

Capítulo VII

LA "CERTEZA" QUE DA DEL PODER

1. *Certidumbre*

Digámoslo claro de entrada, con POPPER,¹ que la ciencia supone no adorar "el ídolo de la certidumbre [...] la adoración de este ídolo reprime la audacia y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de cien-

^{1.1} POPPER, KARL, *Unended Quest*, Open Court, 1976; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Londres, Routledge, 1991; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1967; *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, pp. 260 y 261; *Popper Selections*, textos seleccionados por MILLER DAVID, Princeton University Press, Nueva Jersey, Princeton, 1985, p. 97, etc.

cia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad [realidad] persistente y temerariamente crítica.”

“La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien [...] la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas”; “en la lógica de la ciencia que he bosquejado es posible evitar el empleo de los conceptos de verdadero y falso: [...] no es menester que digamos que una teoría es falsa, sino solamente que la contradice cierto conjunto de enunciados básicos aceptados.”

“Por consiguiente, la corroboración no es un «valor veritativo».”

Trasladado al plano vital, en palabras de VIDAL PERDOMO, “Esta búsqueda difícil desalienta, en ocasiones, a ciertos espíritus más dispuestos a las cosas determinadas y fijas, pero estimula enormemente a quienes gustan de las renovaciones y aman, si así pudiera decirse, la aventura intelectual.”²

2. *Al servicio del poder*

Esa falta de metodología y de aceptación de la incertidumbre que es la única regla de toda cien-

^{1.2} VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 10^a ed., p. 8.

cia lleva también a la búsqueda de la falsa certidumbre de justificar siempre y de cualquier manera el poder. Es la racionalidad irracional del poder ilimitado, sin frenos, sin fracturas, sin fisuras. Invocando la sola “autoridad” de la pura afirmación dogmática se puede llegar a que se tomen en cada ocasión las teorías de los derechos comparados que en ese momento están al servicio del poder, o lo estuvieron antes, como el “acto institucional” de las dictaduras brasileñas, la “reserva de la administración” de la Constitución de De Gaulle, etc., o que se sigan irreflexivamente los autores nacionales que mejor diserten a favor del poder, los ideólogos del poder administrador ilimitado. Muchos, la mayoría, son de buena fe.

3. *La certeza, para el poder de turno*

Esas afirmaciones —aún de buena fe— dogmáticas y erradas no son casuales ni objetivamente inocentes; proveen al lector y al intérprete de dos alimentos fundamentales: uno, la *certeza que no existe en la ciencia*; dos, el *servicio al poder de turno*. Dos consejos —o decisiones si de un Juez se trata— de un MAQUIAVELO con ropas modernas.

De allí el éxito irrefrenable que siempre tienen, aún desafiando la razón, *o precisamente por ello*. Si ante la evidencia constitucional de que la asignación de recursos solo proviene del Congreso y el Ejecutivo mal puede entonces crear un ente estatal para que los gaste sin disposición le-

gislativa, un autor que sostenga con énfasis que las entidades autárquicas pueden crearse por decreto volcará la balanza del poder; luego toda la doctrina del poder y todo el poder dirán y harán lo mismo, aunque nadie pueda encontrarlo en la Constitución. Sus ideas serán “mayoría” doctrinaria,¹ “ganarán” la discusión.²

Su fundamento, *la búsqueda de lo incondicionado, de verdades y certezas eternas en la defensa del poder del momento*, es la misma búsqueda que tenía COMTE, justamente llamado “sociólogo de la prehistoria”, de leyes eternas e inmutables, exactamente lo contrario de la filosofía de POPPER que aquí explicaremos; esas normas eternas e inmutables, que COMTE plasmó en las normas de acción y reacción, también han encontrado recepción doctrinaria local en la misma fuente en que se nutren los ideólogos del poder, los inocentes o culpables maquiavelos de hoy y de mañana.

Lo verdaderamente impresionante, lo patético, es así el éxito de estas concepciones autoritarias. Cambia la Constitución, cambia el orden in-

^{3.1} También lo es, por cierto, el derecho civil. Bien lo recuerda LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Las notas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, Cap. III, “El derecho privado como límite del poder.”

^{3.2} Para quienes hacen cuentas es entonces vital administrar las citas, no sea cuestión que los que piensan distinto sean o parezcan más. En un erudito artículo de cien notas, citar por primera vez a quien piensa distinto... cuando se está acabando el artículo! Es la desnuda lucha por el poder llevada al campo “académico”, sin importar que ello sacrifique toda pretensión de objetividad.

ternacional, cambia el sometimiento del país a los tratados internacionales de derechos humanos, pero ellos siguen citando las mismas fuentes de antaño o leyendo las normas de hoy con los parámetros de esas doctrinas autoritarias del pasado.

4. *Un derecho al servicio del poder*

Cuando se llega a decir que el decreto suple a la ley ya se ha recorrido el camino en que se desconocen y violan los arts. 36, 42, 43, 75 inc. 22, 76, 99 inc. 3, de la Constitución; se incumplen los pactos y tratados internacionales de derechos humanos; se desafía a los órganos supranacionales de aplicación; se viola o tolera que se viole la Convención Interamericana Contra la Corrupción, se desconocen los derechos del usuario al ente de contralor independiente previsto en el art. 42 de la Constitución, etc.

Si eso va a ser el resultado del “derecho” y la “doctrina”, no hace falta tener régimen jurídico ni tribunales. Es el dilema que planteó JACKSON.

El derecho administrativo es derecho constitucional y político, es lucha contra el poder — cualquier poder— en la defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos,¹ es

^{4.1} En la doctrina del derecho administrativo argentino es frecuente el cómputo de cuántos han dicho una cosa y cuántos otra, en cualquier texto. Son así computadas hasta las *lecturas* de un simple libro de derecho: quienes dicen leer *algo* y quienes dicen que *eso* no lo dice dicho libro. Les dijimos una vez que a este paso habrá que incluir en los libros un facsímil de las referencias.

la aventura de pensar. Si se quiere hacer un *derecho de la administración*, un derecho legitimador del ejercicio del poder, entonces se está renunciando a hacer derecho.²

Todo es entonces el poder, los corredores del poder, la influencia, la corrupción.

Pero ello es retroceder ocho siglos en la historia, hasta *antes* de la Carta Magna de 1215. Es cuando el Rey JAMES I o luego CARLOS I sostuvieron que era traición sostener que el Rey estaba bajo la ley. LORD BRACON dijo entonces “*The King is under no man, but under God and the law*” (*Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege*).³ Carlos I sostuvo en su juicio que la corte no tenía competencia para juzgarlo. Fue sentenciado a muerte.⁴

5. *El uso emotivo, político y axiológico del lenguaje*

Por lo antes expuesto, el derecho administrativo está plagado de peligrosos usos emotivos y políticos del lenguaje. Así ocurre a veces con expresio-

^{4.2} Ya se está allí en dirección a BONNARD, ROGER, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, París, V 1939, 2ª ed.; en un ejemplo más reciente, de distinto tinte y deslustre, es la China de *fin de siècle*: como bien explica CORNE, PETER HOWARD, *Foreign Investment in China. The Administrative Legal System*, Hong Kong, Hong Kong UP, 1996, todo es *guanxi*, relaciones.

^{4.3} Ver LORD DENNING, *What Next in the Law*, Londres, Butterworths, 1989, p. 6.

^{4.4} LORD DENNING, *op. loc. cit.*

nes y “conceptos” “jurídicos” (poder de policía,¹ actos de gobierno, potestad reglamentaria, decreto, etc.), como dijo GENARO CARRIÓ respecto de la idea de poder constituyente originario: “en realidad todo se origina en el carácter ambiguo de la palabra «poder» y en su uso híbrido [...] A veces esta palabra quiera decir «potestad» (atribución, competencia, facultad, capacidad, jurisdicción, autorización, etc.) y, otras veces, según el contexto, quiere decir «fuerza» (potencia, poderío, dominio, dominación, etc.)” “De allí hay un solo paso a afirmar que el sujeto o entidad en cuestión tiene las atribuciones porque dispone de la fuerza.”² Como señala el mismo autor, habría que indagar una respuesta de alcance general que explicara el porqué de estos asertos;³ puede tratarse, como él mismo lo dice, “de una tendencia irreprimible de la razón: la búsqueda de lo in-

^{5.1} Lo censuramos en “La crisis de la noción de poder de policía”, *Revista Argentina de Ciencia Política*, 1962, n° 2; reproducido en nuestro libro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963 y publicaciones posteriores; actualmente en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, FDA, 2000, cap. V. Coinciden MARIENHOFF, BIDART CAMPOS, LINARES y otros. Los recuerda, en otra secuencia que no altera el resultado, RASPI, ARTURO EMILIO, “La publicidad de los documentos de la administración y el resguardo de la privacidad individual”, *ED*, 187: 900, 907. Cuando alguien invoca el poder de policía no discute una cuestión académica, busca el poder incondicionado.

^{5.2} CARRIÓ, GENARO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 50 y 51.

^{5.3} CARRIÓ menta “desafueros lingüísticos semejantes perpetrados por teóricos del derecho”, *op. ult. cit.*, p. 56. La analogía con JHERING-SAVIGNY es manifiesta.

condicionado.”⁴ Ello se aprecia en los conceptos del derecho público y privado: la polémica SAVIGNY- VON JHERING tiene aún hoy vigencia.⁵

6. Las “Leyes” que no son leyes

Del mismo modo, cabe dudar si es que es posible corregir, en el lenguaje de los abogados, algunos resabios autoritarios de los gobiernos de facto: la entonces terminología oficial de llamar “Ley” a lo que no eran sino decretos leyes.¹ Restaurada la democracia y condenada por el art. 36 de la Constitución la teoría de los gobiernos de facto, no es jurídica ni políticamente admisible seguir llamando “leyes” a lo que de ello tuvo solamente el nombre oficial. Es imprescindible pues ya que de Derecho hablamos, denominar correctamente como decreto-ley a las así llamadas leyes emitidas en los períodos 1966-1973 y 1976-1983. Como se advierte, es mucho lo que resta por hacer para llegar a un derecho administrativo constitucional, liberal, democrático. La idea de fuerza y autoridad sin límite permea todas sus capas lingüísticas, todos sus estratos conceptuales.

^{5.4} *Op. ult. cit.*, p. 57. Que nuestra admiración por el autor sea excusa de repetir la misma brillante frase con pocos renglones de diferencia. Y ojalá el lector la recuerde.

^{5.5} Ver el caso *Allevato*, en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996, 1ª ed., cap. X.

^{6.1} Lo dijimos en *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 447 y 448; “Análisis crítico de la ley de desarrollo”, *Revista de Legislación Argentina*, 2: 88 (Buenos Aires, 1966).

A pesar de que los órganos internacionales de aplicación de los tratados que nos comprometen nos lo recuerdan, acá pretendemos ignorarlo. La propia CORTEIDH tiene dicho que “Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.*”² En igual sentido se pronuncia la COMISIÓNIDH, : “Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo y debe ser congruente con el orden jurídico interno.”³

^{6.2} Párrafo 22 de la OC 6/96, en ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1996, Washington, DC, 1997, p. 65; la bastardilla es nuestra. Las opiniones consultivas de la CORTEIDH son de obligatoria aplicación en el derecho interno, como lo tiene resuelto la CSJN en *Giroldi* de 1995. Lo hemos explicado en nuestra nota “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales”, en la *RAP*, 215: 151 (Buenos Aires, 1966). El criterio ha sido reiterado en *Bramajo, DJ*, 1996-196, cons. octavo y en *Arce, LL*, 1997-F, 696 con nuestra nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado” reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 165, § 76, “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado.”

^{6.3} *Op. ult. cit.*, párrafo 62, p. 65; el destacado es nuestro. Ver la aclaración de la nota anterior.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

La CORTEIDH define como ley “la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, *emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes*”,⁴ pues “El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables”;⁵ *es la legislatura electa y no otra la que tiene la potestad legislativa*.⁶

^{6.4} Opinión Consultiva n° 6, párrafos 23 y 32.

^{6.5} Opinión Consultiva n° 8, párrafo 24.

^{6.6} Opinión Consultiva n° 8, párrafos 22 y 23 ; todo ello reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la CIDH, FAPPIANO, OSCAR LUJÁN, caso 10.843, Chile, 15 de octubre de 1996, Informe n° 36/96, párrafo 31, p. 197 del Informe de 1996 de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS : el principio de la buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos y *nos obliga* en el plano interno e internacional.