

ISSN 2718-6628

# FORUM

09

AÑO 2020

REVISTA  
DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA  
ARGENTINA



**FORUM**

**REVISTA DEL  
CENTRO DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

**Facultad de Derecho  
Pontificia Universidad Católica Argentina**



**Junio 2020**

# FORUM

## REVISTA DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Número 9

Facultad de Derecho  
Pontificia Universidad Católica Argentina

Junio 2020

**ORLANDO JUAN GALLO**

**Director del Centro de Derecho Constitucional**

**ROBERTO ANTONIO PUNTE**

**Director de la revista**

**SOFÍA CALDERONE**

**Secretaria de redacción**

**FACUNDO MENEM**

**Asistente editorial**



Editorial de la Pontificia Universidad Católica Argentina

Los autores de los artículos publicados en el presente número ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore su versión digital al Repositorio Institucional "Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina" como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica

## **UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA**

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA  
A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)  
Tel./Fax 4349-0200 • educa@uca.edu.ar  
Buenos Aires, junio de 2020

ISSN: 2718-6628 (web)

---

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723  
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

**AUTORIDADES**  
**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA**  
**“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”**

**Rector**

Dr. Miguel Ángel Schiavone

**Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica**

Dra. María Clara Zamora

**Vicerrector de Integración**

Pbro. Gustavo Boquín

**Secretario Académico**

Dr. Gabriel Limodio

**Administrador General**

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

**FACULTAD DE DERECHO**

**Decano**

Dr. Pablo María Garat

**Director de la Carrera**

Dr. Daniel A. Herrera

**Secretario Académico**

Dr. Carlos Muñiz

**Director de Investigación Jurídica Aplicada**

Dr. Nicolás Lafferriere

**Director de Posgrado**  
Dr. Gustavo Costa Aguilar

**Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas**  
Dr. Fernando Ubiría

**Director de Relaciones Institucionales**  
Dr. Néstor Raymundo

**Centro de Derecho Constitucional**

**Director**  
Orlando J. Gallo

**Revista FORUM**

**Director de la Revista**  
Roberto A. Punte  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

**Secretaria de Redacción**  
Sofía Calderone  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

**Asistente Editorial**  
Facundo Menem

**Comité Editorial**  
Ezequiel Abásolo  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Florencia S. Ratti Mendaña  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Luis M. Roldán (h)  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Juan M. Clérico  
(Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Germán Masserdotti  
(Universidad del Salvador, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

**Consejo Académico**  
Eduardo Quintana  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Débora Ranieri de Cechini  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Alberto Dalla Vía  
(Universidad de Buenos Aires,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Carlos I. Salvadores de Arzuaga  
(Universidad del Salvador,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Alfonso Santiago (h)  
(Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina)

Héctor H. Hernández  
(Universidad Fraternidad de Agrupaciones  
Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, Argentina)

Sergio R. Castaño  
(Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, Argentina)

Juan Cayón Peña  
(Universidad de Nebrija, Madrid, España)

Miguel Ayuso  
(Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España)

Camilo Tale  
(Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Guillermo Barrera Buteler  
(Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Antonio M. Hernández  
(Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Juan F. Segovia  
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

Carlos A Egües  
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

## FORUM

*FORUM* es la Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, de edición semestral, y el vehículo de difusión de los estudios académicos surgidos de investigaciones realizadas por los docentes que integran el Centro de Derecho Constitucional. Incluye también textos elaborados por profesores y especialistas que participan en calidad de invitados. La verdadera Ciencia Jurídica “exige el diálogo con los hechos y con las circunstancias, la recepción de las tradiciones institucionales, de la constitución histórica, y del más amplio contexto de las fuentes para su interpretación y aplicación. Esto significa sentirse herederos de una tradición compleja, jurídica, histórica, social. Intérpretes hoy de valores éticos sostenidos en la fe cristiana según el magisterio perenne de la Iglesia y, a la vez, impulsados a su vigencia del mejor modo. En plenitud de consonancia para que la norma no solo sea respetada en verdad, sino que esta verdad, al convertirse en vigencia, alimente de justicia y de paz las situaciones en que deba enseñarse o aplicarse” (*FORUM* N° 1, 2013, Editorial).

En esta línea, *FORUM* busca pensar el Derecho Público desde la concepción iusnaturalista, tomando como guía los principios fundamentales de la justicia y el orden natural, iluminados por la Fe. Su cobertura temática comprende: Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Público, Derecho Administrativo, Historia del Derecho, Derecho Canónico y Eclesiástico y Derecho Comparado.

Nuestros lectores son profesores, investigadores, legisladores, jueces, abogados y estudiantes. En las últimas páginas se incluyen las

Normas de Publicación para los autores, junto con el sistema de evaluación empleado para la selección de las colaboraciones por publicar.

Los autores de los artículos publicados, además, ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que se incorpore una versión digital al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina y también a otras bases de datos que se consideren de relevancia académica.

Todos los contenidos de la revista se encuentran disponibles en la Biblioteca Digital de la Universidad.

Datos de contacto para suscripciones, canjes, envíos de trabajos y correspondencia:

Av. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107  
Pontificia Universidad Católica Argentina  
Buenos Aires, Argentina  
Mail: [forum@uca.edu.ar](mailto:forum@uca.edu.ar)

## FORUM

*FORUM* is the Journal of the Constitutional Law Center of the School of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina “Santa María del Buenos Aires”, published every semester. The journal provides coverage of the academic research carried out by teachers who integrate the Center of Constitutional Law. It also includes papers prepared by professors and specialists who participate as guests. The true Legal Science “(...) requires dialogue with facts and circumstances, embracing both the institutional traditions and the historical constitution, and the broader context of the sources for their interpretation and application. This means feeling heirs of a complex, legal, historical and social tradition, acting as interpreters of ethical values sustained in the Christian faith according to the perennial teaching of the [Catholic] Church and, at the same time, driven to its actual validity. In agreement with the fact that the norm not only may be respected as truth but also, when it is perceived as valid, nourishes with justice and peace the situations in which it must be taught or applied” (*FORUM* N° 1, 2013, Editorial).

In this line, *FORUM* seeks to think about Public Law from the standpoint of Natural Law, taking as a guide the fundamental principles of justice and natural order, illuminated by the Faith. Its thematic coverage includes: Constitutional Law, Philosophy of the Law, Public International Law, Administrative Law, Law History, Canon Law and Ecclesiastical and Comparative Law. Our readers are professors, researchers, legislators, judges, lawyers and students. The last pages include the Publication Norms along with the evaluation system used for the selection of the collaborations to be published.

In addition, the authors of the published articles assign their rights to the publisher, in a non-exclusive manner, so that a digital version is incorporated into the Institutional Repository of the Argentine Catholic University as well as into other databases that are considered of academic relevance. All the contents of the journal are available in the University's Digital Library.

Contact information for subscriptions, exchanges, work submissions and correspondence:

Av. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107  
Pontificia Universidad Católica Argentina  
Buenos Aires, Argentina.  
E-mail: [forum@uca.edu.ar](mailto:forum@uca.edu.ar)

## SUMARIO

<b>Editorial:</b> Derechos y reverses en la emergencia (Rights and wrongs in emergency), por ROBERTO A. PUNTE.....	15
--	----

### Parte I - Artículos de investigación

JUAN S. YLARRI La situación de emergencia económica y su control judicial (The situation of economic emergency and its judicial review).....	25
---	----

### Parte II - Notas o comentarios

FEDERICO MENTASTI La soberanía parlamentaria y la <i>prorogation</i> del Parlamento: un fallo trascendental de la Suprema Corte del Reino Unido (Parliamentary Sovereignty and prorogation of Parliament: a fundamental decision of the Supreme Court of the United Kingdom) ...	101
---	-----

### Parte III - Ensayos, crónicas y reseñas

ORLANDO J. GALLO Las ideologías y el constitucionalismo (Ideologies and Constitutionalism).....	149
--	-----

FEDERICO M. FELDTMANN La educación a distancia, una gran oportunidad pedagógica: la experiencia de la educación en Derecho Constitucional en el contexto de la pandemia COVID-19 (Distance learning, a great pedagogical opportunity: the experience of education in Constitutional Law in the contexto of the COVID-19 pandemic) .....	167
--	-----

GONZALO PEREDA Lanzamiento de la Maestría en Derecho Administrativo Económico. Clase Magistral “El Derecho Público ante la Pandemia”, del Dr. Juan Carlos Cassagne (Opening ceremony of the Master in Economic Administrative Law “Public Law and the COVID Pandemic”, by Dr. Juan Carlos Cassagne).....	179
---	-----

MARÍA INÉS BROGIN ALBA Recensión: Cañardo, Hernando V., <i>La penumbra de la corrupción: análisis de la regulación internacional de los lobbies</i> , Madrid, Editorial Académica Española, 2020.....	189
--	-----

#### Parte IV - Documentos

PRODECI, MIGUEL J. HASLOP Y FRANCISCO J. ROGGERO Rechazamos el ataque a la comunidad educativa FASTA. Asociación para la Promoción de los Derechos Civiles (PRODECI) .....	199
---	-----

JUAN G. NAVARRO FLORIA <i>In memoriam</i> : Norberto Padilla (1944-2020) [In remembrance of <i>Noberto Padilla (1944-2020)</i> ] .....	203
---	-----

Normas de publicación .....	209
-----------------------------	-----

## EDITORIAL

# DERECHOS Y REVESES EN LA EMERGENCIA RIGHTS AND WRONGS IN EMERGENCY

ROBERTO A. PUNTE<sup>1</sup>

Resulta inevitable abordar los conflictos y problemas que el tiempo nos presenta como comunidad. No solo para colaborar en la puesta en común de una debida comprensión de los hechos que transcurren vertiginosamente, sino además para generar diagnósticos certeros que faciliten soluciones aceptables de cara al futuro. De paso, por este medio, parece necesario dejar registro de las extraordinarias circunstancias institucionales que atravesamos.

Cabe comenzar por aquello que puede calificarse de “imprevisión originaria”. Quiero decir con esto que la emergencia sanitaria causada por la pandemia nos impactó sin recursos proporcionados. Esas falencias se volvieron más notorias con el paso de los días y se manifiestan en las conductas y normas de facto que poco a poco desplazan a las reglas de derecho razonables que debieran regirnos. Así, pues, se hace presente que gobernar no solo implica resolver problemas, sino también anticipar los imprevistos coyunturales y sorpresivos, que en nuestro país abundan.

1. Abogado (UCA). Traductor público nacional (UBA). Profesor Emérito de Derecho Constitucional (UCA). Director de *FORUM* y del Suplemento de Derecho Constitucional de *elDial.com*. Correo electrónico: [punte@bscp.com.ar](mailto:punte@bscp.com.ar).

En todas las épocas, en rigor, existieron emergencias de naturaleza, alcances e intensidad distintos. Guerras, revoluciones, asonadas, magnicidios, atentados, conflictos institucionales; crisis económicas y sociales; desastres naturales, como terremotos, inundaciones; situaciones agudas de sanidad humana –la fiebre amarilla, el cólera, la poliomielitis, el dengue– o animal –la langosta, la aftosa–, o la combinación de varios de estos factores.

Asimismo, desde tiempos remotos existen mecanismos institucionales para paliar sus efectos. En el mundo antiguo (por ejemplo, la dictadura romana), pasando por antecedentes patrios (v. gr., las facultades extraordinarias y la suma del poder público) y del Derecho Constitucional Comparado (tal es el caso de la ley marcial y el Estado de Sitio), siempre se previeron institutos para superar etapas críticas que requieren restricciones especiales y transitorias a los derechos de las personas. Estos se han pulido de modo que, además de ser conducentes y eficaces, sean graduables y proporcionados para evitar que el remedio sea más gravoso que la enfermedad.

El exceso pendular de nuestras dirigencias, lamentablemente, ha determinado que hoy, entre nosotros, ese andamiaje no exista, como sí existe en otras constituciones. Tenemos, en un extremo, el antiguo instituto del Estado de Sitio, que habilita la suspensión de derechos y garantías en caso de una “(...) conmoción interior o ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella”<sup>2</sup> y, en el otro, nada.

Por decirlo con claridad: no hay en nuestro orden jurídico institutos de emergencia “intermedios”. La vigente Ley de Salud Pública N° 26.529<sup>3</sup>, llamativamente, no prevé regla alguna para epidemias; por el contrario, tiene un enfoque forzosamente individualista y libertario. Tampoco hay reglas para catástrofes, pues la Ley N° 23.554<sup>4</sup> solo consideró necesaria la defensa nacional ante situaciones de guerra o conflicto armado internacional, de modo que derogó todo lo

2. Cfr. art. 23 de la Constitución Nacional, publicada según Ley N° 24.430, *BO* 10/1/1995 (en adelante, Constitución Nacional).

3. *BO* 20/11/2009.

4. Ley N° 23.554, de Defensa Nacional, *BO* 5/5/1988.

anterior. Aunque se previó un Consejo Nacional<sup>5</sup> y una ley de organización territorial y movilización para la defensa, que incluiría disposiciones relativas al Servicio Militar y Civil<sup>6</sup>, que podría haber sido aplicable ante emergencias internas, esta nunca se dictó<sup>7</sup>.

En consecuencia, los decretos presidenciales que restrinjan derechos individuales como los de transitar y ejercer industria lícita, en razón de emergencias, como se han dictado, carecen de base constitucional. Mucho menos existe una facultad municipal o provincial –práctica liberada en la actualidad que corre el riesgo de consolidarse– puesto que esta clase de normas entrañan la afectación de derechos fundamentales de los habitantes y, por lo tanto, exceden el poder de policía local y su dictado corresponde exclusivamente al Congreso Nacional.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en los casos *Nadur*<sup>8</sup> y *Russo*<sup>9</sup>, perfiló los requisitos básicos para la normativa de emergencia sobre la base de los criterios establecidos por su par norteamericana en el precedente *Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell* (1934)<sup>10</sup>.

Según la doctrina de la Corte, en primer lugar, la emergencia debe ser declarada por el Congreso. Empero, en este caso, la muy reciente Ley N° 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva, del 21 diciembre de 2019<sup>11</sup>, nada había previsto respecto de la pandemia mundial. Consecuentemente, se modificó e incluyó lo sanitario por el DNU N° 260/2020, del 12 de marzo de 2020<sup>12</sup>. Desde ese momento hasta el 1° de julio se han dictado otros cuarenta decretos de necesidad y urgencia solo en esta materia<sup>13</sup>, a lo que debe sumarse

5. Cfr. art. 9°, incs. b y cc.

6. Cfr. art. 46, inc. c.

7. He abordado estos temas en: Punte, Roberto A., “La actual emergencia y la necesaria respuesta legislativa”, *elDial.com* - DC29C2, publicado el 25/3/2020.

8. CSJN, *Nadur Amar c/ Borelli, Francisco*, sentencia del 15 de mayo de 1959, *Fallos*: 243:449.

9. CSJN, *Russo, Ángel, y otra c/ C. de Delle Donne, E.*, sentencia del 15 de mayo de 1959, *Fallos*: 243:467.

10. 290 U.S. 398 (1934).

11. *BO* 23/12/2019.

12. *BO* 12/3/2020.

13. Los decretos presidenciales que implican el ejercicio de facultades legislativas por principio ajenas al Poder Ejecutivo, bajo la invocación de la “necesidad y

una enorme cantidad de Resoluciones emitidas por Ministros u otros organismos de inferior jerarquía.

Otro requisito propio de las normas de emergencia es su carácter limitado y transitorio, aquí vulnerado a través de las sucesivas prórrogas que condujeron a una limitación de todas las libertades propias de la sociedad civil superior a los ciento diez días.

Frente a semejante situación “de urgencia”, se encuentra en juego el principio de razonabilidad. Ciertamente, no se advierte que el medio elegido –la limitación de todas las libertades– sea compatible con los bienes públicos programados de dar fin a la epidemia y preservar a los habitantes. Más todavía, la excesiva medida ha roto la cadena de producción-ingreso-consumo, lo que ha causado una fuerte ola de desempleo y la pérdida de bienes y capital por quebrantos en las actividades económicas de medianos y pequeños comerciantes, inducidas por las prohibiciones de trabajar y ejercer industria lícita (arts. 14 y 14 *bis* de la Constitución Nacional).

Las referidas prohibiciones se han sumado a las obligaciones de confinamiento y aislamiento domiciliario de los habitantes de las zonas más pobladas, con prohibición de ejercer los derechos de reunión y culto, de circular y transitar, y aún para entrar y salir del país, sometidos a permisos administrativos de un modo deficientemente justificado como medida terapéutica ante la disfunción de la pandemia.

Al decir de Bandieri, se ha llegado así a un “Estado de urgencia o «lleno de facultades»”<sup>14</sup>. Las medidas impulsadas por el Poder Ejecutivo han implicado dos grandes anomalías. Se ha interve-

urgencia”, requieren, como mínimo, que haya imposibilidad de tratamiento por el Congreso (art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional). Empero, en el caso, a la fecha de su dictado y el órgano legislativo nacional estaba en plenas sesiones ordinarias desde el 1° de marzo y con una agenda aprobada. Por otra parte, la Ley N° 26.122 (BO 28/7/2006), que regula su contralor *a posteriori*, establece un trámite muy defectuoso: basta que solo una Cámara los apruebe para confirmar su validez, cuando en realidad toda ley formal requiere la intervención de ambas. En fin, las medidas así dispuestas son “leyes chuecas”, sin debate ni participación plena de los representantes del pueblo.

14. Tal es el título del artículo escrito al inicio de los avatares pandémicos: Bandieri, Luis M., “Estado de urgencia o «lleno de facultades»”, en *elDial.com* - DC29CF, publicado el 2/4/2020.

nido el funcionamiento del sistema representativo y federal, que son principios fundamentales de nuestro Derecho Público. Es que el régimen republicano exige la división y contrapeso de los poderes, con primacía en la pirámide normativa del Poder Legislativo, pues es garantía fundamental que solo las leyes que éste emita pueden reglamentar el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos<sup>15</sup> e imponer cargas y obligaciones de cualquier índole<sup>16</sup>. Como también es necesaria la participación de los partidos políticos –definidos como “instituciones fundamentales del sistema democrático”<sup>17</sup>– en el debate legislativo y en la toma de decisiones para enfrentar la pandemia.

El otro ámbito suspendido ha sido la administración de justicia: se ha soslayado su carácter constitucional de “servicio público esencial”, según lo dispuesto en los artículos 5º, 121 y concordantes de la Constitución Nacional<sup>18</sup>.

El funcionamiento regular de la justicia es una exigencia constitucional, reforzada por las declaraciones y tratados constitucionalizados. La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 expresa, en repetidas oportunidades, el derecho de acceso a la justicia, por medio de “recursos efectivos”<sup>19</sup> y, sobre todo, en el artículo 10, como derecho “(...) en condiciones de plena igualdad , a ser oída públicamente y en justicia por un tribunal inde-

15. El mismo Preámbulo refiere a ese gran objetivo colectivo definido como “los beneficios de la libertad”.

16. Cfr. arts. 14, 16, 17, 19, 20 y cc. de la Constitución Nacional.

17. Cfr. art. 38 de la Constitución Nacional.

18. He abordado esta problemática en: Punte, Roberto A., “Puesta en marcha del esencial servicio de justicia y cambios para hacerlo viable con la actual infraestructura”, en *elDial.com* - DC2B0D, 10/6/2020. Las reflexiones de entonces guían también estas palabras. Antes también había tratado la importancia del funcionamiento de la justicia en: Punte, Roberto A., “Jerarquía constitucional de la forma republicana de gobierno, la enseñanza primaria y la administración de justicia”, en *elDial.com* - DC26FA, publicado el 15/3/2019.

19. Cfr. art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que dispone: “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

pendiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones (...)", lo que es reiterado en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que suma además el requisito de que esto ocurra "dentro de un plazo razonable"<sup>20</sup>. La misma Convención obliga a los Estados a "garantizar el libre y pleno ejercicio" de tales derechos, así como ordena disponer "las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"<sup>21</sup>. Sin embargo, una inexplicable suspensión de actividades, con la denominación de "feria extraordinaria", ha subsistido desde el 13 de marzo. A lo dicho corresponde agregar que el Poder Judicial, con la Corte Suprema a la cabeza, es uno de los poderes del Estado y se encuentra llamado a ejercer su rol en el marco del sistema de frenos y contrapesos.

En el debate público, las medidas fueron hasta ahora presentadas como justificables en orden a preservar la salud de los más vulnerables y evitar la saturación del sistema sanitario. Pero en la clásica disputa sobre medios y fines, la exigencia jurídica y por consiguiente ética, o viceversa, es que no pueden usarse medios injustos para lograr un fin presuntamente bueno, porque este pierde dicho carácter al quedar contaminado por la injusticia del medio empleado. Los mismos buenos fines mencionados, además, pueden lograrse con la necesaria deliberación política por la materia a regir –es decir, la sana convivencia– sobre los medios más finamente definidos y difundidos, siempre dentro de los parámetros dispuestos por la Constitución Nacional<sup>22</sup>.

20. Cfr. art. 8º, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por Ley N° 23.054, BO 27/3/1984.

21. Ídem, arts. 1º y 2º.

22. En este sentido, el Dr. Aguilar Valdez posa su atención en el principio de proporcionalidad y en la necesidad de control de las medidas tomadas por el Poder Ejecutivo que corresponden a los otros dos poderes del Estado: "[u]rge que los otros dos poderes del Estado ejerzan las competencias y los controles que constitucionalmente les corresponde ejercer. Resulta imperioso que el Congreso otorgue una cobertura legislativa a este estado de excepción, que no sea una simple «aprobación» de los reglamentos dictados hasta el momento, y que los tribunales ejerzan un control judicial suficiente de la actividad administrativa". Aguilar Valdez, Oscar, "¿Salud pú-

Como suele decirse, “tanto poder se tiene como obediencia se recepta”. Una buena política, transparentemente concebida, puede ser responsablemente asumida y colectivamente obedecida, sin necesidad de acudir a prohibiciones e interdicciones tan extremas y colateralmente tan dañinas.

Cabe, pues, exhortar –con una mirada abarcadora de esta segunda crisis que recién comienza, cuyas consecuencias humanitarias, sociales y económicas son todavía inconmensurables– a las autoridades a asumir la necesaria respuesta legislativa de consenso interpartidario del máximo nivel, que habilite, a través de los mejores procedimientos previstos por la Constitución Nacional, la debida respuesta de todos los niveles de gobierno, nacional, provincial y municipal, que conjuren sólida y coordinadamente los terribles efectos de toda índole, tanto los ya producidos como los que son de esperar.

Aún se está a tiempo de corregir el rumbo, y todos debemos aportar para que así sea. En este sentido, la academia está llamada a marcar los errores e incentivar el debate en la búsqueda del Bien Común social, siempre con la premisa de velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional. Tal es el objetivo que ha inspirado estas líneas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Valdez, Oscar, “¿Salud pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción”, en *La Ley*, cita *online*: AR/DOC/1639/202, 25/5/2020.
- Bandieri, Luis M., “Estado de urgencia o «lleno de facultades»”, en *elDial.com* - DC29CF, publicado el 2/4/2020.
- Punte, Roberto A., “Jerarquía constitucional de la forma republicana de gobierno, la enseñanza primaria y la administración de justicia”, en *elDial.com* - DC26FA, publicado el 15/3/2019.
- Punte, Roberto A., “La actual emergencia y la necesaria respuesta legislativa”, en *elDial.com* - DC29C2, publicado el 25/3/2020.

---

blica vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción”, *La Ley*, cita *online*: AR/DOC/1639/202, 25/05/2020.

Punte, Roberto A., “Puesta en marcha del esencial servicio de justicia y cambios para hacerlo viable con la actual infraestructura”, en *elDial.com* - DC2B0D, publicado el 10/6/2020.

### ***Normas***

Constitución Nacional, publicada según Ley N° 24.430, BO 10/1/1995.

Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por Ley N° 23.054, BO 27/3/1984.

Ley N° 23.554, de Defensa Nacional, BO 5/5/1988.

Ley N° 26.529 de Salud Pública, BO 20/11/2009.

Ley N° 26.122, de Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, BO 28/7/2006.

Ley N° 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva, BO 23/12/2019.  
DNU 260/2020, BO 12/3/2020.

### **JURISPRUDENCIA**

#### ***Suprema Corte de los Estados Unidos***

*Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934).

#### ***Corte Suprema de Justicia de la Nación***

CSJN, *Nadur Amar c/ Borelli, Francisco*, sentencia del 15 de mayo de 1959, *Fallos*: 243:449.

CSJN, *Russo, Ángel, y otra c/ C. de Delle Donne, E.*, sentencia del 15 de mayo de 1959, *Fallos*: 243:467.

## **PARTE I**

# **ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN**



# LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA ECONÓMICA Y SU CONTROL JUDICIAL

## THE SITUATION OF ECONOMIC EMERGENCY AND ITS JUDICIAL REVIEW

JUAN S. YLARRI<sup>1</sup>

Recibido: 21 de abril de 2020  
Aprobado: 18 de mayo de 2020

### RESUMEN

En la Argentina existe una emergencia económica permanente desde hace casi un siglo. Históricamente, los tribunales han sido deferentes a las medidas adoptadas para combatir emergencias económicas. El trabajo analiza el concepto de la situación de emergencia como requisito de validez de las normas destinadas a paliar una crisis

1. Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA). Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, en grado y posgrado, en UBA, UCES y UNLaM. Investigador adscripto al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" (UBA). Se desempeña profesionalmente en el Poder Judicial de la Nación, en el fuero Contencioso Administrativo Federal. Autor de dos libros y de más de cincuenta publicaciones sobre temas de su especialidad en revistas argentinas y extranjeras. Correo electrónico: [juan@ylarri.com.ar](mailto:juan@ylarri.com.ar).

económica. A su vez, se distinguen los distintos tipos de situaciones de emergencia económica. Se determina que la situación de emergencia económica es una cuestión revisable por los jueces. Finalmente, se proponen pautas para revisar la situación de emergencia, destacándose el parámetro de la incoherencia normativa.

**PALABRAS CLAVE**

Emergencia económica; Control judicial; Cuestiones políticas no justiciables; Incoherencia normativa.

**ABSTRACT**

In Argentina there has been a permanent economic emergency for almost a century. Historically, courts have been deferent to the measures adopted to tackle economic emergencies. The paper analyzes the concept of the situation of economic emergency as a requirement of validity of the rules destined to alleviate an economic crisis. At the same time, different types of economic emergency situations are distinguished. It is determined that the economic emergency situation is subject to judicial review. Finally, guidelines are proposed to review the emergency situation, highlighting the parameter of normative inconsistency.

**KEY WORDS**

Economic emergency; Judicial review; Political questions; Normative inconsistency.

**PARA CITAR ESTE TEXTO:**

Ylarrí, Juan S., "La situación de emergencia económica y su control judicial", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional*, N° 9, 2020, pp. 25-97.

### I. INTRODUCCIÓN

Desde hace prácticamente un siglo la Argentina se encuentra sumida en una emergencia económica permanente. En el año 1922, en el precedente *Ercolano*<sup>2</sup> la Corte Suprema reconoció el poder de policía amplio y, en particular, el poder de policía de emergencia. Desde aquel entonces, los poderes públicos han dictado numerosas normas de emergencia económica y social. El recurso a la doctrina de la emergencia, lejos de ser una situación excepcional, prácticamente se ha convertido en la regla. La importancia del peligro que implica esta situación endémica radica en que las normas de emergencia económica, como otros institutos de excepción, tienen dos características fundamentales: por un lado, permiten restringir en mayor medida los derechos individuales, en particular, las libertades económicas y, por el otro, acrecientan ciertas competencias del poder, reforzando algún órgano del poder<sup>3</sup>, en concreto, el Poder Ejecutivo. Es por ello que la utilización de los poderes de emergencia debe estar sujeta a requisitos claros y específicos para su validez, los cuales siempre deben ser cumplidos por los órganos habilitados para declarar la emergencia. Sin embargo, el cumplimiento de estos requisitos no se ha dado en la práctica constitucional y, al mismo tiempo, los tribunales han sido demasiado condescendientes con las medidas adoptadas por los poderes públicos.

Las diversas pautas que aseguran la validez del ejercicio del poder de emergencia fueron expuestas de modo sistemático por la Corte Suprema en 1934, en el precedente *Avico*<sup>4</sup>. Si bien estos requisitos es-

2. *Ercolano*, Agustín c/ Lantieri de Renshaw, Julieta s/ consignación, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de abril de 1922, *Fallos*: 136:161.

3. Gross, Oren - Ní Aoláin, Fionnuala, *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 58-59; Sagüés, Néstor P., "Derecho Constitucional y derecho de la Emergencia", *La Ley*, t. 1990-D, p. 1036; Hernández, Antonio María, "Las emergencias y la afectación del orden constitucional y de los derechos", en AA. VV., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, pp. 322; Sesin, Juan Domingo, *Administración Pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2004, p. 323.

4. *Avico*, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G., Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 1934, *Fallos*: 172:21.

tán pensados para un caso concreto, no puede dudarse que son útiles como pauta orientadora para otros pronunciamientos<sup>5</sup>. Esas pautas son: 1) la existencia de una emergencia que obligue al ejercicio de poderes de excepción a fin de proteger los intereses vitales de la sociedad; 2) que la ley esté dirigida a satisfacer un interés legítimo y no para ventaja de un grupo de individuos; 3) que, dada la naturaleza de los contratos afectados, el remedio empleado sea proporcionado y justificado por la emergencia; 4) que el plazo otorgado por la ley sea razonable y no perjudique a ninguna de las partes; y 5) que la ley sea de vigencia temporal, circunscripta a la emergencia que la originó. En el presente trabajo, me centraré en analizar el primero de los requisitos enunciados, esto es, la existencia de la situación de emergencia económica, así como los alcances del control judicial sobre la cuestión<sup>6</sup>.

## II. EL REQUISITO DE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Desde el nacimiento de la doctrina de la emergencia económica con el precedente *Ercolano*, la Corte Suprema estableció no solo la necesidad de la declaración de la emergencia, en principio, por medio de una ley, sino que también el máximo tribunal a lo largo de su jurisprudencia se refiere a la necesidad de que exista realmente una situación de emergencia económica que habilite el dictado de este tipo de normas. En efecto, la Corte Suprema, en sus precedentes, no se ha limitado a revisar si la emergencia había sido únicamente declarada por el Congreso. Por el contrario, puede decirse que el máximo tribunal en algunas ocasiones ha ingresado a considerar si se configuraba o no la situación fáctica de emergencia que habilitaba el dictado de la normativa de emergencia, acudiendo para ello a diversos parámetros.

5. Cfr. Bianchi, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", *La Ley*, t. 1991-C, p. 141.

6. Sobre el concepto de emergencia económica en Argentina, me remito a lo que expuse en "Emergencia económica (a la luz del caso argentino)", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 10, Madrid, Universidad Carlos III, abril - septiembre 2016, pp. 179-190.

Sin embargo, como bien señala Bianchi, del estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de emergencia económica se advierten dos fenómenos. Por un lado, surge que la Corte Suprema ha sido muy tolerante de todas las medidas de emergencia adoptadas en las últimas nueve décadas, principalmente, las que han afectado las relaciones patrimoniales entre particulares, o entre estos y el Estado, restringiendo el derecho de propiedad individual. Por otro lado, en ninguno de aquellos fallos se advierte un análisis profundo de la razonabilidad de la emergencia. Por el contrario –afirma–, “la Corte ha aceptado dogmáticamente la existencia de la emergencia tal como fue presentada en cada oportunidad por parte de los poderes políticos”.

Luego de analizar algunos de los precedentes más trascendentes en materia de emergencia económica –como *Ercolano*, *Avico*, *Inchauspe*<sup>7</sup>, *Cine Callao*<sup>8</sup> y *Peralta*<sup>9</sup>–, el autor concluye que “la emergencia económica, si bien formalmente considerada, no ha sido una cuestión política, la Corte Suprema –de hecho– nunca ha penetrado ni analizado en profundidad sus verdaderas causas, ni la razonabilidad entre ellas y las medidas adoptadas. En realidad, ha hecho un acto de fe entre lo decidido por el poder político, y ha optado en general por convalidarlo. Es difícil determinar si la ausencia de control se origina en una imposibilidad real y auténtica (cuestión política constitucional o natural) o en una decisión típicamente política, pero en cualquier caso se ha comportado como si estuviera ante un supuesto excluido de control. En consecuencia, puede decirse que la emergencia económica es en la práctica una cuestión política encubierta”<sup>10</sup>. Volveré sobre esta cuestión más adelante.

Sin perjuicio de lo expuesto –como a continuación se reseñará– cabe destacar que, al menos formalmente, la Corte Suprema, en sus

7. *Inchauspe Hnos., Pedro c/ Junta Nac. de Carnes*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1º de septiembre de 1944, Fallos: 199:483.

8. *Cine Callao*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de junio de 1960, Fallos: 247:121.

9. *Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía - BCRA)*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1990, Fallos: 313:1513.

10. Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, T. II, Ciudad de Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 280/285.

precedentes, ha indicado que, entre los requisitos de validez de toda norma de emergencia, se encuentra el requisito de la existencia de una situación de emergencia, y en diversas ocasiones se ha referido a ella.

De este modo, en el precedente *Ercolano*, de 1922, la Corte Suprema se pronunció en relación con la ley que prohibía cobrar durante dos años, a partir de su promulgación, un precio de locación mayor al que se pagaba por el alquiler de casas, piezas y departamentos al 1/1/1920, y expuso expresamente en los considerandos del fallo sobre la crisis habitacional que había llevado al encarecimiento y la especulación en el precio de los alquileres, y cuyas consecuencias la ley citada tenía por finalidad paliar.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la situación de emergencia a la que se había referido en la causa *Ercolano* había desaparecido, en el caso *Mango*<sup>11</sup>, de 1925, declaró la inconstitucionalidad de la ley que perseguía dar estabilidad a los arrendamientos que no tuvieran plazo contractual. En efecto, la Corte Suprema sostuvo 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*, t. 136, p. 161 [precedente *Ercolano*]). Pero ese régimen anormal no puede encontrar suficiente justificativo (...) cuando está destinado a actuar en un ambiente muy distinto por cierto de aquél que dio lugar a la sanción originaria de dichas leyes y que esta Corte describía en el fallo recordado de 28 de abril de 1922”<sup>12</sup>.

Fue con la consolidación de la doctrina de emergencia y la clarificación de sus requisitos donde surge más sistemáticamente el requisito de la existencia de una situación de emergencia. Así, el máximo

11. *Mango, Leonardo c/ Traba, Ernesto*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de agosto de 1925, *Fallos*: 144:219.

12. *Ibídem*. El destacado es propio.

tribunal, en el caso *Avico*, de 1934, resolvió un caso análogo al decidido por la Suprema Corte norteamericana en el precedente *Home Building*<sup>13</sup>, determinando que la norma que el tribunal de aquel país analizaba era válida en atención a que existía una emergencia que había dado ocasión para el ejercicio del poder reservado del Estado a fin de proteger los intereses vitales de la comunidad. Asimismo, el máximo tribunal se refirió a la “profunda crisis económica sufrida por el país”, y mencionó la discusión parlamentaria para poner de relieve aquella situación de emergencia. Estos requisitos expuestos por la Corte Suprema fueron reiterados en numerosas ocasiones con posterioridad, como a continuación se reseñará.

Un año después, en el caso *Cadagan*<sup>14</sup>, la Corte Suprema, remitiéndose, entre otros casos, al precedente *Avico*, sostuvo que allí “ha decidido que también la propiedad puede ser regulada, como asimismo los contratos, cuando una situación de emergencia calificada por el Poder Legislativo impone esa regulación por razones de orden público, prevista en el poder reglamentario de los artículos 14 y 67, inc. 28 de la Constitución Nacional y en el artículo 5º del Código Civil; pero de la misma calidad excepcional de esa facultad y de los considerandos de los fallos citados, así como de la jurisprudencia concordante de los Estados Unidos de Norte América, se desprende que es indispensable la declaración por ley de esa emergencia y de ese orden público”.

Asimismo, en el precedente *Martini*<sup>15</sup>, de 1944, la Corte Suprema convalidó una ley por la cual se reprimía con multas a toda infracción a los precios máximos que fijaba el Poder Ejecutivo a los productos o mercaderías de primera necesidad que la norma enunciaba, en atención a que se daba una situación de emergencia: “(...) el carácter excepcional de los momentos de perturbación social y económica, y de otras situaciones semejantes de emergencia y la urgencia en atender a la solución de problemas que crean, autorizan el ejercicio del poder

13. SCEU, *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, 1934, 290 U.S. 398.

14. *Cadagan, Carlos c/ Cía. Alumbrado Eléctrico de Río Gallegos*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de julio de 1935, Fallos: 173:65

15. *Vicente Martini e Hijos, S.R.L Infac. Ley N° 12.591*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1944, Fallos: 200:450.

de policía del Estado, en forma más enérgica que la que admiten los períodos de sosiego y normalidad”.

Con posterioridad, la Corte Suprema continuó exigiendo la presencia del requisito de la existencia de una situación de emergencia. Así, en el precedente *Russo*<sup>16</sup>, de 1959, refiriéndose a una ley que disponía la paralización de los juicios de desalojo y lanzamientos con el objeto de dar respuesta a la crisis habitacional que acuciaba al país, en el voto de los doctores Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, se recordó que la aceptación amplia y plena del poder de policía, “[s]upone ella, como presupuesto de hecho, una situación de emergencia, es decir, la existencia de una crisis o bien de un grave trastorno social originado por acontecimientos físicos, políticos, económicos, etc.”. También, recordó que entre los requisitos que debe cumplir el uso de la policía de emergencia se encuentra que haya una “[s]ituación de emergencia definida por el Congreso”, citando para ello el precedente *Cadagan*, antes mencionado.

Más adelante en el tiempo, en el precedente *Videla Cuello*<sup>17</sup>, de 1990, en el que se debatía una ley mediante la cual, entre otras cuestiones, se había dispuesto suspender la ejecución de honorarios profesionales, la Corte Suprema no solo tuvo en cuenta que el Congreso había dispuesto el “estado de emergencia” en el país, sino que expresó que el tribunal en otras ocasiones había constatado “la efectiva existencia del estado de emergencia”. A su vez, en otro caso, el máximo tribunal consideró nulo un acto administrativo por medio del cual se había reliquidado el haber jubilatorio de un ex magistrado del tribunal superior provincial, en tanto la situación de emergencia que había dado sustento al dictado de la resolución había sido declarada con posterioridad por la legislatura local, lo que evidenciaba que la emergencia no existía al momento del dictado de aquel acto<sup>18</sup>.

16. *Russo, Ángel y otra c/ C. de Delle Donne E.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 1959, Fallos: 243:467.

17. *Videla Cuello, Marcelo c/ La Rioja, Provincia de*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1990, Fallos: 313:1638.

18. *Hutchinson, Tomás c/ Instituto Provincial de Previsión Social*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 2006, causa H.319.XL, RHE.

En otro precedente posterior, los ministros Lorenzetti y Zaffaroni recordaron que “[l]os requisitos para que la legislación de emergencia se adecue a la Constitución son los siguientes: 1) *que se presente una situación de emergencia que obligue a poner en ejercicio aquellos poderes reservados para proteger los intereses vitales de la comunidad*; 2) que se dicte una ley emanada de un órgano competente que persiga la satisfacción del interés público; 3) que los remedios sean proporcionales y razonables; 4) que la ley sancionada se encuentre limitada en el tiempo y que el término fijado tenga relación directa con la exigencia en razón de la cual ella fue sancionada”. Sobre esa base indicaron que “puede distinguirse un *control procedimental* de constitucionalidad, que se refiere a la *constatación de una situación de emergencia declarada por el Congreso*, la persecución de un fin público y la transitoriedad de las medidas adoptadas; y otro, sustantivo, que se concentra en la razonabilidad de la restricción y examina si hubo desnaturalización del derecho afectado”<sup>19</sup>.

De este modo, puede decirse, al menos formalmente, que, al controlar la constitucionalidad sobre la norma de emergencia, no ha constatado únicamente la declaración de emergencia por parte por parte del Congreso, sino que en muchas ocasiones ha controlado que el “evento de emergencia” que se invoca para el ejercicio del poder de policía de emergencia efectivamente tenga correlato con la realidad. En una breve enumeración, para constatar la existencia de una situación de emergencia, el máximo tribunal ha tenido en cuenta, entre otras cuestiones, que la situación de emergencia era un hecho pú-

19. *Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de marzo de 2007, *Fallos*: 330:855, voto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni, considerando 17; *Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - Ley N° 25.561 – Decretos Nros. 1.570/2001 y 214/2002 s/ amparo sobre Ley N° 25.561*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de abril de 2005, *Fallos*: 328:690, voto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni, considerando 7°; *Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de diciembre de 2007, *Fallos*: 330:5345, disidencia del doctor Lorenzetti, considerando 15. El destacado es propio.

blico y notorio, de conocimiento común o evidente<sup>20</sup>; los debates legislativos o el mensaje del proyecto de ley<sup>21</sup>; los datos aportados por el Poder Ejecutivo<sup>22</sup>; o los informes de técnicos especializados<sup>23</sup>. Esta cuestión será analizada más adelante.

Del mismo modo, se ha requerido la existencia de una situación de emergencia para habilitar el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. Sobre el particular, con carácter previo a la reforma constitucional de 1994, en el precedente “*Peralta*”, la Corte Suprema sostuvo que el decreto allí impugnado era válido, entre otras razones, “porque –y esto es de público y notorio– ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto”. Asimismo, indicó que existía un “descalabro económico generalizado”, y que en el caso se cumplía “con el requisito relacionado con el carácter «de emergencia» de la legislación en cuestión. Se tratan las impugnadas

20. *Mango, Leonardo c/ Traba, Ernesto*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de agosto de 1925, Fallos: 144:219; *Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 1934, Fallos: 172:21; *Inchauspe Hnos., Pedro c/ Junta Nac. de Carnes*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1º de septiembre de 1944, Fallos: 199:483; *Nadur, Amar c/ Borelli Francisco*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 1959, Fallos: 243:449; y *Russo, Ángel y otra c/ C. de Delle Donne E.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 1959, Fallos: 243:467.

21. *Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 1934, Fallos: 172:21; *Inchauspe Hnos., Pedro c/ Junta Nac. de Carnes*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1º de septiembre de 1944, Fallos: 199:483; *Nordensthol, Gustavo Jorge c/ Subterráneos de Buenos Aires*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de abril de 1985, Fallos: 307:326; y *Videla Cuello, Marcelo c/ La Rioja, Provincia de*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1990, Fallos: 313:1638.

22. *Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 1934, Fallos: 172:21; y *Videla Cuello, Marcelo c/ La Rioja, Provincia de*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1990, Fallos: 313:1638.

23. *Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 1934, Fallos: 172:21; *Inchauspe Hnos., Pedro c/ Junta Nac. de Carnes*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1º de septiembre de 1944, Fallos: 199:483; y *Videla Cuello, Marcelo c/ La Rioja, Provincia de*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1990, Fallos: 313:1638.

de normas destinadas a poner fin a la grave situación de orden económico que afectó al sistema financiero argentino”.

Luego de la reforma constitucional de 1994, y con la incorporación del artículo 99, inc. 3º, se determinó que podían dictarse los decretos de necesidad y urgencia, solamente cuando “circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”. De este modo, cabe destacar que el máximo tribunal en diversos precedentes se refirió a aquel precepto y las características de las circunstancias fácticas que habilitaban el dictado de este tipo de decretos. Entre ellos, se destacan *Video Club Dreams*<sup>24</sup>, *Verrocchi*<sup>25</sup>, *Cooperativa del Trabajo Fast Limitada*<sup>26</sup> y *Consumidores Argentinos*<sup>27</sup>.

Sobre el punto en análisis, cabe destacar lo expresado en el último de los precedentes citados. Allí se señaló: “Si esta Corte, en ejercicio de esa facultad de control ante el dictado por el Congreso de leyes de emergencia, ha verificado desde el precedente de *Fallos: 136:161 (Ercolano)* la concurrencia de una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad –esto es, corroborar que la declaración del legislador encuentre «debido sustento en la realidad»– (*Fallos: 172:21 –Avico–; 243:449 –Nadur–; 313:1638 –Videla Cuello–; 330:855 –Rinaldi–*, entre muchos otros), con mayor razón debe ejercer idéntica evaluación respecto de las circunstancias de excepción cuando ellas son invocadas unilateralmente por el Presidente de la Nación para ejercer facultades legisferantes que por regla constitucional no le pertenecen (arts. 44 y 99, inciso 3º, párrafo 2º, de la Constitución Nacional)”.

24. *Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de junio de 1995, *Fallos: 318:1154*.

25. *Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de agosto de 1999, *Fallos: 322:1726*.

26. *Cooperativa del Trabajo Fast Limitada c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1º de septiembre de 2003, *Fallos: 326:3180*.

27. *Consumidores Argentinos c/ EN – PEN – Decreto N° 558/2002-SS- Ley N° 20.091 s/ amparo Ley N° 16.986*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de mayo de 2010, *Fallos: 333:633*.

En materia de delegación legislativa cabe destacar dos precedentes de la Corte Suprema, previos a la reforma constitucional de 1994. En ambos casos la Corte Suprema entendió que los decretos que en aquellos casos se impugnaban habían sido dictados en función de la potestad reglamentaria del Ejecutivo que le otorgaba el antiguo artículo 86, inc. 2º de la Constitución Nacional. En el precedente *Prattico*, de 1960, en el cual se debatía la validez constitucional de un decreto por el cual se había establecido un aumento mínimo de emergencia, el máximo tribunal indicó que, “dada una situación económico social como la que en el país existía al tiempo de dictarse la norma impugnada, situación a la que se refieren expresamente los considerandos del Decreto N° 89/1958, los actos estatales encaminados a conceder a los trabajadores remuneraciones que les aseguren «un nivel de vida adecuado» suponen ejercicio válido del poder de policía”<sup>28</sup>. Posteriormente, en el año 1993, en el precedente *Cocchia*, la Corte Suprema convalidó un decreto por medio del cual se había derogado un convenio colectivo de trabajo de los trabajadores portuarios. El decreto había invocado expresamente las leyes de reforma del Estado y emergencia administrativa, y de emergencia económica. El máximo tribunal sostuvo, con respecto a las relaciones de trabajo, que “existe un reconocimiento expreso a nivel sindical, empresario, gubernamental y académico de la situación de crisis económica y social imperante en el mundo entero en las últimas décadas”<sup>29</sup>. Asimismo, expresó que existía una “situación excepcional” que habilitaba una intervención de las autoridades públicas a efectos de modificar el contenido de los convenios colectivos.

La reforma constitucional de 1994 incorporó el artículo 76 a la Constitución, el cual, en principio, prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, “salvo en materias determinadas de adminis-

28. *Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de mayo de 1960, Fallos: 246:345.

29. *Cocchia, Jorge D. c/ Estado Nacional y otro*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de diciembre de 1993, Fallos: 316:2624, considerando 17.

tración o de emergencia pública". Dentro de esta última locución, se encuentra comprendida, entre otras, la emergencia económica<sup>30</sup>.

Por otro lado, de modo particular sobre la emergencia económica, la doctrina ha puesto de relieve que para la validez de estas normas de emergencia debe existir una situación de emergencia, que debe ser declarada. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que no hay coincidencia respecto de si la valoración de la existencia de una situación de emergencia es una potestad exclusiva del Congreso y, en su caso, del Poder Ejecutivo, o si por el contrario el Poder Judicial se encuentra facultado para controlar, en un caso concreto, que la situación de emergencia se configure efectivamente en la realidad.

Así, con relación a la existencia de una situación de emergencia económica y su declaración normativa, Bidart Campos precisa, en primer lugar, que el órgano competente debe declarar que la emergencia existe, cuestión que normalmente va implícita en el acto formal que pone en vigor un instituto de emergencia. "Este principio se inspira en la conveniencia de que el Estado dé constancia oficial de una emergencia que de hecho existe, y de que los habitantes tengan conocimiento cierto de que está en vigor el instituto de emergencia". De lo expuesto se deriva, entonces, que no necesariamente debe ser expresa la declaración, sino que aquello se puede derivar implícitamente de las disposiciones normativas que se adoptan. En segundo lugar, el autor citado manifiesta que debe verificarse una situación de emergencia "porque parece hartamente simple recordar que si no la hay, *falta totalmente la causa constitucional que proporciona base y validez al instituto de emergencia* y a las medidas que luego se adoptarán en ejecución del mismo; de poco sirve controlar la razonabilidad o constitucionalidad de tales medidas –que son un efecto del instituto de emergencia– si no se controla su causa, sin la cual el efecto jamás puede considerarse válido". En tercer lugar, expone sobre la conveniencia de que el órgano del poder exprese los motivos que fundan el acto declarativo, o la puesta en vigor del instituto, o la adopción de medidas de emergencia. "Se trata no solamente de la debida fundamentación de

30. Al respecto, ver Santiago (h.), Alfonso; Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pp. 394 y sigs.

los actos estatales, sino de suministrar claramente las bases que luego permitan juzgar si hay relación suficiente entre las medidas de emergencia y los motivos y causas de la emergencia”<sup>31</sup>.

Del mismo modo, Sagüés enuncia, dentro de los requisitos del derecho de emergencia, la “realidad de la situación de emergencia”. Indica que uno de los recaudos para la constitucionalidad de las normas de emergencia es que “medie una auténtica circunstancia de emergencia, esto es, una realidad fáctica excepcional”, por lo que aquello obliga a aclarar que si la adopción de la norma de emergencia es “espuria (o sea, si en los hechos no hay efectivamente una situación de emergencia), la regla del caso no sería constitucional”<sup>32</sup>.

A su vez, Hernández refiere que entre los elementos que caracterizan a la emergencia económica se encuentra el hecho de que se configuren “[s]ituaciones excepcionales, previsibles o no, que afectan el orden constitucional”, derivadas de hechos que las producen, que pueden tener origen en diversas causas, como políticas, económicas, sociales, naturales, y que “debe existir un verdadero estado de necesidad”<sup>33</sup>.

Asimismo, se ha señalado que entre los parámetros con que la Corte Suprema ha evaluado las restricciones que en materia de seguridad, salud, moralidad y económicas, y por razones de emergencia se dispusieron, “[d]ebe configurarse, en los hechos, una verdadera situación de emergencia, la que pone en funcionamiento el denominado poder de policía de la emergencia” y que “[l]a declaración de emergencia debe ser realizada por ley del Congreso de la Nación o las legislaturas provinciales, en su caso”<sup>34</sup>.

De este modo, se ha advertido que uno de los elementos tipificantes de la emergencia es que “exista una situación de emergencia

31. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 303-304. El destacado es propio.

32. Sagüés, Néstor P., “Derecho Constitucional...”, cit., p. 1036.

33. Hernández, Antonio María, “Las emergencias...”, en ob. cit., p. 322.

34. Montí, Laura M., “Emergencia y contratos administrativos”, *Suplemento Especial “El Contrato Administrativo en la Actualidad”*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2004, pp. 64 y sigs.

definida por el Congreso<sup>35</sup>, y que la declaración de emergencia debe ser la “consecuencia” de una necesidad imprevista o grave<sup>36</sup>. Finalmente, en cuanto a la necesidad de que la emergencia sea declarada, se ha sostenido que aquello tiene fundamento en la tutela del principio de la seguridad jurídica como mecanismo que resguarda el Estado de Derecho<sup>37</sup>.

### III. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA

Habiéndose sentado que uno de los requisitos de las normas de emergencia económica es que exista una genuina situación de emergencia, corresponde referirse a las características de esta situación fáctica.

En primer lugar, cabe destacar que no se trata de un concepto claramente definido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, sino que el máximo tribunal ha aplicado la doctrina del poder de policía de emergencia a una muy amplia gama de situaciones. Así, sobre el concepto de emergencia, el máximo tribunal, en la causa *Peralta*, señaló que “abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y

35. Lorenzetti, Ricardo L., “Estado de Derecho y Estado de Necesidad”, *La Ley*, t. 2001-C, p. 1382.

36. Rosatti, Horacio D., “Decálogo para volver al sentido común”, *Debates de Actualidad*, AADC, vol. 187, 2002, pp. 21-22. A su vez, el autor citado sostiene que la declaración de emergencia nunca puede ser “causa” de la emergencia misma (entendiendo el término “causa” como “fundamento” y también como “antecedente histórico”). Por lo tanto, se requiere que la emergencia resuelva y no cause o agrave una necesidad grave e imprevisible.

37. Sesin, Juan Domingo, *Administración Pública...*, ob. cit., p. 322.

política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autorizan al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución”<sup>38</sup>. Sobre esta conceptualización de emergencia efectuada por la Corte Suprema, Sola pone de relieve que se trata de una definición abierta, que permite la inclusión de circunstancias muy variadas, más cuando se sostiene que abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios<sup>39</sup>. A su vez, cabe destacar que la situación de emergencia económica a la que aquí se hace referencia, y sus características, hace alusión a una situación no sólo económica, sino también social<sup>40</sup>.

Así las cosas, entre las características de la situación de emergencia económica, la jurisprudencia y la doctrina destacan: (i) que se trate de una situación grave y extraordinaria; (ii) en principio, la situación debe ser imprevisible o difícilmente previsible; (iii) en algunos casos puede ser más notoria que en otros; (iv) puede estar originada por diversas causas e incluso se ha admitido que sea generada por los propios gobernantes.

i) *Situación grave y extraordinaria*. Sobre este aspecto, la Corte Suprema, en el precedente *Avico*, sostuvo que el “estado de emergencia” es “producido por fenómenos económicos, tan graves o más que el que puede crearse por un contraste de la naturaleza, y que bien pudo decirse que ese estado tiene los caracteres del caso fortuito”<sup>41</sup>. A su vez, en el precedente *Perón*<sup>42</sup>, el máximo tribunal puso de relieve que las situaciones de emergencia “derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios”, e indica que estos acontecimientos pueden ser de índole económica.

38. Considerando 43.

39. Sola, Juan V., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, p. 475.

40. Cfr. Dalla Vía, Alberto R., “El problema de la naturaleza jurídica de la emergencia”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 283, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2002, pp. 40.

41. Considerando 11.

42. *Juan Domingo Perón*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de junio de 1957, *Fallos*: 238:76.

Asimismo, sostuvo que lo que hace que una situación tenga carácter de emergencia “no es la naturaleza del hecho determinante, sino su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para reestablecer los intereses públicos afectados”. En el mismo sentido, en el precedente *Peralta*, se hizo alusión a la existencia de una situación de “grave riesgo social”<sup>43</sup> y de una situación de necesidad<sup>44</sup>.

Sobre el carácter extraordinario y grave de la situación de emergencia económica cabe destacar lo expuesto por Bidart Campos, quien cuando define a la emergencia de modo general, señala que se trata de situaciones anormales o casos críticos que resultan extraordinarios o excepcionales. Afirma que aquel carácter excepcional proviene sobre todo de que al fenómeno se lo considera patológico dentro del orden previsto en la Constitución, por lo que siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica, y se hace valer la defensa del estado de necesidad<sup>45</sup>.

*ii) Carácter imprevisible o difícilmente previsible.* Se considera que, en principio, la situación de emergencia económica debe ser imprevisible o, al menos, difícilmente previsible. En este sentido, en un primer momento, los poderes públicos ante una crisis que puede preverse deberían adoptar todos los medios ordinarios que tienen a su alcance para combatirla. Por lo tanto, únicamente ante eventos imprevisibles podrían adoptar medidas excepcionales que restrinjan en mayor medida derechos individuales. En este sentido, Rosatti sostiene que la situación de necesidad que da lugar a la declaración de emergencia debe ser imprevista o grave<sup>46</sup>. En el mismo sentido, Bianchi, refiriéndose a los decretos de necesidad y urgencia, sostiene que no habría dificultades para reconocer al Poder Ejecutivo la facultad de dictar reglamentos de esa naturaleza ante hechos verdaderamente imprevisibles<sup>47</sup>.

43. Considerando 24.

44. Considerandos 38 y 56.

45. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental...*, ob. cit., T. I, p. 299.

46. Rosatti, Horacio D., “Decálogo para volver...”, en ob. cit., p. 21.

47. Bianchi, Alberto B., “La Corte Suprema ha establecido...”, cit., p. 141.

Sin embargo, otros autores, como Bidart Campos<sup>48</sup> y Hernández<sup>49</sup>, sostienen que entre los elementos que caracterizan a la emergencia económica se encuentra la existencia de una situación excepcional, que puede ser previsible o no. Así las cosas, en determinados supuestos habrá que admitir el recurso a los remedios extraordinarios previstos constitucionalmente, aun cuando la situación haya sido previsible, siempre que aquellos medios sean la única forma de combatir la crisis de un modo adecuado.

iii) *La situación de emergencia admite grados de notoriedad.* Se ha definido el término notorio como “público y sabido por todos”; “claro, evidente”; o “importante, relevante o famoso”<sup>50</sup>. En la doctrina procesalista, se ha dicho que en el hecho notorio existe consenso general acerca de su existencia. Así, a la hora de definirlo se han tenido en cuenta elementos como el conocimiento por la generalidad de los ciudadanos, por lo de cultura media o hechos pertenecientes a la experiencia común<sup>51</sup>.

A su vez, sobre el concepto de hecho notorio, se han excluido de su ámbito las siguientes características. En primer lugar, la generalidad. No es necesario que el hecho sea conocido por todo el mundo, sino que la notoriedad se halla referida a un determinado círculo social. En segundo lugar, el conocimiento absoluto. En este sentido, basta con el conocimiento relativo, es decir, la posibilidad de verificar la existencia del hecho de que se trata mediante el auxilio de una sim-

48. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental...*, ob. cit., T. I, p. 299.

49. Hernández, Antonio María, “Las emergencias...”, en ob. cit., p. 322.

50. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 23ª ed.

51. Arazi, Roland; Rojas, Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado, anotado y concordado con los Códigos Provinciales*, 2ª ed., T. II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, p. 328.

A su vez, se ha definido a los hechos evidentes como aquellos que no admiten duda alguna, por lo que están excluidos de prueba. Estos pueden ser principios lógicos, cuestiones experienciales, o principios científicos aceptados como leyes científico-experimentales vigentes (Falcón, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado, concordado y anotado*, 1ª ed., 1ª reimp., T. IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 743). También se ha dicho que lo evidente “es lo claro, patente, que no ofrece la menor duda” (Arazi, Roland; Rojas, Jorge A., *Código Procesal Civil...*, ob. cit., T. II, p. 330).

ple información. En tercer lugar, el conocimiento efectivo. Así, no se requiere la percepción directa del hecho, toda vez que basta su difusión en el medio respectivo<sup>52</sup>. Por su parte, Falcón afirma que existen dos clases de notoriedad. Por un lado, la universal, que se refiere al aspecto cultural, social del magistrado, como podrían ser las cuestiones históricas o geográficas, o las cuestiones sobre las que dan noticia los medios de comunicación masiva, o los aspectos institucionales del país. Por otro lado, distingue la notoriedad circunstancial, propia de una época o de un determinado lugar o circunstancia, como es la depreciación monetaria, el aumento del costo de vida o la valoración de la propiedad inmueble<sup>53</sup>.

En este contexto, cabe señalar que en diversos precedentes la Corte Suprema ha señalado que la emergencia económica era un hecho de “notoriedad pública”<sup>54</sup>, de “conocimiento común”<sup>55</sup>, de “inmediata evidencia”<sup>56</sup>, un hecho de “pública notoriedad”<sup>57</sup>, “de público y notorio” conocimiento<sup>58</sup>, o un “hecho notorio y relevado de prueba”<sup>59</sup>. A su vez, el máximo tribunal ha señalado que los acontecimientos políticos, sociales y económicos de 2001, que habían dado

52. Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 394.

53. Falcón, Enrique M., *Código Procesal Civil...*, ob. cit., T. IV, pp. 743-744.

54. *Ercolano, Agustín c/ Lantieri de Renshaw, Julieta s/ consignación*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de abril de 1922, *Fallos*: 136:161.

55. *Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 1934, *Fallos*: 172:21, considerando 8°.

56. *Nadur, Amar c/ Borelli Francisco*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 1959, *Fallos*: 243:449.

57. *Russo, Ángel y otra c/ C. de Delle Donne E.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 1959, *Fallos*: 243:467; *Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de octubre de 2004, *Fallos*: 327:4495, considerando 8°.

58. *Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía - BCRA)*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1990, *Fallos*: 313:1513, considerando 24.

59. *Rodríguez, Ramona Esther y otro c/ PEN - Ley N° 25.561 Decretos Nros. 1.570/2001 y 214/2002 s/ amparo sobre Ley N° 25.561*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de abril de 2008, *Fallos*: 331:901, voto del doctor Lorenzetti, considerando 6°.

lugar “a una de las crisis más graves en la historia contemporánea de nuestro país, constituyen hechos públicos y notorios”<sup>60</sup>.

Así las cosas, como se indicó, se advierte que un hecho notorio no implica que sea conocido por todos, sino que se halla referido a un determinado círculo social. A su vez, no implica que de un hecho notorio se tenga conocimiento absoluto, sino que debe tenerse la posibilidad de verificar la existencia del hecho mediante el acceso a una simple información. Por lo tanto, se advierte que puede ocurrir que una situación de emergencia económica sea un hecho público y notorio para una amplia cantidad de personas, y otras veces el carácter notorio de una determinada situación fáctica de emergencia sea más reducido. Así, se considera que en algunas ocasiones puede ocurrir que se esté ante una situación de emergencia económica, aunque su notoriedad sea más leve.

*iv) La situación de emergencia económica puede tener origen en diversas causas e incluso ser generada por los propios gobernantes.* La emergencia económica puede originarse con autonomía de otras emergencias previstas en la Constitución, por lo que puede tener causas propias. Por el contrario, una crisis económica puede concurrir con otra emergencia y serle paralela y subsiguiente, por ejemplo, durante y después de la guerra<sup>61</sup>. Así, la causa de la situación de emergencia económica puede tener origen en diversas causas, como políticas, económicas, sociales, naturales, etc.<sup>62</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema ha admitido la validez de normas de emergencia económica ante situaciones generadas como consecuencia de los propios gobernantes<sup>63</sup>. Sin embargo, la doctrina ha

60. Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de marzo de 2007, Fallos: 330:855, considerando 11. En el mismo sentido, Mexicana de Aviación S.A. de CV c/ EN - M° Defensa - FAA Decreto N° 577/2002 - s/ amparo Ley N° 16.986, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de agosto de 2008, Fallos: 331:1942, considerando 11.

61. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental...*, ob. cit., T. I, p. 315.

62. Hernández, Antonio María, “Las emergencias...”, en ob. cit., p. 322.

63. En efecto, el doctor Boffi Boggero, en su voto en la causa *Russo* (Fallos: 243:467), con relación a las numerosas normas de emergencia sobre la escasez de vivienda, señaló que el problema de esas normas, al margen de beneficios conseguidos,

planteado reparos a esta cuestión. Por ejemplo, Bianchi, refiriéndose a la facultad presidencial de dictar decretos de necesidad y urgencia, afirma que si bien no había dificultades en admitir este tipo de reglamentos ante contingencias inevitables, extraordinarias o imprevisibles, las dificultades se hacen presentes –como ocurrió en el fallo *Peralta*– “cuando la emergencia es creada por la negligencia o impericia de los gobernantes que conducen al país a una situación de caos económico y, luego –ellos mismos o sus sucesores, para el caso da igual–, deben recurrir a la reglamentación de emergencia para poner remedio a una economía dislocada. Este es, indudablemente, el punto de conflicto”<sup>64</sup>. En el mismo sentido, se ha esgrimido que “[e]s peligroso constitucionalmente que quien debe responder ante la sociedad por el cumplimiento de funciones indelegables pretenda ampararse en la emergencia cuando los resultados calamitosos son producto de tal incumplimiento. Este criterio ha conducido a la Argentina a ochenta años de emergencia”<sup>65</sup>.

---

es que habían agravado en buena parte el problema, porque numerosas irregularidades nacieron al amparo de esas normas.

Por su parte, el doctor Zaffaroni, en el precedente *Bustos* (Fallos: 327:4495), se refirió a que el estado de necesidad no es producto del azar ni de una fuerza de la naturaleza, sino de sucesivas medidas políticas. Finalmente, puede destacarse el precedente *Rinaldi* (Fallos: 330:855), respecto de la pesificación de los mutuos hipotecarios, en el cual los doctores Lorenzetti y Zaffaroni entendieron que la ganancia esperada y legítima de un negocio normal, conforme al estándar de previsibilidad que existía al momento de celebrar el contrato, no tenía relación alguna con los efectos que ahora se discutían, que superaba la conducta de las partes y “provienen de los desequilibrios institucionales provocados por el propio Estado”.

Sobre el punto, ver también el caso de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, *Varcent S.A. c/ Banco Francés BBVA y otros s/ Proceso de conocimiento –Ley N° 25.561, Causa N° 36.522/2003*, del 6 de noviembre de 2018.

64. Bianchi, Alberto B., “La Corte Suprema ha establecido...”, cit., p. 141.

65. En el mismo sentido, Spota distingue lo que podría ser una legítima emergencia, y la que es causada por el propio Estado: “(...) la emergencia que puede legítimamente pretender ser oída y atendida es aquella que lo es de la sociedad. Lo que quiere decir, que no ha de confundírsela con la que puede haberse producido por acción o por omisión, por error, por incapacidad o por mala fe de quienes gobiernan. Esto es, una cosa es la emergencia de la sociedad y otra muy distinta la de los que mandan” (Spota, Alberto A., “La división de poderes en la emergencia”, *La Ley*, t. 1992-A, p. 706).

Finalmente, cabe destacar que la noción de “emergencia pública” que utiliza el artículo 76 de la Constitución, si bien es un término que puede designar otro tipo de emergencias, incluye dentro de ella a la emergencia económica. En el mismo sentido, corresponde señalar que las “circunstancias excepcionales” que habilitan dictar decretos “por razones de necesidad y urgencia”, si bien admiten un abanico más amplio de emergencias, lo cierto es que también incluyen dentro de esos vocablos a la emergencia económica.

#### IV. CLASIFICACIÓN DE LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA

Puede afirmarse que las situaciones de emergencia económica admiten dos tipos de clasificaciones. Por un lado, puede diferenciarse una emergencia “social” y una emergencia “estatal”. Por el otro, se distingue una emergencia “sustantiva” y una emergencia “procesal”.

##### *a) Emergencia social y emergencia estatal*

Las sucesivas normas de emergencia permiten advertir que, en general, las situaciones de emergencia tienen que ver cada vez más con el Estado. Por ello, a los supuestos de “emergencia social” se han sumado supuestos de “emergencia estatal”<sup>66</sup>.

i) Emergencia social. En este sentido, desde el precedente *Ercolano*, que reconoció el poder de policía de emergencia, y su profundización en el caso *Avico*, los casos de emergencia respondían, en general, a la emergencia social, socioeconómica o que afectaba a la propia sociedad pero que no se extendía directamente al propio Estado.

Así, en distintos fallos, la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de las diferentes regulaciones legales, sancionadas en

66. Ver la distinción entre emergencia social y emergencia estatal en Coviello, Pedro J. J., “El control judicial de la emergencia”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2009-I, p. 1086, y en Rosatti, Horacio D., “Decálogo para volver...”, en ob. cit., p. 22.

ejercicio de la policía de emergencia<sup>67</sup>: prórroga de los contratos de locación, es decir, suspensión del derecho del locador a obtener la entrega del inmueble arrendado<sup>68</sup>; rebaja de los alquileres convenidos por las partes<sup>69</sup>, haya o no contrato escrito<sup>70</sup>; moratoria hipotecaria, o sea, suspensión de “los remedios legales o acciones contra los deudores”<sup>71</sup>; suspensión de los juicios de desalojo<sup>72</sup>; fijación de precios máximos a productos y mercaderías de primera necesidad<sup>73</sup>, etc.

ii) Emergencia estatal. Con posterioridad a aquella jurisprudencia –puede tomarse como punto de partida el precedente *Peralta*–, el poder de policía de emergencia se hizo extensivo también a la emergencia que afectaba al propio Estado, tomando especial relevancia el déficit público. Asimismo, se otorgaron una gran cantidad de facultades al Poder Ejecutivo de diversa índole.

Entre otras, la Corte convalidó el sistema de fijación de aumentos salariales generales por parte del Poder Ejecutivo y, por lo tanto, la derogación de las normas convencionales que reglamentaran

67. *Russo, Ángel y otra c/ C. de Delle Donne E.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 1959, *Fallos*: 243:467, voto de los doctores Aráoz De Lamadrid y Oyhanarte, considerando 22.

68. *Ercolano, Agustín c/ Lantieri de Renshaw, Julieta s/ consignación*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de abril de 1922, *Fallos*: 136:161; *Ferrari, Daniel C. y otros c/ Peiti, Ramón*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de agosto de 1944, *Fallos*: 199:466; *Pereyra, Leopoldo S. c/ Quintela, Víctor F.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de octubre de 1946, *Fallos*: 206:158.

69. *Ercolano, Agustín c/ Lantieri de Renshaw, Julieta s/ consignación*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de abril de 1922, *Fallos*: 136:161.

70. *Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 1934, *Fallos*: 172:21; *Castro, Alfredo R. (sucesión)*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de marzo de 1946, *Fallos*: 204:359; *Reynaud, Alfredo E. c/ Martínez y Di Fiore*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de marzo de 1947, *Fallos*: 207:182.

71. *Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 1934, *Fallos*: 172:21; *Yaben, Conrado c/ Lavallén, Alberto*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de marzo de 1935, *Fallos*: 172:291.

72. *Cello de Ciarrapico, Eugenia C. c/ Marino, Cayetano*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1º de marzo de 1946, *Fallos*: 204:195.

73. *Vicente Martini e Hijos, S.R.L Infac. Ley N° 12.591*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1944, *Fallos*: 200:450.

remuneraciones<sup>74</sup>, la limitación de la devolución de los depósitos a plazo fijo abonándose el excedente con bonos externos<sup>75</sup>, la consolidación de las deudas del Estado nacional<sup>76</sup>, y aún la prórroga de la fecha de corte para las deudas previsionales<sup>77</sup>, la reducción de la remuneración de los empleados públicos<sup>78</sup>, y cuando cesó la reducción salarial, la devolución de cierto porcentaje de las sumas descontadas con la entrega de títulos públicos<sup>79</sup>, la suspensión de la ejecución de las sentencias y laudos arbitrales que condenen el pago de una suma de dinero dictados contra el Estado Nacional<sup>80</sup>, y la pesificación de bonos de la deuda pública emitidos por el Estado argentino en dólares estadounidenses<sup>81</sup>, entre otros.

74. *Soengas, Héctor Ricardo y otros c/ Ferrocarriles Argentinos*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de agosto de 1990, *Fallos*: 313:664.

75. *Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía - BCRA)*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1990, *Fallos*: 313:1513.

76. *Hagelin, Ragnar c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ juicio de conocimiento*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de diciembre de 1993, *Fallos*: 316:3176; *Cacace, Josefa Erminda c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ accidente - Ley N° 9.688*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de octubre de 1995, *Fallos*: 318:1887.

77. *Antedoro, Antonio Domingo c/ Instituto Nacional de Previsión Social s/ ejecución provisional*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de diciembre de 1996, *Fallos*: 319:2867.

78. *Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Empleo público*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de junio de 2000, *Fallos*: 323:1566.

79. *Colina, René Roberto - Yapura, Sergio Daniel - Vargas, César Eduardo y otros c/ Estado Nacional*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de diciembre de 2004, *Fallos*: 327:5318.

80. *Videla Cuello, Marcelo c/ La Rioja, Provincia de*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1990, *Fallos*: 313:1638.

81. *Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - Ley N° 25.561 - Decretos Nros. 1.570/2001 y 214/2002 s/ amparo sobre Ley N° 25.561*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de abril de 2005, *Fallos*: 328:690.

En sentido concordante, la Corte Suprema convalidó la pesificación de los depósitos bancarios expresados en dólares o en otras monedas extranjeras en los precedentes *Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros*, 26 de octubre de 2004, *Fallos*: 327:4495; y en *Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional*, del 27 de diciembre de 2006, *Fallos*: 329:5913, la Corte declaró el derecho de la actora a obtener el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense,

### *b) Emergencia sustantiva y emergencia procesal*

Por otro lado, es factible considerar otros dos tipos de emergencias. Sagüés las clasifica en emergencia sustantiva y emergencia procesal<sup>82</sup>:

i) Emergencia sustantiva. La emergencia sustantiva alude a materias de fondo. Dentro de este tipo de emergencias, pueden citarse la Ley N° 9.481<sup>83</sup>, que suspendió el régimen de conversión del papel moneda por oro sellado, obligatorio según la Ley N° 3.871<sup>84</sup>, dictada cinco días después de iniciada la Primera Guerra Mundial; la Ley 12.591<sup>85</sup>, de precios máximos, fundado su proyecto por el Poder Ejecutivo expresamente en razones de necesidad, derivadas de la Segunda Guerra Mundial; las normas sobre moratoria hipotecaria y de fijación de su interés, “por graves perturbaciones económicas y sociales”; las prórrogas de locaciones y reducción del monto de alquileres, entre otros, puede destacarse el Decreto Ley N° 1.380/1943 y sucesivas ampliaciones; la Ley N° 23.696<sup>86</sup>, que declaró en estado de emergencia “la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económico-financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada”, programando para ello un sistema de intervenciones y privatizaciones (arts. 1°, 2°, 8°) y de contrataciones de emergencia (arts. 46 y sigs.); y la Ley N° 23.697<sup>87</sup>, que puso “en ejercicio el poder de policía de emergencia del Estado, con el fin de superar la situación de peligro colectivo creada por las graves circunstancias económicas y sociales que la Nación padece” (art. 1°), e instrumenta, por ejemplo, un régimen de suspensión a los sistemas de promoción industrial (art. 4°), e impide, en ciertos casos, despidos sin causa del personal en

---

ajustado por el CER hasta el momento de su pago, más la aplicación sobre el monto así obtenido de intereses a la tasa del 4 % –no capitalizable.

82. Cfr. Sagüés, Néstor P., “Derecho Constitucional...”, cit., p. 1036.

83. BO 13/8/1914.

84. Ley de fecha 31/10/1899. Registro Nacional de 1899.

85. BO 11/9/1939.

86. BO 23/8/1989.

87. BO 25/9/1989.

relación de dependencia (art. 9°). En igual sentido, los Decretos Nros. 36/1990<sup>88</sup> y 37/1990<sup>89</sup> implantaron una moratoria de diez años.

ii) Emergencia procesal. La emergencia procesal refiere a temas de Derecho Adjetivo. Puede destacarse la suspensión de sentencias de desalojos, como por ejemplo la Ley N° 16.739<sup>90</sup>; o en el artículo 50 de la Ley N° 23.696<sup>91</sup> la ejecución de sentencias y laudos arbitrales que condenen al Estado nacional, entidades autárquicas y empresas del Estado al pago de sumas de dinero.

Para finalizar el apartado, es oportuno señalar que la emergencia sanitaria generada por el coronavirus –también llamado COVID-19 o SARS-CoV-2– ha ocasionado una emergencia económica y social sumamente grave. De este modo, en pocas semanas se ha dictado una gran cantidad de normas de emergencia limitativas de derechos individuales, muy similares a las que se fueron adoptando a lo largo del último siglo<sup>92</sup>. Así, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020<sup>93</sup> amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida en la Ley N° 27.541<sup>94</sup>, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus por el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del decreto<sup>95</sup>. A su vez, otorgó numerosas facultades al Ministerio de Salud, en su carácter de autoridad de aplicación<sup>96</sup>, y dispuso que el citado ministerio, conjuntamente con el Ministerio de Desarrollo Productivo, podrían

88. BO 5/1/1990.

89. BO 5/1/1990.

90. BO 13/10/1965.

91. BO 23/8/1989.

92. Sobre los alcances del control judicial de las medidas mencionadas, me remito a lo que expuse en el trabajo de mi autoría, Ylarri, Juan Santiago, “Los alcances del control judicial sobre las normas adoptadas para enfrentar el Coronavirus”, en Falke, Ignacio (Dir.), *La tutela de la salud pública. El Derecho Procesal en épocas del coronavirus*, Buenos Aires, IJ Editores, 2020.

93. BO 12/3/2020. Luego modificado parcialmente por el Decreto N° 287/2020 (BO 18/3/2020).

94. BO 23/12/2019, ley denominada de Solidaridad Social y Reactivación Productiva.

95. Art. 1°.

96. Art. 2°.

fijar precios máximos para el alcohol en gel, los barbijos u otros insumos críticos, definidos como tales<sup>97</sup>. Por su parte, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020<sup>98</sup> estableció para todas las personas que habitan en el país o que se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, con vigencia desde el 20 hasta el 31 de marzo, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica<sup>99</sup>.

Estas normas fueron complementadas por otros decretos, decisiones administrativas, resoluciones y disposiciones de diversos organismos, como las que dispusieron la abstención del corte de servicios en caso de mora o falta de pago<sup>100</sup>, la suspensión de cierre de cuentas bancarias por determinado plazo por librar cheques sin fondos<sup>101</sup>, el congelamiento del valor de las cuotas de créditos hipotecarios y la suspensión de las ejecuciones hipotecarias<sup>102</sup>, la suspensión de desalojos, la prórroga de los contratos de locación y congelamiento del precio de alquileres<sup>103</sup>, la suspensión del deber de asistencia al lugar de

97. Art. 6°. Ver al respecto la Resolución Conjunta N° 1/2020 (BO 21/3/2020), que luego de establecer los insumos críticos sanitarios necesarios para mitigar la propagación del coronavirus intimó a las empresas productoras, distribuidoras y comercializadoras que participen de la cadena de producción de dichos insumos a incrementar la producción, distribución y comercialización de dichos insumos hasta el máximo de su capacidad instalada, y arbitrar los medios para asegurar su distribución y provisión a la población y entidades de salud.

También, cabe señalar que el Decreto N° 287/2020 incorporó al Decreto N° 260/2020 el art. 15 *bis*, que suspendió por el plazo que dure la emergencia, el último párrafo del artículo 1° de la Ley de Abastecimiento N° 20.680 (BO 25/6/1974), que exceptuaba de dicho régimen a los agentes económicos considerados micro, pequeñas o medianas empresas.

98. BO 18/3/2020. El aislamiento fue prorrogado por los Decretos Nros. 325/2020 (BO 31/3/2020), 355/2020 (BO 11/4/2020), 408/2020 (BO 26/4/2020) y 459/2020 (11/5/2020). Estos últimos admitieron que los gobernadores decidieran excepciones al cumplimiento del aislamiento.

99. Art. 1°.

100. Decreto N° 311/2020 (BO 25/3/2020).

101. Decreto N° 312/2020 (BO 25/3/2020).

102. Decreto N° 319/2020 (BO 29/3/2020).

103. Decreto N° 320/2020 (BO 29/3/2020).

trabajo con goce íntegro de las remuneraciones<sup>104</sup>, la prohibición de los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, así como las suspensiones por dichos motivos<sup>105</sup>, la suspensión del dictado de clases presenciales en los niveles inicial, primario, secundario en todas sus modalidades, e institutos de educación superior<sup>106</sup>. Por último, se modificó el Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2020 y se suspendió, durante el mismo ejercicio, para aquellas modificaciones presupuestarias necesarias en virtud de medidas dictadas en el marco de las disposiciones del Decreto N° 260/2020, la aplicación de los límites a las reestructuraciones presupuestarias que puede disponer el Jefe de Gabinete de Ministros establecidos en la ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional<sup>107</sup>.

## V. ¿ES UNA CUESTIÓN JUSTICIABLE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA ECONÓMICA?

Cabe determinar ahora si la existencia de una situación de emergencia económica y su declaración son una cuestión que puede ser revisada por los tribunales, o si, por el contrario, la apreciación de la realidad que efectúe el Poder Legislativo o, en su caso, el Poder Ejecutivo, se trata de un ámbito o competencia propio de aquellos poderes del Estado y, por lo tanto, exenta del control judicial.

En este contexto, cabe precisar que la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables tiene su raíz precisamente en el precedente fundador del control judicial de constitucionalidad, *Marbury v. Madison*<sup>108</sup>. Ahora bien, puede plantearse el supuesto de que un tribunal de justicia –y en última instancia la Corte Suprema– determine que una situación de emergencia económica declarada por el Congreso

104. Decreto N° 297/2020, art. 8° y Resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social N° 202/2020 (BO 14/3/2020).

105. Decreto N° 329/2020 (BO 31/3/2020).

106. Resolución del Ministerio de Educación N° 108/2020 (BO 16/3/2020).

107. Decreto N° 427/2020 (BO 11/5/2020).

108. SCEU, *Marbury v. Madison*, 1803, 5 U.S. (1 Cranch) 137.

o por el Poder Ejecutivo, en realidad no es tal y, en consecuencia, se invalide aquella normativa. Al respecto, cabe preguntarse: ¿Estaría el tribunal inmiscuyéndose en una potestad privativa de aquellos poderes? ¿Se estaría afectando la separación de poderes? ¿Debería la Corte Suprema adoptar una actitud “prudente” en tanto la declaración de inconstitucionalidad en ese supuesto podría socavar su autoridad? ¿Puede considerarse que los tribunales no tienen la pericia necesaria ni la información suficiente para declarar la inexistencia de una situación de emergencia económica? ¿Acaso es aplicable la doctrina de la Corte según la cual los motivos que originaron la declaración del Estado de Sitio o de la intervención federal constituyen una cuestión política no justiciable? Quienes consideran que la declaración de una situación de emergencia económica es una cuestión política no justiciable, responderían afirmativamente a todas o a alguna de estas preguntas.

Por el contrario, podría pensarse que el control de la situación de la emergencia económica y su declaración no se trata de una cuestión política no justiciable, sino que, por el contrario, los tribunales –y especialmente la Corte Suprema– tienen la facultad y el deber de declarar la inconstitucionalidad de una norma de emergencia en la medida en que no exista causa constitucional suficiente para su dictado, en tanto la situación de emergencia económica declarada no es tal. Quienes así lo consideran, creen que el Poder Judicial, especialmente la Corte Suprema, tiene la autoridad final de la interpretación constitucional. De este modo, el máximo tribunal podría considerar que no existe una emergencia declarada por el poder político, y así estaría controlando los presuntos actos inconstitucionales del Presidente o del Congreso. A su vez, los que se ubican en esta parte de la doctrina consideran que, si bien podría reconocerse que los tribunales no tienen la pericia necesaria para determinar la inexistencia de una emergencia, lo cierto es que aquella cuestión justificaría adoptar una actitud deferente hacia el poder político, pero de ningún modo implicaría abdicar de controlar judicialmente la cuestión. En este sentido, podría decirse que la existencia de una genuina situación de emergencia es una cuestión sujeta a prueba sobre la cual los tribunales pueden expedirse. De este modo, se encontraría justificado que se declare la inconstitucionalidad de una norma cuando el poder político

declara una emergencia que no es tal, ya que la mayor restricción de los derechos individuales en ese caso no se encontraría justificada.

Así las cosas, se advierte que la pregunta propuesta puede ser respondida de dos formas: de manera afirmativa o negativa. Es decir, que la existencia de la situación de emergencia económica y su declaración normativa es una cuestión política no justiciable o no lo es. Sin embargo, Bianchi ha planteado una tercera alternativa. En efecto, aduce que, si bien en la teoría la Corte Suprema ha señalado que no se trata de una cuestión política, en la práctica sí lo es. Se hará referencia a este planteo más adelante.

Teniendo en cuenta lo expuesto, de manera preliminar cabe resaltar que, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, “la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado”<sup>109</sup>. De este modo, los jueces no pueden pronunciarse sobre el acierto de las decisiones de política económica<sup>110</sup>, así como tampoco les incumbe el control de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado en torno de decisiones que les son propias<sup>111</sup>. A su vez, ha puesto de relieve que los tribunales no pueden sustituir al legislador<sup>112</sup>, ni al criterio de conveniencia o eficacia económica o social del Congreso de la Nación<sup>113</sup>.

109. Mallo, Daniel *s/ amparo*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de mayo de 1972, Fallos: 282:392, y su cita, entre otros.

110. *Cerámica San Lorenzo I.C.S.A. s/ apelación multa 20.680*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1º de diciembre de 1988, Fallos: 311:2453; *Propulsora Siderúrgica SAIC s/ recurso de apelación ANA*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1º de septiembre de 1992, Fallos: 315:1820; y *Horvath, Pablo c/ Fisco Nacional (DGI) s/ ordinario (repetición)*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 de mayo de 1995, Fallos: 318:676, entre otros.

111. *Videla Cuello, Marcelo c/ La Rioja, Provincia de*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1990, Fallos: 313:1638, voto de los doctores Fayt y Barra, y sus citas.

112. *Sigra S.R.L. s/ Ley Nº 23.771 - Causa n° 2953*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 25 de septiembre de 1997, Fallos: 320:1962.

113. *Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de c/ Estado Nacional s/ nulidad de decreto*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de julio de 1998, Fallos: 321:1888.

Habiendo efectuado estas aclaraciones, cabe señalar que la Corte Suprema en sus precedentes no se ha limitado a revisar únicamente si una determinada situación de emergencia ha sido declarada por el Congreso. Por el contrario, el máximo tribunal ha ingresado a considerar en determinados casos si se configuraba o no la situación fáctica de emergencia que habilitaba el dictado de la normativa de emergencia, acudiendo para ello a diversos parámetros. De este modo, se advierte que la jurisprudencia de la Corte Suprema desde antiguo ha considerado que es justiciable la declaración de la emergencia económica, así como la existencia de una genuina situación de emergencia económica.

En efecto, como indiqué, uno de los requisitos para la validez de una norma de emergencia económica es que exista una situación de emergencia y que la misma sea declarada. Desde el precedente *Erco-lano*, el máximo tribunal constató la existencia de una emergencia –en el caso, habitacional– para validar una ley de emergencia que pretendía paliar aquella crisis. Años después, en el precedente *Avico*, la Corte Suprema explicitó con mayor claridad la necesidad de la existencia de una situación de emergencia económica. Esta doctrina se mantuvo en precedentes posteriores. Así, décadas después, el máximo tribunal indicó que en diversos casos se había constatado “la efectiva existencia del estado de emergencia”<sup>114</sup>.

114. *Videla Cuello, Marcelo c/ La Rioja, Provincia de*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1990, *Fallos*: 313:1638.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que en precedentes aislados la Corte Suprema se ha expresado de modo contrario en el precedente *Rolon Zappa, Víctor F. s/ jubilación*, del 30 de septiembre de 1986 (*Fallos*: 308:1848), en el cual sostuvo que “los magistrados judiciales carecen de facultades para apartarse de su función de órganos de aplicación del Derecho vigente o ejercer atribuciones legislativas ajenas a su potestad constitucional, y en consecuencia para ponderar el estado de emergencia económica o tomar decisiones que impliquen configurar tal estado de emergencia”. A su vez, en el caso *Bank Boston N.A. c/ Jane, Javier Esteban s/ Ejecución hipotecaria*, del 10 de noviembre de 2009 (*Fallos*: 332:2468), haciendo suyo el dictamen del Procurador General, señaló que “la legislación de emergencia responde al intento de conjurar o atenuar los efectos de situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza, y constituye la expresión jurídica de un estado de necesidad generalizado, cuya existencia y gravedad corresponde apreciar al legislador sin que los órganos judiciales

Del mismo modo, se advierte que en Estados Unidos, la Suprema Corte de aquel país ha señalado que dado que la circunstancia fáctica de emergencia es la que amplía temporalmente la extensión de la autoridad del gobierno, si con posterioridad desaparece la situación de emergencia, aquella legislación sería inconstitucional<sup>115</sup>. A su vez, en el caso *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, de 1934 –precedente adoptado por la Corte Suprema argentina en el caso *Avi-co* antes citado–, convalidó la ley del Estado de Minnesota de moratorias hipotecarias, teniendo en cuenta el contexto de crisis económica en la cual había sido dictada aquella legislación. Décadas después, en el precedente *Allied Structural Steel Co. v. Spannaus*<sup>116</sup>, la Suprema Corte norteamericana declaró la inconstitucionalidad de una ley de pensiones del Estado de Minnesota por entender que violaba la cláusula contractual. Para decidir de ese modo argumentó que la norma no había sido adoptada en el marco de una profunda emergencia económica, circunstancia fáctica que sí se configuraba en el caso *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*<sup>117</sup>. A su vez, es dable precisar que la

---

puedan revisar su decisión ni la oportunidad de las medidas que escoja para remediar aquellas circunstancias” (el destacado es propio). Similar expresión se encuentra en los dictámenes del Procurador General, en las causas *Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros*, 26 de octubre de 2004, Fallos: 327:4495, apartado VIII; y *Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - Ley N° 25.561 - Decretos Nros. 1.570/2001 y 214/2002 s/ amparo sobre Ley N° 25.561*, 5 de abril de 2005, Fallos: 328:690, apartado VII.

115. Ver al respecto el caso *Chastleton Corp. v. Sinclair*, de 1924 (264 U.S. 543). El Justice Holmes emitió la opinión de la Suprema Corte. Al respecto, se ha precisado que, para Holmes, la existencia y la duración de una emergencia es una cuestión judicial, por lo que los jueces tienen la competencia de declarar que la circunstancia fáctica de emergencia ya no continúa (Vermeule, Adrian, “Holmes on Emergencies”, *Stanford Law Review*, vol. 61, 2008, pp. 164-165).

116. SCEU, *Allied Structural Steel Co. v. Spannaus*, 1978, 438 U.S. 234.

117. A su vez, sobre la revisión de las circunstancias excepcionales que habilitan la declaración de la ley marcial, ver *Ex parte Lambdin P. Milligan*, de 1866 (71 U.S. 2) y *Duncan v. Kahanamoku*, de 1946 (327 U.S. 304).

Por otro lado, cabe destacar que en la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana se distinguen las llamadas “*facial challenges*” de las “*as-applied challenges*”. La primera de ellas implica un ataque a la ley en sí misma, en contraposición a un ataque a su aplicación en particular (*City of Los Angeles v. Patel*, 2015, 576 U.S.). En el caso citado, la Suprema Corte indicó que en muchas ocasiones el tribunal ha decla-

doctrina ha destacado que si bien la determinación de la existencia de la emergencia y su declaración le corresponde al órgano legislativo, lo cierto es que estas cuestiones se encuentran sujetas al control judicial<sup>118</sup>, como analizaré más adelante.

En este contexto, cabe destacar un precedente sumamente trascendente en la materia en estudio: el caso *Lavandera de Rizzi*<sup>119</sup>. Allí, la

---

rado inválidas leyes que habían recibido este tipo de impugnaciones. Sin embargo, también ha reconocido que la impugnación facial “es la impugnación más difícil a esgrimir exitosamente toda vez que el impugnante debe establecer que no existe un conjunto de circunstancias que harían que la ley fuera válida” (“[a] *facial challenge to a legislative Act is, of course, the most difficult challenge to mount successfully, since the challenger must establish that no set of circumstances exists under which the Act would be valid*”, *United States v. Salerno*, 1987, 481 U.S. 739, en p. 745). Sobre aquel tipo de impugnación, ver Dorf, Michael C., “Facial Challenges to State and Federal Statutes”, *Stanford Law Review*, vol. 46, pp. 235-304; Fallon Jr., Richard H., “As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing”, *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000, pp. 1321-1370, Fallon Jr., Richard H., “Fact and Fiction About Facial Challenges”, *California Law Review*, vol. 99, N° 4, 2011, pp. 915-974. En la doctrina argentina, ver Rivera (h.), Julio César; Legarre, Santiago, “Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina”, *Lecciones y Ensayos*, N° 86, 2009, pp. 329 y sigs. Por su parte, Bianchi y Sacristán consideran que la admisión de este tipo de impugnaciones es un argumento favorable para el control de la declaración de emergencia económica (Bianchi, Alberto B.; Sacristán, Estela B., “Para una efectiva protección de las inversiones en energía, hidrocarburos y minería en la Argentina”, *RADEHM, Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, N° 7, noviembre-diciembre 2015-enero 2016, pp. 5-43).

118. En este sentido, Amendola y otros sostienen lo siguiente: “*Initially and primarily, it is for the legislature to determine whether an emergency exists authorizing or requiring the enactment of a statute. The legislative determination of the existence of an emergency is entitled to great weight, but such a determination is not conclusive and is subject to judicial review*” (Amendola, Francis y otros, *Corpus Juris Secundum, Constitutional Law*, T. 16, Minnesota, Thomson Reuters, 2015, § 333. Citas omitidas).

Del mismo modo opinan Blum y otros, quienes afirman: “*With reference to a determination and declaration of an emergency by a legislative body, the generally prevailing view is that such a question is primarily for that body to determine, but that its determination is not conclusive and is subject to review by the courts*” (Blum, George y otros, *American Jurisprudence, Constitutional Law*, 2ª ed., T. 16A, Minnesota, Thomson Reuters, 2009, § 190).

119. *Lavandera de Rizzi, Silvia c/ Instituto Provincial de la Vivienda*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17 de marzo de 1998, Fallos: 321:441. La mayoría del caso está conformada por el voto de los doctores Nazareno y Boggiano, por el voto de los doc-

Corte Suprema, por mayoría, dejó sin efecto una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, mediante la cual se había declarado la inconstitucionalidad de la Ley local de Consolidación N° 5.812 y, en consecuencia, se había dispuesto que el crédito de la actora por diferencias salariales debía cancelarse en efectivo. Para decidir de ese modo, el superior tribunal de provincia había considerado que no existía en la provincia una situación de emergencia que habilitase a la legislatura a postergar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado provincial, e hizo mención a diversas circunstancias que parecían demostrar la inexistencia de la crisis financiera<sup>120</sup>. Al respecto, cabe precisar que la Corte Suprema reconoció la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una norma por la ausencia de una situación de emergencia económica. Sin embargo, entendió que lo resuelto por el superior tribunal provincial, en el sentido de que la declaración de emergencia hecha por la legislatura no encontraba sustento en la realidad, carecía de la “fundamentación exigible a las decisiones judiciales”<sup>121</sup>.

La cuestión en estudio surge con más claridad en el voto de los doctores Moliné O'Connor y López. En primer lugar, los magistrados pusieron de relieve que en el caso estaba en juego el principio de separación de poderes. En efecto, indicaron que “el principio de separa-

---

tores Moliné O'Connor y López, y por el voto del doctor Vázquez. La disidencia está conformada por los doctores Fayt, Belluscio y Petracchi, quienes consideraron que el recurso extraordinario era inadmisibile por aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

120. Cabe destacar otro precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, *Merga Fernando y otra c/ Municipalidad de las Heras*, del 15 de febrero de 1994 (*La Ley*, t. 1996-A, p. 230), donde se declaró la inconstitucionalidad de la ley de consolidación local, por la desaparición ulterior de la emergencia económica que había motivado la sanción de la ley. El precedente quedó firme, en tanto la Corte Suprema declaró la caducidad de la instancia extraordinaria por haber transcurrido el plazo del art. 310, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin que la recurrente hubiese activado el trámite (*Merga, Fernando y Ana Felisa González c/ Municipalidad de Las Heras*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de julio de 1995, causa M.903.XXVII).

121. Voto de los doctores Nazareno y Boggiano, considerando 5°. De modo similar, ver el voto del doctor Vázquez, considerando 6°.

ción de poderes y el necesario autorrespeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales de su competencia impone que, en las causas donde se impugnan actos que otros poderes han cumplido en el ámbito de las facultades que les son privativas con arreglo a lo prescripto en la Constitución Nacional, la función jurisdiccional de los jueces no alcance a interferir con el ejercicio de tales atribuciones, puesto que si así fuera se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades propias de las demás autoridades de la Nación”<sup>122</sup>.

En esta línea, luego de reseñar diversos casos donde la jurisprudencia de la Corte Suprema verificó la existencia de la emergencia económica, los ministros indicaron que el superior tribunal de provincia efectuó un “ligero análisis” para determinar la inexistencia de la emergencia, lo que implicaba sustituir al legislador.

Dejando de lado la justiciabilidad de las declaraciones de emergencia por medio de leyes formales del Congreso, cabe destacar que el máximo tribunal verificó la existencia de una situación de emergencia también cuando estas circunstancias llevaron a efectuar delegaciones legislativas en el Ejecutivo. Así, para constatar la existencia de una situación de emergencia, el máximo tribunal acudió a los considerandos de un decreto delegado, donde se daba cuenta de la crisis imperante en aquel momento<sup>123</sup>. Mucho tiempo después, para verificar la existencia de una emergencia tuvo en consideración el “reconocimiento expreso a nivel sindical, empresario, gubernamental y académico” de la mencionada crisis<sup>124</sup>.

La Corte Suprema también ha constatado la existencia de una situación de emergencia económica, al analizar la validez de los decretos de necesidad y urgencia. De este modo, con carácter previo a la inclusión en la Constitución de este tipo de decretos, en el precedente *Peralta*, el máximo tribunal consideró que la crisis económica

122. Considerando 4°.

123. *Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de mayo de 1960, Fallos: 246:345.

124. *Cocchia, Jorge D. c/ Estado Nacional y otro*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de diciembre de 1993, Fallos: 316:2624.

era una situación de público y notorio conocimiento<sup>125</sup>. Sin embargo, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema se expidió en el caso *Rodríguez*, de 1997, en donde prácticamente renunció al ejercicio de control de constitucionalidad sobre estos decretos<sup>126</sup>. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que, con excepción del caso citado, el máximo tribunal en diversos precedentes analizó la configuración de las “circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes” que habilitan dictar decretos por razones de necesidad y urgencia<sup>127</sup>. Esta circunstancia fue puesta de relieve de modo muy claro en el precedente *Consumidores Argentinos*<sup>128</sup>, donde se indicó que si la Corte Suprema, en el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes de emergencia dictadas por el Congreso, ha verificado desde el precedente *Ercolano* “la concurrencia de una

125. *Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía - BCRA)*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1990, *Fallos*: 313:1513, considerando 24.

126. *Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17 de diciembre de 1997, *Fallos*: 320:2851. En efecto, la Corte Suprema sostuvo que “el decreto en cuestión no presenta defectos formales ni aparece emitido fuera del complejo normativo que regula su dictado; por el contrario, aquél se presenta regularmente inscripto en el ejercicio privativo de las funciones propias de uno de los poderes del Estado, sin exceder el marco en que constitucional y legalmente éstas se insertan. De ese modo, atendiendo al texto constitucional plasmado por la reforma del año 1994, la norma referida sólo puede considerarse sometida al pertinente contralor del Poder Legislativo de la Nación, a quien corresponde pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos –de valoración política–, que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido” (considerando 15).

127. *Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de junio de 1995, *Fallos*: 318:1154; *Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de agosto de 1999, *Fallos*: 322:1726; y *Cooperativa del Trabajo Fast Limitada c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1º de septiembre de 2003, *Fallos*: 326:3180.

128. *Consumidores Argentinos c/ EN – PEN - Decreto N° 558/2002-SS- Ley N° 20.091 s/ amparo Ley N° 16.986*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de mayo de 2010, *Fallos*: 333:633.

genuina situación de emergencia”, es decir, de corroborar que la declaración del legislador encuentre debido sustento en la realidad, con mayor razón debe ejercer idéntica evaluación respecto de las circunstancias de excepción cuando ellas son invocadas unilateralmente por el Presidente de la Nación para ejercer facultades “legisferantes” que por regla constitucional no le pertenecen<sup>129</sup>.

En el mismo sentido, cabe destacar que en el sistema español, el Tribunal Constitucional tiene la competencia para verificar la existencia del presupuesto habilitante de los decretos-leyes –análogos a los decretos de necesidad y urgencia–, esto es, que se configure una “extraordinaria y urgente necesidad”<sup>130</sup>.

De este modo, se ha sostenido que hay ciertos casos en los que puede resultar difícil establecer si los recaudos de necesidad y urgencia están satisfechos, en tanto los tribunales podrían no tener toda la información que tiene el Poder Ejecutivo al dictar el decreto, o podría faltarles también una visión de conjunto de los peligros en juego<sup>131</sup>. Sin perjuicio de ello, se ha precisado que la Corte Suprema, en el precedente *Consumidores Argentinos*, ha reafirmado su posición tradicional en el sentido de que el máximo tribunal se encuentra facultado para analizar la concurrencia de las circunstancias excepcionales que habilitan el dictado de los decretos de necesidad y urgencia<sup>132</sup>.

Por otro lado, cabe destacar que parte de la doctrina se ha expresado en el sentido de que los tribunales, y especialmente la Corte Suprema, pueden verificar la existencia de una emergencia económi-

129. Considerando 11.

130. Ver sentencias del Tribunal Constitucional español 29/82, de 31 de mayo; 68/2007, de 28 de marzo; 61/2018, de 7 de julio, entre muchos otros. Al respecto, ver el reciente trabajo de Aragón Reyes, Manuel, *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, Iustel, 2016; y el libro de mi autoría, *Los decretos-leyes y el control de la “extraordinaria y urgente necesidad”*, Ciudad de Buenos Aires, Lajouane, 2019.

131. Sanchez Brígido, Rodrigo; Elias, José Sebastián, “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”, *Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jurisprudencia Argentina*, 26/12/2012, pp. 5-24.

132. Elias, José Sebastián, “Urgencia, necesidad y decretos”, *Suplemento Universidad de San Andrés, La Ley*, 21/12/2010, pp. 7 y sigs.

ca. Al respecto, Bidart Campos considera un contrasentido que se admita controlar la razonabilidad de las medidas que se adopten en la legislación de emergencia, pero no se verifique la existencia de una situación de emergencia que habilite el dictado de este tipo de legislación. De este modo, indica que “si no la hay, falta totalmente la causa constitucional que proporciona base y validez al instituto de emergencia y a las medidas que luego se adoptarán en ejecución del mismo; de poco sirve controlar la razonabilidad o constitucionalidad de tales medidas –que son un efecto del instituto de emergencia– si no se controla su causa, sin la cual el efecto jamás puede considerarse válido”. A su vez, se ha expresado en el sentido de que los poderes políticos fundamenten al momento de declarar la emergencia económica, ya que aquello suministraría claramente las bases que luego permitan juzgar si hay relación suficiente entre las medidas de emergencia y los motivos y causas de la emergencia<sup>133</sup>.

En el mismo sentido, Sagüés considera que es revisable la “realidad de la situación de emergencia”, es decir, que “medie una auténtica circunstancia de emergencia, esto es, una realidad fáctica excepcional”, ya que, de lo contrario, la adopción de la norma de emergencia sería “espuria”, es decir, que si en los hechos no hay efectivamente una situación de emergencia, se incurriría en una inconstitucionalidad<sup>134</sup>. En este aspecto, Padilla aduce que la declaración de emergen-

133. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental...*, ob. cit., pp. 303-304.

Es pertinente citar a Nino, quien refiriéndose en general a la suspensión de garantías, sostiene que los procedimientos sustantivos de las garantías suspendidas deben estar “dirigidos a los mismos objetivos de determinar si las circunstancias que justifican una limitación de derechos se verifican en cada caso particular; debe haber posibilidad de revisión *a posteriori* del resultado de esos procedimientos, a través de procedimientos que respeten las garantías normales una vez reestablecidas” (Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 486).

134. Sagüés, Néstor P., “Derecho Constitucional...”, cit., p. 1036.

En otra oportunidad, el autor citado indica que la declaración de emergencia es, en principio, una cuestión política no justiciable. Sin embargo, afirma que la Corte Suprema, en el precedente *Videla Cuello*, del 27 de diciembre de 1990 (*Fallos*: 313:1638), dejó entrever que podría haber un cierto control judicial de la declaración de emergencia, pero que hay que partir de una fuerte presunción de legitimidad de lo resuelto

cia es una cuestión justiciable, ya que “todas las situaciones caracterizadas como de emergencia se sustentan en circunstancias fácticas susceptibles de examen y valoración por los jueces”<sup>135</sup>. A su turno, Calogero Pizzolo refiere que no basta con la simple declaración de emergencia, sino que el Poder Judicial tiene el deber de controlar la existencia de la excepcionalidad<sup>136</sup>.

Por su parte, en cuanto al requerimiento de que exista una declaración de emergencia mediante ley del Congreso de la Nación, Elias sostiene que se trata de un requisito “del contenido del test de validez de la normativa de emergencia, y funciona unidireccionalmente, ya que no priva a los jueces de efectuar su propio juicio independiente respecto de la efectiva existencia de condiciones de emergencia”<sup>137</sup>. De modo análogo, se ha indicado que el juez debe efectuar una verificación material de la existencia de la emergencia. En efecto, Sesin indica que “si verificar implica comprobar, acreditar, demostrar que los hechos invocados conciben con la realidad, esto de por sí trasunta en un juicio intelectual que excluye toda valoración discrecional. Importa la existencia o la inexistencia de un hecho, la verdad o falsedad de una afirmación. De allí se deduce que el control judicial del presupuesto fáctico es hoy una realidad indiscutible (...). En definitiva, es

---

(Sagüés, Néstor P., “La declaración del estado de emergencia económica por el derecho nacional y el transnacional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, vol. 2003-1, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 118).

135. Padilla, Miguel M., “El control judicial de las declaraciones de emergencia”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, vol. 283, p. 31.

136. Pizzolo, Calogero, “La emergencia para la Constitución es excepcionalidad y al juez corresponde controlar la existencia”, *La Ley*, diario del 2/6/2010, pp. 6 y sigs.

137. Elias, José Sebastián, “Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año II, N° 1, mayo de 2013, pp. 115-156. A su vez, el autor ha estudiado profundamente los fundamentos de la doctrina de la emergencia económica en Elias, José Sebastián, “The Constitutional Protection of Property Rights in Argentina: A Reappraisal of the Doctrine of Economic Emergency”, *Yale Law School Dissertations*, 5, 2014, pp. 30 y sigs. (<http://digitalcommons.law.yale.edu/yalsd/5/>. Consultado el 26/2/2020).

perfectamente controlable por el juez la real existencia de la situación de emergencia”<sup>138</sup>.

De modo contrario a lo anteriormente expuesto, cabe citar la opinión de Haro, quien considera que no es justiciable la apreciación o juicio sobre la existencia o no de una situación fáctica. Al respecto, aduce que “si bien la situación fáctica puede estar prevista en la Constitución o en la ley, no posee una configuración o forma jurídica lo suficientemente precisa y determinada, razón por la cual su existencia queda librada fundamentalmente a la valoración política”. A su vez, específicamente sobre la revisión judicial de la situación de emergencia, indica que no acepta “la justiciabilidad en todos los casos en que los poderes estatales, frente a concretas situaciones (económicas, culturales, sociales, etc.), deban realizar un juicio de prudente valoración política sobre la necesidad, la oportunidad, la conveniencia, el mérito o la eficacia de las respuestas que deben darse a dicha demanda”<sup>139</sup>.

Finalmente, cabe destacar la opinión de Bianchi respecto de la cuestión, quien sostiene que la emergencia económica es una cuestión política encubierta. Así, afirma que del estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de emergencia económica se advierte no solo que el máximo tribunal ha sido muy tolerante de todas las medidas de emergencia adoptadas sino que “la Corte ha aceptado

138. Sesin, Juan Domingo, *Administración Pública...*, ob. cit., p. 324. En efecto, en apoyo de su postura menciona la jurisprudencia del Consejo de Estado francés sobre la “exactitud material de los hechos”, o su “constatación”, como lo denomina la doctrina italiana. Precisa que el Consejo de Estado francés ha señalado reiteradamente que, si bien “no puede apreciar la oportunidad de las medidas sujetas a control mediante el recurso de exceso de poder, le corresponde verificar la materialidad de los hechos que han motivado estas medidas” (caso *Gerard*).

139. Agrega: “Todo ello sin perjuicio, lógicamente, de la justiciabilidad en caso que trascendiendo esas coordenadas, el órgano competente haya actuado en forma manifiestamente irrazonable o inícuo, en los actos concretos de ejecución que afecten los derechos y las garantías constitucionales” (Haro, Ricardo, “Las cuestiones políticas y el control jurisdiccional de las facultades privativas de los Poderes Estatales en la Doctrina de la Corte Suprema”, *La Ley*, t. 2014-F, p. 1048). A su vez, ver Haro, Ricardo, *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Zavalía, 2008, pp. 222 y sigs.

dogmáticamente la existencia de la emergencia tal como fue presentada en cada oportunidad por parte de los poderes políticos<sup>140</sup>.

En este contexto, el autor sostiene que si bien formalmente la Corte Suprema no ha establecido que la situación de emergencia económica es una cuestión política no justiciable, lo cierto es que en la práctica no ha revisado profundamente la existencia de una emergencia económica en cada caso. De este modo, concluye que “la emergencia económica, si bien formalmente considerada, no ha sido una cuestión política, la Corte Suprema –de hecho– nunca ha penetrado ni analizado en profundidad sus verdaderas causas, ni la razonabilidad entre ellas y las medidas adoptadas. En realidad, ha hecho un acto de fe entre lo decidido por el poder político, y ha optado en general por convalidarlo. Es difícil determinar si la ausencia de control se origina en una imposibilidad real y auténtica (cuestión política constitucional o natural) o en una decisión típicamente política, pero en cualquier caso se ha comportado como si estuviera ante un supuesto excluido de control. En consecuencia, puede decirse que la emergencia económica es en la práctica una cuestión política encubierta<sup>141</sup>. A su vez, en otra ocasión, manifestó que los jueces toman a la emergencia como un hecho dado y optan por confirmar las medidas adoptadas en su consecuencia ante la imposibilidad de determinar con precisión los alcances de la declaración de inconstitucionalidad<sup>142</sup>. En el mismo sentido, Sacristán sostiene que en muchos precedentes no se discutió la existencia de la emergencia, por lo que considera que la Corte Suprema adoptó la doctrina de la irrevisabilidad del acierto del legislador<sup>143</sup>.

Más recientemente, Bianchi y Sacristán se han referido al “imperio de la soberanía del legislador” teniendo en cuenta que la declaración de emergencia es considerada irrevisable judicialmente, ya que a partir de la década de 1930 las emergencias económicas han sido in-

140. Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, ob. cit., T. II, p. 309.

141. *Ibidem*, pp. 284-285.

142. Bianchi, Alberto B., “Pesificación de lo consolidado. (¿A qué se obliga el Estado, cuando se obliga?)”, *La Ley*, t. 2002-F, p. 1444.

143. Sacristán, Estela B., “Control judicial de las medidas de emergencia. A propósito del análisis costo-beneficio”, en Scheibler, Guillermo (Coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005, p. 132.

variablemente halladas constitucionales, salvo en casos muy singulares. En este sentido, aducen que las declaraciones de emergencia económica han sido consideradas una cuestión política no justiciable, y sólo en contadas ocasiones los jueces corroboraron que la declaración de emergencia tenga debido sustento en la realidad. “En suma, no se ha generado una constante jurisprudencia que habilite la declaración de ilegitimidad de una declaración de emergencia, o la declaración de su inconstitucionalidad, o, simplemente, la declaración de la existencia o inexistencia de la emergencia”<sup>144</sup>. En este contexto, los autores citados proponen superar la irrevisabilidad judicial de la emergencia sobre la base de diversos argumentos. Así, consideran que los jueces pueden apreciar los hechos que avalen la declaración que efectúa el legislador, a futuro, de la emergencia, es decir, que “debería permitirse que los jueces emitan un juicio (judicial) sobre el juicio (congresional) efectuado por el legislador”. También, destacan que debería admitirse que la emergencia, como fenómeno de la realidad, es un hecho pasible de prueba. De este modo, estiman que se podría confrontar la concordancia entre la declaración legislativa y la realidad<sup>145</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, considero que la situación de emergencia económica y su declaración normativa es una cuestión justiciable, es decir, que los tribunales tienen la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una norma de emergencia en caso de que una situación de emergencia que se invoca no sea tal, esto es, espuria, y, por lo tanto, aquella norma sea objetable en términos constitucionales. De este modo, cabe indicar que constituye una cuestión justiciable la apreciación de la realidad que efectúe el Poder Legislativo o en su caso el Poder Ejecutivo ante una situación o evento que se considere de emergencia, y que no se trata de un ámbito o competencia propia de aquellos poderes del Estado exenta del control judicial.

En efecto, se considera que la judiciabilidad de la cuestión tiene apoyo, por un lado, en la interpretación del artículo 116 de la Constitución Nacional, que establece que “[c]orresponde a la Corte Su-

144. Bianchi, Alberto B.; Sacristán, Estela B., “Para una efectiva protección”, cit., pp. 11-15.

145. *Ibidem*, cit., p. 22.

prema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”.

Por otro lado, cabe recordar que la declaración de emergencia económica implica no solo el acrecentamiento de ciertas competencias del poder sino también una mayor restricción a las libertades, derechos y garantías individuales. Por lo tanto, si se considerase que la declaración de emergencia económica es una cuestión política no justiciable, o sea, no revisable por la judicatura, las declaraciones de emergencia espurias quedarían firmes e impunes, no obstante su inconstitucionalidad. En esta línea, cabe indicar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma de emergencia por la inexistencia de una situación de emergencia que habilite su dictado, no implica que el juzgador se esté pronunciando sobre el acierto de las decisiones de política económica, o en cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado en torno de decisiones que les son propias. Por el contrario, se persigue que los poderes políticos ejerzan el poder de policía de emergencia cuando realmente existan las circunstancias que así lo habiliten, lo cual no implica sustituir al legislador.

A su vez, si bien se ha planteado que los jueces deben ser deferentes a la decisión adoptada por los poderes políticos, aquello no implica total abdicación, por lo que en caso de que se encuentre acreditado que la emergencia fue declarada sin una causa constitucional suficiente, se podría decidir la inconstitucionalidad o invalidez constitucional de aquella declaración. Sin perjuicio de ello, no es ocioso recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la más delicada de las funciones susceptible de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico<sup>146</sup>, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho

146. *Asoc. de Socios Argentinos de la O.T.I. c/ DGI s/ repetición DGI*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2001, *Fallos*: 324:920.

o la garantía constitucional invocados<sup>147</sup>. En esta línea, cabe advertir que quien invoca la inexistencia de una situación de emergencia debe acreditar fehacientemente esta circunstancia<sup>148</sup>.

Como corolario de lo expuesto, corresponde hacer alusión a un criterio repetido en muchísimos casos por la Corte Suprema: el hecho de que la situación de emergencia sea un hecho público y notorio. Así, en el precedente *Ercolano*, el máximo tribunal sostuvo que la crisis habitacional era un hecho de “notoriedad pública”; en el caso *Avico*, sostuvo que la crisis de las hipotecas era de “conocimiento común”; en *Inchauspe*, se refirió a ciertas cuestiones fácticas como de “público conocimiento”; en *Nadur*, consideró que la crisis de la vivienda era de “inmediata evidencia”; en *Russo*, el doctor Boffi Bogggero consideró que la suspensión de los lanzamientos con carácter de emergencia era razonable, teniendo en cuenta “el cúmulo de circunstancias, cuya pública notoriedad hace innecesario un análisis minucioso”; y en *Peralta*, se consideró que la situación de “grave riesgo social” era “de público y notorio” conocimiento.

Sin embargo, entendió que el hecho de sostener que una determinada situación de emergencia económica sea un “hecho público y notorio”, no resultaría suficiente para dar por acreditada la efectiva existencia de una circunstancia fáctica de emergencia que habilite la declaración normativa de la emergencia. Existe siempre la obligación por parte de los poderes públicos de fundamentar sobre la existencia de las circunstancias que sirven de causa para el ejercicio de los poderes excepcionales de emergencia. Además, una descripción detallada de las características propias de una determinada emergencia y su extensión posibilitará un control de constitucionalidad más efectivo sobre la situación de emergencia y su declaración normativa.

147. *Lavandera de Rizzi, Silvia c/ Instituto Provincial de la Vivienda*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17 de marzo de 1998, Fallos: 321:441; *Gianola, Raúl Alberto y otros c/ Estado Nacional y otros*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 2007, Fallos: 330:2255.

148. Ver, al respecto, *Levy, Horacio Alberto y otros c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía y Superintendencia de Seguros de la Nación) s/ juicio de conocimiento*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de julio de 1997, Fallos: 320:1426, considerando 9°.

En este sentido, si el legislador o el Poder Ejecutivo se limitaran a señalar que la situación de emergencia económica es un hecho público y notorio, ¿de qué modo los jueces podrían ejercer un adecuado control de constitucionalidad sobre la declaración de emergencia y la plataforma fáctica que le sirva de base? El conocimiento por parte de los jueces de las características de una determinada situación de emergencia no solo es importante para verificar la existencia de una genuina circunstancia fáctica de emergencia. Resulta trascendente, también, a los efectos de determinar la finalización de aquella emergencia, y a fin de controlar la relación de adecuación de la medida de emergencia adoptada y la situación de emergencia invocada. De este modo, se considera que los poderes públicos no deberían limitarse a invocar que una situación de emergencia es un hecho público y notorio, ni tampoco los tribunales deberían limitarse a señalar que es de público conocimiento una situación de emergencia. Por el contrario, deberían exigir a los poderes públicos que fundamenten sobre la cuestión, y no limitarse a aceptar dogmáticamente la existencia de una circunstancia fáctica de emergencia cuando ésta es declarada.

### **VI. PARÁMETROS PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE UNA GENUINA SITUACIÓN DE EMERGENCIA ECONÓMICA**

Sentado lo expuesto, corresponde centrarse ahora en los parámetros que podrían adoptar los tribunales para verificar la existencia de una genuina situación de emergencia económica. De forma diferenciada, se tratará el supuesto de la incoherencia normativa, en tanto se considera que es el parámetro más certero que un tribunal podría adoptar para determinar la inexistencia de una situación de emergencia. En efecto, el reconocimiento por parte del propio Estado de la inexistencia de una situación de emergencia, expresado en una norma, es el parámetro más seguro para determinar su inexistencia y, por lo tanto, que los tribunales puedan declarar la inconstitucionalidad de una norma de emergencia.

A su vez, se estudiarán otras pautas a tener en consideración y que, a través de un análisis conjunto de las mismas, pueda de-

terminarse si existe una causa constitucional válida que habilite la declaración normativa de una emergencia económica. Entre estas, cabe destacar, en primer lugar, la información que brinden los ministros o el Jefe de Gabinete en los informes previstos en los artículos 71 y 101 de la Constitución Nacional o las declaraciones públicas que realicen las autoridades. En segundo lugar, se considera que un papel trascendente también lo tienen los debates legislativos o el mensaje que acompañan los proyectos de ley o, en su caso, los considerandos de un decreto. En tercer lugar, se analizarán diversos datos externos que podrían tener en cuenta los tribunales para determinar la existencia de una genuina situación de emergencia económica, como lo expuesto en informes de técnicos especializados, las defensas u oposiciones públicas que se hayan realizado a una ley o decreto, y el reconocimiento de la situación de emergencia por diversos sectores.

En el presente trabajo me limitaré a destacar los parámetros enunciados. Una cuestión importante que recorre todas estas cuestiones es la necesidad de que los organismos estatales den razones y fundamenten de modo preciso las decisiones que adoptan, pues el Estado constitucional de Derecho es un Estado de razón<sup>149</sup>, lo que conlleva la obligación de dar cuenta de la efectiva existencia de la situación de emergencia. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que hay otras pautas que pueden tenerse en cuenta para analizar los alcances del control jurisdiccional de la situación de emergencia económica<sup>150</sup>, que no analizaré en esta oportunidad.

149. Gelli, María Angélica, "Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009)", *La Ley*, t. 2009-F, p. 946.

150. En efecto, el control judicial de la situación de emergencia varía según el tipo de norma de que se trate. A su vez, hay otras pautas que tienen en cuenta, por un lado, el factor tiempo, en el sentido de que las prórrogas sucesivas de las normas de emergencia pueden habilitar un control más intenso y, por el otro, la relación de adecuación o conexión de sentido entre la medida de emergencia adoptada y la situación de emergencia invocada. Sobre el particular, me remito a lo que expuse en *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, Ciudad de Buenos Aires, Ábaco, 2019, pp. 279-370.

### *a) El parámetro de la incoherencia normativa*

Un parámetro que se considera correcto para ser utilizado en el control judicial de la situación de emergencia económica es atender al propio proceder del Estado. En este sentido, el control judicial de la situación de genuina emergencia económica no debe limitarse a verificar la declaración formal de emergencia en una norma, sino que debe tener en cuenta también, fundamentalmente, otras normas –leyes o decretos– que dicte el propio Estado, ya que de ellas podrían verificarse actividades estatales que no se compadecen con una situación de emergencia oficialmente pronunciada, configurándose, por ende, situaciones de incoherencia normativa.

Este parámetro puede encontrarse implícito en el precedente *Mango* ya citado. Si bien la Corte Suprema no se refirió de forma expresa a este parámetro, lo cierto es que lo tuvo en cuenta para determinar la ausencia de una circunstancia fáctica de emergencia que habilitaba declarar la emergencia habitacional.

En el caso citado, en el trámite de un juicio de desalojo, se había dictado sentencia haciendo lugar a la demanda promovida, decisión que quedó firme. Sin embargo, dicho pronunciamiento fue dejado sin efecto cuatro meses después en atención a lo dispuesto en la Ley N° 11.318<sup>151</sup> –de carácter ocasional y de emergencia–, que había prorrogado el término de las locaciones fijado mediante Ley N° 11.156<sup>152</sup> –que había sido sancionada como precepto de derecho común y de legislación permanente–, destinada a dar una estabilidad razonable a los arrendamientos que no tuviesen plazo contractual y morigerar así la opresión económica que pudiera ejercerse contra los inquilinos en situaciones anormales derivadas de la escasez de vivienda. Contra aquella sentencia, el locador dedujo recurso extraordinario y argumentó que la Ley N° 11.318 era repugnante a los artículos 14, 17 y 28 de la Constitución, ya que al impedir que el locador pueda disponer de la cosa arrendada durante un plazo que mantiene prolongado hasta cuatro años, restringía de una manera excesiva el derecho de usar y disponer de la propiedad.

151. BO 10/12/1924.

152. BO 29/9/1921.

La Corte Suprema revocó la sentencia apelada. El máximo tribunal reconoció que el término implícito de la locación fijado en la Ley N<sup>o</sup> 11.156 había sido destinado a dar una estabilidad razonable a los arrendamientos que no tuviesen plazo contractual y morigerar, de esta manera, la opresión económica que pudiera ejercerse contra los inquilinos en situaciones anormales derivadas de la escasez de habitaciones. Así, señaló que las prórrogas de ese término sancionadas por las Leyes Nros. 11.231<sup>153</sup> y 11.318, como infería de una de las razones que se habían invocado con motivo de su discusión parlamentaria, y se desprendía de su finalidad y de su propio contexto, habían tenido un carácter ocasional y de emergencia.

Sin embargo, adujo que por medio de esas sucesivas ampliaciones del término se había llegado a privar a los propietarios o locadores de la libre disposición de los inmuebles durante un plazo que llegaba a cuatro años. De este modo, consideró que aquel régimen anormal no podía convertirse en una norma habitual. Así, indicó que, si bien las leyes de emergencia habían sido prorrogadas, estaban actuando “en un ambiente muy distinto por cierto de aquél que dio lugar a la sanción originaria de dichas leyes”.

Para concluir de ese modo, afirmó, por un lado, que era “conocido el progresivo aumento en la oferta de locales destinados a la habitación y comercio producido en los dos últimos años, como puede observarse en los avisos de los diarios relativos a casas y piezas desocupadas, cuyo número induce a pensar que no subsisten las circunstancias de excepción que llevaron al Tribunal a dictar la sentencia referida”. Sobre este parámetro, se hará referencia más adelante. A su vez, la Corte Suprema estimó que aquella situación podía “igualmente inferirse del aumento de impuestos con que los poderes públicos gravaron últimamente las propiedades urbanas, lo que no se armonizaría con aquella situación de emergencia”<sup>154</sup>.

Así, se advierte que un parámetro que tuvo en cuenta el máximo tribunal para determinar la inexistencia de una situación de emergencia que habilitaba a dictar una norma de emergencia es el de la

153. BO 19/10/1923.

154. Párrafo 9.

incoherencia normativa. Por un lado, se habían dictado leyes destinadas a paliar la emergencia habitacional y, por el otro, se habían aprobado leyes que aumentaban impuestos a las propiedades urbanas, lo que resultaba contradictorio. De esta forma, se considera que este parámetro es de los más certeros de los que se podrían valer los tribunales, toda vez que tienen en cuenta el propio proceder del legislador<sup>155</sup>.

También, la doctrina ha considerado el parámetro de la incoherencia normativa –aunque no expresado en los mismos términos que aquí se proponen– en caso de que con posterioridad a la aprobación de una ley de emergencia se dicte un decreto de necesidad y urgencia del cual se deriva que la emergencia declarada ya no subsiste. Como ejemplo, se cita la contradicción entre la Ley N° 25.561<sup>156</sup> y el Decreto N° 2.010/2009<sup>157</sup>, que creó el “Fondo del Bicentenario para el Desendeudamiento y la Estabilidad”.

Esta circunstancia fue puesta muy en claro por Bianchi, quien sostiene lo siguiente: “No tengo duda alguna, y la lectura de los considerandos del Decreto N° 2.010/2009 me lo confirma, de que la emergencia económica en la Argentina ha sido ampliamente superada. Es insostenible –al menos jurídicamente– afirmar, por un lado, que hay un «exceso de reservas internacionales» y, por el otro, prorrogar por dos años la emergencia «en materia social, económica, admi-

155. Sobre la incoherencia normativa, la Corte Suprema se ha expresado también en un caso de actualización de haberes jubilatorios. En este sentido, cabe destacar el precedente *Elliff, Alberto José c/ ANSeS s/ reajustes varios*, del 11 de agosto de 2009 (*Fallos*: 332:1914), en el cual el máximo tribunal confirmó la sentencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había revocado parcialmente la de la instancia anterior, la cual había ordenado nuevos cálculos del nivel inicial y de la movilidad del haber del jubilado. En este sentido, consideró que “(...) la Resolución N° 140/1995, al acotar las actualizaciones de las remuneraciones, excedió la facultad de reglamentar «(...) la aplicación del índice salarial a utilizar (...)» que la Ley N° 24.241 delegó en el organismo, debiendo señalarse además que los argumentos desarrollados por la demandada sobre el punto resultan contradictorios ya que hallándose aún vigente la prohibición genérica de indexar que invoca –conforme el art. 42 de la Ley N° 25.561–, dictó las Resoluciones Nros. 298/2008 y 135/2009 que introdujeron modificaciones en los coeficientes de actualización a partir del mes de octubre de 2004”.

156. BO 7/1/2002.

157. BO 15/12/2009.

nistrativa, financiera y cambiaria» y continuar delegando en el Poder Ejecutivo una gran cantidad de facultades que este solo puede ejercer en «circunstancias excepcionales». Aunque esto es elemental, no debemos olvidar que, finalmente, el Congreso y el Poder Ejecutivo son dos órganos de una misma persona jurídica: el Estado nacional<sup>158</sup>.

En el mismo sentido, el autor citado puso de manifiesto la distinta percepción de la realidad económica que tuvieron, con escasos días de diferencia, el Congreso y el Poder Ejecutivo. En efecto, hizo alusión a que la Ley N° 26.563<sup>159</sup> –que prorrogó hasta el 31/12/2011 la vigencia de la Ley N° 25.561– fue sancionada el 25/11/2009. “Esta prórroga supone –como soporte fáctico y necesario– la existencia de una crisis económica de efectos generales. En otras palabras, según la percepción de nuestros legisladores, en noviembre de 2009, la Argentina atravesaba por una crisis económica cuya duración, además, fue proyectada hasta diciembre de 2011<sup>160</sup>. Sin embargo, manifiesta que días después, el 15/12/2009, el Poder Ejecutivo afirmó en los considerandos del Decreto N° 2.010/2009, que en la Argentina existe una “acumulación sin precedente de reservas<sup>161</sup>. Así, el autor mencionado sostiene: “[l]a incompatibilidad de ambas afirmaciones me parece evidente”.

Del mismo modo, otra contradicción normativa puede encontrarse en una de las prórrogas a la Ley de Emergencia N° 25.561 y la cancelación de la deuda con el Fondo Monetario Internacional, instrumentado a través del Decreto N° 1.599/2005<sup>162</sup>, por un monto cercano a los diez mil millones de dólares. El pago adelantado de deu-

158. Bianchi, Alberto B., “Una reflexión sobre los decretos de necesidad y urgencia en las emergencias generales y de tracto sucesivo (El caso ‘Redrado’)”, *El Derecho*, t. 236, p. 845.

159. BO 22/12/2009.

160. Bianchi, Alberto B., “Una reflexión sobre los decretos...”, cit., p. 845.

161. En este sentido, en el decreto se expresa que “las reservas internacionales se quintuplicaron entre comienzos de 2003 y diciembre de 2009, pasando de US\$ 8.245 millones a US\$ 47.539 millones; aun a pesar de haber pagado con ellas US\$ 9.530 millones al Fondo Monetario Internacional a principios de 2006. Como porcentaje del producto bruto interno, las reservas pasaron de 9,5 % a alrededor de 16,4 % en el mismo período”.

162. BO 16/12/2005.

da no vencida resulta claramente contradictorio con una emergencia económica oficialmente pronunciada.

El parámetro de la incoherencia normativa ha sido adoptado también por la jurisprudencia provincial, en la que se tuvo en cuenta una ley de presupuesto. Así, se determinó que una norma de emergencia resultaba inconstitucional, si con posterioridad se advertía que no subsistía la crisis de las cuentas públicas que habilitaban el ejercicio del derecho de emergencia. En efecto, se consideró que una ley de consolidación de deudas había devenido inconstitucional, en tanto la emergencia no subsistía, teniéndose en cuenta las previsiones presupuestarias aprobadas por ley<sup>163</sup>.

Así, en la causa *Merga c/ Municipalidad de las Heras*<sup>164</sup>, decidida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, el hijo de uno de los actores, menor, había perdido la vida en un accidente de tránsito. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a la Municipalidad de Las Heras al pago de una indemnización y los intereses correspondientes. La demandada solicitó la aplicación de la Ley provincial N° 5.812 de consolidación de pasivos. Llegado el caso a la Suprema Corte de Mendoza, el máximo tribunal

163. En relación con la ley de presupuesto, cabe efectuar una aclaración. Como ha dicho la doctrina, en la medida en que la estimación que se realiza en la ley de presupuesto depende de un cálculo sobre hechos futuros, ella es incierta. En efecto existen una pluralidad de variables en juego, tales como los niveles de crecimiento, de consumo, de inversión, de importaciones y exportaciones, etc. Sin embargo, se ha sostenido que se cuentan con medios técnicos para efectuar un cálculo lo suficientemente preciso, que se acerca a lo que efectivamente sucederá. Por ello, se ha indicado que salvo la ocurrencia de crisis imprevisibles y de enormes efectos, es una responsabilidad política del Jefe de Gabinete efectuar y luego enviar al Congreso una estimación fidedigna, basada en estudios consistentes, que se adjunta como documento complementario al proyecto de ley (cfr. Corti, Horacio G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 293).

164. *Merga, Fernando y otra c/ Municipalidad de las Heras*, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, 15 de febrero de 1994 (*La Ley*, t. 1996-A, p. 230). Cabe recordar que el precedente citado quedó firme, en tanto la Corte Suprema declaró la caducidad de la instancia extraordinaria por haber transcurrido el plazo del art. 310, inc. 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin que la recurrente hubiese activado el trámite (*Merga, Fernando y Ana Felisa González c/ Municipalidad de Las Heras*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de julio de 1995, causa M.903.XXVII).

provincial rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Fiscal de Estado, y concluyó que la Ley provincial N° 5.812 había devenido inconstitucional, declarando su inaplicabilidad al caso. Para ello, la Corte provincial se preguntó si era revisable el plazo de dieciséis (16) años previsto en la ley de consolidación.

En cuanto a la existencia de una situación de emergencia, destacó que en el caso no se iba a entrar en la discusión de si al momento del dictado de la Ley N° 5.812, la provincia estaba o no en estado de emergencia. Partió del presupuesto más favorable para la constitucionalidad de la ley. En efecto, entendió que la admisibilidad de juzgar la constitucionalidad de una ley a la época en que ella debía ser aplicada, y no por la situación existente al momento de su dictado, era aún más clara en leyes de contenido exclusivamente económico, entre las que se ubican, en lugar destacado, las leyes de emergencia. Así, entendió que “las tremendas restricciones a las garantías constitucionales se justifican por las reglas económicas; son los hechos, la necesidad, los que se levantan contra los principios puros del Derecho. Consecuentemente, es al momento de dictar sentencia cuando el juez debe hacer el proceso de verificación explicado a lo largo de esta decisión”.

Por ello, se adentró a analizar cuál era el estado económico de la provincia de Mendoza al momento de resolver. Entre otras cosas, acudió a las leyes de presupuesto y a hechos públicos y notorios para concluir que en los últimos cuatro años se había pasado de no contar con recursos para afrontar casi un cuarto del total de gastos (1991) a un presupuesto prácticamente sin déficit en aquél año (1996). Así las cosas, advirtió que no se trataba de que el Poder Judicial indique al poder político en qué debe gastar el dinero; tampoco en revisar si estaba bien o mal gastado, “simplemente se verifica si, al momento de dictar sentencia, el Estado provincial afronta o no una situación económica de necesidad tal que no pueda cubrir las necesidades prioritarias del Estado, pues solo de este modo se justifica constitucionalmente, como se ha dicho, que a un acreedor con sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada se le difiera en un tiempo tan prolongado el cobro de una acreencia que, sin estado de emergencia, es de ejecución prácticamente inmediata”.

El mencionado precedente ha sido elogiado por Padilla, quien afirmó que la originalidad del fallo citado radica en la solución acor-

dada con relación a la extensión temporal de la emergencia. Así, la constitucionalidad de una ley debe juzgarse conforme al contexto en que ella debe ser aplicada “y no por la situación existente al momento de su dictado”<sup>165</sup>. Asimismo, el autor citado destaca que en el voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci, apoyado en sólidas evidencias, se concluye que al no existir prueba alguna de que la provincia de Mendoza atravesara en aquel momento por un estado de emergencia económica, esa excepcionalidad permisiva de medidas extraordinarias apuntando a tutelar el bien común habría desaparecido. Así, sostiene que cuando el particular afectado plantea la inconstitucionalidad de las limitaciones de emergencia por faltar las causas que las legitimaron, el juzgador debe buscar en el dominio de los hechos si aquéllas subsisten o no. En caso negativo, considera que obligadamente el tribunal debe admitir la pretensión del individuo cuyos derechos ya han pasado a ser arbitrariamente restringidos. Concluye el autor: “(...) la emergencia, por su propia índole, es de carácter ocasional o momentáneo; no podría nunca, por tanto, calificarse de tal a un estado de cosas de indefinida duración, pues si realmente las circunstancias que la originan revisten condición de permanencia, han pasado entonces a integrar la realidad fáctica de este estado en el cual han ocurrido, incluso por la pasividad de los gobiernos ante la crisis o la ineficacia de las medidas que adopta”<sup>166</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe resaltar que la Corte Suprema, en el caso *Lavandera de Rizzi*<sup>167</sup> ya mencionado, dejó sin efecto una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza –análoga a la causa *Merga* citada–, mediante la cual se había declarado la inconstitucionalidad de la Ley local de Consolidación N° 5.812 y, en consecuencia, se había dispuesto que el crédito de la actora por diferencias salariales debía cancelarse en efectivo. Sin embargo, cabe precisar que el máximo tribunal resolvió de ese modo en atención a

165. Padilla, Miguel M., “Los jueces pueden y deben declarar el fin de la emergencia. (La emergencia no es permanente: el sentido común se impone)”, *La Ley*, t. 1996-A, p. 228.

166. *Ibidem*, p. 228.

167. *Lavandera de Rizzi, Silvia c/ Instituto Provincial de la Vivienda*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17 de marzo de 1998, *Fallos*: 321:441.

la falta de fundamentación realizada por el tribunal provincial. Por lo tanto, se advierte que en caso de que se realice una adecuada fundamentación al respecto, podría determinarse la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma de emergencia teniendo en cuenta que es incompatible y contradictoria con otras normas dictadas por el propio Poder Legislativo.

De este modo, se considera que un parámetro que podrían utilizar los tribunales para determinar la inexistencia de una situación de emergencia económica es la incoherencia normativa. Los tribunales, teniendo en cuenta el propio proceder del Estado, podrían verificar que cierta actividad normativa del Estado no se compadece con una situación de emergencia económica oficialmente pronunciada. Por lo tanto, esto permitiría proclamar la inconstitucionalidad de aquella declaración, en atención a la ausencia de la causa constitucional que le otorga validez a la norma de emergencia.

#### ***b) Otros parámetros para el control judicial de la situación de emergencia económica***

Además de la incoherencia normativa, los tribunales podrían valerse de otros parámetros para determinar la existencia o la ausencia de una situación de emergencia que haya sido declarada formalmente por el Poder Legislativo o por el Poder Ejecutivo. Cabe advertir que probablemente ninguno de estos parámetros sirva por sí solo, considerados aisladamente, para determinar la inexistencia de una situación de emergencia que habilite la declaración del derecho excepcional. Sin embargo, un análisis en conjunto de ellos podría generar la convicción en el juez de la inexistencia de una emergencia económica oficialmente pronunciada. Muchos de estos parámetros han sido utilizados por la Corte Suprema a lo largo de las décadas<sup>168</sup>.

168. Así, cabe destacar lo expuesto por el máximo tribunal en la causa *Videla Cuello, Marcelo c/ La Rioja, Provincia de*, del 27 de diciembre de 1990 (*Fallos*: 313:1638), en la cual, recordando el precedente *Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.*, del 7 de diciembre de 1934 (*Fallos*: 172:21), sostuvo que “la efectiva existencia del estado

### *b).1. Incoherencia con los informes de los artículos 71 y 101 de la Constitución nacional, o con declaraciones públicas de las autoridades*

Un parámetro a tener en cuenta para determinar la inexistencia de la situación de emergencia es, por un lado, el contenido de los informes de los ministros o del Jefe de Gabinete de Ministros en el marco de lo dispuesto por los artículos 71 y 101 de la Constitución Nacional y, por el otro, las declaraciones públicas que realicen las autoridades. A continuación, se analizan los supuestos mencionados.

*i) Incoherencia con declaraciones en el marco de los informes previstos en los artículos 71 y 101 de la Constitución Nacional.* El artículo 71 de la Constitución Nacional expresa que “[c]ada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes”. A su turno, el artículo 101 de la Constitución Nacional determina que el Jefe de Gabinete de Ministros “debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno”, sin perjuicio de lo previsto por el artículo 71 ya citado.

Se ha dicho que los informes que brinda el Jefe de Gabinete de Ministros constituyen una rendición de cuentas periódicas y de alta frecuencia, y que son un paso para reforzar el control del Congreso, aunque este control no ha sido ni muy intenso, ni muy eficaz. En este sentido, se ha indicado que si bien la presentación de los informes se ha cumplido formalmente, lo cierto es que no han trascendido a la opinión pública como verdaderos controles que hubieran motivado cambios importantes en la conducción del gobierno, ni como debates acerca de los conflictos que hayan generado las políticas del Ejecutivo<sup>169</sup>. Sin perjuicio de ello, se considera que los informes de los

---

de emergencia fue admitida sobre la base de las exposiciones hechas en el debate parlamentario, de los datos provenientes del Poder Ejecutivo, de informes técnicos especializados y, fundamentalmente, de los hechos «de público conocimiento» que el tribunal tuvo en vista” (considerando 10).

169. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4ª ed., T. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 426-427. A su vez, cabe destacar que los informes de los arts. 71 y 101 se encuentran regulados por los arts. 199 al 210

ministros o la exposición que realice el Jefe de Gabinete en el seno del Congreso pueden tener relevancia a los efectos de determinar la existencia de una situación de emergencia.

Por ejemplo, puede citarse lo ocurrido en los debates de una de las prórrogas de la Ley N° 25.561. En aquel supuesto, a pesar de la situación de emergencia que se alegaba para poder prorrogar la norma de emergencia, el Jefe de Gabinete de Ministros, al brindar su informe de gestión ante la Cámara de Diputados, lejos de exponer una situación de crisis económica, se refirió ampliamente al crecimiento económico del país. Así, en aquella ocasión, el Jefe de Gabinete señaló que desde el año 2002 al 2011, “en estos nueve años se duplicó el crecimiento y la producción en la Argentina”, y que “hubo un crecimiento promedio por año del 7,75 por ciento”<sup>170</sup>. La contradicción con una emergencia económica oficialmente pronunciada luce evidente.

Asimismo, puede mencionarse lo ocurrido en el seno del Congreso en el debate legislativo de la prórroga de la Ley N° 25.561, por la Ley N° 26.563<sup>171</sup>. Allí, la diputada Giubergia criticó la prórroga de la norma de emergencia, teniendo en cuenta no sólo el informe que acompañaba al proyecto de presupuesto general de gastos y recursos para el año siguiente, sino también las explicaciones brindadas por el Jefe de Gabinete de Ministros ese mismo día, donde había señalado que el país había tenido un crecimiento “espectacular”, y que no había ningún riesgo en la situación fiscal. En función de ello, destacó que en la ley de emergencia “se faculta al Poder Ejecutivo nacional a adoptar las medidas necesarias tendientes a lograr una salida ordenada de las situaciones de emergencia pública. ¿Dónde está y cómo se demuestra la emergencia pública a partir del mensaje enviado hace algunos días? Además, nos dicen que necesitan prorrogar esta norma por el plazo de dos años en lugar de uno. Mantener el estado actual de emergencia conduciría en los hechos a la consolidación de una de-

---

del Reglamento de la Cámara de Diputados, y por los arts. 214 y 215 del Reglamento de la Cámara de Senadores.

170. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, 12ª reunión, 9ª sesión ordinaria (informativa), 4/7/2012.

171. BO 22/12/2009.

mocracia delegativa, opuesta al Estado de Derecho que debería regir a la Nación<sup>172</sup>.

Así las cosas, se advierte que estos informes podrían ser tenidos en cuenta a fin de determinar la existencia o inexistencia de una situación de emergencia económica que habilita la vigencia del derecho excepcional.

ii) *Declaraciones públicas de las autoridades*. Otra de las cuestiones a tener en cuenta son las declaraciones públicas que realicen las autoridades, de las cuales pueda derivarse que una situación de emergencia económica no se configura en la realidad.

En este sentido, puede decirse que el máximo tribunal ha utilizado este parámetro, por ejemplo, para determinar que las circunstancias que habían motivado la declaración de un Estado de Sitio ya no se presentaban. Así, en el precedente *Spadoni*<sup>173</sup>, la Corte Suprema estimó que la privación de la libertad del accionante resultaba irrazonable, en tanto no se configuraban las circunstancias que habían motivado la declaración del Estado de Sitio, y tuvo en cuenta para ello las declaraciones oficiales de las autoridades públicas. En efecto, estimó que “la prolongación del arresto en la forma más rigurosa no resulta razonable, habida cuenta de que no surgen de aquéllas hechos o situaciones personales que lo justifiquen, máxime en la actual situación del país, en la que se encuentra en buena medida conjurado el peligro de las organizaciones subversivas según declaraciones oficiales”. De este modo, determinó que no había relación entre el arresto y las razones que habían motivado la declaración del Estado de Sitio.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana, en relación con la suspensión de derechos admitida en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha sostenido que muchas veces las declaraciones públicas de las autoridades públicas contradicen la efectiva existencia de una situación de emergencia. Así, el organismo indicó que, en la práctica, los estados de emergencia “han

172. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, período 127º, 17ª reunión, 11ª sesión ordinaria, 11/11/2009, p. 72.

173. *Spadoni, Horacio Ernesto*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de marzo de 1983, *Fallos*: 305:204.

sido dictados sin que las circunstancias lo justifiquen, como un simple medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder público. Esta contradicción queda en evidencia cuando las propias autoridades públicas afirman, por una parte, que existe paz social en el país y, por la otra, establecen estas medidas de excepción, las que solo pueden encontrar justificación frente a amenazas reales al orden público o a la seguridad del Estado<sup>174</sup>.

Sobre este aspecto, es dable citar también un precedente de un Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos, en relación con el pago, por parte de la República Argentina, a tenedores de unos determinados bonos. En el caso, el tribunal confirmó la sentencia de la anterior instancia que había establecido la fórmula de pago a tenedores de bonos emitidos con fundamento en un Acuerdo de la Agencia Fiscal ("*Fiscal Agency Agreement Bonds*"). Así, se estableció que si se pagaba el 100 % de lo debido por bonos de canje, también debería abonarse ese porcentaje a los accionantes<sup>175</sup>. Para decidir de ese modo, el tribunal tuvo en cuenta, entre otras cuestiones, que "los funcionarios argentinos han anunciado públicamente y en repetidas ocasiones su intención de desafiar cualquier fallo de esta Corte y el tribunal de distrito con el que están en desacuerdo"<sup>176</sup>.

174. Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980/1981, apartado "estados de emergencia".

175. Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos, 2º circuito, *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 23 de agosto de 2013 (*La Ley*, diario del 29/8/2013, p. 13; *La Ley Online*, US/JUR/7/2013).

176. Sobre el valor de las declaraciones públicas, puede citarse el reciente caso de la Suprema Corte norteamericana, *Trump v. Hawaii*, en el que se debatía la norma que prohibía la entrada a Estados Unidos de ciudadanos de ciertos países. En el caso, se alegaba que con la norma se buscaba discriminar a los musulmanes, sobre la base de declaraciones públicas del presidente Trump. La Suprema Corte sostuvo lo siguiente: "*Plaintiffs argue that this President's words strike at fundamental standards of respect and tolerance, in violation of our constitutional tradition. But the issue before us is not whether to denounce the statements. It is instead the significance of those statements in reviewing a Presidential directive, neutral on its face, addressing a matter within the core of executive responsibility. In doing so, we must consider not only the statements of a particular President, but also the authority of the Presidency itself*" (en p. 29).

Así las cosas, se advierte que no existirían óbices para tener en cuenta las declaraciones que efectúen funcionarios públicos en relación con la existencia de una situación de emergencia económica, si de ellas pueden derivarse que de modo claro no existe una causa constitucional que justifique la vigencia de una norma de emergencia económica.

### *b).2. Debates legislativos y considerandos de un decreto*

Para determinar la existencia de una emergencia, cabe tener presente también los debates legislativos, el mensaje que acompaña un proyecto de ley o incluso el trabajo en las comisiones del Congreso. Asimismo, puede evaluarse lo expuesto en los considerandos de un decreto, los datos aportados por el Poder Ejecutivo en el marco de una causa judicial, o tenerse en cuenta la coincidencia en la declaración de emergencia por parte del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Estos parámetros han sido utilizados por la Corte Suprema en muchos precedentes.

*i) Debate legislativo, mensaje del proyecto de ley.* El mensaje del proyecto de ley o los debates legislativos son un material muy importante del que pueden valerse los tribunales para determinar la existencia de una situación de emergencia económica. En esta línea, se ha sostenido que la exposición de motivos de una ley es un material esencial de interpretación, ya que constituye un elemento decisivo para el tribunal que realice el control de constitucionalidad de la norma<sup>177</sup>.

Así, en relación con la determinación de una genuina situación de emergencia, la Corte Suprema, en el precedente *Avico*, sobre moratorias hipotecarias, hizo una extensa alusión al debate que precedió a la sanción de la ley impugnada en el caso. A su vez, citó de forma

177. Jimena Quesada, Luis, "La motivación de la legislación en el parlamentarismo francés", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, N° 9, 2000, p. 188. Al respecto, ver también Galarce, Lino B., "Sobre la motivación de las leyes", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 50, 2004, pp. 953-962.

especial lo manifestado por el miembro informante de la Comisión de Hacienda del Senado.

El mismo parámetro utilizó la Corte Suprema en el precedente *Inchauspe*. En este sentido, el máximo tribunal afirmó que “las condiciones en que se desarrolló el comercio de las carnes, analizadas en los discursos de los miembros informantes de las Cámaras de Diputados y Senadores y en los que pronunciaron los demás legisladores que participaron en la discusión de la ley, ponían claramente de manifiesto el interés del país en salvaguardar la industria ganadera y justificaban ampliamente la adopción de medidas tendientes a ese fin”<sup>178</sup>.

También, en el precedente *Nordensthol*<sup>179</sup>, respecto a la derogación de normas convencionales y aumentos salariales de emergencia, el máximo tribunal –remitiéndose al dictamen del Procurador Fiscal– entendió que era imprescindible determinar si las razones invocadas en el mensaje con que se elevó el respectivo proyecto de ley describían un estado de emergencia o de excepción y si éste revestía tal entidad como para legitimar la caducidad de beneficios laborales exorbitantes del régimen común en la materia. De esta manera, admitió que la emergencia fue el presupuesto que determinó la sanción de la ley en análisis, y que fue también implícitamente el justificativo que se le quiso dar a esta última para convalidar sus disposiciones.

Finalmente, en el precedente *Videla Cuello*, en relación con la suspensión de ejecución de sentencias contra el Estado nacional, la Corte Suprema se refirió a lo sostenido por quien actuó como miembro informante del despacho de comisión en el Senado de la Nación, quien había expuesto sobre “la situación de grave crisis que vive el país, la que quizá –dijo– no tenga precedentes en nuestra historia”, y que luego de hacer una relación circunstanciada de los males que configuraban la “emergencia”, afirmó: “Hoy estamos todos convocados para reconstruir el país a partir de un estado de desastre”<sup>180</sup>.

178. Considerando 6°.

179. *Nordensthol, Gustavo Jorge c/ Subterráneos de Buenos Aires*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de abril de 1985, *Fallos*: 307:326.

180. Considerando 9°.

También, para controlar la existencia de una genuina situación de emergencia, pueden tomarse en consideración los informes de las comisiones del Congreso. Sobre el punto, la Corte Suprema ha expuesto que debe suponerse “que las comisiones parlamentarias estudian minuciosa y detenidamente en su fondo y forma los asuntos que despachan, por lo cual sus informes orales o escritos tienen más valor que los debates en general del Congreso o las opiniones individuales de los legisladores”<sup>181</sup>, y que éstos “constituyen una fuente legítima de interpretación”<sup>182</sup>. Teniendo en cuenta lo expuesto, el máximo tribunal ha considerado que, “frente a una disparidad de opiniones, deberá adquirir relevancia la voluntad expresada por quienes sometieron el proyecto de ley a la consideración de los restantes integrantes del Parlamento, como así también la instrumentación finalmente plasmada en el texto aprobado”<sup>183</sup>.

181. *Hermitage S.A. c/ Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos* - Título 5 - Ley N° 25.063 s/ proceso de conocimiento, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de junio de 2010, Fallos: 333:993, considerando 10; *Mórtola y Cía. c/ Ferrocarril Central Argentino s/ cobro de pesos*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de marzo de 1915, Fallos: 120:372, en p. 402. En similar sentido, *Lara, Florencio N.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11 de febrero de 1899, Fallos: 77:319; SCEU, *Griswold v. Hazard*, 1891, 141 U.S. 260, en p. 268; y *United States v. Trans-Missouri Freight Ass’n*, 1897, 166 U.S. 290.

182. *Hermitage S.A. c/ Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos* - Título 5 - Ley N° 25.063 s/ proceso de conocimiento, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de junio de 2010, Fallos: 333:993, considerando 10; *Mórtola y Cía. c/ Ferrocarril Central Argentino s/ cobro de pesos*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de marzo de 1915, Fallos: 120:372, en p. 402. En similar sentido, *Gorostiaga, Manuel c/ García Aguilera, Vicente*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de abril de 1888, Fallos: 33:228; *Sala, Fidel c/ Provincia de Santa Fe*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de agosto de 1904, Fallos: 100:51; *Robles, Joaquín c/ Diario La Época*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de octubre de 1904, Fallos: 100:337; *Municipalidad de Córdoba c/ FCCA*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 de abril de 1911, Fallos: 114:298; y *Ferrocarril Buenos Aires al Pacífico c/ P. Tordito y Cía.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30 de diciembre de 1911, Fallos: 115:186.

183. *Hermitage S.A. c/ Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos* - Título 5 - Ley N° 25.063 s/ proceso de conocimiento, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de junio de 2010, Fallos: 333: 993, considerando 10.

Así las cosas, se advierte que resulta fundamental que los tribunales se remitan a los debates legislativos, al mensaje que haya acompañado un proyecto de ley e incluso al trabajo en comisiones de un determinado proyecto, para verificar la existencia de una situación de emergencia económica.

ii) *Considerandos de un decreto.* Otro de los parámetros a tener en cuenta para determinar la existencia de una situación de emergencia es acudir a las propias consideraciones efectuadas en un decreto. Así, de los fundamentos allí expuestos podría comprobarse la existencia de una situación de emergencia que habilite su declaración. El máximo tribunal ha acudido en numerosos casos a la lectura de los considerandos de un decreto para determinar la existencia de circunstancias excepcionales que habiliten el dictado de un decreto de necesidad y urgencia.

Al respecto, cabe citar el precedente *Verrocchi*, en el cual se solicitaba que se declare la inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia que excluía la percepción de las asignaciones familiares a partir de un monto de retribución determinado. La Corte Suprema, analizando los considerandos del decreto, señaló que en ellos se limitaba a sostener que “resulta imperativa” la incorporación al ordenamiento jurídico de las pautas de un acuerdo suscripto en 1994 entre representantes del gobierno y de las asociaciones representativas del trabajo y de la producción, y que resultaba “indispensable” adecuar el régimen a la disponibilidad de recursos. A su vez, se expresaba que la prolongación del *statu quo* imperante agravaría tanto el deterioro financiero del régimen de asignaciones familiares como el incumplimiento de sus fines de promoción familiar y protección social. Sin embargo, el máximo tribunal, sobre el análisis de lo allí expuesto, estimó que esas afirmaciones resultaban dogmáticas e insuficientes en tanto no alcanzaban a justificar la imposibilidad de revitalizar el régimen de las asignaciones familiares por medio del ejercicio de la función legislativa por el Congreso de la Nación<sup>184</sup>.

184. Considerando 10.

A su vez, cabe citar el caso *Guida*<sup>185</sup>, sobre reducción de los haberes de los empleados públicos, en el cual el doctor Fayt, en su voto, hizo alusión a que en los considerandos del decreto allí impugnado se ilustraba el marco de la aguda crisis internacional que se estaba viviendo. En el mismo sentido, se expresó el doctor Boggiano, quien consideró que el Poder Ejecutivo Nacional había justificado una situación de grave riesgo social que hacía procedente el dictado del decreto cuestionado, en tanto en sus considerandos se hacía una concreta y circunstanciada referencia a la situación financiera que atraviesa la Administración Pública nacional originada en la repercusión local que tuvo la crisis desatada a fines de 1994 en los mercados financieros internacionales.

A su vez, en la causa *Cooperativa de Trabajo Fast Limitada*, la Corte Suprema tuvo en cuenta los considerandos del decreto, y sostuvo que la mera referencia a una situación de urgencia que habría determinado la “imperiosa” necesidad de sancionar el decreto cuestionado, constituía una afirmación dogmática e insuficiente como para justificar por sí la emisión de un decreto de necesidad y urgencia.

También, en el caso *Leguizamón Romero*<sup>186</sup>, el máximo tribunal analizó los considerandos del decreto allí impugnado, y afirmó que lo expuesto no alcanzaba para poner en evidencia que hubiesen ocurrido al momento del dictado del decreto impugnado las excepcionales circunstancias que el máximo tribunal había tenido en mira al decidir en el caso *Peralta*, como por ejemplo, el descalabro económico generalizado y el aseguramiento de la continuidad y supervivencia de la unión nacional.

Finalmente, puede citarse el caso *Consumidores Argentinos*. Allí, la Corte Suprema, luego de referirse a la motivación del decreto, concluyó que no existían las circunstancias fácticas que habilitasen el dictado del decreto.

185. *Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Empleo público*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de junio de 2000, Fallos: 323:1566.

186. *Leguizamón Romero, Abel y otra c/ I.N.S.S.J. y P. s/ ordinario*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 2004, Fallos: 327:5559.

iii) *Datos aportados por el Poder Ejecutivo*. Los tribunales también pueden tener en cuenta otros datos que acompañe el Poder Ejecutivo, y que clarifiquen la cuestión sobre la existencia de una emergencia económica. Como ya se indicó, excepcionalmente podría admitirse la acreditación de la emergencia en el marco de una causa judicial.

Esta cuestión fue tenida en cuenta por la Corte Suprema, entre otros, en el precedente *Inchauspe*, en relación con la crisis de la ganadería, en el cual se refirió a las cifras publicadas del informe de la Junta Nacional de Carnes correspondiente al período octubre 1935/setiembre 1937 y de un esquema agregado en el expediente de la causa<sup>187</sup>.

Asimismo, cabe destacar que el máximo tribunal ha reconocido que la efectiva existencia de un estado de emergencia sea admitida, entre otras cuestiones, sobre la base de “los datos provenientes del Poder Ejecutivo” en los precedentes *Avico*<sup>188</sup> y *Videla Cuello*<sup>189</sup>.

iv) *Coincidencia en la declaración de emergencia por parte del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo*. Otro parámetro para tener en cuenta es que exista coincidencia entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo respecto a la existencia de una crisis económica.

Así, en el precedente *Avico*, en relación con la crisis de las hipotecas, la Corte Suprema puso de relieve que el Poder Ejecutivo había nombrado una comisión de técnicos y expertos representantes de los grandes Bancos oficiales, de la Bolsa, de la Sociedad Rural, de los Bancos particulares, de los agrarios y de diversas otras entidades vinculadas a los intereses afectados por la crisis, para que estudiaran la situación y aconsejaran las medidas a tomar. Aquella comisión, nombrada el 5/4/1933, había puesto de manifiesto la gravedad del caso, y había aconsejado, entre otros remedios, la moratoria y la baja del interés al 6 %. El Poder Ejecutivo coincidió en parte con sus conclusiones, y presentó tiempo después un proyecto de moratoria hipotecaria y de reajuste de los arrendamientos.

187. Considerando 7°.

188. *Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 1934, *Fallos*: 172:21.

189. *Videla Cuello, Marcelo c/ La Rioja, Provincia de*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1990, *Fallos*: 313:1638, considerando 10.

En este contexto, el máximo tribunal manifestó que “[l]a coincidencia en el sentir de los dos grandes poderes de Estado, Legislativo y Ejecutivo, y los hechos recordados, además de muchos otros que pueden invocarse, llevan al convencimiento de que había, en realidad, un estado de emergencia producido por fenómenos económicos, tan grave o más que el que puede crearse por un contraste de la naturaleza, y que bien pudo decirse que ese estado tiene los caracteres del caso fortuito, capaz por su propio imperio, en principio, de modificar las relaciones contractuales creadas al abrigo de la normalidad. He ahí la necesidad de esta ley”<sup>190</sup>.

Esta cuestión también puede advertirse en el precedente *Guida*, en relación con un decreto de necesidad y urgencia que había reducido el salario de los empleados públicos. En este sentido, en el voto del doctor Boggiano, se pone de relieve la coincidencia entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo respecto a la existencia de la emergencia y la necesidad de hacerle frente. Así, mencionó que “la necesidad y urgencia invocados para dictar el decreto fueron evaluados por el Congreso, al sancionar, 10 meses después, la Ley de Presupuesto N° 24.624, por cuyo artículo 18 no sólo ratificó el decreto, sino que, además, estableció otra limitación concordante con la situación que se procuraba revertir, al suspender transitoriamente el pago de mayores remuneraciones que pudieran corresponder a «movimientos escalafonarios derivados de promociones, ascenso, antigüedad, adicional por grado, adicional por permanencia y todo otro concepto que implique situaciones de similares características»”<sup>191</sup>.

### b).3. Datos externos

Hasta aquí se ha determinado que la existencia de una genuina situación de emergencia económica puede ser controlada teniendo en cuenta no solo la posible incoherencia normativa, sino que también pueden tomarse en consideración las declaraciones de autoridades

190. Considerando 12.

191. Considerando 8°.

públicas, los debates de un proyecto de ley, lo manifestado en los considerandos de un decreto, los datos que aporte el Poder Ejecutivo o la coincidencia por parte del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo de la existencia de una emergencia.

Sin embargo, se advierte que los tribunales, a la hora de analizar la existencia de la situación de emergencia, pueden considerar otros datos externos, ajenos a las manifestaciones expresadas en el seno del Congreso o por el Poder Ejecutivo. Al respecto, Sagüés se refiere al recurso al dato sociológico por parte de los jueces y pone de resalto la discusión que existe en torno a la veracidad y al contenido, extensión y profundidad de los hechos invocados<sup>192</sup>. Aun con las dificultades que puedan presentarse, el autor citado señala que “la presencia del dato sociológico en el discurso argumentativo parece ser cada vez más ineludible. Tal constatación no debe extrañar, si se admite que el Derecho Constitucional posee una dimensión fáctica o existencial que acompaña a la normativa y a la axiológica, y que naturalmente impacta en ambas”<sup>193</sup>. De este modo, para verificar la existencia de una

192. Sagüés, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2013, p. 263.

En esta línea, Alexy sostiene que parece plausible la idea de que quien decide se tiene que ajustar a los valores de la sociedad, o como los llama el autor alemán, a los “valores de la colectividad o de círculos determinados”. Sin embargo, pone de resalto que contra esta idea se puede plantear una serie de objeciones: “Las valoraciones de la colectividad no se pueden determinar con exactitud en muchos casos. Incluso con la ayuda de los métodos de las ciencias sociales aparecen con frecuencia valoraciones que no son lo suficientemente concretas como para poder servir como fundamento de la decisión” (Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 30-31).

193. Sagüés, Néstor P., *La interpretación judicial...*, ob. cit., p. 263. En relación con el dato sociológico y su apreciación judicial en la doctrina de Estados Unidos, ver Sagüés, María Sofía, “El análisis económico del derecho en la jurisdicción constitucional: ponderación de la Unidad de Análisis Económico de Derecho de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, *La Ley*, t. 2009-F, p. 1114. Asimismo, es dable citar el trabajo de Monahan, John; Walker, Laurens, “Judicial Use of Social Science Research”, *Law and Human Behavior*, vol. 15, N° 6, diciembre 1991, pp. 571-584, especialmente el apartado en el cual desarrolla el tema de la utilización de las ciencias sociales para determinar hechos en los tribunales.

genuina situación de emergencia económica, pueden tenerse en cuenta las cuestiones que a continuación se detallan.

i) *Informes de técnicos especializados*. El máximo tribunal se ha apoyado también en informes técnicos especializados para determinar la existencia de una emergencia. Al respecto, puede citarse el precedente *Avico*, donde el máximo tribunal, para comprobar la existencia de una emergencia económica, se basó también en los datos aportados por dos revistas especializadas.

Asimismo, en el precedente *Videla Cuello*, la Corte Suprema afirmó que la efectiva existencia del estado de emergencia puede ser admitida sobre la base de “informes técnicos especializados”<sup>194</sup>, entre otras cuestiones.

ii) *Reconocimiento por parte de diversos sectores*. La Corte Suprema también ha tenido en cuenta el reconocimiento por parte de diversos sectores de la existencia de una determinada crisis. Así, en el precedente *Cocchia*, en el cual se discutía la validez de la derogación de un convenio colectivo de trabajo de los trabajadores portuarios, se expresó que “respecto del delicado tema de las relaciones del trabajo, es necesario puntualizar que existe un reconocimiento expreso a nivel sindical, empresario, gubernamental y académico de la situación de crisis económica y social imperante en el mundo entero en las últimas décadas”.

iii) *Publicaciones en los diarios*. Corresponde citar aquí nuevamente el precedente *Mango*, sobre la emergencia habitacional. En el caso, la Corte Suprema determinó que la emergencia no subsistía, teniendo en cuenta, también, los avisos en los diarios, de los cuales se derivaba el aumento en la oferta de las propiedades. Así, el máximo tribunal afirmó que era “de todos conocido el progresivo aumento en la oferta de locales destinados a la habitación y comercio producido en los dos últimos años, como puede observarse en los avisos de los diarios relativos a casas y piezas desocupadas, cuyo número induce a pensar que no subsisten las circunstancias de excepción que llevaron al Tribunal a dictar la sentencia referida”.

194. Considerando 10.

## VII. CONCLUSIONES

La declaración de emergencia económica y la circunstancia fáctica que le sirve de base no constituyen una cuestión política no justiciable. Si bien formalmente la Corte Suprema ha admitido que es revisable la situación de emergencia económica y su declaración, coincido con la doctrina que considera que la cuestión ha sido abordada por la Corte Suprema como una cuestión política encubierta, en tanto el máximo tribunal ha aceptado dogmáticamente la existencia de la emergencia tal como fue presentada en cada oportunidad por parte de los poderes políticos. Considero que la situación de emergencia económica y su declaración normativa son una cuestión justiciable, es decir, que un tribunal tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una norma de emergencia en caso de que una situación de emergencia que se invoca no sea tal, esto es, espuria, y por lo tanto aquella norma sea objetable en términos constitucionales. De este modo, constituye una cuestión justiciable la apreciación de la realidad que efectúe el Poder Legislativo o, en su caso, el Poder Ejecutivo ante una situación o evento que se considere de emergencia, y que no se trata de un ámbito o competencia propia de aquellos poderes del Estado exenta del control judicial.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma de emergencia por la inexistencia de una situación de emergencia que habilita su dictado no implica que un tribunal se esté pronunciando sobre el acierto de las decisiones de política económica, o en cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado en torno de decisiones que les son propias. Por el contrario, se persigue que los poderes políticos ejerzan el poder de policía de emergencia cuando realmente existan las circunstancias que así lo habiliten, lo cual no implica sustituir al legislador. Se procura verificar que exista efectivamente la causa constitucional que le sirve de base a la norma de emergencia, por lo que en caso de que se encuentre acreditado que la emergencia fue declarada sin una causa constitucional suficiente, se podría decidir la inconstitucionalidad o invalidez de aquella declaración.

Los argumentos aquí expuestos podrán servir para analizar la constitucionalidad de las normas de emergencia económica dictadas

recientemente, como la Ley N° 27.541<sup>195</sup>, llamada de Solidaridad Social y Reactivación Productiva, y los decretos de necesidad y urgencia para combatir el coronavirus. También, para las normas de emergencia que, con seguridad, se dictarán en el futuro, si se tiene en cuenta la emergencia económica permanente en la que se ha encontrado la Argentina a lo largo de las décadas. Ello, a fin de que las mismas tengan vigencia durante el tiempo estrictamente necesario<sup>196</sup>.

En definitiva, en el presente trabajo se ha intentado determinar que la situación de emergencia económica y su declaración constituyen una cuestión justiciable, y que los tribunales tienen diversos parámetros a su alcance para ejercer un adecuado control de constitucionalidad sobre la cuestión señalada. La cuestión radica en poner fin a la emergencia permanente, y lograr que cuando el Congreso de la Nación o el Poder Ejecutivo dicten normas de emergencia económica, no solo argumenten respecto a la circunstancia fáctica de emergencia, sino que siempre exista en la realidad la causa constitucional para su declaración.

### BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Amendola, Francis y otros, *Corpus Juris Secundum, Constitutional Law*, Minnesota, Thomson Reuters, 2015.

Aragón Reyes, Manuel, *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, Iustel, 2016.

195. BO 23/12/2019.

196. Una buena representación de cómo las legislaturas delegan poderes en situaciones de emergencia, las cuales son mantenidas en el tiempo, puede verse en una escena del Episodio II de *Star Wars*. Uno de los personajes, el político Mas Amedda, señaló que el Senado debía votar otorgamiento de poderes de emergencia al Canciller. Luego de aceptar esos poderes, Palpatine indicó: “*It is with great reluctance that I have agreed to this calling. I love democracy. I love the Republic. The power you give me I will lay down when this crisis has abated*”. De modo irónico, Sunstein señala al respecto: “*Yeah right*” (Sunstein, Cass R., *The World According to Star Wars*, New York, Dey Street Books, 2016, p. 104).

- Arazi, Roland; Rojas, Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado, anotado y concordado con los Códigos Provinciales*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007.
- Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Ciudad de Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- Bianchi, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", *La Ley*, t. 1991-C, p. 141.
- Bianchi, Alberto B., "Pesificación de lo consolidado. (¿A qué se obliga el Estado, cuando se obliga?)", *La Ley*, t. 2002-F, p. 1444.
- Bianchi, Alberto B., "Una reflexión sobre los decretos de necesidad y urgencia en las emergencias generales y de tracto sucesivo. (El caso 'Redrado')", *El Derecho*, t. 236, p. 845.
- Bianchi, Alberto B.; Sacristán, Estela B., "Para una efectiva protección de las inversiones en energía, hidrocarburos y minería en la Argentina", *RA-DEHM, Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, N° 7, noviembre-diciembre 2015 - enero 2016, pp. 5-43.
- Blum, George y otros, *American Jurisprudence, Constitutional Law*, 2ª ed., Minnesota, Thomson Reuters, 2009.
- Corti, Horacio G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- Coviello, Pedro J. J., "El control judicial de la emergencia", *Jurisprudencia Argentina*, t. 2009-I, p. 1086.
- Dalla Vía, Alberto R., "El problema de la naturaleza jurídica de la emergencia", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap*: 283, Buenos Aires, Ed. Rap, 2002, pp. 37-45.
- Dorf, Michael C., "Facial Challenges to State and Federal Statutes", *Stanford Law Review*, vol. 46, pp. 235-304.
- Elias, José Sebastián, "Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil", *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año II, N° 1, mayo de 2013, pp. 115-156.
- Elias, José Sebastián, "The Constitutional Protection of Property Rights in Argentina: A Reappraisal of the Doctrine of Economic Emergency", *Yale Law School Dissertations*, 5, 2014 (<http://digitalcommons.law.yale.edu/yalsd/5/>. Consultado el 26/2/2020).
- Elias, José Sebastián, "Urgencia, necesidad y decretos", *Suplemento Universidad de San Andrés*, La Ley, 21/12/2010, pp. 7 y sigs.
- Falcón, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado, concordado y anotado*, 1ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

- Fallon Jr., Richard H., "As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing", *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000, pp. 1321-1370,
- Fallon Jr., Richard H., "Fact and Fiction About Facial Challenges", *California Law Review*, vol. 99, N° 4, 2011, pp. 915-974.
- Galarce, Lino B., "Sobre la motivación de las leyes", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 50, 2004, pp. 953-962.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008.
- Gelli, María Angélica, "Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009)", *La Ley*, t. 2009-F, p. 946.
- Gross, Oren; Ní Aoláin, Fionnuala, *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 58-59.- Haro, Ricardo, *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Zavala, 2008.
- Gross, Oren; Ní Aoláin, Fionnuala, "Las cuestiones políticas y el control jurisdiccional de las facultades privativas de los Poderes Estatales en la Doctrina de la Corte Suprema", *La Ley*, t. 2014-F, p. 1048.
- Hernández, Antonio María, "Las emergencias y la afectación del orden constitucional y de los derechos", en AA. VV., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, pp. 319-406.
- Jimena Quesada, Luis, "La motivación de la legislación en el parlamentarismo francés", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, N° 9, 2000, pp. 167-196.
- Lorenzetti, Ricardo L., "Estado de Derecho y Estado de Necesidad", *La Ley*, t. 2001-C, p. 1382.
- Monahan, John; Walker, Laurens, "Judicial Use of Social Science Research", *Law and Human Behavior*, vol. 15, N° 6, diciembre 1991, pp. 571-584.
- Monti, Laura M., "Emergencia y contratos administrativos", *Suplemento Especial "El Contrato Administrativo en la Actualidad"*, La Ley, mayo 2004, pp. 64 y sigs.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2005.
- Padilla, Miguel M., "El control judicial de las declaraciones de emergencia", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap*: 283, Buenos Aires, Ediciones Rap, vol. 283, pp. 31-35.
- Padilla, Miguel M., "Los jueces pueden y deben declarar el fin de la emergencia. (La emergencia no es permanente: el sentido común se impone)", *La Ley*, t. 1996-A, p. 228.
- Pizzolo, Calogero, "La emergencia para la Constitución es excepcionalidad y al juez corresponde controlar la existencia", *La Ley*, diario del 2/6/2010, p. 6.

- Rivera (h.), Julio César; Legarre, Santiago, "Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina", *Lecciones y Ensayos*, N° 86, 2009, pp. 321-350.
- Rosatti, Horacio D., "Decálogo para volver al sentido común", *Debates de Actualidad*, AADC, vol. 187, 2002, pp. 21-22.
- Sacristán, Estela B., "Control judicial de las medidas de emergencia. A propósito del análisis costo-beneficio", en Scheibler, Guillermo (Coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 111-140.
- Sagüés, María Sofía, "El análisis económico del Derecho en la jurisdicción constitucional: ponderación de la Unidad de Análisis Económico de Derecho de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina", *La Ley*, t. 2009-F, p. 1114.
- Sagüés, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2013.
- Sagüés, Néstor P., "Derecho Constitucional y Derecho de la Emergencia", *La Ley*, t. 1990-D, p. 1036.
- Sagüés, Néstor P., "La declaración del estado de emergencia económica por el derecho nacional y el transnacional", *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, vol. 2003-1, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 113-117.
- Sánchez Brígido, Rodrigo; Elias, José Sebastián, "Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia", *Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *Jurisprudencia Argentina*, 26/12/2012, pp. 5-24.
- Santiago (h.), Alfonso; Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 2003.
- Sesin, Juan Domingo, *Administración Pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2004.
- Spota, Alberto A., "La división de poderes en la emergencia", *La Ley*, t. 1992-A, p. 706.
- Sola, Juan V., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006.
- Sunstein, Cass R., *The World According to Star Wars*, New York, Dey Street Books, 2016.
- Vermeule, Adrian, "Holmes on Emergencies", *Stanford Law Review*, vol. 61, 2008, pp. 163-202.
- Ylarrri, Juan Santiago, "Emergencia económica (a la luz del caso argentino)", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 10, Madrid, Universidad Carlos III, Madrid, abril - septiembre 2016, pp. 179-190.

## LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA ECONÓMICA...

---

Ylarri, Juan Santiago, *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, Ciudad de Buenos Aires, Ábaco, 2019.

Ylarri, Juan Santiago, "Los alcances del control judicial sobre las normas adoptadas para enfrentar el Coronavirus", en Falke, Ignacio (Dir.), *La tutela de la salud pública. El Derecho Procesal en épocas del coronavirus*, Buenos Aires, IJ Editores, 2020.

Ylarri, Juan Santiago, *Los decretos-leyes y el control de la "extraordinaria y urgente necesidad"*, Ciudad de Buenos Aires, Lajouane, 2019.



## **PARTE II**

### **NOTAS Y COMENTARIOS**



# LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA Y LA *PROROGATION*<sup>1</sup> DEL PARLAMENTO: UN FALLO TRASCENDENTAL DE LA SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO

## PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY AND PROROGATION OF PARLIAMENT: A FUNDAMENTAL DECISION OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM

FEDERICO A. MENTASTI<sup>2</sup>

1. *Prorogation* refiere a la finalización de la sesión ordinaria anual del Parlamento, es un proceso político mediante el cual el Parlamento del Reino Unido finaliza su sesión actual. Es una facultad regia (previo consejo del Primer Ministro) dirigida a clausurar la sesión anual ordinaria del Parlamento hasta la siguiente Apertura Formal de Sesiones Parlamentarias que da comienzo a la nueva sesión. Tradicionalmente, no dura más de una o dos semanas. El objetivo formal de dicho período (de suspensión en cuanto a que su integración no varía) es la preparación de la nueva agenda parlamentaria por parte del Ejecutivo y la confección del discurso real de apertura de sesiones. Esta situación produce el efecto de dar por terminada toda actuación parlamentaria. Asimismo, la legislación en estado parlamentario aún no sancionada antes de dicha *prorogation* pierde ese estatus y debe ser reintroducida en la próxima sesión. Este instituto de la *prorogation* es parte del derecho consuetudinario británico, al margen de reglamentaciones escritas, y resabio del poder real de antaño. No existe en la lengua española una expresión adecuada al significado de *prorogation*. Por tal motivo, utilizaré el término en su idioma original. Aclaro, también, que las sentencias y los textos utilizados para la redacción del presente artículo han sido tomados en su idioma original y que todas las traducciones son propias.

2. Abogado (Universidad de Morón). Profesor adjunto de Derecho Constitucional y de Historia de las Instituciones Jurídicas y Políticas Argentinas (Universidad de Morón). Profesor adjunto de Filosofía del Derecho (Universidad de Morón). Correo electrónico: fedementasti@gmail.com.

Recibido: 14 de abril de 2020  
Aprobado: 26 de abril de 2020

## RESUMEN

La *prorogation* del Parlamento del Reino Unido: ¿es una cuestión política o una medida susceptible de control judicial? El presente trabajo analiza la soberanía del Parlamento como pilar fundamental de la Constitución no codificada del Reino Unido y la limitación de la prerrogativa regia en virtud de los principios constitucionales en una sentencia de la Suprema Corte de ese país.

## PALABRAS CLAVE:

*Prorogation*; Brexit; Soberanía parlamentaria; Gobierno responsable; Cuestión política; Suprema Corte.

## ABSTRACT:

The prorogation of Parliament is just a political matter or an issue liable to judicial review? This paper deals with Parliamentary Sovereignty as a fundamental pillar of the unwritten United Kingdom constitution and the limitations of a Royal Prerogative in a Supreme Court fundamental decision.

## KEYWORDS:

Prorogation; Brexit; Parliament Sovereignty; Responsible government; Political matter; Supreme Court.

## PARA CITAR ESTE TEXTO:

Mentasti, Federico A., "La soberanía parlamentaria y la *prorogation* del Parlamento: Un fallo trascendental de la Suprema Corte del

Reino Unido”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional*, N° 9, 2020, pp. 101-146.

## 1. INTRODUCCIÓN

La decisión del gobierno británico, al mando de Boris Johnson, produjo un temblor judicial. El Primer Ministro decidió aplicar la *prorogation* y hacer a un lado el obstáculo que significaba el Parlamento en la aprobación del acuerdo de salida de la Comunidad Europea. La arriesgada maniobra parecía lograr su cometido. Hasta que la rehabilitación de las potestades parlamentarias avasalladas llegó por una intervención judicial, mediante la sentencia dictada en *R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41.

Así, la Suprema Corte del Reino Unido de Gran Bretaña dio un paso fundamental en la defensa de la Constitución, y dejó en claro que la soberanía del Parlamento es el principio fundamental del sistema político británico<sup>3</sup>.

Para arribar a esa conclusión, el Máximo Tribunal sorteó la espinosa y multiforme doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.

La Suprema Corte concluyó que era competencia de la Justicia impedir que la vulneración del sistema constitucional, sin perjuicio de que la controversia revistiera carácter político<sup>4</sup>.

Asimismo, y aceptada la competencia para decidir, la Suprema Corte se apoyó en los pilares fundamentales de la Constitución británica y de allí extrajo el estándar que le permitió evaluar la legalidad de la medida ordenada<sup>5</sup>.

El Máximo Tribunal entendió que la aplicación de la *prorogation* sustrajo al Gobierno del escrutinio parlamentario sobre sus actos y

3. *R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41, pár. 41-42.

4. *Ibidem*, pár. 31-32.

5. *Ibidem*, pár. 38.

decisiones; vulnerando con ello el principio del *Parliamentary accountability*<sup>6</sup> [Responsabilidad ante el Parlamento].

Lo decidido por la Corte se enmarca en un enfrentamiento entre quienes sostienen visiones opuestas acerca de la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Por un lado, la visión de Whitehall y por el otro la de Westminster<sup>7</sup>.

La primera entiende que la Constitución del Reino Unido y la relación entre el Parlamento y el Gobierno<sup>8</sup>, en particular, está diseñada para permitir que el ocasional gobierno cumpla con sus promesas. Mientras, la segunda visión comprende la noción de que la Constitución del reino se estructura sobre la base de una cantidad de principios constitucionales que aseguran que el Parlamento es el *primus inter pares* en la relación con el Poder Ejecutivo.

La decisión de los supremos jueces, que materializó la visión de Westminster, se apoyó en esos principios para declarar inconstitucional el accionar del Gobierno que aconsejó la *prorogation*, de la manera en que lo hizo<sup>9</sup>.

Vale la pena analizar la decisión de la Suprema Corte de Justicia del Reino Unido. Para cumplir ese cometido, en las próximas líneas repasaré los hechos y antecedentes del caso. Luego, desnudaré y examinaré los fundamentos vertidos por el tribunal y sus consecuencias.

6. *Ibidem*, pág. 47-48.

7. Howarth, David, "Westminster versus Whitehall: Two Incompatible Views of the Constitution", Constitutional Law Group April 10, 2019, rescatado de: <https://ukconstitutionallaw.org/2019/04/10/david-howarth-westminster-versus-whitehall-two-incompatible-views-of-the-constitution/> (consultado el: 30/3/2020).

8. Al denominar "Gobierno" al Poder Ejecutivo o al Primer Ministro, tomé la significación utilizada por los británicos como sinónimo de aquellos. En especial, esto es así en la terminología jurídica utilizada en los fallos.

9. *R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41, pág. 61.

## 2. HECHOS

### a) *El inicio del Brexit*

El proceso político iniciado por el Reino Unido de Gran Bretaña con el objeto de materializar su salida de la Unión Europea es conocido como *Brexit* (acrónimo de las palabras inglesas *Britain* y *exit*).

Mediante la “*European Union Referendum Act 2015*” se estableció la realización de un referéndum a fin de determinar si el pueblo de Gran Bretaña estaba de acuerdo con abandonar la Unión Europea, o, por el contrario, prefería permanecer en ella. Dicha consulta se llevó a cabo el 23 de junio de 2016 y con una mayoría del 51,9 % se impuso la postura de salida.

El artículo 50 del Tratado de la Unión Europea<sup>10</sup> prescribe el accionar que un Estado Miembro debe iniciar para materializar la salida. El período establecido entre la notificación de salida y su efectivización es de dos años, con posibilidad de extensión por mutuo acuerdo.

La “*European Union (Notification Act) 2017*”, producto de una decisión judicial *in re “Miller v. Secretary of State for exiting the Eutopean Union AC 61”* (“Miller No. 1”)<sup>11</sup>, autorizó al entonces Primer Ministro a que enviase la notificación que activó el procedimiento establecido en el artículo 50 del tratado multilateral.

La notificación se materializó el 29 de marzo de 2017. A partir de allí, comenzó a correr el plazo para la salida, cuya fecha límite se alcanzaba el 29 de marzo de 2019; sin perjuicio de una posible extensión.

Posteriormente, y en un intento por parte de la Cámara de los Comunes [*House of Commons*] de controlar el procedimiento de salida, se estableció, a través de la Sección 13 de la “*European Unión (With-*

10. Tratado de la Unión Europea, versión consolidada en Diario Oficial de la Unión Europea (<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>) (consultado el 1/5/2020).

11. Se solicitó a la justicia que indicara si el Primer Ministro podía por sí solo activar el mecanismo de salida de la Unión Europea o bien si resultaba necesaria la aprobación del Parlamento a tal fin. La Corte se inclinó por la segunda postura.

*drawal) Act 2018*”, que el resultado de las negociaciones entre el gobierno de Gran Bretaña y la Unión Europea requerirían aprobación del Parlamento.

Ante los sucesivos fracasos para lograr que el Parlamento aprobara los respectivos acuerdos alcanzados con la Unión Europea, la entonces Primer Ministro, Theresa May, solicitó una extensión del plazo prescrito en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea. Como resultado, el plazo para la ruptura del vínculo con la Unión Europea se fijó en fecha 22 de mayo de 2019, para el caso de que se alcanzara un acuerdo, y en fecha 12 de abril del mismo año, para el supuesto en que dicho acuerdo no se lograra. Ocurrida la última hipótesis, la extensión de tiempo con la que contaba el gobierno para abandonar la Unión Europea fue la menor.

El 8 de abril de 2019, el Parlamento sancionó la *European Union (Withdrawal) Act 2019*, que facultó a la Cámara de los Comunes a solicitar al Primer Ministro la gestión y obtención de una nueva extensión del plazo del artículo 50. En ese marco, el Gobierno consiguió (con la formal aprobación del Consejo Europeo) la extensión del plazo para la anhelada salida, cuya fecha límite se fijó para el 31 de octubre de 2019.

Resulta evidente el enfrentamiento entre el Parlamento (en concreto, la Cámara de los Comunes) y el Poder Ejecutivo en torno a la instrumentación de la salida de la Comunidad Europea.

### ***b) Consecuencias políticas del (enfrentamiento) Brexit***

La Cámara de los Comunes rechazó dos veces los acuerdos sometidos a su consideración. Desde el punto de vista histórico, fue la peor derrota de un Primer Ministro en el Parlamento del Reino Unido. El fracaso determinó que Theresa May renunciara a su cargo<sup>12</sup>.

12. El último de ellos fue a fines de 2018. El acuerdo formalizado con el Consejo de Europa fue presentado en enero de 2019 a consideración del Parlamento para su aprobación, pero sufrió una aplastante derrota. Cuatrocientos treinta y dos (432) miembros del Parlamento votaron en contra del acuerdo y solamente doscientos dos (202) a favor.

El 24 de julio de 2019 tomó su lugar Boris Johnson. En este nuevo panorama, el ambiente político y periodístico entrevió la posibilidad de que el Poder Ejecutivo consiguiera una *prorogation*; estrategia que se debatía en dichos círculos para evitar los obstáculos con los que había chocado Theresa May.

La perspectiva de la *prorogation* surgió en el contexto de los rechazos mencionados. Así, se debatió en ámbitos académicos, en los medios de comunicación y en el seno mismo del gobierno la posibilidad de recurrir a la extensión de las sesiones a fin de evitar, asimismo, un bloqueo por parte de dicho órgano a la eventual salida sin acuerdo. La propuesta de la *prorogation* efectuada a la Reina se sustentaría en el hecho del cambio de gobierno y en la excesiva duración de la sesión parlamentaria<sup>13</sup>.

El 28 de agosto, en reunión del Consejo Privado de la Reina, se decidió la *prorogation* del Parlamento, a concretarse algún día entre el 9 y el 12 de septiembre de 2019 y hasta el 14 de octubre del mismo año. La Reina dio su asentimiento y ordenó proceder.

A la vuelta del receso veraniego<sup>14</sup>, el Parlamento aprobó la *European Union (Withdrawal) (No2) Act 2019*<sup>15</sup>, que obtuvo sanción real el 9 del mismo mes. La importancia de esta norma reside en que solicitaba al Primer Ministro para que en fecha 19 de octubre requiriera al Consejo Europeo (mediante una carta ya redactada por el mismo Parlamento) una extensión de tres meses para abandonar la Unión; salvo que para ese entonces el Parlamento ya hubiera aprobado un acuerdo de salida o una salida sin acuerdo.

Finalmente, el 10 de septiembre de 2019 se materializó la *prorogation* ordenada por la Reina (previo consejo del Primer Ministro). El

13. Las sesiones del Parlamento se dividen en cinco períodos anuales. Transcurridos los cinco años, el Parlamento es renovado, mediante nuevas elecciones, conforme la *Fixed-term Act 2011*. Las sesiones parlamentarias duran un año. El período de *prorogation* es el que se abre entre el final de una sesión y el comienzo de la siguiente. El caso de este Parlamento es excepcional, ya que esa sesión se prolongó por más de dos años a la fecha.

14. El receso veraniego se extendió del 25 de julio al 3 de septiembre de 2019.

15. El debate y posterior aprobación tuvo lugar entre el 4 y el 6 de septiembre de 2019.

Poder Ejecutivo, con Johnson a la cabeza, parecía ganar la partida en relación al *Brexit*.

### 3. ANTECEDENTES

Una completa consideración de los antecedentes exige repasar el trámite de la causa ante los tribunales de Escocia, con motivo de la demanda iniciada por algunos miembros del Parlamento y, paralelamente, el trámite ante las Corte de Inglaterra y Gales, con motivo de la causa iniciada por Gina Miller.

#### 3.1. La demanda en las Cortes de Escocia

##### a. Corte de Sesiones de Escocia

El 30 de julio de 2019, ante la perspectiva de una posible *prorogation* del Parlamento y con la finalidad de evitar los debidos debates relacionados con el *Brexit*, setenta y cinco (75) miembros de dicho cuerpo presentaron una petición a la Corte de Sesiones de Escocia. Señalaron que la *prorogation* en esos términos resultaba ilegal. En consecuencia, solicitaron una declaración en tal sentido y una medida de interdicción que la impidiera.

El Gobierno, en su contestación, alegó que la petición era abstracta y prematura. Sostuvo que no había temor fundado alguno, ni siquiera hipotético, que indicara que se pretendía prorrogar el Parlamento con el fin de evitar su intervención en el tema del abandono de la Unión Europea.

Planteado el caso, los demandantes enderezaron su pretensión: alegaron la ilegalidad de la medida, pues sostuvieron que sus impulsores tenían la intención de negar el tiempo suficiente a dicho cuerpo legislativo para que pudiera realizar una correcta consideración de la salida. La contraparte, a su turno, reiteró que no existía temor fundado para ello.

El 30 de agosto la interdicción fue denegada. El 4 de septiembre, el juez de instancia Lord Doherty declaró la cuestión no justiciable para la Justicia [*non-justiciable*]<sup>16</sup>.

El magistrado de primera instancia consideró que la materia sobre la que versaba la decisión era estrictamente política, motivo por el cual se encontraba fuera del alcance de la justicia. “La revisión de algunas potestades prerrogativas<sup>17</sup> resulta justiciable en algunos casos pero no en otros”, rezó la sentencia. En este sentido, indicó que algunas funciones y acciones no son justiciables; entre ellas, las cuestiones de alta política y las decisiones políticas<sup>18</sup>.

Señaló, asimismo, que en tales casos la Justicia no tiene las herramientas o los estándares legales necesarios para evaluar la legalidad de dichas materias. Se trata de un ámbito político contra el cual no existe estándar legal alguno y que es únicamente susceptible de ser juzgado políticamente<sup>19</sup>. Al respecto agregó: “No puede decirse que la *prorogation* contravenga el *Rule of Law*<sup>20</sup>, tornando la cuestión justiciable. El Primer Ministro tiene la facultad *–vires* (sic), v. gr., poder legal– de aconsejar a la Soberana respecto de ejercitar su prerrogativa real (es decir, la *prorogation*)”<sup>21</sup>.

16. Outer House - Court of Session of Scotland, in re *Joanna Cherry QC MP and Others for Judicial Review* [2019] CSOH 70.

17. La expresión potestades prerrogativas se refiere a que la *prorogation* es una potestad regia y que, por lo tanto, se encuentra fuera de la competencia de los tribunales.

18. [2019] CSOH 70, p. 25.

19. *Ibidem*, p. 26.

20. Respecto del término *Rule of Law* me inclino por utilizarlo en su idioma original. Una traducción adecuada sería gobierno de las Instituciones. No creo ajustada al caso la común traducción de Estado de Derecho. El *Rule of Law* va más allá de un mero cumplir la ley, el concepto tiene en consideración la importancia de las instituciones –políticas y sociales– en el gobierno de la cosa pública cuyo objetivo primario es el Bien Común. Y este concepto jurídico-político del *Rule of Law* es el basamento del sistema constitucional inglés y un pilar del Derecho Consuetudinario. La explicación pertenece a Maino, Carlos A. G., “¿Gobierno de los Jueces o gobierno de las Instituciones? Pervivencia del *Rule of Law* en épocas neoconstitucionales”, *FORUM* 02, 2014.

21. *Joanna Cherry QC MP and Others for Judicial Review* [2019] CSOH 70, p. 27-28.

Para finalizar, señaló que el Parlamento es dueño de su propio accionar. Así, concluyó que la Justicia no puede erigir restricciones sobre dicha medida más allá de los límites que se ha fijado el mismo Parlamento.

*b. La apelación ante la Inner House*

El vencido en primera instancia recurrió la sentencia ante la First Division, *Inner House* (Escocia), y en fecha 13 de septiembre el Tribunal de alzada anunció los términos completos de su sentencia<sup>22</sup>.

El recurso fue admitido. En primer lugar, el Tribunal consideró que el consejo brindado a su Majestad era justiciable porque no se trataba de cuestiones políticas legítimas.

El primer voto de la sentencia estuvo a cargo del *Lord President*, quien sostuvo que las razones aducidas por el Primer Ministro para la *prorogation* del Parlamento (una nueva agenda legislativa y el discurso de la Reina inaugurando el nuevo período de sesiones) no eran verdaderas. Para la Corte, el motivo real de dicho consejo fue bloquear el examen y control del Parlamento sobre el accionar del Ejecutivo. Y esto, afirmó, atentaba contra el *common law*<sup>23</sup>, basado en el principio democrático y en el *Rule of Law* (con cita de un fallo de la *Supreme Court* del año 2015, *in re Moohan v. Lord advocate SC* (UKSC), p. 35)<sup>24</sup>.

En este primer voto se hizo hincapié en la finalidad de la decisión de la *prorogation*. Dicha finalidad (de sustraer el accionar del Ejecutivo del pertinente escrutinio del Parlamento afectando con ello su soberanía), a criterio del Tribunal, resultaba ilegal.

La resolución se fundó, básicamente, en cuatro puntos, a saber: 1) la decisión de la *prorogation* fue buscada y elaborada de manera clandestina: durante un período en el que se debatía la posibilidad de

22. Inner House - Court of Session of Scotland, *in re Cherry v. Advocate General* [2019] CSIH 49, pp. 680/19.

23. Derecho Consuetudinario.

24. [2019] CSIH 49, pp. 680/19, p. 51.

la *prorogation* con fines de acortar la posibilidad del debate parlamentario relativo a una salida acordada; 2) era de público conocimiento la discusión llevada dentro del recinto en el sentido de que el mero transcurso del tiempo, sin actividad parlamentaria, tornaría imposible al Parlamento impedir una salida sin acuerdo de la Unión Europea; 3) en el escrito de contestación poco se había aducido respecto de las razones que llevaron al Poder Ejecutivo a aconsejar semejante decisión; 4) por último, no había un motivo razonable que justificara un lapso tan prolongado de *prorogation* en los tiempos modernos<sup>25</sup>.

Del mismo modo, se señaló que, toda vez que la *prorogation* afectaba sustancialmente la facultad del Parlamento de controlar las acciones del gobierno, el asunto no podía considerarse académico<sup>26</sup>.

En virtud de todo ello, el *Lord President* resolvió que el consejo de la *prorogation* del Parlamento (un día indeterminado entre el 9 de septiembre y el 12 del mismo mes y hasta el día 14 de octubre del año 2019) era ilegal y por ello nulo y de ningún efecto.

La postura de los otros dos magistrados, que acompañaron el voto del *Lord President*, puede resumirse en los siguientes postulados:

*Lord Brodie* señaló que, tratándose de una prerrogativa real –y de un acto basado en el *common law* (sin una norma legal escrita que pueda servir de medida para considerar la naturaleza legal del consejo de *prorogation*)–, es necesario encontrar principios legales suficientemente precisos para juzgar acerca de su legalidad o ilegalidad. Dichos principios se encuentran en el derecho del Parlamento a sesionar libremente, más todavía en esos momentos cruciales para la vida política del Reino Unido.

Entendió que no surge del caso una justificación razonable para extender la *prorogation* por un período de tiempo tan prolongado (con cita del caso *Pham v. Secretary of State* [2015] UKSC 19, párr. 105-106). Razón por la cual, y según la prueba acompañada y los hechos denunciados, arribó a la conclusión de que la Orden del Concejo privado por instancia del Primer Ministro era ilegal y contraria al *Rule of Law*.

25. *Ibidem*, párr. 54/56.

26. *Ibidem*, párr. 59.

*Lord Drummond Young*, por su lado, sostuvo que, si bien la facultad de decretar la *prorogation* se encuentra dentro de la esfera de las prerrogativas regias, difiere de estas otras en aspectos importantes. El principal es que la *prorogation* afecta en forma aguda la relación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Y esto es obviamente una materia constitucional de fundamental importancia<sup>27</sup>.

Así, señaló que para considerar si aquella potestad regia ha sido ejercida dentro del marco legal tres aspectos del sistema constitucional del Reino Unido son de fundamental importancia: la soberanía del Parlamento, la rendición de cuentas del Poder Ejecutivo al Parlamento y el *Rule of Law*<sup>28</sup>.

Indicó, en este punto, que el Parlamento por definición es la institución soberana. Justamente, *in re R (Miller) v. Secretary of State for exiting the European Union* [2018] AC 61 se describió la soberanía parlamentaria “como principio fundamental de la Constitución del Reino Unido”.

El Parlamento, continuó el magistrado, amén de sancionar leyes, tiene como segunda función de vital importancia la de pedir cuentas al Poder Ejecutivo. Cumple así un rol fundamental protegiendo al país del ejercicio arbitrario o abuso del poder por parte de dicho órgano.

A mayor abundamiento, *Lord Drummond Young* repasó los hechos históricos que sirven de fundamento a la soberanía parlamentaria. Indicó que la doctrina de la soberanía del Parlamento emerge de los conflictos constitucionales del siglo XVII, y, en particular, de las consecuencias político-legales de la Revolución de 1688-90<sup>29</sup>. Central en la Revolución Gloriosa fue el principio del *Rule of Law*. Este principio, señaló el Juez, es esencial para el sistema constitucional del Reino Unido y mantenerlo vigente es una función primaria del sistema judicial<sup>30</sup>.

27. [2019] CSIH 49, pp. 680/19, pár. 96.

28. *Ibidem*, pár. 97.

29. Dicho principio fue reconocido por la siguiente legislación: *Claim of Right Act 1689* (c28) en Escocia, *Bill of Rights 1688*, *Act of settlement 1700* –en Inglaterra y Gales– y *Acts of Union of 1706 y 1707* (en Inglaterra, Gales y Escocia, respectivamente).

30. “*The maintenance of the rule of law –determining what the law is and ensuring that it is consistently applied and if necessary enforced– is a primary function of the judiciary. That*

La independencia judicial es central para llevarlo a cabo y el Poder Ejecutivo no puede ser juez de sus propios actos. Razón por la cual, determinó que la cuestión de la *prorogation* era justiciable. El *Rule of Law*, concluyó, exige que todo acto del Poder Ejecutivo, así como los actos de toda otra institución pública, se encuentre sujeto a la revisión judicial, a fin de asegurar que son ejercidos dentro del marco legal pertinente<sup>31</sup>.

Para finalizar, sostuvo que si la expresión no justiciable significa que las cortes de justicia no tienen jurisdicción para considerar si un poder ha sido legalmente ejercido, dicho concepto resulta incompatible con el *Rule of Law*.

Seguidamente, el juez agregó que las razones dadas para la extensión de la *prorogation* por el tiempo intentado no se encontraban justificadas; al tiempo que surgían con claridad las intenciones de restringir, durante ese tiempo clave que precede a la reunión del Consejo Europeo y a la fecha fijada para el abandono de la Unión Europea, lo más que se pueda el debate en el Parlamento. En suma, indicó que el uso del poder de *prorogation* no fue el adecuado, habiéndose excedido el Gobierno en sus poderes.

### 3.2. La demanda en la Corte de Inglaterra y Gales

#### a. La Corte de Inglaterra y Gales

En fecha 28 de agosto de 2019, Gina Miller<sup>32</sup>, demandante en los citados autos *Miller v. Secretary of State for exiting the Eutopean Union*

---

*is a task that must obviously be carried out with scrupulous impartiality and objectivity. Judicial independence is central to that function. The executive cannot be judge of its own powers; independent courts must be able to consider the exercise of those powers in order to determine whether such exercise is or is not intra vires*" ([2019] CSlH 49, pp. 680/19, pár. 101).

31. "The rule of law requires that any act of the executive, or any other public institution, must be liable to judicial scrutiny to ensure that it is within the scope of the legal power under which it is exercised" (ibidem, pár. 102).

32. Ginna Miller es una empresaria y activista de origen británico que se oponía al Brexit.

AC 61 (“Miller No. 1”), solicitó a la Alta Corte de Inglaterra y Gales la revisión judicial del uso de la prerrogativa regia de *prorogation* anunciada por el Gobierno.

Aquí el tema volvió por los fueros de la cuestión política. La primera pregunta que la Real Corte se formuló concierne a la justiciabilidad de la cuestión traída a su consideración. ¿Es justiciable la decisión del Primer Ministro de buscar la *prorogation* del Parlamento o se trata de una cuestión política no justiciable?

Dicha Corte concluyó que “la cuestión era de exclusiva materia política y ajena a la consideración de la Justicia”<sup>33</sup>.

Para resolver en este sentido señaló, al principio de sus consideraciones, que se encuentra “bien establecido, y resulta de opinión común, que las decisiones y acciones del Ejecutivo no son inmunes a la revisión judicial, por haber sido llevadas a cabo en uso de una prerrogativa regia”<sup>34</sup>. Con cita de *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374 (“CCSU”), señaló que el factor determinante para decidir si el ejercicio de una facultad prerrogativa está sujeto a control judicial no es su fuente, sino la materia de la cuestión en sí<sup>35</sup>.

En el fallo señalado, se estableció que las potestades prerrogativas, tales como la celebración de tratados, la defensa del Reino, el beneficio de perdón, el reconocimiento de honores, la disolución del Parlamento, y el nombramiento de ministros, no son susceptibles de revisión judicial debido a su contenido y naturaleza. Estas prerrogativas resultan ser cuestiones de alta política exentas del control judicial<sup>36</sup>. Es decir, la Alta Corte entendió que por tratarse de cuestiones políticas compete a la política resolverlas y no a los tribunales.

Sentado ello, el Tribunal explicó que “en el presente contexto de no justiciable, la característica esencial de una cuestión «política» es

33. *R (Gina Miller) v. The Prime Minister* [2019] EWHC 2381, pág. 1.

34. *Ibidem*, pág. 34.

35. *Ibidem*, pág. 34.

36. *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374 (“CCSU”), pág. 37.

la ausencia de estándares legales o judiciales, que permitan evaluar la legalidad de la decisión, o del proceder, del Ejecutivo”<sup>37</sup>.

Así, continuó, la decisión del Primer Ministro de establecer la *prorogation* del Parlamento en la fecha determinada y por el período establecido y el consejo dado a Su Majestad en tal sentido son cuestiones políticas; como también lo son las consideraciones que el Gobierno tuvo en cuenta para tomar esa decisión.

Respecto del tiempo de *prorogation* acordado (recuérdese que era objeto del reclamo de los demandantes), el tribunal señaló que resultaba imposible para la Corte, ante la ausencia de referencias, merituar respecto de la legalidad de su duración. Sostuvo que dicha medida podía ser decidida por varias razones; no existiendo consigna, estatuto, ley o convención alguna que requiriera que sesione en forma permanente.

Al ahondar en los fundamentos de la actora, avanzó sobre la cuestión y declaró que “aún si la *prorogation* bajo consideración en el presente caso fuera, como dicen los demandantes, pergeñada para obtener una ventaja en la agenda política del Gobierno –con relación al abandono de la Unión Europea–, en lugar de las preparaciones para el discurso de la Reina, sería ese un territorio en el cual la Justicia no puede intervenir mediante la revisión judicial”<sup>38</sup>.

En relación al tiempo necesario para que el Parlamento cumpla su función de pedir cuentas al Poder Ejecutivo, volvió sobre la cuestión de la falta de estándar legal que permita evaluar cuánto tiempo resultaba el indicado para dicha función. Como ejemplo citó la rapidez con la cual el órgano legislativo logró sancionar la *European*

37. R (*Gina Miller*) v. *The Prime Minister* [2019] EWHC 2381, pág. 47. En sostén de su postura, cita diversos fallos: *A v. Secretary of State for the Home Department* [2005] 1 AC 68, *Lord Bingham* (29) - *Gibson v. Lord advocate* 1975 SC 136, 144, *Lord Keith – Robinson v. Secretary of State for Northern Ireland* [2002] UKHL 32, [2002] NI 390, *Lord Bingham* (12).

38. “Accordingly, even if the *prorogation* under consideration in the present case was, as the claimant and the interveners contend, designed to advance the Government’s political agenda regarding withdrawal from the European Union rather than preparations for the Queen’s Speech, that is not territory in which a court can enter with judicial review”. (R (*Gina Miller*) v. *The Prime Minister* [2019] EWHC 2381, pág. 55).

*Union (withdrawal)* N° 6, cuyo trámite parlamentario había iniciado el 4 de septiembre de 2019 y que fue promulgada por la Reina el 9 del mencionado mes.

Por último, se ocupó del argumento del demandante<sup>39</sup> referido a que la soberanía del Parlamento se vería afectada. Consideró, sobre este punto, que el argumento es erróneo, toda vez que implicaba aumentar la soberanía del Poder Legislativo en desmedro del Poder Ejecutivo. Y eso, dedujo, al solo efecto de justificar la intromisión de la Justicia en el caso en examen.

Al respecto, la Corte sostuvo, en primer lugar, que “junto al principio de la soberanía del Parlamento, se encuentra el de separación de poderes, reflejando las distintas áreas de responsabilidad de la Justicia, el Ejecutivo y el Parlamento, siendo también un principio fundamental de nuestra constitución no-escrita”<sup>40</sup>.

39. Conviene listar los fundamentos esgrimidos por el demandante. Según sostuvo: a) uno de los principios fundamentales de la constitución del Reino Unido es la soberanía parlamentaria; b) la soberanía parlamentaria otorga al Parlamento la facultad de sancionar la ley que crea necesaria y el Gobierno y el Primer Ministro se encuentran subordinados a éste; c) hay una relación inextricable entre el Parlamento y el *Rule of Law*; d) la justicia tiene un deber fundamental con el *Rule of Law*, en orden a velar por el cumplimiento de las leyes constitucionales; e) la *prorogation* puede, dependiendo del caso y las circunstancias, lesionar la soberanía parlamentaria, al impedir que el Parlamento legisle al tiempo que no resultaba razonablemente necesario para cumplir con los objetivos alegados a tal fin; f) en razón de ello, el consejo fue ilegal y un abuso de poder toda vez que el Parlamento estaría silenciado mucho más tiempo que el necesario para preparar el discurso de la Reina. *Ibidem*, pág. 58.

40. “*In the first place, alongside the principle of Parliamentary Sovereignty, the separation of powers, reflecting the different constitutional areas of responsibility of the courts, the Executive and Parliament, is also a fundamental principle of our unwritten constitution. As we have said earlier, the line of separation is set by the courts in the present context by reference to whether the issue is one of «high policy» or «political» or both. In the circumstances and on the facts of the present case the decision was political for the reasons we have given. Secondly, the purpose of the power of prorogation is not confined to preparations for the Queen’s Speech. It may be used for a number of different reasons, as, on the evidence, it has been in the present case. Such reasons may, depending upon the precise facts and circumstances, extend to obtaining a political advantage. Thirdly, again as we have already said, even if the prorogation in the present case must be justified as being to enable preparations for the Queen’s Speech, the decision how much time to spend and what decisions to take for such preparations is not something the court can judge by any measurable standard*”. *Ibidem*, pág. 60.

En segundo término, indicó que el propósito del poder de *prorogation* no se agotaba en la preparación del discurso de la Reina y que podía ser invocado por varias razones (incluso la de obtener una ventaja política).

En tercer lugar, aún si se consideraba que la *prorogation* tenía como única finalidad preparar el discurso de la Reina, la decisión respecto de cuánto tiempo es necesario para ello, es algo que la Corte no podía juzgar sin un estándar legal al cual atenerse.

A su vez, opinó que el orden constitucional del Reino Unido ha evolucionado al punto de alcanzar un equilibrio entre los tres poderes del Estado; y que la relación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se encuentra regida, en parte, por la ley escrita y, en parte, por la ley convencional (*common law*).

Por lo tanto, concluyó que la extensión de la soberanía parlamentaria no debe ser un argumento para hacer intervenir a la Justicia en un campo reglado por normas dictadas por el propio Parlamento. Según lo expuesto, determinó que "(...) la decisión del Primer Ministro aconsejando a la Reina la *prorogation* del Parlamento no es justificable en estos Tribunales"<sup>41</sup>.

#### 4. EL CASO ANTE LA SUPREMA CORTE

La decisión de la Corte escocesa fue apelada por el Gobierno. Al mismo tiempo, la actora apeló la decisión de la *High Court* de Inglaterra y Gales. En ambos casos, la cuestión llegó a la revisión de la Suprema Corte del Reino Unido, que unificó las causas.

En efecto, el 24 de septiembre de 2019, la Suprema Corte del Reino Unido, por unanimidad, emitió su pronunciamiento en *R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41.

Debido a la magnitud del litigio, la composición del Alto Tribunal alcanzó su número máximo: once (11) magistrados escucharon el caso.

41. *R (Gina Miller) v. The Prime Minister* [2019] EWHC 2381.

Para resolver, el Máximo Tribunal entendió que la cuestión planteada era justiciable. Sobre esta base (a) analizó la cuestión de fondo, (b) resolvió que el asesoramiento de Boris Johnson a la Reina fue inconstitucional, y (c) dispuso que el Parlamento podía continuar sus sesiones, como si la *prorogation* (que estimó nula) no hubiera tenido lugar.

Resulta interesante desmenuzar los argumentos vertidos por la Corte.

### *i. Algunas aclaraciones introductorias*

Como primera medida, la Suprema Corte dejó en claro que el tema de la apelación no se refería a cuestiones que hacen al cuándo y al cómo el Reino Unido debía abandonar la Unión Europea, sino que se ocupaba de la legalidad del consejo dado por el Primer Ministro a la Reina en relación a la *prorogation* del Parlamento efectuada.

A continuación, y a modo de introducción, estableció el significado de *prorogation*. Dijo que la declaración de la *prorogation* del Parlamento significa la finalización de la sesión actual del mismo, comenzando la próxima, normalmente, pocos días después con el discurso de la Reina. Recordó que cuando se produce la *prorogation* del Parlamento las Cámaras no pueden reunirse, debatir ni sancionar leyes.

Explicó, a su vez, que ninguna de las Cámaras puede debatir acerca de las políticas de gobierno; los miembros del Parlamento no pueden interrogar, ya sea por escrito o en forma oral, a los ministros de gobierno; no se pueden reunir en los comités; los proyectos de ley en trámite vuelven a fojas cero, debiendo comenzar desde el principio en las nuevas sesiones. Por otro lado, dejó en claro que el Gobierno permanece en ejercicio de su poder, pudiendo dictar normas delegadas y hacerlas cumplir, ejerciendo, por su lado, todo otro poder que le otorga la ley.

Reconoció que la oportunidad de decidir la *prorogation* es una atribución de la Reina, previo asesoramiento del Consejo Privado. Pero no resultaba ser una facultad del Parlamento establecerla<sup>42</sup>. Se-

42. Aclaró esto contra la pretensión del Gobierno que en su defensa había argüido que la decisión de *prorogation* se enmarcaba dentro de los límites de reserva del

gún dijo: “La *prorogation* es una prerrogativa real, convertida en una formalidad desde hace más de cien años, a través del consejo del Gobierno. Actualmente, se decide con algunos días de anticipación y es el *Lord Chancellor* quien instruye a los comisionados a fin de llevarla adelante, los cuales apersonándose en las Cámaras lo anuncian y lo establecen”<sup>43</sup>.

**ii. Distinción entre prorogation y disolución y entre prorogation y receso**

La Suprema Corte, que mantuvo su tono didáctico, se explayó acerca del significado y la distinción entre la *prorogation* y la disolución del Parlamento. Con ello preparó el terreno para sentar su doctrina en un tema que se mostró espinoso desde un comienzo, y cuya regulación estatutaria (es decir, a través de una norma positiva) era inexistente. Así explicó: “La *prorogation* debe distinguirse de la disolución, ésta significa el cese del Parlamento y los miembros de la Cámara de los Comunes dejan de ser miembros del Parlamento. A continuación, se lleva a cabo una elección general para elegir una nueva

---

Parlamento, en lo tocante a la inmunidad parlamentaria (o privilegio parlamentario), decidida por el mismo órgano legislativo (toda vez que consideró a la Reina como parte del Parlamento), y por tal razón ajena a la intromisión de la justicia.

43. “*Parliament does not decide when it should be prorogued. This is a prerogative power exercised by the Crown on the advice of the Privy Council. In practice, as noted in the House of Commons Library Briefing Paper (No 8589, 11th June 2019), «this process has been a formality in the UK for more than a century: the Government of the day advises the Crown to prorogue and that request is acquiesced to».* In theory the monarch could attend Parliament and make the proclamation proroguing it in person, but the last monarch to do this was Queen Victoria in 1854. Under current practice, a proclamation is made by Order in Council a few days before the actual prorogation, specifying a range of days within which Parliament may be prorogued and the date on which the prorogation would end. The Lord Chancellor prepares a commission under the great seal instructing the Commissioners accordingly. On the day chosen for the prorogation, the Commissioners enter the House of Lords; the House of Commons is summoned; the command of the monarch appointing the Commission is read; and Parliament is formally prorogued”. (R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland [2019] UKSC 41).

Cámara. La disolución supo ser una prerrogativa real hasta el 2011, cuando la *Fixed-term Act 2011* comenzó a regularlo<sup>44</sup>. Dicha norma, sin embargo, consigna que no se afecta con ella la facultad del monarca para ejercer, en su caso, la *prorogation* del Parlamento.

Asimismo, la Suprema Corte indicó que se distingue del receso de las Cámaras. Éste último es una decisión del Parlamento, no de la Corona. Cada cámara propone en su caso la moción de cese. Durante el receso, las Cámaras del Parlamento no sesionan, pero los asuntos parlamentarios pueden seguir adelante como de costumbre. Los comités se reúnen y el Gobierno, si es requerido, debe dar respuesta a los interrogantes que por escrito se le presenten<sup>45</sup>.

Luego, la sentencia efectuó el recuento de los acontecimientos que llevaron al estado de *prorogation* al momento de decidir en el presente caso<sup>46</sup>.

### *iii. El corazón del problema*

A continuación, la Corte abordó el meollo del problema [*the heart of the matter*]. Entonces, respecto de la cuestión elevada mediante apelación, estimó que ambos casos (*Cherry*, por el lado escocés y *Miller*, desde Inglaterra y Gales<sup>47</sup>) planteaban las mismas cuestiones. Así organizó su sentencia sobre la base de cuatro ítems:

44. Como indiqué más arriba, las elecciones generales se encuentran reguladas por ley y deben llevarse a cabo cada cinco años. No obstante, existen dos supuestos de disolución anticipada del Parlamento: 1- cuando la Cámara de los Comunes decide por una proporción de al menos 2/3 de las bancas (incluidas los sitios vacantes) llamar a elecciones anticipadas; 2- el segundo supuesto refiere a la disolución del Parlamento, producto de un voto de confianza negativo en el gobierno de su Majestad, sin que nadie, en el plazo de los 14 días posteriores a ello, pueda formar nuevo gobierno.

45. Aquí la facultad del Parlamento de pedir cuentas al Ejecutivo no se ve afectada.

46. Me remito a lo dicho al comienzo del artículo.

47. (*R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41).

1. ¿Resultaba justiciable el consejo dado por el Primer Ministro a la Reina?
2. En caso afirmativo, ¿qué estándar debía tomarse en cuenta para decidir acerca de su legalidad?
3. Con ese estándar, ¿fue dicho consejo legal?
4. Si la respuesta era negativa, ¿qué remedio debía imponer la justicia?

La primera cuestión representaba el núcleo de la argumentación del Gobierno. En ambos casos, *Miller* y *Cherry*, el argumento se fundó en la no justiciabilidad de la cuestión planteada en las cortes de justicia. No obstante, la decisión en cada uno, como dije *supra*, resultó distinta.

¿Es una mera cuestión política y, como tal, ajena a la competencia de los tribunales? ¿Es el consejo del Primer Ministro solo revisable por el Parlamento mismo? Intervenir en la cuestión, ¿significará que la Justicia no respeta la separación de poderes? Son todas las preguntas que se alzaron ante los jueces y que permitieron dilucidar la cuestión.

El Alto Tribunal, previo a explayarse en concreto, tejió un pequeño preámbulo. Señaló que la potestad de ordenar la *prorogation* del Parlamento es una prerrogativa reconocida por el *common law* y ejercida por la Corona, en este caso, por la Reina en persona. Sin perjuicio de ello, se afanó en aclarar que conforme a las prácticas constitucionales modernas, se lleva adelante por asesoramiento y consejo del Primer Ministro<sup>48</sup>.

Asimismo, adelantó que, no obstante encontrarse las cuestiones políticas fuera del alcance jurisdiccional de la justicia, el hecho de que una controversia legal surja de una disputa política o, bien, concierna a la conducta de políticos, no constituye óbice suficiente para impedir a las cortes su intervención<sup>49</sup>. En este punto citó como ejemplo el período de agitación política originado en la tensión de la relación

48. Debe destacarse que en todas las instancias los tribunales se esmeraron para cuidar la responsabilidad de la Reina, colocándola al margen de la decisión (y pese a algunos razonamientos forzados).

49. “*R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41, p. 31-32.

entre el Parlamento y los reyes Estuardos, que culminó en la guerra civil. Esa controversia política, recordó el Tribunal, no impidió que las cortes decidieran, en *Case of Proclamation* (1611) 12 Co Rep 74, que intentar el uso de las potestades prerrogativas por parte de la Corona para modificar las leyes del reino era ilegal. “El Rey no tiene facultad prerrogativa alguna fuera de la permitida por la ley del reino”<sup>50</sup>. De acuerdo con ello, entendió que los límites de la prerrogativa regia [*Royal Prerogative*] se asientan en la Ley del Reino y fueron determinados por los tribunales.

Por otro lado, apuntó que el deber de rendir cuentas del Primer Ministro al Parlamento no justificaba, por sí sólo, que la justicia resultara incompetente para tratar la cuestión. Ello así, porque, en primer lugar, el efecto de la *prorogation* era impedir dicha rendición de cuentas –toda vez que el Parlamento cesa en sus funciones–, y, en segundo lugar, porque los Tribunales deben hacer cumplir las leyes independientemente del control de responsabilidad que tiene el Parlamento sobre el Poder Ejecutivo.

Finalmente, entendió que, si la cuestión es justiciable en los tribunales, la decisión no iría contra la separación de poderes. Ello así, toda vez que la justicia estaría cumpliendo su deber constitucional. En efecto, al asegurar que el Gobierno no hizo uso de ese poder en forma ilegal, dicha Corte estará materializando la mentada separación de Poderes<sup>51</sup>.

Efectuada las disquisiciones introductorias, la Suprema Corte se avocó a las cuestiones planteadas.

1. En orden a determinar si la cuestión de las prerrogativas regias es revisable por la Justicia, y hasta qué punto, la Suprema Corte distinguió dos temas. Primero, si existía una potestad prerrogativa y, en tal caso, cuál es su ámbito de ejercicio. Segundo, reconocida la existencia de esa prerrogativa y, utilizada dentro de sus límites, la Corte analizó si su ejercicio era susceptible de ser revisado por la Justicia en otros aspectos.

50. *Case of Proclamation* (1611) 12 Co Rep 74, p. 47.

51. *R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41, p. 34.

El primer supuesto, a juicio de la Corte, era indudablemente una cuestión susceptible de ser revisada en los tribunales. Con relación al segundo, reconoció que podían generarse dudas.

La disyuntiva a discernir estaba íntimamente relacionada con la identificación del estándar de referencia que permitiera juzgar la legalidad de la conducta del Primer Ministro.

A tal fin señaló que, así como los límites de un poder estatutario (facultad surgida de la ley) están marcados por el estatuto mismo (es decir, la ley), toda potestad prerrogativa tiene sus límites y es competencia de los tribunales indicar cuáles son.

Así, toda vez que dicha potestad se encuentra reconocida en el *common law* y tiene que ser compatible con los principios de este, esos principios pueden iluminar dónde se encuentran sus fronteras y sus límites.

En este punto, recordó que la Constitución del Reino Unido no es un documento codificado, sino que es resultado del tiempo, la tradición, las leyes, convenciones y prácticas; y, en definitiva, del *common law*. No obstante, no dejaba de contener numerosos principios legales cuya custodia corresponde a la justicia. Razón por la cual, determinó que la Corte no podía desentenderse de su responsabilidad; esto es la de determinar los límites legales de los poderes conferidos a cada rama del gobierno en defensa de dichos principios.

A reglón seguido, la Suprema Corte se enfocó en los dos principios fundamentales de la Constitución. El primero, la soberanía parlamentaria. El segundo, la responsabilidad del gobierno ante el Parlamento.

Respecto del primero, el Tribunal señaló que no solo la fundamental importancia de la facultad legislativa del cuerpo hace a dicha soberanía, sino que la jurisprudencia da cuenta de la amplia consideración que tiene el concepto. En varias oportunidades, desde el siglo XVII en adelante, los tribunales han protegido la soberanía parlamentaria de las amenazas provenientes de las potestades prerrogativas<sup>52</sup>.

52. Como ejemplo, citó los siguientes casos: *Case of Proclamation (1611)* 12 Co Rep 74; *Attorney general v. De Keyser's Royal Hotel Ltd.* [1920] AC 508, y *Fire Brigades Union Case R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Fire Brigades Union* [1995]

Entonces, volvió a reforzar la idea de una soberanía superior por parte del Parlamento respecto a la rama ejecutiva. La soberanía del Parlamento, enfatizó, se vería afectada aún si no existiera un límite legal a la potestad de declarar la *prorogation*, toda vez que un poder ilimitado en dicho sentido (que impida la facultad legislativa del cuerpo *sine die*) atentaría contra el principio constitucional de la soberanía parlamentaria.

Por otro lado, el Máximo Tribunal dijo que la *prorogation* del Parlamento, dentro de sus límites legales, no afectaba dicha soberanía. La cuestión, entonces, radicaba en encontrar el límite constitucional de dicha potestad, para que fuera compatible con la mentada soberanía.

La misma cuestión se alzó respecto del segundo principio, el de la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento. Dicho principio permite un escrutinio de las acciones del Poder Ejecutivo, una consideración de estas por los representantes del electorado, y protegía, así, a los ciudadanos del ejercicio arbitrario del poder por parte de aquel.

Para la Corte, la *prorogation* no resultaba en sí ilegal si no afecta dichos principios. Y entonces, ¿cuál era el límite?

2. Para encontrar una respuesta el Alto Tribunal recurrió, por analogía, a otros casos en los cuales un principio constitucional se vio afectado por una norma estatutaria (ley positiva), y recordó que la acción o medida que afectara dicho principio debía estar razonablemente justificada.

Con ese estándar, el de la justificación razonable, arribó a una conclusión sólida. Así estableció que la decisión de establecer la *prorogation* (o aconsejar al monarca hacerlo) será ilegal si tiene el efecto de frustrar o impedir, sin una justificación razonable, la facultad del Parlamento de llevar a cabo sus funciones constitucionales como legislatura y como cuerpo responsable de la supervisión del Gobierno.

---

UKHL 3. En ese último caso, citando el fallo dice: Lord Browne - Wilkinson observó que “la historia constitucional de este país es la historia de la sujeción de las potestades prerrogativas de la Corona al cuerpo legislativo democráticamente electo como el cuerpo soberano primordial”. (pár. 41).

De modo que discernir en qué medida la *prorogation* frustra, o impide la facultad parlamentaria de legislar y de supervisar al Poder Ejecutivo, resultaba ser una cuestión de hecho, como tantas otras que las cortes judiciales deciden a diario, y que no presentaba mayor dificultad para dicho Tribunal.

Este estándar determina el límite de la *Royal Prerogative*, y marca una frontera entre las prerrogativas regias, de un lado, y la vigencia de los principios constitucionales de soberanía parlamentaria y responsabilidad ante el Parlamento, por otro. “El alcance del poder de dictar la *prorogation* es una de esas cuestiones que se pueden resolver por la aplicación de dicho estándar, y por tal razón resulta justificable”<sup>53</sup>.

Alcanzada esa conclusión y luego de repasar los fundamentos democráticos de la Constitución, la Suprema Corte señaló que el Gobierno existe porque tuvo la confianza de la Cámara de los Comunes, y que no tiene ninguna legitimación democrática que no surja de ello. Esto significa que es responsable de sus actos ante la Cámara de los Comunes (y también ante la de los Lores). Entonces, se preguntó si la acción del Primer Ministro tuvo el efecto de frustrar o impedir el rol constitucional del Parlamento de pedir cuentas al Gobierno (es decir, si afectaba al principio de responsabilidad ante el Parlamento).

La respuesta fue afirmativa. Para la Suprema Corte, no fue una *prorogation* normal destinada a preparar el discurso de la Reina, sino que dicha medida impidió al Parlamento cumplir con su rol constitucional por un tiempo prolongado.

Esa interrupción se produjo en un tiempo de vital importancia debido al momento excepcional que atravesaba el Reino Unido. En esta misma línea, la Corte resaltó que la salida de la Unión Europea producirá un cambio fundamental en la Constitución británica.

Así, los jueces entendieron que el pueblo decidió abandonar la Unión, pero el Parlamento, y en particular la Cámara de los Comunes, tenía el derecho de expresarse respecto a cómo se operaría dicha partida. Y dicho Cuerpo, aseveró la Corte, ya demostró que no estaba

53. R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland ([2019] UKSC 41), pár. 52, *in fine*.

de acuerdo con la opción de abandonar la Unión Europea sin acuerdo y que no apoyaba la política del Primer Ministro a ese respecto<sup>54</sup>.

3. Ahora bien, seguidamente analizó si existía una justificación razonable para la mentada *prorogation*. De los documentos aportados, la Suprema Corte estimó que no surgía razón alguna que justificara la *prorogation* del Parlamento por un período de cinco semanas. Toda la argumentación dada por el gobierno se había enfocado en la necesidad de preparar el discurso de la Reina para el 14 de octubre. Sobre esto, la Corte agregó que, si bien el tiempo de trabajo para preparar el discurso varía según la extensión del programa que se presenta, en general la experiencia indicaba que el tiempo típico necesario no excedería los seis (6) días.

Por tal razón, dijo: “(...) es imposible concluir, con la evidencia puesta ante nosotros, que haya existido alguna razón, menos aún una buena razón, para aconsejar a su Majestad que establezca la *prorogation* del Parlamento por un período de cinco semanas, del 9 o 12 de septiembre al 14 de octubre de 2019. No podemos especular, ante la ausencia de más evidencias, cuáles podrían ser esas razones. De ello se sigue que la decisión fue ilegal”<sup>55</sup>.

En virtud de todo lo expuesto, la Suprema Corte sentenció que “el consejo dado por el Primer Ministro fue ilegal y más allá de sus poderes. Eso significa que el mismo fue nulo y sin efecto”<sup>56</sup>.

54. La sanción exprés de la *European Union (Withdrawal) (No2) Act 2019*, un día antes de la imposición de la *prorogation* lo evidencia.

55. “*It is impossible for us to conclude, on the evidence which has been put before us, that there was any reason –let alone a good reason– to advise Her Majesty to prorogue Parliament for five weeks, from 9th or 12th September until 14th October. We cannot speculate, in the absence of further evidence, upon what such reasons might have been. It follows that the decision was unlawful*”. (Ibídem, pág. 61).

56. “*It led to the Order in Council which, being founded on unlawful advice, was likewise unlawful, null and of no effect and should be quashed. This led to the actual prorogation, which was as if the Commissioners had walked into Parliament with a blank piece of paper. It too was unlawful, null and of no effect*”. (Ibídem, pág. 69).

## 5. EL BREXIT HOY

Dictada la sentencia de la Suprema Corte, y declarada ilegal, nula y de ningún efecto la *prorogation*, el Parlamento volvió a reunirse como si nunca hubiera sido interrumpido. Claro que la cuestión espinosa (la aprobación del acuerdo para el abandono de la Unión Europea) seguía latente.

El Poder Ejecutivo había intentado evitar la intervención del Parlamento en la aprobación del tratado, pero como vimos, la Justicia se lo impidió. Por fin, el 17 de octubre de 2019 la Unión Europea y el Reino Unido anunciaron que habían llegado a un acuerdo.

El 19 de octubre de 2019, en virtud de lo establecido por la *European Union (Withdrawal) (No2) Act 2019*, el Primer Ministro debía solicitar al Consejo Europeo (mediante un formato de carta redactado ya por el Parlamento) una extensión del plazo fijado para la salida del Reino Unido. Ante la imposibilidad material de aprobar el acuerdo alcanzado en tan pocos días, Boris Johnson se vio compelido a cumplir con la referida ley y solicitar un nuevo plazo que se fijó para el 31 de enero de 2020.

Cerrada la vía de la *prorogation*, y ante un escenario adverso en el Parlamento, el Gobierno forzó nuevas elecciones. El 12 de diciembre de 2019 el partido del Primer Ministro obtuvo una aplastante victoria, lo que le permitió una composición más favorable de la Cámara de los Comunes.

El 23 de enero de 2020, el Parlamento finalmente aprobó el acuerdo presentado por Boris Johnson mediante la *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*. El 29 de enero, ambos Parlamentos, el británico y el europeo, ratificaron dicho acuerdo. Tres años y medio después del referendo en el que el Reino Unido decidió abandonar la Unión Europea, esta se formalizó.

El 31 de enero marcó un hito simbólico, que implicó el comienzo de un capítulo potencialmente más volátil de un divorcio turbulento, en el que los líderes políticos y empresariales discutirán cómo será el *Brexit* efectivamente (recuérdese que la fecha límite se estableció para el 31 de diciembre de 2020).

La discusión giró (y todavía gira) en torno a los acuerdos comerciales, como ser los que incluirán pautas sobre el comercio de bienes

manufacturados y servicios, que representan gran parte de la economía británica. Si las partes no logran un acuerdo (cuanto menos uno limitado, aunque queden algunos asuntos pendientes), Gran Bretaña saldría igualmente disparada del bloque, lo cual abriría la puerta a la fijación de aranceles y a la interrupción fronteriza. Un escenario similar al del *Brexit* sin acuerdo que los legisladores han temido desde hace mucho.

Por otro lado, también resta definir las negociaciones respecto de cuestiones en las cuales las partes están en desacuerdo. Entre ellas, podemos señalar el deseo de Boris Johnson de separarse de los estándares laborales, ambientales y de seguridad europeos. Sin embargo, los líderes europeos han hecho saber que cuanto más distancia ponga el Reino Unido entre sus reglas y las de Europa, más dificultarán su acceso al mercado de la Unión. Es de notar que cualquier restricción de ese tipo amenazaría los empleos británicos, que a menudo dependen de clientes europeos.

Desde el punto de vista legal, la *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* estableció que durante el período de transición el Reino Unido formará parte del Mercado Común Europeo y seguirá aplicando la ley europea. Una vez alcanzada la fecha límite el 31 de diciembre de 2020, la legislación europea será de aplicación doméstica en Gran Bretaña mientras no sea derogada o modificada por el Parlamento.

Durante este período de transición las “cuatro libertades” –de movimiento de personas, mercancías, capitales y servicios– seguirán siendo de aplicación. En cuanto a la Corte de Justicia europea, sus decisiones seguirán siendo obligatorias. Restará ver qué acuerdos se alcanzan al respecto durante este período fundamental en la vida política y económica del Reino Unido.

Capítulo aparte constituye la problemática del Brexit ya consumado y las relaciones en el seno del Reino Unido. Es decir, entre Inglaterra y Gales, por un lado, y entre Escocia e Irlanda del Norte, por el otro. Mientras que los primeros, en líneas generales, apoyaron (y apoyan) la salida operada, los segundos se manifestaron siempre en contra<sup>57</sup>.

57. En Escocia, particularmente, el Partido Nacional Escocés (SNP, por sus siglas en inglés: *Scottish National Party*) promovía la salida de Escocia del Reino Unido, pero su permanencia en la Unión Europea.

El referéndum intentado en Escocia a fin de lograr su independencia, pero permanecer en la Unión Europea, fracasó. Empero la idea, y el gran apoyo popular que suscita, hacen suponer que la derrota fue solo transitoria.

Como señala Teresa Silva, tanto para Escocia como para Irlanda del Norte la cuestión actual se presenta como un dilema entre dos caminos<sup>58</sup>: “(...) a Escocia e Irlanda del Norte les quedan dos opciones: 1) respetar la decisión general del Reino Unido más allá de que en sus países obtuvieron la permanencia en la UE; 2) someter a referéndum popular la decisión de quedarse o irse del Reino Unido, pero permanecer en la UE. Lo cual trae consigo una complicada decisión para los ciudadanos, quienes ya manifestaron que quieren seguir formando parte del Reino Unido, pero ahora también han decidido que quieren seguir formando parte de la UE”<sup>59</sup>.

Lo expuesto evidencia que, lejos de concluir, las consecuencias del Brexit recién comienzan.

## 6. ANÁLISIS CRÍTICO DEL FALLO

### *a) El criterio para ingresar en el análisis de una cuestión política*

Una primera observación lleva a rescatar cómo los jueces del Alto Tribunal británico abordaron la cuestión sin remilgos jurídicos, enrolándose claramente en la visión de Westminster y yendo directo al corazón del problema.

*Lady Hale y Lord Reed*<sup>60</sup> –a quienes siguieron con sus votos el resto de los jueces de manera unánime– prepararon, en un tono didáctico, la comprensión de su decisión explayándose acerca del sig-

58. Silva, Teresa D., “Las relaciones entre Escocia e Inglaterra en el camino hacia el brexit”, *El Derecho Constitucional* 2016-657.

59. Ídem.

60. Integrantes de la Suprema Corte del Reino Unido al momento de dictar la sentencia: Lady Hale of Richmond, Presidente. Lord Reed, Diputado Presidente. Jueces, Lord Hodge, Lord Kerr, Lord Wilson, Lady Black, Lord Lloyd-Jones, Lord Briggs, Lady Arden, Lord Kitchin y Lord Sales.

nificado del instituto de la *prorogation* y sus diferencias con otras interrupciones o recesos del Parlamento<sup>61</sup>.

Su interpretación es, a mi juicio, completamente ortodoxa. La *prorogation* es una prerrogativa regia, y por aceptación y convención de la sociedad política no se encuentra regulada. Prima el viejo principio de la Iglesia Católica de considerar que si todos están de acuerdo en que algo es como es, no hace falta tener que regularlo. El derecho consuetudinario inglés, precisamente, se basa en dicho principio. La cuestión se alza cuando algún miembro de la comunidad pone en duda aquello, o directamente lo niega.

Pero que la cuestión no esté regulada a través de una ley (*statutory law*) no significa que se encuentre al margen de la máxima ley que es el *Rule of Law*.

Ciertamente, la Corte Suprema en este punto trajo a colación la definición de la Cámara de los Lores, en su actuación como tribunal de alzada en *Case of proclamations (1611) 12 co Rep 74*, cuando en virtud de una prerrogativa regia se amenazó con desestabilizar los fundamentos del Reino. Así, señaló que “[e]sa Corte [la Cámara de los Lores] concluyó en el párrafo 76, que «el Rey no tiene más potestades prerrogativas que aquellas que le permite la ley del reino», indicando con ello que la ley y las cortes de justicia establecían los límites de las potestades prerrogativas”<sup>62</sup>. Precisamente por entender que lo que estaba en juego era el futuro del Reino, no apeló al subjetivo subterfugio de la cuestión política no justiciable, para eludir la cuestión<sup>63</sup>

61. [2019] UKSC 41, pár. 30-31.

62. “*That political controversy did not deter the courts from holding, in the Case of Proclamations (1611) 12 Co Rep 74, that an attempt to alter the law of the land by the use of the Crown’s prerogative powers was unlawful. The court concluded at p 76 that «the King hath no prerogative, but that which the law of the land allows him», indicating that the limits of prerogative powers were set by law and were determined by the courts”.* (R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland [2019] UKSC 41, pár. 32).

63. Comparto la opinión del Dr. Bianchi en el sentido de que la situación llevada a los estrados era tan extraordinaria que determinó que el Máximo Tribunal no hiciera uso de la elusiva doctrina de la cuestión política no justiciable. Señala Alberto Bianchi: “[p]robablemente, en otra circunstancia menos extraordinaria, la Corte Suprema hubiera optado por dictar un fallo como el de la High Court, cómodamente recostada en la doctrina de las cuestiones políticas, pero sin lugar a dudas, la circunstancia exigía

(como lo ha hecho cuando no quiere comprometerse en ciertas controversias).

Indicó, por lo tanto, que “[e]l hecho de que una controversia legal surja de una disputa política o concierna la conducta de políticos no constituye óbice suficiente para impedir a las cortes su intervención”<sup>64</sup>. La Corte, evidentemente, entendió que por la naturaleza del conflicto y por las personas involucradas (la Corona, el Primer Ministro, el Parlamento y la ciudadanía –fundamento de la democracia británica–<sup>65</sup>), se trata de una cuestión política. Sin embargo, ello no es óbice a la intervención de la justicia dadas las circunstancias.

Bien entendida, esta intervención no es caprichosa, sino que se efectúa en virtud de la vulneración de los principios constitutivos del reino acaecida con motivo de esa cuestión política. Esos principios están por encima de las prerrogativas regias, de la voluntad del Poder Ejecutivo y de la misma inercia del Parlamento. Por eso los jueces consideraron que recostarse en la doctrina de la cuestión política no justificable significaba convalidar por omisión un avasallamiento de principios constitucionales fundamentales del reino<sup>66</sup>.

---

una decisión mucho más enérgica, que pusiera límites a un primer ministro dispuesto a aprovechar –con picardía– las lagunas legales en su favor”. Cfr. Bianchi, Alberto B., “Un fallo ejemplar de la Corte Suprema del Reino Unido”, *El Derecho Administrativo*, 2019 (1/11/2019, Nro 14.746).

64. *Ibidem*, pág. 31.

65. Nótese que cuando se refirió al principio de escrutinio de las acciones de gobierno, el fundamento de su ejercicio por el Parlamento es la elección por parte del pueblo de los integrantes de la Cámara de los Comunes; como espejo también señaló que la potestad del Primer Ministro surge de la confianza que el Parlamento le otorga: “*Ministers are accountable to Parliament through such mechanisms as their duty to answer Parliamentary questions and to appear before Parliamentary committees, and through Parliamentary scrutiny of the delegated legislation which ministers make. By these means, the policies of the executive are subjected to consideration by the representatives of the electorate, the executive is required to report, explain and defend its actions, and citizens are protected from the arbitrary exercise of executive power*” [2019] UKSC 41, pág. 46.

66. La Suprema Corte entendió que la situación era en verdad excepcional. Incluso manifestó su optimismo en el sentido de no tener que volver a intervenir de la forma en la que se vio obligada a hacerlo. Dijo el Tribunal: “Es importante enfatizar que la cuestión en estas apelaciones se presenta bajo circunstancias nunca antes transitadas y que no parecen volver a repetirse nunca más. Es una en la especie. Pero

La Suprema Corte enseñó que, en la medida en que se atente contra los fundamentos constitucionales del reino, no hay cuestión política que impida la intervención de las cortes de justicia. Este es el primer paso que dio el Tribunal Cimero.

Todo ello sin dejar de reconocer la existencia de la potestad regia de ejercer la *prorogation*. Pues no juzga contra derecho dicha potestad, pero se pregunta hasta qué extremo resulta legítima. Es decir, ¿cuál es su límite? A ese interrogante responde: “Toda vez que dicha potestad está reconocida por el *common law*, y debe ser compatible con los principios del *common law*, esos principios pueden iluminar donde yacen sus fronteras”<sup>67</sup>.

Esos principios permitieron a los jueces encontrar el estándar legal para valorar el accionar del Gobierno al aconsejar la *prorogation* y, en tal sentido, evaluar si existió una vulneración de la Constitución.

Dicho estándar lo encontraron en los principios constitucionales: “(...) los límites de una potestad prerrogativa relativa al funcionamiento del Parlamento son pasibles de ser iluminados, y de hecho determinados por los principios fundamentales de nuestra ley constitucional”<sup>68</sup>. Es decir, señalaron que no existe un poder absoluto por encima de la ley fundamental del Reino y exento del control judicial.

Resulta imprescindible resaltar esta definición de la Corte. Encontrar el estándar sobre el cual poder evaluar la acción del gobierno le permitió avocarse al tratamiento de la cuestión. Y dicho estándar lo constituyen los principios constitucionales del Reino.

---

nuestra ley está acostumbrada a estos desafíos y nos provee las herramientas legales con las cuales podemos alcanzar una solución”. [*“It is important to emphasise that the issue in these appeals (...) arises in circumstances which have never arisen before and are unlikely ever to arise again. It is a «one off». But our law is used to rising to such challenges and supplies us with the legal tools to enable us to reason to a solution”*] [2019] UKSC 41, pág. 1. En igual sentido, en pág. 57.

67. *Ibidem*, pág. 38.

68. *“In particular, the boundaries of a prerogative power relating to the operation of Parliament are likely to be illuminated, and indeed determined, by the fundamental principles of our constitutional law”* [2019] UKSC 41, pág. 38.

*b) Consideraciones sobre el principio de la soberanía parlamentaria*

Con relación a la consideración del principio de la soberanía parlamentaria (*Parliamentary Sovereignty*), la Corte se apoyó sobre sólidos fundamentos históricos.

No obstante ello, hay quienes sostienen en el Reino Unido que la decisión de la Corte comentada no fue precisamente constitucional, pues el tribunal consideró la soberanía parlamentaria en forma extensiva y errónea. John Finnis y otros autores entienden que la soberanía parlamentaria se limita a la legislación dictada por ese órgano, que debe ser considerada suprema<sup>69</sup>. De modo que el ejercicio de la soberanía comprende la acción legislativa que incluso se coloca por encima de la ley consuetudinaria.

En la otra vereda, Paul Craig<sup>70</sup> sostiene que lo decidido por la Suprema Corte resulta una interpretación ortodoxa del principio de soberanía parlamentaria. Para sustentar su postura acude a nombres de prestigio como Coke, Blackstone, Dicey and Wade. Señala el profesor del Saint John's College que considerar que la ley positiva [*statutory law*] reviste carácter de suprema respecto de todo lo demás nunca representó la totalidad del principio de soberanía parlamentaria<sup>71</sup>.

69. Finnis, John, "The unconstitutionality of the supreme court's prorogation judgment, with supplementary notes", *American Journal of Jurisprudence* 59, University of Oxford research paper number 6/2020 Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 200304, pp. 4-5. Ekins, Richard, "Parliamentary Sovereignty and the Politics of Prorogation", *Policy Exchange*, 16 de septiembre de 2019, rescatado de: [policyexchange.org.uk/publication/parliamentary-sovereignty-and-the-politics-of-prorogation/](https://policyexchange.org.uk/publication/parliamentary-sovereignty-and-the-politics-of-prorogation/) (consultado el 30/3/2020).

70. Craig, Paul, "The Supreme Court, Prorogation and Constitutional Principle", Forthcoming in *Public Law Oxford Legal Studies Research Paper No. 57/2019*, rescatado de: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3477487](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3477487) (consultado el 30/3/2020).

71. "Considerar que los estatutos están investidos de supremacía sobre todo lo demás nunca ha representado la totalidad del principio de soberanía parlamentaria como lo articularon Coke, Blackstone, Dicey y Wade" [*"The proposition that statutes are invested with supremacy over all else has never represented the totality of the principle of parliamentary sovereignty as articulated by Coke, Blackstone, Dicey and Wade"*]. Ídem, p. 11.

Siguiendo al mencionado catedrático, podemos señalar que la misma concepción de la soberanía parlamentaria sostenida por los detractores contiene la respuesta ortodoxa tomada por la Corte.

El razonamiento puede formularse del siguiente modo: toda la doctrina británica, incluida la crítica al fallo, está de acuerdo en que la soberanía parlamentaria encuentra un límite en el cambio de composición de cada Parlamento. O sea, lo decidido por un Parlamento es obligatorio para todos en el Reino Unido, menos para el próximo Parlamento. Esto significa que la soberanía reside en cada Parlamento y uno anterior no puede limitar el ejercicio del próximo, pues éste tiene nuevamente la potestad soberana para su funcionamiento. Entonces, el eje sobre el que hay que poner atención es la imposibilidad de limitar el ejercicio de la soberanía parlamentaria.

Así, se comprende la decisión de la Corte, al considerar que “[e]l principio de la soberanía Parlamentaria siempre comprendió las condiciones para su ejercicio”<sup>72</sup>.

Sostiene Craig que la razón por la cual el ejercicio de la soberanía parlamentaria resulta tan relevante se debe a que es un presupuesto necesario para que el Parlamento ejercite sus funciones legislativas y de escrutinio (o control)<sup>73</sup>. Podemos afirmar entonces que, sin la posibilidad del ejercicio de la soberanía parlamentaria, esta no tiene razón de ser.

En esta misma línea, Dindjer apuntó que “si el Parlamento permanece bajo *prorogation* por largo tiempo mientras las cuestiones de importancia no pueden abordarse, siendo el tiempo esencial, se niegan al mismo oportunidades significativas para ejercitar plenamente su poder legislativo”<sup>74</sup>. A fin de cuentas, el Máximo Tribunal entendió que la *prorogation*, extendida por un período prolongado sin

72. *Ibidem*, p. 9.

73. “*The reason why parliamentary sovereignty as interpreted by the Supreme Court is so important is that it is a condition precedent for Parliament to exercise its legislative and scrutiny functions*”. *Ibidem*, p. 13.

74. “[I]f Parliament stands prorogued at length while major issues cannot be addressed, and time is of the essence, it is denied meaningful opportunities to exercise its plenary legislative power”. Dindjer, H., “Prorogation as a Breach of Parliamentary Sovereignty”, U.K. Const. L. Blog (16 de septiembre de 2019), rescatado de: <https://ukconstitutionallaw.org>.

una razón que lo justifique, atentó contra el ejercicio de la soberanía Parlamentaria<sup>75</sup>.

*c) Consideraciones sobre el principio de control parlamentario de las acciones de gobierno*

Aparte de lo antedicho sobre la soberanía, la potestad del Parlamento para efectuar el control parlamentario de las acciones de gobierno surge del *common law*. Es considerada una convención entre las partes (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo). Una suerte de pacto de caballeros, que nunca necesitó ser regulado<sup>76</sup>.

La responsabilidad del gobierno frente al Parlamento ha sido entendida, por algunos autores, como un límite a la intervención de los tribunales de justicia, y no precisamente como un fundamento para lo contrario<sup>77</sup>. Quienes apoyan esa tesis sostienen que la Suprema Corte, al considerar el principio de escrutinio como constitucional, acabó por “convertir” un derecho convencional en uno legal; ya que el derecho convencional no puede ser revisado en los tribunales<sup>78</sup>.

---

org/2019/09/16/hasan-dindjer-prorogation-as-a-breach-of-parliamentary-sovereignty/ (consultado el 30/3/2020).

75. *R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41. párs. 50-51 y 58.

76. Alberto Bianchi bien señala el espíritu de club, tan propio de la idiosincrasia británica, que anima este pacto tácito que rige las convenciones, en estos términos: “Recordemos que los británicos emplean las *constitutional conventions*, es decir, los acuerdos tácitos que llenan los vacíos constitucionales, mientras nadie las quiebra. Los anima en esto el espíritu propio de un club. No es necesario escribir las reglas mientras todos estemos dispuestos a respetarlas. Una vez que alguien las altera, se sanciona una ley que convierte en Derecho Positivo lo que hasta ese momento era Derecho Consuetudinario”. Cfr. “Un fallo ejemplar de la Corte Suprema...”, cit., p. 11.

77. V. gr. Ekins, Richard, “Parliamentary Sovereignty...”, cit.

78. Esta crítica evidencia la compleja relación que existe entre la convención y la ley. El sistema legal británico, como ya dije, se compone de un derecho consuetudinario y otro estatutario (ley positiva). No es este el lugar para desarrollar esa cuestión con la amplitud que merece. Pero de alguna manera el fallo comentado ha reafirmado la postura central de la Suprema Corte como guardián de la Constitución no escrita y

La Corte respondió a esas objeciones anticipadamente citando diversa jurisprudencia en la cual el control parlamentario operó como óbice para que los tribunales pudieran decidir al respecto. El principio que se defendía precisamente era la soberanía parlamentaria y el ejercicio del escrutinio de las acciones de gobierno, que el Parlamento libremente había efectuado, o podía efectuar y no hizo. Nada tenía la Corte que decir al respecto. Conviene tener presente: “El principio de la responsabilidad del gobierno frente al Parlamento ha sido invocado una y otra vez durante el desarrollo de nuestra ley constitucional y administrativa como justificación para una restricción a la intervención judicial como parte de la constitucional separación de poderes”<sup>79</sup>.

Así, el Máximo Tribunal advirtió que el convencional escrutinio parlamentario fue regularmente llevado a los estrados judiciales, o tratado y considerado por los tribunales de justicia. La respuesta actual no era novedosa para la Corte, ni tampoco para la doctrina<sup>80</sup>.

Aquí, lo interesante es el razonamiento que utilizó la Corte. En dichos casos, la restricción de la justicia en virtud del principio de escrutinio aludido se debió precisamente a respetar tal principio y a no intervenir para no conculcarlo. En este caso, el objetivo es el mismo, la protección del ejercicio de esa potestad. Pero en esta oportunidad era el Poder Ejecutivo quien había conculcado el principio, por lo que ahora sí resultaba necesaria la intervención de la Justicia.

---

asentada sobre principios consuetudinarios, pudiendo y debiendo, en su caso, intervenir en su defensa, en situaciones como la de marras.

79. “The principle of Parliamentary accountability has been invoked time and again throughout the development of our constitutional and administrative law, as a justification for judicial restraint as part of a constitutional separation of powers (see, for example, *R v. Secretary of State for the Environment, Ex p Nottinghamshire County Council* [1986] AC 240, 250), and as an explanation for non-justiciability (*Mohammed (Serdar) v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 1; [2017] AC 649, pá. 57)”. (*R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland*) [2019] UKSC 41, pá. 47.

80. “No court would ever depreciate or call in question ministerial responsibility to Parliament. But as Professor Sir William Wade points out in *Wade and Forsyth, Administrative Law*, 7th ed (1994), p. 34, ministerial responsibility is no substitute for judicial review”. Cfr. cita en *R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41, pá. 33.

Ahora bien, esa protección, si se analizan las razones dadas por la Corte para su intervención, es un deber que se impone en razón de la soberanía del Parlamento. Ello es así, toda vez que la fundamentación para que el Gobierno esté obligado a rendir cuentas, o la facultad del Parlamento a pedir las, radica en la naturaleza política del Parlamento: su soberanía. El Parlamento es la expresión de la ciudadanía – que elige a sus miembros con responsabilidad política (*House of Commons*)–, y de él surge el Gobierno. Consecuencia de este sistema de legitimación de los poderes constitucionales es la función del Poder Ejecutivo, al menos en teoría, de ejecutor, y no más de las políticas de gobierno respetando siempre la voluntad de la ciudadanía, representada por el Parlamento<sup>81</sup>.

Resulta lógico, entonces, que la medida que impida el ejercicio de esa soberanía afecta el orden Constitucional y debe ser amparada por la Justicia (en su rol de contralor de constitucionalidad). La extensa duración de la *prorogation* tornó real para los jueces “el peligro de que un gobierno responsable sea reemplazado por un gobierno incontrolable”<sup>82</sup>.

81. En palabras de la Suprema Corte: “Permítasenos recordar los fundamentos de nuestra Constitución. Vivimos en una democracia representativa. La Cámara de los Comunes existe porque el pueblo ha elegido a sus miembros. El Gobierno no es elegido directamente por el pueblo (como sucede en algunas otras democracias). El Gobierno existe porque tiene la confianza de la Cámara de los Comunes. No tiene legitimación democrática más que esa. Esto significa que es responsable ante la Cámara de los Comunes –y ciertamente a la Cámara de los Lores–, por sus acciones, sin olvidar que en verdad la tarea de gobernar corresponde al Ejecutivo y no al Parlamento ni a las cortes”. [*“Let us remind ourselves of the foundations of our constitution. We live in a representative democracy. The House of Commons exists because the people have elected its members. The Government is not directly elected by the people (unlike the position in some other democracies). The Government exists because it has the confidence of the House of Commons. It has no democratic legitimacy other than that. This means that it is accountable to the House of Commons –and indeed to the House of Lords– for its actions, remembering always that the actual task of governing is for the executive and not for Parliament or the courts”*] [2019] UKSC 41, pág. 55

82. “*But the longer that Parliament stands prorogued, the greater the risk that responsible government may be replaced by unaccountable government: the antithesis of the democratic model. So the same question arises as in relation to Parliamentary sovereignty: what*

La Suprema Corte ha fijado en este caso ciertos principios que de ahora en más deberán tenerse presentes, sin perjuicio de la esperanza de los jueces para que una situación como la de marras no se repita<sup>83</sup>. La consideración del principio de responsabilidad del Gobierno frente al Parlamento, como susceptible de ser exigido ante los tribunales, y no solo entendida como una restricción judicial, podría finalmente convertirse en una de las mayores contribuciones del presente fallo.

Así opinó Hogarth al decir que, si bien antes de la sentencia de la Suprema Corte, las acciones que informan el mencionado principio (v. gr., la respuesta de los ministros a consultas parlamentarias, su presencia frente a comités y la proposición de legislación secundaria a consideración del Parlamento) podían ser consideradas tan solo afirmación de una convención, o parte de una práctica común, de ahora en más han pasado a formar parte del Derecho Constitucional sin lugar a duda.

En virtud de ello, expresa que “(...) resulta claro que la facultad del Parlamento de pedir cuentas al gobierno es parte de nuestro Derecho Constitucional –y si el gobierno amenaza esa rendición de cuentas, las cortes actuarán para protegerlo. A largo plazo, quizá sea esta la mayor contribución de la sentencia a nuestra comprensión de la Constitución del Reino Unido: la Corte ha fortalecido la rendición de cuentas del Ejecutivo al Parlamento con la fuerza de la ley”<sup>84</sup>.

---

*is the legal limit upon the power to prorogue which makes it compatible with the ability of Parliament to carry out its constitutional functions?”.* *Ibídem*, pág. 48.

83. *Ibídem*, pág. 1.

84. “It said that a second constitutional principle –ministerial accountability to Parliament– is just as fundamental to our constitution. Ministers answer parliamentary questions, appear before committees, and submit secondary legislation to scrutiny by parliamentarians. All of that protects citizens from the arbitrary exercise of executive power. That Parliament performs those roles might, before this judgment, have been thought a statement of convention or common practice. It is now clear that Parliament’s role in holding the government to account is part of our constitutional law – and if the government threatens that accountability, then the courts will move to protect it. In the long term, this may be the judgment’s biggest contribution to our understanding of the UK constitution: the court has fortified executive accountability to Parliament with the force of law”. Hogarth, Raphael, “The Supreme Court...”, *cit.*

*d) Consideraciones sobre el principio de excepción de una justificación razonable*

Estos dos principios que la Corte ha alzado para elaborar el estándar que permitió, en definitiva, dilucidar si el consejo dado a la Reina fue legal o no, tienen una excepción. Es decir, los jueces van tejiendo su opinión, concatenando cuatro cuestiones fundamentales: 1) la justiciabilidad de ciertas cuestiones políticas, 2) el principio de soberanía parlamentaria, 3) la responsabilidad del gobierno para con el Parlamento (o principio de escrutinio del Parlamento), y 4) el principio de excepción de una justificación razonable.

Es momento de concentrarse en este último. El Tribunal entendió que la existencia de una cuestión de hecho puede, en ciertas circunstancias, operar como una suerte de salvoconducto de una acción, en principio inconstitucional, que vulnere los mencionados principios<sup>85</sup>.

De ese modo, el principio de soberanía parlamentaria y el de responsabilidad del gobierno ante el Parlamento no son absolutos; y, en cada caso, habrá que analizar la existencia de una justificación razonable para “quebrantarlos”.

Desandando ese camino, afirmó la Corte que de los documentos aportados no surge razón alguna que requiera la *prorogation* del Parlamento por un período de cinco semanas. La explicación dada por el gobierno se había enfocado en la necesidad de preparar el discurso de la Reina. Para el Tribunal, si bien no hay una norma que establezca la cantidad de días necesarios, un tiempo típico para ello no debería exceder los seis (6) días.

Por tal razón, sentenció: “[e]s imposible concluir, con la evidencia puesta ante nosotros, que existió razón alguna, menos aún una buena razón, para aconsejar a su Majestad *to prorogue* el Parlamento por cinco semanas, del 9 o 12 de septiembre al 14 de octubre de 2019. No podemos especular, ante la ausencia de más evidencias, cuáles podrían ser esas razones. De ello se sigue, que la decisión fue ilegal”<sup>86</sup>.

85. [2019] UKSC 41, pár. 50.

86. “It is impossible for us to conclude, on the evidence which has been put before us, that there was any reason – let alone a good reason – to advise Her Majesty to prorogue Parlia-

Comparto la opinión del profesor Craig, al considerar que “[l]a Suprema Corte en *Miller/Cherry* decidió el caso acorde a los preceptos normales del razonamiento judicial”<sup>87</sup>. Este razonamiento le permitió a la Suprema Corte encontrar, por analogía, un estándar legal sobre el cual medir la acción del gobierno y evaluar, en su caso, la existencia de una excepción que habilitara a Boris Johnson a actuar como lo hizo<sup>88</sup>.

Por todo ello, deviene lógico el resultado del fallo: la ilegalidad de la acción por inconstitucional. El Primer Ministro, con el consejo para la *prorogation* dado a la Reina, vulneró los principios de soberanía y de escrutinio del Parlamento sin una razón que lo justificara, en salvaguarda de un principio mayor, o a fin de evitar un daño mayor.

La Suprema Corte, con su decisión, dejó en claro el lugar que ocupa el Parlamento en el sistema constitucional británico (y su propio rol como guardián de la Constitución). Es una reafirmación importantísima de la visión de Westminster, que considera al Parlamento como la institución fundamental de la democracia británica, cuya voz no debe ser censurada<sup>89</sup>.

---

*ment for five weeks, from 9th or 12th September until 14th October. We cannot speculate, in the absence of further evidence, upon what such reasons might have been. It follows that the decision was unlawful” [2019] UKSC 41, pár. 61.*

87. “*The Supreme Court in Miller/Cherry decided the case in accord with normal precepts of judicial reasoning*”. “*The Supreme Court...*”, cit., p. 16.

88. “*In principle, if not always in practice, it is relatively straightforward to determine the limits of a statutory power, since the power is defined by the text of the statute. Since a prerogative power is not constituted by any document, determining its limits is less straightforward. Nevertheless, every prerogative power has its limits, and it is the function of the court to determine, when necessary, where they lie. Since the power is recognized by the common law, and has to be compatible with common law principles, those principles may illuminate where its boundaries lie. In particular, the boundaries of a prerogative power relating to the operation of Parliament are likely to be illuminated, and indeed determined, by the fundamental principles of our constitutional law*” [2019] UKSC 41, pár. 38.

89. Resulta interesante lo expresado por Keith Ewing, en el sentido de que, por un lado, el corazón de la decisión residió en la soberanía parlamentaria, y, por otro, cómo esa soberanía parlamentaria fue invocada por el propio Primer Ministro como fundamento del Brexit. “Mirando hacia adelante, la cuestión más atrayente de la decisión es la defensa de la soberanía parlamentaria. Despojando al fallo de todo lo circundante, el núcleo de las cuestiones más importantes sobre las cuales la corte fue

Las circunstancias especiales que rodearon al caso permitieron elaborar la presente sentencia. Como en todas partes del mundo occidental, un Poder Legislativo, compuesto en un gran porcentaje por partidarios del partido gobernante, la mayoría de las veces actúa como una escribanía a la carta. En este caso, la “rebelión” de los partidarios del Primer Ministro pusieron sobre el tapete el enfrentamiento clásico y tradicional entre estos dos poderes (Parlamento *versus* Poder Ejecutivo); trayendo a la palestra política-legal las dos concepciones de la Constitución del reino: Whitehall y Westminster<sup>90</sup>.

---

llamada a responder es el rol del Parlamento de Westminster en la moderna Constitución británica, conllevando el resultado paradójicamente a una respuesta que refleja en definitiva el sentimiento del resultado del referéndum, al menos en aquellas partes del país donde la mayoría votó para abandonar la Unión Europea. Al decidir en el sentido de una clara ortodoxia constitucional y emitir una clara reafirmación de la soberanía parlamentaria como principio fundamental de la constitución, *Miller* ha eliminado las incertidumbres, equívocos y calificaciones recientes, de modo que el Gobierno pudo reclamar con confianza solo una semana después de alcanzada la decisión que «La soberanía del Parlamento es un principio fundamental de la Constitución del Reino Unido. Si bien el Parlamento se ha mantenido soberano durante nuestra membresía en la UE, no siempre se ha sentido así» [*“Looking forward, however, the most eye-catching feature of the decision is its defence of parliamentary sovereignty. When all is stripped away, the core of both of the major questions the court was asked to address is the role of the Westminster Parliament in the modern British constitution, the reasoning if not the result paradoxically responding in terms that reflect the sentiment of the referendum result, at least in those parts of the country where a majority of those voting did so to leave the EU. In thus delivering a clear statement of constitutional orthodoxy and a clear re-assertion of parliamentary sovereignty as the fundamental principle of the constitution, Miller has swept aside recent uncertainties, equivocations and qualifications, so that the Government was able confidently to claim only a week after the decision was reached that «The sovereignty of Parliament is a fundamental principle of the UK constitution. Whilst Parliament has remained sovereign throughout our membership of the EU, it has not always felt like that»”*]. Department for Exiting the EU, *The United Kingdom’s Exit from and New Partnership with the European Union Cm 9417 (2017)* at [2.1]. This led to headlines such as *“The Brexit White Paper completely contradicts a key argument for Brexit”*: *The Independent* 2 February 2017. *“Brexit and Parliamentary Sovereignty”*. Ewing, Keith, *The Modern Law Review* @ 2017. *The Modern Law Review Limited*. (2017) 80(4) MLR 685-745, p. 2.

90. Con una mayoría parlamentaria complaciente, Boris Johnson, y antes que él, Theresa May, hubiera logrado aprobar un acuerdo antes de tener que llegar a la decisión de aplicar la *prorogation* y desencadenar estos sucesos judiciales.

Para apreciar el valor del fallo de la Suprema Corte, hay que tener en cuenta que la idea de que la Constitución británica está basada en un sistema de frenos y contrapesos [*cheks and balances*] no es universalmente aceptada.

En la práctica, la posición del Primer Ministro, es decir, la de Whitehall, se ve reflejada en la decisión de la *High Court* inglesa: la Constitución del Reino Unido no contiene ningún estándar legal que una corte de justicia pueda tomar para arribar a una decisión respecto del consejo dado a la Reina para la *prorogation*. Por lo tanto, la cuestión no es justiciable en los tribunales. No le interesó al tribunal desentrañar los principios que sostienen y dan entidad a la Constitución británica.

Por su parte, la decisión de la Suprema Corte proporciona una clara articulación de la visión de Westminster, categorizada en cinco principios que mencionaremos en el próximo punto. Cada uno de estos principios se interrelacionan armónicamente para priorizar el rol del Parlamento como contralor de los poderes del Gobierno. A partir de ahora, no será fácil negar el evidente rol del Parlamento en la Constitución del Reino Unido.

## 7. CONCLUSIONES

La Suprema Corte tuvo oportunidad de hacer valer la interpretación amplia del principio fundante de la Constitución británica. La soberanía parlamentaria no se reduce a la sanción de normas del más alto nivel jerárquico, sino que significa, a su vez, la libertad de ejercicio de sus potestades, sean éstas sesionar, sancionar leyes o requerir informes al gobierno<sup>91</sup>. Asimismo, un derecho consuetudinario –no reglamentado–, y que nunca antes había sido cuestionado, se encuentra hoy delimitado por la decisión de la Corte.

La doctrina que podemos extraer de la sentencia comentada es que la soberanía parlamentaria implica las condiciones para su ejercicio y que toda afectación a dicho ejercicio (en el caso, la posibilidad de pedir cuentas al Gobierno de sus acciones) debe encontrarse razo-

91. Ver notas 67, 69 y 77.

nablemente justificada o de lo contrario será inconstitucional, habilitando a los tribunales a intervenir en su defensa.

El Máximo Tribunal ha estructurado esta doctrina sobre la base de cinco principios constitucionales, que fueron tenidos en cuenta al momento de fallar, a saber: 1) el principio de la justiciabilidad de la *prorogation*; 2) el principio de la soberanía parlamentaria, que implica el ejercicio de esa soberanía; 3) el principio de la responsabilidad del gobierno frente al Parlamento; 4) el principio de la justificación razonable, por el cual se valoró la ausencia de un motivo razonablemente justificado para motivar una *prorogation* tan larga<sup>92</sup>, y 5) el principio según el cual la *prorogation* no es una acción parlamentaria sino un acto impuesto al Parlamento, que no toma parte en la decisión<sup>93</sup>.

Con su fallo, la Corte escribió un nuevo capítulo en el enfrentamiento entre el Parlamento y el Poder Ejecutivo y reafirmó el principio de la soberanía parlamentaria asentado sobre la legitimación del Parlamento.

Sin perjuicio de ello, un interrogante se alza más allá de la confrontación relatada. Sin la judicialización de la cuestión, ¿con qué armas propias contaba el Parlamento para detener el avance “inconstitucional, nulo y de ningún efecto” del Primer Ministro sobre sus facultades?

La respuesta a ese interrogante (o cuanto menos su búsqueda) arrojará luz sobre la verdadera dimensión actual del órgano democrático por excelencia de la Constitución del Reino Unido de Gran Bretaña, en cuanto a la mentada soberanía, y de cara al avance permanente de los Poderes Ejecutivos en el mundo occidental<sup>94</sup>.

Quizá la decisión de la Suprema Corte propicie el debate sobre la conveniencia de regular, a través de una *statutory law*, la *prorogation*, y con ello avanzar, indirectamente, en la construcción de una codificación constitucional que por ahora parece lejana, y cuya ausencia determina la importancia de los principios constitucionales del *common law*.

92. *Ibidem*, pár. 50.

93. [2019] UKSC 41, pár. 68-69. V. nota 43.

94. Bianchi, Alberto B., “Un fallo ejemplar de la Corte Suprema del Reino Unido”, Buenos Aires, *elDial.com* Biblioteca Jurídica Online, N° 5317, 2019.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Bandieri, Luis M., “El entierro de Montesquieu”. Pervivencia del *Rule of Law* en épocas neoconstitucionales”, *FORUM* 02, Buenos Aires, EDUCA, Universidad Católica Argentina, 2014, pp. 75-100.
- Bianchi, Alberto B., “Un fallo ejemplar de la Corte Suprema del Reino Unido”, Buenos Aires, *elDial.com* Biblioteca Jurídica Online, N° 5317, 2019.
- Bianchi, Alberto B., “Un fallo ejemplar de la Corte Suprema del Reino Unido”, *El Derecho Administrativo* [2019], 1/11/2019, N° 14.746.
- Caird Simson, Jack, “The Supreme Court and Parliament: The Constitutional Status of Checks and Balances”, publicado el 1° de octubre de 2019, rescatado de: <https://binghamcentre.biicl.org/comments/65/the-supreme-court-and-parliament-the-constitutional-status-of-checks-and-balances> (consultado el 30/3/2020).
- Craig, Paul, “The Supreme Court, Prorogation and Constitutional Principle”, Oxford Legal Studies Research Paper No. 57/2019.
- Dindjer, H., “Prorogation as a Breach of Parliamentary Sovereignty”, U.K. Const. L. Blog (16 de septiembre 2019), rescatado de: <https://ukconstitutionallaw.org/2019/09/16/hasan-dindjer-prorogation-as-a-breach-of-parliamentary-sovereignty/> (consultado el 24/3/2020).
- Ekins, Richard, “Parliamentary Sovereignty and the Politics of Prorogation”, Policy Exchange, 16 de septiembre de 2019, rescatado de: [policyexchange.org.uk/publication/parliamentary-sovereignty-and-the-politics-of-prorogation/](http://policyexchange.org.uk/publication/parliamentary-sovereignty-and-the-politics-of-prorogation/) (consultado el 30/3/2020).
- Ewing, Keith, “Brexit and Parliamentary Sovereignty” - *The Modern Law Review* @ 2017. *The Modern Law Review Limited*, 2017, 80(4) MLR 685–745.
- Finnis, John, “The unconstitutionality of the Supreme Court’s prorogation judgment, with supplementary notes”, *American Journal of Jurisprudence* 59, 2014, University of Oxford Research Paper Number 6/2020 Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 200304.
- Grace, Jamie, “A judgment on the unlawful prorogation of Parliament” (6 de noviembre de 2019), disponible en SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3481673> (consultado el 24/3/2020).
- Hogarth, Raphael, “The Supreme Court has fortified Parliament’s ‘constitutional role’ - and its own”, Institute for Government, [www.institutefor-governance.org.uk/blog/supreme-court-fortified-parliaments-constitutional-role-and-its-own](http://www.institutefor-governance.org.uk/blog/supreme-court-fortified-parliaments-constitutional-role-and-its-own) (consultado el 5/5/2020).
- Howarth, David, “Westminster versus Whitehall: Two Incompatible Views of the Constitution”, U.K. Const. L. Blog (10th Apr. 2019) <https://uk->

constitutionalaw.org/2019/04/10/david-howarth-westminster-versus-whitehall-two-incompatible-views-of-the-constitution/ (consultado el 20/11/2019).

Maino, Carlos A. G., “¿Gobierno de los Jueces o Gobierno de las Instituciones? Pervivencia del *Rule of Law* en épocas neoconstitucionales”, *FORUM* 02, Buenos Aires, EDUCA, Universidad Católica Argentina, 2014, pp. 113-129.

Mcharg, Aileen, “The Supreme Court’s Prorogation Judgment: Guardian of the Constitution or Architect of the Constitution?”, *The Edinburgh Law Review*, Vol 24, Edinburgh University Presss, enero 2020, pp. 95-103.

Sagüés, Néstor P., *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004.

Silva, Teresa D., “Las relaciones entre Escocia e Inglaterra en el camino hacia el brexit”, *El Derecho Constitucional* 2016-657.

Sobre funcionamiento y aplicación de normas en el Reino Unido, se consultó el sitio *web* del Parlamento: <https://www.legislation.gov.uk/understanding-legislation> (consultado el 5/5/2020).

## **Normas**

*European Union Referendum Act 2015* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/contents/enacted> (consultado el 5/5/2020).

*European Union (Notification Act) 2017* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/9/contents> (consultado el 5/5/2010).

*European Unión (Withdrawal) Act 2018* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents/enacted> (consultado el 5/5/2010).

*European Union (Withdrawal) Act 2019* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/16/contents/enacted> (consultado el 5/5/2010).

*Fixed-term Act 2011* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/14/contents/enacted> (consultado el 5/5/2010).

*European Union (Withdrawal) (No2) Act 2019* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/26/enacted> (consultado el 5/5/2010).

*European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/1/contents/enacted> (consultado el 5/5/2020).

Tratado de la Unión Europea, versión consolidada en Diario Oficial de la Unión Europea (<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>) (consultado el 1/5/2020).

*Jurisprudencia*

*Joanna Cherry QC MP and Others for Judicial Review* [2019] CSOH 70, en: [https://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2019/2019\\_CSOH\\_70.html](https://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2019/2019_CSOH_70.html) (consultado el 5/5/2020).

*Miller, R (On the Application Of) v. The Prime Minister* [2019] EWHC 2381 (QB), en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2019/2381.html> (consultado el 5/5/2020).

*Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] CSIH 49, pp. 680/19, en: <https://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/cos-general-docs/pdf-docs-for-opinions/2019csih49.pdf?sfvrsn=0> (consultado el 5/5/2020).

*R (Miller) v. The Prime Minister and Cherry v. Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41, en: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0192.html> (consultado el 5/5/2020).

*Case of proclamations (1611) 12 co Rep 74*, en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1610/J22.html> (consultado el 5/5/2020).

**PARTE III**

**ENSAYOS, CRÓNICAS  
Y RECENSIONES**



# LAS IDEOLOGÍAS Y EL CONSTITUCIONALISMO

## IDEOLOGIES AND CONSTITUTIONALISM

ORLANDO J. GALLO<sup>1</sup>

### RESUMEN:

Las ideologías tuvieron su nacimiento en el iluminismo y, al propiciar una transformación de la sociedad conforme a sus concepciones, dieron origen al moderno constitucionalismo. Hoy, siempre cambiantes, continúan contradiciendo las leyes sociales negando su existencia, e intentan destruir cualquier organización realista de la sociedad, pero ahora utilizan normas constitucionales plásticas susceptibles de darles el contenido que satisfaga sus cambiantes aspiraciones. En el presente artículo se aborda el vínculo entre las ideologías y el Derecho Constitucional en la posmodernidad.

### PALABRAS CLAVE:

Ideología; Iluminismo; Derecho Constitucional; Cosmopolitismo constitucional; Neoconstitucionalismo.

1. Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid). Profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Director del Centro de Derecho Constitucional de esa misma universidad. Correo electrónico: orlandojgallo@gmail.com.

**ABSTRACT:**

Ideologies were born in the Enlightenment and, by promoting a transformation of society according to their conceptions, they gave rise to modern constitutionalism. Today, always changing, they continue to contradict social laws denying their existence, and they try to destroy any realistic organization of society, but now using plastic constitutional norms that are capable of giving them content that satisfies their changing aspirations. This paper addresses the link between ideologies and Constitutional Law in postmodernity.

**KEYWORDS:**

Ideology; Enlightenment; Constitutional Law; Constitutional cosmopolitanism; Neoconstitutionalism.

**PARA CITAR ESTE TEXTO:**

Gallo, Orlando G., "Las ideologías y el constitucionalismo", *FORUM, Revista del Centro de Derecho Constitucional*, N° 9, 2020, pp. 149-166.

**I. EL ORIGEN Y SIGNIFICADO DEL TÉRMINO**

El tema de las ideologías roza un punto central del pensamiento moderno. Ellas no solo son un modo de concebir el conocimiento, sino una actitud vital consistente en la formulación de conclusiones racionales que constituyen, a la vez, un estímulo para la acción.

La palabra fue utilizada por primera vez por el Conde Destutt de Tracy (1754-1836), en su obra, *Éléments d'idéologie: Ideologie Proprement Dite*<sup>2</sup> (1801). Su intención era crear una escuela destinada a formar las bases de todas las ciencias y así llegar a un conocimiento integral del

2. Destutt de Tracy, Antoine L., *Elements d'idéologie: Ideologie Proprement Dite*, Paris, VRIN, 1970.

hombre. La escuela no perdura, pero sí la palabra, que se vulgariza y es utilizada en diversos sentidos.

Con el racionalismo y más tarde con el romanticismo, la palabra penetra también en la docencia universitaria y dentro de la Filosofía. En nuestro país, por ejemplo, la cátedra de esa disciplina se llamó durante algún tiempo “Enseñanza de Ideología” o, simplemente, “Ideología” (Lafinur 1818; Alcorta desde 1828)<sup>3</sup>.

Marx extendió el uso y sentido de la palabra refiriéndose a la ideología burguesa, a la que presentó como fachada ideológica de las relaciones de dominación, que le permitían a la burguesía explotar al proletariado. El Estado mismo es, para Marx, una ideología que opera como cobertura intelectual mediante la cual la burguesía organiza y sistematiza la coerción para explotar al proletariado. Así, lo ideológico se opondría a lo “científico”, que era la base que Marx asignaba a su pensamiento<sup>4</sup>.

Acompañando la difusión del pensamiento marxista, la palabra penetra en el mundo occidental con ese sentido disvalioso e invade todos los campos del pensamiento. A fines del siglo XIX y principios del XX, en Europa, utilizaron la palabra escuelas de la *Realpolitik*, pensadores neomaquiavelistas y, en general, se sirvieron de ella movimientos que querían dinamizar la acción política.

A partir de mediados del siglo XX aparecieron escritores que proclamaron “el fin de las ideologías”, como Raymond Aron, Seymour Martín Lipset, Wright Mills y, más cercano a nosotros, Gonzalo Fernández de la Mora, quien las califica como “ideas efectistas elementales, genéricas y catequísticas”<sup>5</sup>, “tópicos de los cuales el cre-

3. Justo López, Mario, *Introducción a los Estudios Políticos*, T. 2, Buenos Aires, Kapeluz, 1971, pp. 335 y 362, trae un sucinto resumen sobre la posición de diversos autores sobre este tema.

4. Vid. D'Angelo Rodríguez, Aníbal, *Diccionario Político*, Buenos Aires, Claridad, 2004, pp. 307 y sigs.

5. Fernández de la Mora, Gonzalo, *El crepúsculo de las ideologías*, Buenos Aires, Andina, 1970, p. 26.

yente no se hace cuestión”<sup>6</sup>, “mitos laicos y dogmas secularizados”<sup>7</sup>, “factor de aceleración social que cumplen una función estimulante”<sup>8</sup>.

En general, para esos autores, ideología significa un conjunto de ideas que son útiles para la acción y estimulan a ella. Esto es, un sistema de ideas conectado con la acción y dotado de una carga emocional que las motoriza. Serían, en definitiva, analogables a una creencia religiosa, de las que constituirían un sustituto.

El constitucionalismo como corriente es fruto directo de la ideología de la ilustración, época en la que no es casual que surja la palabra objeto de las anteriores reflexiones. En efecto: el pensamiento ilustrado parece el lugar más adecuado para encontrar el sentido de la palabra.

Resumir el contenido de la Ilustración se hace difícil; Crane Brinton, en su historia del pensamiento occidental, lo sintetiza en pocas palabras:

“contiene la creencia de que todos los seres humanos pueden alcanzar aquí, sobre esta tierra, un estado de perfección que hasta ahora solo se había creído posible, en el pensamiento occidental, para los cristianos en estado de gracia, y eso solo después de su muerte”<sup>9</sup>.

Con el pensamiento iluminista, mil quinientos años de cultura cristiana fueron cuestionados; ese cuestionamiento se consolida en el siglo XVIII, y de algún modo fue posible hacerlo con la ayuda de inventos o descubrimientos que prepararon el albor de los siglos modernos.

En el ámbito de las ciencias duras, Newton y su perfeccionamiento del cálculo y la formulación matemática de la relación entre los planetas y de las leyes de la gravitación explicaron a los hombres la existencia de los fenómenos naturales. En la filosofía, Descartes rescató el método del razonamiento claro y simple del campo de la me-

6. Ídem, p. 27.

7. Ídem, p. 28.

8. Ibídem, p. 35.

9. Vid. Brinton, Crane, *Las ideas y los hombres*, Madrid, Aguilar, 1966, pp. 338 y sigs.

tafísica y Locke concluyó con el traslado de esas ideas al campo de las ciencias sociales<sup>10</sup>. Al final del proceso, para la Ilustración, la Naturaleza y la Razón fueron el sustituto de las ideas de Gracia y Salvación del cristianismo tradicional.

Las tradiciones religiosas ya no podían ofrecer una cosmología a los ilustrados. No les parecía demostrable la creación del mundo, con toda su complejidad, en una semana; ni muy claro que la primera pareja humana proviniese del barro en lugar del desarrollo de un ser más primitivo. Tampoco les pareció probable la existencia del diluvio universal. Además, las matemáticas estaban contra la doctrina cristiana de la Trinidad: en ningún sistema aritmético se encontraría que tres fueran tres y al mismo tiempo uno.

Claro que pensar que todo ello ocurrió en una sola generación peca de simplismo. Los pensadores iniciales no llegaron tan lejos como los hombres de las dos o tres generaciones siguientes, que fueron más allá, pero apelando a la autoridad de los primeros.

El sacudón en lo religioso no importó inmediatamente el abandono de la idea de Dios, idea que se encuentra como grabada en el espíritu del hombre. La sustitución de la Fe por los primeros ilustrados no fue el ateísmo sino el deísmo, al cual adhirieron grandes ilustrados, como Voltaire. El deísmo adoptó la creencia en la existencia de un Dios lejano, remoto y frío, responsable del diseño, construcción y puesta en marcha de esa máquina universal cuyos secretos acababan de ser develados. Pero una vez que Dios la hubo puesto en marcha, se dejó de ocupar de ella. Le había dado cuerda al reloj universal por toda la eternidad y, una vez en funcionamiento, se desentendió de él dejándolo funcionar según esas leyes que Newton había descubierto.

Un Dios que no se mostraba a los mortales y a quien era inútil rezarle porque no quería o no podía intervenir en su creación. Un Dios demasiado insatisfactorio y elemental. Más tarde, las generaciones siguientes entraron de lleno en el ateísmo.

El racionalismo independiza, primero, al hombre de su creador y termina, finalmente, independizándolo de todo límite. Exaltó los de-

10. Vid. Segovia, Juan F., *La ley natural en la telaraña de la razón. Ética, Derecho y Política en John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

rechos del individuo, hasta el extremo de liberarlo de toda traba que no fuera obedecerse a sí mismo u obstaculizar igual derecho de su vecino. Para ello se valió de un procedimiento muy directo: negar la naturaleza social del hombre.

Pero de hecho, el hombre vivía en contacto directo con sus semejantes, es decir: vivía en sociedad; en una sociedad que sentía que lo limitaba e impedía su desarrollo personal. Muchas de las trabas de esa época eran reales. Una de ellas era la monarquía absoluta.

La revolución protestante fue la base política del absolutismo monárquico. Por su concepción teológica del pecado original, consideraba disminuidas las facultades de la inteligencia, al punto que ella, “esa gran prostituta” (sic), no podía establecer reglas de razón que limitasen el poder. La teología protestante no predominó en toda Europa, pero sí influyó en todo su ámbito<sup>11</sup>.

El protestantismo destruyó la unidad europea; las guerras de religión originadas por esa causa concluyen con la paz de Westfalia (1648). Se consagró allí, en la Europa dividida, la obligatoriedad de seguir el culto que adoptaba cada Monarca en su región (*cuius regio, eius religio*).

Secuencialmente, los hombres de la ilustración sintieron imprescindible organizar una nueva sociedad que les garantizara una libertad sin límites.

## II. LA CONSTRUCCIÓN DEL ORDEN SOCIAL

La nueva sociedad sin ataduras que pensaban organizar conforme las nuevas ideas debía, sobre todo: garantizar toda la libertad que pudieren ejercer, tan solo limitada cuando se afectaran las libertades de los otros individuos.

El modo de hacerlo era mediante una ley fundada en la razón, que la organizase de una vez y para siempre. Esa “súper ley” sería la constitución; creación ésta novedosa. No fue la palabra constitución

11. Vid. Rommen, Heinrich, *El Estado en el pensamiento católico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, pp. 76 y sigs.

solo lo novedoso, sino el alcance y el sentido verdaderamente revolucionario que se le dio<sup>12</sup>. Siempre existió una forma política en la que estaba organizada una comunidad, pero a partir de ese momento la organización creada por esa nueva palabra tendría un contenido distinto.

Los filósofos griegos utilizaron la palabra *politeia* para referirse a la ordenación de las ciudades de aquella época; Aristóteles, que estudió la organización de 158 *polis*, al referirse a la ordenación de Atenas (que es el único texto que no se perdió de ese singular estudio), en ningún momento utiliza la palabra “constitución”. Tampoco se refiere a ley alguna que tuviese una posición jerárquica suprema frente a las demás leyes; sino que, para explicar el modo de ser político de ese pueblo, detalla el comportamiento de sus magistrados y ciudadanos.

Los romanos utilizaron la palabra constitución para designar los actos legislativos del emperador, distinguiéndolos de la costumbre, pero no en el sentido moderno de aludir al aparato jurídico total del Estado. La Iglesia la tomó del Derecho romano para denominar ciertas reglamentaciones eclesiásticas de toda la Iglesia o de una provincia eclesiástica en particular<sup>13</sup>.

Con un cierto contenido parecido al que tuvo después del racionalismo se habría utilizado en Inglaterra, por primera vez, en una de las deliberaciones de la Cámara de los Comunes en el marco de la lucha entre la Corona y el Parlamento, cuando se afirmó en una sesión que el rey Jacobo I “había intentado cambiar la constitución del reino”.

Fue finalmente Sieyès el gran divulgador de esa idea que flotaba en el pensamiento iluminista y que ya había proclamado el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la división de poderes, carece de constitución”.

12. Vid. Castellano, Danilo, *Racionalismo y Derechos Humanos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.

13. Vid. Bidegain, Carlos M., *Derecho Constitucional*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pp. 10 y sigs.; allí se efectúa una breve relación sobre la historia del término.

Sieyès cuenta con un ensayo, *¿Qué es el tercer Estado?*<sup>14</sup>; un reducido trabajo superado en dimensión por toda su producción literaria, pero el más difundido. Se preguntaba, entonces, si Francia tenía una constitución; como concluía que no la tenía, debía dársela.

Esa sola conclusión da una idea del camino que ya había hecho la ideología iluminista, que le permitió en un pequeño folleto desecher la compleja historia de la organización de la sociedad francesa y sostener que tal sociedad no se encontraba estructurada. Esa primera conclusión le lleva, inexorablemente, a la segunda: que Francia debía darse una constitución.

Al apuntar al sujeto que emprendería la tarea, espeja a Francia en la organización y distribución de la Asamblea Nacional que había convocado Luis XVI, y sostiene que quien tenía que hacerlo era el "tercer Estado", que era quien representaba toda la sustancia de la nación, ya que los otros dos Estados carecían del dinamismo, la pujanza y significación que tenía el tercero. Con ese razonamiento cierra el círculo.

El tercer Estado no era el pueblo todo, en el sentido que utilizamos hoy el concepto; era la burguesía, pero podría decirse, en el ambiente cultural de la época, que era la significación de Francia. No lo eran la nobleza ni el clero, minoritarios en su número y superados por el tercer Estado. Quedaban fuera tan solo los *sans culottes* y la servidumbre, no tenidos en cuenta por ser sectores intelectualmente inferiores, o por carecer de pensamiento propio y opinar como le indicaban sus amos.

Ya aquí se encuentra cerrado el primer círculo de la ideología constitucional: la sociedad debe crearse por una constitución, sin otros límites para la libertad de los individuos que la libertad ajena. La constitución es una ley superior a todas las otras fuentes del Derecho, inclusive la ley ordinaria, y se sanciona mediante el poder del pueblo, que es el titular de la soberanía.

Como se ha venido resaltando, la nota fundamental en este aspecto del racionalismo es la libertad sin otro límite que la propia del seme-

14. Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el tercer Estado?*, Barcelona, Edicomunicación, 2003.

jante, lo que llaman los autores: “libertad negativa”. No se trata ya de la libertad de la que hablaban los clásicos: la posibilidad de elección del camino que mejor conviniera a la perfección de la persona.

Por consecuencia, la ley constitucional no se siente sujeta a ninguna organización previa de la sociedad, sino que la crea. Crea *ab initio* la organización social sin otro límite que el de la libertad “negativa”. Además, consagra la soberanía del pueblo, en el sentido de que es el pueblo como titular de esa ley constitucional quien decide *ex nihilo* lo que corresponde consagrar como contenido social<sup>15</sup>.

La inmediata consecuencia de este primer círculo es consagrar la supremacía de la ley escrita hecha por el pueblo soberano. La ley formalmente escrita permite su inmediata creación y aplicación para la transformación también inmediata de la sociedad; en cambio, las otras fuentes del Derecho, como la costumbre, obra de generaciones, no permiten un rápido cambio. Este criterio, que ha llevado contemporáneamente al positivismo más extremo, permite la ilusión del cambio inmediato y revolucionario de la sociedad. Para el Estado constitucional, “el derecho es la ley y la ley es el derecho”<sup>16</sup>.

La idea de constitución nacida como oposición al Estado absoluto es la ideología del Estado liberal moderno, entendida como codificación escrita, que contiene los principios de la libertad liberal, se transforma en la única constitución posible, hasta bien avanzado el siglo XX<sup>17</sup>.

Esa idea moderna de constitución se impuso en todo occidente con distintas variantes; en algunas épocas y Estados, sangrientamente; en otros, con menor violencia, pero en todos fue necesario una singular decisión y vigor. Se consagraron normas con libertades ilimitadas, pero en su reglamentación y aplicación fueron a menudo interpretadas con criterio realista.

15. Cfr. Ayuso, Miguel, *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016, Cap. 3.

16. *Vid.* Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado, s/f. Sec. 2ª, Cap. 13.

17. *Vid.* Bandieri, Luis M., *El Poder Constituyente: su sentido y alcance actual*, EDCO, 2007, pp. 232 y sigs.

Es que los excesos de los ideólogos tuvieron como contrapeso siglos de una civilización de base greco-romano-cristiana, que constituyeron un límite puesto por la cultura y las costumbres de la población. Esas libertades sin límites fueron reglamentadas y practicadas siguiendo, en parte, anteriores esquemas culturales que le pusieron, de hecho, límites.

Luego de la fiebre revolucionaria, a partir de 1791, se plasmaron en Francia y, progresivamente, en Europa e Hispanoamérica, una serie de constituciones en las cuales se invocó siempre una libertad abstracta y la formulación genérica de los derechos. Ellos se reivindicaban contra la tiranía del Estado que era, en realidad, la sustancia de la lucha emprendida<sup>18</sup>.

### III. EL GIRO POSTERIOR DEL PENSAMIENTO INICIAL

La ideología iluminista-racionalista fue tan solo un punto de partida o una etapa cuyo desarrollo no se ha detenido hasta hoy en día. Ello ha sido posible porque en el ámbito de las ciencias sociales se formulan conclusiones o leyes cuyo contrario ocurre o puede ocurrir. Y el pensamiento humano, basado en su inteligencia y su ambición, con frecuencia ha negado esas leyes, imaginando campos de felicidad y de exaltación personal aparentemente sin límites.

Es así como en el campo del Derecho se ha experimentado colateralmente una revolución filosófica cuyo meollo podría resumirse en una sola frase: "(...) en el ámbito de las ciencias sociales (las ciencias prácticas) la razón humana no puede conocer la realidad", o por lo menos, se niega poder conocerla con seguridad; luego puede organizarse la sociedad como racionalmente se quiera. El ámbito del Derecho será su instrumento y, a la vez, una de sus víctimas.

Los equívocos que se dan en el campo de las ciencias sociales no pueden darse igualmente en las llamadas ciencias duras. Las teorías formuladas en ellas pueden ser comprobadas de inmediato en la rea-

18. *Vid.* De Ruggiero, Guido, *Historia del Liberalismo Europeo*, Madrid, Pegaso, 1944, pp. LXXXVIII y sigs.

lidad. Muchas de esas leyes eran conocidas desde la cultura griega<sup>19</sup>. Esa es la “ventaja” de las ciencias llamadas duras. Lo contrario a esas leyes no se da en la realidad. Por ello la verdad de su hallazgo puede ser demostrada mediante el experimento. Las leyes que se formulan, si son verdaderas, la realidad las confirma más temprano que tarde. Si se inventa un artefacto que vence la fuerza de gravedad, se lo demuestra probándolo en un canal de viento; si se construye algo que flota, se probará en el mar. Así ocurrirá con todas las teorías o artefactos que tengan que ver con las ciencias duras. Ellas tienen leyes cuyo contrario no existe en la realidad.

En cambio, en las ciencias sociales eso no ocurre. Cualquiera que sea el fundamento con el que puedan sostenerse leyes morales o sociales, aunque se lo sostenga racionalmente con muchos fundamentos, la realidad puede contradecirlas, incluso solo provisoriamente.

Si sostenemos que el hombre se destruye a sí mismo si es homicida, viola o si estafa, sin embargo, esas leyes pueden ser violadas sin que necesariamente se cumpla de inmediato el resultado pronosticado. Más aún: existen numerosos asesinos, violadores, estafadores y ladrones que viven felices, gozan de buena salud y que son hasta valorados socialmente.

Los supuestos son extremos, pero ejemplificadores. Todas las concepciones sociales que formulemos pueden ser negadas, desconocidas o desviadas por el hombre en su ignorancia o su ambición o en afán de infinitud. Pareciera que tenemos grabado en nuestra naturaleza, el deseo de superar todos los límites.

Sabemos que el realismo formula leyes morales que ponen al hombre en camino a la perfección y que su violación lleva como consecuencia la degradación del ser; pero esa degradación no siempre es inmediata, no se da en todos los seres en igual tiempo y de igual

19. Por ejemplo, desde la cultura griega: “(...) todo cuerpo sumergido en un líquido pierde de su peso tanto como pesa el líquido que desaloja” (Arquímedes); “en todo triángulo el cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma del cuadrado de los catetos” (Pitágoras); “La suma de los ángulos interiores de un triángulo es igual a dos rectos” (Euclides); “Los planetas en el sistema solar tienen una atracción que está en relación directa con el producto de sus masas y en relación inversa con el cuadrado de las distancias” (Newton).

modo; ello le permite al hombre, en su soberbia, negar la veracidad de dichas leyes. Las ciencias sociales constituyen el campo propicio para las ideologías del progreso indefinido en libertades y derechos.

Esto explica las razones, en el fondo filosóficas, por las que la ideología de la ilustración, con base en el racionalismo y el romanticismo, no detuvo su camino. El rumbo iniciado siguió su desarrollo tanto en el Derecho Constitucional, como en todos los ámbitos de la cultura.

El constitucionalismo, fruto del pensamiento iluminista, instalado inicialmente en Inglaterra, en América del Norte y con mayor contenido ideológico en Francia, se traslada a toda Europa e Hispanoamérica. Su resultado en el tiempo es el llamado “Estado constitucional de Derecho” que, con ciertas variantes, impera prácticamente hasta después de la Segunda Guerra Mundial, tanto en la vida política como en el Derecho.

Sin embargo, el pensamiento, el espíritu y también la soberbia humana carecen de frenos; y las aspiraciones que se encontraban silenciadas con sordina, encontraron causa y motivo de expresión a partir de mediados del siglo XX. En las dos Guerras Mundiales ocurrieron grandes transgresiones, tanto durante los conflictos, como las que se cometieron antes y después de finalizados. La conciencia jurídica no pudo ignorar que, imperando mundialmente Estados Constitucionales, se sufrieran tan graves violaciones de los derechos consagrados en esas normas.

Los conceptos integradores que le habían dado nacimiento ya no tenían la misma eficacia. La soberanía popular proclamada va dejando de tener correlato con la realidad. El poder real del Estado creció con fuerza, pero ese crecimiento no se dio equilibradamente entre los poderes, sino que ayudó a la existencia de una supremacía desmedida del Ejecutivo.

La pérdida de la eficacia y prestigio constitucional origina el resguardo de los derechos y las libertades de todos los seres humanos a través de regulaciones supranacionales que no rigen directamente sobre los habitantes de los Estados, sino que se exige que el Estado las consagre y respete. Esas regulaciones, a través de los órganos de aplicación o por su propio prestigio, fueron creando un seguimiento que ha terminado en obediencia.

Los vencedores en la Segunda Guerra Mundial repiten, con mayor fuerza, el ensayo que fuera efectuado luego de finalizada la anterior guerra mundial. En junio de 1945 se crea la Organización de las Naciones Unidas, cuyo objeto principal es el mantenimiento de la paz, pero a su vez, proclama como finalidad la protección de la libertad y la dignidad de la persona humana.

Se establecieron y fortalecieron un gran número de organizaciones internacionales que se ocupan de ciertos aspectos de la vida de las naciones y tratan de brindarles apoyo para su crecimiento y su armonía recíproca: la FAO, la OMS, OIT, UNESCO, la Corte Internacional de Justicia de la Haya, la Corte Penal Internacional del Tratado de Roma, el Banco Mundial y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias e Inversiones (dependiente del Banco Mundial), etc. Algunos de esos tratados forman parte del cuerpo normativo de las Naciones Unidas; otros son fruto de alianzas regionales que, si bien en principio han sido ofensivo-defensivas, en definitiva proclaman como objeto principal la libertad y el libre desarrollo de la dignidad humana e impedir su avasallamiento. Su redacción amplia y genérica ayuda a una interpretación extensiva de los Derechos Humanos que proclaman.

Proliferan con ese objeto un sinnúmero de convenciones y tratados regionales cuya interpretación y aplicación se encuentra a cargo, en última instancia, de tribunales también internacionales.

Como es lógico, cada Estado adecua y le da la extensión que requiere a cada uno de los derechos enumerados, conforme su tradición y cultura, pero la interpretación última de sus normas es realizada por tribunales integrados por expertos en Derechos Humanos que, usualmente, utilizan márgenes de interpretación muy amplios.

Por toda esta situación se ha formado un amplio campo para el trabajo de los ideólogos quienes, siguiendo el clima cultural en el que fueron formados, a su vez, reproducen y expanden mediante la elaboración y proclamación de interpretaciones extensivas la aplicación de los derechos consagrados por las normas.

La gran telaraña de tratados que consagran los Derechos Humanos causa una especie de “cosmopolitismo constitucional” que apunta a una ampliación de los conceptos creados por el racionalismo dieciochesco e invade todas las ramas del Derecho con interpretaciones

(que provienen también de los tribunales supranacionales) en las que sobrevuela la concepción del hombre como individuo asocial<sup>20</sup>.

Así, en el ámbito del Derecho Penal, se desconoce que la principal víctima del delito es precisamente la sociedad, que es quien ha establecido las normas para posibilitar la convivencia. Por el contrario, se considera que la violación de sus normas es consecuencia de la vulnerabilidad del violador, que suele ser considerado víctima del ordenamiento jurídico que lo deja fuera del pacto social y sus beneficios.

Si se sigue ese razonamiento, si los fines sociales no se consideran referidos a la plenitud del hombre y los intereses sociales no satisfacen el deseo del hombre concreto, ceden ante éste. Ello ha dado, en el ámbito del Derecho, una proyección exagerada del principio *pro homine*, que es atrayente en su formulación (y adecuado en cuanto apunta a la defensa de la dignidad humana) pero dañoso cuando es esgrimido contra la sociedad, no contra la arbitrariedad de quien aplica la norma; ello conduce al debilitamiento y hasta a la destrucción misma del orden social<sup>21</sup>.

El bien común que, como bien participable es el que hace a la felicidad del hombre en la convivencia, está siendo preterido por una concepción, en el fondo inspirada por el concepto subyacente de la asociabilidad del individuo.

Esa falsa concepción del hombre y de la sociedad lleva, inexorablemente, en su desarrollo, hasta sus últimas consecuencias, que estamos viendo en estos tiempos. Al negarse la posibilidad de conocimiento de la naturaleza humana y de la esencia de las cosas existentes, se desemboca, en el tiempo, en el campo de lo social,

20. Vid. Bandieri, Luis M., *Ojeada sobre el globalismo jurídico*, EDCO, 2009, pp. 343 y sigs.

21. Filosóficamente, el error es privación de ser, de modo que el error total sería la nada. Por ello, ciertas formulaciones, cuando se efectúan de modo desviado, encierran una parte de verdad; habida cuenta del carácter de ser esencial que es el hombre y el carácter de ser accidental de la sociedad. El principio *pro homine* tiene de verdadero que pone de resalto la dignidad humana y de falso que, llevado al extremo por concepciones que desestiman la sociabilidad del hombre, llega al punto de ir contra el bien común y el orden social. Por ello, siendo en su dinamismo peligroso, es inicialmente atrayente (“los errores prosperan por la parte de verdad que tienen”).

que los deseos se transformen en derechos, y al constructivismo de la persona según el concepto de “autopercepción” que se imponen como mandatos a ser aceptados por los demás. O sea, por la sociedad. Lo que lleva, en definitiva, a un constructivismo individualista sin límites.

En el ámbito del Derecho Civil, se ha llegado a una disminución y cuasidestrucción del concepto de familia. Primero, disminuyendo la formalidad de la contracción del vínculo matrimonial, dando el mismo valor a la mera convivencia; luego, considerando en el mismo rango a la unión convivencial de personas del mismo sexo. Esas uniones con rango matrimonial hasta tienen la posibilidad de adoptar menores, creándose así un antinatural concepto de familia en la cual el niño tomado en adopción carecerá de padre o de madre para su educación y desarrollo personal.

Respecto de la persona humana se ha llegado a desconocer el sexo asignado por la naturaleza, al admitirse, ya no socialmente sino legalmente, que el sexo de la persona no es el que refleja su cuerpo, sino el que la persona percibe como suyo.

Más grave aún. Ya no basta con respetar la decisión de quien adopte como percibido un sexo que no se corresponde al que le otorga la naturaleza, lo terrible es que las legislaciones llegan a castigar penalmente a quien, hasta con liberalidad y respeto, no reconoce como natural la ficción cognoscitiva del sujeto que padece esa percepción de sexo.

Negada ideológicamente la posibilidad de conocimiento de la naturaleza humana y de la esencia de las cosas existentes, se desemboca, en el campo de lo social, en que los deseos se transformen en derechos en un constructivismo de la propia existencia humana y de la sociedad en que convive.

Si no se acepta la existencia de un orden conforme a la naturaleza de las cosas, ni la existencia de una naturaleza humana, el hombre puede considerarse con derecho a construir su propia naturaleza, a elegir sexo, a ordenar la sociedad conforme a sus caprichos, a disponer el momento de su muerte o el de los que le rodeen, siempre que justifique que lo hace por su conveniencia, para que no sufra.

También se puede sostener que todavía no es persona el embrión que habita en el vientre de una mujer y eliminarlo como si fuera tan

solo una parte del cuerpo femenino; hacer experimentos humanos por caprichosos que parezcan, como obtener un clon, ser arrendatario o inquilino de vientres; fecundar innumera cantidad de embriones extracorporalmente, seleccionar los que le parezcan más perfectos y eliminar al resto.

#### IV. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

En el orden constitucional, los derechos y límites allí consagrados toman otro carácter; ya no son el marco y límite para el desarrollo de los derechos, sino que son guía y principio para expandirlos más allá de las normas constitucionales, adaptándolas a la construcción de todas las individualidades. La constitución dejó de ser límite, para transformarse en principio<sup>22</sup>.

El Derecho se transforma en “(...) un incesante hacer donde confluyen múltiples exigencias planteadas por numerosos y a veces contradictorios principios que pretenden venir realizados con el contacto con la realidad viva de las experiencias sociales”<sup>23</sup>. Se prefieren los principios a las normas; “son mandatos de optimización”; y su cumplimiento se encuentra en relación con la ponderación respecto de un principio opuesto<sup>24</sup>.

Desde la filosofía jurídica se proclaman “derechos estructurados en forma abierta e indeterminada para poder subsumir en ellos todas las biografías verificables en un país de distintos”<sup>25</sup>.

Singularmente, vemos cómo en aquel cambio producido, desde los albores del Renacimiento y continuado en la Modernidad, se ha dado la singularidad que la ley formal que se sentía como garantía

22. He abordado este punto en: Gallo, Orlando J., “¿Activismo o metamorfosis de la función Judicial?”, en Palazzo, Eugenio L. (Dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012.

23. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 122 y sigs.

24. Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010, pp. 20 y sigs.

25. Gil Domínguez, Andrés, *El Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, Buenos Aires, Ediar, 2011, pp. 88 y sigs.

de cambio y transformación social, aparece ahora, para los ideólogos, como límite a las apetencias del individuo en la construcción de su propio ser.

Se elabora un nuevo concepto de constitución que ya no organiza la sociedad, sino que esboza su contenido y sus límites. La constitución formal ya no es norma sino principio que debe ser interpretado conforme a pautas amplias que admiten la pluralidad de situaciones individuales, conforme a la percepción que los actores tengan de sí mismos.

Este fenómeno nuevo, pero continuación del nihilismo primigenio de la revolución iluminista, ha tomado como denominación el término “neo-constitucionalismo”; en realidad, tiene de nuevo el renegar de las formas, pero en su espíritu es la profundización del sentido de las anteriores ideologías.

Los derechos en neo-constitución son pautas contenidas en las normas, pero destinadas a ser modeladas a cada momento y conforme a cada situación por magistrados cultos y lejanos que las interpretan inspirados en pautas de una tratadística cosmopolítica.

Ya no es el Estado quien formula el Derecho, sino que lo formulan fuentes periféricas que prevalecen sobre este, a través de una especie de red normativa planetaria que prescinde progresivamente de las singularidades nacionales.

Las ideologías han producido una progresiva metamorfosis del Derecho que tiene como máximos pontífices a una aristocracia togada de magistrados de tribunales internacionales que asoman con el prestigio de un poder indiscutible e incontrolable.

Sin embargo, el poder político no es poder brutal y absolutamente libre; es, por el contrario, una posibilidad de actuar conforme al bien natural del ser humano; por ello es que el inicial moderno constitucionalismo tuvo como freno la realidad social y las costumbres basadas en ella. Lo que hoy aparece como neo-constitucionalismo tendrá, seguramente, el mismo freno. Las ideologías, con el constitucionalismo como instrumento, apuntan a la concreción de lo que magistralmente el pintor español Francisco Goya dejara grabado en su aguafuerte: “El sueño de la razón produce monstruos”.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad. Hoc.
- Ayuso, Miguel, *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- Bandieri, Luis M., *El Poder Constituyente: su sentido y alcance actual*, EDCO, 2007.
- Bandieri, Luis M., *Ojeada sobre el globalismo jurídico*, EDCO, 2009.
- Bidegain, Carlos M., *Derecho Constitucional*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.
- Brinton, Crane, *Las ideas y los hombres*, Madrid, Aguilar, 1966.
- Castellano, Danilo, *Racionalismo y Derechos Humanos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- D'Angelo Rodríguez, Aníbal, *Diccionario Político*, Buenos Aires, Claridad, 2004.
- De Ruggiero, Guido, *Historia del Liberalismo Europeo*, Madrid, Pegaso, 1944.
- Destutt de Tracy, Antoine L., *Elements D'Ideologie: Ideologie Proprement Dite*, Paris, VRIN, 1970.
- Fernández de la Mora, Gonzalo, *El crepúsculo de las ideologías*, Buenos Aires, Andina, 1970.
- Gallo, Orlando J., "¿Activismo o metamorfosis de la función Judicial?", en Palazzo, Eugenio L. (Dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pp. 413-437.
- Gil Domínguez, Andrés, *El Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, Buenos Aires, Ediar.
- Justo López, Mario, *Introducción a los Estudios Políticos*, Buenos Aires, Kapeluz, 1971.
- Segovia, Juan F., *La ley natural en la telaraña de la razón. Ética, Derecho y Política en John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado.
- Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el tercer Estado?*, Barcelona, Edicomunicación, 2003.
- Rommen, Heinrich, *El Estado en el pensamiento católico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 2009.

# LA EDUCACIÓN A DISTANCIA, UNA GRAN OPORTUNIDAD PEDAGÓGICA: LA EXPERIENCIA DE LA EDUCACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA COVID-19

## DISTANCE LEARNING, A GREAT PEDAGOGICAL OPPORTUNITY: THE EXPERIENCE OF EDUCATION IN CONSTITUTIONAL LAW IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC

FEDERICO M. FELDTMANN<sup>1</sup>

### RESUMEN:

La experiencia de la educación a distancia en el contexto del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto en virtud de la pandemia COVID-19 constituye una valiosa oportunidad para incorporar nuevos recursos tecnológicos y pedagógicos a la formación docente y fortalecer el nivel educativo de nuestra comunidad universitaria. La crónica aborda en primera persona la experiencia de dar clases virtuales de derecho constitucional.

1. Magíster en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral, 2009). Profesor adjunto de Derecho Constitucional del Poder y de Teoría Constitucional, Derechos y Garantías (Pontificia Universidad Católica Argentina). Profesor invitado en la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial y en la Maestría en Derecho Penal (Universidad Austral). Secretario letrado de la Defensoría General de la Nación. Correo electrónico: federicofeldtmann@uca.edu.ar.

**PALABRAS CLAVE:**

Educación a distancia; Aula virtual; Proceso educativo; Aula invertida; Tutor virtual.

**ABSTRACT:**

The experience of distance education in the context of the social, preventive and compulsory isolation provided by the COVID-19 pandemic constitutes a valuable opportunity to incorporate new technological and pedagogical resources into teacher training and strengthen the educational level of our university community. The chronicle addresses in first person the experience of giving virtual classes on constitutional law.

**KEYWORDS:**

E-learning; Virtual classroom; Educational process; Flipped classroom; Virtual tutor.

**PARA CITAR ESTE TEXTO:**

Feldtmann, Federico M., "La educación a distancia, una gran oportunidad pedagógica: la experiencia de la educación en Derecho Constitucional en el contexto de la pandemia COVID-19", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional*", N° 9, 2020, pp. 167-178.

**1. LA EXPERIENCIA DE LA EDUCACIÓN A DISTANCIA EN EL CONTEXTO DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO**

En esta crónica compartimos la experiencia que, en forma sorpresiva y sin aviso previo, debimos implementar todos los profesores universitarios para el dictado de las clases en forma remota o virtual, con motivo del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por las autoridades nacionales en virtud de la pandemia de coronavirus (COVID-19).

En nuestro caso, la temática es el Derecho Constitucional y la materia se cursa durante el tercer año de la carrera de abogacía. Como la mayoría de los docentes, hasta ese momento, nuestro conocimiento sobre la educación a distancia o de los entornos virtuales de aprendizaje (tal como se denomina la plataforma de *e-learning* con sus siglas EVA) era prácticamente nulo. El único medio de comunicación electrónico que habíamos implementado se limitaba al uso del correo electrónico grupal que, por entonces, administraba el alumno delegado de la clase. A través de ese canal, informábamos el cronograma de clases, las fechas de parciales, compartíamos las proyecciones utilizadas en las sesiones, algunos de los fallos destacados o noticias relevantes de la materia. Más allá de estas reducidas interacciones informáticas, las clases se dictaban casi en forma íntegra durante los horarios asignados a la materia, en forma presencial, dentro del edificio universitario.

El aislamiento social, sin duda, provocó una transformación en muchas actividades humanas, entre ellas, en la forma de enseñar y aprender. Es un lugar común decir que todas las crisis conllevan un aprendizaje o una oportunidad de crecimiento. Siempre aprendemos mucho más de nuestras frustraciones: ¡muchísimo más que de nuestras coronas! La necesidad de implementar la educación virtual generó un nuevo desafío profesional; esta nueva modalidad de enseñanza se convirtió en una gran oportunidad para nuestro crecimiento como docentes; nuevas maneras de aprender y de transmitir los saberes que, seguramente, persistirán luego del actual confinamiento.

La posmodernidad, caracterizada por la sociedad del conocimiento y de la información, acompañada por la explosión de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs), modificó en diferentes sentidos la forma en que se desarrollan muchas actividades en la sociedad actual. De manera súbita, sin mucho entrenamiento y bajo presión, las circunstancias nos obligaron a adaptarnos a la nueva modalidad *e-learning*. Este nuevo estado de cosas, una vez superado, comportará un verdadero salto de calidad educativa con proyección al futuro, cuyas consecuencias se reflejarán en la adopción de una nueva interrelación alumno-docente y alumno-alumno, intermediada por la tecnología con implicancias pedagógicas significativas.

Tras cumplirse un cuatrimestre de transitar esta nueva senda docente, estamos en condiciones de avizorar, por el momento en forma

intuitiva, que los alumnos tal vez puedan estudiar más y mejor a distancia y por medios electrónicos. Esta arriesgada afirmación, que matizamos como una mera intuición, recién podremos verificarla una vez que sea evaluado el sistema en su conjunto y los alumnos en particular. Sin embargo, por lo que advertimos hasta el momento, podemos observar un mayor compromiso de los estudiantes con los materiales didácticos compartidos en el aula virtual, una importante asistencia en los encuentros semanales mediante los sistemas de telecomunicación (ronda el 90 % de asistencia), una mayor disposición para realizar los trabajos prácticos sugeridos, tanto los opcionales como los obligatorios, con entregas de casi el 100 % de los alumnos y una interacción y frecuente diálogo entre los profesores y los alumnos en sus modalidades unidireccional, bidireccional o multidireccional. Estamos realmente satisfechos con los resultados alcanzados hasta el momento.

Claro que el desafío de llevar a la práctica esta nueva modalidad de enseñanza y, al mismo tiempo, de mantener un estándar equivalente o superior de educación universitaria, conlleva un esfuerzo adicional para toda la comunidad educativa, compuesta por alumnos, docentes, directivos, con el necesario apoyo institucional en materia tecnológica y pedagógica, además de los recursos materiales y administrativos, la capacitación específica y los medios electrónicos dispuestos por la universidad.

## 2. LA CONSTRUCCIÓN DEL AULA VIRTUAL. UNA TAREA COLABORATIVA

En este contexto, cada uno de los docentes debimos aprender a construir un espacio pedagógico virtual en la plataforma institucional que rápidamente habilitó la dirección de la Facultad de Derecho, en conjunto con el Sistema Institucional de Educación a Distancia (SIES). Sin ninguna demora, recibimos distintas capacitaciones en la materia, algunas de manera remota (usando también la tecnología *e-learning*) y otras con recursos autodidácticos<sup>2</sup>. Logramos construir un diseño

2. *Manual de Ayuda EVA Docente*, disponible para los docentes en la plataforma virtual de la UCA.

del aula virtual que acompaña la propuesta académica del curso y que refleja el fruto del trabajo colaborativo de los distintos profesores. Al menos en el caso de la materia de Derecho Constitucional, la construcción colaborativa no se limitó únicamente a la cátedra. Fue una actividad mancomunada que involucró la actuación conjunta de prácticamente todos los profesores que dictan la materia. Se compartieron textos bibliográficos, recursos pedagógicos, material de jurisprudencia e, incluso, apuntes de clases. Las aulas virtuales fueron el fruto de un verdadero trabajo colaborativo.

En la construcción de nuestra aula virtual, seguimos las recomendaciones del sistema institucional de apoyo pedagógico y tecnológico sobre la estructura de la plataforma *e-learning*<sup>3</sup>. En este sentido, utilizamos un diseño estructural que se corresponde con el contenido del programa de la materia. Asignamos a cada unidad temática del programa un espacio virtual autónomo e independiente, con sus propias actividades, recursos y foros de comunicación. La plataforma cuenta con un sistema de navegación cibernética que permite seleccionar rápidamente los contenidos y materiales de cada una de las unidades. Está conformada por una pantalla inicial, con la Información General de la materia, que incluye: a) un espacio de comunicación virtual con los alumnos (“avisos”); b) el programa de la materia; c) el cronograma de clases, con indicación de los temas, bibliografía y profesor que asistirá a cada una de las sesiones programadas; d) un calendario de actividades previstas en el cuatrimestre; e) una carpeta con la bibliografía general de la materia y los correspondientes enlaces en caso de que la obra recomendada esté disponible en formato e-book en la Biblioteca Digital UCA, y f) la información sobre las condiciones para alcanzar la regularidad de la cursada.

Seguidamente, en la parte superior de la pantalla, se despliega un índice de navegación, compuesto precisamente por las unidades temáticas del programa de la materia. Al seleccionar cada unidad, se despliega una pantalla nueva con la descripción del contenido temático y una serie de recursos y elementos informáticos divididos

3. Taller de Capacitación, “Entornos virtuales de aprendizaje en el ámbito universitario”, disponible en la plataforma virtual de la UCA.

en secciones. A saber: a) “Foro de Comunicación temático”, consiste en un espacio de diálogo simétrico-asimétrico entre el docente y los alumnos (unidireccional o bidireccional, según el caso) o los alumnos entre sí y el docente (multidireccional), donde se expresan diversas observaciones, comentarios, inquietudes o noticias relacionadas con esa unidad temática; b) “Contenido Académico”, que incluye una carpeta con los fragmentos correspondientes a los textos de estudio obligatorio (en general, no más de 40 páginas); una carpeta que incluye los fallos digitalizados, de acuerdo con la indicación del programa, o aquellos que revisten cierta actualidad; otro bibliorato con la legislación pertinente de la unidad académica, y una última carpeta con textos de estudio complementarios, notas a fallo o artículos de interés científico (sin límite de páginas); c) “Material de Clase”, en este espacio, en general, se comparten las plantillas proyectadas en las reuniones con los alumnos, apuntes de clases o los elementos didácticos utilizados en las sesiones remotas; d) “Trabajo Práctico”, que consisten en actividades asincrónicas para propiciar aptitudes, conocimientos y destrezas de identificación de conceptos teóricos, interpretación y conocimiento de Derecho Constitucional aplicado a un caso de la realidad (v. gr., talleres de resolución de casos, breves comentarios a fallo o comentarios sobre temas de actualidad).

Además, en algunas unidades temáticas se comparten materiales dinámicos, videográficos y auditivos, como pueden ser recursos interactivos, películas relacionadas con la temática propuesta, cortometrajes o documentales de interés. Estos elementos didácticos fueron muy efectivos para mantener despierto el interés de los alumnos en situaciones de actualidad relacionadas con la materia.

La plataforma debe estar estructurada de un modo adecuado para lograr la interacción entre los distintos componentes, variables y recursos utilizados en la modalidad de educación a distancia<sup>4</sup>. El alumno es el eje principal y protagonista del proceso *e-learning*. En el diagrama de la educación a distancia, el estudiante está ubicado en el centro del proyecto educativo y se interrelaciona con sus demás

4. Sección Planificación, desarrollo y evaluación de una propuesta en EVA, disponible en la plataforma virtual de la UCA.

elementos. En la base del sistema están los docentes, cuyas destrezas, competencias, ilusiones y compromiso con la tarea de enseñar conforman el cimiento del sistema educativo, sea presencial o a distancia<sup>5</sup>.

### 3. EL ALUMNO COMO EJE PRINCIPAL Y PROTAGONISTA DEL PROCESO EDUCATIVO

En nuestra experiencia del cuatrimestre pasado intentamos poner en ejercicio este pilar fundamental de la enseñanza a distancia que coloca al alumno como eje principal y protagonista del proceso educativo. Con ese objeto utilizamos distintas estrategias para mantener al estudiante en permanente contacto con los contenidos de la materia, mediante la interacción del aula virtual.

Entre otras prácticas implementadas, procuramos compartir en forma semanal diversos recursos de aprendizajes, como, por ejemplo, notas de actualidad constitucional en formato académico y no académico, y actividades participativas, como la asistencia a diferentes *masterclass*, charlas, diálogos entre expertos o seminarios relacionados con la materia, siempre en forma virtual. Esta dinámica nos permitió advertir una importante vinculación de los educandos con los contenidos de la materia y, más concretamente, con el aula virtual y sus propuestas educativas.

En la sección de la plataforma que permite visualizar la participación de los alumnos matriculados en el curso, notamos que la interacción de ellos con el sistema, en muchos casos, es prácticamente diaria. Esta tarea demanda un esfuerzo adicional del docente que debe seleccionar el material, compartirlo en el aula y comunicar la actividad en forma oportuna para la debida consideración del alumno.

La peculiaridad de esta nueva forma de enseñar es que, para lograr los fines académicos, la misión educativa y sus valores, más los programas de enseñanza, las relaciones en su conjunto se encuentran

5. García Aretio, Lorenzo, conferencia: "El edificio de la educación a distancia", 2012, rescatado de: <https://www.youtube.com/watch?v=y4DgBliqEhQ> (consultado el 30/5/2020).

mediatizadas por las diversas interacciones multidireccionales de los elementos que componen la educación a distancia. Esta interacción comprende diversos componentes: los materiales didácticos y recursos pedagógicos, los medios comunicacionales y dialógicos, los distintos liderazgos del docente y alumnos, el trabajo colaborativo y la gestión de toda la organización educativa, que también incluye la dirección, el apoyo pedagógico, multimedia y tecnológico, la infraestructura y la tarea administrativa<sup>6</sup>.

La experiencia de estos meses demostró, al menos hasta el momento, que nuestra comunidad educativa pudo dar respuesta positiva a las exigencias de los nuevos tiempos. A la luz del camino transitado, podemos inferir que estos recursos de *e-learning* fueron creados para superar una circunstancia adversa y, una vez incorporados al sistema educativo, nacieron para quedarse entre nosotros. La transformación de la realidad provocada por el COVID-19 y el consecuente confinamiento social nos dio una oportunidad para superarnos y, de ese modo, enriquecer en el futuro nuestras clases con el método *blended learning* (o *b-learning*), alternativa que combina la capacitación presencial con los profesores en el aula con la educación *online*.

#### 4. EL CONCEPTO DE AULA INVERTIDA O *FLIPPED CLASSROOM*

Otro pilar de la educación a la distancia que aprendimos en este nuevo proceso es la idea del aula invertida o *flipped classroom*. La técnica del aula invertida consiste en un método de enseñanza cuyo principal objetivo es que el estudiante asuma un rol mucho más activo en su proceso de aprendizaje. La idea que propone esta pedagogía es que el alumno estudie los conceptos teóricos por sí mismo a través de diversas herramientas que el docente pone a su alcance y el tiempo de clase se aproveche para resolver dudas relacionadas con el material proporcionado, realizar prácticas y abrir foros de discusión sobre cuestiones controvertidas. En la sencilla fórmula acuñada por

6. *Ibidem*.

Lorenzo García Aretio, consiste en “[...] hacer en casa lo que se hace ahora en el aula y en el aula lo que se hace en casa («los deberes»)]”<sup>7</sup>.

En nuestra experiencia no nos fue fácil poner en práctica este sistema de educación. Implementamos distintas medidas para llevar a cabo el aula invertida, tales como habilitar las unidades temáticas de una por vez, con la anticipación de una semana a la fecha de la clase programada en el cronograma. También pedimos a los alumnos que concurran a la reunión con el material de estudio previamente analizado para que pudieran intercambiar aportes, observaciones, dudas o formular consultas concretas. Intentamos que el material no fuera excesivamente extenso, para no desalentar su estudio.

Al presentar las clases, también informamos a los estudiantes sobre esta metodología de aprendizaje para que conozcan y tomen conciencia acerca del rol protagónico que tienen en este nuevo sistema. No obstante, la realidad demostró que, en rigor, pocos alumnos realmente invirtieron la clase, concentrándose los aportes y observaciones en un reducido grupo. El aula invertida resulta un desafío pendiente de concretar en nuestro curso.

## 5. EL TUTOR VIRTUAL, FUNCIONES Y DESAFÍOS

A partir del material autodidáctico que nos fue compartido para la capacitación de las clases virtuales, aprendimos sobre la importancia que tiene el rol del “tutor virtual”, figura equivalente al profesor en el sistema presencial. La tarea de este tutor no se limita a la mera función académica, incluye también la actividad social, organizativa, orientadora y técnica. No solo debe transmitir informaciones y conocimientos, es preciso también que desarrolle habilidades y destrezas para dinamizar el grupo, organizar actividades, motivar al es-

7. García Aretio, Lorenzo, “Flipped classroom, ¿b-learning o EaD?”, *Contextos Universitarios Mediados*, rescatado de: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:UNESCO-contextosuniversitariosmediados-13\\_9&dsID=Documento.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:UNESCO-contextosuniversitariosmediados-13_9&dsID=Documento.pdf) (consultado el 30/5/2020).

tudiante, crear un clima agradable y transmitir experiencias para el autoaprendizaje<sup>8</sup>.

Nos parece importante destacar esta función formativa que trasciende la mera transmisión y desencadena en la idea de la mayéutica o del alumbramiento del conocimiento. Esta tarea dialógica con los estudiantes, mediante la orientación del tutor virtual, se materializó en nuestra experiencia con diversos aportes colaborativos que coadyuvaron para la construcción de los contenidos de nuestra aula. Entre otros ejemplos, podemos mencionar fichas didácticas producidas para responder consultas o dudas compartidas en los foros temáticos y que luego pasaron a formar parte del contenido académico de las distintas unidades. A propuesta de los estudiantes también se organizó una charla virtual con el presidente de la Convención Reformadora de la Constitución Nacional en 1994, Dr. Eduardo Menem, en la cual se expuso sobre los distintos aspectos normativos incorporados en la última reforma constitucional. Las preguntas estuvieron a cargo de los alumnos, a partir del estudio de textos relacionados con ese proceso constituyente reformador. Aprovechamos esta oportunidad para transmitir nuevamente nuestro agradecimiento por su generosa participación.

## 6. CONCLUSIÓN

El aprendizaje del sistema de enseñanza a distancia constituye un verdadero desafío para los profesores universitarios y requiere de los protagonistas del proceso educativo –profesores, alumnos y comunidad universitaria– nuevos esfuerzos y renovados compromisos con la tarea de aprender y enseñar. En nuestro caso, la experiencia vivida en el último cuatrimestre demostró una buena adaptación de los distintos actores del sistema y un eficiente funcionamiento de los

8. Silva Quiroz, Juan, "El rol del tutor en los entornos virtuales de aprendizaje", *Innovación Educativa*, vol. 10, núm. 52, Distrito Federal, México, Instituto Politécnico Nacional, julio-septiembre, 2010, pp. 13-23, rescatado de: <https://www.redalyc.org/pdf/1794/179420763002.pdf> (consultado el 30/5/2020).

recursos tecnológicos, aunque existan varios aspectos pedagógicos que pueden ser mejorados.

En su discurso a los participantes en el encuentro europeo con profesores universitarios, Benedicto XVI expresó que “la sociedad necesita con urgencia el servicio a la sabiduría que la comunidad universitaria proporciona. Este servicio se extiende también a los aspectos prácticos de orientar la investigación y la actividad a la promoción de la dignidad humana y a la ardua tarea de construir la civilización del amor. Los profesores universitarios, en particular, están llamados a encarnar la virtud de la caridad intelectual, redescubriendo su vocación primordial a formar a las generaciones futuras, no solo con la enseñanza, sino también con el testimonio profético de su vida”<sup>9</sup>. En esta tarea de construir una civilización del amor, tan bien descrita por el Papa Emérito, está comprometida nuestra capacidad de adaptarnos a las exigencias de nuestro tiempo. Las circunstancias adversas del confinamiento social producto de la pandemia pueden ser la oportunidad para incorporar nuevos recursos prácticos a nuestra pedagogía y, de ese modo, lograr un crecimiento en nuestra formación docente y un fortalecimiento del nivel educativo de nuestra comunidad universitaria.

## 7. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Benedicto XVI, *Discurso a los participantes en el encuentro europeo de profesores universitarios*, 23 de junio de 2007, rescatado de: [http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2007/june/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20070623\\_european-univ.html](http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2007/june/documents/hf_ben-xvi_spe_20070623_european-univ.html) (consultado el 30/5/2020).

García Aretio, Lorenzo, “Flipped classroom, ¿b-learning o EaD?”, *Contextos Universitarios Mediados*, rescatado de: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:UNESCO-contextosuniversitariosmediados-13\\_9&dsID=Documento.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:UNESCO-contextosuniversitariosmediados-13_9&dsID=Documento.pdf) (consultado el 30/5/2020).

9. Benedicto XVI, *Discurso a los participantes en el encuentro europeo de profesores universitarios*, 23 de junio de 2007, rescatado de: [http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2007/june/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20070623\\_european-univ.html](http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2007/june/documents/hf_ben-xvi_spe_20070623_european-univ.html) (consultado el 30/05/2020).

- García Aretio, Lorenzo, Conferencia: “El edificio de la educación a distancia”, 2012, rescatado de: <https://www.youtube.com/watch?v=y4Dg-BliqEhQ> (consultado el 30/5/2020).
- Silva Quiroz, Juan, “El rol del tutor en los entornos virtuales de aprendizaje”, *Innovación Educativa*, vol. 10, núm. 52, Distrito Federal, México, Instituto Politécnico Nacional, julio-septiembre, 2010, pp. 13-23, rescatado de: <https://www.redalyc.org/pdf/1794/179420763002.pdf> (consultado el 30/5/2020).

**LANZAMIENTO DE LA MAESTRÍA EN DERECHO  
ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.  
CLASE MAGISTRAL “EL DERECHO  
PÚBLICO ANTE LA PANDEMIA”,  
DEL DR. JUAN CARLOS CASSAGNE**

**OPENING CEREMONY OF THE MASTER IN ECONOMIC  
ADMINISTRATIVE LAW “PUBLIC LAW AND THE COVID  
PANDEMIC”, BY DR. JUAN CARLOS CASSAGNE**

GONZALO PEREDA<sup>1</sup>

**RESUMEN:**

El jueves 25 de junio las autoridades de la Facultad de Derecho dieron inicio a la nueva Maestría en Derecho Administrativo Económico. El acto de apertura se realizó de manera virtual a través de la plataforma Zoom y estuvo a cargo del Decano de la Facultad, Dr. Pablo María Garat, del Director del Departamento del Posgrado, Dr. Gustavo Costa Aguilar y del Director de la carrera, Dr. Ignacio de la Riva. En este marco inaugural, el Dr. Juan Carlos Cassagne, profesor emérito de la Universidad, fundador y primer Director de la Especialización en Derecho Administrativo Económico, dictó una conferencia titulada: “El Derecho Público ante la Pandemia”, ante más de ciento cincuenta asistentes.

1. Abogado (UCA 2016). Coordinador del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho (UCA). Correo electrónico: gonzalo\_pereda@uca.edu.ar.

**PALABRAS CLAVE:**

Posgrados; Maestría; Derecho Administrativo; Pandemia; Derecho Público.

**ABSTRACT:**

On Thursday, June 25<sup>th</sup>, more than 150 assistants –among students, graduates, and faculty members– attended the opening ceremony of the new Master in Economic Administrative Law. The ceremony was presided by the Dean of Universidad Católica Argentina Law School, Dr. Pablo María Garat, the Director of the Postgraduate Department, Dr. Gustavo Costa Aguilar, and the Director of the master's program, Dr. Ignacio de la Riva. Dr. Juan Carlos Cassagne, lecturer and founder of the former Specialization on Economic Administrative Law, gave a dissertation entitled "Public Law and the COVID Pandemic".

**KEYWORDS:**

Postgraduate studies; Master; Administrative Law; Public Law.

**PARA CITAR ESTE TEXTO:**

Pereda, Gonzalo, "Lanzamiento de la Maestría en Derecho Administrativo Económico. Clase Magistral «El Derecho Público ante la Pandemia», del Dr. Juan Carlos Cassagne", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional*", N° 9, 2020, pp. 179-188.

El pasado jueves 25 de junio, en el marco de un contexto de pandemia y aislamiento social obligatorio, más de ciento cincuenta personas –entre ellos, directivos, alumnos, profesores y prestigiosos juristas– se dieron cita en la plataforma virtual Zoom de la Pontificia Universidad Católica Argentina para presenciar el acto inaugural de

la Maestría en Derecho Administrativo Económico. La actividad fue presidida por el decano de la Facultad de Derecho, Dr. Pablo María Garat; el director del Departamento de Posgrado, Dr. Gustavo Costa Aguilar, y el director de la carrera, Dr. Ignacio de la Riva. En este marco, los asistentes tuvieron la oportunidad de escuchar una clase magistral del Dr. Juan Carlos Cassagne, profesor emérito de la Universidad y fundador y primer Director de la Especialización en Derecho Administrativo Económico. El tema escogido para la ocasión fue "El Derecho Público ante la Pandemia".

El Dr. Garat dio por oficialmente inaugurada la Maestría con unas cálidas palabras de bienvenida y agradecimiento a todos los presentes. Acto seguido, el Dr. De la Riva hizo uso de la palabra para contextualizar el motivo de la reunión. Recordó que la historia de la carrera se remonta al año 1996, cuando el Dr. Cassagne fundó la Especialización en Derecho Administrativo Económico acompañado por un cuerpo docente y un programa de estudios de elite. Como Director fundador, acompañó el desarrollo de la especialización durante su primera década junto con la invalorable asistencia de la Vicedirectora, Dra. María Jeanneret de Pérez Cortés, por aquel entonces camarista del fuero contencioso administrativo federal. Posteriormente, el mando pasó al Dr. Pedro Coviello, quien mantuvo firme el timón hasta fines del año 2018, cuando cedió la dirección al Dr. De la Riva. Durante estos más veinte años una figura se destaca dentro del cuerpo directivo de la carrera: la Dra. Marisa Panetta, a quien todos aquellos que transitaron por las aulas de la especialización, tanto alumnos y como profesores, conocen y recuerdan por su entrega y ejemplaridad al frente de la coordinación de la carrera.

La especialización ostenta un registro académico de más de setecientos alumnos, muchos de ellos ilustres administrativistas que, en la actualidad, ocupan cargos de importancia en el ámbito profesional y académico. Adicionalmente, la carrera se ha nutrido del saber de más de cien profesores, entre los que figuran los juristas más destacados del Derecho Administrativo a nivel nacional. Ellos fueron y son el alma y motor del posgrado. Aprovechando la experiencia acumulada de estas dos décadas, el pasado 17 de abril comenzó el dictado de la Maestría en Derecho Administrativo Económico, con su primera cohorte de alumnos.

Esta Maestría no es más que un nuevo capítulo del mismo posgrado fundado por el Dr. Cassagne y, como tal, aspira a mantener esa continuidad *aggiornando* la carrera al siglo XXI. Para este fin, la Maestría cuenta con un plan de estudios renovado y actualizado, diseñado especialmente por un selecto grupo de profesores. El plan de estudios mantiene su duración bianual y ha incorporado, conforme las exigencias académicas de una maestría, una mayor carga horaria. El *corpus* de materias se divide en dos bloques: en el primer año se procura brindar a los alumnos una sólida formación en los temas clásicos del Derecho Administrativo, como las fuentes, la organización, el acto y los contratos administrativos, la responsabilidad estatal, las finanzas públicas, el procedimiento y el proceso contencioso administrativo. El segundo año está reservado a los temas específicos del Derecho Administrativo Económico. Se estudian los fundamentos básicos de la economía y del sistema económico de la Constitución Nacional y se recorre el arco de la problemática económica a la que tiene que dar respuesta el Derecho Administrativo: la intervención administrativa en la economía, la regulación del comercio interior y exterior, el Derecho Administrativo Sancionador, la regulación económica sectorial, las infraestructuras de dominio público, el Derecho Público provincial y municipal, las limitaciones administrativas a la propiedad, la ética pública y la transparencia administrativa.

Otra novedad importante de esta Maestría es que el cronograma de dictado de clases se estructura en torno a sesiones quincenales, los viernes por la tarde y sábados por la mañana. Este régimen de presencialidad se intercala con clases virtuales. De esta manera, se propone un régimen de cursada más asequible para quienes residen fuera de la Ciudad de Buenos Aires. “Somos un país federal y creemos en la riqueza de un ámbito de aprendizaje con exponentes de las distintas regiones del país”, sostuvo el Dr. De la Riva. Por último, la Maestría tiene una impronta netamente profesional, en tanto busca formar abogados capaces de enfrentar los desafíos concretos que hoy se plantean al operador jurídico del Derecho Público. Esa búsqueda se traduce en una equilibrada articulación entre contenidos teóricos indispensables y su posterior ejercitación.

Finalizadas las palabras del Dr. De la Riva, el Dr. Cassagne inició su clase magistral sobre el Derecho Público ante los desafíos de la ac-

tual pandemia. Y lo hizo con una aclaración: la elección del tema no respondió a una simple moda, sino que, por el contrario, el Derecho Administrativo es una categoría histórica y, como hija de su tiempo, no puede desentenderse del contexto cambiante de cada época que le exige respuestas renovadas.

La clase tuvo por eje los principios generales del Derecho y su aplicación en el campo del Derecho Administrativo. En este sentido, el Dr. Cassange explicó que durante el último siglo la humanidad ha presenciado el paso de distintos modelos de Estado. El primer modelo es el del Estado de Derecho tradicional: bajo este modelo, el Estado mantenía su neutralidad frente al protagonismo de los individuos y a la libre iniciativa en el campo económico. El Estado se limitaba a organizar los servicios públicos, cuya explotación cedía a la actividad privada bajo un sistema de concesiones. Este fue el modelo que rigió en la Argentina hasta mediados del siglo XX. Posteriormente, el país vio nacer el Estado social de Derecho, que con su intervencionismo introdujo los derechos sociales o de tercera generación. Así, ante la creciente preocupación del Estado por la cuestión social y las necesidades de la población, el catálogo de derechos aumentó. Finalmente, este modelo cedió paso al Estado Regulador y garante, que rigió por lo menos hasta el inicio de la actual pandemia. En este modelo se observa un fortalecimiento de la sociedad y el Estado se limita a regular, controlar y garantizar las prestaciones mínimas indispensables para que el juego de la economía no genere abusos por posiciones dominantes. El Estado promueve las actividades privadas, pero lo hace sobre el principio de la competencia. Este modelo conserva los principios que animan al Estado de Derecho tradicional, como es el caso de los principios de legalidad y de separación de poderes.

En el tercer modelo de Estado es posible encontrar el principio de subsidiariedad. Este principio tiene su origen en la Encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII (1891), y posee dos facetas: una activa, que obliga al Estado a intervenir en la sociedad ante las carencias e insuficiencias de las prestaciones de interés público; y otra pasiva, por la cual el Estado debe abstenerse de intervenir cuando el sector privado puede hacerse cargo de las necesidades sociales. A raíz de la pandemia actual, este principio se ha visto invertido. Sin embargo, advirtió el expositor, esta inversión debe ser temporaria, dado que el

Estado no puede resolver todos los problemas y debe contar con el auxilio de la iniciativa privada para llevar a cabo sus proyectos.

Estas consideraciones llevaron al Dr. Cassagne a discurrir sobre el principio de legalidad. Uno de los grandes peligros –advirtió– es identificar este principio con el derecho positivo. En este sentido, el artículo 19 de la Constitución Nacional, que sostiene que ningún habitante será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, tiene su origen en la obra del filósofo francés Montesquieu. Para el autor de *El Espíritu de las Leyes*, la ley no se reducía a la norma positiva, sino que abarcaba también la ley natural. Este artículo 19 es fundamental en el Derecho argentino porque consagra la prohibición de arbitrariedad. Se entiende por arbitrariedad algo que es contrario a la ley, la razón o la justicia. Esta es la definición del Diccionario de la Real Academia Española tomada de la tradición jurídica latina. Si se repara en algunas obras del Siglo de Oro español, como *El Quijote*, es posible observar la vigencia de esta prohibición de la arbitrariedad. Uno de los consejos que el Quijote le da a Sancho Panza, cuando lo nombra gobernador de la Ínsula Barataria, consiste en no incurrir en la “ley del encaje”. Se conocía como ley del encaje a la disposición o sentencia que dictaba un gobernante o juez basado en un mero capricho que se le había “encajado” en la cabeza. El origen de esta ley, según un antiguo diccionario francés, es el derecho romano.

Otro de los temas abordados por el Dr. Cassagne fue la estructura del ordenamiento jurídico como eje del Derecho Público. El mundo jurídico es más complejo que el mundo de las normas. Estas últimas desempeñan un papel importante, pero deben estar basadas en la razón y la justicia. Por dicho motivo, junto con las normas encontramos los principios generales del Derecho. A diferencia de las normas, los principios no se encuentran sistematizados en el orden jurídico. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el Consejo de Estado francés se vio en la necesidad de inaplicar las leyes dictadas por el gobierno de Vichy y, para ello, apeló a los principios generales del Derecho. En dos sentencias del año 1974, el Consejo sostuvo, por primera vez, que los principios gozan de preminencia sobre las normas del Derecho Administrativo. Este fue un hecho revolucionario, que rápidamente fue recogido en España por doctrinarios como Jesús González Pérez y Eduardo García de Enterría.

Paralelamente, en el último medio siglo ha surgido un nuevo derecho de principios a través de los tratados internacionales. Por obvias razones, los tratados no pueden regular de forma concreta y determinada las diversas situaciones jurídicas, y por tanto incluyen formulaciones generales, abstractas e indeterminadas, que son denominadas principios. El Dr. Cassagne advierte que en el ordenamiento jurídico argentino los tratados poseen jerarquía constitucional pero no están incorporados a la Constitución, sino que integran un bloque federal de constitucional, al decir de Bidart Campos. Como estos tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, los principios jurídicos del texto constitucional prevalecen sobre cualquier tratado internacional.

Una de las grandes preguntas del Derecho es qué es una norma y qué es un principio. La norma, según la doctrina alemana, que es la que más se ha dedicado al tema, es una configuración lógica de un mandato que tiene un supuesto de hecho. Este “deber ser” es lo que se ordena o prohíbe, mientras que la consecuencia jurídica son la sanción y los actos favorables. En cambio, los principios tienen un margen de indeterminación más grande. Son mandatos carentes de supuestos de hecho cuyas consecuencias deben ser determinadas por un juez, como la nulidad de un acto o la consagración de un derecho. Los principios no son mandatos vinculantes –como sostiene Alexy–, ni mandatos de optimización. Un mandato de optimización es solo una directiva que puede dar el gobierno para orientar la conducta social, como el actual “quédate en casa”, en las publicidades oficiales.

La teoría de los principios también exige diferenciar entre principio y valor. Mientras que en el Derecho Constitucional se habla de valores constitucionales, es difícil encontrar una definición de este término. Y ello es así porque valor y principio son dos facetas de lo mismo: todo principio encierra un valor, entendido como un bien ontológico. Pero a la inversa, no todo valor es un principio. A modo de ejemplo, la amistad es un valor que no se puede traducir en un principio jurídico que obligue a tener amigos. Por lo tanto, si bien todo principio encierra un valor justo, no todo valor es un principio. En este mismo marco, también hay que distinguir entre principios absolutos y relativos. En la Argentina se repite que los derechos son relativos y que se ejercen conforme las leyes que reglamentan su ejercicio.

Este es un concepto que proviene del utilitarismo y que el filósofo Finnis ha demostrado que es falso. El punto puede ilustrarse con un ejemplo clásico. El derecho a la vida es absoluto. Quienes sostienen su relatividad alegan la posibilidad de quitar una vida en base a la legítima defensa. Sin embargo, esto no es la relatividad del derecho sino la excepción al derecho, basada en el mismo derecho fundamental de la defensa de la vida del que es agredido. Nuevamente, la excepción de la legítima defensa no implica negar el carácter absoluto del derecho a la vida.

Otro punto importante de la teoría de los principios es el de la operatividad. No todos los derechos son de la misma manera operativos. Hay una operatividad propia y otra derivada. A modo de ejemplo, hay derechos que no se pueden realizar si el Estado no cuenta con posibilidades financieras para garantizarlos, como el acceso a la vivienda digna. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el derecho a la vivienda digna tiene una operatividad derivada, porque su concreción requiere de la actividad ulterior de la Administración Pública, que siempre será conforme sus reales posibilidades.

En resumen, los principios generales funcionan como un bloque a disposición de los juristas para resolver controversias. El centro de esos principios es la dignidad de la persona humana, de la que dependen y se derivan todos los demás principios, como el de razonabilidad. En materia de razonabilidad rige en la Argentina la corriente de origen norteamericano, que se basa en la igualdad y la ponderación. La igualdad implica que no se pueden aplicar las mismas recetas para derechos o situaciones desiguales. Es decir que la verdadera igualdad es la igualdad de oportunidades y no la utopía actual de pretender igualar a la sociedad mediante disposiciones de carácter positivo. La ponderación consiste en valorar la proporcionalidad entre las distintas decisiones. También llamado debido proceso sustantivo o legal, el principio de proporcionalidad se basa en tres juicios: un juicio de adecuación, que exige apreciar cuál es la idoneidad o aptitud de la medida para cumplir un determinado fin; un juicio de necesidad, que implica examinar cuáles son las otras medidas que se pueden adoptar para resolver un problema; y el balance entre los costos y beneficios de una decisión. A este principio de proporcionalidad se ha remitido la Corte Suprema de Justicia en diversas ocasiones.

Finalmente, el Dr. Cassagne abordó el principio de solidaridad. Ante la descomposición del campo contractual, sugiere que es posible argumentar el carácter vinculante de este principio. La recomposición de un contrato debe basarse en el principio de solidaridad en el esfuerzo compartido: es necesario determinar qué parte puede ceder para readecuar el contrato, en base a la buena fe y solidaridad. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se consagran los deberes del hombre hacia la sociedad. Por ejemplo, “toda persona tiene el deber de convivir con las demás” (art. 29) y “toda persona tiene el deber de obedecer a la ley” (art. 33). Estos deberes se basan de manera clara en el principio de solidaridad.

Abierto el espacio a las preguntas de los presentes, uno de los asistentes consultó al Dr. Cassagne si un decreto de necesidad y urgencia podía encontrar sustento en el principio de legalidad. Ante ello, el expositor respondió que el estado de necesidad implica la suspensión de la legalidad ordinaria y su sustitución por una legalidad extraordinaria. La clave consiste en dilucidar qué límites hay en esa legalidad extraordinaria. ¿Podría la Administración Pública imponer sanciones en este Estado extraordinario? Por los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución resulta imposible justificar que el Estado tenga potestades implícitas para sancionar en un estado de emergencia. Las sanciones siempre deben estar configuradas por una ley previa de carácter penal, ya que en caso contrario se cae en un decisionismo intolerable.

Acto seguido, hizo uso de la palabra el Dr. Alberto Bianchi, quien reflexionó sobre el principio de razonabilidad. En su intervención, refirió que el principio de razonabilidad, tal como se lo entiende en la Argentina, parte de la idea de proporcionalidad entre medios y fines (art. 28). El problema surge cuando los jueces se auto-restringen y sostienen que no pueden controlar el fin propuesto ni los medios. De esta manera, se limitan a controlar si hay proporcionalidad entre los medios y el fin propuesto. Esto supone un peligro por dos motivos. En primer lugar, basta con elevar el fin para que cualquier medio sea proporcional. Si el fin es la subsistencia del Estado, entonces todos los medios son proporcionales. En segundo lugar, en el ordenamiento jurídico argentino la carga de la prueba de que el medio no es proporcional al fin recae sobre quien lo impugna. En las circunstan-

cias actuales excepcionales, toda la población se encuentra privada de su libertad personal con el argumento de la protección de la salud. En esta situación, el principio de razonabilidad se torna insuficiente para controlar las medidas estatales, dado que el fin es tan elevado que cualquier medio se convierte en válido. Por tanto, el Dr. Bianchi considera que sería necesario revertir esta doctrina: ¿no debería el Estado demostrar que sus medidas son razonables en vez de que los particulares deban probar esa razonabilidad?

El Dr. Cassagne se mostró de acuerdo con la opinión del Dr. Bianchi y sostuvo que es necesario recurrir al juicio de necesidad que aplica la doctrina europea, a fin de examinar la razonabilidad de las medidas propuestas en comparación con otras medidas. En este caso, el particular puede cuestionar el juicio de proporcionalidad del Estado y alegar medidas alternativas.

El Dr. Aguilar Valdez consultó si al reconocer el carácter de principio general al principio de solidaridad es posible derivar cargas sobre los particulares o si, por el contrario, es necesario una norma legal expresa que actualice ese principio para tornarlo operativo. El Dr. Cassagne replicó que el principio de solidaridad no se puede aplicar de manera abstracta y por ello requiere de la intervención del derecho positivo. Por último, el Dr. García Rojo preguntó cómo es posible armonizar el esfuerzo compartido como herramienta para recomponer un contrato público, con el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución. El Dr. Cassagne respondió que es imposible encontrar una solución universal que contemple todos los principios. La solución consiste en decidir caso por caso. Se debe tratar igual a las situaciones iguales y justificar que en algunos casos haya que tomar decisiones individuales distintas porque las circunstancias son diferentes.

Finalizado el espacio de preguntas, el Dr. Garat y el Dr. De la Riva agradecieron al expositor y a todos los presentes, se dio por concluida la clase magistral y por oficialmente inaugurada la nueva Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

## RECENSIÓN

**CAÑARDO, Hernando V., *La penumbra de la corrupción: análisis de la regulación internacional de los lobbies*, Madrid, Editorial Académica Española, 2020, 71 pp.**

MARÍA INÉS BROGIN ALBA<sup>1</sup>

Hernando Vicente Cañardo<sup>2</sup>, en su nueva obra, interpela a reflexionar sobre la regulación de los *lobbies* y acerca de la necesidad de pensar un marco regulatorio de la actividad que garantice la transparencia. No es la primera vez que el autor aborda el tema, ya lo había comenzado a delinear en un artículo reciente<sup>3</sup>, pero ahora profundiza esas elaboraciones y abre la puerta a nuevos interrogantes.

1. Abogada (UBA, 2009). Especialista en Derecho Público Administrativo (UBA, 2009). Especialista en Contratos Administrativos (Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, 2011). Egresada del Programa de Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública (Universidad de San Andrés, 2018). Coordinadora de los Servicios de Casa Rosada de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación (2016-2019). Actualmente se desempeña como directora ejecutiva de la *Asociación para la Promoción de los Derechos Civiles* (PRODECI). Correo electrónico: inesbrogin@gmail.com.

2. Hernando V. Cañardo es Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), profesor titular de Derecho Internacional Público y profesor titular del Doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA).

3. Me refiero al siguiente artículo: Cañardo, Hernando V., "La penumbra de la corrupción: regulación internacional de los lobbies", en *Forum: Anuario del Centro de*

Los llamados *lobbies* se han convertido en un elemento más de la toma de decisiones políticas y legislativas tanto a nivel interno de los Estados como también en las instancias internacionales. La sociedad, en general, ha tomado conciencia de su existencia e influencia. No obstante, la materia se encuentra poco explorada en la academia y (menos todavía) en el plano normativo.

*La penumbra de la corrupción: análisis de la regulación internacional de los lobbies*, sin duda, es una importante herramienta para emprender el estudio de los estándares establecidos en el ámbito del Derecho Internacional<sup>4</sup> y en gran medida inspirados en reglamentaciones internas dispuestas por algunos Estados pioneros en la materia.

El estudio comienza con algunas referencias al origen del término *lobby*. La palabra, proveniente de la lengua inglesa, significa textualmente vestíbulo o antesala y se aplica a quienes “esperaban” a los legisladores para abogar por sus asuntos. El vocablo, explica el autor, se ha consolidado y difundido para designar a las personas o entidades que se dedican a la defensa de causas o intereses particulares<sup>5</sup>.

---

*Derecho Constitucional*, V. 6, 2018. Rescatado de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=Revistas&d=penumbra-corrupcion-regulacion-lobbies> (consultado el 22/5/2020).

4. Cfr. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), *The 10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying*, 2013.

5. Ciertamente, no existe un equivalente exacto en el idioma castellano: “*lobby*”. Voz inglesa que puede sustituirse en español por términos o expresiones de sentido equivalente: a) Cuando significa ‘grupo de personas influyentes, organizado para presionar en favor de determinados intereses’, puede sustituirse por *grupo de presión* o, en algunas zonas de América, por *grupo de cabildeo*: «*Es un grupo de presión que trafica con influencias por estar bien situado cerca del poder*» (VqzMontalbán Galíndez [Esp. 1990]); «*Si los hispanos salen a votar en grandes cantidades hoy, podrían ayudarnos a decidir el voto, dijeron los miembros de ambos grupos de cabildeo*» (NHerald [EE. UU.] 3.6.97). El verbo inglés *to lobby* puede traducirse por *ejercer presión* o *presionar*, y también, como se hace en algunos países de América, por *cabildear*: «*Grupos de refugiados nicaragüenses iniciaron esta semana viajes a Washington para cabildear a favor de las leyes que decidirán su futuro como inmigrantes*» (NHerald [EE. UU.] 21.10.97). Para designar a la persona que forma parte de un grupo de presión, se utiliza en varios países de América el término *cabildero*, que funciona, así, como equivalente del inglés *lobbyist*: «*Desde esa posición, extendió su red de relaciones, jugando un papel clave como cabildero de la jerarquía eclesiástica ante el Gobierno salinista*» (Proceso [Méx.] 25.8.96).

Pasadas las definiciones iniciales, Cañardo estructura los diferentes capítulos del libro de acuerdo con los estándares que se toman en cuenta para la regulación de la práctica, a saber: la transparencia, la integridad, la participación y la supervisión. Luego se explica que, además, el marco regulatorio de los *lobbies* debe tener en cuenta el contexto local y, por último, se describe el estado de situación en Argentina.

Respecto de los principios y guías de regulación del *lobby*, el autor trae a colación las recomendaciones que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) ha dirigido a los Estados, para que las definiciones del *lobby* sean amplias y explícitas, con el objeto de prevenir vacíos legales y para que incluya todas las comunicaciones con funcionarios públicos, directas e indirectas, que tengan por finalidad influir en las decisiones políticas.

Con agudeza, Cañardo señala que uno de los desafíos que plantean los *lobbies* lleva a considerar que si bien es válido (y, de hecho, fundamental para el sistema democrático) que los ciudadanos, en forma individual o agrupados, expresen su preocupación por las cuestiones que afectan al bien común y que busquen influir en la elaboración de las políticas públicas, por otro lado, ello puede dar lugar a actos de corrupción.

En sus propias palabras: “[e]n una democracia que se precie de tal, sus representantes deben estar en contacto con el electorado”<sup>6</sup> y, por esa razón, el primer estándar a considerar es el de la transparencia en las interacciones entre los *lobbistas* y los funcionarios públicos. En este punto, recuerda el mecanismo de sistemas de registro y menciona el previsto en los Estados Unidos. La *United States Senate Lobbying Disclosure Database*, en efecto, permite conocer los registros que contienen la identidad del *lobbista*, las materias a tratar y los resultados que se buscan obtener; quiénes serán los beneficiarios de las decisiones; el tipo y la frecuencia de las actividades, los gastos y las

---

b) Cuando significa ‘vestíbulo de un hotel y de otros establecimientos como cines, teatros, restaurantes, etc., especialmente si es grande’, puede sustituirse por la voz española *vestíbulo*”. Real Academia Española, *Diccionario Panhispánico de Dudas 2005*; consulta disponible en: <https://www.rae.es/dpd/lobby> (última visita 12/5/2020); el resaltado pertenece al original.

6. Cañardo, Hernando V., *La penumbra de la corrupción...*, ob. cit., p. 5.

fuentes de financiación; si hay contribuciones políticas en dinero o especie, fondos públicos; y si han tenido algún rol anterior en el Gobierno. El sistema facilita que se descubra cuándo el *lobby* encierra un supuesto de corrupción (como sucedió en el caso de “Jack Abramoff” en los Estados Unidos, que se refiere<sup>7</sup>).

Otro de los pilares principales contenidos en los Principios de la OCDE, que Cañardo desarrolla, es el de la integridad. Tanto los *lobbistas* como los funcionarios públicos deben estar sujetos a estándares obligatorios de conducta y a un sistema que regule los conflictos de intereses. Sobre esto, refiere que la mayoría de los Estados han establecido reglas para resolver los conflictos de interés que puedan afectar a los funcionarios públicos y que, en la órbita de los funcionarios ejecutivos de la OCDE, las soluciones normativas para esos casos se encuentran en las *Managing Conflict of Interest in the Public Sector*<sup>8</sup>.

Debe mencionarse que el autor no deja de puntualizar el valor de la participación del público en general y de los grupos de presión en particular en los procesos deliberativos democráticos. Pero a la vez, se resalta la necesidad de una adecuada supervisión de dicha participación y la importancia de la implementación de un sistema de sanciones eficientes para quienes violen las regulaciones.

Por otro lado, según se explica (y como he adelantado), la regulación del *lobby* no puede soslayar el contexto local. Los Principios de la OCDE, precisamente, exhortan a los Estados a que tomen en cuenta el marco regulatorio y político propio para apoyar una cultura de la transparencia y la integridad. Esto incluye la consulta y la participación, el derecho a petionar al gobierno, la libertad de información legislativa, las reglas sobre partidos políticos y campañas electorales, los códigos de conducta de los funcionarios públicos y *lobbistas*, los mecanismos de regulación y supervisión y las disposiciones efectivas contra la influencia ilícita.

*La penumbra de la corrupción...*, además, incluye un análisis particular de la situación en Argentina. En este sentido, indica que la reforma constitucional de 1994 incorporó la prevención contra el enri-

7. *Ibidem*, p. 44.

8. *Ibidem*, p. 26.

quecimiento a costa del erario público y dejó planteada la necesidad de dictar una ley de ética pública<sup>9</sup>, lo que significó la introducción de los conceptos de transparencia y responsabilidad.

Conviene decir que el tema no ha sido completamente ajeno a la agenda institucional de nuestro país: han existido varios proyectos legislativos para regular el *lobbying*. Mencionaré los más recientes. En el año 2017, se envió un proyecto de ley a la Cámara de Diputados de la Nación sobre “la regulación de la actividad y la publicidad de la gestión de intereses ante los diferentes organismos del Estado Nacional”<sup>10</sup>. La propuesta no fue tratada en el pleno de la Cámara y, por consiguiente, perdió estado parlamentario. En 2019 se reiteró la presentación<sup>11</sup>, con un nuevo proyecto de ley que pretende regular la actividad y la publicidad de la gestión de intereses ante los diferentes organismos del Estado Nacional<sup>12</sup>.

9. El artículo 36 de la Constitución Nacional dispone: “[e]sta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

10. Proyecto de ley “Gestión de intereses ante los diferentes organismos del Estado Nacional. Régimen” [Expediente 4-PE-2017 de la HCDN].

11. Proyecto de ley “Gestión de intereses ante los diferentes organismos del Estado Nacional. Régimen”. [Expediente 2904-D-2019 de la HCDN], disponible en: <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=2904-D-2019> (consultado el 16/5/2020).

12. Puntualmente se refiere a los siguientes procesos decisorios: a) la elaboración de un anteproyecto o proyecto de ley o cualquier otra norma; b) el diseño, modificación e implementación de políticas públicas o programas de gobierno; c) el procedimiento de contratación de bienes o servicios; d) el otorgamiento de subsidios, becas o cualquier otra decisión relativa a la entrega de fondos públicos y e) el procedimiento

Huelga decir a estas alturas que otorgar transparencia a la toma de decisiones de gran trascendencia, como las que tratan los poderes estatales, es un tema que causa gran sensibilidad en Argentina (y en general, en toda América Latina)<sup>14</sup>. La falta de integridad política es una amenaza para el sistema republicano y democrático; consecuentemente, el establecimiento de reglas claras para los grupos de presión puede cumplir, primero, una función pedagógica para la comunidad y, luego, ayudar a fortalecer la calidad institucional. En la búsqueda de esos objetivos, que el Congreso Nacional ponga el tema en el centro de su agenda parece ser el primer paso.

En este sentido, resulta oportuna la investigación de Cañardo y más todavía sus reflexiones. Ciertamente, si la premisa es que todos los ciudadanos tienen derecho a peticionar a las autoridades y que es deber del Estado atender esa petición, el autor nos invita a preguntarnos: ¿no resulta necesario, también, que sean acatadas las reglas básicas de leal transparencia y responsabilidad en el ejercicio de ese derecho?

---

para el otorgamiento de acuerdo senatorial (art. 3°). También busca regular los registros de audiencias por gestión de intereses, mediante la creación de Registros Públicos de Audiencias por Gestión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Consejo de la Magistratura, el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Fiscal (art. 8°). De ese modo, regula los contenidos mínimos de los registros de audiencias, en los cuales se prevé que se informará, como mínimo: a) lugar en el que tuvo lugar la audiencia por gestión de intereses; b) objeto de la audiencia por gestión de intereses; c) fecha y hora de la audiencia por gestión de intereses; d) nombre completo de quienes solicitaron la audiencia por gestión de intereses y de quienes participaron en ella; e) identificación del interés en individual, colectivo, difuso, privado o público; f) nombre o razón social de la persona cuyos intereses se gestionaron, cuando se trate de un interés individual o privado; g) si se entregó documentación y qué tipo de documentación se presentó; h) síntesis del contenido de la audiencia por gestión de intereses.

14 De acuerdo con los datos del informe presentado por *Transparency International* en 2019, la mitad de los argentinos (50 %) cree que la corrupción aumentó en el último año y el noventa y tres por ciento (93 %) estima que la corrupción en el Gobierno es un problema grave. Cfr. Coralie Pring, Jon Vrushi, "The Global Corruption Barometer (GCB) - Latin America and the Caribbean", disponible en el sitio *web* de *Transparency International*: <https://www.transparency.org/en/gcb/latin-america/latin-america-and-the-caribbean-x-edition-2019> (consultado el: 22/5/2020).

## RECENSIÓN

---

En *La penumbra de la corrupción...* queda claro el enorme potencial del *lobbying*, sus riesgos y, también, que su influencia en el mundo de la política exige el establecimiento de normas claras. Sean estas líneas una forma de acercar este trabajo al lector y una invitación a renovar las reflexiones en un tema de evidente actualidad.



**PARTE IV**  
**DOCUMENTOS**



# RECHAZAMOS EL ATAQUE A LA COMUNIDAD EDUCATIVA FASTA<sup>1</sup> ASOCIACIÓN PARA LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES (PRODECI)

MIGUEL J. HASLOP<sup>2</sup> Y FRANCISCO J. ROGGERO<sup>3</sup>

## PARA CITAR ESTE TEXTO:

Asociación para la Promoción de los Derechos Civiles (PRODECI), Miguel J. Haslop, Francisco J. Roggero, "Rechazamos el ataque a la comunidad educativa FASTA", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional*, N° 9, 2020, pp.

Ciudad de Buenos Aires, 12 de junio de 2020

Desde la Asociación para la Promoción de los Derechos Civiles (PRODECI), con profunda preocupación, manifestamos nuestro re-

1. Nota del Director: Agradecemos a las autoridades de PRODECI la autorización para publicar el texto de la declaración como documento. El resaltado pertenece al original.

2. Presidente de la Asociación para la Promoción de los Derechos Civiles.

3. Secretario de la Asociación para la Promoción de los Derechos Civiles.

chazo al Proyecto de Resolución presentado en la Cámara de Diputados de la Nación (con el N° 2661-D-2020, el 7/6/2020, en adelante, el Proyecto de Resolución), por el que once diputados nacionales expresan un juicio negativo y apresurado sobre el proyecto educativo de los Colegios de la Fraternidad de Agrupaciones Santo Tomás de Aquino (FASTA), incorporado al sistema educativo argentino, aludiendo al supuesto incumplimiento de leyes y al “*espíritu de nuestra nación*”. Asimismo, proponen instar a las autoridades jurisdiccionales a que intervengan para supervisar y verificar hechos que han sido denunciados en un periódico de la Ciudad de Buenos Aires. Y finalmente prejuzgan acerca de aquello que instan a investigar, pues proponen la aplicación de sanciones injustificadas.

El Proyecto de Resolución presentado desconoce las normas que garantizan los derechos más elementales de los habitantes de nuestro país y del orden constitucional que lo asegura. En primer lugar, conculca el derecho constitucional de enseñar y aprender consagrado en el artículo 14 de la CN. Ese derecho constitucional, según la Ley de Educación Nacional N° 26.206, es garantizado por el Estado Nacional que, para tal fin, **reconoce a la familia como agente natural y primario en la educación de los niños, y reconoce a las confesiones religiosas su responsabilidad en la acción educativa** (art. 6°). La propia ley, en su artículo 63, al regular la educación en escuelas de gestión privada, otorga el derecho de enseñar a la Iglesia Católica y a las confesiones religiosas inscriptas en el Registro Nacional de Culto. Ese mismo artículo señala como derecho de la institución responsable el de “*aprobar el proyecto educativo institucional de acuerdo con su ideario*”. Por su parte, el Concordato con la Santa Sede de 1966 asegura a la Iglesia Católica autonomía para el cumplimiento de sus fines dentro del territorio nacional.

Al mismo tiempo, el artículo 128 de la Ley de Educación Nacional, al regular los derechos y deberes de los padres, establece **el derecho a elegir para sus hijos la institución educativa cuyo ideario corresponda a sus convicciones filosóficas, éticas o religiosas**. Este derecho también se ve desconocido en el Proyecto de Resolución, en contra de lo establecido en los tratados internacionales de rango constitucional (art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10.1 del Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

El Proyecto de Resolución no solo desconoce el derecho de enseñar y aprender y el derecho de los padres de educar a sus hijos según sus valores morales y religiosos, sino que también constituye una evidente violación de la libertad religiosa y de culto (art. 14, CN y pactos de rango constitucional citados). Dicha violación se agrava por ser perpetrada por miembros de uno de los poderes del Estado. A lo largo de su articulado y fundamentos, el Proyecto de Resolución implica un reiterado desprecio y desvalorización intolerante sobre el contenido de la enseñanza de una institución, por el hecho de tener un ideario conforme a la Doctrina Social de la Iglesia y al Catecismo de la Iglesia Católica (art. 2º, CN). Que el Poder Legislativo Nacional se aboque a la censura y a la descalificación por expresar ideas forjadas en una confesión religiosa, o que persiga a quienes sostienen dichas ideas, es una violación flagrante a los principios de la República, del más elemental sistema de libertades propio de un Estado de Derecho y del pluralismo y respeto a la diversidad por el que todos debemos velar.

La presentación de este proyecto en la Cámara de Diputados constituye un preocupante fomento de un discurso de odio religioso y de discriminación por motivos religiosos desde el Estado. La misma Ley N° 23.592 sobre actos discriminatorios agrava la pena por la comisión de tales conductas a *“quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren la persecución o el odio contra un grupo de personas a causa de su religión”* (art. 3º). Es, además, justamente lo contrario de lo esperado de los representantes del pueblo: que velen por los derechos de los ciudadanos en vez de cercenarlos.

En el fondo, el Proyecto de Resolución no es más que una pretendida mordaza a la libertad de pensamiento y de educación completamente anacrónica. Se trata de un descarado acto de censura, a contrapelo de todo pretendido progresismo, con el agravante de que representa un avance sobre cuestiones absolutamente ajenas a la labor legislativa y que, en nuestro sistema federal, son materia de estricta competencia local.

En síntesis, el texto en cuestión no muestra genuino interés por la verdad, realiza juicios de valor degradantes, sostiene afirmaciones

sin prueba alguna y viola los más elementales derechos de los cientos de familias, docentes, directivos y alumnos que concurren a las instituciones educativas implicadas. Los legisladores firmantes lastiman de este modo a la Patria inclusiva que dicen defender.

**Exhortamos a los señores Diputados de la Nación a rechazar enérgicamente este Proyecto de Resolución.**

Miguel J. Haslop  
PRESIDENTE

Francisco J. Roggero  
SECRETARIO

**IN MEMORIAM:  
NORBERTO PADILLA (1944-2020)  
IN REMEMBRANCE OF NORBERTO PADILLA (1944- 2020)**

JUAN G. NAVARRO FLORIA<sup>1</sup>

**RESUMEN:**

El 18 de junio de 2020 falleció el Profesor Emérito de Derecho Constitucional, Doctor Norberto Padilla. En las siguientes líneas se recuerda su imborrable paso por la Pontificia Universidad Católica Argentina y su intensa trayectoria en la vida académica y profesional.

**PALABRAS CLAVE:**

Norberto Padilla; Libertad religiosa; Diálogo ecuménico; *In memoriam*.

1. Abogado (UCA, 1984, Diploma de Honor). Profesor superior en Ciencias Jurídicas (UCA, 1985). Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid, *cum laude*). Profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la Facultad de Derecho (Principios de Derecho Privado y de Elementos de Derecho Civil), Facultad de Derecho Canónico (Derecho Eclesiástico Argentino e Instituciones de Derecho Civil). Miembro de los Consejos Académicos de diversas instituciones. Correo electrónico: jnavarro@nfla.com.ar.

**ABSTRACT:**

On June 18, 2020, Professor Emeritus of Constitutional Law, Norberto Padilla, passed away. The following lines were written to remember his years at Pontificia Universidad Católica Argentina, his intense career in the academy and his professional life.

**KEYWORDS:**

Norberto Padilla; Religious freedom; Ecumenical dialogue; In memoriam.

**PARA CITAR ESTE TEXTO:**

Navarro Floria, Juan G., *"In memoriam: Norberto Padilla (1944-2020)"*, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional*, N° 9, 2020, pp. 203-207.

Norberto Padilla, abogado recibido en la Universidad de Buenos Aires, ejerció en ella la docencia en la materia Derecho Constitucional, siguiendo los pasos de su padre, que fue un destacado académico, como también lo hizo su hermano, Alejandro. Pero su dedicación más intensa en ese campo fue en la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), donde fue profesor titular y luego emérito, e integró durante dos períodos el Consejo Superior, entre otras tareas que siempre asumió con entusiasmo, seriedad y humildad. La UCA fue un lugar para unir la tarea intelectual con el servicio a la Iglesia.

Sus alumnos y colegas lo recuerdan como un profesor entusiasta que ilustraba sus clases con su proverbial erudición histórica. También sus escritos siempre estaban matizados con la anécdota apropiada. Pero no soy yo quien mejor pueda recordar sus aportes al Derecho Constitucional. Sí puedo dar testimonio de otras muchas facetas de su rica personalidad, que quedaron de manifiesto con la inusual cantidad de expresiones de tristeza y también de gratitud por su vida que se sucedieron al conocerse su fallecimiento.

Su aporte a la ciencia jurídica fue importante también en otro campo, al que llegó desde el Derecho Constitucional (donde desde siempre había un capítulo dedicado a “las relaciones Iglesia-Estado”) pero también desde su compromiso católico y con el diálogo ecuménico e interreligioso: me refiero al Derecho Eclesiástico del Estado. Justamente a este tema dedicó su disertación de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, como académico de número, en 2019, ocupando nada menos que el sitial dedicado a José Manuel Estrada<sup>2</sup>.

Hace algunos años escribimos junto con el Prof. Octavio Lo Prete un libro que creo es original en nuestro país: *Derecho y Religión. Derecho Eclesiástico Argentino*<sup>3</sup>. Al cumplirse treinta años del Acuerdo entre la Argentina y la Santa Sede Norberto escribió un valioso estudio sobre él<sup>4</sup>, y luego escribimos juntos otro sobre el Acuerdo de 1957 de creación del entonces Vicariato Castrense. Publicó, también, una cantidad de artículos y capítulos de libros en la materia, en la Argentina<sup>5</sup>

2. “Libertad religiosa y estado confesional: actualidad de una discusión entre José Manuel Estrada y Félix Frías”, Conferencia al incorporarse como Académico de Número a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en la sesión pública del 10 de julio de 2019, disponible en: <https://www.anmyp.org.ar/user/FILES/8-%20PADILLA%20OK.pdf> (consultado el 6/7/2020).

3. Navarro Floria, Juan G.; Padilla, Norberto y Lo Prete, Octavio, *Derecho y Religión. Derecho Eclesiástico Argentino*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2014.

4. Padilla, Norberto, *A treinta años del Acuerdo con la Santa Sede*, Buenos Aires, Secretaría de Culto, 1996.

5. Entre ellos, escribió en: Padilla, Norberto, “Los acuerdos entre la República Argentina y la Santa Sede”, en Navarro Floria, Juan G. (Coord.), *Acuerdos y concordatos entre la Santa Sede y los países americanos*, Buenos Aires, EDUCA, 2011, pp. 49-70; “Religious education in Argentina”, en Derek, Davis and Elena Miroshnikova (eds.), *The Routledge International Handbook of Religious Education*, London, Routledge, 2013; “Confesiones religiosas: Argentina”, en Martín Sánchez, Isidoro y Navarro Floria, Juan G. (comps.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2006; “Derecho a practicar la propia religión: Argentina”, en Martín Sánchez, Isidoro y Navarro Floria, Juan G. (comps.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2006; “El derecho de la libertad de culto”, en Sabsay, Daniel; Manili, Pablo, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

y en el exterior, incluyendo la relación argentina en el XVIII Congreso Internacional de la Academia Internacional de Derecho Comparado<sup>6</sup>. En sus trabajos siempre prestó especial atención a los hechos históricos y a sus protagonistas.

Vinculada a esa materia estuvo también la porción más significativa de su actuación pública. Pude compartir con él la tarea de asesores de la Secretaría de Culto de la Nación acompañando al inolvidable Ángel Centeno durante nueve años. Cuando Fernando de la Rúa llegó a la presidencia nombró a Norberto Padilla como Secretario de Culto, tarea que desarrolló de modo brillante e innovador, conformando por primera (y última) vez un valioso Consejo Asesor de Libertad Religiosa, integrado por personas de distintas confesiones religiosas, anteriores secretarios de culto y académicos, además de encarar una tarea de ordenamiento normativo, entre otras iniciativas.

Se podría seguir enumerando actividades, como su participación durante décadas en el Consejo de Redacción de la Revista "Criterio"; su participación desde el momento fundacional en el Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, del que era presidente al momento de su fallecimiento; en el Consejo Argentino de Libertad Religiosa (CALIR); en la Fundación Navarro Viola, de la que fue presidente varios años, y tantas otras. Hombre de intereses múltiples, no solo se dedicó al derecho sino también a la genealogía, y a la cultura en general, con un especial interés por la ópera, que tan bien conocía.

Cualquier semblanza estaría incompleta sin mencionar su extenso servicio a la Iglesia, tarea compartida con su esposa, Gloria Williams. Hijo del Concilio Vaticano II y del espíritu de Pablo VI (a quien había conocido) y, con una gran versación en la materia, trabajó incansablemente en el diálogo ecuménico e interreligioso, especialmente con el judaísmo, como ya se dijo. Y también en la pastoral familiar y prematrimonial. Ellos mismos formaron una espléndida y numerosa familia, que en el momento de la despedida de Norberto dio un admirable y extraordinario testimonio de fe.

6. "Religion and the Secular State: National Reports", Javier Martínez-Torrón & W. Cole Durham, Jr., General Reporters, Donlu D. Thayer, Editor, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2015.

Con todo, tengo para mí que nada de lo anterior, y que no es poco, es lo más importante. Si algo ha de recordarse de Norberto Padilla es que fue ante todo un hombre bueno, sin doblez, de una simpatía desbordante. Alguien con quien era imposible no sentirse a gusto, no solamente por una notable cultura de la que no hacía alarde y que expresaba con naturalidad, sino por sus virtudes: una generosidad que siempre lo llevaba a encontrar en los demás algún mérito, una cordialidad sincera que expresaba desde el primer momento con una sonrisa transparente, una bonhomía que le era completamente natural.

Es esa presencia amiga, calurosa y simpática de Norberto la que sus amigos estamos extrañando tanto. Su ausencia deja un hueco que será difícil llenar y que ha llenado a muchos y en muchas latitudes de congoja, que se mezcla con la enorme gratitud por haber podido compartir un trecho del camino de la propia vida con un hombre tan querible. Un hombre de fe robusta y entusiasta, que seguramente estará gozando de esa Vida plena que esperaba con confianza.



# REVISTA FORUM

## NORMAS DE PUBLICACIÓN

*FORUM* –Anuario del Centro de Derecho Constitucional– adopta las siguientes *normas de publicación*, en consonancia con su objetivo de ser expresión de los trabajos y estudios académicos de quienes participan como miembros o invitados del Centro de Profesores de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, así como de otras universidades, respetando los principios de justicia y orden natural que iluminan el ideario y el proyecto integrador de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

### I. Cobertura temática

La Revista *FORUM* (en adelante, la Revista) publica textos relacionados con la investigación en el área del Derecho Constitucional y sus disciplinas afines, conforme a su misión, que se inserten en las siguientes categorías temáticas:

- 1.1. Derecho Constitucional;
- 1.2. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas);
- 1.3. Derecho Internacional Público;
- 1.4. Derecho Administrativo;
- 1.5. Historia del Derecho;
- 1.6. Derecho Canónico y Eclesiástico;
- 1.7. Derecho Comparado.

### II. Código de conducta y buenas prácticas editoriales

*FORUM* adhiere al Código de conducta y mejores prácticas del *Committee on Publication Ethics* (COPE), denominado *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors y Code of Conduct for Journals Publishers*.

*FORUM* asegurará la calidad científica de las publicaciones y la adecuada respuesta a las necesidades de los/as lectores/as y los/as autores/as. Los trabajos que se presenten a la Revista deben cumplir con estas normas éticas.

### III. Secciones de la Revista

La Revista publica trabajos de distintas categorías, agrupados según distintas secciones, de acuerdo con el siguiente detalle:

#### *Artículos de investigación*

Se publican dentro de esta sección trabajos que cumplan con las siguientes características.

- a. Estructura de la investigación
  - El tema tratado debe realizar aportes científicos y ofrecer conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento, en línea con el espíritu del Centro de Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.
  - Deber existir coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones.
  - El trabajo debe contar con bibliografía actualizada y pertinente con la temática.
- b. Requisitos

Los trabajos presentados deben ser escritos en español (la Redacción se reserva la posibilidad de admitir trabajos escritos en otras lenguas con carácter excepcional) y tener como mínimo la siguiente estructura, que se aplicará también a los comentarios, las notas, reseñas, crónicas y ensayos, en cuanto corresponda. Preferentemente se aceptarán trabajos en castellano. No obstante, también pueden recibirse en italiano, francés, inglés o portugués.
- c. Extensión

No podrán tener una extensión menor a las 5.000 ni mayor a las 25.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en fascículos diferentes.
- d. Otros

El trabajo debe enviarse con el título en el idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 300 palabras y palabras claves en un

número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo deberá incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.

e. Evaluación

Los trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

f. Originalidad

Los trabajos propuestos para esta Sección deberán ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar una carta por vía digital que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en *FORUM*. Para tal caso, los autores deben enviar por vía digital aviso sobre la difusión de su artículo.

### *Notas y comentarios*

- a. Estructura: Esta sección incluirá trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión máxima será de 15.000 palabras.
- b. Originalidad: Los trabajos propuestos para esta sección deben ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar por vía digital una carta que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en la Revista.
- c. En el caso de comentarios de jurisprudencia, la sentencia, con indicación del tribunal interviniente, nombre de los firmantes y fecha de emisión, debe ser entregada junto con el trabajo enviado, como anexo. Si la sentencia fue extraída de una página web debe indicarse dirección de acceso.
- d. Otros: El trabajo debe enviarse con el título en idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo debe incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.
- e. Las notas y comentarios serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

### *Recensiones, crónicas y ensayos*

La sección incluye reseñas/recensiones de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 4.000 palabras. Las recensiones no contarán con palabras clave. La Revista podrá publicar crónicas y ensayos que no superen esa extensión de palabras.

### *Documentos*

La Dirección podrá seleccionar documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.

### *Otras secciones*

Según las necesidades del número publicado, podrán incluirse necrológicas, recuerdos de profesores o académicos, noticias, traducción o publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de conferencias y/o comunicaciones en congresos o seminarios, etc.

## **IV. Los autores**

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen, si la hubiere. Los autores deben informar al menos el máximo grado académico que poseen, junto con la universidad que lo otorgó y el año, los cargos o compromisos laborales o profesionales, dedicatorias o los proyectos científicos patrocinados en los que el trabajo se enmarca podrán incluirse como segundo párrafo de la nota al pie inicial, antes de las notas de numeración correlativa. Los autores deberán indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista. Podrán incluir los agradecimientos que estimen pertinentes.
2. Los autores que se encuentren en conflicto de interés con el trabajo presentado deben efectuar la aclaración pertinente en la nota al pie inicial, junto con sus datos personales. También deberán aclarar si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una

beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

3. Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a la revista el derecho de ser la primera publicación del trabajo. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia al número de *FORUM* en el cual haya aparecido.
4. Los autores cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, habilitando la reproducción de su trabajo en el Repositorio Digital o Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los trabajos que contiene esta Revista representan la opinión de sus autores y no constituyen necesariamente la opinión oficial de la Pontificia Universidad Católica Argentina ni de ninguno de sus órganos.
6. Por lo menos el 50 % de los trabajos publicados en cada número de la Revista pertenecerán a autores externos a la Pontificia Universidad Católica Argentina. Sin perjuicio de ello, la Revista publicará al menos dos trabajos pertenecientes a autores de la Universidad por número.

## V. Lista de comprobación para la preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, los autores están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores aquellos envíos que incurran en las siguientes causales de rechazo:

- a. Que el manuscrito haya sido publicado o se haya enviado previamente a otra revista o publicación colectiva.
- b. Si el archivo enviado no está en formato Microsoft Word.
- c. Si el texto no cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las *normas de publicación*.
- d. Si el autor no ha aceptado y suscripto la declaración de originalidad que será remitida mediante correo electrónico.

## VI. Evaluación inicial y arbitraje

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido del Director de la Revista, para

discernir la originalidad, relevancia e interés científico. En el caso de los artículos de investigación, la evaluación inicial se orienta a decidir el pase del trabajo a arbitraje. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada.

2. Además, la Secretaría de Redacción hace una corrección preliminar de estilos. Los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje en el caso de los artículos de investigación, o bien de su publicación en el resto de las contribuciones.
3. Solo se iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las presentes *normas de publicación*. La adaptación de los originales a las *normas de publicación* de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
4. Los textos enviados a la Revista para las secciones de “Artículos de investigación” y “Notas y comentarios” serán evaluados por un árbitro externo a la Revista, designado por la Secretaría de Redacción. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego simple” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
5. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 30 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento por su colaboración se entregará al árbitro un certificado que acredite su labor.
7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Director de la Revista y el Consejo Editorial (en adelante, la Dirección de la Revista). Se podrá recurrir a un segundo arbitraje si fuera necesario.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación por el árbitro académico.
10. Los árbitros o evaluadores externos recibirán los artículos sin la identificación de su autor, para asegurar la objetividad respecto de los autores.

## VII. Normas para árbitros

- a) Los artículos, notas y comentarios presentados serán sometidos a arbitraje por parte de evaluadores externos. No serán sometidos a arbitraje las rese-

ñas, crónicas y/o ensayos cuya publicación se reservará a criterio de la Dirección de la Revista.

- b) El *referato* de la Revista está compuesto por árbitros que han alcanzado la máxima titulación académica (grado de doctor) y/o se desempeñan como profesores titulares (catedráticos) y/o investigadores de carrera. Se trata de investigadores de universidades ajenas a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, cuyas áreas de trabajo son la Teoría y el Derecho Constitucional, los Derechos Humanos, el Derecho Político, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal Constitucional, la Historia Constitucional, la Historia de las Ideas Políticas y otras disciplinas afines. La selección del árbitro dependerá de la temática del artículo.
- c) El árbitro que se encuentre en conflicto de interés con el trabajo que se le ha encargado evaluar debe inmediatamente excusarse de participar en el proceso del trabajo que se trate.

## VIII. Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas

### 1. Formato para textos

Textos Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra *Times New Roman*, negrita de 14 puntos para el título; negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel; cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel; 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.

### 2. Citas bibliográficas

Las referencias bibliográficas siempre deben ir a pie de página y no en el cuerpo del texto. Deben adoptar el siguiente formato:

- a. Referencias de libros: apellidos y nombres del autor, título de la obra (en letra cursiva o bastardilla), lugar de publicación, editorial, año de edición, página o páginas citadas (todo separado por comas).  
Ejemplo: Lamas, Félix Adolfo, *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", 1985, p. 250.  
Si se trata de una traducción y se requiere mencionar el autor, se anota después de la editorial. Por ejemplo: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cuarta edición, novena reimpresión, Buenos Aires, EUDEBA, trad. Moisés Nilve, 2009, p. 174.

- b. Referencias de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva: apellidos y nombres del autor, “título del escrito” (en letra normal y entre comillas), apellidos y nombres del compilador o editor, indicándolo, o emplear AA.VV. cuando se trate de varios autores sin un editor compilador declarado, título de la obra, lugar de publicación, editorial, año de edición, páginas citadas, todo separado por comas.  
Ej. Bandieri, Luis María, “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI”, en Palazzo, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pp. 34-51.
- c. Referencias de artículos de revista: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, nombre de la revista (en cursivas), lugar de publicación, número, año, páginas citadas, todo separado por comas.  
Ej. Castaño, Sergio Raúl, “La idea de una autoridad política mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política”, *Foro*, Nueva época, Madrid, vol. 18, núm. 1, 2015, pp. 27-60.
- d. Referencias de artículos de periódicos: nombre y apellidos del autor, “Título del artículo”, nombre del periódico (en cursivas), lugar de publicación, fecha (día, mes y año), páginas citadas, todo separado por comas.  
Ej. Ventura, Adrián, “La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso”. *La Nación*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2013, p. 7. Ídem.
- e. Referencias de Internet: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, lugar, fuente editorial, fecha de la publicación (si está disponible), dirección de la página web, fecha de consulta, todo separado por comas.  
Ej. Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Buenos Aires, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, rescatado de: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 3-12-2012).
- f. Jurisprudencia citada: las referencias a las sentencias citadas deben contener las partes en cursiva, el año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, el tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación. Debe especificarse el tomo y página de la publicación oficial; el link respectivo (con más fecha de último acceso) si hubiera publicación online disponible. Si no estuviera publicada oficialmente se incluirá la referencia a una publicación no oficial.  
Ej. *Cruz, Felipa y otros c/ Minera Lumbrera Ltd. y otro s/ sumarísimo* (2016): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de febrero de 2016, *Fallos*: 339:142.  
En el caso de citarse jurisprudencia extranjera, se deberá emplear el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

- g. Las citas intertextuales en el cuerpo del texto deben ir “entre comillas”. Si las citas son en idioma distinto del español, deben hacerse “entre comillas y en itálica”. Las citas de caja menor deben ir sin comillas y en fuente *Times New Roman* 12, con un margen izquierdo tabulado de 1,25 cm. 8. Para los términos del texto que estén en un idioma diferente al original del artículo se debe utilizar letra itálica. Para citas textuales dentro de un texto ya entrecomillado (“ ”) se utilizan las comillas angulares de apertura y de cierre (« »). Si en el interior de la cita, se omite alguna frase, debe indicarse con paréntesis y tres puntos (...).

### 3. *Presentación de la bibliografía*

Al concluir el trabajo, debe presentarse la totalidad de la bibliografía utilizada, expuesta en orden alfabético, según el apellido del autor (o del primer autor, si la respectiva obra tiene más de uno), guardando la misma estructura y forma señalada en los anteriores puntos. Para los casos de referencia de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva y artículos de revista, se deben citar de forma completa las páginas de inicio y final del respectivo trabajo.

La Dirección se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.

