justificada deben concurrir tres elementos: a) que exista una real situación de necesidad que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad, b) que la ley persiga proteger a toda la sociedad y no sólo a determinados individuos, c) que la duración sea temporaria y acotada al plazo de tiempo indispensable para superar la emergencia. Afirma también que el Poder Judicial no puede evaluar oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas adoptadas en estado de necesidad y que corresponde al Congreso definir la situación de emergencia.

2. Video Club Dreams (1995)¹⁵: la Corte consideró que los fundamentos que avalaban los decretos de necesidad y urgencia que proclamaban la emergencia cinematográfica no constituyen respuesta adecuada a una situación de grave riesgo social y, por ello, no precisan medidas súbitas como las implementadas. Es interesante porque, si bien en *obiter dicta*, considera que la medida no era la adecuada, cuestión siempre ajena al control judicial según la propia jurisprudencia de la Corte.

3. Verrocchi¹⁶(1999): la Corte estableció la necesidad de examinar si se cumplieron las exigencias materiales y formales en el dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia (D.N.U.). A la vez dispuso que los D.N.U. deben tener motivación fáctica a los fines de que el órgano judicial pueda efectuar el control de razonabilidad. Con lo cual, sostiene que el Poder Judicial estudiará las circunstancias de hecho descriptas por la norma de emergencia para analizar si es o no razonable la medida adoptada. Y avanzando sobre las posibilidades de revisión, sostuvo que cuando el Poder Legislativo no legisla o cuando la delegación en el Poder Ejecutivo es mayor (base amplia), pues entonces el control por parte del Poder Judicial debe ser mayor (Sola, 2007: 99).

4. Cena (2000)¹⁷: dispuso que la ponderación del acierto de las medidas adoptadas por los poderes políticos en la esfera de su competencia, enderezadas a conjurar una emergencia económica en el régimen de jubilaciones y pensiones, escapa al marco de atribuciones jurisdiccionales. Dicha limitación, empero, no impide a los jueces controlar la razonabilidad de las normas y evaluar si su aplicación al caso concreto provoca desmedro de orden constitucional.

¹⁴ C.S.J.N., "Peralta Luis Arcenio y otro v. Estado Nacional s/ amparo", Sentencia del 27/12/1990. Caso relativo a los Decretos de Necesidad y Urgencia que impusieron límites a la devolución de depósitos y devolución en bonos.

¹⁵ C.S.J.N., "Viedo Club Dreams c. Instituto Nacional de Cienmatografía", Sentencia del 6/6/1995. Relativo a D.N.U. y emergencia cinematográfica que establecía un impuesto del 10% sobre el total de locaciones y ventas de videos, etc.

¹⁶ C.S.J.N., "Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas", Sentencia del 19/08/1999. El Poder Ejecutivo dictó los decretos de necesidad y urgencia N°. 770/96 y 771/96 suprimiendo las asignaciones familiares a los trabajadores cuyas remuneraciones superaran los \$1.000. El actor en calidad de afectado interpuso un amparo aduciendo la garantía de protección integral de la familia, la Corte, por mayoría hizo lugar a la acción.

¹⁷ C.S.J.N. "Cena, Juan M. c. Provincia de Santa Fe", Sentencia del 18/11/1999, DJ 2000-2, 1163.

5. Tobar (2002)¹⁸: La Corte ingresa al análisis de la razonabilidad de los medios empleados y la conculcación de derechos a los sujetos pasivos de la norma. Además, analiza el procedimiento seguido para la adopción de la normativa de emergencia, declarando inconstitucionalidad del DNU 896/2001 por no haberse sancionado la ley que reclama el art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional para hacer operativo su articulado.

6. San Luis (2003)¹⁹: Sostiene que la facultad de revisión judicial encuentra su límite en el ejercicio regular de las funciones privativas de los poderes políticos del Estado, pues la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, dado que de otra manera se produciría una invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la Nación. Finalmente entiende que el Ejecutivo ha incumplido con los límites demarcados por el Legislador en la ley específica (bases de la delegación) , analizando también la razonabilidad de la medida empleada a la luz de la conculcación de derechos constitucionales, circunstancia ésta no habilitada ni siquiera bajo la normativa de emergencia. Claro que, tal como el mismo fallo se encarga de aclarar, se trata de una decisión mínima, es decir, aplicable sólo a la situación planteada en el pleito de marras²⁰. Lo cual, en alguna medida, contribuye a no dejar abierto un amplio margen revisionista de normas de emergencia de tipo económicas. Y, precisamente, el criterio cambió abruptamente a partir del caso “Bustos”.

7. Bustos²¹ (2004): sostuvo que los jueces no están facultados a sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad y que el *"ejercicio de los mencionados controles no puede justificar que todas las medidas de política económica de los poderes competentes sean sometidas a la revisión, no de su legalidad, sino de su acierto o su oportunidad, pues ello implicaría sustituir a los órganos constitucionales que tienen su origen directo en la voluntad popular por el criterio predominantemente técnico del Poder Judicial... Los jueces están llamados a juzgar, no a administrar ni a fijar ni revisar la política económica de los poderes políticos, pues lo contrario implicaría desvirtuar el régimen democrático sustituyéndolo por el gobierno, o aún la dictadura, del Poder Judicial, que impediría el desarrollo de cualquier programa de gobierno coherente, máxime frente a una emergencia que los jueces no están capacitados para encauzar"*. Si bien las circunstancias fácticas y normativas eran similares –sino idénticas- a las del caso San Luis, en esta oportunidad la Corte se autorrestringió, fundamentando largamente su decisión en aspectos de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. Afirma que no son los jueces quienes

¹⁸ C.S.J.N., “Tobar Leónidas c. E.N., Ministerio de Defensa – Contaduría General del Ejército – Ley 25.453”, Sentencia del 22/08/2002, DJ 2002-3-16. Referida a DNU: movilidad jubilatoria y reducción de retribuciones del sector público nacional cuando los recursos no fueren suficientes para atender los créditos previstos.

¹⁹C.S.J.N., “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional”, Sentencia del 5/03/2003, en: <http://csjn.gov.ar/> (25/09/2010). Es una convalidación del caso “Smith, Carlos Antonio c. PEN”, Fallos 325:28).

²⁰ Confr. Considerando N° 21 de la Sentencia bajo análisis.

²¹ C.S.J.N., “Bustos Alberto y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo”, Sentencia del 10/11/2004.

deben fijar la política económica del Estado sino los órganos políticos quienes, además, se encuentran mejor capacitados para eso, dada la función técnico-burocrática del Poder Judicial.

8. Consumidores Argentinos (2010)²²: con motivo de un D.N.U. en materia de seguros, la Corte descalifica su constitucionalidad por entender que no se dieron las circunstancias fácticas que ameritaran un tratamiento de urgencia y, además, sostiene que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la Ley 20.091 no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional. Analiza indirectamente las vías alternativas que tenía el PE para conjurar la situación excepcional.

9. Asociación Argentina de Seguros (2015)²³: reitera su jurisprudencia en materia de revisión de la procedencia de los DNU como medio idóneo para sortear la emergencia, concluyendo que en el caso no era necesaria la adopción de medidas inmediatas por no haberse demostrado el riesgo para el interés general.

Vemos cómo la jurisprudencia de la Suprema Corte argentina denota un rumbo zigzagueante en materia de límites a la revisión de los diversos aspectos de la normativa emergencial, en particular en relación a la posibilidad de valorar y, eventualmente, sustituir el criterio político que supone la elección de un medio para conjurar la conyuntura que el estado de excepción implica.

IV. Objeciones al control judicial de la medida

Seguramente habrá objeciones respecto de toda tesis que implique una limitación argumental –y de control- respecto de los jueces en materia de validación de normas de emergencia. Sin embargo, buena porción de la doctrina de las *political questions* opera como condicionante de la capacidad argumentativa de los jueces en las sentencias dictadas en casos relativos a derecho de emergencia. Ello, en razón de ciertos valores materiales de corte republicano-democrático relativos al modo de organización del Estado y la sociedad que se visualizan preeminentes y que, paradójicamente, son también los que colocan a los magistrados en la posición de resolver conflictos.

Los jueces no están llamados a decidir acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas por los poderes políticos y la defensa de ese compromiso republicano,

²² C.S.J.N., “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, Sentencia del 19/05/2010.

²³ C.S.J.N., “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ nulidad de acto administrativo”, Sentencia del 27/10/2015. Caso relativo a la posibilidad de contratación de empresas de seguros internacionales para asegurar de cuestiones locales atento una situación de emergencia.

puede ser asumida no sólo a partir del argumento contramayoritario²⁴, sino a partir de la propia naturaleza de las funciones que cada órgano del Estado tiene.

Vale recordar que la legitimidad de las decisiones jurídico-políticas que genera un sistema democrático se sustenta fuertemente en el mínimo común denominador que comparten todos los ciudadanos (o la mayoría, o gran parte) en una democracia electiva en la cual la participación política en asuntos que conciernen a los intereses de todo un pueblo se expresa depositando el voto en las urnas. Este pequeño gesto delegativo de soberanía representa, por sobre todas las cosas, un gran acto de confianza. Pero no un acto de confianza incondicional e imperecedero; representa un acto de confianza siempre revisable o, como se dice, válido hasta próximo aviso. De ahí que, en virtud de su extrema fragilidad, exija de su depositario que actúe con la responsabilidad de quien sabe que inexorablemente será juzgado por las consecuencias de lo que decida. De allí que, la decisión judicial no podrá basarse en argumentaciones en torno a extremos que son de intrínseca naturaleza política, por las razones institucionales referidas.

Además de ello, los legisladores pueden encontrarse mejor situados que los jueces para cultivar ciertas aptitudes relevantes para la toma de decisión que los jueces. La actividad propiamente legislativa, cuando es acompañada por una actitud responsable de parte de cada legislador, es una actitud que no surge espontáneamente sino que es incentivada por elecciones periódicas que amenazan con retirarle la cuota de apoyo obtenido si su desempeño no satisface las expectativas generales. Se trata de una habilidad experimental característica de los legisladores, que los transforma en depositarios fieles de las esperanzas populares. El constitucionalista Otto Bachof supo decir:

“No se puede designar realmente como soberano a quien no puede actuar más que represivamente, a quien carece de toda iniciativa propia para la configuración política, a quien sólo puede actuar a petición de otro órgano estatal o de un ciudadano lesionado, a quien, finalmente, en el desempeño de su función de control, tiene que limitarse a los asuntos que –considerados desde el punto de vista del órgano de control –le llegan casualmente” (Bachof 1963, p. 51).

Son, entonces, ciertas habilidades específicas las que marcan el contenido definitivamente político de una decisión, habilidades que se adquieren en el ejercicio de la participación política, a través del contacto directo que sólo el legislador (o el candidato a legislador) puede propiciar con la sociedad que aspira a representar, de su involucramiento profundo con las carencias y necesidades poblacionales y de un paulatino proceso de concientización que debe nacer del reconocimiento de las leyes prevalecientes en su sistema jurídico, dirigirse hacia un diagnóstico de por qué resultan insuficientes para paliar una situación

²⁴ Desde esta perspectiva, sólo son representativos de la soberanía popular los poderes Ejecutivo y Legislativo. Y particularmente éste último, en virtud de que sólo en la ley emanada del órgano constitucionalmente habilitado para sancionarla se encuentra asegurado el principio de la mayoría y minoría, base insustituible del sistema democrático.

social indeseable y culminar con una propuesta de solución que puede implicar una verdadera innovación legal.

En rigor de verdad, esta habilidad no tiene por qué situarse por fuera del alcance del funcionario judicial. Es probable que un juez medianamente avezado en política y conocedor de su sociedad se demuestre competente para dictaminar cuándo estamos en presencia de una oportunidad para hacer lo que prescribe la norma y cuándo no. El problema es otro. El problema es que como la legitimidad de las decisiones jurídico-políticas que genera un sistema democrático debe concebirse en última instancia de cara a una ciudadanía –repito– que no tiene por qué ser versada en conocimientos jurídicos, se plantea la cuestión de qué es lo que podría llegar a ofrecérsele en calidad de justificante epistémico respecto de la superioridad judicial para evaluar la razonabilidad de la medida emergencial.

En cualquier caso, lo que esta idea expresa a grandes rasgos es que la mejor manera que los ciudadanos de una república hemos encontrado de aproximarnos, si no a la verdad, por lo menos sí a la imparcialidad en lo que concierne a cuestiones *políticas* (o de *moral pública*), es mediante la implementación de procedimientos comunes que tornen aceptables nuestras enunciaciones a los ojos de la mayoría, procedimientos como los que, siempre de forma imperfecta pero perfectible, sólo alcanzarían a plasmarse en el funcionamiento de un parlamento integrado por representantes que sean periódicamente elegidos por el voto popular.

Por último, hemos de mencionar que el diseño institucional de las democracias constitucionales que asumen un control de constitucionalidad de tipo difuso, viene a agregar un elemento de objeción a la revisión de la medida emergencial por el riesgo siempre latente de que decisiones jurisdiccionales en sentidos diversos afecten severamente la unidad de acción y decisión estatal, que en situaciones de crisis puede resultar necesaria para la superación de la situación de emergencia.

V. Bibliografía

- ANDRUET, Armando S. (h) (2001): *Teoría general de la argumentación forense*, Alveroni, Córdoba.
- _____, BARBARÁ; J. A. e HIRUELA DE FERNÁNDEZ, M. P. (2003): *Introducción filosófica al derecho*, Alveroni, Córdoba.
- _____(2007): “Integración de las reglas de la argumentación y su aplicación en la jurisprudencia”, en ‘GHIRARDI, Olsen A. (Director), *Alfredo Fragueiro (In Memoriam)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Instituto de Filosofía del Derecho, Córdoba’.

- ATIENZA, Manuel (1998): *Introducción al Derecho*, Fontamara, México.
- _____ (2001): *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- _____ (2003): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México.
- BACHOF, Otto (1963): *Jueces y constitución*, Taurus, Madrid.
- BARBARÁ, Jorge Edmundo (2008): *Estado de Derecho y Autonomía de la Voluntad*, Advocatus, Córdoba.
- BARBARÁ, Jorge Augusto (2007): “Principio de igualdad ante la ley. Opciones que plantea para la solución de casos”, en ‘GHIRARDI, Olsen A. (Director), *Diez años*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Instituto de Filosofía del Derecho, Córdoba’.
- _____ (2011): “Algunas notas sobre argumentación en el marco del derecho de la emergencia a raíz de la emergencia previsional en la Provincia de Córdoba”, en *La Lucha por la supervivencia de los derechos frente a la emergencia económica*, Alveroni, Córdoba.
- BIANCHI, Alberto B. (2002): *Control de Constitucionalidad*, Tomo II, 2da. Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- _____ (1991): “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires.
- COPI, Irving M (1997): *Introducción a la lógica*, 3ª edición, 1ª reimpresión, Eudeba, Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald (1988): *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona.
- GAMUT, L. T. F. (2002): *Introducción a la lógica*, 1ª edición, 4ª reimpresión, Eudeba, Buenos Aires.
- GELLI, María Angélica (2010): “La revisión judicial de la normativa de emergencia, entre las coordenadas del control de constitucionalidad”, publicado en *Suplemento de Derecho Constitucional*, N° 41, Editorial La Ley, Agosto de 2010.
- _____ (2006): *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Ed. La Ley, Ciudad de Buenos Aires.
- GHIRARDI, Olsen A. (1987): *Lógica del proceso judicial*, Marcos Lerner, Córdoba.
- GUIBOURG, Ricardo A. (2003): “Norma, coyuntura y emergencia”, en ‘GUIBOURG, Ricardo A. (Director), *Emergencia económica y teoría del derecho* -Suplemento Especial La Ley, Buenos Aires’.

- HELLER, Hermann (1992): *Teoría del Estado*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, Quinta reimpresión.
- HIRUELA DE FERNÁNDEZ, María del Pilar (2007): “Los entimemas forenses y su validez en la fundamentación sentencial”, en ‘GHIRARDI, Olsen A. (Director), *Diez años*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Instituto de Filosofía del Derecho, Córdoba’.
- KELSEN, Hans (1977): *Esencia y valor de la Democracia*, Editorial Guadarrama, Madrid.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. (1992): “La legislación de emergencia en el derecho argentino y comparado”, en *Revista La Ley*, Tomo N° 30 Buenos Aires.
- MIRANDA, Daniela Magalí (2011): “Límites al control de constitucionalidad de las normas de emergencia” en *La Lucha por la supervivencia de los derechos frente a la emergencia económica*, Alveroni, Córdoba.
- MORESO, José Juan y VILAJOSANA, José María (2004): *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- SAGÜÉS, Pedro N. (2009): “Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia”, en ‘Segundo V. Linares Quintana (Dir. Emérito), *Derecho Constitucional Doctrinas Esenciales*, Ed. La Ley, Buenos Aires’.
- SCHAUER, Frederick (2004): *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid.
- SOLA, Juan Vicente (2007): “Cuestiones políticas y federalismo”, en ‘Lozano, Luis F. y otros, *Cuestiones políticas no justiciables y autorrestricción del Poder Judicial*, , Secretaría Parlamentaria, Instituto de Capacitación Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputado de la Nación, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires’.
- _____ (2006): *Control Judicial de Constitucionalidad*, 2da. Edición, Ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Ciudad de Buenos Aires.