

Notas sobre la visualización nacional, supranacional e internacional de la doctrina de la emergencia^(*)

Néstor Pedro Sagüés^(**)

1. Introducción

El objeto de esta presentación es mostrar -muy sintéticamente- las distintas alternativas jurídicas que puede presentar la doctrina de la emergencia, en particular la económica, y para Argentina, según sea el escenario institucional donde se la analice.

En tal quehacer, pueden detectarse tres ámbitos distintos: el nacional, el supranacional y el internacional.

2. Visualización nacional

En la esfera nacional, el principal interrogante jurídico de la doctrina de la emergencia es el de su constitucionalidad⁽¹⁾.

Una primera y clásica postura ha sido admitir la constitucionalidad de la doctrina de la emergencia económica, y del consecuente derecho de emergencia, pero bajo cierto control (judicial) y tres topes jurídicos principales: (i) su carácter transitorio; (ii) la razonabilidad de la medida adoptada (idónea en función de los fines propuestos y de la situación que se procura resolver); y, (iii) operar como mecanismo de dilación en el goce de derechos, pero no de alteración o pérdida de esos derechos.

Para legitimar la constitucionalidad de esta versión de la emergencia, se ha utilizado por lo común la doctrina de la "doble lectura" de la constitución: una cosa son los derechos en épocas de normalidad, y otra en épocas de emergencia. Restricciones que serían constitucionales durante las segundas, no lo resultan en las primeras.

En Argentina no ha sido utilizada la doctrina proveniente de Suiza, de la distinta cotización de las

normas constitucionales. Conforme a la misma, ciertas cláusulas de la Constitución resultarían prevaletentes (por ejemplo, la que define que hay una Nación argentina, lo que importa afirmar que debe existir un Estado argentino, artículo 1) por sobre otras (las que reconocen el derecho de propiedad, verbigracia, artículo 17), de tipo secundario respecto de las primeras. Para esta posición, el derecho de emergencia fundado en una norma constitucional prevaletente es constitucional aunque afecte a una norma constitucional secundaria, y estaría por ende implícitamente permitido por toda Constitución.

La doctrina especializada y los tribunales argentinos no han manejado, por lo común, la noción de un derecho de necesidad supraconstitucional, que admita a la emergencia, aún infringiendo reglas constitucionales, ante genuinas, indiscutibles y gravísimas situaciones de imposibilidad material o de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución. Vale decir, cuando el cumplimiento de la Constitución produjese una crisis funcional extrema o la posible destrucción misma del Estado. En todo caso, se ha disimulado la regla de derecho de emergencia opuesta a la Constitución, argumentándose que ella es constitucional conforme a tesis de la lectura de la Constitución para períodos de anormalidad. Lo habitual es que se diga que no puede haber norma de emergencia opuesta a la Constitución (aunque efectivamente alguna lo sea).

3. Visualización supranacional

Interesa apuntar que la doctrina de la emergencia está explícitamente captada por el artículo 27 del Pacto de San José de Costa Rica, que erige una

(*) Agradecemos al autor por la autorización prestada para la publicación de este artículo inédito.

(**) Miembro del Comité Consultivo Internacional de la Asociación Civil **ius et veritas**. Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

(1) Nos remitimos a nuestro trabajo *Derecho constitucional y derecho de emergencia*. En: *Anales*. Segunda época. Año XXXV. Número 28. Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.



autoridad supranacional (la Corte Interamericana de Derechos Humanos), con competencias para dejar sin efecto sentencias de tribunales argentinos, incluyendo las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículo 63 del Pacto).

El Pacto establece en su artículo 27 tres causales que autorizan la suspensión de los derechos (entre los que se encuentra el de propiedad): guerra, peligro público, “o de otra emergencia” que amenace la independencia o la seguridad del Estado parte que se adhirió al Pacto.

Las condiciones a cumplir para declarar la referida suspensión son las siguientes, de acuerdo con la misma norma: (i) limitación en la medida estrictamente necesaria para resolver la situación, (requisito que, pensamos, equivale a un recaudo de razonabilidad y proporcionalidad); (ii) limitación igualmente estricta en el tiempo (transitoriedad); (iii) que las medidas no sean incompatibles con las demás obligaciones contraídas por el Estado impuestas por el Derecho Internacional Público; (iv) que no importen discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen

social; y, (v) que se informe al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, para que este a su vez comunique la suspensión a los otros Estados miembros del Pacto de San José, con indicación de la garantía suspendida, los motivos esgrimidos y la fecha de conclusión.

Es del caso alertar que ciertos derechos no son suspendibles, conforme al mencionado artículo 27 (entre otros, a la vida, integridad personal, prohibición de esclavitud, libertad de religión, etcétera).

Debe observarse que el Pacto de San José de Costa Rica no exige, para suspender el derecho de propiedad en función de la emergencia, la declaración del estado de sitio u otra medida política similar.

Una recta integración de estos preceptos con los domésticos obliga a concluir que si -por ejemplo- el derecho de propiedad es suspendido por motivos de emergencia, el Estado nacional debe además de cumplir con las pautas propias de la Constitución nacional, satisfacer las del artículo 27 del Pacto de San José de Costa Rica.

Paralelamente cabe observar que el sujeto afectado por una declaración de emergencia posee, según el Pacto (artículo 25), el derecho de promover una acción judicial rápida y sencilla que lo ampare en el derecho vulnerado, instrumento que se ha llamado el “amparo interamericano”. Este derecho procesal de concurrir ante la justicia no es suspendible, según jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su curso, el afectado podría discutir si la suspensión al derecho causada por la emergencia ha sido correcta, de acuerdo con las exigencias que determina el citado artículo 27 del Pacto.

4. Visualización internacional

Argentina ha suscrito determinados documentos internacionales, como el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que instituye el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), y los llamados “tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones” (TBI)⁽²⁾. Mediante ellos, es posible que el Estado argentino sea demandado ante órganos arbitrales internacionales aun sin agotar las instancias judiciales internas, y que además, los laudos o fallos de esos entes arbitrales puedan ejecutarse también

(2) Véase: HERZ, Mariana. *El CIADI, los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones y las demandas contra el Estado argentino. Propuestas para enfrentar la situación*. En: *El Derecho*. 2004. Cfr. también TAWIL, Guido Santiago. *Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del estado y el arbitraje internacional*. En: *La Ley*. 2000; y, CITARA, Rubén M. *El marco normativo de los tratados bilaterales de inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada*. En: *La Ley*. 2004.

directamente en el país. Ello ha planteado un debate acerca de la constitucionalidad de tales mecanismos⁽³⁾, tema que no es del caso debatir aquí. Baste mencionar que por un lado, según tal esquema, se obviaría el control argentino de constitucionalidad sobre las materias en debate; y que por el otro, sería el propio Estado nacional, que no puede alegar en principio normas internas para eximirse del cumplimiento de obligaciones internacionales (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), quien habría aceptado tal circunstancia, al suscribir los convenios del caso, sin las reservas que podría haber introducido.

Lo que interesa analizar aquí es si el Estado puede argumentar estado de necesidad o de emergencia para eximirse total o parcialmente del cumplimiento de sus compromisos en materia de inversiones, por ejemplo; o en términos más amplios, en el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales del Estado⁽⁴⁾.

En principio, en esta temática el Estado puede invocar normas de emergencia siempre que no afecten sustancialmente el derecho de los inversores, que sean transitorias y que no contraríen las razonables expectativas de tales inversores⁽⁵⁾.

En cuanto a antecedentes jurisprudenciales, la Corte Permanente de Justicia Internacional (caso de "los empréstitos serbios"), concluyó que aunque el Estado no puede eximirse de cumplir con sus obligaciones internacionales so pretexto de mediar estado de necesidad, este último, sin embargo, puede dar lugar a soluciones equitativas. Aquí el estado de necesidad o el de emergencia parece operar como un factor morigerador de las obligaciones estatales.

En el caso de "las indemnizaciones rusas", la Corte Internacional de Arbitraje ha admitido bajo ciertas condiciones la excepción del estado de necesidad, en particular si el cumplimiento de una obligación generase para el Estado una situación de autodestrucción.

El Proyecto de Convención sobre Responsabilidad Internacional del Estado (artículo 33), contempla asimismo al estado de necesidad como factor de incumplimiento de un deber internacional, bajo estos requisitos: si es el único camino para tutelar un interés esencial del Estado ante un peligro grave e inminente; que no se viole una norma de *jus cogens* (Derecho Internacional Público imperativo); que el Estado que lo invoca, no haya producido el estado de necesidad (principio de

ajenidad); que el incumplimiento de la obligación no afecte a su vez un interés esencial del Estado acreedor de la obligación; y finalmente, que el Estado que alega la necesidad no haya renunciado a invocarla, en el tratado que regule el caso bajo examen.

5. Conclusiones

El estado de necesidad (el de emergencia es una variable del primero, caracterizado por atender fenómenos más urgentes y transitorios) es un personaje desagradable del mundo jurídico-político. Se introduce sin permisos ni presentaciones. Genera un nuevo derecho (el de necesidad y emergencia), con pretensiones de superioridad. No rinde cuentas y permanece hasta que él lo desea.

Al lado o en ausencia de normas que lo regulen, el derecho de emergencia es asimilado -no siempre de igual modo- en el orden nacional, en el supranacional y en el internacional.

Generalmente se despliega más cómodamente en la esfera local. En el caso argentino, se lo ha tratado de encasillar bajo la Constitución nacional, de vez en cuando con demasiada indulgencia, y con muy relativo éxito. La actitud más frecuente de tribunales y de la doctrina es la de no querer visualizarlo como fenómeno supraconstitucional, aunque algunas veces haya alcanzado ese orden. Las pautas de la domesticación constitucional del derecho de emergencia se condensan en estos requisitos: transitoriedad, idoneidad y no lesión definitiva que haga a lo sustancial de los derechos afectados.

También el derecho supranacional ha procurado atender la emergencia, por ejemplo a través del artículo 27 del Pacto de San José de Costa Rica.

En definitiva, la situación de necesidad y de emergencia opera asimismo en el área del Derecho Internacional Público, bien que con distinta intensidad y con diferentes modulaciones. No existe un consenso firme acerca de sus límites ni de su profundidad. Se trata de una materia plástica y permeable, cuyas consecuencias pueden variar según sea el tribunal internacional que evalúe el caso. Desde luego, en la esfera internacional el Estado no tiene la misma autoridad política y jurídica que en el ámbito interno, puesto que debe dialogar con sus pares y puede ser sometido a castigos de los que, en asuntos domésticos, generalmente queda exento. ¹⁵

(3) Cfr. ROSATTI, Horacio D. *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino*. En: *La Ley*. 2003.

(4) Sobre la actuación genérica del estado de necesidad en Derecho Internacional, véase por ejemplo BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavallia, 2001. p. 371.

(5) Véase: HERZ, Mariana. *Op. cit.*; trabajo al que también seguimos en la información que brinda sobre la jurisprudencia internacional y el proyecto normativo que mencionamos en el texto.