UFLO
UNIVERSIDAD

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 5

Gabriela Alonsoperez
Mirta Beatriz Álvarez
Cristian Andrade
René Angulo
Mía Agostina Barrionuevo
Laura Bierzychudek
Daniel Gerardo Bonjour
Thiago Yoel Bussolati Covello
Mariela Cáceres
Victoria Cali
Patricio Carvajal Ramírez
Candelaria Corbella
Anabella Facciuto Kaed
María Cristina Filippi
Yamila Francis Fuentes
Juan Carlos Ghirardi
Germán D. Giarrocco
Rodrigo Guelar
Lourdes Llorvandi
Andrea Marlene Luis Asto
Elvira Méndez Chang
Harnold Leo Mendoza Vilcanqui
Laura Micieli
Marilina Miceli
José María Monzón
Patricia Mora
Gabriela Victoria Morel
Leticia Inés Núñez
Pilar Pérez Álvarez
Juan Pérez Carrandi
Diego Quiroz Quiroz
Julieta Salomé Rodríguez
Aldo Santome Sánchez
Mariana Sconda
Claudia Somovilla
Luis Rodríguez Ennes
Ana Vázquez Lemos
Gustavo Adrián Vedia

El *Regifugium* o la huida del poder: una reflexión sobre la legitimidad en los orígenes del derecho romano

Anabella Facciuto Kaed[602]

I. Introducción

El derecho constitucional prevé un régimen jurídico especial y extraordinario en tiempos de gravedad institucional,[603] cuyo efecto

[602] Abogada (Universidad de Buenos Aires). Asesora legal del Ministerio Salud de la Nación. Profesora de la materia Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador (USAL) y en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad John F. Kennedy. Profesora de la materia Principios Generales del Derecho Privado del CBC (UBA). Profesora de la materia Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Económicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).

[603] Se emplea la expresión gravedad institucional para aludir a "aquellas cuestiones que exceden el mero interés individual de las partes y afectan de modo directo a la

es la suspensión temporal de ciertos derechos de los ciudadanos con el fin de salvaguardar un bien mayor, a saber, el bien general de la comunidad política ante una situación de anomia o de amenaza pública. Tal régimen suele denominarse estado de excepción.

No se trata, pues, de la supresión total de la Constitución, sino de la interrupción parcial y limitada de algunas garantías y derechos en orden a superar un período de fuerte inestabilidad y crisis institucional "con vistas a la recuperación de la normalidad constitucional".[604] En verdad, algunas crisis sociopolíticas representan situaciones de emergencia que pueden afectar gravemente la vida institucional, exigiendo una respuesta perentoria de parte de quienes tienen en sus manos los destinos de la *res publica*.

Las situaciones de excepción no cesan de diversificarse en los modernos Estados democráticos. Estos se encuentran atravesados por luchas intestinas cada vez más radicalizadas y por enfrentamientos entre grupos sociales que pugnan por sus intereses. Tales tensiones se agravan especialmente cuando existen problemas de índole socioeconómica y política. Todo ello sin contar aquellas situaciones

---

comunidad". Las pautas que delimitan la aplicación de la gravedad institucional son: a) que la cuestión comprometa las Instituciones básicas de la Nación; b) que atente contra los principios fundamentales de la Constitución Nacional: defensa en juicio, propiedad, libertad de prensa, familia, progreso, bienestar general; c) que esté en juego la autonomía de las provincias; d) declaración de inconstitucionalidad de las normas; e) que la cuestión conmueva a la sociedad entera; f) trascendencia de la cuestión debatida por las proyecciones que puedan tener en el futuro. Cfr. Superior Tribunal de Justicia de Formosa, 22 de agosto de 1994, *Recurso extraordinario, gravedad institucional. Sumario de Fallo*, en SAIJ, Id: SU20002952. Disponible en: https://bit.ly/3zq1F6S

[604] GARCÍA CUADRADO, A. (2010). *Derecho, Estado y Constitución: El estatuto científico y otros temas fundamentales de Derecho Constitucional* (p. 298). Club Universitario.

imponderables como las que sobrevienen en tiempos de catástrofes naturales o emergencias sanitarias.

Sobre esto último, por cierto, existe un antecedente cercano: la pandemia provocada por el Covid-19, que obligó a un gran número de países a declarar el estado de emergencia, lo cual les permitió adoptar medidas extraordinarias como confinamientos obligatorios, cierre de fronteras, restricciones a la circulación, suspensión de reuniones públicas o la concesión de poderes especiales al gobierno.

Con todo, el instituto de excepcionalidad no es una invención de los Estados modernos, ya que la suspensión de las garantías constitucionales encuentra en el derecho romano una figura equiparable: el *iustitium*. Etimológicamente, la palabra proviene de *iustum* (derecho) y *stare* (suspender, detener), lo que literalmente puede traducirse como "detención o suspensión del derecho".[605] Esto ocurría en situaciones de peligro público, de modo extraordinario y mediante proclamación del Senado.

De hecho, es bien conocida la sentencia ciceroniana *"silent leges inter armas*",[606] expresión que podría traducirse como "callen las leyes en tiempos de guerra", la cual refleja la posición del orador romano en relación con la necesidad de proclamar el estado de excepción en momentos de fuerte conmoción institucional causada por un enfrentamiento bélico.[607]

En Argentina, la suspensión temporal de garantías constitucionales aparece explícitamente formulada en el artículo 23 de la Constitución Nacional (CN) en tanto efecto jurídico del instituto de

[605] AGAMBEN, G. (2014). *Estado de excepción* (p. 86). Traducción por Flavia Costa e Ivana Costa. Adriana Hidalgo Editora.

[606] CICERÓN (1985). *En defensa de Milón,* IV, 11 (Pro Tito Annio Milone Oratio) (pp. 17-18). Edición, traducción y notas de J. A. Ayala. Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana,

[607] La época de la Roma tardo-republicana se extiende desde el 130 a. C. al 27 a. C.

emergencia conocido como estado de sitio, que se declara en la provincia o territorio "en donde exista la perturbación del orden".[608] Este es el único lugar del texto constitucional donde se menciona la suspensión de garantías. Además, el mismo artículo fija límites al poder del Ejecutivo durante el estado de sitio, ya que el presidente no puede condenar ni aplicar penas, solo puede arrestar o trasladar personas, y el detenido puede optar por salir del país.

Es verdad que la CN prevé otras medidas excepcionales, tales como la intervención federal (art. 6), los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3) y la delegación legislativa por emergencia pública (art. 76), pero estos mecanismos no suspenden garantías constitucionales. Ello sugiere que el constituyente concentró la suspensión de garantías exclusivamente en el estado de sitio, para evitar que el poder público viole derechos por otras vías. Se aprecia así una intencionalidad garantista, que busca evitar abusos y restringir lo más posible la suspensión de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este escenario, en el que se vislumbra con claridad que la excepcionalidad no puede ser entendida absoluta e irrestrictamente, cabe preguntarse qué ocurre con los derechos civiles durante situaciones de emergencia que perturban el orden público y ponen en vilo el bien común, y ante las cuales se adoptan medidas de excepcionalidad. ¿Pueden suspenderse en su totalidad (*in totum*) o solo parcialmente? ¿Qué dispone el sistema legal argentino al respecto? ¿Qué establece el derecho internacional sobre esta materia?

Las respuestas a estas preguntas permitirán analizar el alcance de las medidas de excepción, bajo el supuesto de cumplimiento de las condiciones jurídicas que exige su declaración. Para alcanzar este

[608] La carta magna establece las autoridades con atribuciones para declarar el estado de sitio en el art. 75, inc. 29 y el art. 99, inc. 16.

objetivo se adopta como punto de partida o hipótesis de investigación que existen límites específicos en la aplicación del estado de excepción, y de manera particular, que ciertos derechos civiles y garantías son inalienables, no siendo legítimo su desconocimiento o suspensión por parte de la autoridad competente, aun en tiempos de gravedad institucional.

II. El estado de excepción en el derecho romano

El tema de la excepcionalidad en el derecho romano ha sido tratado con agudeza por Agamben (2014), quien defiende la tesis de que el *iustitium romanum* constituye un antecedente remoto del moderno estado de excepción:

> Existe un instituto del derecho romano que se puede considerar de alguna manera como el arquetipo del moderno *Ausnahmezustand* [estado de excepción] y que, sin embargo —o quizá precisamente por esto mismo— no parece haber recibido suficiente atención por parte de los historiadores del derecho y de los teóricos del derecho público: el *iustitium.*[609]

El filósofo italiano explica que, si en tiempos de la República había evidencias de una situación que podía ponerla en peligro, el Senado romano tenía la competencia de emitir un *senatus consultum ultimum*,[610] por el cual se solicitaba a los cónsules (*interrex* o *procónsules*) o, en su defecto, al pretor, tribunos de la plebe e, incluso, a cada ciudadano romano, de que eliminara los riesgos de Roma por medio de facultades extraordinarias.

---

[609] AGAMBEN, *op. cit.*, p. 85.

[610] Traducción: Decreto supremo del Senado.

Estas atribuciones permitían al magistrado consular dictar sentencias capitales sin que éstas pudieran ser apeladas o vetadas por los tribunos de la plebe. En definitiva, se trataba de una suspensión de las garantías de los ciudadanos. El *senatus consultum ultimum* básicamente era un decreto[611] que declaraba el *tumultus*,[612] esto es, la situación de emergencia que acontecía en Roma como consecuencia de una guerra externa, una guerra civil o una insurrección.[613]

Según Garófalo (2011), un pasaje de Aulo Gelio parecería corroborar la idea de que el *iustitium* implicaba un momento de anomia en el que ocurría una especie de cesación del derecho. Así pues, en *Noches Áticas* XX, 1, 43, se lee la frase "*iuris quasi interstitio quaedam et cessatio*" —casi como un intervalo y cesación del derecho—, equivalente a decir que "del *iustitium* descendía una suerte de suspensión del derecho y de su inoperatividad temporal".[614]

Agamben (2014) muestra, a su vez, el nexo entre los conceptos de *bellum* (guerra) y de *tumultus*, y cita como testimonio de lo expresado el pasaje de *Filípicas* VIII, 2, en donde Cicerón afirma que podía haber guerra sin tumulto, pero no un tumulto sin guerra:

---

[611] La proclamación del *iustitium* y la activación del *dilectus* —reclutamiento de ciudadanos aptos para batallar— se realizaban después del *decretum tumultus*, una incumbencia del senado que "se traducía en la enunciación formal de que la situación de peligro en la que Roma se hallaba sumida exigía que todo ciudadano capaz de portar las armas se alistara, no pudiendo invocar las causas de exención aun así previstas por el ordenamiento jurídico". GARÓFALO, L. (2011). *Biopolítica y Derecho Romano* (pp. 123-124). Traducción por Edorta Córcoles Olaitz. Marcial Pons.

[612] G. AGAMBEN, *op. cit*., p. 87.

[613] TORRENT, A. (2004). *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes* (p. 229). Edisofer.

[614] GARÓFALO, *op. cit*., p. 113.

> Algunos pensaban que la palabra "guerra" no debía aparecer en la propuesta, preferían llamarlo "estado de alarma", desconocedores de no solo de las circunstancias, sino incluso de las palabras: es posible, en efecto, que haya guerra, aunque no haya estado de alarma, que haya estado de alarma sin guerra no es posible.

El efecto suspensivo del *iustitium* era bastante amplio, comprendiendo no solo la *iurisdictio* en el ámbito civil, sino también la gestión del erario, la represión de los crímenes en las formas ordinarias, mediante *iudicia* de las asambleas populares y de los jurados permanentes, el desarrollo de las *auctiones* y la audiencia a las embajadas.[615]

Para autores como Nissen (2014, citado por Agamben), el *senatus consultum ultimum,* la declaración de *tumultus* y el *iustitium* eran tres hechos íntimamente relacionados. El *consultum* presuponía el *tumultus,* y este último era la causa única del *iustitium*.[616] En este sentido, el *senatus consultum ultimum* y el *iustitium* fijaban el límite del orden constitucional romano, por cuanto el *iustitium* era declarado siempre *ex auctoritate patrum*, actuando el magistrado o el ciudadano común sobre la base de un estado de peligrosidad que autorizaba la suspensión del derecho.

Otro aspecto de gran relevancia respecto del *iustitium* es el de la punibilidad de aquellos actos cometidos durante la vigencia de éste. Con respecto a este tema, Nissen niega que un magistrado o los ciudadanos que hubiesen actuado conforme las prescripciones de un senadoconsulto pudieran ser punibles, una vez finalizado el *iustitium*. No obstante ello, la postura de este autor se contrapone con lo observado por otros respecto del exilio al que fue condenado

---

[615] *Ibidem* p, 116.

[616] Citado en AGAMBEN, *op. cit.,* p. 94.

Cicerón como consecuencia de la represión perpetrada cuando era cónsul en ocasión de la conjura de Catilina.[617]

Debe aclararse, para finalizar, que el *iustitium,* en cuanto suspensión temporal de la actividad jurídica y administrativa de la *res publica,* no implicaba una dictadura ni suplantación de poderes, sino una paralización formal de la vida pública mientras se enfrentaba la emergencia. La dictadura era, por cierto, otro instrumento del sistema político romano, reservado para períodos de crisis y anomia institucional. Se trataba de una magistratura extraordinaria conferida a un ciudadano por los cónsules, con aprobación del Senado. El dictador tenía plenos poderes —más que los cónsules— para actuar durante un máximo de seis meses, con el fin de resolver una crisis específica, como una guerra o un conflicto civil.[618]

En pasajes como *Pro Roscio (En defensa de Q. Roscio)* 48, 139 Cicerón justifica la legitimidad y necesidad de la concentración del poder en una sola persona en los momentos de emergencia pública.

---

[617] Garófalo ha escrito al respecto: "El problema era de particular relevancia porque concernía al carácter punible o no del hecho de matar a un ciudadano *indemnatus*. Ya Cicerón, a propósito de la muerte de los secuaces de Cayo Graco a manos de Opimio, considera un problema interminable (*infinita quaestio*) el de la punibilidad de quien mata a un ciudadano romano, si hubiera actuado en ejecución de un *senatus consultum ultimum* (*De Or.,* II, 31, 134); Nissen, por su parte, niega que ni el magistrado que hubiera actuado en ejecución de un senadoconsulto, ni los ciudadanos que lo hubieran secundado, fueran punibles una vez terminado el *iustitium*; pero en sentido opuesto figura el hecho de que Opimio fuera a pesar de todo sometido a un proceso (aunque absuelto) y de que Cicerón fuera condenado al exilio a consecuencia de su sangrienta represión de la conjura de Catilina". GARÓFALO, *op. cit.,* pp. 125-126.

[618] SILES VALLEJOS, A. (2024). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Derecho PUCP*, (73), 413-416.

Para el arpinate, en tales circunstancias primaba la ley natural, de origen divino, a la que se debía obedecer por encima de las leyes escritas por los hombres, y según la cual "todo lo que fuera saludable para la república [se considera] legítimo y justo; pues no es otra cosa la ley que la razón recta y nacida de la voluntad de los dioses, que ordena cosas honestas [y] prohíbe las contrarias" (*Filípicas* XI, 28).[619] Por su parte, en *De Legibus* (*Sobre Las Leyes*) 3, 8 puede leerse: "que la salvación del pueblo sea la ley suprema".[620]

Conviene señalar, por lo demás, que el problema fundamental que atribuía Cicerón a los poderes excepcionales era el riesgo de su prolongación indebida (*De Natura deorum —Sobre la naturaleza de los dioses—* I, 4,7), en la medida que se prorrogaran más allá de lo estrictamente necesario para salvaguardar la *res publica.*[621] Sin embargo, esta posibilidad, deplorable en sí misma, no anulaba la necesidad que tenía la república de contar con instrumentos extraordinarios que, aun suspendiendo ciertos derechos reivindicables en tiempos de normalidad, permitieran superar cualquier tipo de amenaza exógena o endógena que pusiera en vilo la *salus populi romani.*

---

[619] Es importante reparar en el contexto de esta definición de ley, que Cicerón inserta en *Filípicas* XI, 28 para justificar la decisión de Gayo Casio de marchar a Siria para refrenar a las tropas de Dolabela, "provincia a la que no le correspondía si los hombres se sirvieran de leyes escritas, pero que, anuladas estas leyes, era suya por ley natural".

[620] En *Filípicas* XI, 27 Cicerón expresa: "La salvación y la libertad de la patria es la ley más sagrada y la costumbre más respetable".

[621] D´ORS, A. (1961). Cicerón, sobre el estado de excepción. *Cuadernos de la Fundación Pastor*, (3), 12.

III. Naturaleza jurídica del estado de excepción

El estado de excepción se encuadra a nivel legal dentro de los márgenes del derecho constitucional, ya que su tratamiento constituye una cuestión ineludible al momento de hacer referencia a la suspensión de las garantías que emanan de la máxima norma jurídica de una nación. En este sentido, Marani (2012) indica que las llamadas emergencias constitucionales deben ser estudiadas en un capítulo destinado a los límites de los derechos, "allí donde se explica que los derechos personales, aun cuando protejan valores trascendentes no son absolutos y, por ende, en términos precisamente constitucionales, admiten su reglamentación".[622]

En efecto, algunas crisis representan situaciones de emergencia que pueden afectar gravemente la vida institucional, exigiendo una respuesta perentoria del Estado, que en tal coyuntura encuentra un fuerte obstáculo para el mantenimiento del orden público y la protección de la paz social.

De allí que en ese contexto la conducta eficaz "puede requerir el sacrificio siquiera parcial de los derechos personales, cuyo respeto y protección es parte del bien común".[623] Por eso, De Corail (2009) aduce que la excepcionalidad supone una "situación en la cual se encuentra un Estado que, en presencia de un peligro grave, no puede asegurar su salvaguarda más que desconociendo las reglas legales que rigen normalmente su actividad".[624]

---

[622] MARANI, N. (2012). La perduración de las emergencias Constitucionales. En E. L. PALAZZO (Dir). *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario* (p. 315). El Derecho.

[623] MARANI, *op. cit.,* p. 317.

[624] DE CORAIL, J. L. (2009). Voz Exception état d'. *Encyclopædia Universalis*. https://goo.su/Yzy6ox. Como tantos otros, este autor advierte diversas dificultades en torno a la fundamentación del estado de excepción, preguntándose si el derecho

Según lo anticipado en el apartado introductorio, la CN regula lo que podría considerarse la principal forma que reviste el estado de excepción en la Argentina: el estado de sitio. En la Primera Parte, Capítulo Primero de Declaraciones, derechos y garantías, artículo 23:

> En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

Como puede apreciarse en el referido pasaje, existen dos escenarios que pueden justificar la declaración del estado de sitio: el ataque exterior y la conmoción interior. En el primer caso, la declaración corresponde al Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado de la Nación (art. 99, inc. 16), mientras que en el segundo caso es el Congreso (art. 75, inc. 29), salvo que éste se hallare en receso, pudiendo aquí ejercer esta facultad el Poder Ejecutivo y luego convalidarlo el Congreso.

Con respecto a la segunda causal, la conmoción interior, se trata de una figura lo suficientemente amplia como para interpretarse de manera flexible, de modo tal que en su definición recalan diversas situaciones de emergencia interna "que traiga aparejado un daño real o un peligro cierto e inminente para el sistema institucional".[625]

---

puede realmente reglamentar un instituto de esta naturaleza y anticipar los ajustes necesarios que deben implementar las instituciones estatales con el objeto de eludir los peligros que se siguen de su aplicación.

[625] EKMEKDJIAN, M. Á. (2007). *Manual de la Constitución Argentina* (p. 286). Lexis Nexis Argentina.

Por lo tanto, son muy disímiles las ocasiones en que puede apelarse al estado de excepción, más allá de la guerra o los casos de insurrección, que son los ámbitos tradicionales de aplicación:

> Desde hace algunos años, por estado de excepción ya no solo se identifica a los estados de emergencia constitucionales que rigen en períodos de guerra interna o externa, sino también a las legislaciones que restringen de manera considerable los derechos de los ciudadanos que el modelo democrático liberal prometía resguardar. En efecto, como excepcional se identifica a las leyes que regulan los delitos terroristas, el narcotráfico, pero también al conjunto de la legislación que surge especialmente en momentos de crisis económica y política, que se expresa principalmente a través de decretos, rompiendo con ello una de las reglas básicas del modelo de estado de derecho, esto es, que los derechos ciudadanos solo pueden afectarse mediante una ley.[626]

El caso paradigmático más reciente de crisis que puede mencionarse es la emergencia sanitaria por el Covid-19. El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) elevó a la categoría de pandemia la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus. Un día después el presidente Alberto Fernández firmó el Decreto 260/2020 mediante el cual declaró la "emergencia pública en materia sanitaria" en todo el territorio argentino. Una semana más tarde se dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) a través del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 297/2020.

Dicha medida restringió, entre otros, el derecho de libre circulación para todas las personas que habitaban en el país o se encontraran en él de forma temporaria, inicialmente desde el 20 al 31 de marzo,

[626] CHAHUAN ZEDAN, M. (2013). La excepción en el Derecho. Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico-política. *Acta Bioethica, XIX(*1), 49.

pero prorrogándose ese plazo más tarde en reiteradas ocasiones como resultado del agravamiento de la situación epidemiológica.[627]

Mediante el artículo 3 del decreto se indicó que el Ministerio de Seguridad dispondría de "controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio". A su vez, el artículo 6 exceptuaba del cumplimiento del ASPO y de la prohibición de circular a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, quienes estaban obligadas a desplazarse solo para garantizar esas actividades y servicios.[628]

---

[627] "Las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas" (DNU 297/2020, art. 2).

[628] En tales circunstancias, el artículo 4 estableció que las sanciones por incumplimiento estarían sujetas al artículo 205 del Código Penal (CP), que reprime con prisión de seis meses a dos años a quien "violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia", y al artículo 239, que reprime con prisión de quince días a un año a quien "resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal".

IV. Los derechos civiles en el estado de excepción

Se ha sostenido en el apartado anterior que las emergencias constitucionales tienen como correlato la limitación de los derechos personales. Pero tal limitación no debe entenderse como si se tratara de la supresión total de la norma máxima de una nación, sino como una interrupción parcial y temporal de algunas garantías con el objeto de superar un período de fuerte inestabilidad y crisis institucional "con vistas a la recuperación de la normalidad constitucional".[629]

Ello significa que el estado de excepción no otorga un *bill* de indemnidad ni al Congreso ni al presidente, en el sentido de que no autoriza cualquier tipo de acción en menoscabo de los derechos y garantías constitucionales durante el tiempo de su vigencia. En el caso puntual del estado de sitio, diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina han evidenciado desde mediados del pasado siglo una tendencia a interpretar de manera restrictiva el poder de emergencia en manos del Poder Ejecutivo durante los períodos de excepcionalidad que se ajustan al régimen jurídico previsto por el artículo 23 de la CN.

Según Ekmekdjian (2007), en la causa "Sofia, Mario" del año 1959 la Corte Suprema recepta el control de razonabilidad como principio general que ha de seguirse respecto de las medidas que limitan o suspenden derechos constitucionales adoptadas por el jefe de Estado en el estado de sitio. Dicho control permite que las disposiciones impuestas por este último sean obliteradas en caso de no existir relación directa entre la emergencia y la restricción adoptada. Para el autor, la relevancia de la sentencia radica en que "si bien en forma muy tímida, este fallo implica ya el inicio de una corriente

[629] GARCÍA CUADRADO, *op. cit.*, p. 298.

que ampliará cada vez más el ámbito del control judicial de razonabilidad de las medidas restrictivas originadas en el estado de sitio".[630]

Más aún, en torno a la jurisprudencia del más alto tribunal de la nación, que de modo creciente ha ido admitiendo el control judicial sobre las medidas de excepcionalidad dictadas por el Ejecutivo en los estados de sitio, se fue configurando un cuerpo de doctrina conocido como teoría finalista, uno de cuyos expositores más conocidos ha sido el Dr. Bidart Campos (1996), quien formuló su posición en los siguientes términos:

> [La teoría finalista] habilita un amplio control judicial de razonabilidad de cada medida restrictiva, tanto si recae mediante arresto o traslado sobre la libertad corporal de una persona, como si afecta a derechos distintos de la libertad corporal. Por supuesto que dicho control sólo cabe en el marco de un proceso judicial impugnatorio de la restricción, dentro del esquema normal del control de constitucionalidad. Pero el control judicial de razonabilidad, según esta teoría, solamente permite descalificar una restricción cuando el ejercicio del derecho sobre el cual recae no puede originar peligro, con su ejercicio, para los fines propios del estado de sitio. […] La teoría finalista concluye afirmando que durante el estado de sitio solo se pueden afectar derechos y garantías cuyo ejercicio es susceptible de provocar en "cada caso" concreto un peligro real y actual para el "fin" (conjurarlo) que se propone el estado de sitio que se ha puesto en vigor.[631]

En resumen, para el jurista en el estado de sitio solo es lícita la suspensión de aquellos derechos y garantías cuyo ejercicio impide la preservación del orden constitucional, que es lo que precisamente se persigue con la declaración de esa emergencia. Así, no cabe admitir

---

[630] EKMEKDJIAN, *op. cit.*, p. 288.

[631] BIDART CAMPOS, G. (1996). *Manual de la Constitución Reformada* (p. 187). Tomo 2. Ediar.

una disposición que no esté en sintonía con esa finalidad, por lo que "se debe investigar si la medida restrictiva en cuestión tiene relación directa con la emergencia que se quiere conjurar".[632]

En este marco, el derecho internacional ofrece parámetros objetivos para delimitar el alcance de las facultades extraordinarias en los períodos de emergencia constitucional y, de esta manera, regular la suspensión de los derechos fundamentales. Como afirma Meléndez (1997):

> En muchos Estados esta normativa jurídica internacional ha pasado a formar parte de su legislación interna, por la vía de la firma y ratificación de los tratados internacionales, lo cual constituye un avance muy importante respecto del Derecho Internacional convencional al enriquecer el ordenamiento jurídico interno de los Estados en materia de protección de los derechos humanos.[633]

En Argentina, el artículo 75, inc. 22, de la carta magna admite la jerarquía constitucional de diversos tratados y convenciones internacionales en cuya redacción no se ha omitido el tratamiento de la excepcionalidad frente a los casos de peligro público o de emergencias que amenacen la independencia o seguridad de los Estados parte, facultándolos a adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en dichos tratados, sin que ello suponga desconocer las obligaciones que les impone el derecho internacional. Entre los tratados que aparecen en el mentado artículo vale mencionar dos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San

---

[632] EKMEKDJIAN, *op*, *cit*., p. 289.

[633] MELÉNDEZ, F. (1997). *Los Derechos fundamentales en los estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [Tesis doctoral, Universidad Complutense, España], p. 7.

José de Costa Rica, 1969) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).[634]

En su artículo 27, el Pacto de San José de Costa Rica admite que, en caso de guerra, peligro público u otra emergencia, los Estados firmantes pueden apartarse temporalmente de las obligaciones contraídas en esa convención. Allí aclara, sin embargo, que no se autoriza a los Estados parte a suspender ninguno de los siguientes derechos: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y de retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos del niño; el derecho a la nacionalidad; los derechos políticos ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Más aún, el Pacto de San José exige que los Estados que invoquen el uso de esa facultad informen inmediatamente al resto de los países integrantes de la Convención, por medio 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" (art. 3).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también reconoce en su artículo 4 la existencia de situaciones excepcionales "que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente". En línea con el Pacto de San José de Costa Rica, subraya que las disposiciones adoptadas no deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Asimismo, prohíbe

[634] Argentina aprobó por Ley 23.313, del 17 de abril de 1986, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con su protocolo facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

la suspensión de los siguientes derechos: derecho a la vida; prohibición de torturas, tratos crueles; prohibición de la esclavitud y servidumbre; prohibición de encarcelar por el solo hecho de no cumplir una obligación contractual; principio de legalidad penal; derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; libertad religiosa.

Este elenco de derechos inderogables en un estado de excepción no es exhaustivo, ya que no debe soslayarse la prohibición de las detenciones arbitrarias, así como la perennidad de las garantías judiciales, incluyendo el recurso de *habeas corpus* o exhibición personal, amparo y los principios del debido proceso, tal como la presunción de inocencia.[635]

De esta manera, y siguiendo la observación de Meléndez (1997), puede decirse que el listado de derechos susceptibles de ser restringidos temporalmente durante una emergencia constitucional, según el derecho internacional, representa un mínimo desde el punto de vista cuantitativo, frente a la mayoría de los derechos fundamentales inderogables y de sus garantías jurídicas de protección.[636]

---

[635] Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 29: art. 4: La suspensión de disposiciones del Pacto durante un estado de excepción, 2001, párrafo 13 a 16; Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, N° 8 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC -9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A, N° 9.

[636] MELÉNDEZ, *op. cit.,* p. 473.

V. Conclusión

Las emergencias constitucionales contemporáneas son una herencia del derecho romano, que preveía diversos mecanismos extraordinarios para palear graves crisis institucionales tales como la dictadura o el *iustitium*, más allá de que tenían procedimientos de activación diferentes y grados distintos de formalización, con mayor o menor intervención del Senado. Estos instrumentos ponían en suspenso el sistema legal vigente, y su uso no solo era tolerado, sino hasta señalado como necesario en épocas de inestabilidad social o política, tal como se infiere del testimonio de dos *auctoritates* citadas en este trabajo: Aulo Gelio en *Noches Áticas* XX, 1, 43 o Cicerón en *Pro Roscio* 48, 139 y en *De Natura deorum* I, 4, 7.

De esta manera, el derecho romano, fuente inspiradora de un vasto conjunto de instituciones jurídicas modernas, permite apreciar que la declaración de una emergencia pública, con arreglo a la cual la norma máxima de una nación autoriza la suspensión temporal de ciertos derechos o garantías a sus ciudadanos, no supone un quebrantamiento o ruptura del estado de derecho, sino un salvoconducto necesario para restablecer la paz y el orden amenazados por factores extrínsecos o intrínsecos a la república.

Ahora bien, la evolución del derecho y, en particular, las contribuciones del derecho internacional de los derechos humanos en este campo, demuestran que, aún en tiempos de excepcionalidad, existen límites que deben cumplirse, tal como se ha mostrado en las páginas precedentes, al mencionar las restricciones que imponen algunos tratados internacionales que, en el caso de Argentina, poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

Por cierto, el Pacto de San José de Costa Rica (1969) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) delimitan con precisión las atribuciones excepcionales de los Estados firmantes durante una situación de emergencia al explicitar de manera clara y

enfática los derechos que jamás pueden suspenderse, y hasta incluyendo garantías judiciales para la protección de tales derechos.

Por lo tanto, para el derecho internacional de los derechos humanos no todos los derechos fundamentales son incondicionalmente suspendibles en los estados de excepción, ya que si bien en dichos períodos se autoriza la restricción temporal de algunos derechos, existen otros que son considerados inviolables e inamisibles, incluso en tales situaciones.

Así las cosas, y para decirlo de manera enfática, el estado de excepción no es un "vale todo" o la consagración jurídica de la arbitrariedad. Muy por el contrario, en el marco de un sistema republicano y democrático, los Estados deben únicamente limitar el ejercicio de ciertos derechos y garantías fundamentales, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, hasta que haya cesado el grave peligro que se cernía sobre la nación y amenazaba al bien común. Transcurrido ese período de inestabilidad y crisis, urge el restablecimiento de las condiciones de normalidad institucional que emanan del estado de derecho.

VI. Referencias

AGAMBEN, G. (2014). *Estado de excepción*. Traducción de Flavia Costa e Ivana Costa. Adriana Hidalgo

AULO GELIO (1893). *Noches Áticas*. Traducción de F. Navarro y F. Calvo. Librería de la Viuda de Hernando y Cía.

BIDART CAMPOS, G. (1996). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo 2. Ediar.

CHAHUAN ZEDAN, M. (2013). La excepción en el Derecho.

Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico-política. *Acta Bioethica*, *XIX*(1), 49-57.

CICERÓN (2016) *Del supremo bien y del supremo mal. Sobre la naturaleza de los dioses*Introducciones, traducciones y notas de V. J. Herrero Llorente y A. Escobar. Gredos.

CICERÓN (1991). *Discursos III. En defensa de P. Quincio. En defensa de Q. Roscio. El cómico. En defensa de A. Cecina. Acerca de la ley agraria. En defensa de L. Flaco. En defensa de M. Celio*. Gredos.

CICERÓN (1985). *En defensa de Milón* (Pro Tito Annio Milone Oratio). Edición, traducción y notas de J. A. Ayala. Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana.

CICERÓN (2007). *Filípicas*. Traducción de M. J. Muñoz Jiménez. Gredos.

CICERÓN (2019). *Sobre Las Leyes*. Traducción, notas e introducción de L. E. Corso de Estrada. Colihue.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 24 de Julio de 2001, Observación General N°29, en SAIJ Id: FA01720000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 30/01/1987, *Opinión Consultiva OC-8/87 – El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías,* en Serie A, N° 8.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 06/10/1987, Opinión Consultiva OC -9/87 – Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, N° 9.

DE CORAIL, J. L. (2009). Voz *Exception état d'*. *Encyclopædia Universalis*. https://goo.su/Yzy6ox.

D´ORS, A. (1961). Cicerón, sobre el estado de excepción. *Cuadernos de la Fundación Pastor*, (3), 11-31.

EKMEKDJIAN, M. A. (2007). *Manual de la Constitución Argentina*. Lexis Nexis Argentina,

GARCÍA CUADRADO, A. (2010). *Derecho, Estado y Constitución: El estatuto científico y otros temas fundamentales de Derecho Constitucional*. Club Universitario.

GARÓFALO, L. (2011). *Biopolítica y Derecho Romano*. Traducción de Edorta Córcoles Olaitz. Marcial Pons.

HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Ley 11.179. Código Penal*, en B.O.: 03/11/1921.

HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Ley 23.054. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto San José de Costa Rica*, en B.O.: 27/03/1984.

HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Ley 23.313, Pactos Internacionales: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* en B.O.: 13/05/1986.

HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Ley 24.430. Constitución Nacional*, en B.O.: 10/01/1995.

MARANI, N. (2012). *La perduración de las emergencias Constitucionales*. En E. U. PALAZZO (Dir). *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*. El Derecho.

MELÉNDEZ, F. (1997). *Los Derechos fundamentales en los estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [Tesis doctoral, Universidad Complutense, España].

PODER EJECUTIVO NACIONAL. *DNU 260 / 2020. Emergencia Sanitaria,* en B.O.: 12/03/2020.

PODER EJECUTIVO NACIONAL. *DNU 297 / 2020. Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio. Coronavirus (Covid -19)*, en B.O.: 20/03/2020.

SILES VALLEJOS, A. (2024). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Derecho PUCP*, (73), 411-424.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE FORMOSA, 22 de agosto de 1994, *Recurso extraordinario, gravedad institucional. Sumario de Fallo*, en SAIJ, Id: SU20002952, Disponible en: https://bit.ly/3zq1F6S

TORRENT, A. (2004). *Derecho público romano y sistema de fuentes*. Edisofer.