

ANEXO I

DISCURSO JURÍDICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO: DOCTRINA DE FACTO Y EMERGENCIA ECONÓMICA

Por NICOLÁS DIANA

SUMARIO

1. Introducción	AP-AI-1
2. La ilusión del lenguaje. La realidad de los hechos	AP-AI-5
3. Las funciones del derecho: Organización, legitimación y limitación del poder político.....	AP-AI-13
4. Legalidad y Legitimidad	AP-AI-16
5. La mitología de nuestras palabras	AP-AI-20
6. Los golpes de Estado (La ficción de la revolución).....	AP-AI-24
6.1. La asunción del General Mitre.....	AP-AI-27
6.2. El golpe del 6 de septiembre de 1930.....	AP-AI-28
6.3. El golpe del 4 de junio de 1943.....	AP-AI-29
6.4. Los actos derivados	AP-AI-29
6.5. Los golpes de 1955 y 1966	AP-AI-30
6.6. El golpe de 1962	AP-AI-31
6.7. Los decretos-leyes. Vigencia, validez y eficacia.....	AP-AI-33
6.8. La seguridad jurídica y el poder legislativo nacional. La confusión del discurso	AP-AI-33
6.9. El valor de las palabras	AP-AI-34
7. La doctrina de facto: Garantía de la pseudoinstitucionalidad	AP-AI-35
7.1. Fundamento inatinerente.....	AP-AI-36
7.2. La doctrina de facto (según CONSTANTINEAU)	AP-AI-36
7.3. La Acordada del 10 de septiembre de 1930	AP-AI-37
7.4. La fuerza por sobre el Derecho: ¿Sinceramiento de nuestras instituciones?.....	AP-AI-38

7.5. El acompañamiento judicial a la decadencia institucional....	AP-AI-39
7.6. Las normas de facto	AP-AI-43
8. Estado de Emergencia (¿o Emergencia del Estado?)	AP-AI-46
8.1. Introducción	AP-AI-46
8.2. El estado de sitio económico	AP-AI-52
8.3. Sin respuestas... ..	AP-AI-55
8.4. Colofón.....	AP-AI-58
9. Responsabilidades compartidas, pero no asumidas.....	AP-AI-61
10. El discurso meta-jurídico.....	AP-AI-64
11. El derecho: Continuación de la fuerza (de la guerra por otros medios).....	AP-AI-70

Anexo I

*DISCURSO JURÍDICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO:
DOCTRINA DE FACTO Y EMERGENCIA ECONÓMICA.*¹

Por NICOLÁS DIANA

“La vida es una historia contada por un idiota, llena de estruendo
y furia, que nada significa.”

SHAKESPEARE, WILLIAM, *Macbeth*

1. *Introducción*

La primera aproximación a este tema fue en ocasión de retomar la discusión de la aplicación de la *doctrina de facto* por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y tolerada desde la doctrina nacional.² El segundo análisis de esta cuestión fue motivo de la edición argentina de *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*.³

Con el retorno a la democracia y luego de 1983, el debate sobre la *doctrina de facto* fue abandonado, en gran medida, como tema de interés académico y práctico.

¹Se reproduce en este capítulo, con nuevos agregados y modificaciones: DIANA, NICOLÁS, “Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica,” en *RPA*, 2009-2 y 3, p. 73 y ss.

² Cfr. DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza),” en *RPA*, 2007-1, p. 93 y ss.

³BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo*, Buenos Aires, Lajouane, 2009. El desarrollo que aquí se realiza reproduce, en gran medida, pero con algunos cambios, la tesina *Discurso jurídico y derecho (administrativo)*, cuyo director fue el Dr. MARIO REJTMAN FARAH, presentada como conclusión de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Agradecemos a él su rol tutelar y consejo, como también a los Dres. AGUSTÍN GORDILLO, LAURA MONTI y MARÍA ROSA CILURZO quienes desde su rol como miembros del tribunal que tuvo que analizar el trabajo, han encaminado la profundización de conceptos e ideas inadvertidos por el autor al tiempo de escribirlo. Su objeto, ambicioso por cierto, es el de dejar planteados los aspectos generales que hacen al rol del discurso jurídico —académico y jurisprudencial— en particular desde el derecho público —administrativo, en especial— frente al poder político y a la historia argentina.

Su problemática posee la misma relevancia, desde el punto de vista institucional, que hace ochenta años atrás, especialmente por el carácter expansivo que la interpretación vernácula de la *doctrina de facto* tiene frente a otros institutos vinculados con el *estado de necesidad* o la emergencia.

Así como un camino de diez mil millas se inicia con el primer paso,⁴ el destino de los próximos “se puede escudriñar a partir de los últimos pasos del siglo XX y los primeros que se avizoran del próximo milenio. No hablamos pues para el futuro, sino para el inquietante presente. La pregunta real no es dónde estaremos dentro de cien años, sino en qué dirección estamos ahora dando qué pasos.”⁵

Nada de lo que se afirma aquí es novedoso ni original —nada lo es— solamente intentamos reflexionar sobre el poder del discurso en la realidad política y jurídica argentina, pero principalmente cuestionar(nos) la función del lenguaje en el armado del entramado que supo resguardar la *legalidad* de lo *ilegítimo*.⁶

La confusión permanente de lo político, lo jurídico y el valor conferido al discurso (judicial y académico) son aspectos que aquí serán tratados tangencialmente, e incluidos en el proceso histórico nacional vivido durante gran parte del siglo XX y que se inició formalmente en 1930.

La América Latina del siglo XX parecía destinada a las dictaduras. Hacia 1978, sólo Colombia, Venezuela y Costa Rica escaparon de regímenes dictatoriales o de hecho, aún cuando éstos sean, por naturaleza, efímeros,⁷ como todo producto de la fuerza y no del consenso.⁸

El fenómeno del autoritarismo-dictadura se replica y se ha replicado en el continente al sur del Río Bravo, a partir de experiencias comunes que encuentran su causa, en raíces históricas compartidas. El sueño de toda dictadura es institucionalizarse para asegurar su supervivencia y a la de los responsables. La *doctrina de facto* garantiza ese objetivo. Para salir de lo provisional del *estado de excepción*, es preciso adquirir una legitimidad aceptable. Ahora bien, la mayoría de las veces ésta no puede sino ser de *ejercicio* y descansar en el éxito económico,

⁴ Como lo recuerda GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2000, cap. III-37.

⁵ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, “Parte general,” 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. IV-17.

⁶ Sostenía JORGE LUIS BORGES que “[h]e intentado, no sé con qué fortuna, la redacción de cuentos directos. No me atrevo a afirmar que sean sencillos, no hay en la tierra una sola página, una sola palabra, que lo sea, ya que todas postulan el universo, cuyo más notorio atributo es la complejidad.” (Prólogo a “El informe de Brodie,” *Obras completas*, v. 2, 14ª ed., Buenos Aires, Emecé, 2004, p. 399.)

⁷ ROUQUIÉ, ALAIN (trad. VÍCTOR GOLDSTEIN), *A la sombra de las dictaduras. La democracia en América Latina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 113.

⁸ Un balance sobre los logros y falencias de las democracias en América Latina y el fenómeno actual de la concentración del poder político en los sistemas presidencialistas implementados como desafío a superar en la etapa de postransición de las dictaduras de los setenta, puede verse en el Informe OEA-PNUD, *Nuestra Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010. (En especial p. 57 y ss.) El desarrollo democrático continúa mientras sus dilemas e interrogantes se transforman. Cada vez es menos el pasado lo que inquieta nuestra democracia, cada vez más el futuro. (Versión electrónica gratuita disponible en: http://www.undp.org.ar/publi_coop_reg.htm.)

una victoria militar o el prestigio internacional.⁹ Esa legitimidad o legalidad en el ejercicio no sustituye el vicio originario que conlleva todo gobierno usurpador.

Desde 1930, Argentina fue el ejemplo latinoamericano de la república pretoriana. Aquí “la vida pública está caracterizada por la permanencia de una hegemonía marcial camuflada. Las intervenciones militares no son el último recurso en circunstancias excepcionales, sino que aparecen como formas «normalizadas» de resolución de los conflictos. Lejos de provocar la unión sagrada para defender las instituciones democráticas, toda sublevación militar recibe el apoyo público de los opositores a quienes se encuentran a cargo del poder. La mayoría de las veces, por otra parte, son ellos los que van a golpear a las puertas de los cuarteles. Por lo tanto, la intervención militar es, si no legítima, por lo menos legitimada por amplios sectores de la opinión, y sobre todo por los más influyentes.”¹⁰

Hacia finales de la década del '50, principios de la década del '60, la doctrina de la seguridad hemisférica mutó en doctrina de la seguridad nacional en todo el continente. La Argentina, sin embargo, “presenta la característica extrema de haber conocido un régimen dictatorial no sólo incapaz de institucionalizarse, sino desprovisto de los medios de imponer algunas condiciones a la vuelta del orden constitucional. En Uruguay, la dictadura saliente también va a tratar de establecer una seudodemocracia bajo tutela.”¹¹

La *doctrina de facto* posee valor histórico, jurídico y político en Latinoamérica. La Argentina de principios del siglo pasado, fue un ejemplo sobre el modo en el cual el binomio *legalidad-legitimidad* ha sido forzado hasta el límite. Por un lado, se ubica el origen legal mayoritario del poder, de conformidad con las reglas constitucionales. En segundo lugar, la existencia de una elite que no acepta ni reconoce el principio de las mayorías, sólo cuando responde a sus intereses. Por el contrario, “la ilegitimidad de los gobiernos de hecho, dictaduras innegables, raramente es objeto de un consenso. Frente a lo que los grupos dominantes presentan como una «crisis de autoridad» o un manifiesto «vacío de poder», habida cuenta de los «peligros» supuestos que planean sobre la sociedad, ¿cómo no pensar que un golpe, un pronunciamiento, venga a “derogar la legalidad para restablecer la legitimidad”? A la legitimidad de origen del nuevo poder, fundado en una «causa justa», se añade la legitimidad de ejercicio que aportan «el restablecimiento del orden natural» y la «búsqueda del bien común», éste sinónimo de «modernización del país» o de «crecimiento económico». Por supuesto, esta legitimidad es eminentemente provisional. Es otorgada bajo beneficio de inventario por los grupos dominantes. Que la confianza se desvanezca y la «revolución» tan esperada se convertirá en simple «dictadura» cuyos días estarán contados.”¹²

⁹ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, pp. 119-120.

¹⁰ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 102.

¹¹ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, pp. 123-124.

¹² ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 107.

La institucionalización de la dictadura y sacralización del poder de facto (usurpador) es patrimonio de la nación latinoamericana, con sustento en nuestro pasado clasista y autoritario de la época de la colonia, luchas internas, presencia de caudillos e incumplimiento deliberado de la norma, cuestiones del pasado, todas ellas en común, que definen nuestras democracias contemporáneas.

La instauración de una dictadura, de un golpe de estado, lamentablemente, aparenta ser “un arte sencillo y de lisa y llana ejecución. Basta con seguir la inclinación «demasiado humana» del poder. Pero los regímenes constitucionales pluralistas, por lo que a ellos respecta, son el fruto de una tensión permanente, de una autocorrección voluntarista y de un largo y árido aprendizaje de la virtud. La democracia no está inscrita en la naturaleza. Es una construcción cultural compleja, azarosa, que avanza por ensayo y error. A menudo es gris y apagada. Engendra menos fervor que el poder absoluto de las autocracias.”¹³

Nuestro planteo es reflexionar sobre la distancia entre el sistema ideal pensado por nuestros constituyentes —plasmado en toda Ley Fundamental— y la realidad del sistema institucional tal como funcionó y funciona, como partes de una ficción en la que el derecho del más fuerte se impone por encima de las instituciones como una constante arraigada en la sociedad argentina.

La relación histórica y dogmática de la *doctrina de facto* y el *estado de emergencia económica* —ambos detrás del velo del poder— forman parte de nuestra hipótesis de trabajo. Esta relación se incrementó después de 2002 con una emergencia prorrogada *sine die*, los primeros años con mayor fuerza y fundamento fáctico, a la luz de la peor crisis política, económica y social padecida por la Argentina en el siglo XX.

Como ha indicado la Corte Suprema, con cita de IHERING,¹⁴ “la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho.”¹⁵ La realidad nos ha demostrado que el derecho argentino ha asumido teorías y prácticas, muchas veces foráneas, las que fueron tergiversadas y aplicadas forzosamente a situaciones de hecho para las cuales no habían sido pensadas. Esa construcción —o deformación vernácula— posee autonomía académica, lo que lo torna un fenómeno interesante y atrapante desde el punto de vista teórico pero principalmente histórico y práctico.

El fenómeno jurídico no se origina *per se* en las normas o en un sistema de reglas, sino en los hechos que le sirven de causa e intentan ser atrapados en un discurso unívoco en el que se expresan las formas normativas y las prácticas, como representación del poder (político y económico) pero no de los hombres. Cuestionamos el alcance que muchas veces el discurso jurídico se otorga a sí mismo, a través de la labor de la doctrina y de los jueces, quienes desde el plano

¹³ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 345.

¹⁴ CSJN, *Pérez de Smith y otros*, sentencia del 21-XII-78, *Fallos*, 300: 1282.

¹⁵ CSJN, *García Méndez, Emilio y Musa, Laura*, sentencia del 2-XII-08, cons. 8°; *Fallos*, 331: 2691.

formal intentan atrapar a la realidad, como si fuera un objeto a nuestro alcance, como si el tiempo y el espacio fueran parámetros cognoscibles y mensurables, como si el hombre y su entorno fueran cuestiones definidas por el derecho y no el derecho su consecuencia.

Seguimos la definición de derecho administrativo entendiéndolo como “la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.”¹⁶ Ello, dejando de lado las concepciones de esta rama como ciencia, como parte de un modelo autoritario o por vía de la teoría política de la sacralización del Estado.¹⁷

El derecho administrativo, cualquiera sea la definición que adoptemos de él, se vincula directamente con el poder, como toda rama del derecho. Las ficciones creadas desde y por el discurso han servido a formar y deformar el derecho administrativo, desde una simple función de organización del propio Estado y la Administración, hasta asumir y cuestionar la propia vigencia, en el caso argentino, de la propia Constitución nacional.

Allí subyace la relación directa entre la doctrina de facto y la doctrina de la emergencia económica, las que planteadas desde la abstracción y tergiversación de sus fuentes, en gran medida, han llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en determinados períodos históricos, a aceptar la sola fuerza brindada por las palabras para legitimar lo ilegal, por vía de un consenso aparente, justificado siempre en la vida de la Nación y del Estado, su existencia y la de sus instituciones.

He aquí el desafío de nuestra labor.

2. *La ilusión del lenguaje. La realidad de los hechos*

“No existe nada bueno ni malo; es el pensamiento humano el que lo hace aparecer así.”

SHAKESPEARE, WILLIAM, *Hamlet*

Desde que el hombre ha podido controlar y dominar a la naturaleza, a las bestias y luego a otros hombres; desde los albores del surgimiento de las primeras comunidades organizadas, agotados los recursos brindados por la sola fuerza física, el poder de la palabra y del discurso (religioso, político y jurídico) han

¹⁶ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, “Parte general,” 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V-19.

¹⁷ Como recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, “La más simple y tradicional definición de derecho administrativo lo considera como el derecho de la administración pública, realidad política radicalmente ajena a las administraciones privadas, al menos desde el punto de vista jurídico, por más que, desde la perspectiva neutra de las técnicas de organización o de los métodos de trabajo, ambas clases de administraciones puedan considerarse bajo un prisma unitario (tampoco nunca totalmente abstracto e intercambiable) por la llamada Ciencia de la Administración.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson-Civitas-La Ley, 2006, 1ª ed. Argentina, p. 29.)

cumplido un deber de complementación y de seducción del cuerpo, del hombre y del ciudadano.

Desde el campo filosófico, se ha señalado que en toda sucesión histórica, la mente sigue a la vida, así como ésta no apareció en nuestro planeta hasta que la materia inorgánica hubo adoptado formas de gran complejidad, “así también la mente no surgió hasta que la materia orgánica hubo alcanzado un grado aún mayor de complejidad, con la aparición de órganos sensoriales, de nervios y de cerebros.”¹⁸ El discurso simula marcar el dominio de la materia inorgánica sobre la orgánica: El no ser sobre la realidad.

Existe un error lógico que está conectado “con la estrecha analogía entre el *significado* de las palabras, términos o conceptos y la *verdad* de los enunciados o proposiciones. Es fácil comprobar que el significado de las palabras tiene alguna conexión con su historia y origen. Lógicamente considerada, una palabra es un signo convencional; desde un punto de vista psicológico, es un signo cuyo significado es establecido por el uso, la costumbre o la asociación. Desde el punto de vista lógico, su significado, en efecto, queda establecido por una decisión inicial, semejante a una definición o convención primera, a una especie de contrato social original; psicológicamente, su significado quedó establecido cuando aprendimos a usarla, cuando se formaron nuestros hábitos y asociaciones lingüísticos.” Surge así “un sentido familiar y lógicamente defendible en el cual el significado «verdadero» o «propio» de un término es su significado original, de modo que si lo comprendemos, ello se debe a que lo hemos aprendido correctamente, de una verdadera autoridad, de alguien que conoce la lengua. Esto muestra que el problema del significado de una palabra está vinculado, en verdad, con el problema de la fuente autorizada, o el origen, del uso que hacemos de ella.”¹⁹

La fuerza de las palabras, no tiene más que el peso que cada uno de nosotros y la sociedad, en su conjunto, le confieren. La *verdad* no tiene más valor que el dado por la autoridad (política, académica, etc.) y aceptado o tolerado por la comunidad.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define *verdad*, como: a) conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente; b) conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa; c) propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna, y d) juicio o proposición que no se puede negar racionalmente.²⁰

Ninguna de dichas acepciones se aplica a la ciencia o al derecho —como técnica. Nada hay de cierto o *verdadero* en el derecho. Los hechos moldean las normas y los casos definen su alcance. Lo *verdadero* y lo cierto no juegan sino en el plano de las ficciones y los hombres. Son los hombres, desde el propio poder, quienes

¹⁸ HOSPERS, JOHN, *Introducción al análisis filosófico*, t. II, Buenos Aires, Macchi, 1961, p. 317.

¹⁹ POPPER, KARL R. (trad. NÉSTOR MÍGUEZ-RAFAEL GRASA), *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, edición ampliada y revisada, Barcelona, Paidós, 2008, p. 41.

²⁰ <http://www.rae.es>.

forman y amoldan el discurso y las formas jurídicas, a las necesidades del poder (o del grupo que lo controla.)

FOUCAULT ha explicado con claridad, que siempre hay dos historias de la *verdad*. “La primera es una especie de historia interna de la *verdad*, que corrige partiendo de sus propios principios de regulación: es la historia de la *verdad* tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la *verdad*, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior, de la *verdad*.”²¹

La sola idea de que no sólo la *verdad* no existe. Es imposible conocer o tener acceso a los *hechos*, sino simplemente a sus interpretaciones, lo que nos coloca en una situación de crisis, miedo, impotencia e incertidumbre. Como consecuencia y “de inmediato nos sentimos como perdidos, sin suelo bajo nuestros pies, y reaccionamos por lo general en modos neuróticos, como afectados por un ataque de agorafobia, de miedo al espacio libre e incierto que se abre ante nosotros. Un miedo que se vuelve aun más intenso si dejamos al campo de la filosofía pura (en el fondo, los filósofos han dicho de todo y el mundo no ha cambiado en consecuencia...) y nos aventuramos en el terreno de la política. Es cierto que, una vez tomado en cuenta que no existen verdades absolutas sino sólo interpretaciones, muchos autoritarismos son desenmascarados por lo que son, es decir, pretensiones de imponernos comportamientos que no compartimos, en nombre de alguna ley de la naturaleza, esencia del hombre, tradición intocable, relación divina.”

²² La filosofía nos libera así de los ídolos y el derecho, las más de las veces, nos vuelve a ellos.

En la creciente velocidad en que desarrolla la vida, necesitamos saber a qué atenernos, “y es preciso hacer de esta urgencia el método de la *verdad*... *Verdad* es lo que ahora es *verdad* y no lo que se va a descubrir en un futuro indeterminado.”²³

Existen tantos significantes como significados, pero lo que convencionalmente aceptamos —especialmente en derecho— nos lleva hacia el campo de lo ficcional. Es allí donde la realidad intenta ser atrapada por el valor intrínseco conferido a las palabras (o por la ilusión que supone su existencia.)

La historia de estas dos *verdades* foucaultianas no implica la *verdad* de la historia, sino el grado de deformación y adaptación de las *verdades* implícita y explícitamente incorporadas en las palabras utilizadas y, por ende, en el lenguaje. Lenguaje científico, pero también lenguaje técnico jurídico de nuestros tribunales y de la doctrina. “Aunque a primera vista puedan parecer especulaciones mera-

²¹ FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996, 4ª reimp., p. 17.

²² VATTIMO, GIANNI (trad. MARÍA TERESA D'MEZA), *Adiós a la verdad*, Barcelona, Gedisa, 2010, p. 27.

²³ ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, *Historia como sistema*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001, p. 75.

mente teóricas y abstractas, es importante no perder de vista que el lenguaje no es inocuo y que no hay un solo término que no evoque, a la vez, todo el sistema de ideas, conceptos, representaciones e imágenes en el que él existe. Es decir, cada vez que articulamos una palabra estamos, también, adhiriendo y confirmando la totalidad del universo ideológico al que esa palabra pertenece.²⁴

Nos interesa referirnos al lenguaje común y propio del saber jurídico: El lenguaje judicial y la aplicación de remedios jurídicos a las *enfermedades políticas y sociales*.²⁵

¿Quién define la legitimidad y la legalidad de estos remedios? ¿Bajo qué consenso o autoridad?

Las situaciones extremas requieren soluciones prontas y efectivas; pero ello no justifica ni autoriza la violación de la institucionalidad y del principio de legalidad. Las mayores aberraciones jurídicas se cometen en épocas de emergencia institucional, sin que necesariamente, para el caso nacional, los períodos de *gobiernos usurpadores*, posean su monopolio.

En derecho existen términos y construcciones que se denominan principios o institutos, teorías o doctrinas, pero su poder de convicción no es otro que el otorgado especialmente por los tribunales —pero también por la doctrina— al momento de utilizarlos, aplicarlos, criticarlos y justificarlos (v.gr. *presunción de legitimidad, habilitación de instancia, actos institucionales, cuestiones políticas no justiciables, razón de Estado, zona de reserva de la administración, poder de policía, etc.*)

En el derecho administrativo —quizás más que en otras ramas del derecho— se ha construido un entramado principista en base al cual se ha intentado sostener un sistema procedimental y contencioso, que respondería a una cierta lógica vinculada directamente a la organización del poder (político) y a la ponderación de garantías institucionales contra sus abusos. Este sistema se queda en un estadio ficcional y en la apariencia de la mera legalidad, en el que la realización del hombre en sociedad —para el imaginario colectivo— no pueda concebirse sin la intervención de la justicia, ante las ausencias de los otros poderes del Estado.

A nadie escapa que quien tiene la mayor cantidad de recursos económicos tiene acceso al mejor abogado, al juez y a la doctrina que ampararán sus intereses. Todo podría resumirse en el acceso al poder, en su mantenimiento y construcción de las reglas del juego que lo sostienen y definen, en un lugar y tiempo determinados.

²⁴ YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: Otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti,” *RPA*, 2007-1, Buenos Aires, Ediciones Rap, p. 35.

²⁵ Ha destacado CILURZO que “[e]l Derecho no es mera dogmática jurídica y los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no pueden configurar interpretaciones literales de normas, desvinculadas de la realidad; pero tampoco so pretexto de contemporizar realidades podrán desligarse de la responsabilidad máxima que detentan como órgano rector e intérprete final de la Constitución Nacional.” (CILURZO, MARÍA ROSA, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la interpretación de variables (mutables),” *LL, Suplemento Constitucional*, 22-VIII-06, p. 17.)

La sociedad en su conjunto es responsable de su aceptación o rechazo. Los abogados —especie común en los distintos poderes del Estado— no casualmente escribimos los guiones y actuamos en una escenografía donde se monta toda esta gama de vocablos tan interesantes, donde se equipara lo legítimo a lo ilegítimo, lo legal a lo ilegal, donde se idealizan los hombres y sus vicios:²⁶ El Gran Teatro Constitucional. Al decir de JAURETCHE, el derecho público es un artificio como los telones de teatro. Una decoración mientras la obra dura un cartel. La obra dura hasta que la presencia de la democracia efectiva —la de pueblo—, hace inconveniente su representación para la «empresa» que la ha montado.²⁷

Forma parte de nuestra práctica definir y explicar conceptos inherentes a nuestra incumbencia; aunque soslayamos en esa tarea que nuestra inmediatez con el soberano es mucho más cercana que la de otros profesionales. También lo es con la miseria de la humanidad.²⁸

El derecho es concebible como una técnica de gestión y control social, de casos concretos²⁹ que abarca el fenómeno humano como género; político, económico y social en la especie.

El derecho comparte con distintas ciencias sociales su objeto de estudio —al hombre y sus instituciones— pero la función que posee como técnica se vincula a la organización y control social, como una evolución de los lazos sociales primitivos en los cuales las instituciones y las normas venían dadas por la religión y la costumbre. Aún cuando podamos pensar en un sistema internacional de los derechos humanos, es difícil, aceptar que el derecho es un “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados.”³⁰

La historia nos demuestra que de él no se “deducen principios y leyes generales,” sino que cada sistema jurídico posee los suyos y que éstos varían según los tiempos y los hombres. Pueden quizás compartirse ciertos principios, pero cada

²⁶“Lo esencial de nuestra embriaguez [de la voluntad] es sentirnos en posesión de todas nuestras fuerzas y en un momento de intensificación de éstas. Este sentimiento lo proyectamos sobre las cosas, obligándolas a que reciban algo de nosotros, violentándolas; a este proceso se le denomina idealizar. Liberémonos de un prejuicio respecto a esto: en contra de lo que se suele creer, idealizar no consiste en quitar o dejar de lado lo pequeño y accesorio; lo decisivo es, más bien, extraer de una manera formidable los rasgos fundamentales, de forma que el resto queden eclipsados ante ellos.” (NIETZSCHE, FRIEDRICH, “IncurSIONES de un intempestivo,” en *El ocaso de los ídolos*, Buenos Aires, Letras Universales, 2005, p. 885.)

²⁷ JAURETCHE, ARTURO, “Manual de zonceras argentinas,” *Obras completas*, v. 2, Buenos Aires, Corregidor, 2010, 1ª ed., 11ª reimp., p. 151.

²⁸ Cualquiera sea la rama del derecho que ejerzamos, a diario nos toca tratar con las miserias humanas en todo su esplendor, como expresión de nuestro fracaso, en muchos aspectos, como sociedad.

²⁹ Se ha postulado así que el derecho es una *ciencia de casos particulares* (GORDILLO, A., *Introducción...*, op. cit., cap. III-3; con cita de GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, en su prólogo a VIEHWEQ, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Cívitas, 1964, p.12: “La Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una Ciencia de problemas singulares.”) Aceptamos la singularidad del derecho como técnica, más no como ciencia.

³⁰ Cfr. <http://www.rae.es>.

organización política los hace jugar del modo más conveniente a los intereses de la Nación o de quiénes la controlan.

La conciencia histórica (la conciencia que se tiene de la historia, de la historia de la ciencia y de la historia del derecho y todo lo que la conforma) en principio, parece presentarse neutra, “desprovista de toda pasión, empeñada solamente en la verdad. Pero si se interroga a sí misma y, de una manera más general, interroga a toda conciencia científica en su historia, entonces descubre las formas y transformaciones de la voluntad de saber, que es instinto, pasión, empeño inquisidor, refinamiento cruel, maldad; descubre la violencia de los prejuicios; prejuicios contra la felicidad ignorante, contra las ilusiones vigorosas con las que la humanidad se protege, prejuicios contra todo lo que hay de peligroso en la búsqueda y de inquietante en el descubrimiento.”³¹

Por poner un punto de partida convencional,³² el conocimiento jurídico se podría sintetizar y simplificar en la recopilación y sistematización normativa, jurisprudencial y doctrinaria desde Roma en adelante vinculada a la organización social, política y económica de la sociedad humana en el tiempo y en el espacio. Este sólo conocimiento no reúne la tipicidad del conocimiento científico, pese a que pueda compartir métodos con otras ciencias sociales y se pretenda incluirla allí como una rama autónoma.

El conocimiento jurídico no puede limitar la función social del derecho, como técnica de organización, ordenación y realización del hombre en democracia.

¿Qué representa la democracia para el derecho argentino? ¿Qué valor tiene la democracia para el ciudadano argentino? ¿Quiénes asumen realmente el costo y la responsabilidad de vivir democráticamente?

La democracia, como tal, es un concepto nuevo para nosotros y nuestros juristas quienes han vivido, padecido y realizado su lucha por el derecho en un escenario plagado de rupturas sociales, económicas y políticas, donde el valor de nuestras institucionales y en particular de la Constitución misma han pasado a estar en un segundo plano, frente a administraciones de jure y usurpadoras que han destronado sin mayores inconvenientes la supremacía de la ley fundamental, por la supremacía del interés particular.

El pacto formal o ficcional de toda nación, en la República Argentina ha estado ausente durante muchos años; siendo que la mayoría que accedió al poder —sea por las vías institucionales o violándolas— ha optado por no pensar en consolidar la unión nacional ni afianzar la justicia, sino por caprichos efímeros de la

³¹ FOUCAULT, MICHEL, *Nietzsche: La genealogía de la historia*, Valencia, Pre-textos, 2004, 5ª ed., pp. 69-70.

³² Como ha indicado NIETZSCHE, “En un rincón del universo, donde brillan innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el cual unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue el minuto más soberbio y falaz de la «historia universal», pero sólo un minuto. Después de unos pocos respiros de 12 a naturaleza ese astro se heló, y los animales inteligentes debieron morir.” (NIETZSCHE, FRIEDRICH, “Sobre verdad y mentira en sentido extramoral,” en *Sobre verdad y mentira*, Buenos Aires, 2009, 1ª reimp., p. 25.)

cultura al vacío político e institucional. El triunfo de la verdadera democracia, la política, económica y social, sólo es concebible en un espacio de consenso lo más mayoritario posible.³³

Las democracias latinoamericanas, restauradas durante las décadas del '80-'90, son herederas de las dictaduras pasadas, cuando no sus prisioneras. Los juegos de coerciones que los autoritarismos le imprimieron a la cultura política no las afectan menos que los arreglos institucionales que han instalado.³⁴ Hasta el rechazo de la herencia lleva la marca del régimen rechazado.³⁵

Latinoamérica debe enfrentar la imperfección democrática, la permanencia de los espacios autoritarios, el déficit de poder público y la precariedad institucional como rasgos recurrentes, “a menudo también la fuente de un malestar generalizado y de un desencanto político manifiesto.”³⁶ Desde hace doscientos años, Sudamérica, “régimenes en teoría representativos fueron desviados, extraviados, mutilados. Conocieron el fraude y los trucajes, las falsas apariencias y los simulacros. Y sin embargo, el fuego de la democracia nunca se apagó. Las decepciones estuvieron a la medida de una perseverancia que en ocasiones pareció patética o desesperada. No obstante, desde hace un cuarto de siglo, los Estados del continente tuvieron que enfrentar la herencia de las dictaduras, tentativas de golpe de Estado, tentaciones autoritarias, tempestades institucionales, intensos enfrentamientos sociales, debacles económicas, alternancias dramatizadas y presidencias trucas en el marco de sistemas representativos reputados como vulnerables y vacilantes. La democracia [latinoamericana] aguantó a pie firme, porque el tiempo trabaja para ella, incluso a la sombra de las dictaduras. Su permanencia por sí sola es fuente de ciudadanía. Sin lugar a dudas, ésta es la otra cara del misterio democrático.”³⁷

Se ha asociado la democracia a nuestra liberación de las cárceles de la ignorancia, la dependencia, la tradición y el derecho divino, gracias a la unión de la razón, el crecimiento económico y la soberanía popular.³⁸

La *deconstrucción* del derecho nos exige, como ciudadanos y abogados, un replanteo de la definición material que queremos de democracia y de un derecho que busquemos que asuma una función garantizadora en este *iter* formal que venimos transitando hacia su materialización.³⁹

³³ GABETTA, CARLOS, “Argentina Cromagnon,” *Le Monde diplomatique*, año X, número 114, Diciembre 2008, p. 3.

³⁴ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 15.

³⁵ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 115.

³⁶ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 16.

³⁷ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 351.

³⁸ Gran parte del sentido y alcance dado al concepto democracia, la tomamos de ALAIN TOURAINE, *¿Qué es la democracia? (Qu'est-ce que la démocratie?)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995.

³⁹ Al respecto ver: COHEN SALAMA, CLAUDIO, “Bases epistemológicas y metodológicas para una teoría interpretativa del Derecho Administrativo,” *JA*, 2003-I-1375.

Podemos definir la democracia como un conjunto de garantías contra el ascenso o el mantenimiento en el poder de dirigentes contrarios a la voluntad de la mayoría. Empero, en este mundo globalizado donde los intereses políticos de la sociedad se discuten en el mercado y viajan a la velocidad de la información, la democracia parecería subsumirse en él, donde el ciudadano es un cliente o consumidor.

Hay dos aspectos que se distinguen en la modernidad política: Estado de derecho y la idea de soberanía popular. Y ambos, desde el campo de aplicación de la *doctrina de facto* (o del *gobierno usurpador*) han sido evidentemente mancillados.

La Revolución Francesa introdujo en el pensamiento político occidental dos principios capitales: el principio de la legalidad de la acción de los poderes públicos y, en segundo lugar, el principio de la libertad, ambos interrelacionados en el art. 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁴⁰ Ambos juegan un rol esencial en la democracia y en la presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno.

La simple definición del gobierno representativo como gobierno por la discusión es así profundamente inadecuada. “Disimula el hecho de que, en esta forma de gobierno, la discusión persuasiva cumple una función específica que no es la de producir la decisión ni necesariamente la de engendrar las proposiciones de decisiones, sino solamente la de producir el consentimiento en una situación en la que ninguna voluntad tiene por sí misma derecho de imponerse a las demás. Aquí se ve reaparecer, una vez más, el papel central del juicio: las proposiciones no tienen necesariamente su origen en la instancia que discute, pero ninguna proposición es adoptada si no ha sido sometida al juicio de la instancia que discute.”⁴¹

El análisis de las prácticas y de las disposiciones institucionales concretas sobre las que se basa el gobierno representativo muestra que contrariamente a lo que afirman el sentido común y la ideología democrática, la democracia representativa no constituye la forma indirecta o mediatizada del gobierno por el pueblo. Este análisis hace también aparecer lo que caracteriza positivamente la democracia representativa: El papel central que desempeña en ella el juicio de la colectividad.

Ése es el punto central del debate: Todo lo que atañe al gobierno de la comunidad puede ser controlado por el pueblo, y es también su responsabilidad la ausencia de control o juzgamiento, sus excesos y abusos.

El derecho forma parte de estos aspectos controlables por el pueblo. Por lo tanto, no sólo corresponde analizar y desmembrar las teorías que conforman el derecho, sino que es un deber por parte de los jueces al tiempo de fallar, pero

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid, Thomson-Cívitas, 2005, 9ª ed., p. 571.

⁴¹ MANIN, BERNARD, “La democracia de los modernos. Los principios del gobierno representativo,” artículo desarrollado con ligeras modificaciones en el libro *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann Levy, París, 1995. (Publicado en: http://www.politica.com.ar/Filosofia_politica/Nuevos%20Filopol/manin_democ_mod.html.)

también de los abogados cuando ejercen la profesión, y en ambos casos, cuando transmiten el conocimiento jurídico, en la academia, en revistas jurídicas, libros y en las aulas. Aunque parezca un análisis dogmático del fenómeno jurídico, es un análisis necesario con el objeto de desmembrar las bases del conocimiento y discurso jurídicos.

El desafío del derecho administrativo, “no es solamente crear los mecanismos que faltan o mejorar los existentes, y retrotraer todos los retrocesos que se han producido, sino integrar un eventual sistema interrelacionado y armónico; eliminar contradicciones, superposiciones innecesarias, conflictos y celos superfluos, controversias interpretativas y los intersticios del control, las «tierras de nadie» por donde puedan filtrarse y lo hacen efectivamente los comportamientos arbitrarios o abusivos del poder.”⁴²

Hay que evitar intoxicarse con las teorías del poder y lo que desde allí se puede hacer en detrimento de las libertades; se debe ser fiel a la premisa inicial de qué es y para qué debe servir el derecho administrativo y no consagrar en cambio un derecho administrativo al servicio de la autoridad y del poder.⁴³

3. *Las funciones del derecho: Organización, legitimación y limitación del poder político*

La realidad se muestra confundida, inabarcable e infinita, siendo el observador (el operador jurídico, por caso) quien discrimina qué y de qué modo observa y analiza aquella. Hay tantos derechos —o sistemas jurídicos, para ser técnicamente correctos— como comunidades humanas organizadas, tengan o hayan tenido mayor o menor desarrollo en la historia; sintéticamente apuntan todos al mismo fin: Garantizar la *pax social*. Según las épocas, podrá verse confundido el derecho con la moral, la ética y la religión, pero el derecho no es más que una técnica de cooptación y control comunitario, con un especial sistema conminatorio establecido para su cumplimiento.

Ese control, en términos de DUVERGER,⁴⁴ hace que el derecho posea una triple función frente al poder: Lo organiza, lo legitima y lo limita. Y es en el campo de la legitimidad donde el derecho adquiere un protagonismo indiscutible: Justifica el poder, a partir del cauce formal de lo político que brinda al sistema social.

En un principio, todo era caos y descontrol —la ficción del estado de naturaleza— hasta que los hombres se organizaron y conformaron la sociedad civil (Estado), a través de un contrato —otra ficción jurídica trasladada ahora al campo

⁴² GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. II-35.

⁴³ GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. V-4.

⁴⁴ DUVERGER, MAURICE, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970, 5ª ed. Española, p. 40 y ss., donde sostiene que “[e]l derecho es un elemento del poder, un medio de acción del poder, una forma del poder. Organiza el poder, institucionaliza el poder, contribuye a legitimarlo. Pero, no obstante, comporta también elementos de garantía contra el poder.”

político. Para poder “comprender perfectamente en qué consiste el poder político y conocer su verdadero origen, es preciso considerar el estado en que todos los hombres se hallan naturalmente. Éste es el estado de absoluta libertad, en el cual sin anuencia de nadie y sin ninguna dependencia de voluntad ajena, se puede hacer lo que se quiera, y disponer de personas y bienes según parezca, con la restricción de contenerse siempre en los límites de la ley natural. Éste es también un estado de igualdad: de modo que todo poder y jurisdicción son recíprocos por la razón de que ningún hombre puede tener más que otro, siendo evidentísimo que criaturas de una misma especie y orden, que han nacido sin distinción, que tienen igual parte en los beneficios de la naturaleza y que poseen las mismas facultades, deben ser asimismo iguales entre sí, sin ninguna subordinación ni sujeción, a menos que el Señor y Dueño de estos seres no haya, por alguna declaración manifiesta de su voluntad, establecido preferencia de unos respecto a los otros, y no haya conferido por un incontestable y claro ordenamiento un derecho irrefragable a la dominación y a la soberanía.”⁴⁵

¿Cuándo sucedió esto? Es poco exacta su cronología, aunque podemos afirmar que el Estado moderno surge luego del Tratado de Westfalia en 1648. Pero si el anterior estado de naturaleza era un estado de libertad pero no de licencia o libertinaje, menos aún puede serlo su síntesis, el estado civil (Estado de Derecho), en particular para el tercero creado en el proceso: El propio Estado.

Al tratar sobre la Constitución formal y material, el aumento de la normalidad por el aumento de la normatividad autoritaria y según un plan, en las modernas Constituciones, guarda la más estrecha conexión con la necesidad de producir, con arreglo a un plan y mediante una creación consciente de normas, una normalidad y previsibilidad cada vez más amplias en las relaciones sociales.

Ello porque “el desarrollo cultural está siempre condicionado por una creciente división del trabajo y, con ello, por un aumento de la dependencia recíproca de grupos sociales espacialmente separados que se ven forzados a entrar en relaciones estrechas unos con otros. La intensificación de la división del trabajo y del intercambio reclama una mayor seguridad del tráfico, que viene a ser lo que los juristas llaman seguridad jurídica. La seguridad del tráfico y la seguridad jurídica reclaman en alto grado una sujeción a plan y una previsibilidad de las relaciones sociales. A esta intensa y amplia racionalización sólo se puede llegar, en lo que no baste lo tradicional geográficamente limitado, haciendo que las relaciones sociales, singularmente las políticas, económicas y militares, se vean sometidas en medida creciente (tanto en su materia como respecto al territorio) a una ordenación unitaria, es decir, que sean normadas de modo planificado desde un centro y, por eso mismo, normalizadas. **El resultado final, por el**

⁴⁵ LOCKE, JOHN (trad. española de 1931 sobre la versión francesa de alferoces de caballería C.C. y L. C.), “Del estado de naturaleza,” en *Tratado del gobierno civil*, Buenos Aires, Claridad, 2005, 2ª ed., p. 11.

momento, de este proceso formal de racionalización social es el Estado actual, que ha organizado de manera unitaria la administración de justicia y la ejecución coactiva gracias a su cuerpo de funcionarios, y que ha centralizado la legislación especialmente por medio de las Constituciones escritas así como por las grandes codificaciones de los siglos XVII al XIX.”⁴⁶

¿Bajo qué pretexto los hombres cedieron parte de sus derechos y se lo confirieron a un tercero imparcial e idóneo?

Existen y existieron de hecho como de derecho (*de facto* o *de jure*) tantos sistemas políticos y jurídicos como se nos ocurran y si bien el dato no es menor, tampoco es lo más relevante.

Lo que realmente importa, en nuestra humilde concepción plagada de subjetividades, es tener en cuenta el modelo elegido por cada sociedad para aceptar que el poder conferido es legítimo, lo que no forma parte de la naturaleza humana, sino de la artificiosa construcción de las teorías del poder para cada sociedad en particular.

El hombre —y la sociedad por inferencia lógica— no tienen *naturaleza*, sino *que tienen... historia*. “O, lo que es igual: lo que la naturaleza es a las cosas, es la historia —como *res gestae*— al hombre. Una vez más tropezamos con la posible aplicación de conceptos teleológicos a la realidad humana. *Deus qui hoc est natura quod fecerit...*, dice San Agustín. Tampoco el hombre tiene otra «naturaleza» que lo que ha hecho.”⁴⁷ Somos, pues, el reflejo y la representación de los hechos del pasado y de los fantasmas de nuestro presente. Son ellos quienes demarcan y delimitan nuestro futuro.

El discurso jurídico, responde a la necesidad de un grupo de poder que se adapta a las circunstancias de tiempo y lugar de ese grupo de poder. Las *doctrinas de facto* y de *estado de emergencia* (o de necesidad) responden a esa necesidad superadora de una situación límite que tiene al grupo dominante (detentador directo o indirecto del poder) como principal afectado, bajo el argumento del interés público o de la existencia de la Nación en sí misma.

En la fuerza del discurso y frente a tales supuestos, el interés privado —el de cada ciudadano en particular— cede ante la defensa del interés público. Si el poder político de la comunidad protege un interés social por medio de la legislación este interés es “público.” El interés individual, en cambio, es denominado “privado.” Los intereses públicos son intereses sociales protegidos por “el Estado,” como expresión de los órganos políticamente organizados del poder de la comunidad.⁴⁸

El criterio de validez a estas concesiones de lo público a lo privado (o la preeminencia del segundo grupo de intereses sobre los primeros) sólo son válidas si

⁴⁶ HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1968, 6ª ed., p. 272. El destacado es propio.

⁴⁷ ORTEGA Y GASSET, J., *Historia...*, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁸ ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1994, 5ª ed., p. 351.

son creadas *legalmente* desde poder político elegido según las reglas constitucionales de organización establecidas en una comunidad determinada, es decir, si este poder es *legítimo*.

En todo estado de excepción, la suspensión o postergación de derechos (civiles, políticos y económicos) serán válidas desde el plano formal si se corresponden con los procedimientos preestablecidos al respecto. Desde el plano material, cuando cumplan con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Nuevamente aparece aquí la disyunción *legalidad-legitimidad*, y la autonomía que, desde el discurso jurídico y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha pretendido dársele a cada uno de ellas, pese a que, en el Estado de Derecho, ambas deben verificarse, como indicamos, coetáneamente en los planos formal y material.

4. *Legalidad y Legitimidad*

A los fines de no caer en equívocos, es necesario distinguir entre la *legalidad* y la *legitimidad* del poder.

La legalidad del poder se traduce “en su conformidad con el derecho positivo existente. La legitimidad del poder consiste en su conformidad con las teorías del poder aceptadas en la época, en el ciudadano, la legalidad es el signo de la legitimidad. La legalización del poder comporta, pues, su legitimación. Solamente en el caso de que la legalización sea imposible, el usurpador apela directamente a las teorías de la legitimidad.”⁴⁹

La importancia de los conceptos *legalidad* y *legitimidad* del poder (y del sistema político) se vincula directamente con la estabilidad de cualquier democracia, a lo que se aduna la idea de *eficacia*, entendida como *verdadera* actuación en el grado en que el sistema satisface las funciones básicas de gobierno tales como las consideran la mayoría de la población y grupos tan poderosos dentro de ella como lo son las altas finanzas y las fuerzas armadas.

La *legitimidad* implica la capacidad del sistema para engendrar y mantener la creencia de que las instituciones políticas existentes son las más apropiadas para la sociedad. Hasta qué punto los sistemas políticos democráticos contemporáneos son legítimos, depende, en gran medida de las formas en que se resolvieron los acontecimientos clave que dividieron históricamente a la sociedad. **Mientras la eficacia es fundamentalmente instrumental, la legitimidad es valorativa.**⁵⁰

La divergencia entre *legalidad* y *legitimidad* tuvo su origen en la Francia monárquica de la época de la Restauración, donde se estableció un antagonismo

⁴⁹ DUVERGER, *op. cit.*, p. 41, agregando que el usurpador afirma, “como el autor del golpe de Estado francés del 2 de diciembre de 1851: «Yo sólo he salido de la legalidad para entrar en el derecho,» tomando esta última voz en el sentido de «derecho natural» [...] y de «legitimidad.»

⁵⁰ LIPSET, SEYMOUR MARTIN, *El hombre político. Las bases sociales de la política*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, p. 57.

sorprendente entre la legitimidad histórica de una dinastía restaurada y la legalidad del *Code napoléonico*, que seguía vigente.⁵¹

Para el caso argentino durante nuestra joven existencia como Estado, vale preguntarse:

*¿Qué valores sirvieron de base a la instalación de gobiernos usurpadores en nuestro país? ¿Fueron los mismos que formaron las bases para conformar la Constitución de 1853-60?*⁵²

¿Quién, sino la autoridad elegida por los procedimientos constitucionales, representa —en la teoría ficcional de la representación política— los intereses de la sociedad?

¿Dónde está plasmada la imagen ideal del poder constituido? En ningún otro lado que no sea la Constitución de cada país, pero en la construcción dogmático jurídica argentina la teoría de la legitimidad dejó de lado la Carta Fundamental, por intermedio de la *doctrina de facto*, instalando nuevos valores o priorizando otros intereses, so pretexto de la *salud de la Nación*.

Anotaba NICOLÁS MAQUIAVELO, que “no hay cosa más difícil de tratar, ni en la que el éxito sea más dudoso, ni más peligrosa de manejar, que convertirse en responsable de la introducción de un nuevo orden político; porque todo innovador tiene como enemigos a cuantos eran beneficiados por el viejo orden y como tibios defensores a aquellos a quienes las nuevas leyes favorecerían.”⁵³

La razón de Estado⁵⁴ fue aplicada en términos puros en nuestro país con sustento en evitar la desintegración nacional y la pérdida de los valores de la sociedad occidental y cristiana, asumir un rol tutelar las fuerzas armadas frente a la inmadurez política de la ciudadanía, preparar el camino hacia la democracia y cuanto argumento en clave autoritaria que se nos ocurra, ya que la justificación del uso de la fuerza en algunos casos, como en el golpe del '55, tuvo como eje el supuesto ejercicio del derecho de resistencia a la presión (*jus resistendi*.) Eso sí, con el detalle de que la ciudadanía con derecho a voto no los había elegido para asumir tan importante función, pero con el fin de subsanar la deficiencia de origen

⁵¹ SCHMITT, CARL, “Introducción,” *Legalidad y legitimidad*, Buenos Aires, Struhart, 2002, p. 17.

⁵² En otro trabajo, hicimos hincapié en que quizás el dilema moral pasa en gran medida, “por hacernos cargo de nuestra realidad constitucional y de los valores con los cuales pretendemos vivir esa realidad. Es hora de madurar. Es hora de decidirnos sin moralinas, prejuicios o pruritos, pero decidir, al fin y al cabo, nuestro destino...” (BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, “Los superpoderes al jefe de gabinete,” *LL, Suplemento Actualidad*, 27-VII-06, p. 1.)

⁵³ *El príncipe*, Buenos Aires, Distal, 2003, cap. VI, pp. 42-43.

⁵⁴ “Procure pues el príncipe ganar y conservar el estado: los medios serán siempre juzgados honorables y alabados por todos; ya que el vulgo se deja cautivar por la apariencia y el éxito, y en el mundo no hay más que el vulgo; y los pocos no tienen sitio cuando la mayoría tiene donde apoyarse.” (MAQUIAVELO, N., *op. cit.*, cap. XVIII, p. 97.)

bastó la jurisprudencia de la Corte Suprema,⁵⁵ criticada, seguida y desarrollada posteriormente por la doctrina nacional.⁵⁶

BIDART CAMPOS —llamativa y paradójicamente— señalaba que de los movimientos de fuerza que, “en las postrimerías del siglo pasado y al filo del actual, se llevaron a cabo invocando la pureza del sufragio y los vicios de «el régimen» y «el unicato», se pasa entre 1930 y la actualidad a los que, con más destreza y estrategia, alcanza el botín de la victoria desalojando a gobiernos constitucionales. Pero hay que hacer una salvedad: poniendo al margen del juicio la intención de cada golpe de estado y de sus participantes —porque la crítica histórica debe ser cauta cuando penetra en el ámbito de las motivaciones subjetivas y de las proclamas que sobre el triunfo emiten los que de él aprovechan— y haciendo lo más objetiva posible narración de las políticas tramposas o viciadas contra las cuales ha reaccionado la fuerza armada, la parábola de los motines militares registra una revolución plenamente justificada en el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión. Es la Revolución Libertadora del 16 de setiembre de 1955 que depone a Perón y sustituye su régimen totalitario por una democracia. Más allá de las discrepancias que pueda despertar la gestión del gobierno de esa revolución, el movimiento en sí mismo puso término a una etapa que infló al máximo la egolatría de los personalísimos criollos perfilados por el liderazgo de poder, y liquidó el sistema que un nutrido sector del pensamiento político ha denominado la «segunda tiranía».”⁵⁷

Sin intentar abrir debate ni juicio anacrónicos sobre opiniones y pensamientos pasados, resaltamos que no puede sostenerse, al mismo tiempo, la *legitimidad* de ciertos golpes de Estado y la *ilegitimidad* de otros. Ni dioses ni demonios: El solo apoyo y justificación *pseudocientífica* de un golpe, autoriza la realización y justificación, en los mismos términos, de otros. Es un viaje de idea hacia la de-

⁵⁵ Como muestra basta un botón, así es que recordamos que nuestra Corte Suprema también ha sostenido que “[e]n cuanto sea indispensable para el funcionamiento del Estado y llevando al mínimo la derogación del principio representativo, el gobierno de facto tiene facultades para adoptar disposiciones de carácter legislativo que, salvo su ratificación por el Congreso, dejan de regir para el futuro una vez que el país ha vuelto a la normalidad; ello sin perjuicio de la atribución de los tribunales de justicia para restablecer los principios constitucionales que tutelan la seguridad jurídica y el régimen de los derechos fundamentales de la vida civil si fueren desconocidos por dichas disposiciones. Mas dicho gobierno no puede válidamente crear penas ni agravar las existentes.” (CSJN, *Anders, Carlos y otros, Fallos*, 204: 345, 1946.)

⁵⁶ Hemos intentado destacar, en esta obra, parte de los autores nacionales, críticos y no tan críticos, a la *doctrina de facto*, sin buscar con ello reproches ni responsabilidades, sino tan sólo remarcar las notas del discurso jurídico y su construcción en distintos ámbitos. (Políticos, jurisprudenciales y académicos.)

⁵⁷ “Diagrama histórico-constitucional de las fuerzas armadas en Argentina,” *ED*, 47-843. Cabe preguntarse, con el respeto y la admiración ante quien fue en vida uno de los grandes constitucionalistas y juristas del siglo XX: ¿Cómo se puede justificar un golpe de Estado sin justificar al mismo tiempo a todos? ¿Cómo podemos defender el Estado de Derecho si aceptamos como un hecho normal al quiebre institucional? ¿Cuándo es legítimo golpear la puerta de los cuarteles y cuándo no, dónde está ello establecido?

bacle no sólo institucional, sino también social, por cuanto si la primera y más importante regla de acceso al poder por vía del consenso de la mayoría, puede violarse, todo el resto del andamiaje jurídico que sostiene la validez y eficacia del sistema jurídico se debilita, hasta desaparecer como prácticas reconocidas.

La mezcla de ideología y sentimiento que la historia vivida nos genera, hace que el jurista, pierda su supuesto carácter objetivo y vuelva a su simple condición de hombre y de ciudadano.

La historia institucional argentina ha demostrado ello durante el siglo XX. Tal afirmación no es una acusación, ni mucho menos. Es la expresión de la realidad de los hechos y la asunción del rol del jurista en la sociedad moderna. Como señalaba Ross, “[e]l papel del jurista como político jurídico es desempeñarse, en la medida de lo posible, como un técnico racional. En este papel él no es conservador ni progresista. Como otros técnicos, el jurista se limita a poner su conocimiento y habilidad a disposición de otros, en este caso, de aquellos que tienen las riendas del poder político.”⁵⁸

El problema radica en establecer el límite a la función técnica del jurista cuando lo que se trata de sostener es un sistema jurídico cuya base fundamental —su Constitución— ha sido violada por aquellos que gobiernan con el único sustento de la fuerza como elemento de legitimación.

Para conocer un país, aunque parezca una banalidad, es necesario estudiarlo. “Sin embargo, observando lo que ocurre lo que ocurre todos los días debe convenir en que la mayoría de sus conciudadanos piensan exactamente lo contrario. Y si se les agrega que es preciso remontarse a los orígenes, seguir paso a paso la evolución interna, para opinar de una manera consciente sobre el fenómeno contemporáneo, no es imposible que una discreta sonrisa sea la única respuesta [...] **el libro de la vida permanece cerrado para el que no se afana en descifrarlo.**”⁵⁹

El derecho forma parte de la historia, del fenómeno social y es quizás la mejor representación de las patologías de los sistemas jurídicos en general, los latinoamericanos, en particular.

El rol del derecho, lamentablemente a lo largo de la historia, se ve superado por su tergiversación y aplicación con finalidades distintas, que so pretexto de un saber científico han equilibrado la balanza política para uno u otro lado. Balanza que se ve afectada no sólo por nuestras crisis políticas-institucionales-económicas, sino por nuestra recurrencia y persistencia a fracasar como colectivo social, en un consenso mínimo básico que para los hombres de derecho, se debería encontrar en nuestra Constitución nacional. Aunque, en situaciones límites, se pretenda encontrarlo en los cuarteles o en la calle, o en la obra del algún jurista o forma-

⁵⁸ ROSS, A., *op. cit.*, p. 364.

⁵⁹ GARCÍA, JUAN AGUSTÍN, *La ciudad india*, Buenos Aires, Emecé, 1954, p. 11.

dor de opinión, pretendiendo tergiversar la realidad y la elección popular con el poder del discurso o las palabras de la fuerza (del poder económico y del político.)

5. *La mitología*⁶⁰ *de nuestras palabras*

Mito o realidad, la Constitución pone coto a la situación primitiva de la sociedad (argentina) en la cual la Nación se encontraba desorganizada políticamente y establece un único sistema (electoral) que garantiza que aquello que consideramos el *poder*, sea ejercido por quién (o quiénes) respondan a la calidad exigida para estar sentados donde les corresponde, con el consenso que en apariencia brinda el sufragio, a través de la regla de la mayoría, donde esta gobierna y la minoría —**no elegida**— controla.⁶¹

Esto es así, por lo menos, en la mayoría de las democracias representativas actuales, siendo la forma de gobierno predominante en la era contemporánea.

El discurso jurídico se ha construido en torno a un pasado mítico poco claro y con ficciones pensadas en nuestros orígenes institucionales para conformar una moral colectiva y un futuro de prosperidad.⁶²

Para que este pacto (social), “no sea, pues, una vana fórmula, encierra tácitamente este compromiso, que sólo puede dar fuerza a los restantes, y que consiste en que quien se niegue a obedecer a la voluntad general será obligado por todo el cuerpo: lo que no significa sino que se le obligará a ser libre, pues ésta es la condición que garantiza de toda dependencia personal, al entregar a cada ciudadano a la patria; condición ésta que constituye el artificio y el juego de la máquina política, y que hace legítimos los compromisos civiles, los cuales sin ello serían absurdos, tiránicos, y estarían sujetos a los más grandes abusos.”⁶³

Tan sólo se requiere haber sido elegido del modo constitucional y legalmente preestablecido, para acceder a los cargos públicos (magistraturas) según los procedimientos del caso. Esto es tan simple, que quizás es demasiado complejo para que lo entendamos los argentinos como sociedad.

Hace casi doscientos años que nos seguimos preguntando y repreguntando cuál es el mejor sistema, pero no nos hacemos cargo del precio de la libertad y el valor que tienen el respeto y la tolerancia en la convivencia social y construcción democrática.⁶⁴

Desde los albores de nuestra patria, los argentinos hemos conocido no sólo la ausencia de respeto por nuestras instituciones y normas, sino también la adoración

⁶⁰ Definido, en su primera acepción, como conjunto de mitos de un pueblo o de una cultura, especialmente de la griega y romana. (<http://www.rae.es>.)

⁶¹ ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1997.

⁶² El Preámbulo de la Constitución nacional es un reflejo cabal de ello.

⁶³ ROUSSEAU, J.J., *El contrato...*, *cit.*, pp. 18-19.

⁶⁴ ALAIN TOURAINE ha desarrollado con profundidad esta idea y otras vinculadas a la democracia y su relación con el desarrollo y la restauración de los valores *libertad-igualdad-fraternidad*, en *Qué es la democracia?* (tít. orig.: *Qu'est-ce que la démocratie?*), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995.

a falsos ídolos que permitieron eludir un vicio originario en el modo en el cual se accedió al cargo, transformándolos en verdaderos gigantes de pies de barro.⁶⁵

En 1861 la fuerza militar dirigida por Bartolomé Mitre, derrocó al gobierno del entonces presidente Derqui y se estableció como *autoridad usurpadora* del poder político, con todas las consecuencias que ello supone.⁶⁶

Por un decreto del 12 de abril de 1862, “el general Mitre, en su carácter de *encargado del poder ejecutivo nacional*, especificó las condiciones en que desempeñaría sus funciones, estableciendo que «es necesario y conveniente regularizar el ejercicio de esos poderes determinando el modo, forma, objeto y extensión en que las atribuciones del poder ejecutivo nacional interino deben ejercerse, mientras tanto que el mencionado Congreso nacional resuelva lo que corresponda». Por tales razones, «usando de las autorizaciones que han sido espontáneamente delegadas por los pueblos», resolvía que «por lo que respecta al régimen interno, las funciones del encargado del poder ejecutivo nacional se limitarán al mantenimiento del orden público; a hacer que se respete y observe por las provincias la Constitución nacional; a atender la seguridad de las fronteras de dichas provincias con las fuerzas militares puestas a sus inmediatas órdenes y cuya organización haya sido expresamente autorizada por él; a la fiel y regular percepción de las rentas nacionales que se hallen a su cargo, cuidando de su equitativa inversión, con cargo de remitir cuenta detallada al Congreso en su oportunidad, y a los demás asuntos de carácter urgente que puedan sobrevenir». Instalado el Congreso, el 25 de mayo de 1862, en virtud de lo establecido por la ley del 3 de junio de dicho año, determinó que el general Mitre ejerciera «las atribuciones anexas al poder ejecutivo nacional, hasta que el Congreso legislativo de la República resuelva lo que corresponda». El Congreso escrutó la elección presidencial el 5 de octubre y poco después el general Mitre asumía el poder ejecutivo constitucional, clausurando así la etapa de reconstrucción resultante de la batalla de Pavón.⁶⁷

La versión mitrista de la historia argentina seguramente ha minimizado este hecho, pero lamentablemente representa el puntapié inicial de la posibilidad cierta de acceder al poder sin necesidad de respetar los procedimientos establecidos para ello.

⁶⁵ AGUSTÍN GORDILLO ha señalado con certeza que nuestro sistema constitucional ostenta una doble fragilidad, “la fragilidad de una Constitución violada sin que los mecanismos del Estado puedan reaccionar a tiempo para corregir y menos aún impedir las infracciones a los valores constitucionales, y la fragilidad del sistema creado en infracción a tales normas superiores. **Pues la sociedad percibe que el sistema así violatorio de la Constitución no es valioso y por lo tanto no siente frente al mismo el debido respeto y acatamiento que son las bases mismas del funcionamiento del orden jurídico.**” (*La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Cívitas, 2001, 3ª reimp., pp. 27-28. El destacado no está en el original.)

⁶⁶ Ver GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1943, p. 119 y ss.

⁶⁷ LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, pp. 520-521.

La historia y, de una manera general, “las disciplinas históricas han dejado de ser la constitución de los encadenamientos más allá de las sucesiones aparentes; ahora ponen en juego sistemáticamente a lo discontinuo. La gran mutación que las ha marcado en nuestra época no es la extensión de su dominio hacia mecanismos económicos que conocen desde tiempo atrás; tampoco es la integración de los fenómenos ideológicos, de las formas de pensamiento, de los tipos de mentalidad: el siglo XIX ya los había analizado. Es más bien la formación de lo discontinuo: su paso del obstáculo a la práctica; esta interiorización sobre el discurso del historiador que la ha permitido no ser ya la fatalidad exterior que era necesario reducir, sino el concepto operatorio que se utiliza; esta inversión de signos gracias a la cual ya no es negativo de la lectura histórica (su envés, su fracaso, el límite de su poder), sino el elemento positivo que determina su objeto y valida su análisis. Hay que comprender lo que ha llegado a ser la historia en el trabajo real de los historiadores: un cierto uso reglado de la discontinuidad para el análisis de las series temporales.”⁶⁸

En el análisis e internalización del derecho y de la historia, la interpretación causa una *historización de la norma*, al adaptar las fuentes a las circunstancias nuevas, descubriendo en ellas las posibilidades inéditas y dejando a un lado aquello que está sobrepasado o caduco. Dada la extraordinaria elasticidad de los textos, que llega incluso a la completa indeterminación o ambigüedad, la operación hermenéutica de *declaratio* dispone de una considerable libertad.⁶⁹

¿Cuál es el límite elástico de nuestras Constituciones y sus instituciones cuando el fundamento y soporte que determina la existencia del Estado de Derecho, es decir, cuándo el consenso de la mayoría, se quiebra por vía de la fuerza y se torna una práctica recurrente? Fenómeno que se replicó en toda América latina durante gran parte del siglo XX y que, al menos, una reflexión en torno a la responsabilidad cívica y a la teoría del poder.

Para el caso argentino, el primer acto de violencia cívico militar⁷⁰ se repetiría luego en 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976, cada cual con sus particularidades y modalidades, pero siempre con la nota común de que el poder ejercido fue conferido en cada supuesto en particular únicamente con fundamento en la fuerza ostentada.

Cuando un gobierno —y no un funcionario, aclaro— accede por la fuerza y no por las urnas, necesita de toda una ingeniería jurídica y también mediática para

⁶⁸ FOUCAULT, MICHEL, *El discurso del poder*, México, Folios, 1983, pp. 90-91.

⁶⁹ BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico,” en BOURDIEU, PIERRE y TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, p. 178. Quien agrega que “[e]n términos hermenéuticos, nuestra interpretación está condicionada por la precomprensión que tengamos del mundo, por nuestros prejuicios en el sentido de ideas previas del mundo conocido.”

⁷⁰ Decimos cívico militar porque en cada uno de los actos de insurrección militar, existieron sectores civiles, académicos y partidarios que colaboraron en mayor o menor medida a su acaecimiento, sea por acción o por omisión.

legitimar el vicio originario y, de esa forma, brindarle un manto de legalidad al complejo de instituciones, funcionarios y actos derivados del ejercicio del poder. Se recuerda, pues, que todo lo que ES, “ha de tener, por fuerza, una naturaleza particular característica, gracias a la cual, es lo que es, y que se la comprueba en todos sus actos, cuyas manifestaciones, son provocadas, por causas exteriores, y la naturaleza no puede ser el resultado de causas que no la pueden modificar. Y todo esto es tan verdadero respecto del hombre y su voluntad, como lo es respecto a de todos los seres de la creación,”⁷¹ e igualmente aplicable a las instituciones creadas por ellos.

Si de algo no nos debemos enorgullecer los argentinos, entre tantas cosas, es por crear falsos saberes y teorías para justificarnos de todo y ante todos, pero por encima de ello, ante nosotros mismos. Nada peor que creernos nuestras propias mentiras. El intelecto, como medio para la conservación del individuo, despliega su mayor fuerza en el acto de fingir, porque éste es el recurso con el cual se mantienen los individuos y sociedades más débiles y menos robustos, ya que les está negado luchar por la existencia con cuernos o agudas mordidas de animales rapaces.⁷²

Somos presos de nuestras mentiras y fracasos, y de un parasistema jurídico, político y social que hoy, ya sin golpes de Estado ni dictaduras, ha dejado de serlo, para asumir la posición de dominación del nuevo sistema —de paradigma—, quedando en un segundo plano aquél plasmado en nuestra Constitución y las leyes de la Nación. Reconocer, por tanto, “el lugar de lo imaginario no significa de ningún modo abandonarle la totalidad del campo del análisis. La concentración de la atención en los fenómenos de orden mítico presenta, y en su movimiento mismo, una virtualidad de incitación reduccionista que sería erróneo no señalar. La constatación tiene valor de advertencia.” Lo irracional, lo inteligible como integrantes de la realidad mítica, siempre escapará al más original y riguroso de los análisis.⁷³

Esto no es original. Muchas voces se han alzado y se alzan para denunciar crisis de valores en la sociedad y un generalizado incumplimiento del orden jurídico, “la cuestión no es tan sólo de ahora sino de siempre, y que en verdad la magnitud del fenómeno no ha sido suficientemente percibida, ni tampoco se reconocen sus causas más profundas; los diagnósticos son entonces coyunturales y superficiales y a lo más sugieren que se aplique con más rigor la Constitución y la ley, lo cual por lo demás no parece ocurrir integralmente.”⁷⁴

No se trata de imponer valores a la sociedad con el presente trabajo. Sino sincerar los aspectos que hacen al discurso con nuestra realidad, con nosotros mismos.

⁷¹ SCHOPENHAUER, ARTHUR, *Ensayo sobre el libre albedrío. La libertad*, Buenos Aires, Gradifco, 2005, p. 73.

⁷² NIETZSCHE, F., “Sobre verdad...,” *op. cit.*, p. 27.

⁷³ GIRARDET, RAOUL, *Mitos y mitologías políticas*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1999, p. 23.

⁷⁴ GORDILLO, A., *La administración paralela...*, *op. cit.*, p. 13.

6. *Los golpes de Estado (La ficción de la revolución)*

“Si los hados quieren hacerme rey, lo harán sin que yo busque la corona.”

SHAKESPEARE, WILLIAM, *Macbeth*, Primer acto, escena III

Parte de la decadencia institucional argentina nace y reposa, a nuestro entender, en la mal llamada *doctrina de facto* utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 1930,⁷⁵ pero desarrollada por grandes juristas argentinos y defendida por parte de la prensa en cada ocasión que el quiebre institucional lo requiriese.⁷⁶

El discurso jurídico resulta aquí por demás relevante.

Frente a la ausencia de respeto a las formas y los procedimientos constitucionales para el acceso legítimo al poder, el discurso jurídico desde la doctrina y la jurisprudencia intentaron llenar el vacío institucional, con *parches* pseudo institucionales, como podríamos calificar, por ejemplo, a las “Acordadas” del Máximo Tribunal Federal.

Indicaba SÁNCHEZ VIAMONTE, que “no hay gobiernos de facto. El gobierno es una institución, y toda institución es de *jure* por su misma naturaleza. Un golpe de Estado no cambia el gobierno, sino los gobernantes o funcionarios, y si se desea hacer una revolución verdadera y legítima, ella puede obtenerse por los caminos que la Constitución ha trazado para su reforma, porque sólo hay revoluciones verdaderas y legítimas cuando son el fruto de la auténtica voluntad popular mayoritaria. Un pronunciamiento, motín o asonada militar, aunque tenga el asentimiento de la mayoría del pueblo o del orden jurídico fundamental, está obligado a respetar la Constitución y las leyes existentes. Como es imposible prescindir del Derecho, debe ajustar sus actos al que ya existía en materia organización institucional.”⁷⁷

⁷⁵ En la célebre Acordada del 10-IX-30, *Fallos*, 158: 290 (1930) y repetida en la Acordada del 7-VI-43, *Fallos*, 196: 5. (1943.)

⁷⁶ Los quiebres institucionales no han sido patrimonio únicamente argentino, como tampoco la construcción de teorías políticas y jurídicas para sostener y encuadrar legalmente lo que nació antijurídico y sin consenso de la mayoría. En particular, “en 1923 en España, en 1924 en Chile y en 1930 en Brasil, un pronunciamiento armado disolvió al Congreso y puso fin a un largo período de normal funcionamiento del parlamento. Se produce así en todos estos países una crisis del Estado constitucional que, entre otras manifestaciones, afecta al parlamento en sus dos funciones primordiales: legislativa y fiscalizadora. Frente a la ley parlamentaria, contemplada en la Constitución, se desarrollan otras formas de legislación que recaen sobre las llamadas materias de ley, pero se dictan sin intervención del parlamento, el cual, por lo demás, muchas veces se halla disuelto. Es lo que puede llamarse ley extraparlamentaria [...] En este punto el caso de Argentina es sumamente ilustrativo. Entre 1930 y 1983 el Congreso fue seis veces disuelto y otras tantas restaurado. Hay, pues, una alternancia entre gobiernos constitucionales y extraconstitucionales y en la materia que nos interesa, un auge sostenido de los decretos-leyes frente a las leyes.” (BRAVO LIRA, BERNARDINO, “La ley extraparlamentaria en Argentina 1930-1983; leyes y decretos-leyes,” *LL*, 1990-C, 1193.)

⁷⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *Doctrina de la revolución y doctrina de facto*, Buenos Aires, Claridad, 1943, p. 169. Más allá del problema de las palabras, lo cierto es que ninguno de los gobiernos usurpadores surgidos de los distintos golpes de estado durante el siglo XX en la Argentina, lograron generar una verdadera revolución, ya que en mayor o menor medida, pero siempre en forma parcial, mantuvieron la vigencia de la Constitución.

SÁNCHEZ SORONDO, explicaba que “hablamos de los gobiernos de facto por una doctrina fundada en el antiguo «common law» inglés, explorada en sus efectos administrativos por la jurisprudencia norteamericana y sistematizada en Francia con similares alcances por Gastón Jéze [...] se trata del derrocamiento de gobiernos *supuestamente* transgresores de las garantías y usurpadores de las instituciones de la Constitución. Los artífices del golpe habitualmente no procuran echar mano a una fundamentación ideológica distinta a la del orden constitucional. Aunque en los hechos vulneren su régimen no se proponen destruirlo. Por el contrario, su justificación consiste en achacar inconducta, ineptitud o despotismo a los titulares de la legalidad quienes en la terminología de los vencedores se vuelven únicos responsables del agravio a la Constitución en cuya defensa fue un mal necesario producir, por el acto de fuerza, la toma momentánea del poder.”⁷⁸

Desde la óptica del derecho constitucional, la diferencia entre el gobierno de derecho o *de jure* y el gobierno de hecho o *de facto* radica en el distinto título originario. El primero es el que ha llegado al poder por derecho, de acuerdo con el procedimiento reglado por la Constitución. El segundo, en cambio, es el que ejerce pacíficamente la función pública, no poder por derecho, sino como consecuencia de un hecho al margen del cauce señalado en la Constitución, con el asentimiento —al menos tácito— del pueblo.

El gobierno *de facto* no debe confundirse con el gobierno *usurpador*, “que es el que se ha apoderado del poder por la violencia, mediante la cual también se mantiene, sin título o derecho y violando el ordenamiento constitucional.”⁷⁹

Se insiste con el hecho de que esta confusión no es casual ni mucho menos: Es absolutamente causal. El *poder del discurso* —y de quien lo emite— hace que a menudo el significado de las palabras se tergiverse por quien las usa. La fuerza —*el detentador del poder*— determina al discurso y lo hace propio, envuelto

⁷⁸ SÁNCHEZ SORONDO, MARCELO, “Gobiernos de facto y sistemas de suprallegalidad,” *LL*, 1982-B, 775.

⁷⁹ LINARES QUINTANA, *op. cit.*, p. 517.

Como claramente indica GORDILLO, “Usurpador es el que asume la función sin título alguno regular o irregular y se caracteriza porque no tiene aquella apariencia de legitimidad que encontramos en el funcionario de hecho. Sus actos son en principio inexistentes; pero en esta materia hay toda una gama de variedades fácticas que pueden hacer variar correlativamente el régimen jurídico de sus actos. También puede variar la percepción social y la previsión normativa del fenómeno, como ocurre en el primer aspecto en la última década del siglo XX y en el segundo con el art. 36 de la Constitución de 1994 y las normas del código de ética al menos de los integrantes del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Durante muchas décadas y hasta recientemente, si se trataba de una revolución triunfante que se afirmaba en los hechos y ejercía las funciones del gobierno derrocado, su investidura llegaba a ser admitida y con ello era considerado gobierno o funcionario de facto, con lo que sus actos eran válidos. Más aún, la fuerza legitimadora de lo fáctico ha sido tan fuerte en esos tiempos que ni siquiera quienes cuestionan la semántica de vicios subjetivos u objetivos, que acabamos de explicar, ni el mismísimo Poder Judicial de la Nación, pueden sacudirse el yugo intelectual y siguen llamando, inclusive hoy, Ley a los decretos-leyes de los últimos gobiernos de facto.” (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2007, 9ª ed., cap. IX-4/5.)

siempre en la ideología irremediablemente unida a la palabra, pero como podemos apreciar, no así a la Constitución.

No casualmente se enfatizado que “todo gobierno de facto que desplaza a un gobierno de jure necesita superar su ostensible y notoria ilegalidad revistiéndose con el manto de legitimidad que le procura su acatamiento formal al régimen. Pues como la ocupación del poder por la violencia es un hecho escandaloso que provoca hondas grietas en la fábrica de la convivencia social erigida sobre el prestigio de las magistraturas y de las normas invioladas, los gobiernos de hecho soportan un «*capitis diminutio*» sometidos a un tratamiento restrictivo, a una suerte de cuarentena cercenante de su autoridad. Es un aislamiento bajo observación jurisdiccional que llena el intervalo fáctico hasta tanto se restablezca el curso de la legalidad alterada. Y si a pesar de su bastardía jurídica la autoridad insurgente se convalida es sólo porque no ha pretendido quebrantar la legitimidad. Lejos de ello, en su nombre y para defenderla de supuestos detentadores despóticos, se produce el traumatismo de la toma del poder.”⁸⁰

Hace poco más de veinte años atrás, EKMEKDJIAN señalaba que los argentinos estábamos transitando sendas constitucionales inéditas, cuyo recorrido requería un esfuerzo de imaginación de los protagonistas y de los intérpretes,⁸¹ senda que en apariencia no tenía regreso y que el artículo 36 de la Constitución nacional reformada en 1994, se ha encargado de delimitar aún más.⁸²

Utilizaba esas palabras para iniciar su comentario a la entonces recientemente sancionada ley 23.062, que en su artículo primero textualmente establecía que “[e]n defensa del orden Constitucional republicano basado en el principio de la soberanía popular, se establecen que carecen de validez jurídica las normas y los actos administrativos, emanados de las autoridades de facto surgidas por un acto de rebelión, y los procesos judiciales y sus sentencias, que tengan por objeto el juzgamiento o la imposición de sanciones a los integrantes de los poderes constitucionales aún cuando quieran fundarse en pretendidos poderes revolucionarios. Mediante esta ley se ejerce en la instancia legislativa un acto de contralor

⁸⁰ SÁNCHEZ SORONDO, M., *op. cit.*

⁸¹ EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, “Nuevos enfoques de un viejo tema: La doctrina de facto,” ADLA XLIV-B, 2513.

⁸² El que establece: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este Artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.”

constitucional respecto de normas y actos de la especie señalada en el párrafo anterior, del poder de facto, que pueden y deben ser revisados por los poderes de «jure» y que alcanza inclusive a la declaración de invalidez constitucional actual de las actas institucionales dictadas por el gobierno anterior.”

Destacaba el constitucionalista que aquella norma había sido y probablemente sería cuestionada, “porque incorpora enfoques conflictivos e innovadores a la doctrina y jurisprudencia clásicas relativas a los gobiernos de facto.”⁸³

Relevaremos en las líneas que siguen distintos supuestos de quiebres institucionales, partiendo del primero de ellos desde la sanción de la Constitución nacional de 1853, cual fue el protagonizado por las fuerzas militares y políticas de la Provincia de Buenos Aires contra el Gobierno nacional hacia 1861, hasta el golpe de Estado de 1976.

6.1. *La asunción del General Mitre*

El primer golpe de Estado y probablemente más olvidado, es consecuencia necesaria de la batalla de Pavón, cuando Derqui, presidente electo de conformidad a la Constitución nacional de 1853, fue derrotado por Mitre⁸⁴ y obligado a renunciar el 5 de noviembre de 1861, asumiendo posteriormente el vicepresidente Pedernera, el que finalmente por decreto del 12 de diciembre de ese año declaró en receso el poder ejecutivo.

No muchos años después, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que, en virtud de este acto de insurrección, Mitre poseía el poder suficiente para asumir la elevada función de gobernar un país.

Al decir de NINO, fue el hecho de armas que tuvo más impacto en la institucionalización del país, con “una secuela jurídica que sería el germen de una debilidad crucial en nuestras prácticas jurídicas: el reconocimiento de los gobiernos de facto, máxima expresión del sentido de ajuridicidad de nuestra vida pública. En efecto, a raíz de un asunto absolutamente nimio sobre el pago de una letra de cambio que había sido anulado por Mitre, la Corte Suprema sostuvo, en el caso «Martínez, Baldomero y otro» (*Fallos*, 2:127) de 1865 que «el gobernador de Buenos Aires y general en jefe de su ejército, fue autoridad competente para decidir en esa clase de asuntos, por ser quien ejercía provisoriamente todos los poderes nacionales, después de la batalla de Pavón, **con el derecho de la revolución triunfante y**

⁸³ EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, “Nuevos enfoques de un viejo tema: La doctrina de facto,” ADLA XLIV-B, 2513.

⁸⁴ En cuanto a la semblanza de Mitre, se ha expresado que “[l]a juventud porteña seguía al brioso «coronel» (el grado juvenil persistía después del generalato grado) como no lo habían seguido a Moreno o Rivadavia, también los ídolos porteños. Su flacidez romántica trajeada de gabardina, melena y barba al viento, despertaban la devoción de los estudiantes de la Universidad, muchachones de casa de familia y dependientes de comercio de la calle Florida. Un prestigio puramente del centro, exclusivamente decente, que no trasponía la calle de las Artes y que no llegaba al matanzeros de los corrales o los quinteros de los orillas, y menos a los gauchos de la campaña.” (ROSA, JOSÉ MARIA, *Historia Argentina*, t. 6, “El cisma,” Buenos Aires, 1974, p. 315.)

asentida por los pueblos, y en virtud de los graves deberes que la victoria imponía». Este crudo reconocimiento de derechos fundados en la fuerza tendría funestas consecuencias, que se manifestarían muchas décadas después, para la conformación de nuestra [mala] práctica constitucional.⁸⁵ El énfasis es propio.

La sola invocación de la revolución triunfante, asentida por el pueblo, sirvió de sustento para quebrar la joven Constitución nacional.

6.2. *El golpe del 6 de septiembre de 1930*

En 1930, producido el golpe de estado cívico militar del 6 de septiembre, nuestro más Alto Tribunal retoma el camino iniciado en 1862, ahora con la particularidad de sostener jurídicamente el gobierno usurpador de José Félix Uriburu a través de un acto de superintendencia, la *Acordada* —ya ni siquiera una sentencia— en el cual otorga un marco de *legalidad* al ejercicio del poder público de quienes habían arribado al gobierno por medio de la fuerza.

Es a partir de este hecho luctuoso de nuestra vida institucional, que “se iniciaría un segundo período de algo más de cincuenta años de enfrentamientos, anarquía y dictaduras, que, al igual que el que se dio después de la independencia, estuvo marcado por el desprecio absoluto a la legalidad y al estado de derecho.” Al igual que durante el primer medio siglo de vida independiente, “entre 1930 y 1983 se produjo una considerable contención del proceso de desarrollo económico y social alcanzado en los setenta años de institucionalización imperfecta, en contraste con países que gozaron de continuidad jurídica.”⁸⁶

El año 1930, acordada mediante, entendemos que dio origen el proceso de *apoderamiento* del Poder judicial por parte del Poder Ejecutivo *de facto*, por vía de la cooptación violenta de sus miembros, más no fuera por imperio de la *pseudo revolución triunfante que ostentaba el monopolio ilegítimo del uso de la fuerza*. Ello pese a la reciente opinión contraria de DI IORIO, para quien “en la época que se está considerando no se puede hablar de «apoderamiento» del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo, ya que la uniformidad social, política e ideológica del primero se había formado a la par de la evolución de las fuerzas sociales mayoritarias que detentaron el poder desde la época de la consolidación institucional del país, que en términos generales se mantuvo de manera constante y homogénea durante casi la mitad del siglo.”⁸⁷ Fenómeno que el citado jurista sitúa su punto de partida en el juicio político a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1947.

⁸⁵ NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005, 3ª ed., p. 60.

⁸⁶ NINO, *op. cit.*, p. 63.

⁸⁷ DI IORIO, ALFREDO J., “Apuntes para el estudio del “apoderamiento” del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo,” SJA 5-VIII-2009.

6.3. *El golpe del 4 de junio de 1943*

En 1943, con la insurrección militar del Grupo de Oficiales Unidos (GOU) del 4 de junio,⁸⁸ el gobierno usurpador realiza un trámite similar al del '30 y la Corte Suprema vuelve a expedirse en términos similares a la *Acordada*, reconociendo —en palabras de EKMEKDJIAN— legitimidad a los gobiernos *de facto* surgidos de ambos movimientos militares, con el vicio originario del uso de la fuerza como medio de acceso al poder.

Más allá de todo lo escrito sobre la materia, una de sus cuestiones fundamentales consiste en el análisis de la validez (jurídica por supuesto) de los actos emanados de gobiernos erróneamente llamados *de facto*.⁸⁹

6.4. *Los actos derivados*

En 1868, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso recordado por GORDILLO, declaró que “cuando el gobierno legítimo no ha podido resistir la usurpación y los ciudadanos «quedan sometidos por consiguiente de hecho al poder de los enemigos,» no quedan vinculados al mismo tiempo por sus obligaciones frente al gobierno usurpado: o sea que los actos del usurpador tienen vigencia mientras el gobierno usurpante se mantiene en el poder; luego, el gobierno de jure no podrá más adelante considerarlos actos inexistentes.”⁹⁰

Hacia 1933, la Corte opinó que “[e]l funcionario *de facto* tiene las mismas facultades y atribuciones que el legal, y sus actos, realizados dentro del alcance

⁸⁸ Vinculados al nacionalismo, la logia se había constituido hacia 1942, conformada por “el teniente coronel González, Juan D. Perón, Mittelbach y otros, todos los cuales habían participado en uno u otro de los complotos anteriores. El objetivo del grupo era impedir la intromisión política en los asuntos militares y prevenir el peligro comunista, pero en el plano concreto se proponían impedir la candidatura de Robustiano Patrón Costas y un vuelco hacia los aliados de la política exterior [...] El 3 de junio de 1943 el presidente encargó al ministro de Marina que preparara la destitución de Ramírez [futuro candidato radical a la presidencia] La revolución se decidió ese mismo día en una reunión a la que no asistió, precautoriamente, Perón. Al día siguiente 10.000 hombres fueron movilizados hacia la casa Rosada con la consigna de establecer un gobierno militar. El régimen conservador había terminado sus días. Privado del apoyo popular y habiéndose enajenado la opinión militar, había consumado su suicidio político. Por segunda vez en catorce años la tradición republicana había cedido la preeminencia a la tradición nacionalista.” (FLORIA, CARLOS A. y GARCÍA BELSUNCE, CÉSAR A., *Historia política de la Argentina contemporánea 1880-1983*, Buenos Aires, Alianza Universidad, 1988, p. 131.)

⁸⁹ Ha sostenido el tribunal que el estado de sitio importa la autorización de arrestar sin causa legal ordinaria o autorizada por juez competente para cuyo efecto la Constitución ha suspendido aquellas garantías de que sin el estado de sitio gozan las personas y las cosas, poder y facultad discrecionales limitadas sin embargo a arrestar o trasladar las personas si no prefieren salir del país y que no autorizan al Presidente de la República a condenar por sí, ni aplicar penas. No cambia tal situación la circunstancia de que el decreto de estado de sitio y las medidas emergentes del mismo deriven su procedencia del Gobierno *de facto* que ejerce el PEN; en virtud de los fundamentos y razones establecidos en la acordada de esta Corte Suprema de fecha 10 de septiembre de 1930 (CSJN, *Hipólito Yrigoyen s/ recurso, Fallos*, 158: 391, 1930.)

⁹⁰ CSJN, *El Fisco Nacional c. varios comerciantes de San Juan, Fallos*, 5: 155 (1868); citado en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, cap. IX-5.

de la autoridad oficial asumida, en el interés público o de terceras personas y no para su propio uso, no son inconstitucionales, sino válidos y obligatorios como si fuesen de los funcionarios *de jure*, y así el impuesto creado o aumentado por el Gobierno *de facto* obliga al contribuyente y la ley posterior que lo consagró con efecto retroactivo, no son tampoco inconstitucionales, por lo que aquél debe ser pagado pero sin multas, pues la aplicación retroactiva de la ley de impuestos no puede tener sino un efecto civil, pero no el de convertir en defraudador, a quien no lo fue bajo la vigencia de la ley anterior.”⁹¹

Un año después iría todavía más lejos, indicando que habiendo el gobierno revolucionario podido destituir a los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo, todos inamovibles durante el período de su mandato salvo el juicio político o el desafuero, pudo también destituir magistrados judiciales sea que se trate de los designados por la Constitución o de la ley especial como en ese caso, estando el juicio sobre la discreción y eficacia con que el gobierno *de facto* procedió en uno y otro caso, al margen de las facultades de la justicia.⁹²

En 1947, luego del cambio en la integración de la Corte Suprema a raíz del juicio político a que fueron sometidos sus miembros,⁹³ el nuevo tribunal modificó el criterio sosteniendo que los gobiernos *de facto* tienen facultades amplias para legislar, siendo la extensión y oportunidad de sus materias ajenas al control judicial.⁹⁴ Además establece que los decretos-leyes mantienen su vigencia, aun luego de asumido el nuevo gobierno *de jure*, si éste no los deroga expresamente.⁹⁵

6.5. Los golpes de 1955 y 1966

Los golpes 1955 y 1966 tendrían como aliciente su denominación de *revoluciones* (libertadora y argentina), aun cuando éstas se definan como cambios violentos en las *instituciones políticas*, económicas o sociales de una nación; inquietud, alboroto, sedición o cambio rápido y profundo en cualquier cosa;⁹⁶ y en cada caso en particular, las instituciones fueron mantenidas con mayor o menor regularidad, buscando generar un clima de normalidad más no de normatividad.

Según PABLO A. RAMELLA, “[l]a insurrección tiene por finalidad derrocar a las autoridades en función de gobierno para establecer el orden jurídico establecido y, en ese sentido, puede decirse que es esencialmente *conservadora*. Los insurrectos reprochan al gobernante que no cumple con la Constitución y las leyes vigentes y se lanzan a las armas para que aquéllas sean respetadas. [...] La revolución,

⁹¹ CSJN, *Impuestos Internos c/ Malmonge Nebrera, Martiniano, Fallos*, 169: 309 (1933.)

⁹² CSJN, *Avellaneda Huergo, Alfredo c/ Nación, Fallos*, 172: 344 (1934); criterio reiterado en *Baeza González, Heriberto c/ Nación, Fallos*, 210: 1095. (1948.)

⁹³ Ver *La Nación*, 2 de mayo de 1947: “Fueron destituidos los ministros de la Corte y el Procurador General,” pp. 1 y 7; 4 de mayo de 1947: “Repercusión de un fallo,” nota editorial.

⁹⁴ CSJN, *Arlandini, Enrique, Fallos*, 208: 184. (1947.)

⁹⁵ CSJN, *Ziella, Egidio c/ Smiriglio Hnos., Fallos*, 209: 25. (1947.)

⁹⁶ <http://www.rae.es>.

en cambio, tiende a establecer un orden jurídico nuevo, por cuanto el pueblo ve constreñidos sus legítimos derechos, precisamente por el orden jurídico vigente. Una revolución, dice Burdeau, es la sustitución de una idea de derecho por otra, y así comprendida no es un puro hecho, sino un fenómeno jurídico.”⁹⁷

Aunque pueda afirmarse que la doctrina de la revolución pertenece, sin lugar a dudas, al derecho político y también al derecho constitucional y que la doctrina de facto pertenece, en realidad, al derecho administrativo, y sus conclusiones son inaplicables a los usurpadores,” remarcamos que la confusión del discurso jurídico llevó hasta el absurdo de invertir los conceptos y aceptar la idea que los golpes de Estado en nuestro país implicaron verdaderas revoluciones, pero la usurpación fue tolerada no como un quiebre institucional, sino como el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión.⁹⁸

Desde el plano jusfilosófico, COSSIO sintetizó la idea de *revolución* equiparándola a una cuestión fáctica: La ruptura lógica de sus antecedentes.⁹⁹ Para el caso de la constitución (formal y material) la ruptura de sus procedimientos y el sistema jurídico en sí mismo. Las *revoluciones* son rupturas de la *consistencia axiológica*.¹⁰⁰ En los golpes de estado sólo cambian los supremos repartidores del poder.¹⁰¹

Como otro contraste con los golpes del pasado, cabe destacar que “distintos sectores civiles participaron en el proceso que culminó en el desmoronamiento del gobierno electo. Algunos civiles participaron activamente en suministrar a los conspiradores militares ideas para reorganizar la estructura del gobierno o propuestas específicas de política interna y externa [...] Hubo aun otros, la gran mayoría, que desempeñaron un papel pasivo, observando con indiferencia el proceso, sin hacer nada para desalentarlo.”¹⁰²

6.6. *El golpe de 1962*

Aún cuando para la historia relatada en los libros de texto de la escuela secundaria, la renuncia del Dr. Arturo Frondizi y la posterior asunción del Dr. José María Guido se debieron a la *continuidad institucional* por supuesta aplicación

⁹⁷ RAMELLA, PABLO A., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1982, 2ª ed., p. 18.

⁹⁸ SÁNCHEZ VIAMONTE, C., *op. cit.*, p. 170.

⁹⁹ COSSIO, CARLOS, *El concepto puro de revolución*, Barcelona, Bosch, 1936.

¹⁰⁰ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “El cambio de era histórica desde la teoría de las respuestas jurídicas,” *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Universidad Nacional de Rosario, 2000, vol. 24, p. 79.

¹⁰¹ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Comprensión trialista de la revolución*, Notas de la Cátedra I de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

¹⁰² POTASH, ROBERT, *El ejército y la política en la Argentina (1962-1973). Primera parte, 1962-1966*, Buenos Aires, Sudamericana, 1994, p. 229. Quien observa también el rol de la prensa en este proceso, por ejemplo, a través de publicaciones tales como *Confirmado y Primera Plana*.

de la Ley de Acefalía (N° 252),¹⁰³ cierto es que tales hechos no fueron más que el triunfo de otro golpe militar al orden democrático.

Recuerda POTASH que cuando “el pueblo argentino leyó los matutinos del 29 de marzo de 1962, descubrió que su país ya no tenía Presidente constitucional. A las cuatro de la madrugada los Comandantes en Jefe de las tres Fuerzas Armadas habían depuesto formalmente al Presidente Arturo Frondizi y unas horas después lo trasladaron a la Isla Martín García, la base naval que había servido en otras ocasiones críticas de la historia argentina como un lugar de detención para prisioneros políticos destacados [Hipólito Yrigoyen y Juan Domingo Perón]. La crisis política que había estallado diez días antes, cuando se conocieron los primeros cómputos de las elecciones del 18 de marzo, había alcanzado por fin la culminación.”¹⁰⁴

La Constitución nacional en el entonces art. 75 (actual art. 88), disponía que “En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del Presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del Presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo.” Era el Congreso nacional quien debía designar al nuevo presidente, ante la *renuncia forzada* —destitución— de Frondizi y la inexistencia de vicepresidente en funciones.

Sin perjuicio de las condiciones de asunción del Dr. Guido, quiebre institucional mediante, su juramento secreto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una vez más, el poder de decidir si la Argentina era gobernada por una Junta Militar o un Presidente civil estaba en las manos de la cabeza aparecete del Poder Judicial.¹⁰⁵

¹⁰³ La ley 252 (1868) disponía:

“Artículo 1° - En caso de acefalía de la República, por falta de Presidente y Vicepresidente de la Nación, el Poder Ejecutivo será desempeñado en primer lugar por el Presidente del Senado, en segundo por el Presidente Provisorio de la Cámara de Diputados, y a falta de éstos, por el Presidente de la Corte Suprema.”

“Artículo 2° - Treinta días antes de terminar el período de las sesiones ordinarias, cada Cámara nombrará su Presidente para los efectos de esta ley.”

“Artículo 3° - El funcionario llamado a ejercer el Poder Ejecutivo Nacional en los casos del artículo 1°, convocará al pueblo de la República a nueva elección de Presidente y Vicepresidente dentro de los treinta días siguientes a su instalación en el mando, siempre que la inhabilidad de aquellos sea perpetua.”

“Artículo 4° - El funcionario que haya de ejercer el Poder Ejecutivo en los casos del artículo 1° de esta ley, al tomar posesión del cargo, ante el Congreso, y en su ausencia, ante la Corte Suprema de Justicia, prestará el juramento que prescribe el artículo 8° de la Constitución.”

¹⁰⁴ POTASH, R., *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁵ POTASH, R., *ob. cit.*, p. 34 y ss.

6.7. *Los decretos-leyes. Vigencia, validez y eficacia*

En 1973 la Procuración del Tesoro de la Nación, en una comunicación dirigida al entonces Presidente de la Nación, Héctor J. Cámpora, fechada en 13 de junio, luego de sostener que “los decretos-leyes constituyen una forma anómala de legislar mediante actos del Poder Ejecutivo sobre materias reservadas al Legislativo por el ordenamiento constitucional, a los que se ha recurrido como consecuencia de la instalación de gobiernos de facto [...] En todos los casos el reconocimiento [judicial] de valor a los decretos-leyes dictados por el Poder Ejecutivo sobre materias reservadas al Poder Legislativo se ha apoyado en la necesidad. De esta manera se han fijado también los límites con que pueden ejercer funciones de este tipo los gobiernos de facto.”¹⁰⁶

Para más adelante indicar que “[s]in duda que el argumento de la necesidad resulta deficiente para dar fundamento válido a los decretos en la medida en que ella sólo puede legitimar un acto cuando el que se encuentra en situación de necesidad es ajeno a la producción de tal estado.” Dicho supuesto que no se verificó en el caso de ninguno de los gobiernos *de facto*, por cuanto fueron las autoridades usurpadoras las que clausuraron el Congreso nacional y por tanto, la necesidad fue un hecho interno del proceso de sedición.

No obstante ello, “[l]a aplicación de la legislación del gobierno de facto, y más exactamente de los decretos-leyes, por parte del gobierno de jure subsiguiente no tiene su fundamento, por lo tanto, en la validez del orden anterior, sino en la necesidad del nuevo gobierno de jure de mantener la paz y la organización social de acuerdo con los principios del Estado de Derecho. Solo por esta necesidad se justifica que un gobierno de derecho haga uso de una legislación viciada en su origen insanablemente.”¹⁰⁷

6.8. *La seguridad jurídica y el poder legislativo nacional. La confusión del discurso*

El Congreso, en cada oportunidad ratificó los actos legislativos de los gobiernos de facto que lo precedieron, salvo en 1973 y en el período actual. Entendemos que esta ratificación —innecesaria a partir de 1947 por el fallo “*Ziella c/ Smirigli*”— se hizo como una forma de demostrar el desacuerdo con tal jurisprudencia, reivindicando así para el Congreso, el monopolio de la función legislativa.

Todo acto dictado por alguien distinto a los órganos que la Constitución prevé o por un procedimiento distinto es nulo (artículo 27 del proyecto de Constitución de Alberdi); aún cuando dicho acto haya tenido eficacia —**no validez**— otorgada por la fuerza que dan las armas. Hacer coincidir la eficacia (concepto *de facto*) con

¹⁰⁶ PTN, *Dictámenes*, 125: 370.

¹⁰⁷ PTN, *Dictámenes*, 125: 370.

la validez (concepto *de jure*), sería tanto como pretender que el sistema jurídico contuviera al mismo tiempo postulados contradictorios.

Sin perjuicio de ello, no olvidamos que “[n]o hay duda que la doctrina del derecho del más fuerte pretende ser una justificación moral del Estado al sentar la afirmación de que, según un plan metafísico del mundo —aunque no ciertamente cristiano— resulta garantizado que sólo el goce de supremacía moral puede imponerse también en lo político. Esta tan infantil creencia que el existente es el mejor de los mundos, carente, a todas luces, de sostén histórico, no encierra otro sentido que el de una capitulación sin reservas de nuestra conciencia jurídica ante el éxito político momentáneo. Como tal creencia está reñida con la historia real, se la completa de ordinario con un historicismo cuya característica es la confusión entre acción política y valor moral, entre validez ideal y validez política. Al demostrar que, históricamente, ha prevalecido siempre el derecho del más fuerte, se cree haber demostrado también que siempre debe ser así.”¹⁰⁸

6.9. *El valor de las palabras*

Hacia fines del siglo XIX, “florece los estudios de filosofía del lenguaje, que en realidad habrían de demostrar, con el tiempo, la falacia de una dogmática jurídica construida sobre palabras: una *contradictio in terminis*. No se puede hacer dogmática utilizando palabras, uno de los instrumentos menos precisos que emplea la humanidad.”¹⁰⁹

Ese es el error, a nuestro criterio, en el que ha caído nuestra Corte Suprema y parte de la doctrina al hacer prevalecer el derecho conferido *únicamente* por la fuerza y las armas, por sobre el establecido en la Constitución.

El valor del discurso en todos los golpes de Estado, otorgado por la Corte Suprema en 1930 y 1943, ya no necesitó siquiera ser pronunciado posteriormente, tan sólo el silencio alcanzó para legitimar la ausencia de consenso de origen de los gobiernos usurpadores.¹¹⁰

La coherencia y la lógica “del delirio paranoico coinciden aquí con la coherencia y la lógica del discurso mitológico. El análisis sociológico y la observación psiquiátrica tienden a confundirse. Y poco importa a la sazón a cuál de los dos modos de interpretación sería más particularmente conveniente adherir. Con respecto a la historia, ambos concuerdan en hacer cumplir al mito el papel de un revelador. Tal vez sea mediante el examen de esos sueños que una sociedad

¹⁰⁸ HELLER, *op. cit.*, pp. 238-239.

¹⁰⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, FDA, 2000, cap. X-4, §5; disponible gratuitamente en <http://www.gordillo.com>.

¹¹⁰ El debate en estos casos es necesario, por sobre todas las cosas, por la ideología que subyace en el discurso y en las palabras. (Ver: GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” *LL, Suplemento Administrativo* 2006 (octubre), p. 69; y, MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en *LL, Suplemento Administrativo* 2006 (diciembre), quien sintetiza la postura de ambos y en especial, la posición de GORDILLO.)

revela con mayor seguridad algunos de sus desórdenes y sus padecimientos.”¹¹¹ El silencio, en el caso argentino, forma parte del mito, como aquiescencia a un fenómeno tristemente omnipresente.

7. *La doctrina de facto: Garantía de la pseudoinstitucionalidad*

En este apartado intentaremos desmitificar la mal denominada *doctrina de facto*, por lo que teórica y fácticamente se trató: *La doctrina del gobierno usurpador*. La asimilación desde el discurso jurídico de esa denominación, ha llevado a la confusión antes mencionada entre *legalidad-legitimidad*.

CONSTANTINEAU ha expresado que la regla general es que la existencia de un cargo de jure es condición indispensable para la existencia de un funcionario de facto y que sin tal cargo el pretendido funcionario no podrá ser legalmente reconocido.¹¹²

La historia argentina es la historia de la inestabilidad política y económica y del desconocimiento de las instituciones como base de los grupos que acceden al poder, sea por las vías constitucionales (o mejor dicho la única viable, el voto) o por la violencia. (Usurpadores.)

Merece el esfuerzo recordar que ningún golpe de Estado que se identifique institucionalmente con las Fuerzas Armadas, está en condiciones de abroquelarse y convertirse legítimamente en otro régimen. Será todavía más ilegítimo en la medida que se invoque poderes revolucionarios y efectúe alteraciones imprevisibles en el contenido de la Constitución.¹¹³

Vale la aclaración anterior para los casos de los golpes de Estado que se encargaron de desarrollar todo un sistema supraconstitucional, como aspecto inherente “al desarrollo dialéctico del proceso de supralegalidad. No ventila ya la admisión de un gobierno de facto en el campo de la legalidad anterior mediante el salvoconducto del reconocimiento de la Suprema Corte. Después de 1955 y mucho más acentuadamente desde 1966 y 1976 en vez de un gobierno de facto se despliega un sistema supralegal que dicta sus propios estatutos constitucionales y que lejos de hacerse reconocer del Poder Judicial obliga a los miembros de éste a jurar sobre las nuevas normas cuyas prioridades políticas pasan por encima de la Constitución. Gracias a su apelación revolucionaria y a la invocación del poder constituyente el sistema supralegal de facto adquiere una estructura potestativa, montada para asegurar su continuidad.”¹¹⁴

¹¹¹ GIRARDET, R., *op. cit.*, p 55.

¹¹² CONSTANTINEAU, ALBERT, *Tratado de la doctrina de facto*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 49.

¹¹³ SÁNCHEZ SORONDO, M., *op. cit.*

¹¹⁴ SÁNCHEZ SORONDO, M., *op. cit.*

7.1. *Fundamento inatinerente*¹¹⁵

Desde un inicio, el rol especial que le cupo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y al Poder Judicial en su conjunto, en la *legitimación* de las autoridades usurpadoras no puede ser desconocido por el lector, ya que bajo la pátina de la *Acordada*, como primer acto justificante del quiebre democrático, se dio pie a todas las aberraciones jurídicas posteriores, so pretexto de la *doctrina de facto* de CONSTANTINEAU.

Dicha teoría, tal como se expuso con anterioridad, encontró sustento en su momento, para otros países y otros sistemas jurídicos; así, su autor, destaca en la introducción que este libro no ha sido escrito para ninguna jurisdicción en particular, sino para todas las comunidades cuyos temas jurídicos se basan sobre el *common law* inglés.

7.2. *La doctrina de facto (según CONSTANTINEAU)*

Primer punto. En la República Argentina, no obstante la fuerza rectora que pueda tener la jurisprudencia de nuestros tribunales, no rige este sistema.

La *doctrina de facto* puede ser entendida como “una norma o un principio de derecho que, en primer lugar, justifica el reconocimiento de la autoridad de gobiernos establecidos o mantenidos por personas que han usurpado la autoridad soberana del Estado y se afirman por la fuerza y las armas contra el gobierno legítimo; en segundo lugar, que reconoce la existencia de entes públicos o privados corporativos, y los protege de impugnaciones colaterales, entes que, si bien organizados irregular o ilegalmente, sin embargo ejercen abiertamente, bajo la apariencia de legitimidad (*colour of law*), los poderes y funciones de entes regularmente creados; y, en tercer lugar, que confiere validez a los actos oficiales de personas que bajo la apariencia de derecho o autoridad (*colour of right or authority*) ocupan un cargo bajo los antes mencionados gobiernos o entes, o ejercen cargos de existencia legal de cualquier naturaleza, en los cuales están interesados el público o terceras personas, siempre que la realización de tales actos oficiales sea en beneficio del público o terceras personas y no para su propia ventaja personal.”¹¹⁶

Existen al menos tres situaciones para la aplicación de la *doctrina de facto*, frente a:

¹¹⁵ Se analizarán aquí algunas de las particularidades de la *Acordada* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 10-9-30, aunque dejamos la duda al lector respecto a la naturaleza de este acto de superintendencia, sobre su esencia administrativa y la existencia o no de vicios en su emisión. De ahí que “La fundamentación hace a los principios republicanos y al Estado de derecho; es precondition de la defensa del interesado y de su control judicial; el acto inmotivado es, para nosotros y en un Estado de Derecho, irremediabilmente nulo. Resultaría de lo que antecede que la ilegitimidad del acto en relación a este aspecto puede presentarse de cuatro maneras diferentes: a) falta de sustento fáctico, b) falta de sustento jurídico, c) falta de explicitación suficiente del sustento fáctico, d) falta de explicitación suficiente del sustento jurídico.” (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, cap. IX-42.)

¹¹⁶ CONSTANTINEAU, *op. cit.*, p. 9.

- Autoridades usurpadoras del poder o del gobierno, mediante la fuerza y las armas;
- funcionarios (o entes) irregulares o ilegítimos que ejercen bajo apariencia de derecho un cargo creado legalmente;
- funcionarios que ocupan cargos dentro de los dos supuestos anteriores.

Segundo punto. La *doctrina de facto* no puede brindar legitimidad bajo ninguna forma para el primer caso de la autoridad usurpadora, “ya que los cargos que ocupan están afectados por la misma ilegalidad como el poder que les dio nacimiento o bajo el cual dichos cargos son ocupados; pero ello no obstante, si una persona se hace cargo de tal función sin, al menos, una apariencia de legitimidad de autoridad, será considerado como un mero usurpador y sus actos no podrían ser apoyados bajo ningún concepto.”¹¹⁷

La *doctrina de facto* se funda en *consideraciones de orden público, justicia y necesidad*, y su objeto, no es otro, que el de proteger y resguardar a la comunidad que reconoce o invoca la autoridad *asumida* de hecho.

Tercer punto. La *doctrina de facto* no es invocada por la autoridad no legítima sino por quienes a resultas del ejercicio de ese poder de facto han visto nacer algún derecho bajo su titularidad o la existencia de una relación jurídica surgida bajo su amparo.

Cuarto punto. Se debe recordar que el usurpador es aquél “que se arroga el derecho a gobernar por la fuerza en contra y con violación de la constitución del país.”¹¹⁸

Es aquí donde se aprecia la inconsistencia de aplicar esta doctrina a los gobiernos estatuidos como consecuencia de los quiebres institucionales, ya que habiendo accedido al poder violando nuestra Ley Fundamental, mal podrían lograr una legitimación ausente y menos aún purgar el vicio de origen de modo alguno.

Ello, sin perjuicio, que “los principios de la doctrina de facto son aplicables a toda clase de funcionarios públicos [...] Tampoco tiene importancia alguna la condición o rango del funcionario, ya sea el más alto de los cargos o el más insignificante en el país [...] Puede haber [...] un presidente de facto.”¹¹⁹ Pero, reiteramos que el vicio de origen en ese último caso cuando se accede violando la constitución de un país (gobernante usurpador), no es susceptible de purgarse.

7.3. La Acordada del 10 de septiembre de 1930¹²⁰

Según fuera expresado más arriba, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la *Acordada* emitida el 10 de septiembre de 1930 reconoció a José Félix

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 10.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 42-43.

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 29-30.

¹²⁰ Cfr. CAYUSO, SUSANA G.; GELLI, MARÍA ANGÉLICA y MILLER, JONATHAN M., *Constitución y poder político*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 827 y ss..

Uriburu y a las nuevas autoridades por él designadas como un *gobierno de hecho* (*de facto*) y dio validez a sus actos “cualquiera pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección.” Esta actitud se repetiría en 1943.¹²¹

Producido el movimiento militar del 6 de septiembre de 1930, la *Acordada* de la Corte que reconoció al gobierno *de facto* y la visita que los jueces hicieron a Uriburu, jefe del movimiento, el día 12 de ese mes, creó una relación adecuada y suficiente como para que el ejecutivo *usurpador*. El 16 de septiembre, se envió una nota donde explicaba que consideraba que la designación del presidente del Tribunal estaba comprendida en la primera parte del entonces art. 99 de la Constitución y que por lo tanto prescindía de hacer tal designación.

Entre dos gobiernos *de facto* que debió reconocer (1930 y 1943), en el primer caso por identidad ideológica, en el segundo para mantener la doctrina anterior, la Corte Suprema se encontró con esta infidelidad jurídica frente a los principios constitucionales que no era posible armonizar.

El respeto por las instituciones no fue una virtud de los gobernantes argentinos, pero por lo menos hasta 1930 se había mantenido una apariencia de sujeción constitucional. Desaparecida esta apariencia con las rupturas de septiembre de 1930 y junio de 1943, adecuar las instituciones a la realidad política no fue tarea sencilla y de alguna manera esta situación caracterizó el rol político del tribunal durante más de cincuenta años.

Desde el plano jusfilosófico los jueces habían superado el positivismo jurídico y se encargaron de diagramar una interpretación dinámica de la Constitución y las leyes. Políticamente no sintieron la necesidad de cambios, por eso aceptaron con simpatía el desplazamiento radical (personalista) de 1930, apoyados desde el propio radicalismo (antipersonalista) y se plegaron al conservadorismo que siguió.

7.4. *La fuerza por sobre el Derecho: ¿Sinceramiento de nuestras instituciones?*

El derrocamiento de Yrigoyen por el golpe militar del 6 de septiembre de 1930, planteó un hecho institucional inédito en la vida de la Corte Suprema.

Hasta entonces, los intentos de sedición o rebelión se habían solucionado dentro del orden constitucional, sin afectar a los poderes políticos. Pero en este caso se depuso al presidente, se disolvió al Congreso y se intervinieron casi todas las provincias; tan sólo se respetó la estabilidad de los jueces de la Corte Suprema y con algunas excepciones la del resto Poder Judicial.

En la *Acordada* del año '30 los miembros del Máximo Tribunal aceptaban que el gobierno emanaba de la revolución triunfante, y que encontrándose en posesión de las fuerzas militares y policiales, aseguraría la paz y el orden y protegería la

¹²¹ Para profundizar ver: CAYUSO, SUSANA G. y GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *La Acordada de la Corte Suprema de 1930. Legitimación del gobierno “de facto”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Rioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988; CIRI, RODOLFO LUIS, *1930, Proceso a la Corte Suprema*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1984.

libertad, la vida y la propiedad, todo lo cual coincidía con el reconocimiento que el jefe militar hizo de mantener la supremacía de la Constitución. Se trataba de un gobierno *de hecho* y sus funcionarios podían realizar los actos necesarios para cumplir sus fines por razones de policía y necesidad, con el fin de mantener protegida a la sociedad, puesto que esta no podría discutir su *legalidad*. Pero si se desconocieran las garantías individuales, los jueces serían los encargados de restablecerla como si estuviesen frente a un Poder Ejecutivo *de derecho*.

Los argumentos son políticos, pero no jurídicos. Ni la cita de CONSTANTINEAU (*Public officers and the facto doctrine*) cuya doctrina fue antes desarrollada, ni la de la sentencia que aparece en *Fallos*, 148:303,¹²² son fundamento para justificar jurídicamente al gobierno militar. CONSTANTINEAU había recopilado y publicado en 1910 la jurisprudencia de Gran Bretaña, Canadá y Estados Unidos sobre los funcionarios *de facto*, y la Corte lo había citado unas pocas veces, pero se refería a funcionarios con título viciado u observable, pero no a usurpadores del poder nacional. En cuanto al fallo citado, analizaba la validez de una sentencia dictada por un juez de San Juan, luego de dispuesta la intervención a esa provincia, que la Corte consideró válida pues el juez mantenía su competencia hasta que el interventor decidiera sobre su permanencia. Las citas, entonces, eran inadecuadas.

En definitiva, la *Acordada* legalizó un gobierno que nacía violando la Constitución que afirmaba contradictoriamente defender y a la Corte le sería difícil congeniar los principios constitucionales con un poder ilegítimo y fuera de la Constitución.

7.5. *El acompañamiento judicial a la decadencia institucional*

El primer gobierno *de facto* del siglo XX, legisló mediante decretos-leyes, actividad legislativa que no fue escasa, pues en un año y medio de gobierno se dictaron más de 1200.

Restablecido el gobierno constitucional en febrero de 1932, se aprobó la ley 11.582 para confirmar esta legislación material irregular y lo hizo con efecto retroactivo, por lo que de esta manera la legislación del gobierno militar quedaba aprobada por el Congreso nacional, dando pie al desarrollo posterior doctrinario y jurisprudencial sobre la validez y eficacia de las normas dictadas luego de retornada la *normalidad* institucional.

La jurisprudencia de la Corte convalidó esta legislación *de facto*. Un comerciante en tabacos, Martiniano Malmonge Nebreda,¹²³ impugnó judicialmente la multa aplicada por la administración de impuestos internos que encontró mercadería en infracción, multa liquidada según un decreto del 31 de marzo de 1931 del gobierno *de facto*, confirmado por la ley 11.582, razón por la cual el reclamo fue desestimado; llegado el caso a la Corte, se sostuvo que **tienen las mismas**

¹²² CSJN, *Cristóbal Moreno Postigo s/ remoción de tutela*, *Fallos*, 148: 303. (1927.)

¹²³ CSJN, *Impuestos Internos c/ Malmonge Nebrera, Martiniano*, *Fallos*, 169: 309. (1933.)

facultades que un gobierno legal, principio que se funda en la necesidad impuesta por los hechos y reconocido por la Corte en su *Acordada*. Se recordó aquí el caso de *Baldomero Martínez*, fallado en 1865¹²⁴ (no mencionado en la *Acordada* de 1930) y se reiteró la cita de CONSTANTINEAU, con el agregado de la obra de HENRICH HERRFAHRDT, *Revolución y ciencia del derecho (investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su significación práctica para la teoría general del derecho)* —versión española de 1932.

Cuando la legislación de facto no era confirmada por el Congreso, su aplicación una vez instalado el gobierno *de jure*, en pura teoría debía ser rechazada. Así se decidió en causa “*Mattaldi, Simón S.A.*”, en la que se objetaron impuestos creados por decreto del gobierno *de facto* y que no habían sido ratificados.¹²⁵

El gobierno provisional se encontraba limitado en las supuestas facultades reglamentarias, sirviendo como ejemplo el caso de la ley 4363 que reguló los vinos genuinos y un decreto del 12 de marzo de 1930 reglamentó la ley, normas que posteriormente, con el fin de defender la higiene pública y evitar males derivados del uso de materia prima inaceptable, el gobierno *de facto* modificó por el decreto del 16 de marzo de 1931. Los empresarios Emilio Cahiza, Esteban Costa, Francisco Granata, Aurelio Podestá y Juan Andrés Toso, impugnaron por inconstitucionalidad esta última norma, y al tomar intervención la Corte, pese a reconocer nuevamente la facultad del gobierno *de facto* para reglamentar las leyes, entendió que el decreto impugnado modificó y violó la ley.¹²⁶

Este análisis de las facultades del gobierno *de facto*, no pudo impedir la existencia de actos arbitrarios, su inconstitucionalidad, y algunos lo fueron contra el mismo Poder Judicial. Así el recordado reclamo del juez Alfredo Avellaneda Huergo, quien se había excusado de intervenir en una causa que se le seguía al presidente depuesto Yrigoyen, lo que motivó que por decreto del gobierno *usurpador* del 16 de marzo de 1931 fuera separado del cargo. Restablecido el gobierno constitucional, formuló su reclamo ante el Senado, sin triunfo y, posteriormente demandó al Estado nacional por el cobro de los salarios caídos. En primera instancia fueron aceptados los reclamos, pues se entendió que el gobierno *de facto* no tuvo facultades para remover al juez. Era la interpretación adecuada según la *Acordada* de la Corte, aunque la Alzada revocó esta sentencia por entender que la cuestión era política y no revisable judicialmente y luego la Corte Suprema lo confirmó: Explicó que en la *Acordada* del 10 de septiembre de 1930 se había reconocido la validez de los actos políticos y administrativos del gobierno *de facto* para el desarrollo de su programa, tales como la cesantía de los miembros del Ejecutivo y del Legislativo en su totalidad, y de algunos

¹²⁴ CSJN, *Fallos*, 2: 127.

¹²⁵ CSJN, *Mattaldi Simón Ltda. S.A. v. La Nación*, *Fallos*, 183: 151 (1939); v. también *H. Bertone y Cía. v. Nación Argentina*, *Fallos*, 185: 36 (1938) y *Antonio Sassone v. Nación Argentina*, *Fallos*, 195: 539. (1942.)

¹²⁶ CSJN, *Fallos*, 177: 237. (1934.)

magistrados y funcionarios y de gobiernos de provincia. Si pudo destituir a éstos, no podía descalificar la de un juez. Por otra parte, la “discreción y eficacia con que el gobierno de facto procedió en uno y otro caso están al margen de las facultades de la justicia.”¹²⁷

De haber seguido la doctrina de los fallos anteriores, la Corte debió expedirse sobre la legitimidad de la medida y si estaba dentro de los fines del gobierno *de facto*, pero no lo hizo.

Toda esta interpretación se tornará aún más compleja con el gobierno *usurpador* surgido como consecuencia del movimiento militar que el 4 de junio de 1943 depuso al presidente Ramón S. Castillo.

El jefe militar del nuevo golpe fue el general de brigada Arturo Rawson, desplazado luego por un gobierno encabezado por el general de división Pedro P. Ramírez. Se volvió a comunicar a la Corte la formación del nuevo gobierno provisional, y el 7 de junio se elaboró una Acordada que reprodujo los términos de la de 1930.¹²⁸

La situación parecía análoga a la de 1930, pero el nuevo gobierno iría mucho más lejos en materia legislativa y administrativa, apreciándose después la separación ideológica entre los nuevos gobernantes *de facto* y los jueces de la Corte, que terminaría en enfrentamientos judiciales y políticos.

La nueva versión del gobierno militar, se extendió por un período que duplicó el anterior (tres años), dividió a sus dirigentes no sólo en temas de política interna, sino en criterios de política exterior, enfrentando a rupturistas y neutralistas, pues su gestión abarcó buena parte de la segunda guerra mundial. Las tensiones se advirtieron ya en su inicio, con la separación del general Rawson y su reemplazo por Ramírez y alcanzó el más alto enfrentamiento durante los meses de septiembre y octubre de 1945, momento en que sectores opositores al gobierno militar reclamaron la entrega del poder a la Corte Suprema; además, el 13 de octubre se le encargó al Procurador General Álvarez que formase un gobierno. Los nombres que propuso mostraron cuán alejado estaba de la realidad política. Pero la jornada del 17 de octubre que repuso a Perón en sus funciones, desplazó la lenta e ineficaz gestión del Procurador.

El 2 de abril de ese año, la Corte dictó un fallo y dos acordadas que pretendieron oponer una valla a los intentos legislativos del gobierno de facto.

En la causa *Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Carlos M. Mayer*, se discutió si el gobierno *de facto* se encontraba facultado para modificar mediante un decreto la ley de expropiación 189 —sancionada por el Congreso de la Nación en 1866— y si aquella norma cercenaba el derecho de defensa al negar la prueba pericial para determinar el valor del inmueble por expropiar.¹²⁹ Hubo tres votos:

¹²⁷ CSJN, *Fallos*, 172: 344. (1935.)

¹²⁸ CSJN, *Fallos*, 196: 5. (1943.)

¹²⁹ CSJN, *Fallos*, 201: 249. (1944.)

los de la mayoría, integrada por Sagarna, Nazar Anchorena y Ramos Mejía, el de Repetto y el de Casares.

La mayoría desarrolló los argumentos que vino exponiendo el tribunal sobre los límites de la facultad legislativa de los gobiernos de facto, aunque explicó con más detalles los alcances de la restricción. La Constitución estaba vigente y así lo había declarado el ejecutivo militar *usurpador*. También, supuestamente, se había respetado al Poder Judicial que mantenía facultades para definir estas cuestiones. Si bien se reconocían al gobierno de hecho los poderes otorgados por la Constitución al ejecutivo, éste no podía ejercer funciones judiciales. En cambio era compleja la cuestión del ejercicio de facultades legislativas; pero la necesidad de los hechos hacía ineludible su ejercicio, aunque limitadas para mantener el funcionamiento del Estado y para cumplir los fines de la revolución, pues reconocer a un hombre o a un grupo amplias facultades legislativas sería incompatible con la vigencia de la Constitución. Vuelto el país a la normalidad, las disposiciones de hecho dejaban de regir para el futuro, salvo que fueran ratificadas por el Congreso y en este caso su vigencia se retrotraía a los hechos cumplidos.

Concluyó la mayoría que el ejecutivo podía dictar el decreto cuya inconstitucionalidad se encontraba planteada —decreto-ley 17290/44— pues su finalidad estaba dentro de la posibilidad de hacer uso del poder legislativo; pero encontraban inconstitucional la exclusión de la prueba pericial por afectar el derecho de defensa.

En esta sentencia quedarán definidas tres tendencias dentro de la Corte:

a) La que intenta adecuar las facultades legislativas del gobierno usurpador señalando sus límites;

b) la que reconoce la existencia de facultades legislativas en el gobierno usurpador exclusivamente a los fines del movimiento, revolución o proceso, y

c) la que concede facultades legislativas amplias en el gobierno usurpador, sin perjuicio del control de constitucionalidad.

A sólo título enunciativo, en cuanto al ámbito de vigencia y eficacia de las *pseudo leyes de facto*, es útil recordar que en 1958, por ley 14.467 se dispuso que: “Declárase que continúan en vigencia los decretos-leyes dictados por el gobierno provisional entre el 23 de setiembre de 1955 y el 30 de abril de 1958, que no hayan sido derogados por el Honorable Congreso de la Nación.” Asimismo, en 1964, la ley 16.478 estableció que: “Continúan en vigor los decretos dictados con fuerza de ley por el gobierno de facto entre el 29 de marzo de 1962 y el 12 de octubre de 1963, que no hubieren sido expresamente derogados, o declarados sin efecto, o suspendidos en su vigencia. Los suspendidos continuarán en esa condición mientras no medie pronunciamiento posterior acerca de los mismos.”

Las distintas posturas normativas, teóricas y jurisprudenciales han sido resumidas y explicadas, entre otros, por CARLOS NINO,¹³⁰ indicando cinco posibles estrategias respecto del tratamiento que corresponde darle a las normas *de facto*, restablecido ya el régimen *de jure*:

a) Validez plena, como si hubieran sido dictadas por los órganos constitucionales a quienes les corresponde la regulación de la materia que se trate;

b) validez plena, pero excluyendo de ella a las normas penales;

c) invalidez de las normas *de facto*, pero acepta su vigencia como simples decretos del Poder Ejecutivo;

d) derogación de las leyes no ratificadas expresamente por el Congreso, o convalidación de las no expresamente derogadas (caducidad no automática), sin que los jueces puedan decidir sobre la validez o invalidez de las normas *de facto*; y

e) invalidez absoluta (caducidad automática) de todas las normas *de facto*, quedando autorizados los jueces a desconocer esas normas en sus decisiones.

Las particularidades de cada período de normalización institucional abonaron el desarrollo de cada una de estas variables, siendo función del Congreso nacional la definición de los alcances, vigencia y validez de las normas *de facto*.¹³¹

Una problemática similar puede considerarse desde el punto de vista de la validez de los actos jurisdiccionales de jueces designados por gobiernos *usurpadores* durante períodos de quiebre institucional, en particular en el período 1976-1983.

Esta cuestión ha sido resuelta por la Corte Suprema, señalando que “elementales razones de seguridad y continuidad jurídica, la implícita ratificación dada por las autoridades constitucionales a los actos de los jueces que se desempeñaron entre 1976 y 1983 y la preservación de la regularidad de la transición al normal funcionamiento de las instituciones republicanas,” conducen al rechazo de planteos de ilegitimidad de tales actos.¹³²

7.6. *Las normas de facto*

Tal como se viene explicando, no puede soslayarse, cualquiera sea la opinión doctrinaria que se siga, el problema que se ha presentado ante el restablecimiento de la vigencia de la Constitución nacional, más allá de la denominación con la

¹³⁰ NINO, CARLOS, “Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas «de facto»,” *LL*, 1983-D, 935.

¹³¹ Para profundizar sobre el tema ver: BRAVO LIRA, BERNARDINO, “La ley extraparlamentaria en Argentina 1930-1983; leyes y decretos-leyes,” *LL*, 1990-C, 1193; y sus citas. También lo es en materia de control de los actos ejecutados en materia presupuestaria ejecutados en épocas de gobiernos *usurpadores*. (Cfr. ROSATTI, HORACIO DANIEL, “El control de la hacienda pública por los tribunales de cuentas durante los gobiernos «de facto»,” *ED*, 29-XII-82, p. 1 y ss.)

¹³² CSJN, *González Bellini, Guido Vicente c/ Río Negro, provincia de s/ daños y perjuicios*, 17-III-09, *Fallos*, 332: 552; con cita de *Fallos*, 311: 175; 312: 2352; 316: 2325.

cual se las ha querido ocultar, sobre el vicio originario de las normas emanadas de los gobiernos usurpadores.

Podrán llamarse *leyes o decretos-leyes*, pero no son más que meros ejemplos de definiciones *persuasivas*, como técnicas irracionales de convencimiento¹³³ del colectivo social, al amparo de juristas que las han sostenido como tales. Esto, porque “la supralegalidad de facto es un régimen híbrido, maltratado por su incoherencia interna cuyo andamiaje no encuentra un punto cierto de equilibrio. Como en la realidad no está concebida para el orden civil, no responde a ninguna forma conocida de gobierno porque no ha previsto canales de comunicación y mucho menos de participación representativa. No hay más ciudadanos sino sólo habitantes. Paradójicamente, es una estructura apolítica que ubica a la cúpula militar en la cumbre de la organización del poder. Vaciado de toda conexión con lo político y de toda relación espontánea con el universo de la ciudadanía el gobierno se torna puro mando. El orden no proviene del consenso de los ciudadanos, que no existe sino de la obediencia pasiva de los habitantes. El orden externo que así se logra registra simplemente la oquedad política del Estado militar. Sin representación, sin consenso, sin forma política, la supralegalidad de facto traduce tan sólo la organización del mando que desplaza las instituciones y ocupa funciones de gobierno. Ha desaparecido la legalidad y la legitimidad se ha vuelto inaccesible.”¹³⁴

No es posible la purga del vicio originario de legitimidad en el gobierno *usurpador*. Tampoco el olvido de nuestros juristas, abogados y jueces en cuanto a que las únicas leyes formales son aquellas que emanan de un cuerpo colegiado según el procedimiento constitucional establecido para su sanción.

Es llamativo el modo en que hemos habilitado que, para los procesos usurpadores de los años 1930-1932, 1943-1946, 1955-1958 y 1962-1963, los actos materialmente legislativos sean calificados como *decretos leyes* y que, luego, por el juego de ficciones y de instrumentos supraconstitucionales, los mismos actos han sido denominados sin prurito alguno como *leyes*.

Todavía nos cabe la duda, sobre “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. 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 administrati-

¹³³ NINO, C., *Una nueva estrategia...*, *cit.*, con mención a STEVENSON, CH., *Ethics in Language*, New Haven, 1973, p. 206 y ss.

¹³⁴ SÁNCHEZ SORONDO, M., *op. cit.*

vo constitucional, liberal, democrático. La idea de fuerza y autoridad sin límite permea todas sus capas lingüísticas, todos sus estratos conceptuales.”¹³⁵

Ello, aún cuando podamos aceptar el argumento formal expuesto por CAMPOLIETTI,¹³⁶ en cuanto a que el decreto 976/73 dispuso que “los actos del Poder Ejecutivo sancionados con carácter de leyes desde el 28 de junio de 1966 hasta el 25 de mayo de 1973 serían denominados decretos-leyes, añadiéndoles el año en que fueron dictados a la numeración asignada a cada uno de ellos. Posteriormente fue emitido el decreto 1319/76 que derogó la norma precedentemente referida y estableció que «los actos legislativos sancionados por el Poder Ejecutivo Nacional desde el 28 de junio de 1966 hasta el 25 de mayo de 1973 bajo los números 16.892 al 20.507, quedarán registrados y se citarán como leyes.» En los considerandos de la norma aludida se aclara que resultaba oportuno en ese momento uniformar el modo de citar, ya que esos actos eran citados bajo la denominación de decretos-leyes y también de leyes.”

Desde el plano meramente formal tampoco nos satisface la explicación de que, retomada la normalidad institucional luego de 1983, fue el Máximo Tribunal quien denominó y aceptó dentro de la categoría de *leyes*, a las normas *de facto*.¹³⁷ Aunque, revirtiendo tal situación, la Corte Suprema en una sentencia de fecha 15 de diciembre de 2009, ha aludido en forma expresa a la ley 19.549 como decreto-ley 19.549/72, cuestión que no es menor, cuando al valor de las palabras nos referimos.¹³⁸

La influencia extraparlamentaria de los gobiernos *usurpadores*, han dado como resultado que desde 1930 a 1983:

- Hemos tenido poco más de 29 años de democracia;
- se dictaron 9396 normas *de facto* (leyes materiales emanadas del Poder Ejecutivo *usurpado*), y
- se sancionaron 6049 leyes por el Congreso de la Nación.¹³⁹

Todavía en el discurso jurídico (la fuerza de la palabra oral y escrita) existen resabios de las palabras de la fuerza; es imposible ver el grado de influencia e

¹³⁵ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, “Parte general,” 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. I-13, §5.2.

¹³⁶ GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETTI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” *LL*, 2006-F, 892.

¹³⁷ CAMPOLIETTI cita, a simple modo enunciativo, que la Corte federal “desde 1983 en adelante, también denomina Ley 19.549 a la LPA en las oportunidades en que se ha pronunciado respecto de normas contenidas en ella. Por citar algunos fallos clásicos de nuestra materia y de diferentes épocas, *Mevopal* de 1985 (considerandos 3º y 4º), *Mackentor* de 1989 (considerandos 3º, 5º y 6º), *Universidad de Buenos Aires* de 1991 (considerandos 8º y 10), *Serra* de 1993 (considerandos 2º, 6º, 7º, 12 y 15), *Gypobras* de 1995 (considerandos 6º, 7º y 10), *Tajes* de 1999 (considerandos 5º, 6º, 9º y 10) y *El Jacarandá* de 2005 (considerandos 6º y 7º).”

¹³⁸ CSJN, *Micheli, Julieta Ethel c/ EN - M1 Justicia y DD.HH. - Resol 313/00 - s/ empleo público*, *Fallos*, 332: 2741. (2009.)

¹³⁹ Cfr. BRAVO LIRA, BERNARDINO, *op. cit.*

inserción del peso relativo de las normas dictadas en períodos de quiebre institucional.

Según será tratado más abajo, entendemos que ello ha dado pie a un desarrollo, hasta quizás exacerbado, de la *doctrina de la emergencia económica (estado de necesidad)*, no sólo desde el derecho público argentino, sino principalmente desde el propio Estado.

El mito político de la *emergencia*, ya no la cuestión fáctica que la determina y justifica su declaración legislativa, “aparece como fundamentalmente polimorfo: hay que entender con ello que una misma serie de imágenes oníricas puede ser vehiculizada por mitos aparentemente muy diversos; también debe entenderse que un mismo mito es susceptible de ofrecer múltiples resonancias y no menos numerosas significaciones. Significaciones no sólo complementarias, sino también a menudo opuestas. Ni uno solo de los exploradores de lo imaginario deja de insistir en esta dialéctica de los contrarios que parece constituir otra de sus grandes especificidades: polimorfo, el mito es igualmente ambivalente.”¹⁴⁰

Más que ambivalente, la *doctrina de facto + la doctrina de la emergencia económica* (estado de sitio económico) ha significado la polivalencia del mito derivado en su implementación y recepción jurídica, desnaturalizando construcciones jurídicas, verdaderas ficciones, en desmedro del Estado de Derecho y de las instituciones que lo componen y en le dan sentido y límites al poder político.

8. *Estado de Emergencia (¿o Emergencia del Estado?)*¹⁴¹

“Según demuestran cuantos escritores se han ocupado de legislación y prueba la historia con multitud de ejemplos, quien funda un Estado y le da leyes debe suponer a todos los hombres malos y dispuestos a emplear su malignidad natural siempre que la ocasión lo permita. Si dicha propensión está oculta algún tiempo, es por razón desconocida y por falta de motivo para mostrarse; pero el tiempo, maestro de todas las verdades, la pone pronto de manifiesto”

NICOLÁS MAQUIAVELO, *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*, Cap. III I.

8.1. *Introducción*

La historia argentina, a partir de 1930, se caracterizó no sólo por la construcción y aplicación vernácula de la teoría de los gobiernos de facto (usurpadores), sino también por el nacimiento, desarrollo, crecimiento y mutación de la *doctrina de la emergencia económica*. Podemos establecer un vínculo y retroalimentación

¹⁴⁰ GIRARDET, R., *op. cit.*, p. 16.

¹⁴¹ Con algunas modificaciones se integra el presente capítulo con lo que se ha señalado en DIANA, NICOLÁS, “El estado de sitio económico: Estado de emergencia (¿o emergencia del Estado?)”, *LL*, 2009-D, 781.

entre las crisis políticas en Argentina y las crisis económicas, financieras y sociales. Empero, escapa al presente realizar la tarea descriptiva sobre si unas u otras crisis fueron causas, consecuencias o factores coadyuvantes en su formación, pero como nota irrefutable de nuestro pasado, presente y futuro, siempre la inestabilidad ha sido la regla, y la estabilidad, principalmente, la económica, su excepción.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, ha indicado que “a partir de 1930 se vive una prolongada etapa de inestabilidad política y social que ha dado lugar a crisis institucionales profundas, a la instauración de gobiernos irregulares o de facto, al implantamiento del estado de guerra interno, del estado de sitio y de la ley marcial, a tentativas de orientación totalitaria o corporativa, a alteraciones en los procedimientos de organización de los poderes del Estado, a la promulgación de legislaciones represivas y, especialmente en los últimos diez años, al creciente surgimiento de la violencia terrorista de extrema izquierda y de extrema derecha, con métodos de lucha armada, todo ello en detrimento de la vigencia del Estado de Derecho.”¹⁴²

El Estado de Derecho se ve igualmente afectado, restringido y amenazado en su sistema de derechos y garantías,¹⁴³ durante la vigencia de la emergencia económica, por cuanto el Poder Ejecutivo concentra el poder, aún más, dentro de nuestro presidencialismo, verdadera democracia deliberativa. CARLOS NINO ha puntualizado que el estado de sitio, ha sido lisa y llanamente el cementerio

¹⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, 11 de abril de 1980, <http://cidh.oas.org/countryrep/Argentina80sp/Cap.1.htm>.

¹⁴³ Se ha puntualizado que: “En teoría, la verdadera fuerza normativa del orden constitucional depende centralmente de la planificación de sus «propias» garantías; a veces operan eficazmente, a veces no. Las garantías de la Constitución, es decir del propio orden constitucional, son previstas para defender el sistema jurídico que ella organiza; son garantías que la Constitución se confiere a sí misma para asegurar su jerarquía —lógica y axiológica— dentro del ordenamiento jurídico estatal, aún en casos de emergencia. Estas garantías, apreciadas en sentido amplio, evocan la idea de que la política debe ser constitucionalmente adecuada. Cabe consignar en el campo de dicha orientación los siguientes mecanismos institucionales: (i) la estricta separación/división, la razonable distribución y el prudente equilibrio de las funciones de los poderes del Estado; (ii) la rigidez constitucional; (iii) el plan de emergencias básico del derecho constitucional del poder: la declaración del estado de sitio, intervenciones del gobierno central en el manejo de los poderes constituidos de las entidades federadas, incluyendo las fórmulas normativas que regulan la imperatividad y efectividad del orden constitucional frente a todo acto de fuerza que intente interrumpir su vigencia, como así también el derecho de resistencia de la ciudadanía contra la tiranía u opresión; (iv) los principios que estipulan un ejercicio racional del poder del Estado, exigiendo un mínimo estándar de razonabilidad en los actos u omisiones de funcionarios a cargo de los poderes del Estado.” (FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, “Estado Argentino modelo 2002: ¿Involución hacia la emergencia infinita?,” texto, ampliado y corregido, recoge la exposición realizada el día 19 de abril de 2002, en el seminario de estudio “Radici e caratteristiche della crisi argentina: profili costituzionali ed economici,” llevado a cabo en el Centro di Ricerca e Formazioni sul Diritto Costituzionale Comparato, Università Degli Studi di Siena, República de Italia. (<http://www.unisi.it>).

de nuestras libertades, remontándose en el orden nacional, hasta el decreto de seguridad individual de 1811.¹⁴⁴

Quizás el más riguroso intento por construir una teoría sobre el estado de excepción (todo estado excepcional de emergencia, en sí mismo, lo es) ha sido atribuido a CARL SCHMITT, a través de sus obras *Dictadura* (1921)¹⁴⁵ y *Teología política* (1922),¹⁴⁶ justamente por la especial vinculación que él hizo entre el primero y el orden jurídico, ello, porque en sentido jurídico y más allá de las suspensiones y restricciones de ciertos derechos y garantías, dicho orden sigue existiendo como tal.¹⁴⁷

La emergencia política ha sido motivo expreso de consideración constitucional, en el art. 23, en cuanto establece que: “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.” Es importante “la experiencia argentina en materia de «emergencias políticas» y «estado de sitio», que se complementan con otros mecanismos constitucionales como la «intervención federal en el territorio de las provincias» o la «doctrina de facto», elaborada, ésta última, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que adquiere un valor emblemático y tristemente célebre a partir de la acordada del 10 de septiembre de 1930.”¹⁴⁸

Mucho se ha escrito sobre el estado de emergencia en la Argentina y, por razones de brevedad y también de honestidad intelectual, a las obras y artículos especializados nos remitimos.¹⁴⁹

¹⁴⁴ CARLOS NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 3^a reimp., p. 489.

¹⁴⁵ SCHMITT, CARL, *Die Diktatur*, Munich-Leipzig, Duncker & Humblot, 1921.

¹⁴⁶ SCHMITT, CARL, *Politische Theologie*, Munich-Leipzig, Duncker & Humblot, 1922.

¹⁴⁷ AGAMBEN, GIORGIO, *State of exception* (translated by Kevin Attell), The University of Chicago Press, 2005, pp. 32-33. Esto así, porque el estado de excepción va más allá de la situación creada frente a la guerra o una conmoción interior.

¹⁴⁸ CASAS, JOSÉ O., “La emergencia infinita en el ámbito del derecho tributario argentino (o el contribuyente bajo perpetuo estado de sitio fiscal),” *RDA*, 2002-499.

¹⁴⁹ BARCESAT, EDUARDO S., “El precedente «Massa». Tributo al dios Kronos,” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 5, *LL*, 2007-A, 1103; BIANCHI, ALBERTO B., “Una calma perfecta,” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 7, *LL*, 2007-A, 1105; CARNOTA, WALTER F., “La pesificación hoy (“Cronoterapia” y realismo),” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 13, *DJ* 2007-1, 53; *LL*, 2007-A, 1110; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “El acto final de la pesificación: ¿el porvenir de una ilusión?,” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 15, *DJ* 2007-1, 49, *LL* 2007-A, 1112; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El caso «Massa»: fin de un capítulo en la pesificación de los depósitos bancarios,” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre),

En ese marco, el de la institucionalidad, ha apuntado VANOSI, es que existe una **regla de oro** en el Estado constitucional contemporáneo: “a todo acrecentamiento del poder, debe corresponder un mejoramiento o un vigorizamiento consiguiente de los mecanismos de control, como algo absolutamente necesario para que la limitación del poder sea efectiva; y ello, como paso previo inexcusable para que la instancia de la responsabilidad se pueda también efectivizar. Es decir, que sin control efectivo no hay limitación real del poder; y sin control real no hay posibilidad de efectivizar la responsabilidad de los gobernantes. Esto viene a indicar entonces, que ante el hecho notorio del crecimiento del Estado en todas sus fases, tanto en la faz del Estado social (por la aparición de las nuevas funciones y competencia que el Estado asume) como en la faz tradicionalmente política (por la necesidad frente a los fenómenos de violencia y de subversión que sacuden a las sociedades contemporáneas, de responder con el brazo de la ley, para poner fin a esa situación) resulta imperioso que esta regla se mantenga en pie y se aplique. Porque el abandono de un principio de tal índole significaría fatal e irremediamente un entronizamiento de la dictadura, aunque fuera de la dictadura constitucional. Por ende, la verdadera cuadratura del círculo, que plantea el problema frente a las nuevas dimensiones del Estado, como también

p. 23, *LL*, 2007-A, 1120; MANILI, PABLO L. “La propiedad privada es inviolable (art. 17 de la Constitución Nacional),” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 35, *LL*, 2007-A, 1130; CILURZO, MARÍA ROSA, “Breves consideraciones referidas al fallo «Massa»,” *LL*, 2007-D, 143; KAMINKER, MARIO E., “Aspectos prácticos de la aplicación del fallo «Massa»,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 80; HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, “El caso «Massa» y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 70; SOLA, JUAN VICENTE, “El fin del nudo gordiano constitucional,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 101; CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, “El fin judicial de la emergencia desde el punto de vista jusfilosófico trialista. Posibilidades de debate que aclaran el sentido del derecho,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 35; MORELLO, AUGUSTO M., “La Corte Suprema, piloto de tormentas,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 91; DALLA VIA, ALBERTO RICARDO, “La doctrina constitucional de la emergencia y el derecho de propiedad,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 48; ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, “¿Hay dos derechos, uno de la normalidad y otro de la emergencia?” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 3; KIELMANOVICH, JORGE L., “Aspectos procesales del caso «Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros s/amparo»,” *LL*, 09-XI-2004, p. 4; BADENI, GREGORIO, “Reflexiones sobre el caso «Bustos»,” *LL*, 09-XI-2004, p. 1; ALANIS, SEBASTIÁN D., “Lo previsible. Las consecuencias,” *La Ley Sup. Adm. 2004* (noviembre), p. 9; MILJIKER MARÍA E. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002; AHE DAFNE S. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002; ALANIS SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003; SCHEIBLER GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005; ZAYAT, VALERIA E. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, V*, Buenos Aires, FDA, 2006; BARRAGUIRRE, JORGE, “Derecho y Emergencia,” *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 17; HUTCHINSON, TOMÁS, “La emergencia y el Estado de Derecho,” *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 27; BOTASSI, CARLOS, “Emergencia y derechos adquiridos,” *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 61; CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Los contratos públicos y la ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario,” *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 113; entre muchos otros.

frente a las nuevas proporciones de los sacudimientos sociales, está en la necesidad de buscar un nuevo punto de equilibrio (un difícil punto, de equilibrio) entre la necesidad de asegurar la permanencia del Estado, pero al mismo tiempo la necesidad de asegurar la permanencia de las libertades. O, dicho con otras palabras, la cuestión consiste en cómo poder responder a las situaciones de emergencia sin incurrir en este doble riesgo: ya sea de desarmar al Estado por un lado, o, por otro lado, el riesgo de transformar el Estado en un ente dictatorial.”¹⁵⁰

El respeto por esa **regla de oro**, en la búsqueda del equilibrio entre libertades individuales y existencia del Estado (y de la Nación en sí misma), debería ser el punto de inflexión en materia de emergencia económica. La sola invocación de dicho equilibrio, aún cuando esté plasmada en leyes, no puede significar ni justificar la vida permanente bajo el paraguas de la emergencia.

A mediados de 2001, GORDILLO anticipaba que la emergencia era y es perpetua porque “desde ahora vemos y seguiremos viendo la realidad. **Entró en emergencia final la fantasía de los argentinos. La realidad, está tan mala como siempre. Sólo que ahora se ve que no tiene salida inmediata, tanto que las leyes hoy constatan como inmodificables algunos de sus clásicos parámetros.** Es moneda corriente en nuestro medio criticar la duración de la emergencia inmediatamente precedente, tan larga y ahora ya casi perpetua, o al menos estable por una década como mínimo. Es otra manera de decir: a largo plazo. Parece obvio que nadie se alegrará de tal estado de cosas. Pero la realidad no cambia porque no la veamos o no la miremos, o porque no estemos de acuerdo en su etiología o sus alcances, o discrepemos acerca de cuáles son los medios razonables y proporcionados para encararla.”¹⁵¹ El destacado es propio.

La razonabilidad y proporción de los remedios elegidos por el Estado para solucionar y/o morigerar los efectos de nuestras recurrentes crisis, necesariamente deben analizarse a la luz de los hechos determinantes de cada emergencia en particular y el estado de necesidad justificante. Estados de emergencia y de necesidad que son recurrentes, desde 1853, inclusive, en los albores de nuestro proceso de institucionalización, caracterizado por el encarecimiento del acceso al crédito y a la financiación del nuevo Estado federal. En 1890, gracias a la crisis económica que repercutió directamente en la Argentina, en un mundo,¹⁵² en ese entonces, ya globalizado. Estado de excepción que, para el caso argentino, se transformó en el curso ordinario y normal de nuestra realidad política, económica y social

Cuando se alude al estado de excepción, es preciso diferenciar los sentidos que tiene esta denominación. “En sentido amplio, refiere a la contravención, total y absoluta, del Estado de Derecho usualmente por los gobiernos de facto. En sen-

¹⁵⁰ VANOSI, JORGE REINALDO, “Reflexiones en torno al estado de sitio: A propósito del caso Solari Yrigoyen,” *LL*, 1983-B, 1104.

¹⁵¹ GORDILLO, AGUSTÍN, “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050.

¹⁵² Cfr. CASÁS, J. O., *op. cit.*

tido restringido, son la modificación, de determinados mecanismos del Estado de Derecho para su defensa ante situaciones anormales.”¹⁵³

Existen dos posiciones doctrinarias para definir los estados de excepción:

a) Una que totaliza en estos términos todas las situaciones en las cuales se modifican algunos mecanismos del Estado de Derecho; y

b) otra que acota la definición a lo que se conoce como la suspensión de derechos o suspensión de garantías ante una emergencia que afecta el orden político o social.

La primera posición es exclusiva del derecho constitucional y la segunda es común del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, en la cual la protección y respeto a la persona adquiere mayor rigor. Los estados de excepción se pueden clasificar en aquellos que comportan la suspensión o desprotección de derechos fundamentales y aquellos que no.¹⁵⁴

El carácter nefasto del estado de sitio para la práctica constitucional argentina, ha sido destacado por VÍTOLO, indicando que en los últimos cincuenta años hasta 1983, el 43% del tiempo el país vivió bajo estado de sitio; de 1963 a 1983, el 65% del tiempo, y en de 1973 a 1983, el 80% de ese período.¹⁵⁵

La historia argentina, “desde el punto de vista de la inseguridad e intranquilidad públicas, no ha sido fácil pero tampoco ha transcurrido permanentemente en el *clima* de desorden y de peligro institucional que, como decían los antiguos textos, justifican remedio tan extraordinario y fatal, la conclusión simple es que se ha hecho un tremendo abuso de esta institución, del que el Poder Judicial fue, sin duda, corresponsable por su extrema complacencia con la arbitrariedad y ligereza con que el poder político, *de iure* o *de facto*, trataba las libertades públicas.”¹⁵⁶

Una solución garantista al respecto es aquella que sostiene que la creación de estados de excepción diferentes del *estado de sitio*, sólo puede ser formalizada por el Poder Constituyente. Es una modificación de las competencias constitucionales de los poderes del Estado, que afecta directamente a los derechos y garantías de los habitantes.¹⁵⁷

¹⁵³ VALLENAS GAONA, JESÚS RAFAEL, “Los estados de excepción a la luz de los derechos humanos en el sistema americano,” en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Universitat de València, N° 4 (enero-abril, 2000), <http://www.uv.es/~ripj/4raf.htm>. Ver un desarrollo aún más completo en AGAMBEN, G., *op. cit.*, chapter 1, “The State of Exception as a Paradigm of Government.”

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ NINO, C., *Fundamentos...*, *cit.*, p. 490, con mención de VÍTOLO, ALFREDO, *Estado de sitio*, Consejo para la Consolidación de la Democracia, “Reforma Constitucional. Dictamen preliminar,” p. 305.

¹⁵⁶ NINO, C., *Fundamentos...*, *cit.*, p. 491, quien toma como ejemplos del retroceso jurisprudencial de la Corte Suprema, los casos *Alvear* (1933), *Bertotto* (1931), *Sofía* (1959), entre otros.

¹⁵⁷ VANOSI, J. R., *op. cit.*, quien agrega que “Una innovación así fue la que introdujo la Constitución de 1949, en el art. 34, al agregar al viejo texto (el art. 23) la siguiente situación de emergencia: “Podrá declararse asimismo el estado de prevención y alarma en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población. Una ley determinará los efectos jurídicos de tal medida, pero ésta no suspenderá, sino que

Otra solución no excluyente de la anterior y con una visión más pragmática es que “en la emergencia el Estado de Derecho se preserva con la debida intervención judicial. Ese activismo judicial es la respuesta del Estado de Derecho a la emergencia, si el PL y el PE no hacen la aplicación más racional del principio del equilibrio fiscal, en ocasión de elegir quién cobra y quién no. Desde luego el activismo judicial deberá respetar el marco legal e internacional, que impone el respeto del equilibrio fiscal.”¹⁵⁸ Ello sólo no es suficiente. “El Poder Judicial, sólo, no puede arreglar el país. Tenemos que lograr que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo tengan otras restricciones al abuso del poder, y aprendan a no excederse tanto, a no comprometer tanto nuestro destino colectivo. Este es el gran desafío de nuestro tiempo. Lo era desde antes, pero la profundidad de la crisis lo ha magnificado.”¹⁵⁹

El cambio va más allá de las instituciones; nuestro problema radia en el hombre, en el ciudadano argentino, y el lugar que como constructor de la realidad, le corresponde en esta Nación.

8.2. *El estado de sitio económico*

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, BIANCHI, en un trabajo titulado *El estado de sitio económico*,¹⁶⁰ analizó en especial los poderes del Estado frente al ejercicio del denominado poder de policía de emergencia, con referencia en particular al dictado de las leyes 23.696 y 23.697, las que —según su criterio— nos habían sumido en un “estado de sitio económico,” habida cuenta que, por razones de emergencia, habían restringido los derechos de contenido económico, de igual manera que el estado de sitio político, previsto en el art. 23 de la Constitución nacional, citado más arriba, lo hacía con los derechos de contenido personal.

Concluyendo que “sentencias tan clásicas como las de *Ercolano c. Lanteri de Renshaw, Avico c. De la Pesa, Angel Russo c. Delle Donne, Cine Callao o Fernández Orquín c. Ripoll*, todas ellas inspiradas en antecedentes jurisprudenciales norteamericanos tales como *Munn vs. Illinois, Noble State Bank vs. Hankell, Block vs. Hirsh, Home Building and Loan Association vs. Blaisdell, Nebbia vs. New York y West Coast Hotel vs. Parrish*, contra cuyo credo político nadie ha levantado

limitará transitoriamente las garantías constitucionales en la medida que sea indispensable. Con referencia a las personas, los poderes del Presidente se reducirán a detenerlas de un punto a otro del territorio, por un término no mayor de treinta días.” Por el art. 83, inc. 19 (2ª parte), resultaba que el Presidente tenía la facultad de declarar ese “estado de prevención y alarma”, aunque dando cuenta de ello al Congreso. Habiendo cesado la vigencia de esa reforma constitucional, cabe concluir que ningún “status” de excepción semejante o análogo puede ser establecido sin acudir nuevamente al ejercicio constituyente.”

¹⁵⁸ GORDILLO, AGUSTÍN, “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050.

¹⁵⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, “Una celebración sin gloria,” *La Ley Sup. Const. Esp.* 2003 (abril), 13; *LL*, 2003-C, 1091.

¹⁶⁰ BIANCHI, ALBERTO B., “El estado de sitio económico,” *Revista del Colegio de Abogados*, t. 50, Buenos Aires, mayo-1990, pp. 13-44.

—en más de cincuenta años— su crítica, hasta la «Revolución Conservadora» que parece volver al período del liberalismo individualista generalmente tan criticado, sentencias como éstas ...son las que habrían de dar argumento suficiente a la Corte Suprema actual, para poder justificar las restricciones provenientes del estado de sitio económico.”¹⁶¹

Nada más descriptivo para identificar la situación de hecho y de derecho durante nuestras recurrentes crisis que su denominación como *estado de sitio económico*, situación en la cual se suspenden o restringen las libertades económicas de los ciudadanos.

La analogía entre ambas situaciones de excepción resultan por demás atragantes e interesantes para su estudio y análisis, no tanto por su mayor o menor éxito, sino para destilar el alcohol que embriagó —y todavía hoy embriaga— el espíritu y los corazones de un pueblo acostumbrado a vivir de un pasado inexistente y en especial, de un presente signado por la memoria de lo que fuimos y hoy no somos.

Los últimos comentarios de BIANCHI citados párrafos más arriba, se referían al fallo *Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional*,¹⁶² y a la evolución de la construcción jurisprudencial del Máximo Tribunal argentino, siguiendo la efectuada por su par norteamericano en materia de emergencia económica y delegación legislativa. Pasaron los años y la legislación de emergencia de la década del '90 mutó en nuevas y más profundas crisis, reconocida primero por la ley 25.344 (2000),¹⁶³ y luego, por la ley 25.561, vigente, gracias a sus distintas prórrogas, hasta el 31-12-11.¹⁶⁴ Cambiaron los hombres y los gobiernos, pero la emergencia siempre estuvo y estará con nosotros.¹⁶⁵

Si algo nos enseñó nuestra joven experiencia institucional como Estado, es que las fallas o ausencias de políticas no pueden suplirse con teorías o la recepción de conceptos foráneos, creados para otras realidades.

Cuando sobrevino la crisis en 1930,¹⁶⁶ la historia constitucional en los Estados Unidos no era la misma que en la Argentina y, por ende, el arraigo de los principios en uno y otro país era diferente también.

¹⁶¹ BIANCHI, ALBERTO B., “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica,” *LL*, 1991-C, 141.

¹⁶² CSJN, *Fallos*, 313:1513, 27-XII-1990.

¹⁶³ Prorrogada por un año mediante decreto 1602/2001.

¹⁶⁴ Ley 26.563 prorroga la emergencia hasta el 31 de diciembre de 2011. Prórrogas anteriores: Leyes 26.339, 26.204, 26.077, 25.972, 25.820 y 26.456.

¹⁶⁵ Sobre la analogía entre la doctrina de la emergencia económica en Estados Unidos y la Argentina, a partir de los fallos *Blaisdell* y *Avico*, y el reconocimiento de tres etapas en materia de mutación y adaptación local de dichos precedentes, en particular, con los casos *Peralta* y *Bustos-Massa*, recomendamos SPECTOR, HORACIO, *Constitutional transplants and the mutation effect*, 83 *Chi.-Kent L. Rev.* 129.)

¹⁶⁶ Destacamos que “from 1860-1930, a period of seventy years, Argentina had an astonishing record of economic and demographic growth. This shows that constitutional transplantation can carry the day. Of course, one could argue that constitutional transplantation was responsible for the long period of military interventions and political instability that lasted from 1943 to 1983. But scientific rigor does not allow us to make this claim by pointing to military intervention and

Para ese entonces, Estados Unidos había recorrido tres etapas constitucionales continuas y consecuentes: la fundacional (1776-1800); la institucional y de fortalecimiento del estado federal (1800-1870) y la “de la contención constitucional del capitalismo emergente de la segunda revolución industrial (1870-1920), etapa esta en la cual, si bien con muchos vaivenes, los norteamericanos hicieron enormes esfuerzos por moderar y contener el avance del capitalismo y ello los preparó para profundizar, desde 1930 en adelante, lo que con pausa y moderación, idas y venidas, habían practicado desde 1870 [...] hacia 1930 la Argentina ya había dado muestras incipientes de tolerancia hacia el cambio cuando, en 1922, resolvió a favor de la constitucionalidad de la ley de congelamientos de los arrendamientos urbanos, una medida por entonces extraordinaria en un país no acostumbrado a ellas.”¹⁶⁷

En ese entonces, ello permitía suponer que la Argentina podía enfrentar la crisis con igual espíritu. No fue así. La crisis económica “nos encontró sumergidos en otro fenómeno político que ya habíamos experimentado con singular virulencia en la primera parte de nuestra historia, lo que prueba la recurrencia de los ciclos históricos. Me refiero a la incapacidad de encontrar soluciones para las crisis dentro del sistema constitucional establecido. Así como entre 1810 y 1827 las buenas intenciones constitucionales fueron derribadas, una a una, por la intolerancia política, esta misma intolerancia volvió a apoderarse de nosotros, ya bajo la forma del golpe de estado, ya bajo la política de exclusión sistemática de toda oposición al régimen vigente. Esta variable pasó a ser una constante de nuestra historia por los siguientes cincuenta años y marcó profundamente, como era inevitable, el derecho constitucional que va a la saga de la política y trata de revestirla de juridicidad.”¹⁶⁸

Este antecedente nacional de aceptación y consenso institucional plasmado en la Acordada de 1930, brindaba la posibilidad a *gobiernos usurpadores* de violar la Constitución invocando paradójicamente su nombre; pero, llamativamente también, aseguraba la impunidad y arbitrariedad en la actuación de *gobiernos de jure* que, so pretexto de la emergencia nacional, se encontraban legitimados a hacer y deshacer el derecho de propiedad en resguardo de la vida de los argentinos y la existencia misma de la nación.

political instability when there have already been transplanted constitutional texts and precedents. There are too many other relevant factors that stand on the way of this interference. The *ceteris paribus* clauses involved in historical causal propositions make it very difficult to isolate a single factor as the cause of stability or instability. For instance, what was the role of the Law of Universal Suffrage, passed in 1912, in threatening powerful interests groups? What was the role of the Great Depression? What ideological influence did European totalitarian movements have in Argentina? All these factors could have been relevant even in the presence of a wholly autochthonous constitution” (SPECTOR, *ob. cit.*)

¹⁶⁷ BIANCHI, ALBERTO B., “El Derecho Constitucional argentino en la década de 1930 (A propósito del nacimiento de la Revista La Ley),” *LL*, 2005-F, 1302.

¹⁶⁸ BIANCHI, ALBERTO B., *El Derecho Constitucional argentino...*, *op. cit.*

Existían y existen circunstancias especiales en que, “por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad. Cuando por la naturaleza del negocio, por las condiciones físicas en que se desenvuelve o por otra circunstancia semejante, no fuere posible la acción eficiente del regulador común, es decir la competencia, el propietario se hallaría en aptitud de imponer a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios. Cuando mayor sea el interés del público por aquello que constituye el objeto del monopolio, más fuerte puede ser la opresión económica y más sensibles y perniciosos sus efectos, pudiendo llegar el caso de que la prosperidad y el bienestar esencial de un país o de una región se encuentren a merced de la avidez o del capricho de los que detentan los factores de un servicio de vital necesidad. Llegándose a este punto extremo, la protección de los intereses económicos constituye para el estado una obligación de carácter tan primario y tan ineludible como lo es la defensa de la comunidad amenazada por el aprovechamiento abusivo de una situación excepcional. Estas conclusiones han quedado definitivamente incorporadas al derecho público. Ya no se considera discutible el poder del estado para ejercer eficaz contralor sobre los precios de aquellos servicios que interesan en alto grado a la sociedad y que por su naturaleza, o por las condiciones en que se prestan, constituyen necesariamente negocios monopolizados.”^{169, 170}

8.3. *Sin respuestas...*

Las preguntas que el operador jurídico debería realizarse frente al estado de sitio económico —y su constitucionalidad— son:

¿Quién, cuándo y con qué alcance define la existencia de categorías de *derechos* y *garantías* que pueden ser suspendidos *sine die*?

¿Qué bienes integran esa categoría de *derechos* susceptibles de ser afectados *temporalmente* en su ejercicio?

¿Cómo juega el factor *tiempo* en la postergación del ejercicio de estos derechos?

¿Qué rol le corresponde al Poder Judicial en el restablecimiento de los *derechos postergados, suspendidos o virtualmente expropiados*, y, eventualmente, en la profundización de la crisis llamada a ser sofocada?

¿Es la seguridad jurídica un valor susceptible de ser *expropiado temporalmente*?

Las preguntas planteadas no poseen una respuesta unívoca, menos todavía que atienda a un criterio lógico o científico, en tanto parecen amoldarse al devenir de nuestro tiempo y nuestras miserias políticas, sociales y económicas. Pueden

¹⁶⁹ BIANCHI, ALBERTO B., “El Derecho Constitucional argentino en la década de 1930 (A propósito del nacimiento de la Revista La Ley),” *LL*, 2005-F, 1302.

¹⁷⁰ Con cita de: CSJN, *Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta, Fallos*, 136: 161. (1922.)

haber algunos parámetros básicos (estándares mínimos) pero no hay cálculo probabilístico o lógico, cuando la regla, en la práctica argentina, es el ejercicio *pseudodiscrecional* de estas facultades de excepción.

Tal peligroso como la emergencia permanente, es el abuso en la utilización de los remedios creados a su amparo, por la sola invocación de los conceptos jurídicos indeterminados: *Interés público, bienestar general, bien común, etc.*

En el conocido caso de *Munn v. Illinois* (94 U.S. 113), después de recordarse la situación monopólica en el cual ejercían las empresas de elevadores de granos en la ciudad de Chicago y el gran interés del público por ese negocio, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América, declaró justificada la reglamentación de sus tarifas, estableciendo como un principio general: que “todo aquel que dedica su propiedad a un uso debe someterse a su contralor, para el bien común, en la extensión del interés que le ha creado” (*Granger Cases*, 94 U.S. 155 y ss.), a las empresas de suministro de agua. (*Spring Valley Water Works vs. Schottler*, 110, U.S., 347.)

¿Es similar la extensión del interés privado creado en servicios o actividades reguladas o monopólicas, que el de los particulares que depositan sus ahorros en el sistema bancario y financiero? Evidentemente no.

El art. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que “las restricciones permitidas, 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 y con el propósito para el cual han sido establecidas. Frente a esta dialéctica, una restricción sólo se entiende permitida, en la medida en que se encuentre expresamente autorizada por esta Convención y siempre encontrará como límite las condiciones particulares que ella establezca. En ese sentido, su previsión resulta una consecuencia lógica del principio expresamente receptado por su artículo 32, en cuanto dispone que los derechos no son absolutos. Pues, los derechos de una persona se encuentran limitados por los de las otras, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”¹⁷¹

Los derechos garantizados en los tratados internacionales y en los ordenamientos locales no son absolutos, aceptando su limitación en aras de armonizar su ejercicio con los derechos de los demás y con el interés general de la comunidad.

El art. 14 de la Constitución nacional enuncia “un catálogo abierto de derechos —completado con los derechos implícitos a los que alude el art. 33—, los que se reconocen conforme las leyes que reglamentan su ejercicio [...] no cualquier reglamentación es constitucionalmente aceptable, sino sólo la que importa una razonable limitación que no destruye su sustancia. La pauta esencial para determinar el grado de regulación legal está dada por el art. 28, que dispone que

¹⁷¹ ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., “El principio de legalidad y las facultades legislativas del presidente a la luz de la CADH,” *LL*, 2008-C, 803.

las leyes reglamentarias deben cuidar de no alterar los principios, derechos y garantías reconocidos en la Constitución. A su vez, el art. 99 inc. 2º, al enumerar las atribuciones del Ejecutivo, lo autoriza a expedir los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.” Ello, porque “la cuestión pasa, entonces, por el grado de afectación del derecho: si se degrada (altera) su sustancia, deja de ser una restricción (razonable) para ser una supresión (inconstitucional).”¹⁷²

En el ámbito internacional de los derechos humanos, las leyes que limitan los derechos de los particulares “no pueden imponer otras restricciones que las expresamente autorizadas en los pactos y por los fines taxativamente contemplados, siendo sumamente celosos los tribunales internacionales al juzgar su adecuación con los propósitos reales perseguidos por los gobiernos y con su necesidad y proporcionalidad a la luz del *standard* de la sociedad democrática.”¹⁷³

La clave en la respuesta a las preguntas planteadas viene dada en la realización del hombre y del ciudadano en el marco de una sociedad democrática.¹⁷⁴

La mala salud de nuestra democracia se trasluce en la enfermedad causada no sólo por las crisis, sino también por los remedios que son peores que aquella. De nada sirven los instrumentos formales de control, de frenos y contrapesos del poder político que nos brinda la Constitución nacional, si en la práctica abogados, jueces¹⁷⁵ y legisladores han avalado la violación del Estado de Derecho, desde sus raíces.

A la sacralización de la *doctrina de facto* como fuente de toda violación de la Constitución nacional, claramente le ha seguido la sacralización de la *doctrina de la emergencia económica*. Dioses y demonios de una realidad argentina atea de toda razón y justicia.

Realidad argentina que el derecho intenta perseguir y atrapa en un mundo de ficciones que solamente nosotros nos creemos. No son ficciones útiles, que favorecen a la *pax social*. Todo lo contrario. Estas ficciones llevan a un conflicto permanente entre grupos sociales supuestamente antagónicos: quienes han sido despojados de sus derechos patrimoniales y aquéllos que nada tuvieron ni tienen, por tanto, el todo, en el caso, es mucho más que la suma de las partes. En especial, cuando el todo (la sociedad argentina) no es una, sino muchas y con

¹⁷² GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “Restricciones a los derechos humanos,” en AA.VV. GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *Derechos Humanos*, 5ª ed., Buenos Aires, FDA, 1999, cap. VI-1/2.

¹⁷³ GONZÁLEZ CAMPAÑA, G., *op. cit.*, cap. VI-20.

¹⁷⁴ Cfr. BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, “La senda del Derecho Administrativo en la jurisprudencia de la CSJN,” *La Ley Sup. Adm.* 2010 (agosto), p. 40 y ss.

¹⁷⁵ Respecto a ello, con certeza se ha indicado que “El poder de los jueces no se mide a partir de la prosa de sus sentencias, sino de la posibilidad concreta de que ellas sean ejecutadas en el marco de la ley y la Constitución, plasmando en el caso concreto los valores que están llamados a resguardar. De no lograr ese pasaje del papel a la realidad, se compromete la noción misma de justicia que se busque transmitir y, con ella, la percepción de eficacia y credibilidad del sistema.” (GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Los costos de la imprudencia en el sistema republicano,” *LL*, 2005-E, 1504.)

multiplicidad de intereses, que no coinciden siquiera en un consenso mínimo básico (otra ficción del Estado de Derecho) que en la Argentina no se vislumbra desde la generación del '80 y que integra los principios esbozados en el Preámbulo de la Constitución nacional.

8.4. *Colofón*

En apariencia, hemos vivido desde siempre bajo un *estado de sitio pleno* hasta 1983 (en los términos del art. 23 de la Constitución nacional); y desde 1989, con algunas interrupciones, ante un *estado de sitio económico*, del cual “conocemos su acta de nacimiento [pero] desconocemos sus límites.”¹⁷⁶ Todos hemos contribuido, en mayor o menor medida, como parte de la sociedad, a su existencia, desde la crítica o la aquiescencia a su vigencia eterna.

Al igual que con la *doctrina de facto*, los abusos en su declaración y en su puesta en práctica han llevado a la conciencia colectiva de su injusticia por sí misma, favorecida, en algunos casos, por el manejo mediático de la crisis, en otros, gracias a la extensión *sine die*, careciendo de un juicio político que avalara, en determinados supuestos, la suspensión de determinadas garantías sobre la propiedad.

La justificación pública de las medidas de emergencia, se dirige a quienes discrepan con ellas.

Justificar, por parte del Gobierno¹⁷⁷ —nótese que no aludimos al “Estado”— los juicios políticos adoptados, “significa convencerles [a los ciudadanos] mediante el uso de la razón pública, es decir, mediante formas de razonamiento e inferencia apropiadas a las cuestiones políticas fundamentales, y apelando a creencias, razones y valores políticos de los que cabe razonablemente esperar que los otros también reconocerán. La justificación pública parte de algún consenso previo, esto es, de premisas que todas las partes en desacuerdo, supuestas libres e iguales y plenamente capaces de razón, pueden razonablemente compartir y libremente suscribir. No hay, pues, que confundir la justificación pública con el mero razonamiento válido a partir de premisas dadas (aunque también sea eso, por supuesto). El razonamiento válido es instructivo a la hora de establecer las relaciones entre enunciados: enlaza ideas fundamentales y enunciados generales, y éstos con otros juicios más particulares; exhibe la estructura general de cualquier tipo de concepción.”¹⁷⁸

¿Cualquier razonamiento es válido para sostener cualquier medida de emergencia que no es avalada por los hechos, por la realidad, ni por la Constitución?

¹⁷⁶ BIANCHI, ALBERTO B., “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica,” *LL*, 1991-C, 141.

¹⁷⁷ En materia de defensa legal del Estado, un gran profesor y excelente abogado, cuyo nombre reservamos, ha destacado que el abogado del Estado no defiende al *gobierno*, defiende al Estado, que en prieta síntesis somos todos. Y en esa labor, ningún dilema moral puede aparecer. El dilema surge cuando los intereses que se dicen defender no son públicos, sino privados de los funcionarios políticos.

¹⁷⁸ RAWLS, JOHN, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 53.

La respuesta se circunscribe a un comentario efectuado por GORDILLO, donde indicó con su acostumbrado pragmatismo que el Máximo Tribunal argentino “no puede, sin alto costo político y de estimación social nacional e internacional, perpetuar el estado de total ausencia de fe en el derecho que atraganta a la ciudadanía, decir que todo eso estuvo entonces, o está mágicamente ahora, perfectamente de acuerdo a la Constitución. Como tampoco puede -políticamente- decir lo contrario le quedaba una sola opción, el silencio. No ha sabido utilizarlo, *Bustos* lo demuestra. Los cambios no han sido menores, no era hora de convalidar los avances sobre los derechos de propiedad de los ciudadanos comunes, los que no tienen poder alguno para influir en las decisiones de los órganos de gobierno pero esperan verse tutelados por el Poder Judicial independiente, sea el de grado o —cada vez menos— el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si la Corte Suprema, en esta hora jurídicamente aciaga, no puede políticamente convalidar una decisión de grado que restablece el orden jurídico, absténgase al menos de decirlo expresamente, de reabrir la herida que la instancia de grado estaba tratando de restañar. Deje a la sentencia de grado en pie, rechace la queja. Dedíquese a su función judicial ordinaria, deje descansar la extraordinaria hasta que la fe en el derecho regrese, de a poco, como decía Mairal esperanzadamente.”¹⁷⁹

Lo que no debe hacerse es confundir la validez del posible razonamiento con su adecuación a la realidad y reflexión constitucionales. Si no se logra superar dicho estándar, la decisión (medida de emergencia) no es válida y, por ende, no susceptible de justificación pública alguna; ni por el discurso, ni por los medios, ni por las palabras impuestas por la fuerza o por el monopolio de ella.

Otro problema adicional son las consecuencias desde el plano normativo que generan las emergencias económicas, en tanto han servido y siguen sirviendo para modificar leyes so pretexto del estado de necesidad que la origina. En particular, desde el ámbito del derecho administrativo, no sólo resulta paradigmática la constitucionalidad¹⁸⁰ o no de las reformas introducidas en materia de procedimiento y proceso administrativo, en la revisión y renegociación de contratos administrativos, en las leyes 23.696, 23.697, 25.344 y 25.561,¹⁸¹ sino la vigencia temporal de estas reformas, luego de superada la emergencia.

Entendemos, por caso, que la situación desesperada en que nos han hundido nuestras crisis recurrentes durante gran parte del siglo XX, no puede autorizar

¹⁷⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?,” *LL*, 2005-A, 905-921. Reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO / MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.

¹⁸⁰ Ver: REJTMAN FARAH, MARIO, “La consagración legal de la habilitación de instancia de oficio: su inconstitucionalidad,” en *Derecho Procesal Administrativo*, t. 1, CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 917 y ss.

¹⁸¹ Al respecto ver: MABROMATA, ENRIQUE, “Sacrificio compartido: ¿Nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?,” *La Ley Sup. Esp. El Contrato Administrativo en la Actualidad 2004* (mayo), p. 136 y ss.

la desesperación desde el propio Estado y los gobiernos en la utilización de artilugios procesales que se traduzcan en abusos flagrantes ya no sólo del derecho de propiedad de las personas, sino también de las mínimas garantías del derecho de defensa.

Al analizarse la validez del art. 12 del decreto 214/02, en cuanto suspendía la ejecución de las medidas cautelares dictadas y a dictarse con relación al régimen de restricción que comenzó con el dictado del decreto 1570/01, la jurisprudencia sostuvo que dicha norma apuntaba “a interferir en el derecho de defensa que confiere una ley, sin el cual el administrado corre el riesgo de contar en el futuro con una sentencia estimatoria de su acción pero estéril en su significado material, por haberse dictado aquélla cuando ya no puede operar en la realidad por haber el tiempo consumido el interés que intentó preservar al iniciar su acción judicial.” Esto era así, porque no se trataba “de la modulación de un recorrido procesal al cual tanto el Estado como los particulares se sujetan para litigar (modificación de plazos, defensas, excepciones o legitimaciones específicas, por ejemplo) [sino] en la abrogación de una herramienta procesal defensiva de tipo sustancial, por cuanto tiene el sentido de proteger un derecho en su materialidad.”

Concluyéndose que “El derecho de defensa sólo puede suprimirse en dos supuestos: a) en el marco del estado de sitio, porque las disposiciones estatales quedan, en ese caso, al margen de las responsabilidades institucionales propias del Estado de Derecho —salvo las garantías que aun en este caso deben ser preservadas de conformidad con el art. 27 punto 2, del Pacto de San José de Costa Rica—, y b) dentro del Estado de Derecho, la única emergencia que alcanzo a imaginar como justificadora de aquella limitación, lo configuraría la judicial objetivamente verificada.”¹⁸²

La **regla de oro**, esbozada por VANOSI, había sido flagrantemente violada por el art. 12 del decreto 214/02, y era el Poder judicial quien tenía el deber de restablecerla, volviendo la situación a un equilibrio ajustado a la realidad y a la emergencia, pero que no soslayara el Estado de Derecho.

No se trataba en dicho caso, ni en otros miles de similar tenor, de acusar la inconstitucionalidad genérica de todas las normas y caer en la demonización de todo lo que emanara de los poderes del Estado durante el estado de emergencia, solución adoptada por muchos tribunales y gran parte de la doctrina, y que se traducía —y se traduce— en un menor compromiso con la realidad.

La tolerancia democrática debe colaborar en el mayor entendimiento y aceptación de la realidad que nos toca vivir —o padecer—, dentro y fuera del Estado que, en rigor de verdad, siempre seremos todos.

¹⁸² Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, *Florido, María C. c. P.E.N.*; Fecha: 19-IV-02; LL, 2002-D, 306 - IMP 2002-15, 151; con nota de REJTMAN FARAH, MARIO, “Emergencia: Conforme las circunstancias;” Sup. Adm. 2002 (junio); LL, 2002-D, 306.

Aprender a vivir y convivir con nuestras diferencias, a construir una sociedad que sea cada vez más abierta pero que posea también la mayor diversidad posible como caminos posibles de entendimiento frente al conflicto social que se vislumbra en todo caso judicial.

Esa diversidad no puede desconocerse en el plano político-jurídico-económico. La realidad siempre supera cualquier planteo teórico que podamos efectuar al respecto, frente a la actual situación económica global, en una crisis iniciada en 2008 y que parece no tener una solución definitiva en el mediano plazo.

9. *Responsabilidades compartidas, pero no asumidas*

En los albores del derecho constitucional argentino, tomando como eje la democracia norteamericana, FLORENTINO GONZÁLEZ indicaba que al someter al ciudadano su libertad a un determinado orden, los padres fundadores de Estados Unidos “han adoptado la medida más eficaz para formar una sociedad propia para el gobierno democrático representativo, porque facilitan el que el hombre se eduque en el *self government* individual, y así le hacen apto para tomar una parte útil e inteligente en el *self government* social. El sentimiento de libertad que de esta manera se inculca en el individuo, se propaga en la comunidad, y la hace apta para conservar la calidad de un pueblo libre y hábil para proporcionarse su felicidad, bajo un gobierno inspirado por la opinión, y contenido por la responsabilidad.”¹⁸³

En lo que a la *doctrina de facto* se refiere, sería muy inocente creer que cada gobierno (militar), apoyado en mayor o menor medida por grupos civiles, no poseía control sobre sectores académicos o mediáticos y en todo caso, ante su ausencia, lo primero que hacía al asumir era intervenirlos y controlarlos, principalmente, en sus contenidos.¹⁸⁴

Lo mismo sucede con la *doctrina de la emergencia económica*. Su aplicación parece justificada ante determinados supuestos de hecho, pero quién establece su límite temporal, sobre todo, cuando vivimos casi doce años seguidos en emergencia. Como Nación tenemos doscientos años de experiencia —casi ciento sesenta como Estado— por lo que caer en aquella argumentación nos haría sumirnos en una falacia formal.

Desde el punto de vista del ciudadano común las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tienen una importancia y una carga emotiva en sus

¹⁸³ GONZÁLEZ, FLORENTINO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, París, Librería de Ch. Bouret, 1889, p. 21. Una de las causas argentinas a nuestra permeabilidad a aceptar la normalidad del quebrantamiento de la Constitución y de las leyes, encuentra base cierta en que el ciudadano argentino no fue educado en la libertad, sino en la intolerancia y desprecio por las instituciones. De este modo, jamás nadie va a asumir responsabilidad alguna por nada.

¹⁸⁴ En la actualidad, no puede desconocerse el poder que ostenta los medios de comunicación masiva en la formación y deformación de la opinión (v. CARPIZO, JORGE, “Los medios masivos de comunicación y el estado de derecho, la democracia, la política y la ética,” en AA.VV. *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles* (VÍCTOR BAZÁN, coord.), Buenos Aires, EDIAR, 2003, p. 441 y ss.)

palabras de autoridad o en la autoridad de sus palabras.¹⁸⁵ Quién sino el Máximo Tribunal de la Nación como medio idóneo para garantizar la aceptación social de un gobierno que se autoproclamó revolución triunfante, con el único poder que le da el monopolio de la fuerza.

En los golpes de 1955, 1962, 1966 y 1976, si bien no se utilizó más el sistema de la *Acordada* como purga del vicio originario en el modo de acceder al poder, se adoptaron otros instrumentos y/o institutos jurídicos, a saber: Proclama (del 1º de mayo de 1956); Ley de Acefalía (con la asunción de Guido, en 1962); Estatutos (de la Revolución Argentina, en 1966; Fundamental, en 1972 y para el Proceso de Reorganización Nacional, en 1976; con vigencia supraconstitucional) y decretos-leyes.¹⁸⁶

Igual criterio optimista repercute sobre su interpretación de la *doctrina de la emergencia económica*.

Memórense simplemente los años 2002 y 2003, con colas interminables en tribunales, manifestaciones permanentes ante el Palacio de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, pedidos de juicio político a los jueces de la “mayoría automática”, jueces federales saludando al “pueblo” desde los balcones de la calle Tucumán en la misma ciudad, bancos exfoliados por ahorristas afectados por la incautación de fondos depositados en el sistema financiero, legisladores huyendo escondidos por temor a ser golpeados por la turba descontrolada, escándalos de corrupción judicial en algunos juzgados federales del interior del país como efecto del carralito, etc. El hambre recorrió, entonces, las calles solamente cuando la “sociedad argentina” decidió mirarla y aceptarla. Surgieron las asambleas barriales para solucionar —por vía de la ¿autogestión?— los grandes problemas de la humanidad, pero no los propios del barrio, de la gente y de la calle. Vio la luz la supuesta crisis de representación política que acabaría con la clase partidaria corrupta y causa y efecto de todos nuestros males endémicos, patéticos e incurables. Crisis de representación política que parece haberse extinguido, se olvidó, pero no la emergencia económica que la creó que permanece al tiempo que se escribe este trabajo todavía permanente e inmutable, perenne.

Todo ello es la sumaria expresión de las aristas de un mismo fenómeno político: **El poder**.

Las consecuencias de una doctrina mal aplicada (sea la de los *gobiernos de facto* o la de la *emergencia económica*) no hizo más que desprestigiar a la cabeza

¹⁸⁵ En el voto en disidencia, del presidente de la Corte, Dr. Roberto Repetto, en el caso *Municipalidad c/ Mayer, Fallos*, 201: 249 (1944), se expresó que: “La definición o enunciación de las facultades de los poderes del gobierno y su estricta observancia, sobre todo en presencia de un movimiento revolucionario, tiene más trascendencia para la suerte de las instituciones democráticas que los posibles males transitorios derivados de aceptar la conclusión de que el gobierno de hecho carece de facultades legislativas para reformar o sancionar los códigos generales o las normas de derecho público consignadas en leyes básicas [...] el gobierno de hecho no puede tener más facultades que el gobierno de derecho límite éste sellado con la fuerza de un juramento.”

¹⁸⁶ Ver, entre otros, el desarrollo realizado por RAMELLA, *op. cit.*, pp. 52-55.

del Poder Judicial y autorizar la utilización de la fuerza para derrocar gobiernos legítimamente establecidos o simplemente, la de la fuerza de un discurso demagógico para sostener la emergencia *sine die*.

Pero toda esta pureza teórica e ideal, en donde la abstracción de la Corte adquirió supremo interés cuando se refiere, por ejemplo, a la revolución triunfante, se vio acompañada por quienes colaboraron en la *patriótica* tarea de pulir lo que el tribunal había dibujado en forma desprolija, con el peso —principalmente— que da el poder y el monopolio de la fuerza. Llamativamente, en la actualidad, poco o nada se dice al respecto.¹⁸⁷

También debe resaltarse el rol de quienes criticaron antes, durante y después de cada gobierno *usurpador* esta pseudo doctrina, reivindicando el valor de las palabras y de lo que lleva, en sí mismo, cada denominación: La ideología oculta tras el lenguaje.¹⁸⁸ Ideología que es inherente al ser humano.

En el relato de FOUCAULT la *verdad* se vincula con las formas jurídicas y de cómo, a través de la historia, encapsulamos nuestra realidad en *corsés* muy distinguidos, en terminología que no hace sino condenarnos a la ficción que nos brinda el derecho. Lo peor sucede cuando estas estructuras se desvanecen y la podredumbre subyacente —el telón de fondo que no se hace cargo de la realidad— aparece ante nosotros:

¿Qué sucederá entonces dentro de cinco, diez, quince años tal vez, cuándo otros o los mismos hombres, revisen, revoquen, declaren inconstitucional lo que hoy sostienen como legítimo?

¿Quién asume el costo político, económico y social de las desventuras de un pueblo acostumbrado a que la única regla (material) sea que no hay ninguna regla (formal), y que todas las reglas (formales) son posibles de ser violadas, porque la regla fundamental (la Constitución) es susceptible de ser desinterpretada, mancillada, escupida, pisoteada, desconocida, olvidada, esquivada, soslayada, enterrada, dilapidada, tachada, corrompida y tergiversada a destajo y por voluntad de quienes asumieron la alta función de ser sus representantes?

Será el devenir del tiempo que nos demostrará nuestra madurez social o no, a los fenómenos políticos y sociales que nos superan en el día a día, por su trascendencia, pero también por la imposibilidad de internalizar los cambios que el propio sistema espera como respuestas a las demandas, cuya insatisfacción ha originado las crisis y la adopción de remedios extraordinarios.

El poder de la palabra sigue siendo fundamental en el discurso del poder y en las formas jurídicas que adopta la realidad en tiempo de crisis, pero también de normalidad institucional.

¹⁸⁷ Dejamos al lector la búsqueda e investigación al respecto, ya que no tenemos por objeto, en el presente, hacer una *caza de brujas*. Cada cual sabe qué responsabilidad le corresponde y que cuánto más alta es la función ejercida (académica, doctrinaria, política o judicial) mayor es el reproche social que les cabe.

¹⁸⁸ A veces no tan oculta.

10. *El discurso meta-jurídico*

“La verdadera garantía de un buen gobierno es el cumplimiento de las leyes; por tanto, debe impedirse toda transgresión, por pequeña que sea; las causas insensibles acaban por minar sordamente al Estado, así como los gastos pequeños, pero múltiples, destruyen las fortunas poderosas.”

ARISTÓTELES, *La Política*¹⁸⁹

El tiempo siempre nos ha demostrado que la historia se repite, que los argentinos no sabemos caminar sin saber ver el camino, que el ciudadano no se ha educado y cada vez es más fácil hacerlo complaciente del poder, con menos estratagemas: Unas palabras bastan para ello, aunque la contracara del discurso hoy es más cara que hace cincuenta años atrás y su financiamiento también más oneroso.

En la arena política —y en el campo de batalla del derecho— se ve a diario que la fuerza de las palabras es utilizada como fuga hacia el terreno de la irracionalidad, seduciendo por vía del discurso.

El estudio de la realidad se pierde en la confusión en que se presenta para el observador: Resulta tan compleja, que lo más simple es envolverla en el discurso (político, jurídico y económico.) Estamos, de esta forma, “en un ámbito en que el único verdadero conocimiento sería del orden de lo existencial: sólo quienes viven el mito en la adhesión de su fe, en el impulso de su corazón y el compromiso de su sensibilidad, estarían en condiciones de expresar su realidad profunda. Visto desde afuera, examinado únicamente con la mirada de la observación objetiva, el mito corre el riesgo de no ofrecer ya más que una imagen fosilizada, desecada, lámina de anatomía despojada de todos los misterios de la vida, cenizas frías de un hogar incandescente. Entre los datos de la experiencia interiormente vivida y los del distanciamiento crítico persiste el hiato, que acaso sea posible reducir pero es vano soñar con su total abolición. El mito sólo puede comprenderse si se lo vive íntimamente, pero vivirlo prohíbe explicarlo objetivamente. Objeto de estudio, tiende en cambio a coagularse en una sucesión de datos estadísticos e, igualmente, a vaciarse de su contenido emocional, es decir, de lo esencial de sí mismo.”¹⁹⁰

Con las *doctrinas de facto* y de la *emergencia económica* se ha dado un fenómeno interesante, inverso al discurso político actual, integrando en la estructura del poder no sólo la utilización de la fuerza y de la crisis, respectivamente, como únicos elementos legitimantes, sino del surgimiento del sector castrense como tutor de la Nación, en el primer caso, y de políticas mecenas e iluminados en el segundo.

Para la *doctrina de facto* existió “la convicción en las fuerzas armadas de que hay valores comunitarios que ellas deben vigilar y preservar, y que el juego político tiene un ámbito más allá de cuyos límites no puede ni debe excederse, origina un

¹⁸⁹ ARISTÓTELES, *La Política*, Madrid, Alba, 1987, p. 235.

¹⁹⁰ GIRARDET, R., *op. cit.*, p. 23.

condicionamiento del poder político en el ejercicio que de él hacen sus titulares legítimos. Ello significa que los gobernantes, aun cuando no acepten ese rol tutelar de los mandos militares, tienen que contar con él en el uso y la disposición de los resortes del poder [...] Nuestra fuerza armada integra, evidentemente, lo que con fórmula y sentido amplios podemos denominar como «clase política», porque aun cuando no siempre sus fideicomisarios sean detentadores reales del poder político, están en la periferia del poder formando parte del proceso político y haciendo estimativa permanente de su valiosidad o disvaliosidad.”¹⁹¹

Una cosa es reconocer que las fuerzas armadas asumieron un rol eminentemente político durante todo el siglo XX en la Argentina —a las consecuencias de su rol tutelar después del proceso de reorganización nacional,¹⁹² muy especialmente me remito—. Otra cosa supone *legitimar* una función gubernamental que el soberano —el pueblo— no le delegó a través del voto.¹⁹³

Para la *doctrina de la emergencia económica* los hechos insuperables, el límite de la existencia de la Nación y del Estado, han sido argumentos fáciles de identificar, porque responden a nuestra realidad recurrente y a los errores que nadie asume, y que cada gobierno de turno carga en su anterior. No hay programas ni continuidad políticas de proyectos, menos de *hombres*, por lo que las responsabilidades nunca aparecen y, si algún reproche penal o patrimonial cupiere, la

¹⁹¹ BIDART CAMPOS, “Diagrama histórico-constitucional...,” *ED*, 47-843.

¹⁹² Hemos sostenido al respecto que “no es sobre el olvido que se construye una sociedad sincera y que aquellas cuestiones que desgarran, cicatrizan mejor y más rápido si son puestas sobre la mesa, discutidas y resueltas. Así madura una sociedad, así se hace cargo de ella misma y puede internalizar un sentimiento de pertenencia. Las posturas favorables al olvido son propias de aquellos que desprecian el aporte de la sociedad civil. No puede haber un futuro mejor sin volver la vista hacia atrás. Sólo podremos dar vuelta la página cuando leamos y entendamos la página anterior. Sólo así podremos hablar de una sociedad democráticamente madura desarrollándose en un Estado de Derecho.” (DIANA, NICOLÁS y KODELIA, GONZALO S., “Seguridad jurídica vs. Derechos humanos (o, en la sombra de la justicia),” *LL*, 2005-A, 824.) Ello, porque no es sobre el olvido y la impunidad que las sociedades se construyen. No es sobre la defensa lobbista o de cuerpo, irracional, sin sentido y sin cuestionamientos que se logra la aspiración máxima de cualquier sociedad: La Justicia. (DIANA, NICOLÁS y KODELIA, GONZALO S., “Sinceridad y justicia: 18 años después,” *LL*, 2005-E, 320.)

¹⁹³ No en vano, en los albores del régimen republicano de gobierno, se ha expresado que como “el pueblo constituye la única fuente legítima del poder y de él procede la carta constitucional de que derivan las facultades de las distintas ramas del gobierno, parece estrictamente conforme a la teoría republicana volver a la misma autoridad originaria, no sólo cuando sea necesario ampliar, disminuir o reformar los poderes del gobierno, sino también cada vez que cualquiera de los departamentos invada los derechos constitucionales de los otros [...] No es discutible que este razonamiento posee gran valor y que debe concederse que prueba la necesidad de trazar y de mantener abierto un camino para que la decisión del pueblo se exprese en ciertas grandes y extraordinarias ocasiones. Pero se presentan inconvenientes insuperables que se oponen a ese recurso al pueblo como medio ordinario de mantener a los distintos departamentos del poder dentro de sus límites constitucionales.” (HAMILTON, ALEXANDER / MADISON, JAMES / JAY, JOHN, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, 2ª reimp., p. 214.)

Este obstáculo práctico en la ordinarización de una vía de consulta extraordinaria al pueblo, evidentemente, no justifica la autoproclamación de minorías o *elites* dentro del propio Estado (las fuerzas armadas) o fuera de él, representando supuestos intereses de la Nación o del pueblo.

prescripción —que en estos caso aplica por ser parte de la *seguridad jurídica*— jugará en contra de la realización del hombre y del ciudadano en democracia.

Se ha reconocido que “la utilización de argumentos que ocultan el debate valorativo ha obstaculizado y retrasado los cambios en los arreglos institucionales y sociales que, muchas veces, son considerados inconvenientes o injustos. En otras palabras, el discurso formalista, el argumento de que la defensa de la seguridad jurídica vale más que discutir la justicia de las posturas, es un instrumento disuasivo de la crítica, que ayuda a congelar el status quo. Por ese motivo, una visión crítica del derecho tiene como finalidad lograr un debate más transparente, y seguramente más radical y controversial sobre los conflictos morales subyacentes.”¹⁹⁴

La sinceridad con nosotros mismos parece no ser un atributo que nos identifica y que abunde en la sociedad argentina, consecuencia en alguna forma de este *parasistema político-constitucional*. Tristemente parecemos vivir en la tribu *Aisat-naf*, en las islas *Noisuli*, dentro de la más oscura superstición, no respecto del “*Tû –Tû*,” sino sobre conceptos tales como *doctrina de facto* y *estado de emergencia*, que a pesar de su carencia de significado (o su aplicación inatinerante a situaciones de hecho no abarcadas en estos conceptos) tienen una función importante en el imaginario colectivo argentino y también en el selectivo de nuestra memoria reciente.¹⁹⁵

Nos permitimos parafrasear a ALBERT CAMUS, en cuanto a la necesidad de los abogados de tener un poco de autocrítica, porque el derecho “consiste en definir todos los días, ante la actualidad, las exigencias del sentido común y de la simple honestidad de espíritu,” lo que siempre “entraña cierto peligro.”¹⁹⁶

La fuerza de las palabras (como arma) ha servido de soporte a la fuerza de los hechos, a la violencia como camino al acceso y al ejercicio del poder.

Si la democracia fue el camino elegido por la sociedad argentina para “darle cabida al hombre como persona en una convivencia justa y libre”¹⁹⁷ no podemos aceptar que nadie se levante contra las autoridades constitucionales, so pretexto de que no responde a los supremos intereses de la Nación o de la justicia, eso no es ejercicio de derecho de resistencia a la opresión por más justificación doctrinaria o jurisprudencial que se le quiera dar, se trata de un delito establecido en

¹⁹⁴ MILJIKER, M.E., *op. cit.*

¹⁹⁵ Cfr. ROSS, ALF, “*Tû-Tû*,” traducción de GENARO CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 9 y ss. Confesamos, que como abogados, más de las veces, pero sobre todo como ciudadanos, nos sentimos más cercanos al misionero sueco de ROSS, tratando de desenmascarar ideas o conceptos que nada significan, o al menos, no tienen conexión con el significado que con la fuerza o su monopolio intenta ocultar la realidad, lo que es.

¹⁹⁶ CAMUS, ALBERT, “Autocrítica,” en *Moral y política*, Buenos Aires, Losada, 1978, p. 28.

¹⁹⁷ Cfr. BIDART CAMPOS, “La Constitución y la libertad (Para una reivindicación de Urquiza y de la Constitución de 1853),” *ED*, 45-914.

el artículo 22 de la Constitución como sedición,¹⁹⁸ y en el artículo 214 del Código Penal y siguientes como traición a la patria.¹⁹⁹

El solo hecho “de que el poder estatal sea legal debe conducir ante todo a la derogación y negación como Derecho de todo derecho de resistencia. Pero el viejo problema del «derecho de resistencia frente al tirano», es decir, frente a la injusticia y el abuso del poder estatal, conserva su actualidad, y esa carencia de contenido, de carácter formalista y funcionalista, del Estado legislativo parlamentario no es capaz de resolverlo. Solo conduce a un concepto de legalidad indiferente frente a todo contenido, neutral incluso frente a su propia validez, y que prescinde de toda justicia material. La falta de contenido de la mera estadística de las mayorías quita a la legalidad toda fuerza de convicción; la neutralidad es, ante todo, neutralidad ante lo justo y lo injusto. La posibilidad de lo injusto, la posibilidad del «tirano», es escamoteada mediante una predigitación formal que consiste concretamente en hacer a lo injusto no se lo llame ya injusto, ni al tirano se le llame ya tirano, del mismo modo que puede escamotearse la guerra mediante el truco de llamarla «medidas de paz acompañadas de batallas de mayor o menor envergadura» y haciendo pasar a esto como una «definición puramente jurídica de la guerra». De esta manera, el poder legal, por simple «necesidad conceptual», ya no puede cometer injusticias.”²⁰⁰

Debemos asumir que el discurso *metajurídico* invade y ha invadido la realidad intentando convertir los metales en oro.

Esto porque “demostrado que el poder soberano reside *natural y esencialmente* en la comunidad política —en el pueblo— y no siendo el gobierno otra cosa que el ejercicio del poder soberano, *natural* es que ese poder no se ejerza sino por delegación y en representación del dueño de él. **No hay razón para que nadie lo vincule en sus manos, como si le perteneciese de derecho, para que se constituya en soberano, y disponga a su agrado de la suerte de los demás miembros de la sociedad.**”²⁰¹ El destacado es propio.

Desconfiemos entonces de quiénes como Simón el Mago pretenden o han pretendido vender el poder de *imponer mediante las manos* el espíritu santo, convirtiendo *gobiernos usurpadores* en *gobiernos legítimos*, cualquiera sea la teoría

¹⁹⁸ “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.”

¹⁹⁹ “Será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este código, todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro.”

²⁰⁰ SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 47.

²⁰¹ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 10; quien continúa, diciendo que “[l]as formas de gobierno que no se arreglan a estos principios, pueden con razón llamarse artificiales, porque son únicamente fruto del arte, y no tiene base en la forma natural de la sociedad. Así se hace que la sociedad se amolde al gobierno, en vez que este se amolde a aquella.”

utilizada para justificar el acto de rebelión.²⁰² Menos aún cuando la emergencia y la crisis han transformado los remedios extraordinarios en ordinarios, y en situaciones excepcionales en normales y habituales.

El vicio que subyace, al decir de BIANCHI, es creer que “los decretos —y también las leyes— tienen valor demiúrgico, creador, y que el presidente, al igual que el rey Midas, puede trocar en oro lo que toca [...] La realidad —única y verdadera jueza de la situación— se impone siempre a estos intentos vanos por simplificarla, pero deja huellas que, en términos ciudadanos, se traduce en la desconfianza hacia los gobernantes. Si es cierto que vivimos en una democracia, y si es cierto también que quienes la administran tienen la intención de fortificarla, su deber como tales es lograr el máximo rendimiento de las instituciones existentes, cuyo respeto han invocado para llegar al poder. Es en esas instituciones donde está la clave de la solución de estos problemas. Por supuesto que el tratamiento será más lento; pero a la larga, mucho más eficaz.”²⁰³ El apuro desmedido en legislar en un sistema democrático republicado “es una falsa muestra de eficiencia. Los gobiernos democráticos son lentos, y así deben serlo, porque sus decisiones atienden a pisar sobre seguro, a consultas previas, a sondeos prudentes de la opinión pública.”²⁰⁴

La fuerza de las palabras, del *silencio* y del discurso, nos ha llevado hasta el olvido de nuestra historia del siglo XX signada por la tolerancia a seis golpes de Estado que se autoproclamaron revoluciones triunfantes,²⁰⁵ jurando defender a

²⁰² Como recuerda REJTMAN FARAH, sin duda la existencia del derecho administrativo parecería demostrar, como alguna vez se dijo, que “los milagros son posibles. Es casi un milagro que la administración se someta a las normas que ella misma ha dictado. Y que las respete. Los milagros no suelen ser, sin embargo, demasiado frecuentes. Y nuestro país puede ser un buen ejemplo de ello. En ese sentido resulta cuanto menos extraño que el Estado haya encontrado el fundamento para ejercitar facultades excepcionales por fuera del marco normativo que se comprometió a acatar, en una situación fáctica que él mismo ha creado y de la cual es responsable. Y que, además, lejos está de considerarse como una situación excepcional. De igual modo que, so pretexto de la emergencia, se abandone, modifique o desconozca el derecho vigente. Si bien casi nadie cuestiona ya la responsabilidad del propio Estado en la aplicación de políticas públicas que condujeron a un estado de emergencia, lo que con menos frecuencia se recuerda es que la emergencia invocada por nuestra legislación no es ni una situación excepcional ni transitoria.” (REJTMAN FARAH, MARIO, “Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia,” *LL, Suplemento Especial El Contrato Administrativo en la Actualidad*, 2004 (mayo), p. 103.)

²⁰³ BIANCHI, ALBERTO B., “De las leyes «de facto» en los gobiernos «de iure» (Reflexiones a propósito de los decretos de suspensión de juicios contra el Estado),” *RDA*, año 2- N° 5, septiembre-diciembre 1990, pp. 662-663.

²⁰⁴ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, “Prólogo,” Buenos Aires, Astrea, 1975.

²⁰⁵ Desde plano teórico, se ha dicho que “[c]uando se trata de un simple golpe de Estado, no de una revolución, se mantiene la *etapa de continuidad* con relación al poder constituyente. Todas las funciones son “*de jure*,” tal como las crea, organiza y reglamenta la Constitución que existía y que conserva su vigencia. Sólo los funcionarios son de facto, a condición de poseer título, por nombramiento o elección en su caso, de conformidad con las prescripciones constitucionales. Ese título debe ser legítimo en su origen y con apariencias o visos de legitimidad para que el funcionario sea de facto. En caso contrario se trata de un usurpador.” (SÁNCHEZ VIAMONTE, *op. cit.*, p. 170.) Bajar esta afirmación a la práctica constitucional, nos puede llevar al absurdo de desconocer que la intervención de funcionarios de facto, designados por un gobernante usurpador, es tan nula como la de aquél. Es

la Constitución que sin prurito ni vergüenza habían violado, desconocido y mancillado al irrumpir por la fuerza en los poderes constituidos.²⁰⁶

Tolerancia que se traslada al discurso demagógico de la emergencia sin soporte fáctico, pero también en la concepción del Estado por el imaginario colectivo. Como recordaba BORGES, “el argentino, a diferencia de los americanos del Norte y de casi todos los europeos, no se identifica con el Estado es una inconcebible abstracción; lo cierto es que el argentino es un individuo, no un ciudadano. Aforismos como el de Hegel «El Estado es la realidad de la idea moral», le parecen bromas siniestras.”²⁰⁷

La sociedad argentina es una comunidad de palabras en *silencio*, que se escriben pero no se pronuncian, donde la historia, la economía, las prácticas sociales, la lengua, la mitología de nuestros antepasados y las fábulas de nuestra infancia, obedecen a unas reglas que no han sido dadas todas ellas a nuestra conciencia; no deseamos en modo alguno que se nos desposea, además y por añadidura, de ese discurso en el que queremos poder decir inmediatamente, sin distancia, lo que pensamos, creemos o imaginamos,²⁰⁸ cuando no nos vemos siquiera en el espejo.²⁰⁹

La respuesta está en no perder nuestra memoria constitucional, por más fuerza que se le intente dar al discurso,²¹⁰ **“en la semilla está el bosque.”**²¹¹

decir, que el vicio originario de quien asume el control del Estado y de todos sus poderes, no puede purgarse por más que prometa cumplir una Constitución que ya violó con el acto de derrocamiento del poder ejecutivo y con la intervención de los otros poderes. (Legislativo y judicial.)

²⁰⁶ Cuadra aclarar que “[n]o es que hayamos abandonado del todo la Constitución de 1853; pero es que la incumplimos demasiado, en texto y en espíritu. Aunque cabe destacar que el hecho de que la mantengamos formalmente en vigencia implica al menos que tiene un ideario que compartimos, aunque no tengamos la fuerza ni la voluntad social suficiente para imponerla a nuestros gobernantes, para hacer que la cumplan.” (GORDILLO, AGUSTÍN, “Una celebración sin gloria,” *LL*, 2003-C, 1091.)

²⁰⁷ BORGES, JORGE LUIS, “Evaristo Carriego,” en *Obras Completas*, t. I, Buenos Aires, Emecé, 1996.

²⁰⁸ FOUCAULT, MICHEL, *La arqueología del saber*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, 2ª reimp., p. 354.

²⁰⁹ No podemos dejar de recordar que “[t]odos los costos que asume el gobierno frente a la sociedad y a la justicia son deudas que adquiere y tendrá inevitablemente que pagar en otros asuntos públicos. Su crédito no es inagotable. Además de los casos en que la sociedad pone los límites al gobierno existen los casos en que los individuos lo hacen. No solamente Bielsa puede plantarse con su conciencia. Otros pueden seguir su ejemplo. Pero no nos acostumbremos a depender de ellos. Y no olvidemos que ellos reaccionan, a su vez, por lo que reciben y perciben de la sociedad. No seamos complacientes con nadie que tenga poder. Esa es la clave de vivir en libertad.” (GORDILLO, AGUSTÍN, “Racionalidad, política, economía, derecho,” en *LL*, 28 de diciembre de 2005, p. 1.)

²¹⁰ “El Estado de Derecho (*rule of law*) probablemente no puede funcionar —y ciertamente no puede funcionar bien— sin un sentido de las instituciones de la sociedad. Más aún, sin hacerse él mismo institucional en el más pleno sentido de la palabra. El Derecho protege y el Derecho capacita; las instituciones dan significado, sustancia y permanencia a sus poderes. Con independencia de la construcción de instituciones, el Derecho necesita ser desarrollado, a fin de hacer que su imperio sea fructífero para la libertad.” (DALLA VÍA, ALBERTO RICARDO, “Derechos políticos y garantías constitucionales,” en AA.VV. *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, 1ª ed., p. 128, con cita de DAHRENDORF, RALF, *Ley y orden*.)

²¹¹ Como recuerda MARISCAL, “Las plantas nos enseñan que lo peor que le puede pasar a una persona no es morir, sino vivir muerto, sin estilo, sin perfume propio; no se preocupan por lo que hay antes, ahora. En el instante presente están el pasado y el futuro. El futuro es inventable, no inevitable, se construye con lo que hacemos hoy. Cada segundo determina simultáneamente el

Según NIETZSCHE la memoria “rememora estados anteriores de la misma especie, junto con las interpretaciones causales que van vinculadas a ellos, pero *no* su causalidad [...] Se produce de este modo una *habituación* a una interpretación causal determinada, que en realidad obstaculiza que se averigüe la causa y que incluso lo impide.”²¹²

En el discurso jurídico no hay casualidad alguna, todo es causal y dirigido hacia un objetivo determinado. El rol y responsabilidad del jurista transcurre en que dicho discurso no sea determinista y estático, sino dinámico en una realidad cambiante y que, como el universo, se expande.

Si aceptamos que la historia es un sistema —el sistema de las experiencias humanas, que forman una cadena inexorable y única— todos los términos, conceptos e institutos del derecho, para ser precisos, necesitan ser fijados en función de toda la historia, “ni más ni menos que la *Lógica* de Hegel cada concepto vale sólo por el hueco que le dejan los demás.”²¹³

11. *El derecho: Continuación de la fuerza (de la guerra por otros medios)*

“No se podrá repetir bastante que nada es más fecundo en maravillas que el arte de ser libre; pero no hay nada más duro que el aprendizaje de la libertad [...] La libertad [...] nace de ordinario en medio de las tormentas, se establece penosamente entre las discordias civiles y solamente cuando es ya vieja se pueden conocer sus beneficios.”

DE TOCQUEVILLE, ALEXIS, *La democracia en América*²¹⁴

Podríamos resumir la conclusión del presente trabajo, haciendo propio el pensamiento de ORTEGA Y GASSET, en cuanto a que: “La razón histórica es, pues, *ratio*, *logos*, riguroso concepto. Conviene que sobre esto no se suscite la menor duda. Al oponerla a la razón físico-matemática no se trata de conceder permisos de irracionalismo. Al contrario, la razón histórica es aún más racional que la física, más rigurosa, más exigente que ésta. La física renuncia a entender aquello de ella habla. Es más: hace de esta ascética renuncia su método formal, y llega, por lo mismo, a dar el término entender un sentido paradójico de que protestaba ya Sócrates cuando, en el *Fedón*, nos refiere su educación intelectual, y tras Sócrates todos los filósofos hasta fines del siglo XVIII [...] La razón histórica, en cambio no acepta nada como mero hecho, sino que fluidifica todo hecho en el *fieri* de que proviene: *ve* cómo se hace el hecho. No cree aclarar los fenómenos humanos reduciéndolos a un repertorio de instintos y «facultades» —que serían, futuro y expresa el ayer. En la semilla está el bosque.” (MARISCAL, ENRIQUE, *Manual de jardinería humana*, Buenos Aires, Serendipidad, 2003, 10ª ed., pp. 15-16.)

²¹² “Los cuatro grandes errores” en *El ocaso de los ídolos*, Buenos Aires, Letras Universales, 2005, p. 55.

²¹³ ORTEGA Y GASSET, J., *Historia...*, *op. cit.*, p. 95.

²¹⁴ DE TOCQUEVILLE, ALEXIS, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 248.

en efecto, hechos brutos, como el choque y la atracción—, sino que muestra lo que el hombre hace con esos instintos y facultades, e inclusive nos declara cómo han venido a ser esos «hechos» —los instintos y las facultades—, que no son, claro está, más que ideas —interpretaciones— que el hombre ha fabricado en una cierta coyuntura de su vivir.²¹⁵

Los reinos sin justicia no son más que grandes latrocinios,²¹⁶ y que peor cosa, que al pobre ciudadano tan sólo le quede —como último recurso— la apelación al cielo (o a la Corte Suprema de Justicia de la Nación) o simplemente, más no sea, *un día en la justicia*.²¹⁷

La justicia, definida por ULPIANO —y receptado luego por SANTO TOMÁS— es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo,²¹⁸ y resulta ser el último de los valores (principios) que parece *conservarse* en una sociedad en ruinas, donde el *pacta sunt servanda*, no es otra cosa que ese principio general que cayó en desuetudo, conjuntamente con la buena fe, hoy simplemente anécdotas de un sistema jurídico que el propio sistema político se encargó de destruir paulatinamente.

SAN AGUSTÍN ha dicho que: “La utilidad, la necesidad de una justicia, han sido comprendidos desde el origen de las sociedades. Si esta faltara, el gobierno y la sociedad serían imposibles. Si no podemos contar con la seguridad personal, con la de nuestra propiedad, no viviremos entre gente civilizada, sino en medio de salvajes y salteadores.”²¹⁹

La vinculación entre la *doctrina de facto* y la *doctrina de la emergencia económica*, como factores coadyuvantes y legitimadores mutuos, nacidos en un estado de excepción y en violación de la Constitución nacional,²²⁰ fueron tolerados y hasta sostenidos por la jurisprudencia y parte de la doctrina de los autores nacionales, requieren todavía un análisis más preciso y casuístico que el aquí efectuado.

Al mismo tiempo, y hasta como aspecto que contradice a lo señalado en el párrafo anterior, se reconoce que ha sido también la propia jurisprudencia, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y otra parte de la doctrina, quien ha equilibrado los abusos y desquicios del poder político, siguiendo la fórmula clásica de MONTESQUIEU.

Un sempiterno Profesor ha señalado que “los derechos de los individuos, en lugar de sujetos de la ecuación individuo- Estado, pasan a ser mero objeto de la acción controladora y restrictiva del poder estatal. Se parte del poder, se lo

²¹⁵ ORTEGA Y GASSET, J., *Historia...*, *op. cit.*, pp. 101-102.

²¹⁶ “Remota itaque iustitia, ¿qui sunt regna nisi magna latrocinia?” en BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de Historia Política*, Buenos Aires, Ediar, 1970, p. 66, con cita de SAN AGUSTÍN.

²¹⁷ Como memora GORDILLO, AGUSTÍN, “Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional,” *LL*, 1995-E, 988.

²¹⁸ “Iustitia est constans et perpetua voluntas sius suum quique tribuendi.”

²¹⁹ GÓMEZ, FLORENTINO, *op. cit.*, p. 368.

²²⁰ En cuanto a la doctrina de la emergencia económica la violación constitucional viene dada por el no respeto a su carácter extraordinario, transformando lo excepcional en ordinario y normal.

enuncia a nivel de principio, inconscientemente en algún caso se llega al punto máximo y se lo idolatra. Es un punto de partida demasiado grave en un país con tradición autoritaria como el nuestro, que ha vivido bajo gobiernos de facto y poderes de facto, teorías de facto, construcciones sobre el derecho de la necesidad del Estado, reglamentos estatales de necesidad y urgencia, decretos leyes que todos llaman y tratan como si fueran leyes, como si la diferencia ya se hubiera perdido en la memoria colectiva. Un país en el que la corrupción es endémica y se entremezcla con las prácticas paralelas que nacen del ejercicio del poder.”²²¹

La libertad se ve igualmente afectada por los abusos del Estado —para ser técnicamente correctos, de los gobiernos y con ellos, de los hombres— como por sus omisiones; pero, afortunadamente se ve resguardada por la intervención de nuestros jueces quienes son los guardianes finales de los derechos y garantías. Ello, “aún cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas de esa dirección [...] mientras el departamento judicial se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del Ejecutivo.”²²²

Nada hay de casual en la fuerza de las palabras aplicadas en el discurso jurídico desde el Estado y fuera de él. Son los hechos que determinarán la justicia del contenido de los actos de los distintos poderes del Estado que, so pretexto de una situación límite y de excepción, afecten derechos y garantías constitucionales.

El rol de acompañamiento del Poder judicial no puede traducirse en el silencio de nuestros jueces.²²³

Tampoco la doctrina puede escapar de las consecuencias de sus propios actos, solapada y aceptada, las más de las veces, en la autoridad del discurso académico, menos neutral que el discurso judicial.

La libertad no puede ni debe tener nada que “temer de la administración de justicia por sí sola, pero tendría que temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros departamentos.”²²⁴ Si bien, es de esperar que “los poderes políticos simplemente respeten el sistema constitucional y el Poder Judicial controle

²²¹ GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V-3/4.

²²² HAMILTON, MADISON y JAY, *op. cit.*, p. 331.

²²³ Como recuerda BIANCHI, “Es la Corte Suprema que con la justicia de sus fallos y con su acción sin estrépito pero eficaz, está encargada de hacer que la constitución eche hondas raíces en el corazón del pueblo, se convierta en una verdad práctica, y los diversos poderes, nacionales o provinciales se mantengan en la esfera de sus facultades. Es ella la que tiene que mostrar a los pueblos, a la nación y al mundo la bondad del sistema que no tuvo ejemplo ni preparación en la historia del linaje humano y destruir los argumentos con que sus enemigos han querido combatirlo. Es ella la que está en gran parte encargada de traer la convicción en los espíritus de que, la democracia organizada bajo una fórmula tan completa, que es la más grande conquista del genio americano da según la feliz expresión del Dr. Rawson, la asociación de estos tres hechos: República, Libertad y Orden.” (BIANCHI, ALBERTO B., “Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema,” *LL*, 1997B, 994.)

²²⁴ HAMILTON, MADISON y JAY, *op. cit.*, p. 331.

adecuadamente el ejercicio de las facultades reglamentarias de excepción,²²⁵ es forzoso incluir en esta suma de responsabilidades concurrentes, el compromiso del ciudadano en el mejoramiento institucional, como uno de los ejes fundamentales para lograr nuestra realización democrática, como Estado y como Nación.

Valga el presente capítulo, pues, como un renovado homenaje a quienes han sabido defender el derecho en nuestras jóvenes repúblicas latinoamericanas, desde la institucionalidad y no por fuera de ella y por encima de los hombres.

²²⁵ BALBÍN, CARLOS, *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 405.