

**¿La Emergencia en la Constitución o la Constitución en Emergencia?” Tomo I
(páginas 127-170)**

Obra Colectiva. Editorial Rubinzal Culzoni, 2003

**EL DERECHO DE PROPIEDAD EN ARGENTINA A TRAVÉS DE LA
INTERPRETACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
(1853-2003) ¿La emergencia en la Constitución o, la Constitución en emergencia?**

Por Marcela I. Basterra

SUMARIO: **I) PRIMERA ETAPA:** El derecho de propiedad en la Constitución Nacional; sólo un sueño de los constituyentes; **II) SEGUNDA ETAPA:** La Propiedad y una doble limitación: 1) la función social de la misma y 2) una tenue insinuación de la doctrina de la emergencia; **III) TERCERA ETAPA:** La Propiedad y la consagración definitiva de la doctrina de la emergencia en nuestro derecho constitucional; **IV) CUARTA ETAPA:** El Caso Peralta; el avasallamiento del principio de inviolabilidad de la propiedad y de la división de poderes; **V) QUINTA ETAPA:** La reforma Constitucional de 1994 y la incorporación de Tratados de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional. **VI) SEXTA ETAPA:** El fallo “Smith”, ¿ el regreso a un “*standard*” razonable de control o una “jugada política del Máximo Tribunal?”. El fallo “San Luis” ; **VII) Conclusiones**

*“Comprometed, arrebatad
la propiedad, es decir el derecho exclusivo que cada hombre tiene de usar y disponer
ampliamente de su trabajo, de su capital, y de sus tierra para producir lo conveniente a sus
necesidades o goces, y con ello no hacéis más que arrebatar a la producción sus
instrumentos, es decir paralizarla en sus funciones fecundas hacer imposible la riqueza, tal
es la trascendencia económica de todo ataque a la propiedad, al trabajo, al capital y a la
tierra, para quien conoce el juego o el mecanismo del derecho de propiedad en la*

generación de la riqueza general.... La propiedad no tiene valor ni atractivo, no es riqueza propiamente cuando no es inviolable por la ley y en el derecho...”¹

Sin duda el derecho de propiedad ha sido uno de los derechos fundamentales al que más se ha ido despojando de contenido desde el concepto de propiedad como un derecho casi “absoluto”, plasmado en la constitución de 1853/60 hasta la actualidad. Habiendo pasados por etapas en la que se pretendió su total aniquilamiento. Teniendo en esto un rol fundamental todos los poderes del Estado pero, sobre todo la Corte suprema de Justicia de la Nación, cuando a través de la doctrina de las Emergencias fue justificando el cercenamiento, restricción y alteración de mayor o menor grado del Derecho de propiedad. Con la intención de realizar un trabajo ordenado y sistemático de un tema que presenta las más variadas aristas y que ha pasado en la historia del derecho constitucional argentino a ser uno de los derechos fundamentales sistemáticamente lesionado por actos provenientes de los poderes políticos y convalidado por el poder judicial, vamos a dividir el tratamiento del tema en análisis; El derecho de propiedad, en seis etapas.

I) PRIMERA ETAPA: El derecho de propiedad en la Constitución Nacional; sólo un sueño de los constituyentes.

El derecho de propiedad es sin duda alguna uno de los pilares fundamentales sobre los que se sostienen las sociedades prósperas y activas. La Argentina fue pensada desde su nacimiento con un régimen jurídico en el que estaba fuertemente protegido el derecho individual a la propiedad. El mismo estaba contemplado en el Estatuto provisional de 1815 (artículo 1º), en el Reglamento provisional de 1817 (artículo 1º), en la Constitución de 1819 (artículo 109) y en la Constitución de 1826 (artículo 159). Es, siguiendo esta línea de protección que en la Constitución Nacional de 1853/60 consagra el derecho de propiedad como un derecho “casi absoluto” que surge claramente del juego de los artículos 14 y 17 de la misma. El fundamento que inspiró a nuestros constituyentes deviene del constitucionalismo liberal clásico, que reconoce – entre otras fuentes- por un lado la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789 enuncia en

¹ALBERDI, Juan Bautista “Sistema económico y Rentístico de Confederación Argentina de 1853”, Colección Esquemas políticos, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981 p. 34.

artículo 2² como derechos naturales e imprescriptibles del hombre a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Sintetizados en dos; Libertad y Propiedad, siendo el segundo expresión concreta del primero.

Por otro lado, la Constitución Americana de 1787 que contempla la protección de la propiedad como derecho individual básico en la enmienda V³ – ratificada en 1791- y, nuevamente en la enmienda XIV⁴ – ratificada en 1868-. No es caprichoso este doble tratamiento, en el caso de la enmienda V se refiere a la propiedad dentro de un marco de derechos de las personas acusadas y de las exigencias procesales respecto de la privación de la propiedad⁵. En el caso de la XIV enmienda se relaciona con los derechos de las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, al establecer que “ *Tampoco un Estado privará a una persona... o de la propiedad sin el debido proceso de ley*” está relacionado con el concepto de “estado”, entendiéndose no solamente los organismos del gobierno estadual sino los organismos del gobierno local cuando actúan so color de la autoridad oficial aunque sea contrariamente a la ley estadual⁶

La concepción de “inviolabilidad” de la propiedad plasmada en el artículo 17 de la constitución Nacional, tiene como contracara el término “confiscatoriedad”, prohibida por la misma norma constitucional, de manera que de la simple lectura de la norma surge claramente que todo acto o ley del que resulte una violación al derecho de propiedad, importa una confiscación.

Es en este contexto la constitución expresamente rechaza determinados tipos confiscatorios, tales como los servicios personales, las confiscaciones dispuestas por sentencia penal y las requisiciones hechas por fuerzas armadas o ejércitos en campaña, modalidad frecuente en los tiempos en que la constitución fue sancionada.

² ARTICULO 2°. “El objeto de toda asociación política es la conservación de todos los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”

³ ENMIENDA V. “... a nadie se lo privará de la vida, la libertad o los bienes sin el debido proceso legal; no se expropiará la propiedad privada para uso público sin justa compensación.”

⁴ ENMIENDA XIV. “... Ningún Estado dictará o aplicará leyes que restrinjan los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará a nadie de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal....”

⁵ “FUENTES v. SHEVIN”, 407U.S. 67,80 (1972) y “MITCHELL v. W.T.GANT CO.”, 416 U.S. 600 (1974)

⁶ Ampliar de “The Constitution and what it Means Today” - La Constitución de los estados Unidos y su significado actual- . Princeton University Prees, Traducción, Anibal LEAL, primera Edición en español, Editorial Fraterna S.A., 1987, p.592/597

Claro está que, como todo derecho la inviolabilidad de la propiedad no es “absoluto” sino que, en aras de salvaguardar la convivencia social es susceptible de reglamentación razonable. Sólo se admiten, taxativamente – a nuestro criterio- tres excepciones al principio de inviolabilidad, que surgen claramente del texto constitucional.

La primera, es la que encabeza el artículo 17 estableciendo que *“La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley...”*, se refiere a la transmisión judicial de la propiedad, siendo en este caso el artículo 2610 del Código civil una norma reglamentaria de la constitución.⁷ La propiedad en este caso puede perderse por una sentencia judicial que así lo ordena, con independencia de la voluntad del titular del derecho. La transmisión tiene lugar por la sola fuerza de la sentencia que la autoriza, siempre que esté fundada en una ley que la autoriza y una decisión judicial que la ordena. Esta protección ampara contar cualquier violación de la propiedad privada proveniente tanto del Estado como de particulares.⁸

La segunda de las limitaciones, proveniente del derecho francés es la institución de la expropiación, contemplada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano (artículo 17). Nuestra Constitución toma textuales los extremos allí plasmados para que la expropiación revista carácter constitucional y ellos son; una ley previa que declare la necesidad de utilidad pública del bien a expropiarse y, una indemnización justa.

La tercera limitación, es la que se refiere al poder de imposición del Estado facultad derivada del poder soberano del mismo. Este poder encuentra su justificación en el deber de los habitantes a la contribución del sostenimiento del Estado, en tal sentido el artículo 4 de la constitución nacional expresa *“... las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga la Congreso General..”*, en consonancia con ello el artículo 17 establece *“... Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4...”*. Esta facultad de imponer tributos, si bien es esencial al poder estatal el origen de su desarrollo constitucional, se remonta al derecho inglés. La presión fiscal ejercida por el rey sobre los nobles tenían como contraparte las concesiones realizadas por el soberano a través de “cartas o *bills* “, posteriormente convertidas en

⁷ Artículo 2610 Código Civil. (la propiedad) “se pierde también por la transmisión legal del dominio , cualquiera que sea su causa, ejecución de sentencia, expropiación por necesidad o utilidad pública, o por el efecto de los juicios que ordenen la restitución de una cosa ...”

garantías a favor de todos los habitantes de los Estados Democráticos de Derecho; tal el caso de la Carta Magna inglesa de 1215⁹.

Es dentro de este contexto, que en esta primera etapa nuestra Corte dicta sentencias que implican una protección clara y definida de la propiedad privada en consonancia con la normativa constitucional. Así en “**Hileret y Rodríguez v. Provincia de Tucuman**”¹⁰ (1903) el Máximo Tribunal expresa “... *Que si fuese aceptable la reglamentación impuesta al azúcar, podría hacerse extensiva a toda la actividad industrial, y la vida económica de la Nación con las libertades que la fomentan, quedarían confiscadas en manos de legislaturas o congresos que usurparían por ingeniosos reglamentos todos los derechos individuales (...) y así hasta caer en un comunismo de Estado en el que los gobiernos serían los regentes de la industria y del comercio, y los árbitros del capital y de la propiedad privada*” (Considerando 24°)

Siguiendo el criterio “amplio” de las normas jurídicas que lo inspiran; es que la Corte define el derecho de propiedad en “**Bourdié c/ Municipalidad de la Capital**”¹¹ (1925) establece que “...*las palabras libertad y propiedad comprensivas de toda vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en el sentido más amplio. El término propiedad, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de si mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad....*” (5° párrafo)¹²

II) SEGUNDA ETAPA: La Propiedad y una doble limitación: 1) la función social de la misma y 2) una tenue insinuación de la doctrina de la emergencia

⁸ LINARES QUINTANA, Segundo V. “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional” Tomo V, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 85 y ss.

⁹ DALLA VÍA, Alberto R. “ Derecho Constitucional Económico”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 240-242

¹⁰ CSJN, Fallos, 98: 24- Sentencia del 5-9-1903

¹¹ CSJN, Fallos, 145:307- Sentencia del 16-12-1925

A partir de 1922 – con algunas excepciones que señalaremos- podemos afirmar que comienza una doble limitación sobre el concepto del derecho de propiedad; una proveniente de la función social y, otra fundamentada en la doctrina de la emergencia. Es notable el embate que la doctrina de la emergencia supuso sobre los límites del derecho de propiedad y sobre la institución jurídica del contrato, aún cuando la finalidad haya sido la de protegerlos, tal como lo expresan los propios fallos de la Corte. Ello además, acrecentado por la posibilidad que la misma constitución deja abierta al legislador en el artículo 75 inciso 18, precepto que es utilizado en varias oportunidades para acrecentar el intervencionismo estatal en el derecho de propiedad.

1) La función social de la propiedad

Si bien se menciona como punto de inflexión en el tema el fallo “**Ercolano c/ Lanteri de Renshaw**”¹³ (1922) es en forma conjunta con el precedente de la Corte emitido tres décadas después “**Torrá, Elisa Manuela C/ Montescchi, Blas**”¹⁴ (1955) los dos casos paradigmáticos en los que se advierte claramente el significado y alcance del sentido social de la propiedad

El punto de partida es, sin duda el fallo “**Ercolano c/ Lanteri de Renshaw**” en el mismo se revierte el criterio de estricta aplicación de las normas constitucionales al derecho de propiedad y los contratos. En el caso se había impugnado la constitucionalidad del artículo 1º de la ley 11.157, sosteniéndose que la reglamentación del monto de las locaciones es incompatible con el derecho de usar y disponer de la propiedad y con el principio de inviolabilidad de la misma que emana de la interpretación armónica de los artículos 14, 17 y 28 de la constitución nacional. La Corte en el caso al controlar la constitucionalidad de este precepto, no considera que sea repugnante a la constitución. Expresando que *“ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última. La misma Constitución ha consignado limitaciones especiales*

¹² el subrayado es nuestro

¹³ CSJN, Fallos, 136: 170- Sentencia del 28-4-1922

¹⁴ CSJN, Falos, 232:134- sentencia del 23-6-55

respecto de algunos derechos; pero no siendo posible prever ni establecer en ella todas las condiciones a que seria menester subordinarlos para hacerlos adaptables a la vida de relación, ha confiado al Poder Legislativo la misión de reglamentar su ejercicio, poniendo al mismo tiempo un limite a esa facultad reguladora (arts. 14 y 28)”.

Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino a su extensión. Tales son, las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas; y hay asimismo otras limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen, porque podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo profesados por la Constitución. A esta categoría corresponden las reglamentaciones de precios y de tarifas, inspiradas en el propósito de librar al publico de opresiones o tiranías de orden económico. Reiteradas decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos dictadas dentro de un sistema constitucional gobernado por principios análogos a los que rigen, han confirmado también esa doctrina. En el conocido caso de **“Jun v. Illinois”**¹⁵ después de invocar el monopolio que ejercían las empresas de elevadores de granos en la ciudad de Chicago y el gran interés del publico por ese negocio, declaro justificada la reglamentación de sus tarifas, estableciendo como un principio general: que *“todo aquel que dedica su propiedad a un uso de interés publico, confiere por ese hecho al publico un interés en ese uso y debe someterse a su controlador, para el bien común, en la extensión del interés que le ha creado”*.

Aplicaciones sucesivas de la misma doctrina la hicieron extensiva a los ferrocarriles (*“Granger Cases”*, 94 US 155 y ss.), a las empresas de suministro de agua (*“Spring Valley Water Works v. Schottler*, 110 US 347) y a otras dedicaciones de la propiedad a negocios de intenso interés publico, susceptibles, por su carácter de monopolio de hecho, de oprimir económicamente a la comunidad”. Solamente la disidencia del doctor Antonio Bermejo se atuvo a la jurisprudencia anterior, el magistrado sostuvo enfáticamente en favor del derecho de propiedad que *“se ha dicho, con razón, que la propiedad es una de las bases cardinales de la organización civil de los pueblos en el estado actual de la cultura y de la civilización, y que sin ella se trastornan los conceptos de libertad, de patria, de gobierno, de familia, y después de notar el fracaso de los ensayos de organización social que la han desconocido,*

¹⁵ 94 U.S. 113

puede afirmarse que “debemos considerarla como el punto de arranque de los ordenamientos sociales contemporáneos” (considerando 8°)

En relación fallo “**Torrá, Elisa Manuela C/ Montescchi, Blas**” consideramos necesario explicar el contexto histórico¹⁶. La Corte que fallo este caso en 1954 hizo aplicación del principio de la función social de la propiedad, introducido por la Constitución justicialista de 1949. Es útil, entonces, conocer algunas ideas sobre la cuestión, de uno de los mentores de aquella reforma en materia económica-social. Después de reconocer que la propiedad privada “es un derecho natural inherente a la persona humana” derivado del derecho de apropiarse del fruto del trabajo y del ahorro, **Arturo Sampay**¹⁷ sostiene que el propietario tiene el “poder de administración y justa distribución de los beneficios que le reportan los bienes exteriores poseídos, con lo que la propiedad llena su doble cometido: satisface un fin personal cubriendo las necesidades del poseedor y un fin social al desplazar el resto hacia la comunidad. Pensamiento que deviene del la doctrina Tomista. Para Sampay, la ultima finalidad es el fundamento de la función social de la propiedad que impone, por un lado, limites al ejercicio de ese derecho y, por otro, la universalización de aquella. Uno de los mecanismos propuestos por la Constitución de 1949, para el acceso de todos a la propiedad fue la reforma agraria. Sin embargo, en razón de la generalidad de los principios elaborados en torno a la función social de la propiedad muchos interrogantes se mantuvieron en pie. El mismo autor reconoce que el concepto de justicia social –que informaría toda la cuestión– es impreciso, concluyendo –no obstante– que es una “aplicación de la justicia legal a las cuestiones económicas y sociales provocadas por la intrínseca injusticia del capitalismo moderno”. En el caso de marras la Corte estableció que “...*las leyes deben interpretarse y aplicarse en función de las directivas hermenéuticas impuestas por las nuevas normas constitucionales y por el art. 3° de la ley 14.184, a las que deben atenerse los magistrados en el cumplimiento de su misión (Fallos, 229:368 y 456)*” “*que en las circunstancias señaladas esta en juego, desde el punto de vista de las exigencias urbanas, la función social que según el art. 38 de la Constitución debe tener la propiedad. Hay, además, por parte del demandado, un ejercicio abusivo de su derecho, que por ser tal esta fuera del amparo legal. (art.35, Const. Nacional)*”

¹⁶ GELLI María Angélica, CAYUSO Susana Y MILLER Jhonathan “Constitución y derechos humanos” T. 2 Astrea, Buenos Aires, 1991, págs. 1343-1344

¹⁷ SAMPAY, Arturo, “Las Constituciones Argentinas 1810-1972” Eudeba, 1975, págs.487 y siguientes.

2) Una tenue insinuación de la Doctrina de la Emergencia

En el caso “**Horta c/ Harguindeguy**”¹⁸ (1922), se trata del cuestionamiento de la norma del caso anterior, pero en sentido que el artículo 1° de la ley 11.157 congelaba los alquileres al 1° de enero de 1920. La sentencia recurrida hace retrotraer los efectos de la ley, haciendo que rija a hechos anteriores a su promulgación. La misma Corte decidió que en este caso, que de la manera que fue aplicado el precepto legal, sí lesiona derechos fundamentales resultando, por lo tanto inconstitucional esto es, inconciliable con el artículo 17 de la carta magna. Los fundamentos esenciales esgrimidos por la Corte fueron que *“en tesis general, el principio de la no retroactividad no es de la Constitución sino de la ley. Es una norma de interpretación que deberá ser tomada en cuenta por los jueces en la aplicación de las leyes, pero no liga al poder legislativo, que puede derogarla en los casos en que el interés general lo exija. Esta facultad de legislar hacia el pasado no es, sin embargo, ilimitada. El legislador podrá hacer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativas existentes; los jueces, investigando la intención de aquel, podrán a su vez atribuir a la ley ese mismo efecto. Pero ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva, o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior.*

En el caso “**Cornu c/ Ronco**”¹⁹ (1924), se cuestiona la constitucionalidad del artículo 1505 del Código civil, en el que se establecía que la validez temporal de un contrato de locación no puede exceder el de 10 años, y que en caso que se haga por más tiempo se entenderá realizado por dicho plazo. La Corte Suprema que consideró que la normativa del civil no vulnera los preceptos constitucionales de los artículos 14 y 17, no cercena al propietario la facultad de usar y gozar de su inmueble ni tampoco la de contratar respecto de aquél. *“Que el derecho de propiedad, como todos los demás derechos convencionales y sociales no es en manera alguna absoluto. Y es así que el juez Chase, citado por Willoughby (p. 1231), ha podido decir con entera razón “que es un principio indiscutible, nacido de la naturaleza misma del bien orden civil de la sociedad, que todo propietario, por absoluto y calificado que sea su título, lo tiene con la condición implícita de que su uso no pueda ser perjudicial, ni al derecho igual de los demás ni a los de la comunidad”. Que la Constitución, inspirada*

¹⁸ CSJN, Fallos, 137: 47- Sentencia del 21-8-1922

¹⁹ CSJN Fallos, 142: 81- Sentencia del 17-10-1924

en estos principios, a la vez que asegura en el art. 14 a todos los habitantes de la Nación el derecho de usar y gozar de su propiedad, ha cuidado al propio tiempo de dejar establecido en forma también categórica que ello ha de ser conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Que este poder de reglamentación, dentro del cual tienen fácil cabida todas aquellas restricciones y disposiciones impuestas por los intereses generales y permanentes de la colectividad y que no reconoce otra valla que la del art. 28 de la Constitución, es por su naturaleza independiente y distinto del poder atribuido al Estado de tomar la propiedad privada cuando razones de utilidad pública lo exigen, y al cual se refiere el art. 17 invocado a su favor por el apelante. En virtud del primero, el Congreso regla y organiza el derecho de propiedad individual reconocido por la Constitución; el segundo declara inviolable la propiedad así legislada y organizada por obra de aquel poder”.

En el fallo “**Mango c. Traba**”²⁰ (1925) se plantea la inconstitucionalidad en orden a los artículos 14, 17 y 28 de la constitución nacional, surgida de la aplicación de la ley 11.138 a un caso definitivamente juzgado con anterioridad a su promulgación, produciendo el efecto de anular una sentencia firme; por lo que ha despojado al recurrente de un derecho adquirido. La Corte sigue en el caso la doctrina de “**Horta c/ Harguindeguy**”, haciendo lugar a los reclamos, fundándose en que este régimen de emergencia, que afecta fundamentalmente el derecho de usar y disponer de la propiedad, ha sido tolerado por las decisiones judiciales solamente en consideración al momento de extrema opresión económica de los inquilinos debido a la ausencia de uno de los factores que regulan los precios en los negocios de locación de inmuebles, es decir, a la falta de oferta de habitaciones, y sobre todo como una medida transitoria y de corta duración (Fallos: 136, 161). Pero ese régimen anormal no puede encontrar suficiente justificativo cuando se le convierte de hecho en una norma habitual de las relaciones entre los locadores y los locatarios, como es la que han creado las reiteradas prorrogas acordadas a los inquilinos, y mucho menos cuando esta destinado a actuar en un tiempo y lugar diferente a aquel que dio lugar a la sanción originaria de dichas leyes, y que la misma Corte describía en el fallo del 28 de abril de 1922 (“**Ercolano c/ Lanteri de Ranshaw**”)

En este punto recordemos que, sólo cuatro meses después de esta sentencia, la Corte dicta una de las sentencias a nuestro criterio- sino la más- importante en torno a la protección del

²⁰ CSJN Fallos, 144: 219- Sentencia del 26-8-1925

Derecho de propiedad, y es la que situamos en la primera etapa, “**Bourdié c/ Municipalidad**” no por su aparición en el tiempo sino porque los conceptos emanados de la misma son totalmente coincidentes con el planteo de la protección de la propiedad en la etapa inicial de nuestro derecho constitucional, o sea un derecho de propiedad – casi “absoluto”. La importancia que reviste dicha sentencia, para nosotros, no está dada por este criterio, que no compartimos, sino porque en la misma es donde la Corte define el derecho de Propiedad como un concepto más amplio que el sentido de propiedad del código civil.²¹ Como explica **Bidart Campos**²², el derecho constitucional formal- que reconoce y garantiza el derecho de propiedad- y el derecho constitucional material- que se ha encargado, sobretodo por vía del derecho judicial de especificar sus contenidos- asignan al término “propiedad” un concepto que excede en mucho “y mucho más” al del derecho civil, en que el concepto se mueve en torno a los derechos reales. Por lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero, alcanzan el nivel de derechos patrimonialmente rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad.

Coincidimos también con **Badeni**²³ en que las fuentes de la propiedad privada son básicamente dos; la primera, el trabajo, físico o intelectual que dan lugar a la formación de los valores que conforman el patrimonio de una persona o los instrumentos que determinan su producción. La segunda, está conformada por estos valores patrimoniales que se traducen en un capital, que al ser afectado a labores productivas de bienes, genera un rédito que se incorpora al patrimonio. Tanto la creación directa de bienes, como la afectación de los ahorros para contribuir a la labor creativa de un tercero, son fuentes de propiedad privada.

La propiedad como toda libertad es inviolable, lo que no significa que tenga carácter “absoluto” en el marco de la convivencia social. Un estado personalista, cuya finalidad esencial es concretar la plena vigencia y de la libertad y dignidad de las personas, reconoce jurídicamente la propiedad privada y le otorga las garantías necesarias para que su ejercicio sea amplio, posible y efectivo. Pero, al no tratarse de un a libertad absoluta el estado tiene

²¹ Página 3, de este trabajo

²² BIDART CAMPOS, Germán Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino ., T. I-B, Ediar, Bs. As., 2001, págs.360

²³ BADENI, Gregorio, “Reflexiones sobre la Propiedad Privada” L.L, 5 de marzo de 2002, p.2

el deber de armonizar su ejercicio con las restantes libertades reconocidas a todos los individuos y grupos sociales. Sin que mediante reglamentaciones o decisiones judiciales este derecho sea severamente alterado, cercenado o lesionado, como ha ocurrido en la realidad de nuestro país.

III) TERCERA ETAPA: La Propiedad y la consagración definitiva de la doctrina de la emergencia en nuestro derecho constitucional ²⁴

El cambio de jurisprudencia se acentuó con la crisis de 1930 y la Corte siguió los precedentes de la Suprema Corte de los Estados Unidos, al ampliar el poder de policía a la materia económica y social en los fallos especialmente los recaídos en **“Home Building and Loan Association vs. Blaisdell”**²⁵ (1934), **“Nebbia vs. New York”**²⁶ (1934) y **“West Coast Hotel vs. Parrish”**²⁷ (1937) donde se paso de una “interpretación estática” de la norma constitucional a una “interpretación dinámica” que contemplaba la realidad económica y social. El fallo que mejor expresa esa tendencia en nuestro medio es **“Avico c/ De la Pesa”**²⁸ (1934) En esa tendencia estaba también implícito, como lo fundamentó la Corte en **“Ercolano”**, el paso de la doctrina del “poder de policía” restringido a la tesis ampliada del mismo, originaria también de los Estados Unidos.²⁹

El caso **“Avico c/ De la pesa”** constituye a nuestro criterio la “formalización” de las emergencias económicas, ello porque nuestro derecho constitucional material – decisiones judiciales- parece decir: si se dan los siguientes requisitos... procede invocar la emergencia y es constitucional. La Corte convalidó la ley 11.741 que recortaba los intereses pactados en los préstamos con garantía hipotecaria, limitando así el derecho de propiedad de los acreedores hipotecarios con fundamento en el bienestar general. El dictado de la ley respondió a la gran crisis financiera mundial de 1930, posterior a la “explosión” de la mayoría de los mercados del mundo. Allí se sostuvo que, para que la restricción de derechos fundamentales en emergencia fuera válida debían reunirse las siguientes cuatro condiciones; 1) existencia de una situación de emergencia, 2) la sanción de una ley que

²⁴véase MANILI, Pablo Luis “La Doctrina de la Emergencia en la Jurisprudencia de la C.S.J.N.” Revista Argentina de la Administración Pública (R.A.P.) N°283 .-

²⁵ 290, US 398

²⁶ 291 US 502

²⁷ 300, US 379,

²⁸ CSJN Fallos, 172: 71- Sentencia del 7-12-1934

proteja intereses generales de los ciudadanos, 3) que exista una proporción adecuada entre la emergencia y los medios empleados para solucionarla (razonabilidad) y 4) duración limitada en el tiempo (temporalidad como requisito calificador).

En ese contexto, cumplidos tales extremos, se considera que el ejercicio de la emergencia encuadra dentro de los límites de la Constitución. Y la cuestión no presenta distinciones si se trata del ejercicio del poder de policía en tiempos de normalidad o si se trata de ejercicio de poder de policía en emergencia. Siempre que se restrinjan derechos amparados por la Constitución Nacional mediante la invocación de razones finalistas o intereses generales, habrá de ponerse excesivo celo en el control jurídico de razonabilidad de las medidas empleadas. Como dijera la Corte Suprema posteriormente en el caso “**Cine Callao**”³⁰ (1960) dicho principio se expresa con la adecuada proporción de los hechos a las normas y de estas a la Constitución.

Quizá de estas cuatro condiciones pre-referidas la más difícil de precisar es la que se refiere a la “razonabilidad”... porque, ¿qué es la “razonabilidad”? ¿cómo precisamos sus alcances y contornos? . Mucho se ha escrito acerca del “criterio de razonabilidad” así para **Juan Francisco Linares**³¹ el juicio de razonabilidad encuentra fundamento en la “*equity*” de los anglosajones, es decir la valoración del caso individual y sus circunstancias a las normas y de estas a la Constitución Nacional. **Quiroga Lavié**³² expresa que “*La razonabilidad es la adecuación de sentido en que se deben encontrar todos los elementos de la ley (razonabilidad interna de la ley) y con la Constitución (razonabilidad externa de la ley). La razonabilidad interna de la ley tiene carácter técnico, porque los medios elegidos por el legislador deben ser adecuados y proporcionados a los fines que él manifiesta conseguir. La razonabilidad externa de la ley debe satisfacer que ella sea coherente no sólo consigo misma, sino con el plexo de valores que tiene el ordenamiento jurídico: orden, paz, poder, solidaridad, cooperación*”. **Padilla**³³ quien realiza un minucioso análisis de la doctrina existente en materia de “test de razonabilidad”, concluye que “*ninguna de las propuestas*

²⁹ Véase DALLA VÍA , Alberto R. Op. Cit. N° 11, Título Propiedad y Emergencia; pags. 245-249

³⁰ CSJN Fallos, 247: 121- Sentencia del 22-6-1960

³¹ cit. Por DALLA VÍA Alberto; “El Problema de la Naturaleza Jurídica de la Emergencia” Revista Argentina de la Administración Pública (RAP) N° 283

³² QUIROGA LAVIÉ, Humberto “Constitución de la Nación Argentina”- Comentada-, 2ª edición, Zavalía, Buenos Aires, 2000, pág. 161

³³ PADILLA, Miguel “El Control Judicial de la Declaración de Emergencia”, Revista Argentina de la Administración Pública (RAP) N° 283

de nuestra doctrina proporciona una clara e inequívoca regla para poder sostener con seguridad la razonabilidad o falta de ella de una disposición legal”. En consecuencia, considera de gran utilidad y –para el autor- aún vigentes, las diversas pautas que sobre este tema y a lo largo del tiempo, ha ido fijando la Corte Suprema de Justicia, siguiendo la doctrina del “*self restraint*” o de su autolimitación, tal cual las sintetizó **Julio Oyhanarte**³⁴.

Nosotros hemos elegido la pauta establecida por María **Gelli**³⁵, por considerarla de una sencillez y claridad meridiana, recuerda que la Corte Suprema de Justicia ha elaborado desde antiguo, pautas que enmarcan la razonabilidad, pero en definitiva debe limitarse a señalar que la más importante de ellas es la proporcionalidad de los medios utilizados por la norma en relación con los fines que ella persigue. “*En suma, puede afirmarse que el control de razonabilidad empleado por la Corte Suprema. . .en materia de los derechos de propiedad y contractuales ha sido tenue. -en algunos casos nulo-*”³⁶. *En materia de derechos no económicos la Corte Suprema ha intensificado el control, aunque empleado en general el criterio de relación de causalidad y de proporción entre medios y fines”*.

Esto concepto guarda relación con lo que explica **Alberto Bianchi**³⁷ en sentido que desde comienzos de la década del ‘40 la Jurisprudencia La Corte Suprema norteamericana ha elaborado una doctrina de doble jerarquía o “doble estándar” en cuanto a las cláusulas constitucionales, de modo tal que de un lado se ubican los “derechos económicos” y por el

³⁴OYHANARTE, Julio. “Historia del Poder Judicial”, Revista Todo es Historia, n°61, mayo de 1972, citado por Padilla miguel op. Cit.n°33. “A) Los actos estatales gozan de presunción de constitucionalidad; B) Quien alega la inconstitucionalidad debe probarla; C) La inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio; D) no hay acciones declarativas de inconstitucionalidad; E) La declaración de inconstitucionalidad sólo afecta el punto concreto que ha sido materia del juicio; F) La inconstitucionalidad de un precepto no invalida necesariamente toda la ley; G) La declaración de inconstitucionalidad procede sólo cuando es absolutamente preciso, como ‘última ratio’ del ordenamiento jurídico; H) Quien consintió un acto no puede tacharlo de inconstitucional; I) La misión de los jueces no es fiscalizar el mérito, el acierto, la eficacia o la conveniencia de las leyes o los decretos; J) Tampoco les incumbe juzgar la falta de política de las normas discutidas; K) Ni descalificar los medios elegidos por el legislador con el argumento de que hay otros mejores; L) las cuestiones políticas no son justiciables u lo mismo acontece con los actos que suponen ejercicio de facultades privativas correspondientes a otros órganos, pues si los magistrados juzgaran aquellas cuestiones o estos actos, se substituirían a los poderes políticos y asumirían la responsabilidad consiguiente, cayendo en exorbitancia; M) En la medida en que el texto lo consienta, las leyes deben ser interpretadas en el sentido más favorable a su validez; N) No debe atribuirse a las leyes una inteligencias que trabe el ejercicio eficaz de las potestades estatales”

³⁵GELLI, María Angélica Constitución de la nación Argentina- Comentada y concordada-, la Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 247

³⁶ La frase en negritas es nuestra , nos referimos Vg, al fallo “Peralta , Arsenio c/ Estado Nacional) que analizaremos detenidamente en el próximo punto.

³⁷BIANCHI, Alberto B, Control de Constitucionalidad, Ábaco, Buenos Aires, 1992, pags.414 y siguientes

otro las llamadas “libertades fundamentales”, justificándose una mayor discrecionalidad por parte del legislador en la reglamentación de los derechos económicos. En efecto, aclara el autor, la Corte americana ha tomado rumbos muy distintos cuando se trata de derechos personales, como la libertad de expresión, de reunión, de religión, etcétera. En cuanto a las primeras, prácticamente la Corte no a declarado inconstitucionalidades, avocándose a las llamadas “libertades preferidas”.

De modo, que a tono con esa jurisprudencia las restricciones al derecho de propiedad son validadas por la Corte Suprema Argentina en distintas oportunidades entre ellas en el fallo **“Junta Nacional de Carnes v. Pedro Inchauspe Hermanos”**³⁸ (1944) Cita la Corte todos los antecedentes de restricciones en aplicación del poder de policía; **“Varios Puesteros Próximos al Mercado del Centro c/ Empresario del mismo mercado”**(3:486)³⁹**“Empresa “Plaza de Toros” c/ Prov. de Buenos Aires”** (7: 250)⁴⁰- en cuanto a la prohibición de construir plazas de toros- ; **“Saladeristas Santiago, José y jerónimo Podestá y otros c/ Prov. De Buenos Aires”** (31: 273)⁴¹ - relativo al traslado de saladeros por razones de salubridad- ; y otros precedentes en relación a los siguientes temas; (124: 75 y 128: 85) -sobre higienización de la leche-; (157: 28)- respecto de la prohibición de expendio de bebidas alcohólicas en los días domingo- (124:395 y 198:11)- acerca de las operaciones de préstamo- (65: 48 y 117: 432)- en cuanto al ejercicio de la abogacía y de la ingeniería respectivamente- (155: 185) - referente a la profesión de corredor de hotel- (179:113; 181: 209; 183:95 y 189: 234) - sobre indemnización y vacaciones correspondientes a los empleados de comercio- (156: 81 y 191: 197) - relativos al derecho de reunión, y otros-, y aun los intereses económicos de la colectividad (136: 161) - referente a la ley de alquileres; (142: 68), acerca del plazo máximo de locación; (171: 348)- sobre el comercio de carnes y la industria frigorífica-; (172: 21) -en cuanto a la moratoria hipotecaria-

Nos parece sumamente descriptivo las intervenciones que ha realizado la Corte ejerciendo el poder de policía en los más variados temas; pero lo que resulta, a nuestro criterio trascendente en el caso, es lo que la propia Corte aclara es que a continuación reconoce

³⁸ CSJN Fallos, 199:483- Sentencia del 1-9-1944

³⁹sentencia del 8-11-1866

⁴⁰ sentencia del 13-4-1860

⁴¹ sentencia del 14-5-1887

explícitamente que adhiere, al ejercicio amplio del Poder de policía. en los casos “**Vicente Martini e hijos (Soc. de Resp. Ltda.)**”⁴² (1944), y en “**Gobierno Nacional v. Carlos Sabena**”⁴³ (1945) el mismo tribunal continúa con los lineamientos del anterior precedente. Resolviendo el caso “**Compañía de Electricidad de Corrientes v. Provincia de Corrientes**”⁴⁴ (1945), decidió la Corte Suprema que *“según se trate o no de fines de cumplimiento inaplazable, relativos a sus poderes de policía, cederán, o no, ante las exigencias de su cumplimiento, las garantías de la inviolabilidad de la propiedad. No hay inviolabilidad de la propiedad que prevalezca contra una urgencia de bienestar general. En presencia de esta última, el imperio del poder administrador alcanza su plenitud. Ningún recurso judicial ha de obstarlo, porque en tales circunstancias es de la esencia de la administrativa ser juez de las necesidades públicas. La atención de estas últimas mediante esa plenitud de imperio constituirá, por lo demás, una garantía esencial de la propiedad, al serlo del orden público, que constituye la condición del justo goce de aquella”*. El mismo tribunal, en el caso “**Inocencio Castellano y otros v. Aurelio y German Quintana**”⁴⁵ (1947), resolviendo acerca de la constitucionalidad del sueldo anual complementario instituido por el decreto-ley núm. 33.302/45, dijo que *“no esta en tela de juicio en esta causa la potestad estatal de intervenir legislativamente en las locaciones de servicios, para procurar a los asalariados condiciones de justicia en orden a la retribución de su trabajo; Así como otras leyes las aseguran con respecto al modo de prestarlo, o la indemnización de los daños sufridos con motivo del mismo, a jubilaciones y pensiones, etc... El derecho de propiedad, en cuanto derecho individual, no esta menos supeditado que cualesquiera de los otros de esa especie, en sus alcances y los modos de su ejercicio, a lo que requiera el orden público, puesto que de todo derecho comporta en cuanto tal una relación con otro u otros que supone, a su vez, natural e indispensablemente, congruencia con el orden general de la comunidad, es decir con aquellas exigencias de justicia a las que el régimen institucional de la sociedad política –que es la Nación constitucionalmente organizada- debe dar satisfacción para que la convivencia ordenada de quienes la integran sea por de pronto posible, y además asegure y promueva lo que en el preámbulo*

⁴² CSJN Fallos, 200:453. Sentencia del 27-12-1944

⁴³ CSJN Fallos, 201:80. Sentencia del 23-2-1945

⁴⁴ CSJN Fallos, 201:447. Sentencia del 27-4-1945

⁴⁵ CSJN Fallos, 208:449. Sentencia del 17-9-1947

de la Constitución se llama el bienestar general o bien común. En suma, que el derecho de propiedad es inviolable en tanto en cuanto su ejercicio no obste el bien común, fundamento de todo derecho individual y por ende anterior y superior a ellos.”

El caso “**Russo c/ Delle Donne**”⁴⁶ (1959) fueron impugnadas disposiciones legales que suspendían transitoriamente los efectos de una sentencia de desalojo. En este pronunciamiento – donde no existieron disidencias – el Alto Tribunal reiteró que “el uso de la policía de emergencia requiere el cumplimiento de cuatro requisitos. . .”, lo que motivo que autores como Padilla⁴⁷ advirtieran que se trata de un “**leading case**”, es sin duda junto con “**Avico c/ De La Pesa**”, la oficialización sistematizada de las emergencias en el caso de marras los requisitos son: **a)** Situación de emergencia definida por el Congreso (Fallos, 173:65); **b)** Persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país (Fallos, 202:456). **c)** Transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales (Fallos, 200:45), **d)** Razonabilidad del medio elegido por el legislador, o sea adecuación de ese medio al fin público perseguido (Fallos, 199:483) y respeto del límite infranqueable trazado por el artículo 28 en orden a las garantías constitucionales (Fallos, 68:20) .

La doctrina del “aval” a las emergencias va “*in creccendo*” en “**Cine Callao**”⁴⁸(1960) la Corte convalida la ley 14.226 que obligaba a los propietarios de salas cinematográficas a contratar actores que hicieran números en vivo durante los intervalos entre películas. Si bien ni en la ley ni en el fallo se hace referencia a la emergencia como situación fáctica que justifique determinada actividad de los poderes del estado, la idea de emergencia se encuentra tácita en ambos textos. El fundamento de la ley es el grado de desempleo por el que atraviesan los actores de variedades y justifica en la defensa del “*patrimonio artístico nacional*” las restricciones impuestas al derecho de propiedad y a la libertad de contratar de los propietarios de dichas salas. El argumento principal del fallo es el poder de policía del estado, entendido en un sentido amplio, en virtud del cual dentro del objeto propio de ese poder se entienden comprendidos -junto a la seguridad, la moralidad y la salubridad

⁴⁶ CSJN Fallos, 243:472. sentencia del 15-5-59

⁴⁷ PADILLA, Miguel M. Conferencia realizada en la Universidad católica Argentina “La Emergencia en la Constitución”, 13 de marzo de 2002.

⁴⁸ CSJN Fallos, 247:121. Sentencia del 22-6-1960

públicas- otros valores tales como “*los intereses económicos de la colectividad*”; preceptos reafirmados en “**Fernández Orquin c/Ripio**”⁴⁹ (1966)

Destaca **Bianchi**⁵⁰ que durante los gobiernos de “*facto*” correspondientes a los periodos 1966/73 y 1976/83 –especialmente en el primero- se observa una vuelta de la jurisprudencia a la línea “**Hileret-Lochner**”, de protección clásica a la propiedad individual. En esa línea encontramos más significativo el fallo “**Provincia de Santa Fe c/Nicchi**”⁵¹ (1967) en este la Corte admitió la actualización indemnizatoria por expropiación a la fecha de la sentencia definitiva. En “**Empresa Mate Larengreira Mendes S.A.**”⁵² (1967) Aquí se cuestiona la constitucionalidad del decreto 1921/66 dictado bajo el amparo de la Ley de Abastecimiento 16.454 que autorizaba declarar el estado de emergencia económica, se prohibió la cosecha de yerba mate durante 1966, asimismo la Comisión Reguladora de la Producción y Comercio de la Yerba Mate fue autorizada a decomisar lo cosechado en infracción al citado decreto. La Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto. En el caso “**Muñiz Barreto de Alzaga c/Destefanis, Antonio**”⁵³ (1968) se discute la constitucionalidad de la ley 14.451 que es dictada por el gobierno en ejercicio del poder de policía debido a la emergencia imperante. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley en cuestión diciendo que si bien cuadra el ejercicio del poder de policía por parte del Estado, la Constitución Nacional no lo autoriza a poner en practica poderes que esta no le concede ya que dicha ley es discriminatoria y hostil para determinado grupo de personas ya que si bien permite reajustar, por un lado los precios de los arrendamientos, por otro se obliga a algunos a seguir percibiendo un canon que puede resultar no remunerativo o aun deficitario(considerando 12°),violando de esta forma el principio de igualdad ante la ley de la C.N.(considerando 14°), siguiendo el mismo criterio posteriormente en “**Cía. Nobleza de Tabacos S.A.**”⁵⁴ (1973)

En autos “**Alberto Francisco Ventura c/Bco. Central de la República Argentina**”⁵⁵ (1976)El actor había entablado una acción de amparo contra una circular del Bco. Central, por medio de la cual se había establecido que los titulares de pasajes al exterior debían

⁴⁹ CSJN Fallos, 264:416. Sentencia del 31-5-1966

⁵⁰ BIANCHI, Alberto B., Op. Cit N° 37

⁵¹ CSJN Fallos, 268:111. Sentencia del 26-6-1967

⁵² CSJN Fallos, 269-393 Sentencia del 7-12-1967

⁵³ CSJN Fallos, 270:374 Sentencia del 10-5-68

⁵⁴ CSJN Fallos, 287:175 Sentencia del 2-11-1973

abonar la diferencia, en moneda nacional, resultante entre el cambio vigente al momento de su emisión y pago y e que rigiera cinco días hábiles anteriores al momento de la iniciación del viaje. La Corte confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo y anulo la circular respectiva al recordar que *"es jurisprudencia de esta Corte que el termino propiedad empleados en los artículos 14 y 17 de la C.N., ampara todo el patrimonio, incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales o inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer, fuera de si mismo, y de su vida y libertad; entre ellos, los derechos emergentes de los contratos"*. En 1976 la Corte a través de dos sentencias consagró como principio la indexación monetaria en deudas de dinero; estas son; **“Juana Vieytes de Fernández c/ Provincia de Buenos Aires”**⁵⁶ y **“José R. Valdez c/Gobierno Nacional”**⁵⁷ (1976), la Corte Suprema estableció que cabe recordar lo sentado por la Corte acerca de que la actualización de los créditos salariales responde a un claro imperativo de justicia, cual es el de eliminarlos efectos perjudiciales que la demora en percibirlos ocasiona a los trabajadores, atento a que las prestaciones salariales tienen contenido alimentario y las indemnizaciones se devengan generalmente, en situaciones de emergencia para el trabajador. El caso más relevante en esta etapa, a nuestro criterio, en el que la Corte mostró un criterio netamente favorable al interés público es **“Nicolás Antón”**⁵⁸ (1980), en el caso se discutía la constitucionalidad de una ordenanza de la Municipalidad de Morón que había decretado la erradicación de los establecimientos destinados a la fabricación de ladrillos, debido a que dicha actividad produce importantes daños en el suelo al eliminar del mismo la capa de tierra vegetal, necesaria para la producción de aquellos. El accionante, propietario de uno de esos establecimientos, debidamente habilitado a tal fin en su momento había sufrido la clausura del mismo y la imposición de una multa. La corte señala al rechazar la acción que *"ha reconocido al poder político la facultad de restringir el ejercicio de los derechos establecidos en la C.N. a fin de preservar otros bienes también ponderados en ella, atribución que constituye la esencia misma de las potestades propias del Poder Legislativo"* (considerando 2°).

⁵⁵ CSJN Fallos, 294:192 Sentencia del 26-2-1976

⁵⁶ CSJN Fallos, 295:973. Sentencia del 23-7-1976

⁵⁷ CSJN Fallos, 295:937 Sentencia del 22-10-76

⁵⁸ CSJN Fallos, 302:1579 Sentencia del 23-12-1980

En el período que va desde 1983 a 1989 la Corte Suprema se caracteriza por encumbradas sentencias que ponen el acento en los derechos individuales y sus garantías, entre ellas el derecho de propiedad; circunstancia que ha sido puesta de manifiesto por **Morello**⁵⁹ al destacar el activismo judicial durante este período, mostrando como se van perfilando nuevos institutos de protección, como la operatividad de los derechos constitucionales, el “*certiorari*” y la acción declarativa.

En materia de responsabilidad del Estado por actos lícitos puede notarse una tendencia jurisprudencial a incrementar la responsabilidad estatal a favor de los particulares. En el caso "**Sánchez Granel Obras de Ingeniería c/Dirección Nacional de Vialidad**"⁶⁰ (1983) se debatía si se debía indemnizar los daños y perjuicios y el lucro cesante que había sufrido la empresa como consecuencia de la revocación, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, de un contrato administrativo de Obra Publica. En las instancias anteriores, solo había procedido el reclamo por los daños y perjuicios, pero la Corte revocó estos fallos ampliando el resarcimiento también a las ganancias frustradas, aunque lo hiciera con un criterio extremadamente prudencial puesto que no abarcó la totalidad de las mismas.

Como se advierte la Corte protege la propiedad reconociendo no solo indemnizaciones por daños y perjuicios y aún lucro cesante, en casos de actividad lícita del Estado, al revocar por razones de interés publico actos administrativos anteriores.

En el caso "**Rolón Zappa, Victor F. S/jubilación**"⁶¹ (1986) el Alto Tribunal determinó que el haber mínimo jubilatorio debe ser, por lo menos, del 82% móvil de la categoría en actividad, produciéndose como consecuencia una conmoción económica en el Poder Ejecutivo a la que se pretendió dar fin decretando la emergencia previsional. Fundamenta tal decisión en que no constituye óbice decisivo la supuesta “gravedad institucional” invocada con fundamento en las dificultades económico-financieras por las que atraviesan en la actualidad las Cajas, a la luz de un informe proveniente de la Secretaria de Estado de Seguridad Social, agregado al interponer el recurso, y con el objeto de demostrar que la aplicación del criterio jurisprudencial vigente produciría a corto plazo la quiebra del sistema provisional por la imposibilidad de pago de las liquidaciones respectivas. El

⁵⁹MORELLO, Augusto M. La Corte Suprema en Acción, Platense- Abeledo –Perrot, Buenos Aires, 1989

⁶⁰ CSJN Fallos, 306:1409 Sentencia 20-9-1984

⁶¹ CSJN Fallos, 308:1848. Sentencia del 30-7-1986

máximo tribunal sentencia “...que la ponderación del estado actual e emergencia económica en las Cajas Nacionales de Previsión y de la necesidad de instrumentar las medidas que tiendan a conjurarlo con el fin de conservar los recursos financieros para entender el cumplimiento de las obligaciones con los beneficiarios del sistema, es materia ajena de la órbita del Poder Judicial. Dicha materia se inserta en el cúmulo de facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación, como órgano investido del poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Carta Magna con el objeto de lograr la coordinación necesaria entre el interés privado y el interés público y hacer realidad la promoción del “bienestar general” anunciado en el Preámbulo y contenido en la cláusula del art. 67, inc. 16, de la Const. Nacional. Tal actividad del Estado como legislador, llamada “debido proceso sustantivo” o “poder de policía”, ha sido reconocida por esta Corte a partir del caso “Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshaw, Julieta s/ consignación” (Fallos, 136:161), y, especialmente en el ámbito de la previsión social, ha tenido recepción en los precedentes de Fallos, 170:12; 173:5; 179:396; 269:416)”.

IV) CUARTA ETAPA: El Caso Peralta⁶² ; el avasallamiento del principio de inviolabilidad de la propiedad y de la división de poderes.

Marcamos la cuarta etapa a partir de un solo fallo por la trascendencia que el mismo ha tenido, en cuanto a la convalidación de las situaciones de emergencia.

Si aún quedaba alguna duda acerca de la validez de los Decretos de necesidad y urgencia⁶³, con el fallo de la Corte en “Peralta” quedan despejadas, puesto que el mismo constituye sin duda la convalidación absoluta de dichos decretos. Si alguna duda quedaba acerca del carácter inviolable de la propiedad en nuestra constitución material, con este antecedente también queda convalidada la posibilidad de violación de la misma, en aras de la “supervivencia del Estado”, aunque en medio se desconozcan valoraciones de tipo ético o moral. Creo no es exagerado decir que en este precedente se “arrasa” totalmente con la

⁶² CSJN Fallos, 313: 1513. Sentencia del 30-12-1990

⁶³ BASTERRA, Marcela I. “Los Decretos e Necesidad y Urgencia después de la Reforma de 1994. Además de la letra de la constitución ¿ Hubo algún cambio?”, Boletín de la Asociación Argentina de derecho Constitucional, N°179, marzo 2001, pag.3

división de poderes, y se convalida cualquier límite que el estado quiera poner a la propiedad privada, aún la confiscación de depósitos.

1) Antecedentes

Deberíamos hacer un análisis pormenorizado de la doctrina de emergencia en lo que respecta estrictamente a la división de poderes; para darnos real cuenta de los casos en que se justificaban medidas de este tipo. Y aunque el tema excede los límites del presente trabajo, bastaría con pasar revista de una serie de fallos de nuestro máximo tribunal para tener una idea más acabada del tema. Entre ellos podemos citar, ya desde los mismos comienzos de la era constitucional, **“Ramón Ríos y Otros”**⁶⁴ (1863); en este caso, la Corte dijo que: *“...Siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división de gobierno en tres grandes departamentos, ...independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas, haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestro sistema de gobierno”*. Bajo este concepto fulminó un decreto del PEN que usurpaba facultades del Poder Legislativo. Al año siguiente, en la causa **“Tomás Tomkinson y Cía.”**⁶⁵ (1864) la Corte se pronuncia en el mismo sentido. Esta doctrina fue continuada posteriormente en los fallos **“Vicente Sastre y Antonio Seguich c/Gobierno nacional”**⁶⁶ (1864); **“José Ventura Montaña”**⁶⁷ (1870), y **“Ricardo López Jordán”**⁶⁸ (1879). También fue ardorosamente defendida la postura de la división de poderes en uno de nuestros *“leading case”* me refiero al caso **“Sojo”**⁶⁹.

Entrando en el nuevo siglo se inicia la jurisprudencia con **“A. M. Delfino y cía.”**⁷⁰ (1927); **“The Z Steamship Comp. Ltda. c/ Puerto de Rosario”**,⁷¹ **“Raúl Mouviel y otros”**.⁷² No es novedad en la práctica de nuestro Derecho Constitucional el avance que el propio Poder Judicial siempre ha avalado, desde el Poder Ejecutivo hacia el Poder Legislativo, e incluso

⁶⁴ CSJN Fallos, 1:36. Sentencia del 4-12-1863

⁶⁵ CSJN Fallos, 1:69 Sentencia del 25-1-1864

⁶⁶ CSJN Fallos, 1:319. Sentencia del 29-7-1864

⁶⁷ CSJN Fallos, 9:387. Sentencia del 22-9-1870

⁶⁸ CSJN Fallos, 21:128 Sentencia del 22-3-1879

⁶⁹ CSJN Fallos, 32:120. Sentencia del 22-9-1887

⁷⁰ CSJN Fallos, 148:430. Sentencia del 20-6-1927

⁷¹ CSJN Fallos, 171:293. Sentencia del 26-10-1934

⁷² CSJN Fallos, 237:636. Sentencia del 17-5-1957

hacia otros institutos y /o normas del propio texto constitucional, llegando incluso a poner en peligro la frágil división de Poderes por las que ha atravesado no en pocas oportunidades la democracia argentina. Ello sin mencionar –por supuesto– el aval que ha habido desde la propia Corte hacia la doctrina *de facto* durante los veinticinco años de gobiernos de ese tipo que se han dado entre 1930 y 1983. En relación a ello, **Spota**⁷³ ha sostenido que *“el desmesurado uso de los decretos de necesidad y urgencia halla en nuestro país sus raíces más profundas en la hipertrofia producida por la doctrina de facto, que durante más de cincuenta años fue socavando los cimientos cívicos y jurídicos que deben sustentar un Estado de derecho. Creer que con la recuperación de la democracia, se comenzaba un período en el cual el pasado de constante inestabilidad no propagaría sus efectos hacia el futuro, significa creer en una pueril ingenuidad”*.

2) El fallo

El Poder Ejecutivo Nacional emite el decreto 36/90, por medio del que se establecía la apropiación por parte del Estado de la mayor cantidad de dinero depositado en bancos, en certificados a plazo fijo, y transformarlos en bonos del Estado argentino, –Plan Bónex– cuyos titulares podrían cobrar en un plazo de diez años.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que los Decretos de necesidad y urgencia revisten constitucionalidad cuando se den las siguientes circunstancias: **a)** real situación de gravísimo riesgo social; **b)** necesidad de decidir la medida tomada, y **c)** que el Congreso no adopte medidas en contra. Agregando que ciertas resoluciones que la Constitución dejaba en manos del Congreso no podían, de hecho en algunos casos, ser concretadas por éste, en razón de que tales medidas requerían para su eficacia una celeridad incompatible con un cuerpo colegiado y fraccionado en dos Cámaras.

Nos resulta pintoresca; pero no por ello deja de parecernos certera la expresión de **Midón**⁷⁴ cuando dice: *“...Con argumentos que la mayoría de la doctrina impugnó, a principios de la década del '90 y a partir del caso “Peralta” la Corte convalidó el avance del Poder Ejecutivo... Desde entonces, se habilitó un “festival de transgresiones”*

⁷³ SPOTA, Alberto A. En prólogo a la obra Leyes de Emergencia. Decretos de Necesidad y Urgencia de N. LUGONES, A. GARAY, S. DUGO Y S. CORCUERA, La ley, 1992.

⁷⁴ MIDÓN, Mario A. “La Suprema Emergencia y los decretos de necesidad y urgencia” ED, 4-6-92

Gelli⁷⁵, bajo el título *La división de poderes en el Estado moderno* nos deja un par de reflexiones que creo se relacionan directamente con este tema; y a las que, por supuesto, adherimos. La autora explica con suma claridad que el crecimiento de las funciones administrativas en un Estado en expansión originó, además de algunos conflictos jurídicos acerca de la interpretación de las reglas constitucionales que establecían la división del poder como garantía de preservación de los derechos, conflictos ideológicos sobre el papel y perfil del Estado y, dentro de él, de sus órganos administrativos. *“Esa tensión –dice– se reflejó en la jurisprudencia de la Corte Suprema en dos sentencias que considero paradigmáticas porque describen y aceptan el desplazamiento del eje del poder hacia el Ejecutivo y porque justifican y reflejan –¿o definen?– una nueva división de poderes”*. El primero de esos fallos, es un *leading case*: **“Fernández Arias c/ Poggio”**⁷⁶ al admitir la constitucionalidad de los tribunales administrativos la Corte Suprema dijo que ello constituía *“...Uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado; y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social... doctrina tendiente a adecuar el principio de la división de poderes a las necesidades vitales de la Argentina contemporánea...”*. Argumento utilitarista que, al exigir como contrapartida el control judicial suficiente de la jurisdicción administrativa, atenuó la división del poder pero acentuó los controles.

El otro precedente fue elaborado treinta años después, para convalidar los decretos de necesidad y urgencia antes de que éstos recibieran tratamiento y habilitación constitucional, en la reforma de 1994. Así, en **“Peralta”** se profundizó el criterio esbozado en **“Fernández Arias”** acerca de la división de Poderes. En aquella sentencia, la Corte Suprema sostuvo que *“la división de poderes constituía una categoría histórica, que ordenaba el poder de la autoridad mediante frenos y contrapesos sin por ello desestimar la necesaria coordinación, cuya finalidad consistía en garantizar la libertad individual”*.⁷⁷ Asimismo, el máximo

⁷⁵ GELLI, María Angélica, “Cuestiones de delegación legislativa”, Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional N° 158, p.5, 10 de junio de 1999.

⁷⁶ CSJN Fallos, 247:646 Sentencia del 19-9-1960

⁷⁷ Peralta. Considerandos N° 18 y 22

Tribunal dijo que el principio de división de Poderes no podía interpretarse en términos que equivalieran al desmembramiento del Estado o invalidaran el sistema republicano al que servía, por lo cual, la hermenéutica constitucional debía ponderar la multiplicidad de funciones y ámbitos en que, en la actualidad, el Estado desarrolla su actividad.⁷⁸

Tales afirmaciones de la Corte Suprema en **“Peralta”**, enderezadas a mostrar la necesidad de flexibilizar el principio de la división de Poderes por razones de eficacia y complejidad técnica de algunas funciones estatales, se sostuvieron en el ejemplo –practicado también por el Estado– de la delegación legislativa. Como puede advertirse, un ciclo completo de desplazamiento del poder en el que la emisión de Decretos de necesidad y urgencia encontró una de sus razones de justificación en la delegación legislativa que, en situaciones anteriores, había efectuado el Congreso⁷⁹.

Dalla Vía⁸⁰ explica que – si bien no lo entendemos como una justificación –, esta restricción a la propiedad está vinculada con el proceso de transformación del modelo económico y el ajuste en América Latina tiene –por el momento, y mientras dure esta larga transición- mas de manchesteriano que de renano. La paradoja esta en que a medida que las políticas de privatizaciones y de reforma se han profundizado, no ha corrido de manera pareja y correlativa la afirmación de los principios liberales que pudieran afirmar ese capitalismo. De ese modo, la propiedad volvió a ser víctima de restricciones. La doctrina de la emergencia volvió a tener protagonismo en esa etapa de transformación, así como en sus tiempos se acudió a la emergencia para transitar desde el Estado liberal al Estado social; de manera inversa en nuestros tiempos se acudió a la emergencia para transitar desde el Estado benefactor al modelo neoliberal. Esta situación se verifica con el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la década de 1990, donde aparece como dato previo y relevante el aumento de los miembros del Alto Tribunal de cinco a nueve, conforme lo dispuesto por la ley 23.774. El punto de inflexión que marca el comienzo de esta nueva etapa es justamente el fallo **“Peralta”**, - por el cual el Alto Tribunal sentó la doctrina que convalido la apropiación de depósitos a plazo fijo de particulares y su canje por bonos de la deuda externa (BONEX) a diez años -, se lo considero como “reprogramación de pasivos”, por razones de emergencia en la que

⁷⁸ Peralta. Considerando N° 30

⁷⁹ MIDÓN, Mario A. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 14

consideró afectada “la supervivencia del Estado”; generando a partir de allí, un criterio ampliatorio de la doctrina de la emergencia y de afectación del derecho de propiedad que convalidó una amplitud de facultades del Poder Ejecutivo, en desmedro de la división de poderes de la Constitución Nacional. Por su parte, en el fallo “**Videla Cuello c/Provincia de la Rioja**”, resuelto el mismo día, mes y año que el anterior, se hizo lugar a una desafectación de fondos embargados para su ejecución, fundamentándose en la Ley de Emergencia Administrativa 23.696 y en el decreto reglamentario 1105/89.

V) QUINTA ETAPA: La reforma Constitucional de 1994 y la incorporación de Tratados de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional.

Seguramente los constituyentes acogen un justo reclamo de la sociedad, cuando a partir de la reforma de 1994 abren el “abanico de derechos” a través de la incorporación a la Carta Magna de Instrumentos Internacionales. En efecto, con la última reforma al texto constitucional, se establece en el artículo 75 inciso 22, que los Tratados sobre Derechos Humanos⁸¹ que se mencionan en la norma gozarán de la misma Jerarquía que la propia constitución; la máxima ley, mas los once instrumentos dotados de jerarquía constitucional comparten un mismo orden de prelación, complementándose dentro del sistema.

Al respecto **Bidart Campos**⁸² expresa que *“Lo que de innovador descubrimos en el derecho argentino es esto: normas (internacionales) que se hallan fuera de la Constitución han recibido de ella su misma jerarquía, de modo de ubicarse a su lado en la mencionada cúspide, como provenientes de una fuente externa, colateral o heterónoma, que es el derecho internacional de los derechos humanos”*

Así se incorporan en ese rango varias normas relacionadas a la propiedad. La Convención Americana de Derechos del Hombre o “Pacto de San José de Costa Rica”; -artículo 21: 1-

⁸⁰ DALLA VÍA , Op. Cit, N° 11, pág. 251

⁸¹ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los derechos del Niño

⁸²BIDART CAMPOS, Germán Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar. Buenos Aires 2000, T. I-A pág, 412.

⁸³; la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículos 17⁸⁴ y 27 pto.2⁸⁵; La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre protege expresamente la propiedad en sus artículos 12⁸⁶ y 23⁸⁷ Vemos en estos tratados internacionales como va evolucionando la idea de derecho de propiedad ya que pasa de ser individual y absoluto a un derecho de propiedad con mayor contenido social.

Es necesario recordar que los tratados internacionales de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, en la medida en que sean complementarios y no deroguen ninguna disposición de la parte dogmática. La cuestión de si la ley puede o no limitar el uso de la propiedad a un interés social es material a ser examinada por el juez argentino a la luz de la Constitución Nacional, controlando, se cumpla con el principio de razonabilidad.

La prohibición de modificar la parte dogmática no ha impedido, sin embargo, que se incorporaran principios axiológicos en otra parte de la Constitución, concretamente en el artículo 75 referido a las facultades del Congreso, y que es donde parece asentarse el “núcleo axiológico” de la reforma reciente. En el inciso 19 al proclamar el crecimiento económico con “justicia social”, vuelve a la afirmación de contenidos del constitucionalismo social. Es claro, en ese sentido, que el tramo del constitucionalismo social se fortaleció en la reforma.

Sin embargo, cobra especial relevancia lo que estos tratados estipulan en materia de emergencias y, de la suspensión de las garantías durante las mismas. Ello a los efectos de poder constatar, luego de 1994 cómo un “**Peralta II**” (tal podría haber sido si “**Smith**” se hubiera resuelto en esa línea), es aún – si cabe – mucho más grave y lesivo que la decisión de 1990.

⁸³ Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social 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. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".

⁸⁴ "Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad"

⁸⁵ "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".

⁸⁶ "Toda persona...tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor"

⁸⁷ "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar"

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla en el artículo 4º situaciones de emergencia⁸⁸, y La Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 27 establece: 1- *“en caso de guerra, de peligro publico o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contradigas 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.* 3- *(Derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4-(Derecho a la vida); 5- (Derecho a la integridad personal); 6- (Prohibición a la esclavitud y a la servidumbre); 9- (Principio de legalidad y 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*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión consultiva N° 8/87 ha expresado que *“no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos” ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio”... “La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que imparte esta norma y de los principios que, sobre la materia se deducen de otros Tratados interamericanos”.* Por ello, la Corte subraya que, *“dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la*

⁸⁸ “que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”; prevé para dicho caso que los estados parte adopten disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a esa situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del tratado, y siempre que esas medidas no sean incompatibles con las demás que les impone el derecho internacional, y que no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio afectivo de la democracia representativa” a que alude el artículo 3° de la Carta de la OEA”.

Agrega la Corte en dicha opinión consultiva que *“ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido a menos que se cumplan las condiciones estrictas señaladas en el art. 27.1. Por consiguiente, lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifique la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia”... “La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el art. 27.1 dependerá del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella”.* Es fundamental recordar que *“en condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, debe ser respetado y garantizado por el Estado pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan “las garantías judiciales indispensables para su protección”.*⁸⁹

Asimismo el artículo 8 inciso 1 del Pacto dice que las garantías judiciales significan el derecho a ser oído, con la debida garantía, y en un plazo razonable y por jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales para la determinación de los derechos y obligaciones de cualquier carácter.

En igual sentido 25.1 que dispone: *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*

En la misma línea, la Corte Interamericana, al emitir la Opinión Consultiva N° 9/87, expresó que: *“la implantación del estado de emergencia –cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se considere en el derecho interno- no puede comportar la*

⁸⁹ SLAIBE, María Eugenia “Los Derechos Humanos y las leyes en Emergencia”, La ley, 07 -03- 2002 , Véase páginas 1-3

supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no suspendidos en virtud del estado de emergencia”. Es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de tales garantías”. También recalcó la Corte que “la suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario y que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decreta el estado de excepción. Tampoco pueden adaptarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder”.

Es de destacar que en relación al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; La Argentina formuló reserva relación al- derecho a la propiedad privada- en los siguientes términos: *“el gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del gobierno. Tampoco considerara revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de “utilidad pública e interés social” y ni lo que estos entiendan por “indemnización justa”.*

Compartimos plenamente lo que expresa **Slaike**⁹⁰ cuando dice participar del criterio adoptado recientemente por la Cámara Federal de La Plata en autos **“A., A.S.B. c/ P.E.N. y otros”**⁹¹ sentado que el derecho a la jurisdicción no se suspende durante la emergencia por ser inherente al Estado de Derecho, el sentido de la reserva consiste en que la República no aceptara que se revisen los juicios y decisiones de hecho referentes a la política económica, sin que ello importe rechazar la pertinencia, en esa como en cualquier otra esfera de los derechos fundamentales, de la necesaria protección judicial eficaz de los mismos.

En el caso **“Peralta”**, el que hemos calificado como el abandono total del *“standard”* de las emergencias dentro de la constitución, construido en **“Avico C/ De la pesa”**; la Corte

⁹⁰SLAIBE, María Eugenia, Op. Cit. N° 93, Pág. 2

⁹¹ Cam. Fed. De la Plata, Sala II Civil, 2002-02-05.

sostuvo que: *“el fundamento de las leyes de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, fijando plazos, concediendo esperas, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto”... Su restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y esta sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales”⁹²*

VI) SEXTA ETAPA: El fallo “Smith”, ¿ el regreso a un “standard” razonable de control o, una “jugada política del Máximo Tribunal? . El caso “San Luis2

1) Antecedentes

Tal como lo hiciéramos en “Peralta”, es necesario revisar algunos antecedentes para tener una visión completa en relación a las circunstancias que rodearon el fallo “Smith”

Con parecidos fundamentos a los del decreto **1570/01**; reordenar la economía, evitar el colapso del sistema financiero agregándosele el del restablecimiento del orden publico debido a la grave crisis social se dicta el decreto de necesidad y urgencia **214/02** por el cual se pesifican todas las obligaciones de dar sumas de dinero de cualquier causa y origen, según el art.1. Además establece un régimen para los depósitos en dólares y deudas en moneda extranjera del sistema financiero como del sistema privado (artículos 2, 3 y 8) manteniendo, en el caso de los depósitos la indisponibilidad absoluta. En su artículo 2 al disponer la pesificación compulsiva a \$1,40 no preserva el capital y altera los términos de las obligaciones originarias violando, además del derecho de propiedad, el derecho a la defensa del valor de la moneda y el derecho al desarrollo humano, contenidos en el artículo 75 inciso 19 de la constitución nacional. La norma establece *“Proveer lo conducente al desarrollo humano...”* y con el “corralito”, es obvio que no se puede disponer de los frutos del trabajo y del ahorro que son necesarios para el ejercicio de este derecho.

⁹² el subrayado es nuestro

Por su parte el artículo 12 del decreto establece *"A partir del dictado del presente decreto, se suspenden por el plazo de 180 días la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el decreto. 1570/01..."*. este artículo suspende la garantía de la defensa en juicio del art. 18 de C.N. violando el derecho básico a la efectiva tutela judicial como así también normas expresas del Pacto de San José de Costa Rica.

En efecto, tal como lo mencionáramos en el punto IV de este trabajo el art. 8 inc. 1 del Pacto dice que las garantías judiciales significa el derecho a ser oído, con la debida garantía, y en un plazo razonable y por jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales para la determinación de los derechos y obligaciones de cualquier carácter.

Con anterioridad a **"Smith"**, la Corte y también tribunales inferiores habían dictado algunos precedentes, sin embargo en ninguno analiza el tema desde el punto de vista de la restricción de la propiedad, sino que lo hace por la protección de otros derechos en juego, tal como el derecho a la salud o alegando cuestiones procesales. Tal el caso **Banco Ciudad de Bs.As. s/ solicita intervención urgente en autos: "Takko c/ Freddo" s/ despido**⁹³ (2001). También en el fallo **J.R.F. c/ P.E.N.**⁹⁴ (2002)

⁹³ Sentencia del 28-12-2001. En este caso el Juez de 1ra. Instancia Laboral ordenó el pago de una suma de dinero al actor añadiendo, además, que el gerente del Banco Ciudad -sucursal Tribunales- debía abstenerse de aplicar el decreto 1570/01, ordenando, por ende, el íntegro pago de lo adeudado. La entidad bancaria interpuso, por art. 195 bis⁹³ del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recurso de apelación solicitando se declare estado de emergencia económica. La Corte desestima el recurso en razón de que el mismo se ha previsto ante el dictado de medidas cautelares, circunstancia que no se advierte en el sub lite, actuando el banco ante el dictado de una resolución posterior a una sentencia firme, por lo tanto se rechaza el recurso deducido. En este fallo el titular de los fondos, sin duda, ha visto satisfecha su pretensión.

⁹⁴ Sentencia del 16-1-2002 en el mismo un ahorrista promovió acción de amparo contra el régimen de restricciones a la disponibilidad de los depósitos bancarios -decreto de necesidad y urgencia 1570/01, normas concordantes y reglamentarias-, pidiendo que se lo autorizara a retirar \$5.000 de una cuenta. Adujo la necesidad de viajar al exterior para operar y tratar a su esposo, hospitalizado en España a raíz de un infarto. El tribunal en los considerandos sostuvo la obviedad en sentido que los derechos fundamentales de las personas, aún ante la excepcionalidad de las circunstancias debe compatibilizarse con estas normas tan cambiantes de la economía, y he aquí que es la mismísima Corte Suprema, la primera en haber hecho lugar cuando las cuestiones de humanidad así lo exigen. -Cita el caso del docente jubilado que padeciendo el mal de alzheimer, a raíz de estas circunstancias intentó al no poder retirar su ahorro de \$27.000., considerando que con este Fallo, la Corte Suprema de Justicia, ha establecido excepciones al llamado corralito y cuestionó la actitud del Banco que tuvo en cuenta la emergencia del sistema financiero, pero no la grave situación del jubilado- Es innegable la importancia que reviste la protección constitucional de la salud puesto que es un derecho esencial individual y a la vez un bien social que hace a la dignidad humana- La medida que ordenara hacer lugar provino del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N°10 y fue recurrida por el Banco Río. Esos ahorros configuraban el único sostén de esa familia. Los jueces requeridos resuelven hacer lugar al amparo ordenando la inmediata entrega de la suma de \$ 5.000 de los fondos de su

2) fallo: Banco de Galicia y Bs.As. s/ solicita intervención urgente en Smith, Carlos c/P.E.N. s/sumarísimo (2002) En el caso un ahorrista -el Sr. Smith- promovió acción de amparo tendiente a que se declare inconstitucional el decreto de necesidad y urgencia 1570/, en cuanto restringe la disponibilidad de los depósitos bancarios mediante la prohibición de extraer mas de 250 pesos o dólares semanales por titular de cuenta en cada banco. Pidió como medida cautelar que se le devolvieran las sumas depositadas en plazo fijo una vez operado el vencimiento. El banco depositario interpuso recurso de apelación por salto de instancia en los términos del artículo 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de las normas desestimando el recurso.

El Tribunal mas allá de reconocer la crisis económica consideró que el decreto y las normas dictadas posteriormente contienen tres abusos en relación a la Constitución: **a)** Un exceso en el uso de las facultades delegadas, ejercicio violatorio de los art.17,18 y 28 de la C.N. en el modo en que se condicionó y restringió la libre disposición de la propiedad privada de los particulares (considerando 11°), **b)** una afectación de los derechos adquiridos, al prescindir por completo de las relaciones jurídicas nacidos al amparo de la legislación anterior como ser la que garantizaba la intangibilidad de los depósitos (considerandos 12°,13° y 14°), **c)** irrazonabilidad de los medios elegidos para resolver la crisis, por la desproporción de las restricciones que aniquilan la propiedad. El conjunto de medidas financieras adoptadas provoca un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social en consecuencia las restricciones cuestionadas carecen de razonabilidad y proporción -considerando 15°- e irrazonabilidad de los instrumentos normativos empleados por el Estado para superar la emergencia generando un inédito y prolongado estado de incertidumbre -considerando 9°-.

Compartimos con **Colautti**⁹⁵ que “El complejo engranaje de frenos y controles de nuestra Constitución histórica ha cristalizado en esta oportunidad ya que el Tribunal ratificó su posición tradicional en relación con los límites de su competencia vinculados con las razones de oportunidad, mérito y competencia tenidos en cuenta por los otros poderes del

cuenta a la accionante existente en la Banca Nazionale del Lavoro, para ser exportada en lo necesario a España.

⁹⁵ COLAUTTI, Carlos E., "La Corte Suprema como Poder del Estado"(nota al fallo), Suplemento La Ley, 04/02/02. Pag.1.

Estado para tomar sus decisiones”. Por su lado **Sagüés**⁹⁶ afirma sobre este fallo en relación a la intangibilidad que, la misma establecida por ley 25.466 proclamó enfáticamente a favor de los ahorristas argentinos un régimen protectorio de sus inversiones que generó para ellos, constitucionalmente, un derecho adquirido. Este derecho no puede ser validamente alterado después, aun por emergencia pública como fue la 25.561. Esto importa también un reencuentro con el principio constitucional referido a la moral pública (art.19). No es honesto, por cierto, que el Estado prometa solemnemente por ley honrar los depósitos y a los pocos días afectarlos. **García Lema**⁹⁷ agrega, al similar análisis de los anteriormente nombrados, que la Corte Suprema ha recordado principios que deben ser tenidos en cuenta en nuevas políticas económicas que se implementen, en el sentido de que los medios instrumentales que se adopten no signifiquen una suerte de confiscación de los ahorros de los ciudadanos. No obstante la Corte no arriba a una solución que permita ser ejecutada en la generalidad de las situaciones, así el problema de la crisis del sistema bancario de la Argentina permanece abierto.

Quizá hay algo de cierto en la actitud de autoprotección del máximo tribunal, una de las críticas más importantes de la que fue objeto, sin embargo es secundario a nuestro criterio, si la consecuencia es tomar un legítimo reclamo de la sociedad, - nada más y nada menos- que el de proteger la lesión de un derecho humano básico, como es el derecho de propiedad en nuestro sistema democrático, que se vio “fulminado” o reducido a la nada por decretos de necesidad y Urgencia, cuando el Congreso había sancionado las leyes en relación a dichos temas y, se encontraba en plena actividad.

Compartimos plenamente los conceptos de **Gelli**⁹⁸ cuando en efecto, dado que el estado de derecho constituye un estado de razón en el que se exige de los gobernantes y gobernados conductas razonables, es de toda evidencia que el estado de derecho en Argentina se encuentra en emergencia. En otras palabras, la responsabilidad de los funcionarios públicos les impone proveer soluciones a las crisis económicas y sociales sin aniquilar el sistema de reglas constitucionales basadas en el principio de razonabilidad establecido en el art. 28 de la Ley Suprema. Sin embargo, la crisis financiera ha contaminado el sistema jurídico a

⁹⁶ SAGUES Nestor P., "La Protección de los Derechos Adquiridos", Diario La Nación, 03/02/02, Bs. As.

⁹⁷ GARCÍA LEMA, Alberto, "El fallo, para un caso, sienta un precedente", Diario La Nación, 02/02/02, pag.8 col.5.

⁹⁸ GELLI, María Angélica op. cit N° 98, pág.2

punto tal que las reglas de derecho sancionadas son incumplidas por otras dictadas por los mismos cuerpos legislativos o gubernamentales; se ha perdido la seguridad y la confianza en que se dirimirán los conflictos con un mínimo de justicia y de acuerdo con un orden previamente establecido; en fin, los reclamos sociales se formalizan al margen de las instituciones, cuando no en violación de ellas. En consecuencia, estimo, las opciones elegidas para conjurar la emergencia del estado de derecho deben proveer mayor razonabilidad.

Al respecto **Bidart campos** en una columna de opinión recientemente publicada en La ley titulada “Que la inocencia les valga”⁹⁹, explica con una claridad inigualable que hay dos axiomas que son 1) que nadie puede alegar su propia torpeza 2) que nadie puede ir contra sus propios actos. En ambos se alberga una pauta para que la torpeza propia no redunde en perjuicio de terceros, y para que los terceros que en su buena fe tuvieron en cuenta un acto ajeno para entablar con su autor una relación jurídica, no sufran daño si ese mismo autor va, posteriormente, contra su propio acto anterior. Así, continúa el autor, lo que en septiembre de 2001 estableció la ley 25.466 -sobre intangibilidad de los depósitos-. Con mucha inocencia, creímos que los depósitos dinerarios –en pesos o en moneda extranjera- a plazo fijo y a la vista, captados por entidades financieras autorizadas y declarados “intangibles”, no podrían sufrir alteración alguna en las condiciones pactadas. La ley dijo que el “Estado” era el obligado a no alterar dichas condiciones “en ningún caso”, y mencionaba prohibiciones. Agregando que “la presente ley es de orden publico”, y que los derechos “serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el artículo 17 de la Constitución Nacional”. Pero poco después, el 6 de enero del 2002, el artículo 15 de la ley 25.561 suspendió la aplicación de la 25.466. ¿Y la intangibilidad? ¿Pudo el propio Estado invocar su propia torpeza? ¿Pudo volver contra su acto propio? ¡Claro que sí! ¡El Estado lo pudo todo! Le basta colocar el cartelito de la emergencia, y no pasa nada. Lo intangible deja de ser intangible, los derechos dejan de ser adquiridos, la protección del artículo 17 de la Constitución se evapora. Los depósitos son intangibles, pero la intangibilidad esta suspendida. ¡Que la inocencia te valga!

3) fallo: “Provincia de San Luis c/ Estado nacional” (2003)¹⁰⁰

⁹⁹ BIDART CAMPOS, Germán, ¡Qué la inocencia te valga!, la ley, 24 de abril de 2002

¹⁰⁰ Sentencia del 2 de marzo de 2003. Suplemento especial del Diario la ley, Buenos Aires 6 marzo de 2003, Con comentario de Walter CARNOTA Págs. 2,4 y 30

La Provincia de San Luis se presentó ante la Corte Suprema, en instancia originaria, y promovió acción de amparo para que el Banco Nación le restituya en la moneda de origen –dólar estadounidense- fondos públicos de su propiedad que había constituido en dicha entidad, impugnando el bloque normativo conformado por el “corralito financiero” y la “pesificación” de ahorros en moneda extranjera. La Corte declaró inconstitucional el régimen cuestionado, ordenó la devolución en dólares o la cantidad de pesos necesaria para obtenerlos en el mercado libre y estableció que las partes acuerden forma y plazo de restitución dentro de los 60 días de quedar firme la sentencia, bajo apercibimiento de hacerlo el tribunal a pedido de parte interesada.

Los puntos sobresalientes de la sentencia son a nuestro criterio los siguientes: **a)** Es inconstitucional la “pesificación” de los ahorros en moneda extranjera –art. 2º, decreto 214/02-, pues el Poder Ejecutivo, mediante dicho régimen, transformó compulsiva y unilateralmente la sustancia de tales depósitos, disponiendo su conversión a pesos con apartamiento de lo dispuesto en la ley de emergencia pública 25.561, consagrando una grave lesión al derecho de propiedad –art. 17, Constitución Nacional-. **b)** La “pesificación” de las imposiciones bancarias en moneda extranjera –a razón de \$1,40 por 1U\$S- atenta contra el principio de razonabilidad, ya que si bien en situaciones de extrema gravedad es legítimo exigir a los miembros de la sociedad un sacrificio en virtud del principio de solidaridad social, dicho régimen no efectúa una distribución equitativa del perjuicio, haciendo recaer mayormente sobre el ahorrista los efectos perjudiciales de la crisis, excediendo el ejercicio válido de los poderes de emergencia. **c)** El sistema jurídico conformado por el “corralito financiero” y la “pesificación” de depósitos, al vulnerar los derechos adquiridos de los ahorristas mediante la modificación de la moneda de origen – pese a un régimen que garantizaba categóricamente su inalterabilidad-, ha arrasado lisa y llanamente con la garantía de la propiedad –art. 17, Constitución Nacional- y destruido la seguridad jurídica, con olvido de que cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo hace con el objeto de amparar y defender el orden preestablecido, pues la misma no suprime la legitimidad constitucional, sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios. **d)** *“Que tanto lo precedentemente expuesto, como lo decidido en la causa “Smith” derivan de la razonada aplicación del art. 17 de la Constitución Nacional, en tanto dispone que “La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser*

privado de ella, sino en virtud de sentencia firme fundada en ley”. Soslayar su vigencia, cualesquiera sean las razones para enervar su recto contenido, importaría retirar a la República del concierto de naciones civilizadas, que contemplan el derecho de propiedad como uno de los pilares del respeto a los derechos inherentes a la persona y que configura una formidable base de impulso para el progreso y bienestar general.(considerando 41)

El fallo recientemente dictado por la Corte suprema evidentemente debe ser celebrado porque implica sin duda una reivindicación de la inviolabilidad de la propiedad privada, eje de nuestro sistema jurídico. Debe tenerse en cuenta, además que la Corte actuó con la prudencia necesaria en estos casos requerida, toda vez con claridad surge de la misma que trató de evitar consecuencias más perjudiciales aun para la economía general del país y para una ordenada convivencia entre los distintos sectores. El hecho de que se haya dado un plazo de sesenta días para que las partes –es decir, la provincia de San Luis y el Banco Nación- convengan la forma y el término en que habrá de concretarse la devolución de los fondos depositados demuestra la clara voluntad del tribunal de privilegiar la búsqueda de una fórmula negociada que contemple la mejor forma posible de cumplir lo dispuesto por la sentencia. El señalamiento expreso que hace la Corte en varios pasajes de la sentencia acerca de que lo resuelto en el caso de San Luis no puede ser aplicado automáticamente a todos los ahorristas debe ser interpretado, igualmente, como una manifestación más de su preocupación para evitar que el fallo tenga efectos perturbadores o desequilibrantes sobre el conjunto de la sociedad. Es evidente que la Corte ha querido, asimismo, decirle al pueblo que sus depósitos son inviolables que el cómo y cuando se les devolverán es lo que habrá de verse en cada caso concreto. Sin embargo es claro que en adelante algo no podrá cambiar la Corte en estas sentencias “La pesificación compulsiva del art. 2 del decreto 214 es inconstitucional”, no podrá decir en otros casos que es constitucional, aunque el control de constitucionalidad sea a caso concreto, la esencia de la sentencia no podrá alterarse. Sin duda es un buen retorno a un “Standard” razonable y, un retorno del camino desfasado, cuyo símbolo paradigmático fue “Peralta”.

VII- Conclusiones

Konrad Hesse¹⁰¹ sostiene la existencia de una coordinación correlativa (condicionamiento mutuo sin que exista dependencia) entre la “constitución real” y la “constitución jurídica”. A la constitución jurídica le corresponde una significación autónoma, aunque solo sea relativa. Su pretensión de vigencia es un factor en el campo de las fuerzas de cuya operatividad surge la realidad estatal. En la medida en que consigue realizar esta pretensión de vigencia la constitución jurídica alcanza fuerza normativa. Pero dicha fuerza no se basa solamente en la adaptación inteligente a estas circunstancias, sino la constitución jurídica misma es capaz de convertirse en fuerza actuante cuando se sitúa en la disposición individual del presente. En este sentido, en la conciencia general y concretamente en la conciencia de los responsables de la vida institucional se halla viva no solamente la voluntad del poder sino, sobretodo, la “*voluntad de la constitución*” que procede de una triple raíz: a) la conciencia de la necesidad y el valor específico de un orden objetivo y normativo inviolable que aleje a la vida de la arbitrariedad; b) en la convicción de que este orden establecido por la constitución es algo más que un orden exclusivamente fáctico, se trata de un orden no solo legítimo sino necesitado de continua legitimación y c) en la conciencia de que este orden no puede tener la vigencia de una ley concebida por el intelecto al margen de la voluntad humana, sino que solo puede adquirir y conservar su vigencia a través de actos de voluntad. La “*voluntad de la Constitución*” de **Konrad Hess** es la “*fuerza normativa*”, a la que se refieren **García de Enterría**¹⁰² y **Bidart campos**¹⁰³; el “*sentimiento constitucional*” de **Lucas Verdú**¹⁰⁴; o la “*cultura Constitucional*” que menciona **Vanossi**¹⁰⁵.

Esto llevado a nuestra realidad es traducido por **Gil Domínguez**¹⁰⁶, “*Cuanto más emergencia exista, más bloque de la constitución federal se debe respetar y aplicar. Cuanto más emergencia amanezca, más fuerza normativa hay que proyectar sobre los actos u omisiones de los poderes constituidos y los particulares. Cuanto más emergencia padezcamos, mayor presencia de la justicia constitucional necesitamos. A pesar de la*

¹⁰¹ HESSE, Konrad, “Escritos de derecho constitucional”. Trad. Por Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. 1983.

¹⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo “La fuerza normativa de la Constitución” Civitas, Madrid, 1985

¹⁰³ BIDART CAMPOS, Germán, “El derecho de la constitución y su fuerza normativa” Ediar, Buenos Aires,

¹⁰⁴ LUCAS VERDÚ; Cit por DALLA VÍA, Alberto, en “La Conciencia y El derecho”, Ed. Belgrano 1998, pág 306

¹⁰⁵ VANOSSI, Jorge Reinaldo, “Teoría Constitucional”, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 2000

emergencia todo dentro de la legalidad constitucional. De lo contrario, se quiebra el paradigma de vigencia de forma y validez de sustancia, y la constitución se esfuma como plan de vida común de las generaciones pasadas, presentes y futuras”

A nosotros no lleva a concluir con total certeza que las situaciones de emergencias deben encuadrarse dentro de la constitución, y utilizar los remedios que la misma establece y nunca fuera de ella. En tal sentido, la necesidad como acontecimiento excepcional e imprevisible tiene respuestas en un ejercicio más severo de las facultades que la constitución concede pero sin exceder los límites de la norma fundamental. Las reglas constitucionales del estado de emergencia tienen la misma naturaleza que las correspondientes a las situaciones normales.

En materia de control, la clave está únicamente en el respeto más absoluto por el principio de razonabilidad, esto es la adecuada proporción entre medios y fines. La reciente jurisprudencia de la Corte en los casos “**Smith**” “**San Luis**” representa una reafirmación de aquél principio y un retorno al ejercicio de ese control con referencia al caso “**Peralta**” que implicó la tesis más extrema del estado de necesidad sujeto a la razón de estado, adscribiendo a un Estado “finalista”, y no al principio del Estado de Derecho.

Cuando la Corte Suprema dicta el fallo “**Smith**”, muchos quedamos anonadados, y nos preguntamos ¿es la vuelta a la doctrina clásica y la correcta aplicación del principio de razonabilidad? o ¿es un intento de “supervivencia” del máximo tribunal ante un – entonces inminente- juicio político? . El Poder Ejecutivo, mientras tanto en lugar de acatar los “*checks and balances*”, comenzó a buscar todo tipo de vericuetos para sortear obstáculos. Ante esta situación, es obvio que el control judicial no se suspende durante la emergencia, por le contrario, la mayor concentración de poderes en el Ejecutivo exige un “super” control de parte del Poder judicial como guardián de la constitución.

Entonces, es fácil concluir que las razones no importan, si la solución implica un retorno a la senda de la constitución, aún a las emergencias, pero las que la propia constitución establece de lo contrario, tendríamos que comenzar a hablar de “crisis constitucional”, y cambiar el tema a debatir; ya no sería “la emergencia en la constitución”, sino, “la constitución en emergencia”.

¹⁰⁶ GIL DOMINGUEZ, Andrés, “ Constitución, Emergencia y Amparo”, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, marzo de 2002, págs. 19-21

