
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional	Belo Horizonte	ano 6	n. 26	p. 1-256	out./dez. 2006
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Alessandra Rodrigues da Silva - CRB 2778/
MG 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

Interés público y emergencia¹

Jorge Luis Salomoni

Presidente da Associação Argentina de Direito Administrativo. Professor de Direito Administrativo da Universidade de Belgrano e da Universidade de Buenos Aires. Professor convidado do "Master in Organizzazione e funzionamento della Pubblica Amministrazione" da Universidade La Sapienza de Roma

Sumario: **1** Introducción - **2** Breve teoría sobre el interés público - **2.1** Finalidad de la utilización del concepto - **2.2** Existencia de diversos titulares de intereses públicos - **2.3** Configuración del interés público según la Corte Suprema de Justicia de la nación - **3** Doctrina de la emergencia - **3.1** La doctrina de la Emergencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - **4** El interés público, los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional y la emergencia - **4.1** Breve análisis del sistema de Derechos Humanos en nuestra Constitución - **4.2** Configuración del interés público en la emergencia a través de los tratados de derechos humanos - **5** El caso de los usuarios de los servicios públicos en la República Argentina: titularidad del interés público - **6** Conclusión

Palabras clave: Estado. Interés público. Emergencia. Derechos humanos. Derecho argentino.

1 Introducción

El concepto de interés público referencia siempre a una concepción del Estado, de la sociedad y del individuo, en un determinado territorio y tiempo histórico, y se manifiesta en la construcción de un determinado ordenamiento jurídico. La realidad verificable demuestra que, en los últimos años, la pérdida de los límites entre esos sujetos, Estado — sociedad — individuo, han transformado los ordenamientos jurídicos, diluyendo también la separación tradicional entre interés público e interés privado, residenciando en los particulares diversos intereses públicos sectoriales, en la clasificación de Giannini,² que ponen en tela de juicio la titularidad estatal de tales intereses, como la mera representación de los mismos por la Administración Pública.

¹ El presente artículo es en memoria, y sentido homenaje, de Guillermo Andrés Muñoz, amigo entrañable, cuya presencia moral vivirá en nosotros para siempre, y con quien soñamos un día escribir un libro sobre el interés público, y que no tuvimos tiempo de comenzar.

² Los intereses públicos, para Giannini, pueden ser: a) generales y sectoriales b) globales y concretos c) primarios y secundarios. A su vez sostiene que: "Interés público no significa interés objetivamente perteneciente a la generalidad, sino en número limitado de casos" (GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho administrativo*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991. p. 133).

A su vez, como dato distintivo de nuestro sistema constitucional, y a lo largo de la historia jurisprudencial de nuestro país, el concepto de interés público fue tributario de la obligación constitucional del Estado de promover el Bienestar General y la Prosperidad del país y las provincias.³

³ La doctrina, desde antiguo, ha sostenido el mencionado marco conceptual, al sostener: "El *interés público* no se confunde con el *orden público*. En sustancia, la acción defensora del interés público es *positiva*, al paso que la de orden público es negativa, estática. El interés público es progresista, dinámico; su dirección es casi siempre económica, de bienestar general o social ... En el *interés público* el impulso es de *bienestar general*." (BIELSA, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Depalina, 1963. p. 830-831). Más modernamente, Comadira, por su parte, ha sostenido que "Utilizamos como equivalentes los términos 'bien común' e 'interés público', habida cuenta de que el interés público al cual generalmente se refiere la doctrina no puede ser sino el 'bienestar general' mencionado en el Preámbulo de la Constitución, y éste, a su vez, debe ser entendido, según ha señalado la Corte Suprema, como el 'bien común' de la filosofía clásica...". (COMADIRA, Julio R. *Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativa*. In: *Derecho Administrativo*. Acto administrativo, procedimiento, otros estudios. Abeledo Perrot, 1996. Nota n. 6, p. 116-117). Finalmente, Escola sostuvo que: "La noción del bienestar general, no sólo declarada en el Preámbulo, sino efectivizada a través de todo lo largo de nuestra Constitución nacional, encuentra su correlato jurídico en la idea de "interés público", la cual puede ser concretada, por ahora, sobre la base de que existe el interés público cuando en él, una mayoría de individuos y en definitiva cada uno, puede reconocer y escindir del mismo su interés individual (Gordillo), personal, directo y actual o potencial. El interés público, así entendido, es no sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo". (ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público: como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalina, 1989. p. 31). Cabe destacar que, en la doctrina judicial de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, los términos intereses generales, interés público, orden público, bien público y bienestar general, son equivalentes y designan a la misma institución jurídica. El más Alto Tribunal ha dicho que: "**En tesis general, el principio de no retroactividad no es de la Constitución, sino de la ley. Es una norma de interpretación que deberá ser tenida en cuenta por los jueces en la aplicación de las leyes, pero que no liga al Poder Legislativo, que puede derogarla en los casos en que el interés general lo exija.** Esta facultad de legislar hacia el pasado no es ilimitada. El legislador podrá hacer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existentes; los jueces investigando la intención de aquel podrán, a su vez, atribuir a la ley ese mismo efecto. Pero ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En este caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad ... Mientras se halle garantida en la Constitución la inviolabilidad de la propiedad o en tanto que el Congreso no se halle investido de facultades constitucionales expresas que lo habiliten, para tomar la propiedad sin la correspondiente indemnización, o para alterar los derechos derivados de los contratos, como ocurre respecto a lo primero, cuando ejercita el poder de establecer impuestos, y, respecto de lo segundo, cuando legisla sobre bancarrotas (Constitución, art. 67, incisos 2 y 11) — la limitación existe para el departamento legislativo cualquiera que sea el carácter y la finalidad de la ley. **Llámense leyes de policía, de interés general o de orden público el poder para dictarlas se halla siempre sometido a la restricción que importa la garantía constitucional, de suerte que no es permitido aplicarlas o interpretarlas de tal manera que destruyan o alteren el derecho adquirido, ni que produzcan el efecto de privar de algo que constituya propiedad.** El principio insistentemente invocado en estos autos de que 'ninguna persona puede tener derecho irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público' no tiene por cierto el alcance que se ha pretendido atribuirle, **pues no se refiere a derechos patrimoniales**". ("Don José Horta contra Ernesto Harguindeguy, sobre consignación de alquileres", de fecha 21 de agosto de 1922, Fallos: 137:47). Y también sostuvo que: "La ley 11.741, en cuanto reduce el interés y prorroga el plazo para el pago del capital del préstamo para los deudores hipotecarios no vulnera el art. 3º de Código Civil, respecto de los derechos adquiridos, pues el precepto general de la no retroactividad se opone el. art. 5º del mismo Código **cuando se trata de una ley de orden público, que se confunde — en el caso — con el 'interés público', el 'bien público' o el 'bienestar general'**". ("AVICO, Oscar A. c. DE LA PESSA, Saúl", de fecha 7 de diciembre de 1934, Fallos: 172:21).

Ante esos datos, la emergencia, por su parte, y como fenómeno productor de derecho, según la etapa histórica de su evolución normativa y jurisprudencial, fue delineando o configurando y reconfigurando el concepto de interés público, hasta el punto de intentar suprimir cualquier distinción de los diversos intereses públicos que pueden colisionar entre sí, independientemente de los ordenamientos jurídicos aplicables, omitiéndose considerar las prevalencias de unos sobre otros en casos determinados.

Todo ello está impregnado de un significativo cambio histórico del concepto por los sujetos protegidos o a proteger, a través de las normas de emergencia, para lograr el mencionado bienestar general o prosperidad. En este aspecto, resulta útil e interesante la matriz clasificatoria de Celia Weingarten sobre el sentido de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a la constitucionalidad de las normas dictadas por el Estado para paliar la emergencia, a la cual le he agregado mi parecer:

- i. En el período clásico de construcción y asimilación de la emergencia en nuestro ordenamiento jurídico con el Estado como arbitro, resulta claro que se produjo la declaración de constitucionalidad de las normas de emergencia dictadas en beneficio o protección de los más débiles sociales.
- ii. En el período de constitución de la emergencia por quiebra del Estado se produjo, esta vez, la declaración de constitucionalidad de las normas de emergencia dictadas en beneficio de la consolidación del poder económico protegiendo a los contratantes fuertes de la relación jurídica contractual, bajo el argumento, reitero, de la defensa del mantenimiento del Estado. En este supuesto, y lamentablemente, el Estado y los grupos de alta concentración económica se identificaron en sus intereses.⁴

En función de todo ello, y fundamentalmente con relación al segundo período mencionado, voy a sostener que la configuración del interés público en la Argentina no puede desconocer los Tratados de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional, que redefinen y limitan la facultad del juez para la determinación de la constitucionalidad de las leyes de emergencia. Increíblemente el concepto

⁴ Conf., WEINGARTEN, Celia. Responsabilidad por políticas económicas. (Análisis socioeconómico y jurídico de la evolución histórica de la emergencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). In: VVAA. *Obligaciones en pesos y en dólares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2003, p. 337 et seq.

de interés público se ha referenciado a un determinado modelo de Estado — fundamentalmente en lo atinente a la progresiva intervención del mismo en la economía — pero muy rara vez en su relación con los derechos de la sociedad y los diversos grupos que deben ser favorecidos para lograr el “bienestar general”.

2 Breve teoría sobre el interés público

2.1 Finalidad de la utilización del concepto

Como ha sostenido Nieto, con relación a los intereses generales — que como se vio constituye una de las tantas denominaciones que adopta el interés público en nuestro derecho —, la legitimación, y paradójicamente, la limitación del poder se ha realizado, históricamente, a través de la ideología de esos intereses generales. Y agrega: “Lo peculiar de los tiempos actuales — y esto es lo más importante a nuestros efectos — es que ha adquirido singular relieve la nota añadida de legitimar la *intervención* pública. Desde hace unos años, cuando el Estado quiere extender su acción sobre actividades en las que antes se abstenía, invoca indefectiblemente la presencia de unos intereses generales con los que se auto legitima. Función ideológica muy efectiva en verdad por su naturaleza axiomática y por la facilidad con que es asimilada por los ciudadanos”.⁵

Sin embargo, el autor citado aclara, en lo que aquí interesa, que hoy la calidad pública o general de un interés no implica, por sí misma, prevalencia sobre los intereses particulares, sino que unos y otros han de ser ponderados casuísticamente por la Administración y por los Tribunales.⁶ Ello así por la consideración de los intereses generales como inmanentes a los intereses particulares. “Cuando los intereses generales

⁵ NIETO Alejandro. La Administración sirve con objetividad a los intereses generales. In: *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991. t. 3, p. 2211. Este autor ha sostenido que: “Los intereses generales actúan con alguna de estas funciones (en los tipos normativos que aparecen en las leyes): a) Apoderamiento para delegar y objeto de la delegación (*salus publica per delegationem o delegatio salutis publicae causa*). La ley autoriza a la Administración para que, mediando un interés general, actúe o no actúe. b) Apoderamiento al Juez para que realice determinadas actuaciones procesales, por ejemplo, suspensión de efectos de un acto administrativo (*ex processo salus publica*). c) Legitimación de actuaciones administrativas en supuestos de urgencia o necesidad (*actio pro salute publica*). d) Legitimación de actuaciones de prohibición, control o imposición de deberes (*salus publica extensione libertatis*). e) Legitimación de actuaciones administrativas para actos ampliatorios de la esfera jurídica de los particulares (*salus publica extensione libertatis*). f) Legitimación de actuaciones administrativa de adaptación a necesidades nuevas (*reformatio ex salute publica*). g) Legitimación de actuaciones administrativas de excepción de regímenes generales (*exceptio, exemptio, immunitas salutis publicae causa*). Imposición de un deber de reserva o, por el contrario, de publicidad”. (NIETO Alejandro. La Administración sirve con objetividad a los intereses generales. In: *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991. p. 2216-2217).

⁶ NIETO Alejandro. La Administración sirve con objetividad a los intereses generales. In: *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991. p. 2198.

se consideran inmanentes, la sumisión a ellos de los intereses particulares es solo <en principio>, como una presunción que puede ser destruida en casos concretos como resultados de la ponderación que han realizado *a posteriori* los Tribunales”.⁷

2.2 Existencia de diversos titulares de intereses públicos

La teorización sobre el reconocimiento de una diversidad de titulares del interés público, y en algunos casos, de la existencia de una diversidad de intereses, según sean los titulares de los mismos, se ha producido fundamentalmente, en la Europa continental.

Así en España, Alejandro Nieto analizando la Constitución Española, diferencia los intereses que denomina generales de los que denomina, a su vez, sectoriales. Entre estos últimos incluye a los denominados *económicos* de los consumidores y usuarios (art. 51.1), a los *proprios* de organizaciones profesionales (art. 52), los *proprios* de asociaciones empresariales (art. 7), los *proprios* de los sindicatos de trabajadores (art. 7) y, en fin, los que corresponden a los trabajadores (art. 28.2).⁸

En Italia la configuración de diversos intereses públicos se establece en las denominadas conferencias de servicio para la localización de las líneas ferroviarias y de alta velocidad. Ello ha producido un modo normalmente colegial el accionar de la administración. La decisión se toma por mayoría. Y aunque las normas excluyan a los particulares, estos actúan activamente. Ello ha llevado a Cassese a afirmar que:

La actuación de la administración es, según la *vulgata*, planificada por la ley.

Desde otro sector de la doctrina española se ha sostenido el mismo principio, al decir: “En un Estado democrático de Derecho la prevalencia del interés general no es absoluta ni puede implicar desconocimiento, relajación o subordinación total de los derechos e intereses privados legítimos que entren en conflicto con los intereses generales. Menos aún si se trata de derechos fundamentales y libertades públicas, dado el valor preferente que éstos tienen en nuestro ordenamiento. En consecuencia, es siempre necesario buscar un punto de equilibrio en la aplicación de Las leyes, ponderando adecuadamente los intereses en presencia y las circunstancias del caso. Algunas veces esa ponderación ya se ha realizado por la ley, con todo el detalle posible. Otras se confía, con mayor o menor discrecionalidad, a la propia Administración, con el control último de los Tribunales”. (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Interés general. In: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas, 1995. v. 3, p. 3660).

⁷ NIETO Alejandro. La Administración sirve con objetividad a los intereses generales. In: *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991. p. 2209.

⁸ NIETO Alejandro. La Administración sirve con objetividad a los intereses generales. In: *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991. p. 2187/8. En mi opinión, los intereses sectoriales mencionados en el texto pueden conformar o configurar otros intereses públicos que se anteponen o prevalecen a los invocados por la Administración Pública. Es el caso de los usuarios de los servicios públicos en nuestro país, que titularizan el interés público implicado en esa actividad, como se verá más abajo.

Hemos visto, en cambio, a los poderes públicos actuar no según un plan, sino con técnicas y métodos análogos a aquellos del mercado, en el cual varias partes intercambian bienes. **Los intereses públicos no están regulados desde el exterior o bien planificados por la ley, sino negociados contractualmente, en actividades, paralelas o secuenciales, que responden a la lógica del intercambio, y no a la del actuar legal-racional, planificado, regulado *ex ante*.** El legislador, ante la dificultad para establecer la prevalencia de los intereses públicos, deja a los poderes públicos la tarea de establecer la jerarquía entre ellos. Establece solo algunas reglas procesales, elásticas, los módulos de intercambio (conferencia y acuerdo) y algunos principios de decisión (unanimidad, mayoría, recurso a la deliberación del Consejo de ministros). *La relación entre intereses públicos y privados no se establece según el modelo conocido de la separación y de la oposición. El interés ciertamente público de guiar la realización de una gran obra de interés nacional es confiado a dos sujetos privados, las sociedades Ferroviarias del Estado y TAV. Los intereses colectivos de las poblaciones interesadas por la obra no son atendidos directamente, sino como representantes de los entes públicos exponenciales. Los otros intereses públicos están divididos entre los otros órganos llamados a atenderlos, los cuales, sin embargo, no operan de forma planificada, por el motivo ya ilustrado de que entre ellos no hay jerarquía. Por lo que también el equilibrio entre éstos es establecido según las formas del derecho privado o — si se prefiere — del mercado.* Deviene así menos nítida la distinción entre sociedad civil y poderes públicos. **Intereses públicos, colectivos y privados se componen de varias maneras, convergiendo o divergiendo en relación a las posiciones de fuerza contractuales, a las contrapartidas ofrecidas. Los intereses públicos no son necesariamente prevalecientes, pudiendo sucumbir.** El símbolo de esta modificación de los paradigmas conocidos del derecho administrativo es la conferencia de servicios (al menos las así consideradas, porque — como es ya conocido — la conferencia es una familia de institutos distintos y hasta variables, interviniendo continuamente el legislador para modificarlos). Esta nace para hacer contextuales decisiones paralelas y, entonces, para hacer más expeditas las conclusiones de procesos complejos. Finalidad subsidiaria es aquella de permitir concesiones recíprocas entre las administraciones portadoras de intereses públicos equivalentes. La iniciativa y la participación de los particulares transforman definitivamente la función en lugar de intercambio. A partir de la satisfacción de exigencias de las administraciones públicas, se transforma en instrumento para realizar la finalidad de los particulares. La introducción del principio de mayoría para la adopción de decisiones obra un ulterior cambio, ya que los intereses públicos necesarios, si se encuentran en minoría, pueden transformarse legalmente en perdedores. De la conferencia deriva una temporánea derogación del principio de atipicidad de los actos, porque la deliberación conclusiva de la conferencia absorbe los actos de competencia de las autoridades y de los órganos que las conforman. La atipicidad propia del derecho privado penetra, así, en el derecho administrativo. El resultado último de este complejo de negociación se acerca al contrato plurilateral con prestaciones recíprocas (o de intercambio o sinalagmático). Las partes son más de dos. Las prestaciones de una o más partes son intercambiadas por contraprestaciones de otras. Las prestaciones son recíprocas e interdependientes. Las partes dan algo para obtener a cambio algo de otra.⁹

Cabe mencionar finalmente que, y en el sentido de una clasificación de los diversos intereses posibles, la doctrina italiana, a través de Giannini, ha relacionado a los intereses colectivos con los intereses públicos, al sostener que:

La clasificación más aceptada, hoy en día, de los intereses no meramente privados distingue entre intereses difusos, intereses colectivos e intereses públicos ... Los intereses colectivos son los de los grupos profesionales y los encarnan, principalmente, los entes representativos de los mismos grupos (aunque también lo hacen, si bien con capacidad más reducida, comités de tales grupos). Es evidente que pueden existir intereses colectivos de grupos generales (por ejemplo, de los agricultores) o particulares (por ejemplo, fruticultores, agricultores de secano, de remolacha, etc.): lo cual no incide en nada sobre la naturaleza del interés, sino sólo sobre la audiencia que tienen la organización del grupo profesional. Puede suceder también que a un interés colectivo se una un interés público (por ejemplo la ley de ayuda a los olivaderos).¹⁰

2.3 Configuración del interés público según la Corte Suprema de Justicia de la nación

Por su parte, el Más Alto Tribunal argentino ha tratado de establecer el interés público a través de la determinación del propósito público insito en cada norma aplicable en cada caso concreto. Esa determinación será fáctica y circunstancial. Esto es, no ha establecido un concepto universal sino un procedimiento para poder descubrir cuando se está en presencia del mismo. No obstante ello, y en opinión de la Corte, la finalidad de bienestar general y felicidad del pueblo pueden ser estándares que permitan descubrir los propósitos públicos y, por ende, la presencia del interés público. El uso de las rentas públicas, en ese concepto, puede ser aplicado a diversas acciones como la subvención, etc. Ha dicho la Corte que:

Que corresponde examinar en primer término cual es la doctrina, **el concepto de propósito público**, referido al impuesto. Desde luego no es posible establecer una regla uniforme que permita determinar cuales propósitos son públicos, por oposición a privados. Difícilmente una ley de beneficio público no contiene algún elemento de provecho personal y difícilmente una ley de propósito privado no encierra repercusiones de beneficio público. **El criterio para señalar el deslinde tiene que ser, así, circunstancial y derivado**

⁹ CASSESE, Sabino. *La Crisis del Estado*: estudio preliminar de Jorge Salomoni. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003. p. 124-126.

¹⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho administrativo*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991. p. 132-133.

del examen de los hechos en cada caso en particular y concreto. No debe entenderse que la palabra “público”, cuando se emplea en relación al poder de crear impuestos, (dice James Gray transcribiendo la sentencia del Juez Cooley) debe ser interpretada o aplicada en su sentido estrecho o antiliberal o con un alcance que impida a la legislatura tomar amplias vistas sobre el **interés, necesidad o policía del Estado dándoles efecto por medio de las rentas públicas.** El límite de la autoridad del Estado en esta dirección no puede ser definido y se halla constituido por su amplio criterio de hombre de Estado que mira, más allá de los gastos que son absolutamente indispensables, a la continuada y organizada existencia del Gobierno, y comprende otros tendientes a **subvenir al bienestar general de la sociedad y anticipa al presente la futura felicidad del pueblo. Construir edificios públicos, pagar los funcionarios del Estado y la deuda pública no son los únicos fines a los cuales las rentas públicas pueden ser aplicadas. Por el contrario, razones de natural equidad, gratitud y beneficencia no están fuera de lugar cuando el bienestar del pueblo se halla en cuestión y puedan ser tomados en vista en la imposición de las cargas públicas.**¹¹

El marco para la determinación del interés público lo brinda la propia Constitución, que como se verá más abajo ha introducido una modificación sustantiva del concepto de bien común. De acuerdo a la concepción anterior a la reforma constitucional de 1994, el Más Alto Tribunal ha sostenido que:

De su Preámbulo y de su contexto se desprende el concepto de que la Constitución se propone “**el bienestar común**”, **el bien común de la filosofía clásica.** En consecuencia, no se puede decir que la obligación para los patronos de indemnizar al obrero, en determinadas condiciones, en virtud del contrato de empleo, sea contrario al derecho de contratar ni importe una violación del derecho de propiedad. **De otra manera, toda la legislación dictada al amparo de la Constitución, como un requerimiento de las necesidades sociales, padecería del mismo vicio.**¹²

3 Doctrina de la emergencia

Lo hasta aquí analizado debe relacionarse con el concepto de emergencia. En otra oportunidad¹³ sostuve que en nuestro país se debía

¹¹ “Sociedad Anónima Viñedos y Bodegas Alizú c/ Provincia de Mendoza s/ inconstitucionalidad de las leyes número 854 y 928”, de fecha 16 de junio de 1930, Fallos: 157:359.

¹² Quinteros Leonidas Secundino contra la Compañía de Tranvías Anglo Argentina, de fecha 22 de octubre de 1937, Fallos: 179:113.

ponderar especialmente como un aspecto importantísimo de la crisis del derecho, al *estado de emergencia crónica*,¹⁴ que todo lo tiñe, y que sistemáticamente — valga la paradoja — desordena el sistema jurídico, transformándolo en un asistema, con relación al concepto tradicional del mismo.¹⁵

La necesidad, la emergencia, en el derecho público, como es bien sabido, nos remite, en la teoría tradicional, a un salirse de las reglas establecidas para poder enfrentar lo extraordinario. Se excepciona la aplicación temporaria del derecho ordinario. Esta excepción implica generalmente una restricción de los derechos para alguno de los colectivos sociales.¹⁶

Y es, precisamente, en este contexto donde se enmarca la legalidad de crisis o *élargé*, que tiene por objeto dotar a los Poderes Públicos de unos resortes adecuados para poder asegurar, en todo caso, la realización de las funciones que tienen encomendadas. Esta legalidad no sería, en última instancia, otra cosa que la positivización de la necesidad.¹⁷

¹³ SALOMONI, Jorge Luis. Sistema Jurídico, Emergencia, Conflicto de Derechos y Revisión de las Tarifas de los servicios Públicos. In: VVAA. *Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario*. Ricardo Luis Lorenzetti Director. Buenos Aires: La Ley, 2002. p. 93 et seq. Para una ampliación sobre los fenómenos que provocaron la crisis del Estado decimonónico, y por lo tanto de sus ordenamientos jurídicos, me remito a dicho trabajo.

¹⁴ "Cuando se habla de la doctrina de la necesidad o emergencia, se quiere referir la ubicación de ciertos hechos sociales, políticos y económicos, como tales en el ámbito jurídico y su capacidad para transformar, permanente o transitoriamente, el derecho producido normalmente por actos de voluntad del Estado y de los entes públicos. La primera incógnita que se propone el jurista es, precisamente, si la necesidad política o social puede constituir una fuente de Derecho, puede habilitar la prescindencia de las manifestaciones de voluntad pública o significar una coerción de esa misma voluntad, ya que los mecanismos de la emergencia y de la excepcionalidad provienen del exterior del sistema de Derecho, entendido como sistema de actos y normas de voluntad. La necesidad procede de hechos y sucesos políticos exteriores que imponen actos necesarios; acto que al alterar el sistema de fuentes no admiten una disciplina completa por el Derecho vigente y no pueden tener la forma y el contenido específico de manifestación de voluntad perteneciente a la jerarquía ordinaria de normas y actos". (GRECCO, Carlos M. *Emergencia y Derecho*. In: Muñoz, Guillermo A.; GRECCO, Carlos M. *Fragments y Testimonios del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 501). Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: "... el concepto de emergencia 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". (Caso: "Luis Arcenio Peralta y Otro v. Nación Argentina (Ministerio de Economía-B.C.R.A, Fallos: 313:1549, considerando 43). Cabe observar que, en la República Argentina, la situación de emergencia lleva casi dos décadas interrumpidas, y ello ha profundizado la problemática sobre su incidencia en el ordenamiento jurídico. Fácil resulta advertir que la preocupación principal de la doctrina administrativista en los comienzos de la década de los 90 — de esos años es el texto transcrito de Grecco — era fundamentalmente la incidencia de tal situación fáctica sobre las fuentes formales del derecho establecidas en la Constitución. Así el problema era la validez constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia, es decir, el ejercicio de la potestad legislativa por el Poder Ejecutivo. En los tiempos que corren parecería que el problema principal se recondujo hacia el intentar establecer el límite admisible de la innovación de derechos por los poderes estatales. Esperemos que dentro de algunos años no estemos discutiendo la posibilidad de la desaparición del derecho. De todas formas, no tengo motivos para ser optimista en que no sucederá.

¹⁵ Para un lúcido análisis de la relación entre la situación de emergencia y el sistema jurídico, ver: LORENZETTI, Ricardo L. *Estado de Derecho y estado de necesidad: una reflexión acerca de la Constitución y los derechos individuales*. La Ley, 200 1-C-1382.

¹⁶ Se ha sostenido que: "El llamado 'derecho de emergencia' viene a suplantar el derecho común, y especialmente a dejar de lado o restringir las garantías constitucionales. En definitiva, se trata de una modificación que se

Y “la necesidad constituye precisamente el nexo jurídico de unión entre los dos términos (fáctico y teleológico) del binomio, facultando a los Poderes Públicos para adoptar las medidas indispensables en orden a la realización de un concreto fin amenazado por una situación fáctica determinada”.¹⁸

Para la teoría tradicional, este estado de necesidad reconoce dos elementos esenciales:

- a) El elemento teleológico que hace referencia a los fines esenciales para la comunidad cuya realización justificará eventualmente el recurso a los poderes de necesidad:
 - i. Supervivencia del Estado;
 - ii. El mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad;
 - y
 - iii. El mantenimiento del orden público y.
- b) El elemento fáctico que remite a la situación de hecho que pone en peligro la realización del fin encomendado a los Poderes Públicos.¹⁹ Este elemento se caracteriza por la tipificación incontestablemente anormal y exorbitante de la situación.

A su vez, debe existir la imposibilidad para la Administración de actuar conforme a los cauces jurídicos ordinarios o anormales.

Esto trae aparejado el concepto de crisis que “... se refiere a ‘fenómenos inmediatos, superficiales, pasajeros, agudos, a menudo violentos’, de naturaleza diversa, como catástrofes naturales, económicas, sociales o políticas”.²⁰

Pero algunos de los aspectos mencionados de la teoría tradicional ceden ante la realidad de nuestro país.

En mi opinión la diferencia entre la teoría tradicional de la emergencia y la actual situación por la que atravesamos es de naturaleza política e institucional. El establecimiento del impresionante sistema de derechos incorporados a la Constitución tuvo como contrapartida la incorporación de las técnicas de la emergencia: los decretos delegados y los de necesidad

supone temporal, del orden jurídico. En general los autores — y la jurisprudencia — ponen como requisito de cualquier legislación de emergencia que esta sea temporalmente limitada, dado que, en caso contrario, se transformaría en legislación común”. (GUARINONI, Ricardo Víctor. *La Emergencia y los Jueces*. In: *VVAA. Emergencia Económica y teoría del Derecho*. Ricardo A. Guibourg Director. Suplemento Especial de la Revista Jurídica La Ley, p. 58, ago. 2003).

¹⁷ ALVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en el derecho público*. Madrid: Civitas, 1996. p. 37.

¹⁸ ALVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en el derecho público*. Madrid: Civitas, 1996. p. 41.

¹⁹ Conf., ALVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en el derecho público*. Madrid: Civitas, 1996. p. 41-42.

²⁰ ALVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en el derecho público*. Madrid: Civitas, 1996. p. 49.

y urgencia.²¹ Con estas técnicas se incorpora al texto constitucional, y por ende al ordenamiento jurídico, reitero, la situación de emergencia como generadora legal de la excepción al ordenamiento ordinario, convirtiendo a la excepción en regla.²² En palabras de Juan Martín González Moras:

No se trata ya, evidentemente, de superar la crisis, la emergencia. Se trata de gestionar lo que queda del Estado de derecho decimonónico a partir de situaciones de excepción; de ejercer el poder o la soberanía que encarnó alguna vez dicho Estado-nación sometiendo la realidad jurídico-política a un estado de excepción que permita, en forma permanente, la gobernabilidad perdida.²³

Como confirmatorio del sistema explicitado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a lo largo de su evolución histórica, ha sostenido que, independientemente de los hechos merituados, los poderes de excepción del Estado son constitucionales.²⁴

3.1 La doctrina de la Emergencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Como lo sostiene Guarinoni, los jueces se encuentran con, por lo menos, cuatro problemas, cuando deben realizar el control de constitucionalidad de las normas de emergencia:

- a) el del análisis de la declaración de emergencia;
- b) el del análisis de las medidas extraordinarias tomadas;
- c) el de la extensión de la incompatibilidad entre las normas del derecho de emergencia y las normas superiores;²⁵
- d) el de la extensión temporal de la emergencia.

²¹ Se ha dicho acertadamente que: "... si antes la emergencia y el derecho de la emergencia tuvo que estar ligado a situaciones excepcionales y límites como la guerra, las catástrofes naturales, etc, que implicaban la suspensión de la propia vida del Estado, de la nación-Estado, ahora la emergencia o la crisis se transforma en el umbral de la propia legalidad. No la condiciona, la define. No la quiebra, la establece." GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín. Estado de excepción. (Soberanía, Poder de Policía y Emergencia). In: VVAA. *La radicalidad de Las formas jurídicas: críticas a la razón cínica*. La Plata: Ediciones Grupo La Grieta, 2002. p. 123.

²² "Desde el punto de vista teórico, se podría sostener que la doctrina de la emergencia es una figura *ad hoc*, que sirve como justificación ideológica de la sanción de normas que, por contradecir las normas superiores, no podrían ser consideradas válidas en el marco del orden común. Se trataría de hacer entrar por la ventana algo que no se puede hacer entrar por la puerta". (GUARINONI, Ricardo Víctor. La Emergencia y los Jueces. In: VVAA. *Emergencia Económica y teoría del Derecho*. Ricardo A. Guibourg Director, Suplemento Especial de la Revista Jurídica La Ley, ago. 2003, p. 63).

²³ GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín. Estado de excepción. (Soberanía, Poder de Policía y Emergencia). In: VVAA. *La radicalidad de Las formas jurídicas: críticas a la razón cínica*. La Plata: Ediciones Grupo La Grieta, 2002. p. 123.

²⁴ Sobre lo que denomina el deficiente tratamiento fáctico en la emergencia en los fallos de la Corte Suprema, ver el interesante trabajo de: SÁENZ, Juan I. Emergencia y balance crítico sobre la o jurisprudencia. In: VVAA. *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Dafne Soledad Ahe, Coordinador, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2002, p. 157 et seq.

Y este control se ha ejercido de la siguiente manera, en lo que aquí interesa:

Como principio, el legislador está facultado para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes atribuidos al Gobierno de la Nación. En correspondencia con los fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución, aquel cuenta con las facultades constitucionales necesarias para satisfacer los requerimientos de la sociedad, poner fin a los estados de emergencia y conjurar **cuanto ponga en peligro la subsistencia del Estado. Cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede “sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos”**. No se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador ni excluirlo del control de constitucionalidad, sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar alivio a la comunidad. En esencia, **se trata de hacer posible el ejercicio de las facultades indispensables para armonizar los derechos y garantías individuales con las conveniencias generales**, “de manera de impedir que los derechos amparados por esas garantías, además de correr el riesgo de convertirse en ilusorias por un proceso de desarticulación de la economía estatal”, puedan alcanzar un grado de perturbación social acumulada, con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional. (Fallos: 172: 31)²⁶

Resulta claro que el requisito de los límites razonables, tanto temporales como del núcleo de los derechos, ha sido generalmente una retórica del Tribunal, pero casi nunca un juicio de comprobación fáctica y jurídica.

4 El interés público, los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional y la emergencia

4.1 Breve análisis del sistema de Derechos Humanos en nuestra Constitución

En la República Argentina, como he sostenido en otra oportunidad,²⁷ a partir de 1994 se ha introducido una modificación, por integración, de la concepción de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución, al incorporar con jerarquía constitucional, diversos Tratados sobre la materia. Con ello, se han incorporado las nuevas tipificaciones de esos derechos fundamentales que impactan la totalidad de las ramas del

²⁵ If., GUARINONI, Ricardo Víctor. La Emergencia y los Jueces. In: VVAA. *Emergencia Económica y teoría del Derecho*. Ricardo A. Guibourg Director, Suplemento Especial de la Revista Jurídica La Ley, ago. 2003, p. 62.

²⁶ Caso: PERALTA, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía Banco Central), de fecha 27 de diciembre de 1990, Fallos: 313:1513.

²⁷ SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1999. p. 437 et seq.

ordenamiento jurídico, especialmente al derecho público y administrativo, y que, en algunos casos, se relacionan con las nuevas corrientes filosóficas e ideológicas que se originaron entre la segunda mitad del siglo XIX y en lo que va de éste siglo, luego de haber experimentado la humanidad, y lamentablemente seguir experimentando, las más terribles violaciones a esos derechos.²⁸

Estos tratados internacionales, en razón de la materia, han cambiado de rango respecto del otorgado por el artículo 75 inciso 22, primer párrafo *in fine* de la Constitución Argentina de 1994, que estableció que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Es decir, que existe un rango normativo por el cual el tratado, cualquiera fuera su materia, está por encima de la ley pero por debajo de la norma constitucional.

Pero como se dijo, con la reforma de la Constitución, el artículo 75 inciso 22, segundo párrafo, introdujo en su plexo normativo diversos Tratados de Derechos Humanos que están allí especificados. Es decir que, estos Tratados tienen jerarquía constitucional integrando su plexo jurídico.

En mi opinión esta modificación, además de la incorporación de las nuevas concepciones ya mencionadas, ha tipificado algunos de los derechos y garantías no enumerados en la anterior parte dogmática de la Constitución en su artículo 33. Pero dicha modificación, obviamente, no será estática, ya que el mencionado artículo 33 señala todos los derechos que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, es decir, que pueden existir otros además de los señalados.

Se ha sostenido que el principio de progresividad en la protección de los derechos, se incorpora a nuestro ordenamiento a través del artículo 33 de la Constitución Argentina.

Es más, conceptualmente, este precepto se repite en las Constituciones de: Brasil, art. 5, LXXVII, párr. 2; ...Paraguay, art. 80; ... Uruguay, art. 72 ... Lo cual

²⁸ "... aún a riesgo de resultar excesivamente esquemáticos distinguimos tres etapas fundamentales en la evolución de los derechos humanos desde sus orígenes hasta nuestros días, los derechos humanos prerrevolucionarios (prehistoria de los derechos humanos), los derechos humanos del constitucionalismo liberal (derechos humanos de la primera generación) y los del constitucionalismo social (derechos humanos de la segunda generación) ... Paralelamente, irrumpe en la escena social una nueva generación de derechos humanos ... los denominados derechos humanos de la tercera generación (derechos difusos y derechos cotidianos)". (ARA PINIFIA, Ignacio. Las transformaciones de los derechos humanos. Madrid: Tecnos, 1990. p. 112, 134-140).

autoriza a sostener que, al menos en nuestra Región, constituye <un principio general del derecho> en los términos del art. 38, párr. 1° c, del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia o, como lo sostuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe N° 30/93, <una cláusula constitucional consuetudinaria de firme tradición en el hemisferio> (CIDH, Informe Anual 1993, p. 289).²⁹

Pero a su vez, resulta claro que la importancia dada por el constituyente a la jerarquía de los Tratados sobre Derechos Humanos ha sido tal, que el último párrafo del mencionado artículo 75 inciso 22 establece un sistema de reforma de la Constitución que podría ser comparado al sistema de modificación o reforma por enmiendas del derecho constitucional Norteamericano, ya que prescribe: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Es decir que, con el voto de una mayoría especial de los miembros del Congreso de la Nación, se pueden integrar al texto constitucional los plexos normativos de los Tratados sobre Derechos Humanos que suscriba o ratifique la Argentina.

Todo lo expuesto se complementa con un peculiar sistema hermenéutico. Por ejemplo, el artículo 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos establece que ninguna disposición del Pacto puede ser interpretada en el sentido de:

- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes, de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno ...

La doctrina ha sostenido que:

El caso referido en la letra b) es tradicional en el derecho internacional del trabajo ya que se remonta al párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la OIT y asegura que el reconocimiento y la protección internacional de derechos y libertades (en el estándar mínimo aceptable), no puede, producir el efecto de reducir, limitar o restringir derechos reconocidos con mayor amplitud por el derecho interno o por otros tratados internacionales... Por su parte, el artículo 29 b) tiene su equivalente en el artículo 60 de la Convención Europea que dispone que ninguna de las disposiciones de la Convención será interpretada

²⁹ FAPPIANO, Oscar L. El derecho de los Derechos Humanos. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 1997. p. 48.

en forma de limitar o afectar los derechos del hombre y las libertades fundamentales que pudieran estar reconocidas conforme a la ley de las partes contratantes o a cualquier otra convención de la que esa Parte contratante sea parte.³⁰

Respecto de la interpretación de este Pacto, y aún antes de la reforma constitucional, la Corte Suprema ha establecido, en la causa “Ekmekjian, Miguel v. Sofovich, Gerardo y otros”, de fecha 7 de julio de 1992, que:

... la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1).³¹

En idéntico sentido se expidió en el caso “Girolodi” al decir que:

... la recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.³²

Y a su vez, con relación a la garantía de los derechos humanos por parte de los Estados Parte, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha sostenido que: “La *protección de la ley* la constituyen, básicamente, los recursos garantizados por la Convención, los cuales a la luz de la obligación positiva que el artículo 1.1. contempla para los Estados de respetarlos y garantizarlos, implica, como ya lo dijo la Corte *el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso Velázquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio 1988, Serie C Nº 4, párr. 166; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C Nº 5, párr. 175)*”.³³

4.2 Configuración del interés público en la emergencia a través de los tratados de derechos humanos

³⁰ GROS ESPIELL, Héctor. *La Convención Americana y la Convención europea de Derechos Humanos: análisis comparativo*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1991. p. 129-130.

³¹ La Ley, 1992-C-543.

³² Fallos: 318:514, Considerando 11.

Ahora bien, y a esta altura del análisis, el sistema de derechos humanos explicitado debe correlacionarse con el concepto de interés público y con el de emergencia.

Para ello analizaré, sucintamente, los distintos textos normativos de los tratados incorporados con jerarquía constitucional, para intentar establecer prescripciones concretas y las pautas hermenéuticas que impactan sobre la configuración del interés público en cada caso concreto, aún en los supuestos de emergencia.

En primer lugar, tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁴ como la Declaración Universal de Derechos humanos³⁵ establecen que las limitaciones legítimas de los derechos del hombre son aquellas que pueden fundamentarse en la moral, la seguridad, el orden público y el bienestar general, el interés público en suma. Pero estos argumentos legitimadores, a su vez, están modulados por el sistema o desenvolvimiento democrático que establece una primacía o prevalecía de los derechos humanos por sobre el sistema del poder.

Por otro lado, los límites a los derechos establecidos por estos Tratados se refieren claramente a la imposibilidad de la primacía del interés individual por sobre el interés general. Sostengo, por mi parte, que este interés se puede manifestar en mayorías, aún conformadas por minorías no homogéneas. Esto podría dar pie a sostener que el sistema permite establecer la legitimidad de la existencia de diversos intereses — que reconfiguran a los intereses públicos — y que pueden prevalecer sobre los invocados por el Estado *lato sensu*.

En segundo lugar, y por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece, por un lado, una cláusula general sobre los requisitos exigidos por el sistema para la legitimidad de la restricción de los derechos, y por el otro, una técnica de individualización de funda-

³³ Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. In: ALBANESE, Susana. *Derechos Humanos: Estudio de Casos y opiniones Consultivas*. Buenos Aires: Belgrano, 1997. t. 1, p. 360.

³⁴ "Alcance de los derechos del hombre: Artículo XXVIII: Los derechos de cada hombre **están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático**".

³⁵ "Artículo 29: 1. - Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2. - En el ejercicio de sus derechos y el disfrute de sus libertades, toda persona estará **solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática**. 3 - Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

mentos legítimos de restricción, de acuerdo al derecho que se trate.

La cláusula general se encuentra en el artículo 30 del Pacto que establece:

Alcance de las restricciones: **Las restricciones permitidas**, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, **no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general v con el propósito para el cual han sido establecidas.**

A su vez, la técnica de establecer límites singulares, se configuro en la regulación de la Libertad de Conciencia y Religión,³⁶ de la Libertad de Pensamiento y Expresión,³⁷ del Derecho de Reunión,³⁸ de la Libertad de Asociación,³⁹ del Derecho a la Propiedad Privada,⁴⁰ del Derecho de Circulación y de Residencia,⁴¹ de la Suspensión de Garantías,⁴² de la Correlación entre Deberes y Derechos,⁴³ aunque en este último caso aparece la limitación de derechos en un carácter general por razones de bien común.

Del juego de los artículos mencionados, surge un doble sistema de limitaciones al poder: no solamente las excepciones son las tipificadas en cada derecho reconocido — por ejemplo, seguridad nacional, orden

³⁶ "Artículo 12 – 1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias; o de cambiar de religión o de creencias, así como la de profesar y divulgar sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2.- Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias de o cambiar de religión o de creencias. 3.- La libertad de manifestar la propia religión y Las propias creencias está **sujeta únicamente a Las limitaciones prescriptas por al ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.** 4.- Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos, reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

³⁷ "Artículo 13 – 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, Las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a.- **el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.** 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

³⁸ "Artículo 15 – Derecho de Reunión: Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que **sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás**".

público, etc. — sino que además se requiere al juez, un análisis de configuración, en el caso concreto, de la razón de interés general invocada para restringir un derecho reconocido por la Convención.

Esto es, obliga al Estado que restringe algún derecho a una doble

³⁹ Artículo 16 – 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean **necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás**. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

⁴⁰ “Artículo 21 – 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, **por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según Las formas establecidas por la ley**. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”. Con relación a este artículo, cabe mencionar que la República Argentina formuló una reserva al ratificar el Pacto, por la cual estableció la irrevisibilidad de lo que los Tribunales Nacionales determinen como causa de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’ y de lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa’. Pero, en mi opinión, tal reserva esta impactada gravemente por la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina que estableció, como se vio más arriba, la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos para el propio Tribunal como para los tribunales inferiores de la República Argentina. Esto impediría a los Tribunales argentinos apartarse de lo establecido por la Corte Interamericana, aún con la mencionada reserva.

⁴¹ Artículo 22: 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, **en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás**. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, **por razones de interés público**. 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo. 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su, derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”. Cabe destacar que este es el único artículo de la Convención que hace mención expresa al interés público.

⁴² Artículo 27 – 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”. Este artículo establece el límite absolutamente indisponible de los derechos por parte del Estado, cualquiera sea la gravedad de los hechos que pueden provocar legítimamente la restricción de los mismos.

⁴³ Artículo 32: 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. **Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.**

fundamentación y acreditación de la legalidad de tal restricción — verificación de no violación, alteración o minoración del núcleo del derecho que se trate — y del propósito público para el cual se estableció. El Juez no puede validamente resolver la causa sin este análisis de legalidad particular establecida en la Convención Americana de los Derechos Humanos.

A su vez, se exige, al igual que en el sistema de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que la restricción, para ser válida, debe ser efectuada por la seguridad nacional, la seguridad u orden público, la salud pública, la moral pública, los derechos y libertades de los demás y exigencias del bien común **en una sociedad democrática**.

Triple finalidad — seguridad, bienestar general y desenvolvimiento democrático — que debe constituir el basamento sobre el cual se asiente el juicio de constitucionalidad de la restricción de derechos de que se trate.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece, en su artículo 4º, que el Estado podrá limitar válidamente los derechos reconocidos en ese sistema, “**sólo** en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.⁴⁴

Finalmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto a:

- i. suspensión de derechos
- ii. interpretación del sistema
- iii. circulación de personas
- iv. libertad de pensamiento, de religión y de conciencia
- v. asociarse libremente

⁴⁴ A su vez, el artículo 5 del mencionado Pacto establece que: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que en el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor medida”. Y su artículo 8, con relación a un derecho especificado, establece que: “1.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho a toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”.

establece las mismas causales admisibles de restricción o limitación de derechos que la Convención Americana de los derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: esto es, **fundadas en ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.**

Además, quiero poner énfasis en esto, todo el sistema que proviene de los tratados en análisis, impone la necesidad que toda restricción sea establecida por ley formal. Esto ha sido expresamente establecido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC 6/86 donde se expidió sobre “La Expresión ‘Leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos”.⁴⁵

Con relación al concepto de interés general, bien común o interés público contenido en el mencionado artículo 30 del Pacto, la misma Corte Interamericana ha expresado que:

28. La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. El criterio según el cual las restricciones permitidas han de ser aplicadas “con el propósito para el cual han sido establecidas” se encontraba ya reconocido en el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1959), en el que se expresaba que tales restricciones “no podrán ser aplicadas con otro propósito o designio que aquél para el cual han sido previstas” (**Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968**, Washington, D.C.: Secretaría General, OEA, 1973, p. 248). En cambio, la exigencia de que la aplicación de las restricciones esté “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general” es el resultado de una enmienda introducida al proyecto final, en la Conferencia Especializada de San José, en 1969 (Actas y Documentos, supra 14, p. 274).

29. El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del “bien común” (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es “la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad” (“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (en adelante “Declaración Americana”), Considerando, párr. 1).

⁴⁵ Sobre el concepto de ley, ampliar en: SALOMONI, Jorge Luis. Reglamentos de Necesidad y Urgencia: Análisis de la justificabilidad de su incorporación al Plexo Constitucional. Sistema de poder, producción y aplicación de la norma. In: VVAA. *Estudios sobre la Reforma Constitucional*. Juan Carlos Cassagne Director. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 235-238.

30. “Bien común” y “orden público” en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos “requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que “tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2).

31. La Corte expresó al respecto en anterior ocasión que:

Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). **Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención** (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, n. 5, párr. 66 y 67.⁴⁶

Por lo tanto, los conceptos de bien común, orden público, intereses generales o interés público del sistema emergente de los Tratados de Derechos Humanos, no podrán ser enjuiciados por los tribunales argentinos si no de acuerdo a los principios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y ello así, tanto para la determinación de los propósitos públicos como para establecer la preeminencia de tales conceptos y la titularidad de los mismos. Y a su vez, tanto para tiempos de normalidad como para tiempos de emergencia.

5 El caso de los usuarios de los servicios públicos en la República

⁴⁶ Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La Expresión ‘Leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Argentina: titularidad del interés público

Como he sostenido con anterioridad,⁴⁷ con la Reforma de la Constitución Nacional de 1994, se introdujo un capítulo en la parte dogmática de la misma, denominado “Nuevos Derechos y Garantías”. A su vez, el nuevo artículo 42 primer y segundo párrafos, estableció en lo que aquí interesa:

Los, consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno... al control de los monopolios naturales y legales, (a) la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios...⁴⁸

Esta norma ha producido, en mi opinión, un profundo cambio de legitimidad en el sistema servicial y concesional administrativo, al introducir como sujeto determinante al usuario.⁴⁹

Esta calificación constitucional de los derechos del usuario pone en tela de juicio uno de los postulados sobre los que se asienta un sistema de derecho administrativo como el nuestro, como es, el de considerar a la Administración Pública vicaria de los intereses generales, ya que su titularización y ejercicio en este colectivo y para este caso concreto, puede desarticular tal postulado.⁵⁰

Estas cuestiones me llevan también a afirmar que el usuario es titular de un derecho subjetivo pleno que le permite acceder irrestrictamente a la jurisdicción judicial para la defensa de esos derechos, esto es, la propia Constitución establece la garantía de defensa de sus derechos.⁵¹ Ello a través de las vías procesales comunes o de excepción, o a través de la vía procesal

⁴⁷ Para una ampliación conceptual sobre la técnica de especificación de los derechos humanos utilizada por el constituyente en el artículo 42 de la CN, ver: SALOMONI, Jorge Luis. Sistema Jurídico, Emergencia, Conflicto de Derechos y Revisión de las Tarifas de los servicios Públicos. In: VVAA. *Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario*. Ricardo Luis Lorenzetti Director. Buenos Aires: La Ley, 2002. p. 93 et seq.

⁴⁸ La norma transcrita viene a establecer unos derechos que se encuentran especificados, aunque no siempre de la misma manera, en el derecho constitucional comparado, como por ejemplo: el artículo 51 de la Constitución Española y el artículo 81 inciso m) de la Constitución Portuguesa de 1976. Para un estudio de las mismas: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo. *La defensa del consumidor: un principio general del derecho*. In: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. t. 2, p. 1901, Madrid: Civitas, 1991.

⁴⁹ Desde la más calificada doctrina civilista argentina, ver los estudios relacionados con los derechos del consumidor de los profesores ALTERINI, Atilio Aníbal. Los contratos de consumo y las cláusulas abusivas. y CABANA, Roberto M. López. Los daños al consumidor y la ley 24.240. ambos In: *Temas de Responsabilidad Civil*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995. y MOSSET ITURRASPE, Jorge. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Defensa del Consumidor, Ley 24.240*. Rubinzal-Culzoni, 1994.

autónoma que denominé en otra oportunidad del Amparo o “Contencioso de los Derechos Humanos” establecida en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.⁵²

Todo lo expuesto, ha establecido un giro copernicano en la concepción sobre los derechos del usuario.

Desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aún sin la reforma constitucional de 1994, ha establecido al interés del Consumidor o Usuario de un servicio público como el interés público a proteger en esa relación de consumo. Ha sostenido que:

El artículo 46 de la ley N° 2873 es claro y preciso en su letra y no puede tener sino una sola interpretación. Se refiere a “frutos y provisiones destinados al consumo diario de las poblaciones que el ferrocarril comunique”. **Lo que caracteriza a esta carga para darle un tratamiento especial es que sea destinada al consumo diario de una población ...** Una mercadería de tal carácter debe ser transportada con preferencia, como deben serlo el equipaje de los pasajeros, las valijas de la correspondencia, etc., etc., según lo dispone el mismo art. 46. Y la reglamentación general ha establecido que esta clase de cargas se transportará en el término que fije la Dirección General de Ferrocarriles (art. 220 del Reglamento aprobado por Decreto del 10 de septiembre de 1894). **Ello significa que en atención al interés comprometido del público consumidor, no se pueden convenir** para el transporte de las mismas tarifas especiales, alargando los términos en cambio de disminuciones de fletes, como puede hacerse con las demás cargas (art. 49 de la ley). Fuera de estos casos las mercaderías a transportar, cualquiera fuera su naturaleza, pueden someterse a tarifas especiales en que se alarguen los tiempos y en cambio se reduzcan los fletes, según convengan las partes; **porque tratándose de mercaderías generales no está comprometido el interés público y es a las partes a quienes única-**

⁵⁰ Resulta necesario revisar los postulados sobre los que se construyó el derecho administrativo decimonónico, sobre todo, lo atinente a la relación jurídica emergente de tal ordenamiento. Ello implicará, necesariamente, la reconstrucción del sistema de derechos de los particulares y de la sociedad, y del de las potestades estatales.

⁵¹ **“Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.** Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el galantismo de un sistema jurídico es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999. p. 25). El subrayado me pertenece.

⁵² SALOMONI, Jorge Luis. Reglamentos de Necesidad y Urgencia: Análisis de la justificabilidad de su incorporación al Plexo Constitucional. Sistema de poder, producción y aplicación de la norma. In: VVAA. *Estudios sobre la Reforma Constitucional*. Juan Carlos Cassagne Director. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 234. Nota 30.

mente incumbe contratar en la forma que crean más favorable a sus intereses. El contrato cae recién entonces en el dominio exclusivo de la ley comercial cuyas disposiciones, bien o mal aplicadas, no interesan al régimen federal.⁵³

Resulta claro que para el Tribunal, el interés público está en cabeza de los usuarios — consumo diario de una población — que debe ser abastecida por el ferrocarril, sin posibilidad de convenir las tarifas.

6 Conclusión

La transformación de nuestro ordenamiento jurídico ha sido de una magnitud todavía no mensurada en su real dimensión por los juristas argentinos.

Las instituciones jurídicas y los conceptos que surgen de tal ordenamiento se ven fuertemente impactados por el proceso de internacionalización que el mismo ha sufrido a lo largo de apenas 10 años, y por ende, de primacías de ordenamientos internacionales sobre los nacionales, fundamentalmente a través del orden público internacional de los derechos humanos.⁵⁴

El interés público no ha sido ajeno a ello, como creo que se ha podido demostrar. Interés que ostenta nuevos titulares, nuevo contenido, y por sobre todo, exige un análisis de constitucionalidad o legitimidad que atravesase el filtro del sistema de derechos humanos explicitado, tanto en épocas de normalidad institucional o de emergencia.

La emergencia, entonces, no puede constituir válidamente una restricción del sistema de derechos establecido en nuestra Constitución, mediante una simple confrontación de medios a fines, de la norma con relación a los males que se intentan superar.

Se debe realizar el juicio de constitucionalidad, reitero, estableciendo en cada caso concreto, a quien pertenece el interés público, quienes coadyuvan en su conformación, como se determina la presencia del mismo, y cual es el contenido a la luz del sistema de derechos humanos y su interpretación por los tribunales internacionales con competencia para aplicarlo.

Sin duda, creo que estamos en el principio de la teorización de la novedad. He querido solamente establecer algunas bases para el comienzo

⁵³ "Alberto S. Carvalho contra la Empresa del Ferrocarril Central Buenos Aires, sobre devolución de fletes", de fecha 14 de noviembre de 1938, Fallos: 182:198.

⁵⁴ Para una ampliación del concepto, ver: SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1999. p. 439-442.

de la discusión.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SALOMONI, Jorge Luis. Interés público y emergencia. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 26, p. 11-35, out./dez. 2006.

|