

CAPÍTULO V

LA FUERZA DE LAS PALABRAS (O LAS PALABRAS DE LA FUERZA)

Por NICOLÁS DIANA

SUMARIO

1. Introducción	45
2. La ilusión del lenguaje. La realidad de los hechos	46
3. Las funciones del derecho: Organización, legitimación y limitación del poder político.....	48
4. Legalidad vs. Legitimidad.....	49
5. La mitología de nuestras palabras.....	51
6. La decadencia institucional: Los golpes de Estado.....	54
6.1. La asunción del General Mitre.....	55
6.2. El golpe del 6 de septiembre de 1930	56
6.3. El golpe del 4 de junio de 1943.....	57
6.4. Funcionarios de facto vs. funcionarios usurpadores. Los actos derivados	57
6.5. Los golpes de 1955 y 1966. La fuerza se impone a la institucio- nalidad	58
6.6. Los decretos-leyes y su vigencia.....	59
6.7. La seguridad jurídica y el poder legislativo nacional. La confu- sión del discurso	59
6.8. Nuevamente el valor de las palabras	60
7. La doctrina de facto: Las palabras de la fuerza (usurpadora)	61
7.1. ¿Fundamento inatinerente?	61
7.2. La doctrina de facto según Constantineau.....	61
7.3. Breve análisis de la Acordada del 10 de septiembre de 1930.....	63
7.4. La fuerza por sobre el Derecho: ¿El sinceramiento de nuestras	

instituciones?	64
7.5. El acompañamiento judicial a la decadencia institucional. Cambian los hombres, pero no la historia.....	65
8. Responsabilidades compartidas, pero no asumidas	68
9. El discurso metajurídico. Colofón.....	70

Capítulo V

**LA FUERZA DE LAS PALABRAS
(O LAS PALABRAS DE LA FUERZA)¹**

Por NICOLÁS DIANA

“Siento muy profundamente que gran parte del cuestionamiento hacia nuestros jueces y que muchas de las deficiencias en la prestación del servicio de justicia tienen su origen en falsas concepciones, o en la alteración y variación de las mismas, sobre los límites del poder judicial, la esencia de la función jurisdiccional, y la naturaleza del proceso judicial. No podemos esperar eliminar la impaciencia de la arbitrariedad judicial y todos los abusos generados por la justicia por encima de la integridad del poder judicial, hasta que establezcamos un acuerdo general sobre aquellas cuestiones que son fundamentales.”

CARDOZO, BENJAMIN N., *The growth of the Law*²

1. *Introducción*

El presente trabajo tiene por objeto retomar la discusión de la aplicación de la *doctrina de facto* en nuestro país por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y tolerada desde la doctrina nacional. Debate abandonado con el retorno de la democracia hacia 1983, pero cuya problemática resulta tan atrapante como hace setenta años, especialmente por el carácter expansivo que posee esta interpretación respecto a otros institutos vinculados con el estado de necesidad o la emergencia.

¹ Publicado originalmente en *RPA*, 2007-1, 90.

² New Haven, Yale University Press, 1924, pp. 144-145, traducción propia. La versión original en inglés dice: “I feel very profoundly that much of the criticism of courts and many blunders of courts have their origin in false conceptions, or at any rate in varying conceptions, of the limits of judicial power, the essence of the judicial function, the nature of the judicial process. We may not hope to eliminate impatience of judicial restraint, and even revolutionary encroachments upon the integrity of judicial power, till we settle down to some agreement about the things that are fundamental.”

Nada de lo que se afirmará aquí es novedoso ni original —de hecho nada lo es— solamente intentamos arribar a una reflexión sobre el poder del discurso en la realidad política argentina, pero principalmente cuestionar(nos) la función del lenguaje en el armado del entramado jurídico que supo resguardar la *legalidad* de lo *ilegítimo*.³ La confusión permanente de lo político, lo jurídico y el valor conferido al discurso (judicial y académico) son aspectos que aquí serán tratados tangencialmente, pero con la profundidad necesaria para incluirlos en el proceso histórico nacional vivido durante gran parte del siglo XX que no supo estar a la altura de las instituciones y que se inició formalmente en 1930.

En síntesis, nuestro planteo es dejar sentadas las bases como para demostrar que la distancia entre el sistema ideal pensado por nuestros constituyentes —plasmado en la Ley Fundamental— y la realidad del sistema institucional tal como funcionó, son parte 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, donde el discurso del *estado de necesidad* se sigue aplicando hasta nuestros días para justificar *jurídicamente* lo *injustificable*.

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

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.

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*.”⁴

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

³Sostenía 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 sólo 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, Buenos Aires, Emecé, 2004, 14ª ed., p. 399.)

⁴FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996, 4ª re-impresión, p. 17.

La historia de estas dos *verdades*, 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.

“Aunque a primera vista puedan parecer especulaciones meramente 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.”⁵

Nos interesa el lenguaje común y propio del saber jurídico: El lenguaje judicial y la aplicación —sin anestesia— de remedios jurídicos a las *enfermedades políticas y sociales*.⁶

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.

Somos responsables de su aceptación o rechazo y los abogados —especie común en los distintos poderes del Estado— no casualmente representamos la 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.⁷

Todo es discutible, gracias a que el derecho no es más que una técnica de dominación y control social, de casos concretos —entendemos que no es una ciencia, menos todavía exacta— que abarca el fenómeno humano como género; político, económico y social en la especie.⁸

⁵ YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: Otra mirada sobre el debate GORDILLO - CAMPOLIETI,” *Res Publica Argentina*, 2007-1, Buenos Aires, Rap, p. 35.

⁶ Compartimos el criterio esbozado por CILURZO, en el sentido que “el 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.)

⁷ “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.)

⁸ Pese a que el derecho comparte con otras ciencias sociales su objeto de estudio, es decir al hombre y sus instituciones, 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

El conocimiento jurídico se podría sintetizar y simplificar en la recopilación 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. Aunque este 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.

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

Hay tantos derechos 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 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,⁹ 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.

Destacamos entonces que así como la realidad se muestra confundida y es el observador quien discrimina qué y de qué modo observa y analiza de aquélla, se presentarán aquí aspectos políticos, jurídicos y sociológicos entrecruzados porque responden a una misma cuestión: La *doctrina de facto* y su tolerancia. (Académica, jurídica y judicial.)

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 político.

¿Cuándo sucedió esto? Es poco exacta su cronología, aunque podemos afirmar que el Estado moderno surge luego del Tratado de Westfalia en 1648.¹⁰

los derechos humanos, es difícil, aceptar que el derecho es un “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados” (cfr. <http://www.rae.es>), por lo menos, 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. Se pueden quizás compartir ciertos principios, pero cada organización política los hace jugar del modo más conveniente a los intereses de la Nación o de quienes la controlan.

⁹DUVERGER, MAURICE, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970, 5ª ed. española, p. 40 y ss., donde sostiene que “el 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.”

¹⁰Al tratar sobre la Constitución formal y material, HELLER indica que “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

¿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 subjetividad, es tener en cuenta el sistema elegido por cada sociedad para aceptar que el poder conferido es legítimo.

4. *Legalidad vs. Legitimidad*

A los fines de no caer en equívocos, es necesario distinguir entre la *legalidad* y la *legitimidad* del poder. Así es que “la legalidad del poder consiste 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.”¹¹

La importancia de los conceptos *legalidad* y *legitimidad del poder* (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 finanzas¹² o las fuerzas armadas.”¹³

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

relaciones sociales. 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 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.**” (HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1968, 6ª ed., p. 272. El destacado es propio.)

¹¹ DUVERGER, *op. cit.*, p. 41, agregando que el usurpador afirma, “como el autor del golpe de Estado francés del 2-XII-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.»”

¹² Golpes de 1861 y 1930.

¹³ Golpes de 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976.

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.¹⁴

¿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?¹⁵

¿Quién, sino la autoridad elegida por los procedimientos constitucionales, representa —en la teoría ficcional de la representación política— los intereses de la sociedad?¹⁶

¿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*.¹⁷

Así es que la razón de Estado¹⁸ 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*).¹⁹ Eso

¹⁴ LIPSET, SEYMOUR MARTIN, *El hombre político. Las bases sociales de la política*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, p. 57.

¹⁵ 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.)

¹⁶ Ficción equivalente a ilusión. Al decir de NIETZSCHE, “las ilusiones son ciertamente placeres costosos; pero la destrucción de las ilusiones es aún más costosa cuando la consideramos como un placer, lo que indudablemente lo es entre ciertas personas.” (*El viajero y su sombra*, “312. Destrucción de las ilusiones,” Barcelona, Edicomunicación, 1994, p. 146.)

¹⁷ 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.” (*El príncipe*, Buenos Aires, Distal, 2003, cap. VI, pp. 42-43.)

¹⁸ “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.)

¹⁹ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, señalaba hace casi 34 años atrás que “[d]e 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

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 bastó la jurisprudencia de la Corte Suprema,²⁰ seguida y desarrollada posteriormente por la doctrina nacional.

Tal afirmación no es una acusación, ni mucho menos. Tan solo es la realidad de los hechos y la asunción del rol del jurista en la sociedad moderna. Como señalaba Ross, “el 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.”²¹

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.

5. *La mitología²² 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 considera-

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.» (“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 unos 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?

²⁰ Como muestra basta un botón, así es que recordamos que nuestra Corte Suprema también ha sostenido que “en 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.)

²¹ ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1994, 5ª ed., p. 364.

²² 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>.)

mos 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.²³ Esto es así, por lo menos, en la mayoría de las democracias representativas actuales, siendo la forma de gobierno predominante en la era contemporánea.

Básico y simple, 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.

Ahora bien, 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 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.²⁴

Nótese, a simple modo de ejemplo, que 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.²⁵

²³ Puede agregarse que 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.” (ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1997, pp. 18-19.)

²⁴ 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 reimpresión, pp. 27-28. El destacado no está en el original.)

²⁵ Ver GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1943, p. 119 y ss.

Asimismo, *Linares Quintana* recordaba que “por un decreto del 12-V-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

La versión mitrista de la historia 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.²⁶

Este primer acto de violencia cívico militar²⁷ 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 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.

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.

Somos presos de nuestras mentiras y fracasos, de nuestras mediocres y débiles instituciones y de un parasistema jurídico, político y social que hoy 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.

Pero esto no es original, máxime cuando “muchas voces se han alzado y se alzan para denunciar crisis de valores en la sociedad y un generalizado incumplimiento del orden jurídico, pero pensamos que la cuestión no es tan sólo de

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 asumió el poder ejecutivo constitucional, clausurando así la etapa de reconstrucción resultante de la batalla de Pavón.” (LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. II, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1970, pp. 520-521.)

²⁶ Esto porque “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.” (FOUCAULT, MICHEL, *El discurso del poder*, México, Folios, 1983, pp. 90-91.)

²⁷ **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.**

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.”²⁸

6. *La decadencia institucional: Los golpes de Estado*

Parte de nuestra decadencia social e institucional reposa, a nuestro entender, en la mal llamada *doctrina de facto*,²⁹ utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 1930,³⁰ pero desarrollada por grandes juristas argentinos y defendida por parte de la prensa en cada ocasión que el quiebre institucional lo requiriese.

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. Pero el gobierno *de facto* no debe confundirse con el *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.”³¹

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. Ello porque la fuerza —*el detentador del poder*— determina al discurso y lo hace propio, envuelto siempre en la ideología irremediabilmente unida a la palabra.

²⁸ GORDILLO, *op. cit.*, p. 13.

²⁹ Al respecto, indicaba SÁNCHEZ VIAMONTE, “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.” (*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.

³⁰ 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.)

³¹ LINARES QUINTANA, *op. cit.*, p. 517.

Hace poco más de veinte años atrás, EKMEKDJIAN señalaba que los argentinos estamos transitando sendas constitucionales inéditas, cuyo recorrido requiere un esfuerzo de imaginación de los protagonistas y de los intérpretes,³² senda que en apariencia no tiene regreso y que el art. 36 de la Constitución nacional reformada en 1994, se ha encargado de delimitar aún más.³³

Utilizaba esas palabras para iniciar su comentario a la entonces recientemente sancionada ley 23.062, que en su artículo primero textualmente establecía que “en 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 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 “ha sido y probablemente será cuestionada, porque incorpora enfoques conflictivos e innovadores a la doctrina y jurisprudencia clásicas relativas a los gobiernos de facto.”

6.1. *La asunción del General Mitre*

El primer *golpe de estado* es consecuencia necesaria de la batalla de Pavón, cuando DERQUI, presidente electo de conformidad a la Constitución nacional de 1853-60, fue derrotado por MITRE,³⁴ obligado a renunciar el 5-XI-1861 y poste-

³² EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, *Nuevos enfoques de un viejo tema: La doctrina de facto*, ADLA XLIV- B, 2513.

³³ 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.”

³⁴ 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) como no lo habían seguido a Moreno o Rivadavia, también los ídolos porteños. Su flacidez romántica trajeada de gabardina, melena y

riormente asumiría Pedernera, quien declararía en receso el poder ejecutivo el 12 de diciembre de ese año como corolario final de esta lucha entre Buenos Aires y las provincias.

No demasiado tiempo después, conforme será tratado más adelante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que, en virtud de aquel acto de insurrección y del monopolio de la fuerza que aquél le confería, 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 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.”³⁵ El énfasis es propio.

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 econó-

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 tras-ponía 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 MARÍA, *Historia Argentina*, t. 6, “El sisma,” Buenos Aires, 1974, p. 315.)

³⁵ NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005, 3ª ed., p. 60.

mico y social alcanzado en los setenta años de institucionalización imperfecta, en contraste con países que gozaron de continuidad jurídica.”³⁶

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,³⁷ 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*.³⁸

6.4. *Funcionarios de facto vs. funcionarios usurpadores. Los actos derivados*

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

³⁶ NINO, *op. cit.*, p. 63.

³⁷ 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 complots 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.)

³⁸ 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.)

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.”³⁹

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.⁴⁰

En 1947, luego del cambio en la integración de la Corte Suprema a raíz del juicio político a que fueron sometidos sus miembros,⁴¹ 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.⁴² Además establece que los decretos-leyes mantienen su vigencia, aun luego de asumido el nuevo gobierno *de jure*, si éste no los deroga expresamente.⁴³

6.5. Los golpes de 1955 y 1966. La fuerza se impone a la institucionalidad

Los *golpes de estado* de 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;⁴⁴ 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.⁴⁵

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

³⁹ CSJN, *Impuestos Internos c/ Malmonge Nebrera, Martiniano, Fallos*, 169: 309. (1933.)

⁴⁰ CSJN, *Avellaneda Huergo, Alfredo c/ Nación, Fallos*, 172: 344 (1934); criterio reiterado en *Baeza González, Heriberto c/ Nación, Fallos*, 210: 1095. (1948.)

⁴¹ 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.

⁴² CSJN, *Arlandini, Enrique, Fallos*, 208: 184. (1947.)

⁴³ CSJN, *Ziella, Egidio c/ Smiriglió Hnos., CSJN, Fallos*, 209: 25. (1947.)

⁴⁴ Ver en <http://www.rae.es>.

⁴⁵ A criterio de 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, 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.” (*Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1982, 2ª ed., p. 18.)

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.⁴⁶

6.6. *Los decretos-leyes y su vigencia*

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,⁴⁷ 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.”

Para más adelante indicar que “sin 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.” Supuesto, este último, que no se verifica 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, “la 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.”

6.7. *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.

⁴⁶ SÁNCHEZ VIAMONTE, *op. cit.*, p. 170.

⁴⁷ PTN, *Dictámenes*, 125: 370, suscrita por el entonces Procurador del Tesoro de la Nación, Enrique Bacigalupo.

Ergo, todo acto dictado por alguien distinto a los órganos que la Constitución prevé o por un procedimiento distinto es nulo (art. 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 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 “no 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.”⁴⁸

El destacado no está en el original.

6.8. *Nuevamente el valor de las palabras*

Ese es el error 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*.⁴⁹

⁴⁸HELLER, *op. cit.*, pp. 238-239.

⁴⁹El debate en estos casos es necesario, por sobre todas las cosas, por la ideología que subyace en el discurso y en las palabras. Hago propia la retórica de GORDILLO, en el sentido de que: “¿Quiere Ud. ser uno de aquellos civiles que será responsable de la nueva muerte del Estado de Derecho, así sea por implicancia ideológica? ¿No ha prestado atención, o no le he convencido, lo que digo sobre el uso ideológico del lenguaje? ¿O simplemente no le importa? ¿Hasta que punto un abogado joven puede ser tan conservador? ¿Quiénes, sino los jóvenes, pueden ser valientes? ¿O acaso ahora la valentía será patrimonio de los viejos? Sería una sorprendente conclusión.”

“Lamento que la juventud que sabe derecho no considere su deber enseñar a los mayores que no lo saben cuál es, al menos en las palabras, el régimen republicano del estado democrático de derecho al cual debiéramos todos adherir pero no siempre lo hacemos.”

“No sólo de pan vive el hombre, también necesita un mínimo de libertad, y la libertad no es dada, hay que ganarla día a día, igual que el pan con el duro sudor de la frente. Ud. tiene una cuota parte de responsabilidad frente a las generaciones que le siguen. No la desaproveche. Por supuesto, respeto su decisión.”

7. *La doctrina de facto: Las palabras de la fuerza (usurpadora)*

Expresaba CONSTANTINEAU 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.”⁵⁰

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.)

7.1. *¿Fundamento inatinerente?*⁵¹

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.

Cabe entonces aclarar que dicha teoría 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.

“Me parece que lo de los tiempos y la metáfora del ajedrez de las simultáneas de los grandes maestros con varios ajedrecistas es, en definitiva, acertada: **El gran maestro hace su jugada en un instante, y el ajedrecista que lo enfrenta dispone de un tiempo más extendido para planear su jugada. Es, en suma, lo lógico para compensar, en el caso, la diferencia de edades y de tiempos transcurridos en la vida.** (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. El destacado es propio. Ver también: 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.)

⁵⁰ CONSTANTINEAU, ALBERT, *Tratado de la doctrina de facto*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 49.

⁵¹ Se analizarán aquí algunas de las particularidades de la *Acordada* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 10-IX-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, irremediamente 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*, Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed., p. IX-36.)

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.”⁵²

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

—*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.”⁵³

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.”⁵⁴

⁵² CONSTANTINEAU, *op. cit.*, p. 9.

⁵³ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 42-43.

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.”⁵⁵ 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. Breve análisis de la Acordada del 10 de septiembre de 1930⁵⁶

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 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 1943.⁵⁷

Es así que, 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, enviase 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, 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.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 29-30.

⁵⁶ Cfr. CAYUSO, SUSANA G. / GELLI, MARÍA ANGÉLICA / MILLER, JONATHAN M., *Constitución y poder político*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 827 y ss.

⁵⁷ Para profundizar ver: CAYUSO, SUSANA G. / GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *La Acordada de la Corte Suprema de 1930. Legitimación del gobierno “de facto,”* Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988 y CIRI, RODOLFO LUIS, *1930, Proceso a la Corte Suprema*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1984.

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. Pero 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: ¿El sinceramiento de nuestras instituciones?*

El derrocamiento de YRIGROYEN 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 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. Era 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: 303,⁵⁸ 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.

⁵⁸ CSJN, *Cristóbal Moreno Postigo s/ remoción de tutela*, *Fallos*, 148: 303. (1927.)

7.5. *El acompañamiento judicial a la decadencia institucional. Cambian los hombres, pero no la historia*

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

Así, por caso, la jurisprudencia de la Corte convalidó esta legislación *de facto*. Un comerciante en tabacos, Martiniano Malmonge Nebreda, 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 facultades que un gobierno legal, principio que se funda en la necesidad impuesta por los hechos y reconocido por la Corte en su *Acordada*.

Recordaron el caso de *Baldomero Martínez*, fallado en 1865, no mencionado en la *Acordada* de 1930, reiteraron la cita de CONSTANTINEAU y agregaron 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.

Pero 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.⁵⁹

Además, el gobierno provisional se encontraba limitado en las supuestas facultades reglamentarias, sirviendo como ejemplo el caso de la ley nacional 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.⁶⁰

⁵⁹ 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.)

⁶⁰ CSJN, *Fallos*, 177: 237. (1937.)

Sin embargo este análisis de las facultades del gobierno *de facto*, no pudo impedir actos arbitrarios 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.

El magistrado impugnó la decisión ante la Cámara en lo Criminal, pero sin éxito; restablecido el gobierno constitucional, lo hizo 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 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.”⁶¹

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.

Por ello, 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, pero rápidamente fue desplazado 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 1930.⁶²

Si bien la situación parecía análoga a la de 1930, 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.

Esta nueva versión del gobierno militar, se extendió por un período que duplicó el del anterior (3 años), dividió a sus dirigentes no sólo en temas de política interna, sino en criterios de política exterior, enfrentando a rupturistas y neu-

⁶¹ CSJN, *Fallos*, 172: 344. (1935.)

⁶² CSJN, *Fallos*, 196: 5. (1943.)

tralistas, 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.⁶³ Hubo tres votos: 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. Había que tener en cuenta que la Constitución estaba vigente y así lo había declarado el ejecutivo militar. También se había respetado al Poder Judicial que mantenía facultades para definir estas cuestiones. Reconocían al gobierno de hecho los poderes otorgados por la Constitución al ejecutivo. Pero 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.

Concluye la mayoría que el ejecutivo pudo 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.

El voto de Repetto directamente negó al ejecutivo *de facto* facultades para legislar en esta materia, ello porque el gobierno *de facto* no podía tener más facultades que el de derecho, es obvio que no podría dictar códigos o leyes de fondo

⁶³ CSJN, *Fallos*, 201: 249. (1945.)

o modificarlos, de manera que tampoco podría hacerlo el de hecho, porque así lo había aceptado la Corte en la citada *Acordada*. A su vez, propuso una severa advertencia a los excesos legislativos del gobierno *de facto*.

En el voto de Casares, en cambio, se aprecia una postura opuesta, más laxa hacia el gobierno *de facto*, al afirmar que “[s]iendo inherentes al gobierno de hecho, en cuanto gobierno, las facultades legislativas, la limitación de ellas por ser dicho gobierno la autoridad de hecho, no puede hacérsela fundándola en una distinción, cualquiera fuere, de materias o ámbitos de legislación, sin perjuicio de la atribución de la autoridad judicial de juzgar la validez de los actos de tal gobierno, en cada caso, en orden a su constitucionalidad y a su justicia; y en razón de ello es, en principio, válida y obligatoria la reforma de la ley 189 de expropiación por el decreto del gobierno de facto 17.920 de 6 de julio de 1944.”

En esta sentencia quedarán definidas tres tendencias dentro de la Corte: Los que intentan adecuar las facultades legislativas del gobierno de facto señalando sus límites; quien las reconoce exclusivamente a los fines del movimiento, y quien las concede ampliamente sin perjuicio del control de constitucionalidad.

8. Responsabilidades compartidas, pero no asumidas⁶⁴

Sería muy infantil 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.⁶⁵

Pero, desde el punto de vista del ciudadano común la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene una importancia y una carga emotiva en sus palabras de autoridad o en la autoridad de sus palabras.⁶⁶

⁶⁴ FLORENTINO GONZÁLEZ en los albores de nuestro derecho constitucional, tomando como eje la democracia norteamericana, indicaba que al someter al ciudadano a su libertad y a un determinado orden, “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 propocionarse su felicidad, bajo un gobierno inspirado por la opinión, y contenido por la responsabilidad.” (*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.

⁶⁵ 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. Galantismo y Controles* (VÍCTOR BAZÁN – Coordinador), Buenos Aires, EDIAR, 2003, p. 441 y ss.)

⁶⁶ En el voto en disidencia, del presidente de la Corte, Dr. Roberto Repetto, en el caso *Municipalidad c/ Mayer, Fallos*, 201: 249 (1945), 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

Quién sino el máximo tribunal de la Nación como medio 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.⁶⁷

Son aristas de un mismo fenómeno político: El poder.

Pero, las consecuencias de una doctrina mal aplicada no hicieron más que desprestigiar a la cabeza del Poder Judicial y autorizar la utilización de la fuerza para derrocar gobiernos legítimamente establecidos.

Pero toda esta pureza teórica, en donde la abstracción de la Corte adquiere 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.⁶⁸

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.⁶⁹

FOUCAULT, ha expresado cómo la *verdad* se vincula con las formas jurídicas y cómo a través de la historia encapsulamos nuestra realidad en *corsèts* 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.

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.”

⁶⁷ Ver, entre otros, el desarrollo realizado por RAMELLA, *op. cit.*, pp. 52-55.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ A veces no tan oculta.

9. *El discurso metajurídico. Colofón*

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: Tan solo 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.⁷⁰

En la arena política —y en el campo 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.

Pero, conforme fue señalado al principio de este trabajo, 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.)

Quizás, con la *doctrina de facto* se ha dado un fenómeno interesante, inverso al discurso político actual, integrando en la estructura del poder no sólo la utilización de la fuerza como único elemento legitimizador, sino del surgimiento del sector castrense como tutor de la Nación —fenómeno repetido en la generalidad de los países latinoamericanos.

Es que, existió “[l]a 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 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.”⁷¹

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,⁷² muy especialmente

⁷⁰ A veces no tan oculta. “Ésta es la vida. Puede gustarnos o no, pero es inútil que pretendamos que es otra, la realidad es una sola, aunque no la podamos ver en su plenitud.” (GORDILLO, AGUSTÍN, “Nota 5. La imperfección humana,” en NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 74.)

⁷¹ BIDART CAMPOS, “Diagrama histórico-constitucional...,” *ED*, 47-843.

⁷² 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

me remito— y la otra, *legitimar* una función gubernamental que el soberano —el pueblo— no le delegó a través del voto.

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*.⁷³

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”⁷⁴ no podemos tolerar 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 el art. 22 de la Constitución como sedición,⁷⁵ y en el art. 214 del Código Penal y siguientes como traición.⁷⁶

Hoy más que nunca, debe asumirse que el discurso *metajurídico* invade 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

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.)

⁷³ Según GORDILLO, “[t]ambién la Constitución nos dice que el sistema político es representativo, que vivimos en un Estado de Derecho, pero la Constitución real no escrita aunque no menos oficial, nos dice en cambio que a veces somos pasto seco para cuanta experiencia autoritaria o totalitaria se quiera intentar entre nosotros, que recibimos con aplausos y salvas a cada nuevo gobierno militar que desaloje al gobierno civil, que ansiamos a menudo un caudillo demagógico, que vivimos en un estado de sitio constante que se prolonga *durante años*, con una virtual suspensión *sin die* de garantías constitucionales básicas [...] **El hilo conductor es la negación de la realidad**, es el plasmar, sea en la exageración del sistema o en la creación del parasistema, y en ambos simultáneamente, un sistema idealizado de pautas de conducta que en verdad no es ni puede ser el sistema de pautas que se habrán de seguir en la realidad. Por ello es que el sistema y el parasistema están profundamente imbricados el uno en el otro.” *La administración paralela...*, *op. cit.*, pp. 93-94. Ver en tal sentido, las citas de ORTEGA y GASSET allí efectuadas, que grafican lo que los argentinos somos.

⁷⁴ Cfr. BIDART CAMPOS, “La Constitución y la libertad (Para una reivindicación de Urquiza y de la Constitución de 1853),” *ED*, 45-914.

⁷⁵ “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.”

⁷⁶ “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.”

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.” (El destacado es propio).⁷⁷

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 utilizada para justificar el acto de rebelión.⁷⁸

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,⁷⁹ jurando defender a la Constitución que sin prurito ni vergüenza habían violado, desconocido y mancillado al irrumpir por la fuerza en los poderes constituidos.⁸⁰

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,

⁷⁷ 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.”

⁷⁸ 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*, mayo de 2004, p. 103.)

⁷⁹ 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 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.)

⁸⁰ 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.)

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,⁸¹ cuando no nos vemos siquiera en el espejo.⁸²

No perdamos nuestra memoria⁸³ constitucional, por más fuerza que se le intente dar al discurso,⁸⁴ “en la semilla está el bosque.”⁸⁵

⁸¹ FOUCAULT, MICHEL, *La arqueología del saber*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, 2ª reimpresión, p. 354.

⁸² 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 acostumbramos 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,” *LL* del 28-XII-05, p. 1.)

⁸³ Explicaba FRIEDRICH NIETZSCHE que “[l]a memoria [...] rememora estados anteriores de la misma especie, junto con las interpretaciones causales que van vinculadas a ellos, pero *no* su causalidad. Por supuesto que la creencia de que las representaciones, los procesos conscientes concomitantes han sido las causas es también rememorada por la memoria. 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.” (“Los cuatro grandes errores” en *El ocaso de los ídolos*, Buenos Aires, Letras Universales, 2005, p. 55.)

⁸⁴ “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*.)

⁸⁵ 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 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.)

