

NICOLÁS BONINA – NICOLÁS DIANA

**LA DECONSTRUCCIÓN DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO**

Nueva Edición

INTRODUCCIÓN A LA EDICIÓN MEXICANA	5
INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN	9
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	13
PLAN DE TRABAJO	16
CAPÍTULO I	20
ANIMISMO Y DERECHO ADMINISTRATIVO	20
1) INTRODUCCIÓN: LOS VESTIGIOS DEL PENSAMIENTO ARCAICO	20
2) TÓTEM Y TABÚ	23
3) MITO Y DERECHO	33
4) EL PROCESO DE MITIFICACIÓN. SUS FUNCIONES	34
5) EL MITO Y LA DOCTRINA	37
6) EL MITO TAMBIÉN JUSTIFICA AL PODER	40
CAPITULO II	41
RELIGIÓN Y DERECHO (ADMINISTRATIVO)	41
1) PALABRAS INICIALES	41
2) IDENTIDAD DE BASE: EL PENSAMIENTO ARCAICO Y EL MIEDO A LO DESCONOCIDO	41
3) IDENTIDAD DE ESTRUCTURA	44
4) IDENTIDAD IDEOLÓGICA	49
5) LA REVOLUCIÓN FRANCESA COMO PARADIGMA DE LA RELIGIÓN DEL ESTADO	54
6) LOS DOGMAS DE LA FE (JURÍDICA, EN EL ESTADO)	57
7) LA INTELLENTZIA COMO INSTRUMENTO DEL PODER Y CONSTRUCCIÓN JURÍDICO-DOGMÁTICA	57
8) DERECHO Y RELIGIÓN: PALABRAS FINALES	59
CAPÍTULO III	61
CIENCIA Y DERECHO: LA ACIENTIFICAD COMO CARACTERÍSTICA PRINCIPAL	61
1) SOBRE LA CIENCIA	61
2) LA UNIFICACIÓN TOTAL EN LA FÍSICA Y SUS PROBLEMAS	63
3) LOS TEOREMAS DE GÖDEL: LA INDETERMINACIÓN	66
4) LAS NEUROCIENCIAS, LA GENÉTICA, LA EPIGENÉTICA.	68
5) LA A-CIENTIFICIDAD EN LA FORMULACIÓN DE LAS TEORÍAS CIENTÍFICAS	70
6) LA INCAPACIDAD DE LA CIENCIA	73
CAPÍTULO IV	76
DISCURSO JURÍDICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO	76
1) INTRODUCCIÓN	76
2) LA ILUSIÓN DEL LENGUAJE. LA REALIDAD DE LOS HECHOS	78
3) LAS FUNCIONES DEL DERECHO: ORGANIZACIÓN, LEGITIMACIÓN Y LIMITACIÓN DEL PODER POLÍTICO	82
4) LA MITOLOGÍA DE NUESTRAS PALABRAS	86
5) LOS GOLPES DE ESTADO (LA FICCIÓN DE LA REVOLUCIÓN)	88
5.1. <i>La asunción del General Mitre</i>	91
5.2. <i>El golpe del 6 de septiembre de 1930</i>	92
5.3. <i>El golpe del 4 de junio de 1943</i>	93
5.4. <i>Los actos derivados</i>	93
5.5. <i>Los golpes de 1955 y 1966</i>	94
5.6. <i>El golpe de 1962. La falacia formal de la ley de acefalía</i>	95
5.7. <i>Los decretos-leyes. Vigencia, validez y eficacia</i>	96
5.8. <i>La seguridad jurídica y el poder legislativo nacional. La confusión del discurso</i>	97
5.9. <i>El valor de las palabras</i>	97
6) LA DOCTRINA DE FACTO: GARANTÍA DE LA PSEUDOINSTITUCIONALIDAD	98
6.1. <i>Fundamento inatinerente</i>	99
6.2. <i>La doctrina de facto (según CONSTANTINEAU)</i>	99
6.3. <i>La Acordada del 10 de septiembre de 1930</i>	100
6.4. <i>La fuerza por sobre el derecho: ¿Sinceramiento de nuestras instituciones?</i>	101
6.5. <i>El acompañamiento judicial a la decadencia institucional</i>	102
6.6. <i>Las normas de facto</i>	105
7) EL DISCURSO META-JURÍDICO	106

CAPÍTULO V	111
LA RAÍZ PSÍQUICA DE LAS COSMOVISIONES. SEPARATIVIDAD Y DERECHO	111
1) INDIVIDUACIÓN Y SEPARATIVIDAD.....	111
2) SEPARATIVIDAD Y DERECHO: EL ORDEN COMO FIN EN SÍ MISMO.....	116
CAPITULO VI	119
LA NUEVA VOCACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	119
1) ¿HA FRACASADO EL DERECHO ADMINISTRATIVO ACTUAL?	119
2) LAS DEUDAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	122
3) REPENSAR LA DEMOCRACIA.....	128
4) EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO TÉCNICA DE GESTIÓN.....	133
5) LA FINALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	135
6) LA VOCACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	136
CAPÍTULO VII	138
LA LIBERTAD DE SION (versión libre)	138
CAPÍTULO VIII	142
APÉNDICE Y CONJETURAS	142
1) APÉNDICE UNO: LA JUSTICIA.....	143
2) APÉNDICE DOS: EMERGENCIA ECONÓMICA Y DISCURSO JURÍDICO.....	146
3) APÉNDICE TRES: DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y DERECHO DE LAS INVERSIONES. APUNTES PARA SU REDEFINICIÓN.	162
BIBLIOGRAFÍA	180
ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS	197

*A Laura, Martín, Matías, Mirta y Tamara,
que son el infinito mismo hecho tiempo
y en cuyas miradas presenciamos
...la eternidad y el amor*

INTRODUCCIÓN A LA EDICIÓN MEXICANA

“La libertad académica es una realidad hoy porque Sócrates practicó la desobediencia.” MARTIN LUTHER KING¹

Desde que publicamos *La deconstrucción del derecho administrativo argentino* (Buenos Aires, Lajouane, 2009) mucha agua ha corrido bajo el puente.

Desde entonces nos hemos preguntado sobre la necesidad o no de una nueva edición, de una superación de *La deconstrucción* o bien, de su mera ampliación.

Toda obra humana es esencialmente perfectible y la nuestra, en particular, plagada de errores y omisiones. Algunas críticas recibidas respecto a la edición argentina se relacionaron con la ausencia de conclusiones, siquiera provisionales, aún cuando ellas pudieran resultar erróneas o desacertadas.² Probablemente incurrimos voluntariamente en el error técnico de no pretender inducir, para futuros casos, reglas generales a partir de anteriores casos particulares (empirismo).³ Sin embargo, si algo nos demostró la revisión de la obra prima fue que las conclusiones y afirmaciones, muchas de ellas meramente especulativas, podían hallarse esparcidas a lo largo de todas sus páginas.

No esperábamos regularidades en todas partes, menos todavía de encontrarlas allí donde no había ninguna. Pero la sola relectura de nuestras ideas, según señalamos, nos demostró lo contrario.

El pensamiento dogmático, tan arraigado en nuestra disciplina y en la práctica del derecho administrativo, por más que lo quisiéramos anular, seguía allí. La *experiencia*, según OSCAR WILDE, es el nombre que cada cual da a sus errores.⁴ Y nosotros, somos nuestra propia experiencia. De ahí la necesidad de incorporar a *La deconstrucción* los productos derivados de esa misma línea argumental.

La presente edición constituye una obra nueva que va más allá de la primera *deconstrucción*. Hemos revisado y aumentado el texto original casi por completo. Hemos efectuado una reestructuración completa de la mayoría de los capítulos, tanto a fines expositivos como de contenido y, particularmente, hemos intentado responder las críticas y comentarios que amigos y colegas nos hicieran llegar. Pero lo que realmente diferencia a esta edición de la primera es la inclusión de nuevas ideas, más radicales, que han sido producto de la evolución de nuestros propios procesos interiores. Y he aquí, en este punto, el cual merece la pena realizar esta nueva edición. No sólo porque aquello que dijimos

¹ MARTIN LUTHER KING (Jr). *Letter from the Birmingham Jail*, 1968, p. 69.

² De eso se trata la aventura del conocimiento, de probar y equivocarse todo el tiempo.

³ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, Cap. I-42.

⁴ POPPER, KARL R. (trad. NÉSTOR MIGUEZ), *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, 4ª ed., Barcelona, Paidós, 2008, p. 12.

podemos decirlo de otra manera, más directa y en forma más ordenada o estructurada, *sino porque hay algo nuevo que decir*, algo más radical todavía. Es la superación de nuestras propias conjeturas y refutaciones.

En este trabajo, hemos profundizado en más y nuevas fuentes nuestras primeras afirmaciones y, probablemente, en esta nueva labor emprendida, ha sido mayor la divergencia entre los autores, pero también el consenso en nuestra dispersión y apertura de criterios, materializando no sólo nuestra filosofía por la libertad y diversidad, sino mucho más profundamente, la amistad que nos profesamos. De hecho, tanto la vieja como la nueva *deconstrucción* poseen una estructura abierta de mensajes y contenidos, esperando la profundización por parte del lector. Es la sinergia de nuestras propias diversidades (individualidades y potencialidades) la que nos permite construir en forma mancomunada un horizonte común y pleno.

El lector se preguntará por qué dos autores argentinos han decidido publicar en México una nueva edición de un libro pensado originalmente para el derecho argentino. La respuesta no es única.

En primer lugar, ha sido MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA, a quien hemos conocido en su paso por el doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires y con quien compartimos un afecto intelectual honesto y una nueva visión del derecho administrativo, quien ha provocado en nosotros el interés de revisar nuestro libro y, al mismo tiempo, hacerlo más cercano al abogado hispanoamericano. Él es, en parte, el gran impulsor de esta nueva edición.

En segundo lugar, hemos descubierto que *La deconstrucción del derecho administrativo argentino* debía mutar en *La deconstrucción del derecho administrativo*. En estos años, hemos percibido que la problemática que indagamos oportunamente en forma local presentaba caracteres similares en forma universal. Nuestras especulaciones y conjeturas eran perfectamente expandibles a los regímenes jurídicos de otros países y naciones, por lo menos en el mundo occidental. El libro acotado al fenómeno jurídico argentino era inexacto e insuficiente. Por tal razón, nos propusimos seguir un criterio globalizador e inclusivo.

La palabra «deconstrucción» podría, en determinados casos, inducir o promover la confusión, dando lugar a suficientes malentendidos, más aún si a ello le agregamos el sustantivo «derecho» y lo modificamos y calificamos como «administrativo». Todos estos términos tienen su historia, su contexto y su lenguaje propios, y en relación con nuestro cuestionamiento filosófico, histórico, mítico, religioso y destructivo son, en ocasiones, por decirlo rápidamente, desiguales, tímidos, aproximativos, esquemáticos por no decir arcaicos, mientras que por su especialización y por la agudeza de su competencia técnica están, por el contrario, muy avanzados en relación con tal o cual estado de la deconstrucción en un campo más bien literario o filosófico. Así, al decir de DERRIDA, el respeto de “las especificidades contextuales, académico-institucionales, discursivas, la desconfianza ante los analogismos, las transposiciones apresuradas, las homogeneizaciones confusas, me parecen el primer imperativo en la fase actual. Estoy seguro, y en todo caso espero, que este encuentro nos dejará tanto la memoria de las diferencias (y de las diferencias, en el sentido de las diferencias que oponen a dos contendientes), como la de los cruces, coincidencias o consensos. Sólo en apariencia la deconstrucción, en sus manifestaciones más conocidas bajo este nombre, no ha «abordado» el problema de la

justicia. No es más que una apariencia, pero hay que dar cuenta de las apariencias, hay que «salvar las apariencias», según el sentido que daba Aristóteles a esta necesidad, y es a lo que me querría dedicar aquí: mostrar por qué y cómo, lo que se llama corrientemente la deconstrucción, no ha hecho otra cosa que abordar el problema de la justicia, sin que lo haya podido hacer directamente, sino de una manera oblicua. Oblicua como en este momento mismo en el que yo me dispongo a demostrar que no se puede hablar directamente de la justicia, tematizar u objetivar la justicia, decir «esto es justo» y mucho menos «yo soy justo», sin que se traicione inmediatamente la justicia, cuando no el derecho.”⁵

Para no traicionarnos básicamente a nosotros, hemos optado, simplemente, por mantenernos como abogados, docentes y ciudadanos, que piensan su tiempo, que no lo aceptan como tal, sino que buscan provocar.

Provocar la discusión democrática y abierta de nuestra realidad.

Provocar la crítica si ello favorece el diálogo. Preocuparnos más en escuchar al otro que contestarnos a nosotros mismos.

Provocar la caída de nuestras estructuras del conocimiento del derecho administrativo, como posiciones *estructurizantes* del saber y del poder de turno.

Provocar para la diversidad y libertad.

El derecho administrativo como técnica de gestión, organización y garantía social goza de mala salud. Como técnica está enferma. La distancia entre la teoría y la práctica, entre los grandes principios metafóricos y las ficciones que construyen catedrales de saber que se asientan en toneladas de hojas en blanco, sigue viva.

Agradecemos, como lo hicimos antes, a la familia, a aquellos a quienes amamos, los que, a pesar de todo y contra todo, siempre están y confían en nosotros. A Laura, Martín, Matías, Rodolfo, Cristina, Ximena, Nacho, Mirta y Tamara, gracias.

A nuestros amigos, cuya lista sería interminable.

Muy especialmente, a MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA, por su impulso y por la posibilidad de esta edición.

La realidad, “se ofrece en perspectivas individuales. Lo que para uno está en último plano, se halla para otro en primer término. El paisaje ordena sus tamaños y sus distancias de acuerdo con nuestra retina, y nuestro corazón reparte los acentos. La perspectiva visual y la intelectual se complican con la perspectiva de la valoración. En vez de disputar, integremos nuestras visiones en generosa colaboración espiritual, y como las riberas independientes se aúnan en la gruesa vena del río, compongamos el torrente de lo real.”⁶

¿Servirá de algo *La deconstrucción del derecho administrativo*? No lo sabemos, ni lo podemos asegurar, pero interpretamos “como buen augurio que su proyecto nació en una

⁵ Cfr., DERRIDA, JACQUES, “Deconstruction and the Possibility of Justice,” (trad. MARY QUAINANCE), *Cardozo Law Review*, New York, volumen 11, nos 5-6, julio-agosto de 1990, posteriormente en *Deconstruction and the Possibility of Justice*, D. Cornell, M. Rosenfeld, D.C. Carlson editores, Routledge, Nueva York- Londres, 1992; publicado electrónicamente en http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/derecho_justicia.htm#_edn2.

⁶ ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, “Verdad y Perspectiva” en *El Espectador*, Navarra, Salvat, 1970, p. 21.

explosión de alegría impersonal, de confianza en el porvenir de los hombres.”⁷ Está en nosotros, los seres humanos, construir una nueva realidad, intentar un nuevo derecho administrativo o quedarnos, como meros y mediocres espectadores.

Al pensar de SÁBATO, “El hombre se está acostumbrando a aceptar pasivamente una constante intrusión sensorial. Y esta actitud pasiva termina siendo una servidumbre mental, una verdadera esclavitud. Pero hay una manera de contribuir a la protección de la humanidad, y no es resignarse. No mirar con indiferencia cómo desaparece de nuestra mirada la infinita riqueza que forma el universo que nos rodea, con sus colores, sonidos y perfumes [...] No hay otra manera de alcanzar la eternidad que ahondando en el instante, ni otra forma de llegar a la universalidad que a través de la propia circunstancia: el hoy y aquí. Y entonces ¿cómo? Hay que re-valorar el pequeño lugar y el poco tiempo en que vivimos, que nada tienen que ver con esos paisajes maravillosos que podemos mirar en la televisión, pero que están sagradamente impregnados de la humanidad de las personas que vivimos en él. Uno dice *silla* o *ventana* o *reloj*, palabras que designan meros objetos, y, sin embargo, de pronto transmitimos algo misterioso e indefinible, algo que es como una clave, como un mensaje inefable de una profunda región de nuestro ser. Decimos *silla* pero no queremos decir *silla*, y nos entienden. O por lo menos nos entienden aquéllos a quienes está secretamente destinado el mensaje.”⁸

Es que, como señala BORGES, no hay una sola palabra, una sola página, que sea sencilla, “*ya que todas postulan el universo, cuyo más notorio atributo es la complejidad.*”⁹

El lector comprenderá —y eso ansiamos— que esta renovada *deconstrucción* —probablemente plagada de errores y omisiones como toda obra humana—, ratifica nuestro compromiso en buscar una visión y un horizonte distintos para aquello que hacemos todos los días en nuestra práctica del derecho administrativo.

Desde ya, muchas gracias.

Los autores

Buenos Aires, julio de 2011.

⁷ ORTEGA Y GASSET, J., *op. cit.*, p. 22.

⁸ SÁBATO, ERNESTO, *La resistencia*, 18ª ed., Buenos Aires, Planeta (1ª ed., Booklet), 2006, pp. 17-19.

⁹ BORGES, JORGE LUIS, *El informe de Brodie*, Prólogo, en *Obras Completas*, t. II, 14º ed., Buenos Aires, Emecé, 2004, p. 399.

INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN

El término deconstruir significa deshacer analíticamente los elementos que constituyen una estructura conceptual. A su vez, deconstrucción significa “[d]esmontaje de un concepto o de una construcción intelectual por medio de su análisis, mostrando así contradicciones y ambigüedades.”¹⁰

Hemos intentado, no sabemos con qué suerte –parafraseando a BORGES–, deconstruir el derecho administrativo, no sólo el término, sino específicamente su contenido y su significado práctico.

Hemos puesto nuestra atención en deconstruir el conjunto de conductas humanas que se engloban bajo el término “derecho administrativo” y, posteriormente, bajo el manto velado del “derecho” en general, analizar su origen, recorrer el camino inverso hasta encontrar las causas del derecho administrativo que tenemos.

Para ello partimos de la imagen del derecho administrativo actual y que interpretamos y concebimos como una técnica de dominación social.

Nuestro primer objetivo es desmitificar al derecho como ciencia. En este camino, retrotraemos el derecho administrativo hasta lo que a nuestro entender son sus orígenes: el mito y el tabú. Para ello, intentamos con mayor o menor éxito trazar un paralelo entre ciertos institutos del derecho y de la religión –no dogma de fe, sino como doctrina–, todo ello con el fin de poner en descubierto la íntima conexión existente entre los mismos. El punto aquí está puesto principalmente en la similitud entre el mecanismo de razonamiento del hombre arcaico respecto del mito y el tabú y, el del hombre moderno en relación al derecho administrativo.

Una vez evidenciadas las zonas de contacto entre el mito y el tabú, sus estructuras, el tipo de razonamiento arcaico que les da origen junto al tipo de razonamiento que le da origen al contenido del actual derecho administrativo y el paralelismo entre los institutos de la religión y el derecho, nos adentramos en el análisis discursivo de este último y sus consecuencias en una comunidad determinada.

Por último, en este camino y, debido a la pretensión de equiparar al derecho con la ciencia, nos adentramos inescrupulosamente en las incapacidades de las principales disciplinas científicas actuales, para desmitificar –como ya hicieron otros antes que nosotros– el carácter “científico-seguro” de la ciencia.

Ahora bien, decir que el derecho administrativo –y el derecho todo– es una técnica de dominación social, no es nada nuevo. MARX denunció esta problemática mucho antes de ahora, sumado ello a los incontables iusfilósofos que han hecho hincapié en el carácter de herramienta o técnica del derecho.

¹⁰ <http://www.rae.es>.

En este trabajo, como expusimos párrafos arriba, iniciamos nuestra marcha arbitraria a partir de la concepción del derecho administrativo como técnica de dominación social.

Esta es nuestra condición inicial. Sin embargo, no nos conformamos con visualizar esta situación. Consideramos correcto el análisis marxista respecto que la superestructura, constituida por los grupos de poder, que mediante la ideología, concretizada en el aparato ideológico-discursivo, determina y esclaviza y somete a la infraestructura, constituida por el resto de la comunidad.

El derecho, como producto del aparato estatal, también conformado por los grupos de poder, forma parte de ese aparato ideológico-discursivo que preserva a ese mismo poder en la superestructura.

Que los grupos de poder determinen una específica técnica de dominación y a la vez propongan la deificación e inmutabilidad de la misma, a fin que se la respete y venere y así, el derecho preserve a la misma estructura de poder, no es algo nuevo.

Lo que en el transcurso de nuestras “meditaciones” nos pareció sorprendente es que el resto de los individuos, sigan permitiendo las iniquidades del “sistema”, pero ello es materia de otra obra futura, más cercano todavía al campo de la sociología política y la psicología social.

En fin, la pregunta clave [*the key question*] de este trabajo es por qué los individuos de una comunidad determinada siguen permitiendo que el derecho administrativo sea una técnica de dominación social dirigida por los grupos de poder, cuando ellos podrían transformarlo en una técnica de ordenamiento social *desde* su propia libertad y *para* su propia libertad. Este es el *quid*, el *gen madre* de todo nuestro desarrollo ulterior.

Uno de los problemas claves de esta entronización de determinada concepción viciada del derecho administrativo y de supuestos principios inmutables que lo sostienen es, como contrapartida, la demonización del Estado. Esto así, porque ambos responden a una misma (de)formación de la realidad y del discurso funcionales a un mismo objetivo y que difiere sustancialmente del bien común o del interés público, en su calidad de conceptos jurídicos indeterminados.

De allí que la teoría marxista del derecho, aunque nos parecía correcta, no nos terminaba de contestar la duda principal. Así es que nos propusimos deconstruir esta dinámica –en realidad, conformada por una verdadera visión estática del poder– del derecho administrativo hasta alcanzar la respuesta perseguida.

Para ello hicimos uso y abuso de los conocimientos que otras ramas del saber nos aportan y enriquecen, a efectos de contestar por qué el hombre prefiere permanecer esclavo en una estructura de dominación que él mismo ha creado y/o ha permitido que existiera, en vez de construir la armonía y la paz social desde sí mismo, *desde* su propia libertad y –lo que es más importante– *para* su propia libertad.

Pretender haber encontrado la respuesta correcta o al menos una respuesta, no sólo sería un exceso de megalomanía y narcisismo doble de ambos autores, sino además, una *contradictio in terminis* con nuestras propias convicciones de la relatividad, provisionalidad y el carácter conjetural del conocimiento humano, sumado a nuestra ferviente creencia de la inexistencia de una única respuesta correcta.

Las conclusiones a las que arribamos tan sólo son una provocación, si se quiere. Hipótesis, conjeturas –arriesgadas tal vez, utópicas seguramente– para incitar al debate que nos conduzca a tomar conciencia de nuestra situación actual y, especialmente, a mejorar el derecho administrativo que tenemos.

Por eso mismo, nuestro más ferviente deseo es que el lector disienta de nuestras conjeturas, que nos ataque desde el plano académico y desde el conocimiento práctico. Ello, porque sólo en el debate de los problemas –y no de las personas– está el progreso del conocimiento humano (como sostenía POPPER) que, consecuentemente, nos permita vivir en mayor armonía y paz.

Tal vez todo este recorrido sea un sueño. Nuestra intención siempre fue proponer la duda, ponerla sobre el tapete y abrir el juego del debate, en el entendimiento de que al fin y al cabo todo es ilusión y lo importante es construir *desde* la libertad y *para* la libertad.

La *opera prima* de cualquier autor es un acontecimiento irrepetible y de una alegría infinita.

Haber compartido el proyecto y haberlo llevado a cabo entre amigos, es una sensación única. Como siempre decimos, antes de ser abogados, escritores, profesores, somos amigos y eso determina la interacción en los otros ámbitos. Por ello mismo, desde un comienzo nos propusimos realizar este trabajo de una manera enteramente lúdica, construyendo a partir de nuestras diferencias y no desde nuestras coincidencias, con la energía de los opuestos y la alegría por el conocer.

No escribir, no investigar sin diversión, sin placer. Definitivamente, escribir esta obra ha sido una fuente de placer inconmensurable para nosotros mismos. Esperamos que el lector capte la felicidad que nos proporcionó realizar este trabajo.

Agradecemos a la familia, primeramente, a quienes amamos, los que, a pesar de todo y contra todo, siempre están y confían en nosotros.

A Laura, Martín, Rodolfo, Cristina, Ximena, Rodo, Mirta, Tamara y Héctor.

A nuestros amigos, cuya lista sería interminable.

A Mario Rejtman Farah, Enrique Mabromata, Rosaura Cerdeiras, Anibal Manzelli, Edgardo Costa, María Rosa Cilurzo y Osvaldo César Guglielmino quienes nos animaron y nos animan a seguir pensando y recreando la vida y el derecho, con visiones distintas y hasta opuestas sobre él, pero con la suficiente amplitud intelectual y democrática inherente al compromiso y responsabilidad que como abogados y juristas han asumido desde siempre.

En particular nuestro reconocimiento al Dr. Agustín Gordillo, el sempiterno profesor, en cuya cátedra nos conocimos y que nos condujo hacia una filosofía de la libertad, de la tolerancia en el disenso y de la alegría del conocer.

Finalmente, dedicamos este trabajo a Martín Diana, infinito ser de luz que ilumina nuestro camino en este cosmos caótico y a veces oscuro, llenándolo de amor, felicidad y, en particular, de sentido y; a Héctor Bonina, padre, quien con su ejemplo y energía ha sido la fuerza motora que movió la esencia de gran parte de este trabajo. Todo está en todo, decían los alquimistas, por eso, desde la eternidad en la que estás, GRACIAS.

Los autores
Buenos Aires, mayo de 2009.

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

ESTE PRÓLOGO NO ES UN PRÓLOGO

Cuando me lo contaron NO sentí el frío de un acero clavado en las entrañas sino el agradecimiento del final de aquella rima por hacerme un gran favor,* el de poder prologar, como un mascarón de proa, de aquellos coleccionables sólo por el genio de Neruda, esta “muestra” hacia un pensamiento que abre, que cuestiona, que deja marcas y genera temores.

Y este prólogo es una redundancia pues el mismo texto prologado, en su con-texto, es también un prólogo pues provocadoramente introduce a un pensar diferente, anguloso, intempestivo. Irrumpe en una apuesta audaz y como una verdadera “muestra” artística en el campo del pensar lo impensado. Abre surcos en la mar de la iusfilosofía y del derecho administrativo, no como un mascarón de proa sino como un verdadero espolón de aquellos antiguos birremes griegos que se dieron cita en el golfo de Salamina para derrotar por enésima vez a la pesada escuadra persa.

Recogiendo la propuesta foucaltiana de pensar de otro modo y forjar una ontología del presente, estos jóvenes abogados egresados de la Universidad de Buenos Aires, empuñan la pluma para crear de modo libre y decidido un texto que incentiva a pensar, además se confiesan que su elaboración ha sido una experiencia placentera, lúdica y con un objetivo de provocación.

Desde el deconstruir derridiano hasta pensar el presente, transitan agilmente en el campo del derecho y desmenuzan clásicos conceptos poniendo sobre el tapete la inconsistencia de lo jurídico y la deificación del Estado apuntando a la necesidad de aprehender la realidad como ható de intereses contrapuestos donde no sólo es justo aquello que me agrada sino que hay otra cosa. No es el egoísmo el eje de la norma, ni el interés público la justificación del ejercicio del poder.

El trabajo de Bonina y Diana, en una composición heideggeriana de lo actual y lo inactual, denuncia la inutilidad de las teorías y los dogmas sacralizantes del derecho como puro rito mitificado y exhibe el trasfondo político de la dominación, transita por las orillas de la biopolítica y hace emerger la necesidad de repensar el derecho como herramienta de libertad y no de culto.

En este sentido la apuesta se exhibe en todo el recorrido y en la apertura final del cuento de SION: “quien quiera oír que oiga”.

Ambos Nicolás nos introducen amablemente en cada uno de los capítulos al juego de los conceptos y las com-posiciones, pues todos los capítulos son precedidos de una introducción y exponen un corolario final, al igual que el libro en general, en donde “este prólogo no es un prólogo” sino una guía para disfrutar el aire fresco que Bonina y Diana hacen entrar en la aridez del derecho administrativo.

Denuncian la inutilidad del derecho como herramienta de libertad si carece del poder para limitar el poder. En fin colocan al derecho en el plano de lo inmanente y dejan entrever la necesidad de una nueva política que abra el campo de lo político a la responsabilidad de forjar las tecnologías del yo en libertad como reto desmitificador.

Además desacralizan lo axiomático de la cultura jurídica y exigen la sacralización humana del homo sacer de Agamben. Es que yo soy el otro como reza el poema de Rimbaud y es que en lo sagrado no siempre se encuentra lo excelso pues conviven dioses y demonios y es preciso encontrar en el entredós del yo y el otro, del mundo y el hombre, en las conjunciones “et” “y” “and” “&” “και” de lo uno “y” lo otro, el vínculo como soporte de la situación y del mundo.

Y pese a la danza, el juego y la risa de la vida que proponen encender Bonina y Diana, la seriedad de tratamiento y rigurosidad de análisis de los temas que crudamente son puestos a la vista, des cubiertos, de velados, exhibidos y dolorosamente mostrados desde un pensamiento no especulativo, nos mueven a una reflexión permanente y a un “desear” saber más, profundizar en esas incisiones que realizan abriendo de par en par el hermetismo de lo jurídico el simbolismo esotérico de la Ley sin esperar que el guardia del cuento de Kafka nos abra la puerta que ellos, desde su juventud y provocación lúdica nos invitan a atravesar.

El capítulo final no es un cierre. Como corresponde a esta obra joven pero experta, es también una apertura. Un *brief* de pensamientos que también induce a pensar de otro modo, o, al menos, cuestionarse el fundamento de los fundamentos sin pecar de fundamentalismo al estilo de los sabios de Bizancio. El mayor fundamentalismo es sostener que no deben existir los fundamentalismos. **

Para concluir el proemio: ¡qué no decir cuando me enteré del editor del trabajo! Lajouane Editorial que en 1884 realiza una primera edición de Códigos y Leyes de la Argentina. La editorial de Códigos en mis tiempos de estudiante en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, y esta es la plataforma de lanzamiento de este libro.

Agradezco a los Dres. Nicolás Diana y Nicolás Bonina la calidez con que me plantearon que prologara su obra, como un desafío a la imaginación. Y lo tomé, con la misma alegría con que ellos iniciaron la aventura de crear algo distinto, de exponer realidades, de marcar la cancha, en fin, de invitar a la reflexión y al estudio.

Καλὸ ταξίδι (kaló taxidi) que en griego quiere decir buen viaje. Y este saludo final y deseo a los lectores es porque a partir de acá podrán comenzar, secretamente en la intimidad de la lectura, a disfrutar de un viaje a través del derecho administrativo y el pensar. Déjese llevar con una sonrisa.

Buenos Aires, septiembre de 2008.

Enrique G. Mabromata

NOTAS:

* Paráfrasis de BÉCQUER, Gustavo Adolfo, “Rima XLII”

Cuando me lo contaron sentí el frío
De una hoja de acero en las entrañas,
Me apoyé contra el muro, y un instante
La conciencia perdí de dónde estaba.
Cayó sobre mi espíritu la noche,
En ira y en piedad se anegó el alma.
¡Y entonces comprendí por qué se llora,
Y entonces comprendí por qué se mata!
Pasó la nube de dolor, con pena
Logré balbucear breves palabras...
¿Quién me dio la noticia?... Un fiel amigo.
¡Me hacía un gran favor!... Le di las gracias.

** Conf. Eduardo GRÜNER, “*La Tragedia, o el fundamento perdido de lo político*” en AA.VV. “*Teoría y Filosofía Política*”, Clacso, Bs.As., 2002, pág. 13/14.

PLAN DE TRABAJO

*Áurea la primera edad engendrada fue, que sin defensor ninguno,
por sí misma, sin ley, la confianza y lo recto honraba.
Castigo y miedo no habían, ni palabras amenazantes en el fijado
bronce se leían, ni la suplicante multitud temía
la boca del juez suyo, sino que estaban sin defensor seguros.*

*Una primavera era eterna, y plácidos con sus cálidas brisas
acariciaban los céfiros, nacidas sin semilla, a las flores.
Pronto, incluso, frutos la tierra no arada llevaba,
y no renovado el campo canecía de grávidas aristas.*

*Entonces por primera vez entraron en casas, casas las cavernas fueron,
y los densos arbustos, y atadas con corteza varas.
Simientes entonces por primera vez, de Ceres, en largos surcos
sepultadas fueron, y hundidos por el yugo gimieron los novillos.
Tercera tras aquella sucedió la bronceína prole,
más salvaje de ingenios y a las hórridas armas más pronta,
no criminal, aun así; es la última de duro hierro.
En seguida irrumpió a ese tiempo, de vena peor,
toda impiedad: huyeron el pudor y la verdad y la confianza,
en cuyo lugar aparecieron los fraudes y engaños
y las insidias y la fuerza y el amor criminal de poseer.*

*Y no sólo sembrados y alimentos debidos se demandaba
al rico suelo, sino que se entró hasta las entrañas de la tierra,
y las que ella había reservado y apartado junto a las estigias sombras,
se excavan esas riquezas, agujadas de desgracias.
Y ya el dañino hierro, y que el hierro más dañino que el oro
había brotado: brota la guerra que lucha por ambos,
y con su sanguínea mano golpea crepitantes armas.
Se vive al asalto: no el huésped de su huésped está a salvo,
no el suero de su yerno, de los hermanos también la gracia rara es.
Acecha para la perdición el hombre de su esposa, ella del marido,
cetrinos acónitos mezclan terribles madrastras,
el hijo antes de su día inquiera en los años del padre.
Vencida yace la piedad, y la Virgen, de matanza mojadas,
la última de los celestes, la Astrea, las tierras abandona.
(OVIDIO NASÓN, PUBLIO. Metamorfosis)*

Como expresamos en la introducción a la primera edición, el presente trabajo nace a partir de un interrogante primordial: si el derecho administrativo tiende actualmente a la subordinación de los hombres y a la constitución de diferentes relaciones de poder dominantes, *¿por qué el resto de los individuos –subordinados–, no generan los cambios necesarios para transformar ese derecho administrativo en una herramienta que permita y garantice su libertad, su autodeterminación y realización?*

La pregunta aparece como la opción más lógica. Sin embargo, lo extraño y desconcertante de la respuesta, de la falta de reacción misma en el comportamiento de los seres humanos

ante este tipo de estructuras subordinantes, resulta pasmosa. Peor aún, son las propias comunidades de individuos las que impulsan la construcción de estructuras subordinantes mediante las cuales una mayoría resigna parte de su libertad y de su posibilidad de autodeterminación por el sometimiento a determinada *institucionalidad*. Adviértase que, tal como veremos más adelante, ni siquiera las revoluciones pueden considerarse como una verdadera reacción. Las revoluciones en nuestra historia han implicado sólo el cambio de una estructura subordinante por otra. Pero nada más.

Esta realidad —que hemos intentado plasmar en el cuento *La libertad de Sion* que integra el presente trabajo— nos lleva, primero, a indagar sobre las causas que dan origen a este tipo de comportamiento, el por qué del sometimiento mismo como algo natural y el por qué de la construcción de estructuras subordinantes. En segundo lugar, nos impulsa también a replantearnos lo que el derecho administrativo es en sí mismo, su concepción actual y su finalidad.

Partimos de una concepción filosófica y epistemológica de que el derecho todo y, por ende, el derecho administrativo como producto humano que es, debe propender a *la libertad, autodeterminación y realización del individuo en comunidad*.¹¹ No debemos olvidar que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico”.¹² A partir de tales preconceptos, todo nuestro análisis está signado por una elección *pro libertatis*.¹³

Esta perspectiva nos enfrenta con un derecho administrativo actual que tiende a la preservación y mantenimiento de estructuras de poder y subordinación continuas y constantes que alienan la capacidad del ser humano para alcanzar un grado de libertad, autodeterminación y realización considerable. Por su parte, los individuos se muestran incapaces de transformar esta realidad o de luchar para cortar con estas estructuras subordinantes materializadas en la institucionalidad propia de la comunidad.

¹¹ En similar sentido, ver el voto del Dr. Petracchi en CSJN, *Comunidad Homosexual Argentina, Fallos*, 314:1531 (1991), al señalar que la democracia no es sólo una organización del poder, sino un orden social destinado a *la realización de la plena personalidad del ser humano*. Ver, también, CSJN, *Portal de Belén, Fallos*, 325:292 (2002), en cuanto que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes)”. En este mismo sentido, CSJN, *Campodónico de Beviacqua, Fallos*, 323:3229 (2000) y *Asociación Benghalensis, Fallos*, 323, 1339 (2000), entre muchos otros. En cuanto a la finalidad del derecho como herramienta para la autoafirmación del individuo, ver voto del Dr. Petracchi en CSJN, *Sejean, Fallos*, 308:2268 (1986), “El orden jurídico debe pues, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes de vida no se vea frustrado.” Igualmente, el voto del Dr. Baqué, “en la Carta Magna se promete a todos aquéllos que quieran habitar el suelo argentino un sistema coherente, amplio y efectivo de libertad individual que les permita desarrollar planes tendientes a alcanzar una vida satisfactoria para ellos y para su posteridad”.

¹² CSJN, *Portal de Belén, Fallos*, 325:292 (2002). Ver nota precedente. La reiteración de la cita es voluntaria.

¹³ Esto supone el abandono y reemplazo de la vetusta máxima *in dubio pro administratione* por la de *in dubio pro libertatis* (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 9ª ed., FDA, Buenos Aires, 2007, “Introducción”).

Con este escenario, el análisis se centra en dos núcleos en sí mismos: *a)* la pregunta sobre la pasividad de los individuos y *b)* la pregunta sobre el derecho administrativo en sí mismo.

Percibirá el lector que ambas preguntas terminan retroalimentándose recíprocamente. La una determina a la otra y viceversa. Estamos frente a un nudo gordiano que sólo puede ser superado por la propia decisión del ser humano y por la divulgación ferviente y sin descanso.

En cuanto al primer interrogante, es cierto que las relaciones de subordinación están fundadas en la manipulación del poder. Pero esta respuesta no es la definitiva, al contrario, el poder es la consecuencia de algo más profundo, más ancestral, más primitivo. Para ello consideramos las tres cosmovisiones del mundo occidental, según ha sido explicado por FREUD: animismo, religión y ciencia. A lo largo del análisis de estas tres cosmovisiones encontramos un factor subyacente que se reitera y que constituye la piedra angular de las mismas: el miedo del ser humano. Este miedo es la base fundamental de la construcción de las tres cosmovisiones. Este miedo es el que origina las estructuras sociales de dominación. Y este miedo es el que origina también un derecho administrativo subordinante e impide la reacción del resto de los individuos.

Hacia el final de la obra, luego de haber transcurrido por las distintas cosmovisiones, intentaremos adentrarnos en la raíz psíquica de este miedo, a fin de abordar el fenómeno en su completitud.

En cada capítulo sobre las cosmovisiones, hemos introducido el paralelismo con el derecho administrativo, en una búsqueda de correlación de estructuras. Nuestra hipótesis de trabajo es que animismo, religión, ciencia y derecho constituyen *sistemas metafísicos* por igual. Su base es el miedo del individuo. Comparten estructuras similares y un mismo pensamiento arcaico, arraigado en alguna porción de nuestro inconsciente colectivo. Esta estructura de pensamiento arcaica es la que define al derecho administrativo como herramienta de subordinación e impide la reacción de las masas.

En cuanto al segundo interrogante, el del derecho administrativo en sí mismo, el presente análisis nos revela que es metafísica pura, tal como dijimos. Descartamos así el carácter científico que se le pretende endilgar y que ni la propia ciencia posee, tal como demostramos a lo largo de este trabajo. Llegamos a la conclusión, entonces, que se trata de una *técnica o herramienta humana para gestionar las relaciones colectivas en un ámbito determinado de aplicación*. Esta gestión puede tender a la paz, la libertad, autodeterminación y realización del individuo en comunidad o puede preservar el mantenimiento de estructuras subordinantes y de interacciones de dominación. Nuestro estudio arroja un derecho administrativo subordinante. Esta concepción viene determinada —como se verá— por el mismo pensamiento arcaico que da origen al animismo, a la religión y a la ciencia. De ahí la especial relación entre todos ellos.

Tal como aclaramos al comienzo, nos inclinamos por un derecho administrativo que tienda a la libertad. Por eso, nuestro análisis nos lleva a la crítica de la presente concepción.

Planteamos la necesidad de un cambio de paradigma, especialmente en los individuos que son el centro de todo régimen jurídico y de toda estructura social.

Planteamos la transformación del derecho administrativo, de su concepción, su finalidad y su vocación misma.

Planteamos la metamorfosis.

Metamorfosis para volver al comienzo del poema de OVIDIO, a una época áurea, en la que la confianza y la rectitud reinen.

Tal vez sólo sea una utopía. Pero los sueños, al fin y al cabo, constituyen ese ámbito de fantasía e infinitud en el cual la creatividad se hace presente y evolucionamos...

CAPÍTULO I

ANIMISMO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

1) INTRODUCCIÓN: LOS VESTIGIOS DEL PENSAMIENTO ARCAICO

El derecho administrativo —y el derecho todo— constituye una *técnica de gestión del orden y la convivencia en las relaciones colectivas*, que se configura como un sistema y este sistema expresa un conjunto de hechos psíquicos.¹⁴ Sistema que, al decir de DAVID EASTON,¹⁵ se trataría —o debiera tratarse— de una unidad que se autorregula como tal, autosuficiente, con requisitos y reglas de reconocimiento y autopreservación, y que determinan su entorno, contorno y zonas de contacto con otros sistemas. En realidad, deberíamos referirnos a un “sistema jurídico” y, dentro de él, al derecho administrativo como una de sus manifestaciones.

Debemos hacer nuestra salvedad respecto del reparo que nos merece el término “sistema” aplicado a cualquier mecanismo o herramienta humana, especialmente en lo relativo a las connotaciones emocionales y psíquicas que este término genera. Los *sistemas sólo existen en la cabeza de quien lo enseña*.¹⁶ En similar sentido, FERRAJOLI señala que la realización de la unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento es tarea de la disciplina del derecho,

¹⁴ Según la Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22ª ed.) un sistema es, en sus diferentes acepciones: (a) conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí; (b) conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto; (c) conjunto de órganos que intervienen en alguna de las principales funciones vegetativas, (d) conjunto estructurado de unidades relacionadas entre sí que se definen por oposición (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sistema).

¹⁵ EASTON centró su interés “en explicar de qué manera se toman y ejecutan las decisiones autoritativas al interior de la sociedad. Introducir la idea del sistema en la política, implica la posibilidad de diferenciar a la política de cualquier otra actividad social y examinarla como si fuera un contenedor rodeado, y por lo tanto diferente, por un ambiente en el cual opera y que crea resultados que son aplicables para todos los componentes del sistema. Lo que mantiene al sistema funcionando son entradas en forma de demandas y apoyos que son convertidos en resultados en términos de decisiones políticas de varios tipos, que tienen consecuencias para el ambiente y para el sistema mismo en que existe. Estas decisiones son consideradas como importantes, pero están determinadas por el flujo de entradas que mantienen activo al sistema y que caracterizan a la acción política. De esta manera, identificar a un sistema y sus propiedades, sus unidades, sus fronteras y sus procesos son elementos de definición que nos permiten operar variables para el estudio empírico como tal. En este sentido, la diferenciación del objeto de estudio con respecto a su ambiente, o de los aspectos individuales que lo integran, permite sistematizar las formas de observación y búsqueda de patrones en el comportamiento de sus elementos. Finalmente, la articulación de dichos componentes para la toma de esas decisiones autoritativas y su ejecución, es otra dimensión del sistema que permite el estudio de los procesos inherentes a su funcionamiento. La teoría de sistemas de Easton proviene de una perspectiva mecanicista y cibernética que define de manera externa al sistema y lo considera una «caja negra» donde sus relaciones con el ambiente y otros sistemas se presentan gráficamente y con diagramas de flujo y bloques. Su forma general es la transferencia de entradas y salidas que se asumen como lineales y que se representan por grupos de decisiones, donde la diferenciación se da en términos del intercambio de información entre el sistema y su ambiente, y entre los elementos del sistema en sí, así como de control de sus funciones con respecto al ambiente” (LÓPEZ MONTIEL, ÁNGEL GUSTAVO, “Las teorías de sistemas en el estudio de la cultura política,” en *Política y Cultura*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, pp. 171-190.)

¹⁶ Ver el punto en NIETO, ALEJANDRO / GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 75; ver además pp. 28-29.

a condición de que resulte claro que de hecho no existen.¹⁷ Más claro y rotundo aún, en palabras de GENARO CARRIÓ, el *sistema no es otra cosa que la búsqueda de lo incondicionado*, es la idea de una súper-realidad "forjada por la razón en procura de alcanzar una meta inalcanzable: la unidad sistemática de nuestro conocimiento".¹⁸

El derecho administrativo es una manifestación —sino y quizás, la más importante— del subsistema jurídico en el sistema político y social. Manifestación que, entendemos, resulta inherente al ser humano y al poder, como relación implícita en toda sociedad organizada. Aunque también ha sido considerado como una rama autónoma del derecho, porque presentaría objeto, método, institutos y principios informativos propios, exorbitantes y derogatorios del derecho común.¹⁹ Discrepamos respetuosamente con dicha definición que exorbita el carácter, fisonomía y función actual del derecho administrativo, como técnica, que en nada afecta su autonomía.

El derecho administrativo es manifestación y producto humano, en su interacción colectiva. A esta manifestación subyacen ocultos determinados hechos psíquicos que le dan forma y determinan su configuración actual.

La pretensión de este capítulo consiste en bucear y adentrarnos en tales hechos psíquicos, los que residen en la base de la construcción de todo sistema jurídico, en especial, en el ámbito del derecho administrativo.

En esta tarea afirmamos como punto de partida que el derecho administrativo —como género dentro del derecho— es una construcción que tiene como base de su propio origen la estructura de pensamiento del hombre primitivo, fundado en nuestro propio arcaísmo, que todavía sobrevive arraigado en algún lugar de nuestro *inconsciente colectivo*,²⁰

¹⁷ FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 33.

¹⁸ CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed. reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 252; ver también GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 10º ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. I.

¹⁹ CRETELLA JUNIOR, JOSÉ, "Los principios fundamentales de derecho administrativo," en *Revista de derecho administrativo*, año 2, septiembre-diciembre 1990, nº 5, p. 426 y ss. Resalta este autor que la autonomía del derecho administrativo se originó en 1873, "cuando el consejero David, en el caso «Blanco», sustentó ante el Tribunal de Conflictos que, en los casos de responsabilidad pública, el Código de Napoleón debería ser dejado a un lado, porque se trataba de relaciones jurídicas privadas, debiéndose invocar los principios publicísticos, ya que el Estado, en relación a los particulares, se halla en posición de verticalidad, que tiene su origen en la relación de administración, a la vez que la relación jurídica entre particulares es caracterizada por la horizontalidad." No necesariamente esto es así, ya que en materia laboral y comercial, por caso, existen relaciones hiposuficientes, claramente verticales, en los que los trabajadores y consumidores, respectivamente, morigeran la *exorbitancia y verticalidad*, con garantías y presunciones a favor de la parte más desprotegida de la relación. Nunca puede haber en esos dos ejemplos, horizontalidad ni paridad en sus relaciones jurídicas.

²⁰ Explica JUNG, CARL G., *Las relaciones entre el yo y el inconsciente*, Barcelona, Paidós, s/d, que "La analogía universal de los cerebros da por resultado una posibilidad de funcionamiento espiritual análogo. Esa función es la psique colectiva." (p. 38). A su vez, señala en cuanto a los contenidos colectivos de la psique: "No hay duda de que, por ejemplo, los simbolismos arcaicos, tales como se encuentran tan a menudo en fantasías y sueños, son factores colectivos. Lo son todas las tendencias fundamentales y todas las formas fundamentales del pensar y del sentir. Todo aquello que los seres humanos están acordes en considerar de orden general es colectivo, así como aquello de que todos disponen y que todos comprenden, dicen y hacen." (46). A su vez, "El inconsciente colectivo es la parte inconsciente de la psique colectiva, la imago objetual inconsciente." que se constituye, entre otras cosas, "con restos subliminales de funciones arcaicas, que existen a priori y que en cualquier momento, por cierta acumulación de la libido, pueden ser puestos en función. Estos residuos son de naturaleza no sólo formal si no también dinámica (pulsiones)" (p. 218).

especialmente en lo que respecta al sistema de limitaciones del tabú. Explica FREUD que el hombre pasó del animismo a la religión y de ésta a la ciencia. Estas cosmovisiones presentan una constante evolución respecto de la anterior pero conservan una similar raíz arcaica, “deificando” metafísicamente en todas al objeto de adoración. Esta estructura de pensamiento arcaica se hace manifiesta en nuestra rama, en la “dogmatización” e “idealización” del derecho como ciencia, convirtiéndolo en una especie de deidad pagana cuyo *regular* respeto nos protege de causas inesperadas o “fuerzas demoníacas”, en fin, de todo mal. Se “deifica” al derecho y consecuentemente se lo “convierte en ciencia”. Luego, la ciencia nos otorga “seguridad”, “certidumbre”. El objeto de estudio del derecho, en general, y del derecho administrativo, en particular, se transforma así en un fin en sí mismo, abandonando, en consecuencia, su función social básica y elemental de organizar, legitimar y ser garantía contra el poder, para ser el instrumento del poder por antonomasia.

El análisis parece reducirse siempre, o casi siempre, “al examen de cierto número de obras teóricas, clasificadas en función del valor de atemporalidad que les atribuye la tradición, y en esencia se trata de situarlas unas con respecto a otras, de explicarlas, comentarlas e interpretarlas. Todo lo que escapa a las formulaciones demostrativas, todo lo que brota de las profundidades secretas de las potencias oníricas queda relegado, de hecho, a una zona de sombra en la que son muy escasos aquellos a quienes se les ocurre penetrar. El sueño casi no se toma en consideración, salvo cuando se expresa en la forma tradicional de lo que se conviene en llamar utopía, es decir, un género literario bien determinado, de finalidades didácticas claramente afirmadas, sometido a un riguroso ordenamiento del discurso y fácilmente accesible a la mera inteligencia teórica.”²¹

Si relacionamos el enfoque *popperiano*, cuyo eje transcurre en el temor a la incertidumbre y las nociones de los estudiosos sobre el miedo a lo demoníaco del hombre primitivo, comprenderemos que tanto el animismo como la religión y así también la ciencia, son sistemas de pensamiento que tienden a limitar, encauzar y contener ese miedo a la incertidumbre, a las causas desconocidas o, en fin, a las fuerzas demoníacas que residen en nuestro inconsciente colectivo heredado del hombre primitivo.

Como ha señalado DILTHEY, “La eficacia de *lo invisible* es la categoría fundamental de la vida religiosa elemental.”²²

Se aprecia de este modo que tanto las ideas sobre *Dios* y el *Demonio* —y sus proyecciones— funcionan no sólo en clave religiosa, sino que se trasladan estos conceptos a toda forma de organización social, pero en particular al Estado.

Este mecanismo de pensamiento se advierte más fácilmente en el derecho público y así en el derecho administrativo, ya que implica en forma directa la acción de la autoridad pública, es decir, del “poder”.

Piénsese en los ejemplos que se brindan de los distintos tipos de tabúes del hombre primitivo. Los estudiosos mencionan la existencia de tabúes permanentes y temporales.²³

Asimismo, “Los contenidos más importantes del inconsciente colectivo parecen ser las «imágenes primordiales», es decir, las ideas y tendencias vitales colectivas (formas místicas de vida y pensamiento).” (p. 219).

²¹ GIRARDET, RAOUL (trad. HORACIO PONS), *Mitos y mitologías políticas*, Buenos Aires, 1999, pp. 9-10.

²² DILTHEY, WILHELM, “Los tipos de visión del mundo y su desarrollo en los sistemas metafísicos”, en *Teoría de las concepciones del mundo*, Barcelona, Altaya, 1997, p. 52. El énfasis nos pertenece.

²³ FREUD, SIGMUND, *Tótem y Tabú*, Madrid, Alianza Editorial, 1967, p. 33, citando a WUNDT.

Entre los primeros se encuentran los tabúes de los sacerdotes, jefes, muertos y todo lo que con ellos se relaciona.²⁴ Los tabúes temporales están relacionados a distintos estados o actividades de los hombres “comunes”, así por ejemplo la menstruación y el parto, la caza, la pesca, etc.²⁵

Los tabúes más poderosos o con mayor influencia son los que residen en la figura de los sacerdotes o jefes —y también los de los muertos—; es decir, los que pertenecen al género en el cual el “poder público” se encuentra inmiscuido, sea en la figura del sacerdote o del jefe. La impronta de esta influencia tiene especial significación en el sistema del derecho administrativo, en el cual el “poder público” es una de las partes actuantes. Esta influencia se traslada al punto de nuestra imposibilidad para comprender que el Estado somos nosotros mismos que lo conformamos como tal y a esa “inevitable” propensión a “deificarlo” como un ser distinto y con alma propia —característica del sistema animista—. Todavía quizá, no podamos desligarnos de creer en el Estado como en el monarca, cuya legitimidad proviene de la divinidad y no de la ley.²⁶

Como ha descripto NINO, el derecho —las normas— hace posible la integridad y la subsistencia de las sociedades. Sin embargo, la construcción del mito llamado Estado, implica una actividad dirigida hacia la implementación de una ideología, ajena a cualquier criterio lógico o empíricamente contrastable. He aquí la función del mito y del tabú al servicio del mantenimiento de determinadas circunstancias de hecho; luego, por supuesto, aparecerá el derecho (administrativo).²⁷

2) TÓTEM Y TABÚ

Explica FREUD al referirse al tabú, “que se trata de una serie de limitaciones a las que se someten los pueblos primitivos, ignorando sus razones, y sin preocuparse siquiera de investigarlas, pero considerándolas como cosa natural, y perfectamente convencidos de que su violación les atraería los peores castigos.”²⁸ “Todas estas prohibiciones parecen reposar sobre una teoría, según la cual, dependería su necesidad de la existencia de determinadas personas o cosas que entrañarían una fuerza peligrosa, transmisible por el contacto, como un contagio.”²⁹

En este esquema, FREUD sorprende afirmando: “[s]ospechamos, en efecto, que el tabú de los polinesios, no nos es tan ajeno como al principio lo parece [...] la esencia de las

²⁴ FREUD, *op. cit.*, p. 33, citando nuevamente a WUNDT.

²⁵ FREUD, *op. cit.*, p. 33, con nueva cita de WUNDT.

²⁶ BORGES lo explica con las siguientes palabras: “El argentino, a diferencia de los americanos del Norte y de casi todos los europeos, no se identifica con el Estado. Ello puede atribuirse a la circunstancia de que, en este país, los gobiernos suelen ser pésimos o al hecho general de que el Estado es una inconcebible abstracción...”, BORGES, JORGE LUIS, “Nuestro pobre individualismo”, en *Otras Inquisiciones*, en *Obras Completas*, II, 14^o ed., Buenos Aires, Emecé, 2004, p. 36. Y en su nota al pie agrega “El Estado es impersonal: el argentino sólo concibe una relación personal. Por eso, para él, robar dineros públicos no es un crimen. Compruebo un hecho; no lo justifico o excuso.” Tal vez, esta diferencia entre los argentinos —y los pueblos latinoamericanos que tienden a paternizar al Estado en la figura del presidente— y los pueblos europeos y los americanos del Norte reside en que aquellos se encuentren en una etapa más evolucionada del pensamiento arcaico.

²⁷ NINO, CARLOS S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005, p. 35.

²⁸ FREUD, *op. cit.*, p. 33.

²⁹ FREUD, *op. cit.*, p. 34.

prohibiciones tradicionales y éticas a las que por nuestra parte obedecemos, pudiera poseer una cierta afinidad con este tabú primitivo, de manera que el esclarecimiento del mismo habría, quizá, de proyectar alguna luz sobre el oscuro origen de nuestro propio «imperativo categórico».³⁰

Aquí encontramos las primeras diferencias y similitudes entre el tabú y el derecho. La violación del derecho y el tabú acarrea o puede acarrear consecuencias negativas para quien cometa la infracción: la sanción. Es decir, estamos ante dos sistemas prescriptivos y sancionadores que tienen como objeto la gestión del orden de una comunidad dada. Derecho y tabú coinciden también en perpetuar determinadas estructuras de poder. Por su parte, tabú y derecho se diferencian en que en el segundo, los individuos saben que las sanciones provienen de la legitimidad del aparato estatal para sancionar la ley y para aplicarla y castigar en caso de incumplimiento de la misma. La consecuencia proviene porque las reglas del juego están dispuestas así y no por alguna causa mística o desconocida.³¹

Por otro lado, encontramos cierta similitud en el acatamiento de determinados ritos, ritualismos procesales o procedimentales que se siguen cumpliendo sin que nadie sepa por qué, pero con una creencia casi inconsciente en que el incumplimiento o violación a los mismos acarreará algún mal que desconocemos.³² Sobran ejemplos de reparticiones públicas que exigen la presentación de escritos con dos ganchitos mariposas o con uno y nadie sabe bien por qué. Lo mismo sucede con el “SERÁ JUSTICIA”, frase con la que se cierra todo escrito judicial en la Argentina, que se ha convertido en un ritual mítico, ya que su obligatoriedad no viene impuesta por ninguna norma. La justificación real de innumerable cantidad de resoluciones administrativas se basa en que “siempre se hizo así” y “por eso no se puede”, aunque la norma autorice otra solución. Es la reiteración de ritos, procedimientos, criterios y acciones las que otorgan seguridad en que nada malo va a suceder.

Otra poderosa similitud entre el tabú y el derecho, consiste en la falta de cuestionamiento a la regla o al rito. Pocos profesores, estudiantes y abogados son los que se cuestionan desde la “raíz” la habilitación de la instancia, el dogma de la inejecutabilidad del Estado, el carácter revisor del acto administrativo, el régimen exorbitante, etc. Se considera que estos institutos pertenecen ontológica y necesariamente al régimen jurídico administrativo cuando en realidad podríamos erigir un régimen radicalmente distinto en el cual estos institutos no existieran. En esta estructura arcaica todavía vigente, no importa si los mismos funcionan defectuosamente en su aplicación, lo importante para el proceso de “deificación” es que desde siempre existieron y deberán existir por siempre. No hay

³⁰ FREUD, *op. cit.*, p. 35. HANS KÜNG señala “No hay ningún pueblo sin religión y, mucho menos, sin ética, esto es, sin unos valores y criterios del todo concretos. Ya en las culturas tribales se encuentran *normas* no escritas, *no formuladas en forma proposicional*; una ética familiar, grupal, tribal, transmitida en relatos, parábolas y comparaciones [...] Es llamativo que ciertas pautas éticas elementales parecen ser semejantes en el mundo entero. A juicio de los antropólogos culturales, las normas *éticas no escritas* constituyen la «roca» sobre la que se levanta la sociedad humana.” (KÜNG, HANS, *El principio de todas las cosas. Ciencia y religión*, Madrid, Trotta, 2007, p. 189).

³¹ Aunque es dable advertir que la génesis propia de esa legitimidad se ha convertido prácticamente en un mito, tal como se desarrollará en el acápite siguiente.

³² “Se sabe, en efecto, la facilidad con que en los pueblos primitivos se consolidan las maneras de actuar en prácticas tradicionales, y, por otra parte, que intensa es en ellos la fuerza de la tradición. Las costumbres de los antepasados están rodeadas de un respeto tal que no se las puede derogar sin ser castigado” (DURKHEIM, EMILE (trad. Carlos G. Posada), *La división del trabajo social*, v. I, Barcelona, Planeta, 1994, pp. 173-174.)

espacio para cuestionar justamente su existencia. En última instancia, se proponen más o “mejores” leyes que continúen con los mismos institutos. Esta “deificación” de las teorías e institutos jurídicos impide el *sincero* cuestionamiento sobre su existencia y utilidad, otorgándonos una muestra poderosa de nuestro pensamiento arcaico relacionado con el sistema de tabúes.

FREUD comenta, con cita de WUNDT, que la noción de tabú “«comprende todos los usos en los que se manifiesta el temor inspirado por determinados objetos relacionados con las representaciones del culto y por los actos con ellos enlazados».”³³ Así, debemos entender por tabú —en el sentido general de la palabra— “toda prohibición impuesta por el uso y la costumbre o expresamente formulada en leyes, de tocar a un objeto, aprovecharse de él o servirse de ciertas palabras prohibidas”.³⁴ Puede advertirse, en esta construcción incipiente, la estructura básica de la endonorma y la perinorma.³⁵

WUNDT agrega “...que el tabú es una manifestación y una consecuencia de la creencia de los pueblos primitivos en los poderes demoníacos. Ulteriormente, se habría desligado el tabú de esta raíz y habría continuado constituyendo un poder, simplemente en virtud de una especie de inercia psíquica, formando así la raíz de nuestras propias prescripciones morales y de nuestras leyes.”³⁶ Se advierte la similitud entre el tabú y el derecho, en cuanto sistema de permisiones y prohibiciones (técnicas de gestión social).

Todo régimen moral y jurídico proviene o encuentra sus raíces en el régimen del tabú. Esta hipótesis adquiere mayor fuerza si tenemos en cuenta que tanto el derecho como la moral fueron confundidos en un principio, permaneciendo durante este período unidos como un mismo fenómeno.³⁷

³³ FREUD, *op. cit.*, p. 35, con cita de WUNDT.

³⁴ FREUD, *op. cit.*, 35-36, con cita de WUNDT y agrega FREUD: “...habremos de reconocer que no existe un solo pueblo ni una sola fase de la civilización en los que no se haya dado una tal circunstancia.” (p. 36).

³⁵ Sin pretender entrar en la distinción de la norma jurídica como juicio hipotético o disyuntivo que defendieran KELSEN y COSSIO respectivamente, diremos que toda norma jurídica está integrada por una norma doble que sería aproximadamente de la siguiente manera:

Endonorma (o norma secundaria según KELSEN): “Bajo ciertas condiciones una persona debe conducirse de un modo determinado” (dado A, debe ser P –prestación–).

Perinorma (o norma primaria según KELSEN): “Si no se comporta así, entonces otra persona –el órgano estatal– debe realizar contra ella un acto coactivo determinado” (dado no P, debe ser S –sanción–).

El ejemplo ha sido tomado de AFTALIÓN, ENRIQUE R. / GARCÍA OLANO, FERNANDO / VILANOVA, JOSÉ, *Introducción al Derecho*, 11° ed., Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980, p. 96. Remitimos al cap. IV de esta obra (p. 93 y ss.) para la ampliación del presente tema. La relación del tabú con la norma jurídica en su formulación es innegable. En el primero, la formulación podría ser de la siguiente manera: “Ante determinado tabú el individuo debe abstenerse, dada la no abstención sobrevendrá un castigo.”

³⁶ FREUD, *op. cit.*, p. 37.

³⁷ KÜNG, afirma que “No hay ningún pueblo sin religión y, mucho menos, sin ética, esto es, sin unos valores y criterios del todo concretos. Ya en las culturas tribales se encuentran *normas* no escritas, *no formuladas en forma proposicional*; una ética familiar, grupal, tribal, transmitida en relatos, parábolas y comparaciones [...] Es llamativo que ciertas pautas éticas elementales parecen ser semejantes en el mundo entero. A juicio de los antropólogos culturales, las *normas éticas no escritas* constituyen «la roca» sobre la que se levanta la sociedad humana. Esta roca se puede denominar «ética primigenia» (*Ur-Ethos*), la cual constituye el núcleo de una ética humana común: la ética mundial (*Welt-Ethos*) [...] Así pues, la «ética mundial» no sólo tiene su fundamento (sin-crónicamente) en las normas fundamentales hoy comunes a las distintas religiones, sino también (diacrónicamente) en las normas fundamentales de las culturas tribales que ya se impusieron en

WUNDT, divide tres clases de tabúes en los pueblos salvajes australianos: el tabú de los animales —que constituye el nódulo del totemismo—, el tabú de los hombres y el tabú de objetos inanimados,³⁸ señalando que la regla en común es “la de ser tabú todo aquello que, por cualquier razón, inspira temor o inquietud.”³⁹

Las fuentes verdaderas del tabú “deben ser buscadas más profundamente que en los intereses de las clases privilegiadas; «nacen en el lugar de origen de los instintos más primitivos y, a la vez, más duraderos del hombre, esto es, *en el temor a la acción de fuerzas demoníacas*». «No siendo, originariamente, sino una objetivación del temor al poder demoníaco que se suponía oculto en el objeto tabú, prohíbe el tabú irritar a dicha potencia y ordena apaciguar la cólera del demonio y evitar su venganza siempre que se ha llevado a cabo una violación, intencionada o no.»⁴⁰ “Poco a poco, va constituyéndose el tabú en un poder independiente, desligado del demonismo, hasta que llega a convertirse en una prohibición impuesta por la tradición y la costumbre, y en último término, por la ley. «Pero el mandamiento tácito disimulado detrás de las prohibiciones tabú, las cuales varían con las circunstancias de lugar y tiempo, es originariamente el que sigue: «Guárdate de la cólera de los demonios.»”⁴¹

En base a lo desarrollado hasta aquí, ¿no debemos preguntarnos si detrás de toda la batería de normas, regulaciones e institutos que poseemos no se esconde un miedo más profundo, más primordial, más radical? ¿Por qué, sino, sacralizamos las teorías e institutos jurídicos hasta el paroxismo?

Tomemos un ejemplo. Un juez rechaza una acción ordinaria por falta de habilitación de la instancia, en el cumplimiento sacro de la norma, aun cuando advierte la manifiesta ilegitimidad del acto administrativo que se impugnaba. Esto es moneda corriente de todos los días y es la manifestación más clara de la sacralización del derecho. Se considera que el fin del derecho es la convivencia social en orden. Pero es un orden temeroso el que conseguimos. Un orden violado en secreto por los parasistemas⁴² pero temido desde nuestra propia incapacidad para lograr el orden en libertad. En una libertad profunda y personal.

Según lo analizado hasta aquí, el tabú es una construcción que delimita las prohibiciones de los individuos de determinada tribu, y consecuentemente determina también las permisiones. Residualmente, aquello que no está prohibido está permitido —principio que también puede encontrarse en el artículo 19 de nuestra Constitución nacional—.

Las prohibiciones del tabú encuentran su fuente en el miedo a las causas demoníacas. Estas causas demoníacas no son otra cosa que las causas desconocidas⁴³ o, como señala JUNG,

tiempos prehistóricos (antes de las primeras fuentes escritas).” (KÜNG, HANS, *El principio de todas las cosas. Ciencia y religión*, Madrid, Trotta, 2007, p. 189).

³⁸ FREUD, *op. cit.*, p. 36.

³⁹ FREUD, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁰ FREUD, *op. cit.*, p. 37 con citas de WUNDT.

⁴¹ FREUD, *op. cit.*, p. 37 con citas de WUNDT.

⁴² GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela*, 3ª reimp., Madrid, Civitas, 2001.

⁴³ Permítasenos citar un texto de HUME, donde explica detalladamente este hecho: “Estamos ubicados en este mundo como en un gran teatro, donde la verdad surge de improviso y donde las causas de todos los acontecimientos se nos ocultan por completo. No poseemos la suficiente sabiduría como para prever ni el suficiente poder como para prevenir los males a los que estamos continuamente expuestos. Nos hallamos perpetuamente suspendidos entre la vida y la muerte, entre la salud y la enfermedad, entre la abundancia y el

las fuerzas arbitrarias que ponen en peligro la supervivencia del primitivo.⁴⁴ Explica así este autor que “La identificación efectuada mediante proyección, crea un mundo en el cual un hombre está completamente incluido, no sólo físicamente, sino también moralmente; él se desliza, fluye, en cierto modo, con ese mundo. No es nunca el señor, sino solamente un elemento de él. Por eso los primitivos están todavía muy lejos del particularismo humano, no sueñan en ser los señores de la creación. Su clasificación zoológica no culmina en el *Homo sapiens*: el ser más elevado es el elefante, después viene el león, luego la serpiente boa o el cocodrilo, después el hombre, y más tarde los seres inferiores. El hombre está todavía subordinado a la naturaleza, no piensa que pueda dominarla.”⁴⁵ “Por ello su aspiración suprema es la de defenderse de los incidentes peligrosos que la naturaleza le presenta.”⁴⁶

El hombre de la cosmovisión religiosa, a diferencia del primitivo, siente que puede manipular y dominar el mundo —como se verá más adelante, en el hombre occidental, ésta es la directiva religiosa de la tradición judeocristiana, la de dominar y someter la creación—. Entiende y explica el mundo como creación y subordinación a alguna divinidad o poder divino, pero teme a las causas demoníacas, al mal en sí mismo, tanto como el hombre primitivo. Como explica DILTHEY, “Las ideas religiosas del mundo nacen de una relación vital peculiar del hombre. Más allá de lo dominable, donde el hombre natural, como guerrero, cazador, cultivador y aprovechador del suelo, produce alteraciones en el mundo exterior mediante acciones físicas con fines racionales, *se extiende la región de lo inaccesible a esa actividad, inasequible al conocimiento*. Y como, sin embargo, le parecen partir de ahí efectos que le procuran fortuna en la caza, éxito en la guerra, buena cosecha; como en la enfermedad, en la locura, en la vejez, en la muerte de la mujer, de los hijos o de los ganados, *se siente dependiente de algo desconocido, nace la técnica de influir en esta realidad inaprehensible*, que no puede dominarse por la actividad por la actividad física, *mediante sus rezos, sus ofrendas, su subordinación*. Quisiera incorporarse las energías de los seres superiores, lograr una buena relación con ellos, unirse con ellos. *Las acciones que tienden a esto constituyen el culto primitivo*. Aparece el oficio del hechicero, médico o sacerdote, y como esta clase se ordena de un modo cada vez más

deseo, los que son distribuidos entre los hombres por causas secretas y desconocidas que actúan a menudo inesperada y siempre inexplicablemente. Estas *causas desconocidas* llegan a ser el objeto constante de nuestras esperanzas y temores. Y mientras las pasiones son continuamente agitadas por la ansiosa expectativa de los hechos, recurrimos también a la imaginación a fin de poder formarnos una idea sobre esas fuerzas a las cuales estamos tan enteramente sujetos. Si los hombres analizaran la naturaleza de acuerdo con la filosofía más probable o, por lo menos, más inteligible, descubrirían que estas causas no consisten sino en la peculiar trama y estructura de las diminutas partes de su propio cuerpo y de los objetos del mundo exterior; y que un mecanismo regular y constante produce todos los hechos que tanto interesan a los hombres. Pero esta filosofía excede la capacidad de comprensión de las multitudes ignorantes, que solo pueden concebir dichas *causas desconocidas* de una manera vaga y confusa, aun cuando su imaginación, debe esforzarse para lograr una idea determinada y distinta de las mismas. Cuanto más examinan los hombres estas causas y la incertidumbre de su acción, menos satisfacciones logran en su investigación. Y aun en contra de sus deseos, hubieran abandonado finalmente tan arduo esfuerzo, si no fuera por la tendencia de la naturaleza humana hacia el sistema, que les proporciona cierta satisfacción.” (HUME, DAVID, *Historia Natural de la Religión*, Buenos Aires, Eudeba, 1966, pp. 54-55.)

⁴⁴ JUNG, CARL GUSTAV, “El hombre arcaico”, extracto de *Il problema dell'inconscio nella psicologia moderna*, Torino, Einaudi, 1942, pp. 165-192, compilado en DE MARTINO, ERNESTO, *Magia y civilización*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, pp. 115-116.

⁴⁵ JUNG, “El hombre arcaico”, *op. cit.*, p. 116.

⁴⁶ JUNG, “El hombre arcaico”, *op. cit.*, p. 116.

firme, se acumulan en ella artificios, experiencias, saberes, y se constituye en ella un modo peculiar de vida, que la separa de los demás miembros de la sociedad.⁴⁷

La diferencia entre el hombre primitivo y el religioso pasa por la racionalización que hacen de ese mal al que temen. En el *primitivo*, las causas diabólicas son las causas desconocidas, la voluntad azarosa de la misma naturaleza y sus deidades. Lo que no se entiende en un mundo incomprensible y que no se domina. En el hombre religioso, el temor se materializa en la desobediencia a la divinidad, en el pecado y en la maldad tanto de los hombres como de alguna entelequia divina. Se racionalizó el temor y se le otorgó una causa concreta: el hombre (*homo homine lupus est*), el demonio, el pecado, etc. Es la racionalización del miedo a lo desconocido lo que cambia, pero nada más.

El hombre moderno, en cambio, cree en una causalidad científicista y trata de dominar la realidad mediante el conocimiento de las “causas naturales”. Pero también teme a aquello que no puede explicar mediante la racionalidad y la científicidad. Aquello que escapa a su racionalización del mundo y a su capacidad de comprensión y manipulación. En esta estructura de pensamiento, el derecho tiene una razón de ser trascendente. Nace con el fin de gestionar las interacciones de los individuos en comunidad y a efectos de limitar (mediante la coacción física o psíquica) los comportamientos desconocidos y amenazantes de los hombres. Si entendemos que el objeto final del derecho es el orden de una determinada comunidad, entonces las causas desconocidas o arbitrarias son aquellas que ponen en riesgo aquel orden.

Para el primitivo, las causas desconocidas o demoníacas son aquellas que ponen en peligro su supervivencia como parte integrante de la naturaleza. En cambio, el hombre civilizado se ha percatado que no hay mayor peligro y arbitrariedad que el propio hombre, de allí que el derecho se centre en la conducta de los individuos, restringiéndola a efectos de mantener determinado tipo de orden y de relaciones de poder.⁴⁸

Al percatarse que la fuente de mayores peligros es el propio hombre, este mismo hombre resigna y aliena su propia libertad personal en pos de una estructura que ordene y controle sus propias pasiones e impulsos que pueden causar el “mal”.

Convencido de ser él mismo el lobo del hombre, renuncia a su libertad para otorgarle facultades y competencias a un órgano superior.⁴⁹ Podemos encontrar en esta base la

⁴⁷ DILTHEY, WILHELM, “Los tipos de visión del mundo y su desarrollo en los sistemas metafísicos”, en *Teoría de las concepciones del mundo*, Barcelona, Altaya, 1997, p. 51. El énfasis nos pertenece.

⁴⁸ Gracias a la ciencia, el hombre “cree” haber entendido el cosmos, el mundo mediante la causalidad – aunque luego veremos que ello no es tan así–. De esta manera, lo único desconocido que amenaza con el orden humano es el propio hombre, sus propios impulsos, su propia conducta. El derecho viene a contrarrestar esto y es por ello que se deifica, porque en esta deificación entran en juego las estructuras arcaicas de la psiquis humana contra lo desconocido.

⁴⁹ Al decir de HOBBS, “La Naturaleza (el arte con que Dios ha hecho y gobierna el mundo) está limitada de tal modo, como en otras muchas cosas, por el *arte* del hombre, que éste puede crear un animal artificial [...] El *arte* va aún más lejos, imitando esta obra racional, que es la más excelsa de la Naturaleza: el hombre. En efecto: gracias al arte se crea ese gran *Leviatán* que llamamos *república* o *Estado* (en latín *civitas*) que no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural pero cuya protección y defensa fue instituido; y en el cual la *soberanía* es un alma artificial que da vida y movimiento al cuerpo entero; los *magistrados* y otros funcionarios de la judicatura y del poder ejecutivo, nexos artificiales; la *recompensa* y el *castigo* (mediante los cuales cada nexo y cada miembro vinculado a la sede de la soberanía es inducido a ejecutar su deber) son los *nervios* que hacen lo mismo con el cuerpo natural; la *riqueza* y la *abundancia* de todos los miembros particulares constituyen su potencia; la *salus populi* (la *salvación del pueblo*) son sus

justificación racional del Estado moderno en el contrato social de HOBBS, LOCKE y ROUSSEAU, con las variantes de cada uno de ellos. Por supuesto que luego el hombre deposita su fe y confianza en ese ser superior, convenciéndose además que es el único que puede traer orden y prosperidad a la sociedad. Y lo peor es que en este proceso, el hombre moderno —el individuo— pierde no sólo su libertad personal sino también su capacidad para autodeterminarse y realizarse como tal. Como ha señalado FROMM, “el hombre es dependiente; está sometido a la muerte, la vejez, la enfermedad, e incluso aunque llegase a dominar a la naturaleza y ponerla a su servicio, él y la tierra serían unos diminutos puntitos en el universo. ***Pero una cosa es reconocer la dependencia y la limitación de uno, y otra cosa totalmente diferente es entregarse a esta dependencia, a la veneración de las fuerzas de que uno depende.*** El comprender con realismo y sobriedad lo limitado que es nuestro poder, es una parte esencial de la sabiduría y la madurez”.⁵⁰

De allí, “una de las tendencias más irracionales del hombre, a saber: un deseo inconsciente de ser débil e impotente. Tienden a desviar el centro de su vida hacia potencias sobre las cuales no tienen dominio, escapando de este modo a la libertad y a la responsabilidad personal.”⁵¹ Así como también se halla “en el hombre un anhelo indesarraigable de relacionarse con algo superior a él.”⁵² Lo cual, según dicho autor es la base de las conductas y movimientos autoritarios. Este “algo” superior a él puede ser el tabú, el rito, una divinidad religiosa o el Estado mismo. El Estado moderno del contractualismo no es otra cosa que una *religión civil*. El hombre moderno confía su fe en ese ente llamado Estado, como si fuera algo distinto a sí mismo, venerándolo y, junto a él, venerando su producto, es decir, el derecho.

Si el ser humano pudiera percatarse de sus potencialidades —y limitaciones— podría caer en la cuenta que el orden y la paz dependen sólo de él, de su actuar y de su respeto por el ámbito de libertad de los otros.

¿Pudo haberse equivocado HOBBS cuando llamó al hombre el lobo del hombre —*homo homine lupus est*—?

El individuo tan sólo tiene miedo de ser libre y este miedo lo lleva a dañar a los otros.⁵³ Este miedo hace que se deposite la fe en algo superior que por efecto de encantamientos y rituales mágicos podrá ordenar la convivencia social. De allí que no se logre entender que si los gobernantes son corruptos es porque la sociedad es corrupta. Adviértase que GORDILLO, mucho antes que ahora, destacó cómo el *parasistema* del derecho se encuentra

negocios; los *consejeros*, que informan unas cuantas cosas precisa conocer, son la *memoria*; la *equidad* y las leyes, una *razón* y una *voluntad* artificiales; la *concordia*, es la *salud*; la *sedición*, la *enfermedad*; la *guerra civil*, la *muerte*. Por último, los *convenios* mediante los cuales las partes de este cuerpo político se crean, combinan y unen entre sí, asemejanse a aquel *fiat, o hagamos al hombre*, pronunciado por Dios en la Creación” (HOBBS, THOMAS, *Leviatán, o la materia, la forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 1ª ed., 7ª reimp., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 3.)

⁵⁰ FROMM, ERICH, *Psicoanálisis y religión*, Buenos Aires, Psique, 1975, p. 75. El resaltado es nuestro.

⁵¹ FROMM, *Psicoanálisis y religión*, *op. cit.*, p. 76.

⁵² FROMM, *Psicoanálisis y religión*, *op. cit.*, p. 76.

⁵³ Nótese que en el estado de naturaleza, el hombre se encuentra en una miserable condición. En esta “guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia” (HOBBS, T., *op. cit.*, p. 104.)

incorporado no sólo en los gobernantes, sino también en el ciudadano común.⁵⁴ Es un círculo vicioso sin fin y que conforma una espiral en constante movimiento y repetición.

La base de todo el derecho administrativo y constitucional son los derechos y garantías del individuo, pero sin embargo se sigue construyendo desde la prohibición. Todo aquello que no esté prohibido está permitido. Y entonces depositamos en entidades deificadas el “poder” de decidir aquello que está prohibido.

El derecho viene a poner orden en el caos de las pasiones e impulsos humanos, a efectos que no acontezca ninguna causa desconocida o arbitraria que quiebre ese orden. Y en todo caso, si dicha fuerza arbitraria logra cometer su acción, quien la produjo por su incumplimiento deberá ser castigado o multado, o deberá indemnizar, etc. Al igual que el tabú, la “sanción” tiene no sólo el fin de castigar al incumplidor, sino también de aleccionamiento social, para el resto de la sociedad o tribu, a efectos que nadie vuelva a intentar repetir tal violación a la norma.

De la misma forma que con el tabú, en el derecho sucede que nos vamos olvidando de las razones por las cuales se establecieron las normas y en especial los institutos jurídicos. Con el tiempo las normas y estos institutos se cumplen y acatan sin que se cuestione su utilidad o pertinencia. Se cumplen como dogmas.

Estos principios e institutos se convierten por el solo paso del tiempo en dogmas que la gran mayoría de los operadores jurídicos cumplen, respetan y justifican por el solo hecho de que los mismos existen desde antaño, sin exhortar al análisis sincero y profundo sobre la pertinencia de la existencia de los mismos. No se los cuestiona en su utilidad respecto de la evolución de la comunidad y sus necesidades. No se cuestiona si tales institutos y principios siguen teniendo algún fundamento de supervivencia en relación a la evolución de los hechos que conforman la realidad en la que vivimos.

El juez y el administrador —quienes aplican y ejecutan el derecho, en la dinámica del poder de MONTESQUIEU— deben partir de un derecho actualizado y dinámico, acorde con la evolución de los tiempos en que se vive, cercano a la realidad del ciudadano, dejando de lado la mera dogmática. Sin embargo, tanto juez como administrador resultan en su mayoría los más conservadores a todo cambio. Se siguen aplicando principios abstractos y genéricos sin evaluar y reevaluar si son aplicables, si son útiles o si se llega a una solución justa —con todas las limitaciones que el término justicia tiene—; nótese, pues, que para estos operadores jurídicos, en principio, no importa si la decisión es justa o injusta, sino tan sólo si se ajusta formalmente a la idea de razonabilidad que ellos mismos se encargan de definir y defender.

Siempre existen y existirán excepciones, obviamente, pero la experiencia nos indica que cuando suenan las alarmas de que algo está cambiando o debe ser cambiado, tanto los judicatura como la administración son, en su mayoría, los más reticentes al cambio, aplicando principios muertos y dogmáticos de manera dogmática (valga la redundancia) por el sólo hecho de que los mismos existen desde antaño.

De esta forma, la organización del aparato gubernamental y, en general, las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, se presentan incapaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos que conllevan a

⁵⁴ GORDILLO, *La administración paralela*, op. cit.

la autoafirmación y realización del ser humano. Incapacidad que deja traslucir una intención por dejar planteado el derecho administrativo como una mera cuestión formal, ni siquiera técnica, en la cual se reproducen ideas, principios y valores que *no son* los que vemos a diario en nuestra administración pública, en la calle y en los tribunales.

Se aprecia, por tanto, un sistema social gobernado por principios, valores y creencias que *no son*. Esta convivencia entre sistema y parasistema⁵⁵ conlleva a una fractura social a la vez que favorece el mantenimiento de ciertas relaciones de poder e incentiva la exclusión. El derecho se vuelve así un juego, una *mise-en-scène*.⁵⁶ La norma dirá algo, la jurisprudencia otro tanto, pero sólo lograrán sus cometidos aquellos que jueguen según las *verdaderas* reglas imperantes. El resto, o no conseguirá nada o, peor aún, por desatender las reglas verdaderas, será excluido, aislado o castigado. A ello habrá que sumarle aquellos que ni siquiera tengan acceso a las verdaderas reglas o al juego mismo.

El derecho se convierte así en un instrumento frágil e ineficaz. Se vuelve irreal, justamente porque los operadores canalizan sus acciones y buscan soluciones a través de vías y procedimientos paralelos a las instituciones que deberían encauzarlas. Como señalábamos precedentemente, se relega el derecho a una mera cuestión formal, teórica, distanciada de la vida real y, consecuentemente, el ciudadano pierde la fe en las respuestas del *sistema*.⁵⁷ Esta fragilidad en el funcionamiento de nuestras instituciones democráticas —originada, principalmente, por nuestra propia incapacidad social— es la prueba cabal del fracaso actual⁵⁸ del derecho administrativo como técnica de realización del hombre en comunidad. Como el derecho está tan alejado de la realidad que debería canalizar y los ciudadanos actúan a través del *parasistema informal*, la distancia se vuelve difícil de salvar y el derecho queda circunscrito: (a) a justificar su sacralidad e inmutabilidad (función mítica) y, (b) a impedir el cuestionamiento de la dicotomía “régimen formal-régimen informal” y de su ineficacia (función discursivo-ideológica), perpetuando, todo ello, determinados tipos de relaciones de poder y estructuras subordinantes.

En este trabajo partimos de una premisa fundamental: El derecho no es una ciencia, es tan sólo —y sin menospreciar su valor dentro de las estructuras sociales de la humanidad— una técnica de gestión social que tiene por objetivo el orden, la vida en convivencia.

Desde este marco de referencia, toda norma, todo principio, todo instituto jurídico no constituye ningún objeto científico particular, no son una porción material de la realidad

⁵⁵ Ver: GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, 3ª reimp., Madrid, Civitas, 2001.

⁵⁶ Ver: BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, BOURDIEU, PIERRE / TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, pp. 202-220.

⁵⁷ Lo que ocurre entonces es “que todo el sistema normativo pierde prestigio y consenso, por culpa de aquellas partes suyas que pueden nacer y subsistir en infracción constitucional sin que se produzca una específica reacción correctora oportuna del mecanismo institucional” (GORDILLO, A., *La administración...*, p. 28).

⁵⁸ Nos referimos al fracaso *actual* pues los fines del derecho administrativo, como técnica social, se definen según época y lugar de que se traten. Con la revolución francesa, el derecho administrativo cumplimentó una finalidad específica de ordenamiento y sujeción formal del poder a la ley. Luego, fue cumpliendo diferentes misiones sociales en distintos momentos históricos y en diferentes comunidades. En nuestro medio, los periodos de consolidación nacional han quedado atrás y hemos logrado alcanzar una etapa de aceptación formal de las instituciones democráticas y de legitimidad constitucional (Al respecto ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2004).

como puede ser una planta, el agua, un átomo o unos cuantos *quarks*. La “habilitación de la instancia” no es un fenómeno material que tenga una existencia propia en la realidad. Se trata de una herramienta, un mecanismo para que ciertos hechos se produzcan de determinada manera, es decir, para obtener cierta consecuencia (p.ej. la interposición de la demanda en el plazo legal). No desconocemos su existencia, sino que la concebimos como técnica, como mecanismo.

Cuando esa técnica o ese mecanismo y esa consecuencia dejan de ser útiles a los fines de la gestión del orden social, porque se pierde más de lo que se gana, porque genera mayores perjuicios que beneficios, o porque es contrario a la valoración “social”, entonces deberá plantearse la necesidad de su modificación. Cuando las alarmas de cambio se hacen escuchar, deben reevaluarse tales institutos o principios. Existen protagonistas que denuncian estos cambios, pero hay una mayoría de los operadores jurídicos que siguen operando el derecho de manera sacralizada, deificada, sin cuestionarse la pertinencia o utilidad de los institutos con la realidad. Operan y explican el derecho casi como una cuestión de fe. Esta deificación o sacralización del derecho impide la continua evaluación sobre si ese orden social preestablecido sigue siendo útil, idóneo, eficaz y eficiente. Luego, esta *función mítica* del derecho mantiene el *statu quo ante*, la estructura de subordinación y las relaciones de poder imperantes.

Cuántos abogados —y particulares también— se habrán topado en algún organismo público con el empleado de mesa de entradas que no le quería recibir tal o cual escrito porque no estaba presentado en el formulario 0002 y cuando uno le explica que existe el *informalismo a favor del administrado*, o que dicha exigencia no proviene de ninguna norma vigente o que existen normas por las cuales la administración debe recibir toda petición de cualquier individuo porque es un derecho constitucionalmente protegido, ese empleado responde explicando que debe presentarse en el formulario 0002 porque siempre se hizo así. Y ante la pregunta sobre cuál es la norma que regula dicha exigencia, la respuesta vuelve a ser que siempre se hizo así.⁵⁹ ¿Y qué pasa si alguna vez no se hace así? Probablemente e inconscientemente es el miedo a quebrar el orden preestablecido, es decir, el miedo a que ciertas causas desconocidas pongan en peligro el orden, la certidumbre, la seguridad.

El derecho no sólo es una versión maquillada y perfeccionada del tabú en cuanto es un conjunto más o menos coherente (sistema) de prohibiciones y permisiones, sino que además nace de la misma manera, como método para controlar o contrarrestar las causas desconocidas y vive de la misma manera: convirtiéndose en un dogma mediante el proceso de “deificación”. Esta dogmatización nos vuelve más *seguros* de mantener un orden. *Seguros* de tener una herramienta, un antídoto contra cualquier posibilidad de caos. La *actitud dogmática*, según POPPER, “indica una creencia vigorosa: mientras que una *actitud crítica*, dispuesta a modificar sus afirmaciones, que admite dudas y exige tests, indica una

⁵⁹ Tal como lo explica GORDILLO, AGUSTÍN, "Por un formulario", *LL*, 1996-C, 436, nota al fallo, CSJN, "Wal Car S.A.", *Fallos*, 318:2369, cuyo contenido reproducimos textualmente: “No hay duda de que existe todavía una apreciable evasión impositiva, y que se requiere un gran celo de la autoridad tributaria para corregirlo; pero también es obvio que en un estado de derecho ello debe hacerse conforme al ordenamiento legal. En la especie tenemos otra clausura dispuesta por la autoridad impositiva sin fundamento legal alguno. Lo que es peor, sin sentido alguno de sustento fáctico ni mínima proporcionalidad: clausurar un establecimiento comercial por la omisión de presentar un mero formulario es simplemente un sinsentido. Más grave todavía es que un juez nacional haya confirmado la resolución y se haya debido recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para reparar el entuerto.”

creencia débil. Ahora bien, de acuerdo con la teoría de Hume y con la teoría popular, la fuerza de una creencia sería producto de la repetición; así, tendría que crecer siempre con la experiencia y ser siempre mayor en las personas menos primitivas. Pero el pensamiento dogmático, el deseo incontrolado de imponer regularidades y el manifiesto placer por los ritos y la repetición como tales son característicos de los primitivos y los niños; y la experiencia y madurez crecientes a veces crean una actitud de cautela y de crítica”.⁶⁰

3) MITO Y DERECHO

Como hemos visto, el miedo a la incertidumbre que reside tanto en el hombre arcaico —pero disfrazado bajo el velo de lo demoníaco— y que también encontramos en el hombre moderno, es lo que genera en ambos que tanto el tabú como el derecho se dogmatizan, mitifiquen y sacralicen. Luego, ya no se los cuestiona, acatándolos sin tampoco evaluar la idoneidad, eficacia y eficiencia de los mismos en pos de su finalidad originaria: la gestión del orden social.

Llegados a este punto, nos enfrentamos ante lo que hemos denominado, la *función mítica* del derecho. Las teorías jurídicas van más allá de ser meros instrumentos del poder, por cuanto incluyen valoraciones y descripciones del mundo imponiendo una concepción de lo verdadero que excluye todo aquello que se le opone como tal, sea fruto de la metafísica de los principios generales del derecho o del espíritu del legislador *de jure* o *de facto*. Tanto la dogmática como la metafísica, deben ser superadas en nuestra práctica actual del derecho administrativo, no porque incluyan al sujeto de la teoría como objeto en sí y sean, por ello solo incompletas, sino porque, con su aparente objetivismo, legitiman un orden histórico, político y social en el que la libertad y la originalidad de la existencia son anuladas.⁶¹

Haciendo propias las palabras de ALEJANDRO NIETO, el objetivo del presente libro, en parte, es depurar, en la medida de nuestras fuerzas, “la leyenda y la realidad de la Justicia y el Derecho, analizando lo que estamos viendo y padeciendo, y dejar para la literatura las leyendas. Dicho sea rudamente, evitar que nos den gato por liebre. Los hombres y los pueblos, al llegar a la edad adulta, han de tener coraje para abandonar los cálidos sueños de la infancia y para salir a la intemperie aceptando las cosas como son. Esta actitud no significa, por tanto, negar la existencia de la Justicia ni la efectividad del Derecho —que son elementos esenciales de la cultura actual sin los que la sociedad moderna resultaría inviable— sino desvelar la falacia de unas verdades oficiales, interesadamente sacralizadas, que nada tienen que ver con la realidad. Se trata, en definitiva, de poner de manifiesto que la Justicia y la Ley vividas tienen muy poco —quizás nada— que ver con lo que nos pintan la mayoría de los profesores, casi todos los jueces y los ministros y dignatarios sin excepción.”⁶²

⁶⁰ POPPER, KARL R. (trad. NÉSTOR MIGUEZ), *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, 4ª ed., Barcelona, Paidós, 2008, p. 75.

⁶¹ VATTIMO, GIANNI (trad. MARÍA TERESA D’MEZA), *Adiós a la verdad*, Barcelona, Gedisa, 2010, pp. 48-49.

⁶² NIETO, ALEJANDRO, *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002, p. 12.

4) EL PROCESO DE MITIFICACIÓN. SUS FUNCIONES

Se ha explicado que “[e]l mito tal como se da en las comunidades salvajes, es decir, en su forma viva original, no es meramente un relato, sino una realidad viviente; no es una ficción como la novela que hoy leemos, sino algo que se cree sucedido en los tiempos primigenios, y que a partir de entonces influye sobre el mundo y los destinos humanos.”⁶³

Ante la observación sociológica, el mito surge como un elemento o instrumento tan determinante como determinado: “salido de la realidad social, es igualmente creador de realidad social. Aparecido donde la trama del tejido social se desgarrar o se deshace, se lo puede considerar como uno de los elementos más eficaces de su reconstitución. Testimonio de una crisis que afecta al grupo en su totalidad al mismo tiempo que a cada uno de los individuos que lo componen, tiende a brindarle cierto tipo de respuesta en los dos planos, el de la reinserción social del individuo «anonomizado» y el de la reestructuración del grupo.”⁶⁴

MALINOWSKI explica que el mito o tradición sagrada “cumple en la cultura primitiva una función indispensable: expresa, exalta y codifica las creencias; custodia y legitima la moralidad; garantiza la eficiencia del ritual y contiene las reglas prácticas para aleccionar al hombre.”⁶⁵ De allí que “[l]a mitología –el saber sagrado de la tribu–, es, como veremos, un poderoso instrumento auxiliar para el hombre primitivo, que le permite concertar los dos fines de su patrimonio cultural”⁶⁶ que, según dicho autor, representan un buen número de ocupaciones prácticas y su lucha contra las dificultades de diverso orden.

Pero además resulta interesante resaltar que “[e]l *mito* entra en función cuando el rito, el ceremonial o una regla moral o social exige justificación, esto es, cuando reclama la confirmación de su antigüedad, veracidad y santidad.”⁶⁷

Y aquí llegamos a lo que se ha dado en denominar la doctrina de los autores, como parte fundamental de la *función mítica* del derecho. Tal como lo entendemos, el derecho administrativo tan sólo es una técnica de gestión del orden social. Ni más ni menos. Ahora bien, como técnica de gestión social que es, debe reevaluarse continuamente a fin de verificar si las normas, institutos y principios que en él rigen sirven o son idóneos a la finalidad buscada: el orden social. Sin embargo, encontramos que la doctrina de los autores, en muchos casos (por no decir en la mayoría) no sólo no efectúa este trabajo de reevaluación sincera y continua, sino que por el contrario mitifica al derecho, a sus instituciones, principios y reglas. Esto es en sí, “una indagación inevitablemente dolorosa, puesto que resulta muy amargo comprobar que estamos creyendo en dioses falsos y que vivimos rodeados de fantasmas que se esfuman dejando un cierto olor a incienso (o azufre, según los casos) cuando les llega el sol de la sinceridad. De aquí la amenaza del pesimismo, ya que nadie puede ser optimista cuando se le deshace entre las manos cuanto toca. Los resultados de la observación honesta no admiten, sin embargo, este género de

⁶³ MALINOWSKI, BRONISLAW, *Estudios de psicología primitiva. El complejo de Edipo*, Barcelona, Altaya, 1998, p. 26.

⁶⁴ GIRARDET, R., *op. cit.*, pp. 173-174.

⁶⁵ MALINOWSKI, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁶ MALINOWSKI, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁷ MALINOWSKI, *op. cit.*, p. 32.

calificaciones, ya que la realidad simplemente «es», existe al margen de nuestros deseos y de nuestros engaños y, singularmente, de nuestros autoengaños.»⁶⁸

Adviértase que todavía se justifica la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa en que resulta necesaria a efectos de que la administración tenga una oportunidad previa para expedirse al respecto. Sin embargo, hoy sabemos y la realidad nos indica que la administración no se expide sobre nada en la etapa —mal denominada *instancia*— administrativa previa. Y en el mejor de los casos, si se expide sólo lo hace para justificar de mejor manera el acto impugnado. Por lo que la etapa administrativa que en sus comienzos actuó como etapa de “conciliación” para que la administración reviera su actuar, ahora se ha convertido en una etapa previa para que la administración justifique y defienda mejor el acto cuestionado. Y ello en el mejor de los casos, pues en los peores la administración rechaza y remite a los argumentos del acto impugnado, lo cual es prácticamente inmoral y contrario a toda idea de justicia, razonabilidad y verdad material.

La función mítica que señalamos se manifiesta también en la teoría de la inembargabilidad del Estado y la inejecutabilidad de las sentencias pecuniarias dictadas en su contra⁶⁹ justificadas en la soberanía estatal, en el hecho de que tarde o temprano el Estado siempre pagaría, o en la ficción de su solvencia.

Sin embargo, hoy día el Estado no paga y cuando paga, lo hace tarde. Tampoco es solvente, ni de hecho ni de derecho. El dilema reside en que bien estructurado un régimen de ejecución de sentencias contra el Estado, no debiera por qué causarle ningún perjuicio al mismo y los particulares podrían hacerse del dinero con mayor rapidez, conjugando además los problemas financieros del Estado. Pero para ello hay que observar y hacerse cargo de los hechos reales. Advertimos aquí la función *mitificante* de las teorías jurídicas, de los principios e institutos, que vienen a justificar, a confirmar como dice MALINOWSKI, la antigüedad, veracidad y santidad de la regla, aunque ello se convierta con el paso del tiempo en un obstáculo para una mejor convivencia.

Tomemos otro ejemplo, como el de la presunción de legitimidad. Hay actos administrativos más ilegítimos que la ilegitimidad misma, *a contrario sensu* de lo expresamente establecido, por ejemplo, en el artículo 12 del Decreto – Ley N° 19.549/72 (mal llamada “Ley Nacional de Procedimiento Administrativo”).

¿Cómo puede exigírsele a un particular que cumpla con un acto así? Pero, aunque cueste creerlo esto sucede, el acto se aplica (contra todos los principios de constitucionalidad, legalidad, razonabilidad, juridicidad, verdad material, coherencia, etc.), y en todo caso el particular deberá no sólo cumplirlo sino además se le impondrá la carga de acudir vanamente a la administración en forma previa, recurrirlo, contar plazos, rezar al cielo, acudir a un abogado, interponer la demanda judicial, etc.

La lista de ejemplos podría no tener fin. El derecho administrativo es un derecho de mitos. No existe justificación racional que resulte idónea con la evolución de los hechos de la realidad social que nos circunda hoy día, pero sin embargo se siguen aplicando, justificando y para peor, se sigue creyendo en ellos. Entiéndase lo siguiente: razones existen y abundan, pero se basan en mitos, son razones dogmáticas, deificadoras de las

⁶⁸ NIETO, A., *Balada de la Justicia y la Ley*, op. cit., p. 13.

⁶⁹ BONINA, NICOLÁS, “El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado”, en *Res Publica Argentina*, 2006-1.

teorías de antaño. “Las leyendas de la Justicia encubren con un velo pintado las miserias de lo cotidiano: el imperio de la fuerza, la opresión, la desigualdad. Una droga mágica que nos transporta de la realidad al sueño, donde el Mal es castigado y el Bien obtiene su premio: el paraíso perdido que se recupera después del Juicio Final que repara las injusticias que en vida se padecen. Es significativo que casi todas las religiones, desde el *Libro de los muertos* egipcio, se coronen escatológicamente en un juicio justo como condición inexcusable de la felicidad. Esperando el día del Juicio Final es más fácil soportar las miserias terrenales.”⁷⁰

A todo ello, súmese que la administración pública goza de innumerables privilegios —calificados doctrinariamente como *prerrogativas*— que la doctrina denomina en su conjunto como “régimen exorbitante del derecho privado”. No hay nada de exorbitante sobre el punto, ya hemos afirmado en otro lugar⁷¹ que sólo existen facultades regladas —algunas más, otras menos— que tienen por fin la consecución del bien público y que la medida de su legitimidad reside efectivamente en el cumplimiento de dicho objeto.

El mito del régimen exorbitante básicamente permite al administrador hacer lo que le plazca, cuando le place y justificar su conducta en dioses que jamás existieron pero que todavía viven y tienen poder en el imaginario colectivo.

Ni qué hablar de los distintos beneficios procesales que posee la administración, esos beneficios o privilegios que no constan en ninguna ley o código ritual pero que los magistrados le conceden de todos modos. Prórrogas, suspensiones, etc. Sólo basta con que el abogado del organismo se acerque a explicar al magistrado o secretario que en su repartición no tienen recursos materiales y humanos suficientes, que son la administración pública y que por eso “no dan abasto”, o cualquier otro argumento de esa índole como para que el tribunal le otorgue ventajas procesales sobre el particular. Y ello es así pues, aunque se predique la igualdad de las partes, procesalmente todavía ejerce poder *el mito del soberano*. Para peor, si esas ventajas la administración las utilizara para encontrar la verdad material, el particular las aceptaría con gusto, pero... en realidad, esas ventajas se utilizan para dilatar procesos, para que se periman plazos procesales, para cansar al justiciable y alargar el momento del pago final a fin que esa asignación de fondos deba realizarla otro gobierno y el presente pueda mostrar un presupuesto oficial más equilibrado.

Lo mitológico del derecho administrativo reside especialmente en el mito del soberano —pero no de la soberanía del Estado— del cual todavía no podemos apartarnos. Influye con tanto poder en todas las estructuras sociales que aunque en la letra parezca muerto, sigue tan vivo como siempre.

La inmutabilidad de teorías e institutos jurídicos como un fin en sí mismo deja entrever la necesidad de certeza del hombre así como la necesidad de preservar determinadas relaciones de poder y estructuras de subordinación. En este trabajo postulamos que tales teorías e institutos deben ser continuamente reevaluados y replanteados y, si no conducen —desde nuestra convicción filosófica— a la construcción de un derecho administrativo que tienda a la libertad, autoafirmación y realización de los individuos en comunidad, deben desecharse o mutar.

⁷⁰ NIETO, A., *Balada de la Justicia y la Ley*, op. cit., p. 13.

⁷¹ BONINA, NICOLÁS, "El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado", en *Res Pública Argentina*, 2006-1, p. 91.

La función mítica tiende hacia otro horizonte. Señala MALINOWSKI "...que existe un tipo especial de relatos, considerados sagrados, que están incorporados al ritual, la moral y la organización social, y que forman parte integrante y activa de la cultura primitiva. Esos relatos no se perpetúan por interés vano o como meros relatos de ficción o siquiera por ser verídicos, sino porque para los nativos constituyen la afirmación de una realidad primera, más grande e importante, por la cual se determina la vida actual, el destino y la actividad del género humano, y porque su conocimiento fundamenta los actos morales y rituales del hombre y le señala cómo ha de practicarlos."⁷² En similar sentido, la mitificación y dogmatización del derecho administrativo —y del derecho todo— impide la evaluación constante de su idoneidad como técnica de gestión de la convivencia colectiva. Se evita así analizar si las teorías e institutos jurídicos conllevan a la paz, libertad, autoafirmación y realización de los individuos en comunidad. Y se mantienen las estructuras subordinantes y las relaciones de poder imperantes en una sociedad dada. La función mítica del derecho impide su evolución y sólo preserva la fragmentación social de los hombres.

Presentes en la normalidad del psiquismo individual, los sueños y las pulsiones de lo imaginario también lo están en la normalidad del psiquismo colectivo. "La atención se siente naturalmente atraída por las formas efervescentes de la actividad mítica, sus manifestaciones más tumultuosas y ostentosas. El analista tiende así a privilegiar sus aspectos neuróticos, a no aprehenderla más que en sus estados mórbidos —y éstos, en efecto, no dejan de corresponder a los períodos de crisis y los episodios de tensión o desequilibrio dentro del cuerpo social-. La regla quiere, no obstante, que lo patológico siempre esté en germen en lo normal."⁷³

5) EL MITO Y LA DOCTRINA

La mitificación del derecho se observa con mayor claridad en los debates jurídicos. La mayoría de los juristas sacralizan de tal modo sus ideas y teorías que terminan olvidándose de los problemas concretos que trae aparejada la existencia y aplicación de determinado régimen jurídico, en determinado lugar y tiempo.

Cierto es que las ideas y teorías jurídicas sólo son construcciones abstractas que sirven para justificar determinado instituto. Pero el debate, a poco de sacralizado, termina centrándose en la corrección axiológica o no de las ideas o teorías, en vez de ocuparse de la idoneidad o eficacia de tal o cual instituto, en base a los problemas reales y concretos que presenta determinado régimen jurídico en la práctica.

El derecho presenta problemas por su propia existencia y a la vez por su aplicación.

El deber de la doctrina es debatir sobre tales problemas, es decir, discutir la idoneidad y eficacia de los institutos que generan la problemática que se analiza con la menor incidencia o el menor perjuicio hacia la libertad de los individuos. ¿Por qué? Porque a nuestro juicio, el orden social sólo puede alcanzarse cuando el individuo es lo suficientemente libre para ello.

La doctrina debate sobre teorías, imponiendo reglas abstractas sobre los hechos y la realidad. Los autores justifican las suyas, refutan las otras. Justifican asimismo los

⁷² MALINOWSKI, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁷³ GIRARDET, R., *op. cit.*, p. 177.

institutos que conforme su valoración subjetiva consideran correctos y refutan aquellos que les parecen incorrectos (también conforme su valoración).

En este proceso, las teorías e ideas de la doctrina ejercen la función de mitos que sacralizan la supervivencia de tal o cual instituto jurídico.⁷⁴ Pero pocos se introducen en los problemas reales que tal o cual régimen jurídico presenta y en sus consecuencias jurídicas. Pocos evalúan y verifican la idoneidad y eficacia de los institutos a la luz de la finalidad que debe perseguir en el marco de una concepción epistemológica *pro libertatis* del derecho administrativo.

En la Argentina, se fundamenta aún más esta situación, en el hecho de que en la mayoría de las facultades de derecho de las universidades públicas y privadas sólo se enseñen teorías e ideas, dejando de lado la realidad, como si el derecho se construyera en un mundo abstracto y de fantasía cuyo entramado se conformara, principalmente, en el cruce de principios, que ni siquiera son compartidos y aceptados por todos por igual. Nos cuesta un poco —sino mucho— sostener que el derecho administrativo “puede describirse partiendo de una cadena formada por principios generales que se encuentran en la base del sistema jurídico, inspiran sus normas e informan su contenido, permitiendo concretar, en caso de lagunas, la obra legislativa. Pero no existe, en realidad, un dualismo entre derecho natural y derecho positivo, sino más bien que el primero sufre un proceso de conversión jurídica por su incorporación a fórmulas técnicas que se configuran tópicamente en función de los problemas.”⁷⁵ Esto no significa desconocer el carácter del derecho administrativo como un derecho en formación, acuñado por GORDILLO, todo lo contrario. Significa quitarle la metafísica implícita en tanta definición que se precia de científica, por lo elaborada o rebuscada, pero que soslaya que el derecho administrativo es una técnica y un medio de realización social, no acomodamiento pendular de principios a favor del poder (sea político, económico o académico).

Si se trata del ejercicio de la profesión, jamás ningún cliente pregunta sobre la noción o concepto de acto administrativo. Tan sólo se acerca con el acto que le rescinde el contrato que se encontraba en ejecución y pregunta qué se puede hacer.

El juez tampoco debiera hablar de teorías abstractas que no tienen razón de ser en sus sentencias. Sólo debiera resolver un caso percibiendo los hechos del mismo y encuadrando su solución en el sistema normativo y en los principios que considere aplicables. Abundan sentencias plagadas de teorías y citas jurídicas abstractas que se aplican, no por un análisis razonado de los hechos, sino por la sola fuerza del mito que las justifica. Allí no hay casos, ni personas ni realidades; sólo hay criterios vacíos de contenido y sostenidos en la única autoridad de quien la emite, como si esto último sirviera de justificación para afirmar que una sentencia es razonable y ajustada a la realidad.

El jurista, a su vez, debiera aplicar su sapiencia en la evolución y perfeccionamiento del régimen jurídico. Pero sin embargo, abundan artículos de doctrina que casi nadie lee,

⁷⁴ Institutos que conforman escuelas a las cuales unos y otros doctrinarios adscriben. Imitar a los maestros, “es la forma específica de una tendencia general a expresar lealtades teóricas y políticas mediante la escritura. Los académicos se preocupan muchísimo por definir a qué «escuela» pertenecen, y con sobradas razones, dado que muchos campos, divididos claramente en facciones, recompensan o castigan a sus acólitos según las lealtades que demuestren” (BECKER, HOWARD S. (trad. TERESA ARIJÓN), *Manual de escritura para científicos sociales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 59.)

⁷⁵ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 23.

donde se reiteran artículos y teorías para justificar la existencia o no de cierto instituto jurídico.

En fin, lo que pretendemos señalar es que el derecho —como toda construcción socio-cultural humana— presenta problemas.⁷⁶ Problemas derivados de su propia razón de ser y problemas derivados de su aplicación a casos concretos. Estas disfunciones evidencian la necesidad de modificación o rectificación de cierto instituto jurídico para poder dar respuesta a las necesidades colectivas en un momento histórico determinado.

La función de la doctrina es, a través de la cátedra o de la pluma, analizar y debatir las diversas posibilidades para solucionar esos problemas.

Pongamos por caso nuevamente el agotamiento de la vía administrativa. Es un hecho casi público y notorio conocimiento que en la mayoría de los casos —y con ciertas excepciones en lo que respecta a las contrataciones administrativas— la *instancia administrativa* hoy en día no tiene ninguna utilidad para el particular.

Entonces y, a nuestro juicio, no importa cómo la doctrina fundamente o justifique el *carácter sagrado* del agotamiento de la instancia administrativa. Lo que importa es cómo solucionar la carga que el régimen jurídico impone a los particulares o, simplemente, sincerar la existencia y necesidad del instituto regulándolo en forma adecuada, simple y práctica, dentro de un sistema general de demandabilidad del Estado.

Porque no interesa volverse más erudito al aprender o conocer los orígenes franceses del agotamiento de la instancia administrativa, su desarrollo en la historia del derecho, su llegada al país y la jurisprudencia centenaria que lo justifica, si igualmente resulta de ello que en el caso concreto este instituto —tal como se aplica en la actualidad— en general no resulta útil porque viola la propia finalidad por la que fue incorporado al régimen jurídico. Súmese a ello, en particular, que en el orden federal argentino no existe un código procesal administrativo, lo que favorece la naturaleza *psicótica* del agotamiento de la instancia previo a demandar judicialmente al Estado.

En cuanto al régimen de ejecución de sentencias contra el Estado, se lo justifica en que el Estado es solvente y tarde o temprano paga. El problema es que ahora paga (cuando paga) demasiado tarde, cuando quizá sólo quedan herederos del acreedor. Esto no es orden social, esto es el sometimiento a un régimen que esclaviza, alienando a los individuos que se encuentran regidos por el mismo.

El mito de la inejecutabilidad del Estado sigue vivo, “vivito y coleando”, como diría don Zoilo, que murió sin jamás haber cobrado el retroactivo de su jubilación...

En fin, con lo dicho hasta aquí podemos observar cómo en la mayoría de los casos los operadores jurídicos (sean juristas, docentes, órganos estatales o abogados litigantes) propenden a un comportamiento de *mitificación* y *deificación* de los institutos del derecho. Comportamiento justificado pero con razones que esconden impulsos irracionales, inconscientes, que se encuentran relacionados con las estructuras de pensamiento arcaico analizadas en los acápites anteriores.

⁷⁶ Adviértase que la tercera entrada del término problema en el Diccionario de la Real Academia Española significa “[c]onjunto de hechos o circunstancias que dificultan la consecución de algún fin.” (<http://www.rae.es>).

6) EL MITO TAMBIÉN JUSTIFICA AL PODER

De lo desarrollado hasta aquí se advierte que una de las funciones de la mitificación del derecho es librarnos del miedo inconsciente e irracional a la incertidumbre, miedo que resulta clave en la estructura arcaica de pensamiento de la sociedad actual. La otra función es justificar y legitimar las estructuras subordinantes y las relaciones de poder imperantes.

MALINOWSKI relata cómo en cierta población primitiva el mito sobre la creación determinó las distintas castas, su ubicación en la escala social y hasta los tabúes alimentarios de las mismas.⁷⁷

En la actualidad, encontramos el mito del contrato social que viene a justificar al Estado moderno, la democracia y el régimen republicano de gobierno. Según este mito, en algún momento los hombres concertaron ceder parte de su libertad en cabeza de una persona ideal —el Estado— para que retuviera el derecho de coacción, la sanción de las normas, la administración y el juzgamiento. En fin, cedieron parte de su libertad para que esa persona ideal estableciera el orden. Es evidente que este relato jamás sucedió en la realidad. Podemos decir que es la justificación mitológica de varios sucesos históricos que conllevaron a la creación de un Estado y luego de regímenes democráticos y republicanos.⁷⁸

Anteriormente, la organización socio-política llamada monarquía y encabezada por el monarca —con su sucesión hereditaria— era justificada mediante el mito religioso de la designación divina (el monarca como enviado de Dios).

Las explicaciones míticas cumplen así la función de justificar, sacralizar y volver inmutable —inmovilizar— determinada configuración de interacciones de poder y estructuras subordinantes. La inmutabilidad impide, aquí también, el cuestionamiento. Como sociedad, creemos y estamos seguros que la democracia es la mejor organización social posible, pero no nos replanteamos si puede existir otra mejor o más eficaz en su lugar. Simplemente lo creemos.

⁷⁷ MALINOWSKI, *op. cit.*, p. 39 y ss.

⁷⁸ Es casi innecesario recordar las referencias a los distintos estados de naturaleza y pactos sociales surgidos en tutela de distintos bienes jurídicos en el pensamiento de HOBBS, LOCKE y ROUSSEAU, por citar solamente a tres de los más grandes expositores del contrato social como ficción justificante de la existencia del Estado y la conformación del gobierno en cada comunidad en particular.

CAPITULO II

RELIGIÓN Y DERECHO (ADMINISTRATIVO)

1) PALABRAS INICIALES

La segunda de las tres cosmovisiones occidentales del hombre mencionadas por FREUD y que tiene también como base fundamental el miedo del individuo a lo desconocido, es la religión. Religión y derecho no son dos producciones culturales tan distintas entre sí. Se fundan en el mismo temor a la incertidumbre. Se deposita en ambos la misma fe en una entidad metafísica para huir de la angustia existencial de lo desconocido, de lo inasible y para controlar los males que amenazan al hombre. Ambos generan estructuras subordinantes similares. Religión, animismo, ciencia y derecho comparten una misma raíz arcaica.⁷⁹

La religión y el derecho administrativo presentan tres puntos de contacto: a) de base o pensamiento arcaico, en cuanto ambos constituyen construcciones culturales en las cuales se deposita el miedo a lo desconocido; b) de estructura, ya que ambos generan estructuras subordinantes similares, y c) de ideología, en cuanto comparten un complejo ideológico-discursivo similar.

2) IDENTIDAD DE BASE: EL PENSAMIENTO ARCAICO Y EL MIEDO A LO DESCONOCIDO

Señala FROMM que todos los seres humanos sienten que la vida debe tener un significado, pero que no saben cuál es. “No conocemos la respuesta, porque nos hemos olvidado hasta de hacer la pregunta. Pretendemos que nuestra vida se basa en sólidos cimientos, e ignoramos las sombras de la inquietud, ansiedad y confusión que no nos dejan nunca. Para alguna gente, la respuesta es el retorno a la religión, no como un acto de fe, sino con el fin

⁷⁹ MALINOWSKI, *op. cit.*, p. 25, afirma: “La conexión estrecha entre la religión y el mito, ignorada por muchos estudiosos, ha sido reconocida por psicólogos como Wundt, sociólogos como Durkheim y Hubert y Mauss, antropólogos como Crawley, y classicistas como Jane Harrison, que captaron la íntima asociación entre el mito y el ritual, entre la tradición sagrada y las normas de estructura social.”. En este sentido, DURKHEIM señala que “Se sabe, en efecto, la facilidad con que en los pueblos primitivos se consolidan las maneras de actuar en prácticas tradicionales, y, por otra parte, que intensa es en ellos la fuerza de la tradición. Las costumbres de los antepasados están rodeadas de un respeto tal que no se las puede derogar sin ser castigado [...] Para que nuestra experiencia pueda ser llevada con método es preciso hacer que recaiga, en cuanto sea posible, sobre derechos escritos. Los cuatro últimos libros del Pentateuco, el Éxodo, el Levítico, los Números, el Deuteronomio, representan el monumento más antiguo de ese género que poseemos. Bajo esos cuatro o cinco mil versículos, no hay más que un número relativamente ínfimo en que aparezcan expresadas reglas que puedan en rigor pasar por no tener carácter represivo”. (ver en DURKHEIM, EMILE (trad. Carlos G. Posada), *La división del trabajo social*, v. I, Barcelona, Planeta, 1994, pp. 173-174.) Entre tales reglas aparecen ya normas vinculadas al derecho público y a las funciones de ciertos magistrados (sacerdotes, levitas, ancianos y jueces).

de escapar a una duda intolerable. Toman esta decisión no por devoción, sino en busca de una seguridad.”⁸⁰

La religión, luego del animismo, es el fenómeno socio-cultural donde el individuo deposita esa búsqueda de seguridad.⁸¹ HANS KÜNG menciona que partiendo de la base de las religiones tribales, podemos diferenciar *tres grandes cuencas religiosas*, que a su vez han generado sus propios mitos cosmogónicos.⁸² Así, distingue las siguientes religiones: (i) de origen indio (hinduismo, budismo, jainismo, sijismo, etc.), en las cuales la figura central es el místico o gurú y que tienden a la unidad de la divinidad con el mundo y los hombres; (ii) de origen extremo-oriental (confucianismo, taoísmo), cuya base reposa en la armonía entre cielo y tierra, se trata de religiones sapienciales en las cuales la figura referente es el sabio y; (iii) de origen próximo-oriental (judaísmo, cristianismo, islam), cuya figura central es el profeta, religiones proféticas que hacen hincapié en la oposición Creador-creación y Dios santo-ser humano pecador, siendo además estas últimas monoteístas.⁸³

Por su parte, ERICH FROMM clasifica a las religiones en autoritarias y humanistas. “Los elementos de la religión autoritaria y la experiencia religiosa autoritaria son la entrega a un poder que trasciende al hombre. La principal virtud de este tipo de religión es la obediencia, y su pecado cardinal la desobediencia. Así como la deidad se concibe como omnipotente y omnisciente, el hombre se concibe como impotente e insignificante. Sólo puede ganar la gracia o la ayuda de la deidad, y mediante la entrega completa puede sentirse fuerte. La sumisión a una autoridad poderosa es uno de los caminos por los cuales el hombre escapa a sus sentimientos de soledad y a sus limitaciones. En el acto de la entrega pierde su independencia e integridad, como individuo, pero gana la sensación de verse protegido por un poder inspirador de miedo del cual, por así decirlo, llega a formar parte.”⁸⁴ Agrega este autor que “La religión autoritaria secular sigue el mismo principio. Aquí el Führer, o el amado «Padre de su pueblo», o el Estado, o la Raza, o la Patria

⁸⁰ FROMM, ERICH, *Psicoanálisis y religión*, Buenos Aires, Editorial Psique, 1975, p. 14. Agrega este autor que “La falta de armonía en la existencia del hombre engendra necesidades que trascienden en mucho las de su origen animal. Estas necesidades tienen como resultado un deseo imperativo de restablecer una unidad y un equilibrio entre él y el resto de la naturaleza. El hombre trata de restablecer esta unidad y este equilibrio en primer lugar en el pensamiento, construyendo un cuadro mental total del mundo que le sirve como punto de referencia, del cual puede derivar una respuesta a la pregunta de dónde está y qué debe hacer. Pero tales sistemas de pensamiento no son suficientes. Si el hombre fuera sólo un intelecto descarnado, su meta sería lograda por un sistema de pensamiento total. Pero, como es una entidad dotada de un cuerpo, a la vez que de una mente, tiene que reaccionar a la dicotomía de su existencia, no sólo con el pensamiento, sino también con el proceso de vivir, de sus sentimientos y actos. Tiene que luchar por la experiencia de unidad en todas las esferas de su ser, con el fin de hallar un equilibrio nuevo. Por lo tanto, cualquier sistema de orientación satisfactorio significa no sólo elementos intelectuales, sino elementos de sensación que tienen que realizarse en actos en todos los campos del esfuerzo humano. La devoción a un fin, a una idea o a un poder que trasciendan al hombre, como por ejemplo Dios, es la expresión de esta necesidad de totalidad en el proceso de la vida.” (pp. 42-43), por ello señala que “El estudio del hombre nos permite reconocer que la necesidad de un sistema común de orientación y de un objeto de devoción está profundamente arraigado en las condiciones de la existencia humana.” (p. 40).

⁸¹ Ver, *supra*, nota 43, HUME, DAVID, *Historia Natural de la Religión*, Buenos Aires, EUDEBA, 1966, pp. 54-55.

⁸² KÜNG, HANS, *El principio de todas las cosas. Ciencia y religión*, Madrid, Trotta, 2007, p. 115.

⁸³ KÜNG, HANS, *El principio de todas las cosas. Ciencia y religión*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 115-116.

⁸⁴ FROMM, *Psicoanálisis y religión*, *op. cit.*, p. 55.

Socialista, se convierten en el objeto de veneración; la vida del individuo se hace insignificante, y el valor del hombre consiste en la misma negación de su valor y fuerza.”⁸⁵

“La religión humanista, por el contrario, tiene como centro al hombre y su fuerza. El hombre tiene que desarrollar sus poderes de razón con el fin de comprenderse, y comprender su relación con los demás hombres y su posición en el universo. Tiene que reconocer la verdad, con respecto a sus potencialidades y a sus limitaciones. Tiene que desarrollar su capacidad de amor por los demás y por sí mismo, y experimentar la solidaridad de todos los seres vivos. Tiene que tener principios y normas que le guíen en este fin. La experiencia religiosa de este tipo de religión es la experiencia de la unidad con el Todo, basada en la relación del uno con el mundo, captada a través del pensamiento y del amor. La finalidad del hombre en la religión humanista es lograr la mayor fuerza, no la mayor impotencia; la virtud es la autorrealización, no la obediencia. La fe es la firma convicción basada en la propia experiencia de pensamiento y sentimiento, no el asentimiento ciego a las proposiciones.”⁸⁶

Tanto en el animismo como en la religión, como cosmovisiones históricas, el individuo crea estructuras que le sirven para enfrentar el miedo a la incertidumbre, a lo desconocido. En la religión autoritaria –al igual que en el derecho administrativo actual–, se construyen estructuras subordinantes y alienantes para evadir este temor. En la religión humanista –al igual que en el derecho administrativo que postulamos–, el individuo confronta sus miedos y elige por su libertad, autodeterminación y realización.

Nuestro Estado moderno y el derecho administrativo actual reúnen las características de la religión autoritaria de sumisión a un poder que trasciende al hombre. La teoría constitucional misma es fruto de esta concepción, ya que acaso, ¿qué es el poder constituyente sino un poder trascendente al hombre y a sus propias instituciones? El Estado moderno y el derecho administrativo actual han alcanzado un status dado por las concepciones subjetivas de sus ciudadanos que los convierten en religiones civiles autoritarias. No porque lo sean ontológicamente, sino porque los hombres los edifican de tal manera. Lo *necesitan* así.

El modelo autoritario de religión que subyace en el Estado moderno y en el derecho administrativo actual ha sido impulsado en gran parte por la tradición y estructura de las religiones monoteístas –con la tradición judeocristiana como su mayor exponente–. La divinidad monopoliza así la adoración, el culto, el rito y hasta la salvación. Luego, el Estado moderno, en el proceso de laicización, ocupa el lugar de la divinidad. Pero, en las profundidades de la psiquis de los individuos, nada cambia. Siguen depositando su fe y fervor en una entelequia metafísica que los despojará del temor; que explicará, contendrá y, en su defecto, castigará, las causas desconocidas.

⁸⁵ FROMM, *Psicoanálisis y religión*, op. cit., p. 56.

⁸⁶ FROMM, *Psicoanálisis y religión*, op. cit., p. 57.

3) IDENTIDAD DE ESTRUCTURA

El derecho y la religión se encuentran vinculados desde lo ficcional y también dentro del imaginario colectivo, compartiendo un mismo escenario y destinatario, conformando y delineando ambos la conciencia pública, justificando al poder y la subordinación social.

Con la aparición del Estado moderno, luego del Tratado de Westfalia en 1648, se produjo la separación definitiva entre el poder político y el religioso, bajo esferas distintas de dominación y control, pero compartiendo técnicas y procedimientos.

Al decir de BIELSA, “[l]a conciencia pública no se satisface sólo con leyes y principios, es decir, con un buen sistema formal. Por eso en esos estados de conciencia se abren camino concepciones nuevas, sobre la idea del factor *hombre*. La vieja idea *gobierno de actos y no de leyes*, puede traducirse en *gobierno de hombres capaces y honestos* (que realizan actos justos, legales, y convenientes), y no leyes buenas con gobernantes que violan las buenas leyes. Los regímenes totalitarios tienen como *substratum* el factor hombre, y los gobiernos democráticos, que de pronto dan a un gobernante poderes extraordinarios (decretos-leyes, etc.), tienen como mira también la confianza en el hombre u hombres que lo forman, y que conocen profundamente el alma nacional. Todo esto revela que el derecho no consiste en concepciones racionales, aunque a éstas las fundan y las animan principios de filosofía política y social teóricamente alabable.”⁸⁷

La supuesta racionalidad y orden lógico que intenta propugnar el derecho dentro de cada sistema jurídico y su discurso en particular, chocan con la *ilogicidad* de ciertos principios superiores y valores propios de la conciencia particular o pública, los cuales poco o nada tienen de científico. El problema que encontramos aquí no es de fines, sino más bien de contenidos.

El lector no puede perder de vista que todo saber implica responsabilidad, máxime si “[e]l destino de nuestro tiempo, racionalizado e intelectualizado y, sobre todo, desmitificador del mundo, es que precisamente los valores últimos y más sublimes han desaparecido de la vida pública y se han retirado, o bien al reino ultraterreno de la vida mística, o bien a la fraternidad de las relaciones inmediatas de los individuos entre sí.”⁸⁸

El inconveniente aparece, a nuestro modo de entender, a partir de la mitificación de un modelo de subordinación supuestamente más complejo y avanzado, menos *salvaje*, que tomó el conocimiento en general y lo clasificó, en ramas y conceptos, aceptando el poder (económico, político y cultural) como eje directriz.

Mito, tabú, religión y ciencia comulgan en el fenómeno jurídico. Recordamos que el saber jurídico no es necesariamente racional y las consecuencias de su análisis –institutos, teorías, principios– no pueden ser elevadas a la categoría de leyes universales y aplicables por igual en el tiempo y en el espacio, porque tampoco se encuentran regidas por un mismo paradigma. Los sistemas jurídicos nacionales se comportan libremente e interactúan poseyendo amplias zonas de contacto unos con otros, pero no responden por igual a los

⁸⁷ BIELSA, RAFAEL, *El orden político y las garantías jurisdiccionales (separación de poderes y vigencia del derecho)*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1943, p. 65.

⁸⁸ WEBER, MAX, “La ciencia como vocación” en *El político y el científico*, Buenos Aires, Libertador, 2005, p. 122.

mismos estímulos (*inputs-outputs*) y se retroalimentan internamente con respuestas claramente heterogéneas, irracionales e ilógicas (*feedback*). La sacralización de las instituciones y del derecho ha generado la idea –firmemente aceptada– que existe un derecho no escrito, que navega en nuestros corazones o en la *naturaleza humana*, que actúa como guía o límite frente a las inconsistencias del sistema.

Así es que la sacralización del Estado, a nuestro criterio, si bien no creó al derecho natural –por cuanto este último se remonta en sus orígenes, si se quiere, hasta los sofistas–, fue formado en el inconsciente colectivo como respuesta a una necesidad consciente: la ordenación social (o su *inordinación*, en una visión caótica de la historia del hombre y sus instituciones).

En efecto, mucho antes que nosotros, KELSEN, en algunos ensayos escritos entre 1913-1923, planteó la existencia de una estrecha analogía entre el monoteísmo cristiano y la doctrina del derecho público, denunciando esa correspondencia como consecuencia de una metafísica social autoritaria, superado en un perfecto panteísmo lógico-jurídico. SCHMITT en *Teología política* (1922), consideró que el Estado contemporáneo habría surgido de la secularización de categorías teológicas trasladadas al campo político.⁸⁹ Este último autor, “también brindó los presupuestos para pensar una secularización por sustracción o por ausencia, según la cual lo que caracteriza a la modernidad no es la transformación de lo sagrado en profano, sino su eliminación. En esta acepción, la sola posibilidad de pensar la trascendencia es la de una radical inmanencia; como si Dios pudiera sobrevivir sólo desapareciendo.”⁹⁰

Pues bien: ¿Este derecho incorpóreo, pero con un contenido formado por valores morales, religiosos y la costumbre de cada grupo social, es indeterminable pero determinable en cada caso en particular? Pareciera ser que sí o, al menos el sistema funcionaría de este modo.

Empero, los vicios intrínsecos de la expansión de la sacralización de estos principios (generales) por encima del *hombre*, han llevado a las organizaciones políticas actuales y, en particular, a la República Argentina a tomar el derecho (administrativo) como sinónimo de culto a un sistema sin normas o en el que se prescinde de ellas, operativo para fines privados (particulares) pero ajenos a las necesidades sociales (interés público o general).

Toda la estructura de culto propia de las religiones ha sido trasladada hacia el conocimiento jurídico, creando una suerte de religión civil (pensada por ROUSSEAU, en su *Contrato Social*) que no se plantea la existencia o el destino del *hombre*, sino el modo de anular toda posibilidad de análisis y cuestionamiento del sistema en sí, garantizando estructuras de subordinación y control.⁹¹ “Tan fácil es que los hombres crean en cosas a las cuales han dado crédito otros hombres; con donaire y destreza puede sacarse mucho partido de su miedo e ignorancia. Por esa razón los primeros fundadores y legisladores de los Estados entre los gentiles, cuya finalidad era, simplemente, mantener al pueblo en obediencia y paz, se preocuparon en todos los lugares: primero de imprimir en sus mentes la convicción de que los preceptos promulgados concernían a la religión, y no podían

⁸⁹ SCATTOLA, MERIO, *Teología política. Léxico de política* (trad. HEBER CARDOSO), Buenos Aires, Nueva Visión, 2008, p. 32.

⁹⁰ SCATTOLA, M., *op. cit.*, p. 164. Para profundizar, recomendamos la lectura de SCHMITT, CARL, *Catolicismo y forma política*, Madrid, Tecnos, 2001.

⁹¹ ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1996, pp. 129 y ss.

considerarse inspirados por su propia conveniencia, sino dictados por algún dios u otro espíritu; o bien que siendo ellos mismos de una naturaleza superior a la de los meros mortales, sus leyes podían ser admitidas más fácilmente. Así, *Numa Pompilio* pretendía recibir de la *Ninfa Egeria* las ceremonias que instituyó entre los romanos. Y el primer rey y fundador del reino del Perú, aseguraba que él mismo y su mujer eran hijos del Sol; y *Mahoma*, al establecer su nueva religión, presumía de tener coloquios con el espíritu divino, encarnado en un pastor. En segundo lugar, tuvieron buen cuidado de hacer creer que las cosas prohibidas por las leyes eran, igualmente, desagradables a los dioses. En tercer término, de prescribir ceremonias, plegarias, sacrificios y festividades, haciendo creer que la cólera de los dioses podía ser apaciguada por tales medios [...] Con estas y otras instituciones, y de conformidad con su propósito (que era la tranquilidad del Estado), lograron que el vulgo considerara que la causa de los infortunios fincaba en la negligencia o error en las ceremonias o en su propia desobediencia a las leyes, haciéndolo, así, lo menos capaz posible de amotinarse contra sus gobernantes.”⁹²

La raíz de todos estos males es el culto a una divinidad claramente ficcional, mutable y efímera, no eterna ni universal, llamada convencionalmente Estado.

La política y el derecho resultan siempre dependientes de la teología y “la conclusión es tanto más inquietante si se la aplica a la época moderna que si se la concibe exactamente como emancipación de la metafísica y de la religión; por otro lado, las ideas de la religión, una vez proyectadas en la sociedad, quedan involucradas en los condicionamientos de la historia humana, como ocurre en el caso del monoteísmo y así se compromete su pureza trascendental.”⁹³

El derecho —específicamente luego el derecho administrativo— se ha construido y diseñado tomando de la religión aspectos que le han servido para perpetuarse como instrumento de subordinación, compartiendo su misma estructura metafísica.

A ello ha contribuido el proceso que DUVERGER denominó *sacralización del Estado*, que consistiría en “Hacer de la ciencia política la ciencia del Estado, aislando el estudio de la sociedad nacional del de las otras sociedades, es sugerir implícitamente que el poder en el Estado y la sociedad nacional tiene otra naturaleza que en los otros grupos humanos. Esta tendencia se conecta con una teoría nacida con el Estado mismo, a finales de la Edad Media, la de la «soberanía». El Estado sería una especie de sociedad perfecta que no depende de ninguna otra y que domina a las demás: sería, así, «soberano». Los gobernantes del Estado tendrían, por tanto, una cualidad particular que los jefes de otros grupos humanos no compartirían con ellos: la soberanía [...] [e]sta teoría ha aportado a los gobernantes del Estado, en el momento en que éste se convertía en el grupo humano esencial, el carácter sagrado que habían tenido siempre a lo largo de la historia los jefes del grupo más importante: jefes de tribus, gobernantes de las ciudades, etcétera, anteriores a los gobernantes del Estado. Para fundamentar su autoridad, los gobernantes del grupo esencial —de la sociedad global— hicieron creer al principio que eran dioses, después que eran descendientes de un dios, más tarde elegidos de un dios. **El carácter sagrado de su**

⁹² HOBBS, THOMAS, *Leviatán, o la materia, la forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 1ª ed., 7ª reimp., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 94-95.

⁹³ SCATTOLA, M., *op. cit.*, p. 33.

persona se trasladó inmediatamente a sus funciones. La sacralización del Estado es la culminación de esta evolución.”⁹⁴

La sacralización del Estado si bien es una teoría propia de la ciencia política, como ya se dijo, se traduce en la configuración de un sistema político y de sus instituciones como aspectos propios e inherentes a la naturaleza social del hombre, pero que no pueden ser cuestionados como tales, ni desde el poder ni desde afuera.

En realidad, en apariencia parecería ser el perfeccionamiento de lo que ROUSSEAU había pensado en su *Contrato social* y que denominó la religión civil;⁹⁵ es decir la creación de una verdadera fe hacia el Estado, similar a la existente para cualquier religión.

En cambio, la sacralización del Estado y del derecho como medio o instrumento de organización, legalización y limitación del poder, tuvo consecuencias distintas desde la doctrina y la práctica judicial, en especial, en países como la Argentina, donde el poder se presenta atomizado y concentrado a la vez, en grupos o sectores metabolizados en el sistema jurídico y, es claro, en sus instituciones.

Esta determinación histórica hacia una construcción del derecho como religión – *sacralización del Estado*– y al mismo tiempo como saber científico, perteneciente a la superestructura social, no ha sido casual sino causal y favorecida por la existencia de al menos, dos grandes sectores “antagónicos”: *jueces y doctrina*.

También existe interconexión entre religión y derecho administrativo en lo que hace a la práctica de los mismos: la similitud entre sacerdotes y jueces, como artífices de un dualismo ritual ficticio, resulta sorprendente. La salvación como la justicia⁹⁶ son fines en sí mismos, a los que los fieles y los ciudadanos pretenden tanto como la intervención divina. Sin embargo, la estructura dual del hombre (el ámbito del cielo y el infierno, lo eterno y lo terrenal) y sus instituciones parecieran no permitir su consecución en forma directa.

De ello se puede concluir la existencia de una cierta equivalencia entre la salvación y la justicia en lo que hace a su función dentro de la organización religiosa por un lado y la

⁹⁴ DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 5ª ed. española, Barcelona, Ariel, 1970, pp. 30-31, quien agrega que: El énfasis nos pertenece.

⁹⁵ Para quien, “[l]os hombres no tuvieron al principio más reyes que los dioses, ni más gobierno que el teocrático. Hicieron el razonamiento de Calígula, y entonces razonaron correctamente. Es necesario un profundo cambio de sentimientos e ideas para decidirse a tomar a un semejante por señor y jactarse de que de este modo se encontrará uno bien. Al colocar a Dios al frente de cada sociedad política, resultó que hubo tantos dioses como pueblos. Dos pueblos extranjeros, y casi siempre enemigos, no pudieron reconocer durante mucho tiempo a un mismo señor; los ejércitos que se combaten no pueden obedecer al mismo jefe. Así, de las divisiones nacionales resultó el politeísmo, y de éste la intolerancia teológica y civil, que naturalmente es la misma [...]” (ROUSSEAU, *El contrato social*, *op. cit.*, p. 129.)

Agregando más adelante que, “[h]ay, pues, una profesión de fe puramente civil, cuyos artículos corresponde fijar al ciudadano, no precisamente como dogmas de religión, sino como normas de sociabilidad, sin las cuales es imposible ser buen ciudadano y súbdito fiel. No puede obligar a nadie a creerlas, pero puede desterrar del Estado a cualquiera que no las crea; puede desterrarlo, no por impío, sino por insociable, por no ser capaz de amar sinceramente las leyes, la justicia, e inmolar la vida, en caso de necesidad, ante el deber.” (ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 138-139.)

⁹⁶ En el concepto de justicia es donde podemos hallar otra diferencia adicional entre profetas y sacerdotes. Para los segundos, la idea de justicia se emparenta con la búsqueda del bien; para los primeros, en cambio, la justicia se vincula con la reivindicación de los oprimidos. Jamás, desde los sacerdotes antiguos, tomando como eje la filosofía griega, se hallará la discusión o la idea de dominación de clase. (RUBÉN DRI, *La utopía de Jesús*, 2ª ed., Buenos Aires, Biblos, 2000, p. 136.)

estatal por la otra. Función que hace al sostenimiento de la estructura de cada sistema, dotándolos de eficacia y validez: En ambos, ni la salvación ni la justicia son alcanzables sino por un proceso (rito) *místico* previo, con intermediación de determinados operadores designados por la dinámica misma del régimen en cuestión (sacerdotes y jueces).

Lo sagrado, se encarna o se concretiza en determinadas personas, objetos o acontecimientos, es allí donde surge el *tabú*, como condensación de lo sacro y lo prohibido. Luego aparece el *ritual*, procedimiento que permite congraciarse con el *tabú* y tornarlo bueno y útil, a quien lo invoque. Pero, “[e]l tabú en manos del enemigo deja a la tribu a merced de éste. Esto lo sabían los conquistadores europeos, e hicieron amplio uso de ello para las conquistas de los continentes americano, africano y asiático.”⁹⁷

Esto también lo saben quienes han tenido la función de diseñar e implementar las instituciones públicas de la nación. La idea de *mito* y *tabú* subyace en el derecho, con la permanencia de un sistema de ficciones ambivalentes con principios propios que los rigen y cuyos constructores han pensado de forma abierta, a los efectos de tornearlos a lo largo del tiempo.

Entre estas ficciones, está el derecho administrativo y su opulencia de principios y caracteres, que mucho más que otras ramas del derecho, lo hacen garante de un orden conservador del poder hacia finales del siglo XVIII y principios del XIX, pero que adquiere toda su fortaleza doctrinaria durante el pasado siglo XX.⁹⁸

Esta fortaleza –también ficticia o ideal– nos lleva hacia el establecimiento de un poder *inmóvil*, que se nos presenta como un fenómeno ya dado, ahistórico, atemporal y eterno: el derecho.

A modo simplemente de ejemplo de la conexión entre derecho y religión, señalamos que en la concepción del poder esbozado por la doctrina de la seguridad nacional y hemisférica, invocada por la mayoría de las dictaduras militares sudamericanas de los '70-'80, vemos la forma en que, tanto en la interpretación doctrinaria como en los documentos emanados de estos regímenes, se dejó planteado que “Dios quiere el orden representado por la civilización occidental y cristiana, contra la cual atenta el caos y la anarquía representados por el marxismo materialista y ateo. Es menester entender que la lógica de *Theós*, el Señor que está arriba y todo lo quiere ordenado de arriba hacia abajo, es la que hace posible que Dios haya sido invocado como garante de las monstruosidades” realizadas por ellos.⁹⁹

También Dios fue invocado por el constituyente de 1853, como fuente de toda razón y justicia. Razón y justicia implícita también en el legislador y cuyo ámbito de vigencia y validez es establecido tanto por los jueces como por la doctrina al invocar al oráculo de su *espíritu* como fuente de interpretación legal o del sentido dado o pretendido a determinada norma.

⁹⁷ RUBÉN DRI, *La utopía de Jesús*, 2ª ed., Buenos Aires, Biblos, 2000, p. 39.

⁹⁸ “El dualismo en la práctica social no fue privativo de la sociedad esclavista. Ya había sido de la asiática: corte-comunidad campesina; lo seguirá siendo en el feudalismo: señores feudales-siervos; y en el capitalismo: capitalistas-proletarios. El dualismo a nivel de la práctica hará que se prolongue en la teoría, de tal manera que es literalmente cierta la afirmación de Paul Ricoeur en el sentido de que la historia de la filosofía, en Occidente, no ha sido otra cosa que una larga y perdurable exégesis del mito órfico.” (DRI, *op. cit.*, p. 44.)

⁹⁹ DRI, *op. cit.*, p. 216.

4) IDENTIDAD IDEOLÓGICA

Es innegable la influencia ideológica de la tradición judeocristiana en la ideología del Estado moderno y del derecho occidental. Los orígenes de esta simbiosis debemos encontrarla en los últimos tiempos del Imperio Romano. A medida que aquél decaía también perdía su carácter de “dador de seguridad” y aquí, su amalgama con la religión católica devino en proponer la figura del emperador como representante en la tierra de un Dios único. La ideología y lógica monoteísta otorgan y proporcionan una mayor cuota de “seguridad-certeza”; de allí que este matrimonio *imperio-religión* determinó la continuidad del primero y la expansión de la segunda.

La religión monoteísta ocupó entonces el rol de “dadora de certeza y seguridad” que las religiones politeístas europeas habían cedido, tal vez a causa de la caracterización tan humana, arbitraria y personal de sus deidades. Este nuevo rol de la religión católica se volvió clave, al punto que determina (en un proceso de yuxtaposición) su carácter de “universal” y de portadora de la única verdad (lo que se ha ido matizando con los movimientos ecuménicos de mitad de siglo pasado en adelante). De esta forma, el emperador o monarca era “puesto” por Dios, que era quien ofrecía la seguridad-certeza. Claro que, como está proscripta la relación directa y personal con ese Dios, la única manera de interpretar su voluntad es mediante la Iglesia.¹⁰⁰

La religión monoteísta trasfunde ciertos principios y valores, estructuras y componentes ideológicos a la concepción política y jurídica. Se extiende y arraiga en la sociedad misma, se amalgama en la base social misma, modificando sus estructuras. La institución religiosa se vuelve la portadora de la palabra y voluntad divinas, el Papa se vuelve infalible. La palabra y voluntad divinas son las que otorgan la seguridad-certeza. La ecuación se observa por sí sola: en este esquema la única manera de conseguir consuelo ante la incertidumbre existencial es mediante la Iglesia, por ello es esta institución la que se vuelve la “portadora de certeza”. La cuestión se agrava en la época de la inquisición, en la cual la Iglesia asume un papel de extraordinario poder político y jurídico, fusionándose definitivamente lo religioso con lo jurídico, llegándose a sancionarse leyes civiles contra la brujería.

La influencia judeocristiana en el ámbito de las estructuras sociales, institucionales y políticas de occidente se manifiesta en diferentes aspectos de nuestra vida cotidiana.

Señala SUPIOT, que “Si la ciencia y la técnica, así como la economía de mercado, son, históricamente, frutos de la civilización occidental y están estrechamente ligadas a ella, es en virtud de las creencias en las que se basa dicha civilización. El proyecto científico y técnico ha surgido de la creencia de que Dios le había dado la Tierra como herencia al Hombre, que había organizado la Naturaleza de acuerdo a leyes inmutables y que el conocimiento de dichas leyes le permitiría el [sic] hombre dominarla. El poder material de Occidente le debe pues mucho al cristianismo, que ha cimentado su identidad.”¹⁰¹

¹⁰⁰ Iglesia no entendida de modo espiritual o como cuerpo místico de Cristo, sino la Iglesia institución. Recién luego del Concilio Vaticano Segundo las misas comenzaron a realizarse en los idiomas correspondientes a cada país. Antes de ello, las autoridades eclesíásticas guardaban y ocultaban con fervor hasta el texto mismo de la Biblia.

¹⁰¹ SUPIOT, ALAIN, *Homo Juridicus*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, pp. 16-17.

Compartimos esta opinión. La identidad de la sociedad occidental ha sido cimentada en el ideal judeocristiano y en el protestante.¹⁰² Esta cimentación acarrea consecuencias que se diversifican en distintos órdenes, alcanzando al Estado y a su producto, el derecho. La superstición más grave y peligrosa consiste en creer que la fe es «conocimiento» objetivo; ante todo de Dios y luego que de las leyes de lo «creado» derivan todas las normas de la vida individual y colectiva.¹⁰³ Insistimos que el problema no es la fe. La cuestión radica en confundir y adoptar la estructura de este conocimiento objetivo por la fe, en el ámbito del derecho administrativo.

Otra de las influencias de la tradición judeocristiana en el mundo occidental es el pecado original como determinante de una condición innata propensa a la maldad. Esta influencia es la base del contractualismo y de la ideología del Estado-nación moderno. Es la base de la idea *homo homine lupus est*. Luego, como el individuo es malvado en sí mismo, necesita ceder su libertad y su autodeterminación en pos de una entelequia metafísica que velará por sus intereses. Esta influencia es clave y determinante de toda la construcción política que nace con los contractualistas en adelante. Es la base misma de la justificación de la idea de los Estado-naciones.

Explica el Catecismo de la Iglesia Católica que “Sólo en el conocimiento del designio de Dios sobre el hombre se comprende que el pecado es un abuso de la libertad que Dios da a las personas creadas para que puedan amarle y amarse mutuamente.”¹⁰⁴

Y continúa afirmando que “La Revelación nos da la certeza de fe de que toda la historia humana está marcada por el pecado original libremente cometido por nuestros primeros padres.”¹⁰⁵ El hombre fue creado en la forma de “libre sumisión a Dios”, es decir, “El hombre depende del creador, está sometido a las leyes de la Creación y a las normas morales que regulan el uso de la libertad.” (Nro. 396), continuando en que “El hombre, tentado por el diablo, dejó morir en su corazón la confianza hacia su creador y, abusando de su libertad, *desobedeció* al mandamiento de Dios. En esto consistió el primer pecado del hombre.” (Nro. 397).

Luego, “Por la desobediencia de un solo hombre, todos fueron constituidos pecadores” (Romanos, 5, 19).

El pecado original es un estado (Nro. 404), “Es la privación de la santidad y de la justicia originales” (Nro. 405), “El bautismo, dando la vida de la gracia de Cristo, borra el pecado original y devuelve el hombre a Dios, pero las consecuencias para la naturaleza, debilitada e inclinada al mal, persisten en el hombre y lo llaman al combate espiritual.” (Nro. 405).

¿Cómo influye esta idea del pecado original en el hombre occidental?

En este esquema, el hombre no es totalmente libre, se encuentra en una relación de *libre sumisión* a Dios. Sólo mediante esta sumisión consigue participar de la “divinidad” o armonía primigenia. Es decir que el hombre no puede, por sí solo, alcanzar la divinidad. A

¹⁰² Ideal protestante que coincide con la revolución industrial y el avance del capitalismo.

¹⁰³ VATTIMO, GIANNI (trad. MARÍA TERESA D’MEZA), *Adiós a la verdad*, Barcelona, Gedisa, 2010, p. 70.

¹⁰⁴ *Catecismo de la Iglesia Católica*, Conferencia Episcopal Argentina, Nro. 387.

¹⁰⁵ *Catecismo de la Iglesia Católica*, Conferencia Episcopal Argentina, Nro. 390, con cita del *Concilio de Trento*: DS, 1513; Pío XII, *Encíclica Humani generis*: *ibidem*, 3897; Pablo VI, discurso 11.07.1966.

su vez, mediante el pecado “de un hombre” todos los hombres se ven inclinados al mal y a la purga de esta inclinación mediante “el bautismo en Cristo”.¹⁰⁶

El pecado se constituye así en condición de la potestad política. “Como consecuencia de la caída de Adán, se les infligió a los hombres la pena de la servidumbre, la que es una ayuda ofrecida por la misericordia divina contra el abuso de la libertad, ya que los hombres, presas del pecado, se abandonarían a toda clase de crímenes si el temor al castigo no los contuviera de cometer las acciones más infames. El género humano sólo puede conservarse, pues, si se instituye una diferencia entre quienes deben experimentar el miedo y quien debe provocarlo. Por eso, Dios distingue la condición de los hombres ordenando que algunos sean siervos y otros señores, de modo que la inclinación al mal de los unos esté contenida por la potestad de los otros.”¹⁰⁷ Adviértase cómo, este esquema ideológico subyace en la justificación misma de la monarquía y, posteriormente, en la del Estado. Véase también que es esta misma ideología la que penetra en las profundidades de la actual concepción del derecho administrativo. Se concibe a este último, como el derecho del Estado, que no es otra cosa que el monarca laicizado. De allí que todas las definiciones de derecho administrativo que se han enarbolado hasta ahora partan del servicio público, del acto administrativo, de la función administrativa, etc. En definitiva, todas estas caracterizaciones parten del monarca y de esta diferenciación primigenia, cuya causa originaria podemos encontrarla en la idea del pecado original.

Se ha cimentado y circunscrito de esta manera nuestra capacidad de relacionarnos con el “mundo exterior” (la naturaleza y los otros) mediante el prisma de nuestra inclinación al mal y nuestra subordinación a una entidad metafísica. La armonía primigenia viene a significar un estado de equilibrio del hombre para consigo mismo, para con los otros y la naturaleza –y consecuentemente, para con Dios–. El pecado original y sus consecuencias nos ofrecen a la vez una explicación del sufrimiento y de la condición del hombre. El dolor y el sufrimiento vienen dados por la culpa del hombre en el pecado original y esta condición de pecadores que todos poseemos desde el nacimiento determina nuestro dolor y sufrimiento en este mundo. Sólo mediante Cristo podemos erradicar el dolor y sufrimiento en nuestras vidas.¹⁰⁸

Ésta es sólo una manera de explicar el sufrimiento en el mundo. Según el budismo, el sufrimiento o insatisfacción es inherente a la existencia. Acontece en forma alternada y se origina en el deseo/anhelo, en la no aceptación del cambio o transitoriedad y en el apego.¹⁰⁹ En este esquema no hay referencia a ninguna inclinación pecadora del hombre.

¹⁰⁶ La idea del pecado original constituye una superación del tabú, en términos de coacción y prescripción normativa. La religión así pasa a convertirse así en la técnica de gestión del orden de la comunidad, como antes lo había sido el tabú con el miedo a los males desconocidos. En la tradición judeocristiana, la gestión social se logra mediante la confesión, el pecado original y el miedo a la condena en la vida eterna.

¹⁰⁷ SCATTOLA, M., *op. cit.*, pp. 55-56, con cita de ISIDORO DE SEVILLA, “Sententiae,” en *Patrología latina*, III, 47, 1, col. 717.

¹⁰⁸ Luego, la experiencia directa entre Cristo y el individuo está vedada, entonces se instituye a la Iglesia como intermediario necesario. Se sienta así la idea del rito y la liturgia para alcanzar la salvación, heredera del rito y tabú en las comunidades tribales y precursora de la idea del proceso administrativo y judicial para alcanzar la justicia.

¹⁰⁹ Las Cuatro Noble Verdades del budismo son:

- i) El sufrimiento es inherente a la vida.
- ii) El origen del sufrimiento está en los deseos, que provienen del ego.
- iii) El sufrimiento puede ser extinguido.
- iv) Para extinguir el sufrimiento, debemos seguir el Óctuple Sendero.

Aquí, se acepta nuestra limitación como criaturas de un mundo que nos excede. El sufrimiento, el dolor, la vejez, la muerte, la insatisfacción, son inherentes a la vida misma y no producto de algún error primigenio. El sufrimiento se supera mediante el Óctuple Sendero, que consiste en una serie de prácticas que sirven para que el hombre se supere y domine sus propias pasiones a efectos de evitar la insatisfacción.

HUXLEY explica narrativamente que “Hemos nacido con el pecado original, mas también hemos nacido con la gracia original, esto es, con una capacidad de virtud y, para usar el lenguaje de la teología, con una «chispa», con un «pequeño punto» del alma, con un fragmento de conciencia libre de pecado, sobreviviente del estado primigenio de inocencia y que técnicamente se conoce con el nombre de *synteresis*.”¹¹⁰ No obstante ello, esta idea del pecado original –trasfundida por el cristianismo y arraigada en la base de nuestro inconsciente colectivo–, ha determinado de manera poderosa, a la sociedad occidental. Nos convertimos en criaturas inclinadas al mal –*homo homine lupus est*– que no sabemos qué hacer con la libertad que nos fue dada. Para ello, para poder alcanzar las metas de equilibrio, armonía y plenitud, necesitamos de entelequias metafísicas que, mediante el monopolio de la jerarquía y decisión, nos indiquen y guíen por el camino de la salvación o de la justicia.

Resulta interesante advertir cómo la religión católica asumió el rol de universalidad trasfundiendo sus ideales y concepciones a toda la civilización occidental a través del Imperio Romano. Primeramente, los cristianos eran considerados por Roma como una secta judía más, sin ninguna importancia. Luego, fueron torturados hasta la muerte. Finalmente, cuando el Imperio Romano estaba sangrando en batallas y conspiraciones internas y perdía su poder, Constantino se hizo bautizar al catolicismo. Ello sin olvidar el gran poder económico y político que había alcanzado (e incrementaría especialmente después) el obispo de Roma. Ante la decadencia romana, la naciente Iglesia de Jesús era el único tipo de poder organizado que quedaba en Roma y el Obispo romano era el representante de este poder.¹¹¹ El Imperio sobrevivió un tiempo más y la Iglesia se volvió universal.¹¹² La época inquisitorial terminó por erradicar las religiones paganas indoeuropeas que todavía sobrevivían en el continente europeo.

A su vez, el Óctuple Sendero es el siguiente:

- i) Comprensión correcta.
- ii) Pensamiento correcto.
- iii) Palabra correcta.
- iv) Acción correcta.
- v) Ocupación correcta.
- vi) Esfuerzo correcto.
- vii) Atención correcta.
- viii) Concentración correcta.

¹¹⁰ HUXLEY, ALDOUS, *Los demonios de Loudun*, Buenos Aires, Sudamericana, 3º ed., 1975, p. 108.

¹¹¹ Ampliar en VAN LOON, HENDRIK WILLEM, *Historia de la Biblia*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1946, p. 409.

¹¹² Como explica JOSTEIN GAARDER, los pueblos indoeuropeos se caracterizaban por ser politeístas y en cambio, los pueblos semitas (judíos, árabes) se caracterizaron por su monoteísmo. Resulta curioso que la religión católica, nacida del seno del pueblo semita y monoteísta, haya alcanzado la universalidad mediante Roma, esparciéndose por toda Europa, que en la antigüedad había sido típicamente politeísta. Ampliar en GAARDER, JOSTEIN, *El mundo de Sofía*, España, Siruela, 2002, p. 181 y ss.

Se mezclaron así las instituciones religiosas con las instituciones políticas.¹¹³ El monarca o emperador (figura política) fue enviado por el único Dios y estaba por encima de la Ley. Esta imagen sigue manteniéndose en nuestra psiquis colectiva hoy día, en cuanto vemos en el Estado a una entelequia metafísica sin percatarnos que lo componemos nosotros mismos. Aún el lenguaje utilizado rememora esta idea, por ejemplo, cuando hablamos del “hecho del príncipe”, o cuando hablamos de una “zona de reserva de la administración” o de las “facultades exorbitantes”. Ni qué hablar de la regulación civil del matrimonio y la familia. Conforme el Código Civil originario, el matrimonio “civil” se realizaba en Iglesias Católicas. Una aplicación de esta confusión entre instituciones religiosas e instituciones civiles puede verse claramente en el fallo de la CSJN *in re*: “E.F.E.”.¹¹⁴

Podemos asegurar también que la idea de una justicia y consecuentemente, de un derecho divino son la base del iusnaturalismo, que luego, claramente, se fue laicizando a efectos de armonizar con los tiempos venideros, pero sin que por ello se modificara la idea base de su argumento.

La tradición judeocristiana y sus estructuras han cimentado la identidad del hombre occidental, lo que conllevó consecuentemente a que las instituciones que poseemos hoy día sean una consecuencia más o menos directa de tal identidad. En este esquema, el derecho ocupa –y siempre ocupó– el lugar de una entelequia deificada de manera irracional.

La analogía se incrementa cuando advertimos que, según la tradición judeocristiana, la salvación sólo es posible mediante el Mesías, de igual manera que, en la sociedad civil occidental, la *Justicia* y el *Orden* sólo son posibles mediante el Estado y su organización jurídica. Lo que subyace en esta concepción, es la incapacidad humana de lograr orden y justicia por sí mismos, a partir del hombre mismo, de su propia libertad. La producción del orden y la justicia (y la fe en ellas) se deposita en el Estado, sus instituciones y órganos jurídicos. Probablemente, una concepción distinta habría generado organizaciones completamente distintas e impensadas hoy día. La idea de la autogestión mediante unidades cívicas reducidas (por ejemplo, a través del presupuesto participativo en los CGPs en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, verdadera experiencia de autogestión o gestión directa) tal vez es una idea que propende a modificar esta concepción. Cuanto más reducidas sean las unidades cívicas mayor eficacia tendrá la democracia. La participación ciudadana en la toma de decisiones políticas es una tendencia que favorece el desarrollo de la libertad del ser humano. Claro que la participación a gran escala o en unidades cívicas de gran cantidad de ciudadanos es ineficaz. Ello habría que llevarlo a sectores reducidos. Y además, claro está, la idea no significa la preparación y aceptación psíquica de los ciudadanos para afrontarlo...

Ahora bien, ¿por qué la Iglesia católica pierde ese lugar de preeminencia?

El progreso de la ciencia y la tecnología hizo que las verdades de fe resultaran insuficientes para explicar el estado de cosas y de descubrimientos científicos.

A su vez, la ciencia fue proporcionando bases “supuestamente” más lógicas y objetivas de explicar y entender el mundo y, consecuentemente, de proporcionar mayor seguridad y

¹¹³ Según COSSIO, “Desde que el cristianismo se constituye en Iglesia, el Occidente ha visto funcionar otro centro de poder a la par del Estado, dentro de éste”; ver COSSIO, CARLOS, *La opinión pública*, Buenos Aires, Losada, 1958, p. 143.

¹¹⁴ CSJN, “E., F. E. s/ sucesión ab-intestato”; *LL*, 1987-D, p. 333.

certeza. Como se ha señalado, “a juzgar por las ideas de los científicos de los siglos XVI y XVII, la teología y la Iglesia cristianas podrían haberse convertido en aliadas de la nueva ciencia” ya que “[t]ampoco desde la perspectiva de la fe bíblica en Dios era inexorable que la teología y la Iglesia cristianas se opusieran de antemano a los conocimientos de la incipiente ciencia de la naturaleza.”¹¹⁵ Es decir, en vez de acompañar los nuevos postulados de la ciencia, la Iglesia los rechazó, se opuso, persiguió a científicos, etc. y esta actitud fue conduciéndola al descrédito, a medida que la ciencia lograba mayores adeptos debido a sus descubrimientos y proporcionaba así mayor certeza desde la irrupción del *cogito* cartesiano.

De esta forma, las verdades de fe se volvieron insuficientes para explicar el mundo conocido, la Iglesia se opuso a la ciencia de modo irracional y el hombre se volvió a esta última, en virtud de ser portadora de mayor verdad-certeza.

Al mismo tiempo, a medida que mayores descubrimientos científicos se realizan, mayor es el desconcierto del individuo ante ese “mundo externo” amenazante. De allí que más se aferre a lo único que pareciera otorgarle seguridad: la ciencia. Por otro lado, recién con el Concilio Vaticano II la Iglesia católica comienza a *aggiornarse* al paso de los tiempos. Aquella, confiada de su poder político, se había universalizado y dogmatizado de tal manera que sus verdades habían trascendido el campo de la fe trasladándose a la política, el arte, el derecho, la filosofía, etc., y ante el surgimiento de la nueva ciencia, no pudo advertir la insuficiencia de sus postulados¹¹⁶ y prácticas en el ámbito de ésta. La ciencia se erigió así en el baluarte de la certeza mediante la matemática y la lógica, es decir, el *more geometricus*.

Esto lo explica claramente KÜNG, al referirse a la ciencia, “...tampoco había ninguna necesidad de que, por su parte, la razón autónoma, en forma de ciencia moderna, se absolutizara con frecuencia de tal manera a sí misma que no dejara sitio libre para la fe en lo meta-empírico y, en la práctica, terminara sustituyendo en gran medida la fe en Dios por la *fe en la ciencia*. Los budistas japoneses, por ejemplo, se plantean la pregunta de por qué la ciencia moderna se desarrolló precisamente sobre el suelo de la tradición judeocristiana.”¹¹⁷

5) LA REVOLUCIÓN FRANCESA COMO PARADIGMA DE LA RELIGIÓN DEL ESTADO

Algunos párrafos más arriba efectuamos una referencia a la religión del Estado como demostración de fe y creencia que ROUSSEAU pensó en los albores de la conformación de un contrato social con carácter perenne y trascendente de las partes originarias de aquél. Es evidente o no tanto, que esta fidelidad se transformó en mera formalidad, para recrear una lógica política-social en la cual el Estado suplantara a Dios como criterio de existencia y

¹¹⁵ KÜNG, HANS, *El principio de todas las cosas. Ciencia y religión*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 64.

¹¹⁶ Obviamente no nos referimos a las verdades de fe ni a sus contenidos. KÜNG lo explica claramente: “con su fracaso frente a la ciencia y a los nuevos desarrollos filosóficos y sociales, la teología y la Iglesia cristianas contribuyeron decisivamente a que el *ateísmo científico y político* se abriera paso...”, ver en KÜNG, *op. cit.*, p. 64.

¹¹⁷ KÜNG, *op. cit.*, p. 64.

validez de la religión, para ser un fin en sí mismo. Fin que, entre otras cosas, se tradujo por imperio de sus instituciones en el principio ordenador de la sociedad moderna.

¿Cuándo se verifica este traspaso?

Entendemos que la Revolución francesa de 1789, dejando de lado el proceso de emancipación americana, se puede tomar como punto de partida ideal de este nuevo Estado, de esta nueva religión civil.

Se ha sostenido al respecto que, si “se abarca con una mirada de conjunto este período revolucionario que se extiende desde mayo-junio de 1789 a noviembre de 1799 (18 Brumario), lo que resalta por encima de todo es la enorme teatralidad de las representaciones llevada a cabo en el momento por los propios actores de la revuelta: a ello se añade a *posteriori* una historiografía que no llega a establecer un distanciamiento suficientemente importante entre los hechos sociales propiamente dichos con independencia de la puesta en escena intelectual que ellos provocaron. Se trata de una minoría actuante y que no puede ser de ninguna manera confundida con una clase social o su seudorepresentación, una elite intelectual y de acción política que ofrece la apariencia de una gran homogeneidad de formación.”¹¹⁸

A esa *teatralidad de las representaciones* que aparecen como corolario de los principios de la puesta en práctica de la teoría de la representación política, cabe agregar la *teatralidad de las ficciones jurídicas*.

Actuación, si se nos permite expresar, en la cual los actores en escena, unos pocos frente al colectivo de la sociedad, se reivindican como portadores de una iluminación divina que les autoriza a establecer reglas generales y abstractas con base en la ponderación de un bien general, interés público o interés común, inherente a una visión moral y religiosa, de la cual se intenta apartar, pero emula en sus principios y normas de funcionamiento interna. El ciudadano aquí, es un mero espectador.

Es que, no solamente “la Revolución Francesa se parece a una revolución religiosa sino que también, según [de] Tocqueville, sería ella misma una revolución religiosa. «Dado que tenía el aire de tender a la regeneración del género humano más que a la reforma de Francia, ella ha encendido una pasión que, hasta ahora, las revoluciones políticas más violentas nunca pudieron producir. Ha inspirado el proselitismo y hecho nacer la propaganda. En fin, por eso pudo adoptar ese aire de revolución religiosa que tanto espantaba a sus contemporáneos o más bien, se convirtió ella misma en una especie de nueva religión, religión imperfecta ciertamente, sin Dios, sin culto y sin otra vida, pero que, sin embargo, como el islamismo inundó toda la tierra con sus soldados, sus apóstoles y sus mártires».”¹¹⁹ Esta nueva *religión secular*,¹²⁰ fracasó en Francia, pero triunfó en el resto del mundo, exportó sus valores, principios e instituciones, los que fueron reinterpretados en especial, en Latinoamérica durante el siglo XIX. Fracaso mediante, ha quedado marcada a fuego la enunciación de los derechos naturales del hombre en la

¹¹⁸ CHABOT, JEAN-LUC, “¿La Revolución Francesa como paradigma de las revoluciones antirreligiosas modernas?”, en AAVV *Política y religión. Historia de una incompreensión mutua*, Buenos Aires, Lumiere, 2007, pp. 204-205.

¹¹⁹ CHABOT, J., *op. cit.*, pp. 208-209. Con cita de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, 1856.

¹²⁰ V. ARON, RAYMOND, *La Edad de los imperios y el futuro de Francia*, ed. Defensa de Francia, 1945, p. 288, cit. por CHABOT, *op. cit.*, p. 209.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, junto con la aspiración máxima del hombre en sociedad: Su felicidad. Esta felicidad del hombre, “reside en el sometimiento de este orden social a la razón, lo cual sería suficiente para liberar definitivamente al hombre”¹²¹ de las tinieblas, de la oscuridad previa en la que se encontraba antes de la Revolución y de la que fue sacada por la *razón revolucionaria* (o su iluminación).

La razón purificadora de la humanidad, viene dada según CHABOT, “a través de la racionalización de la política por el derecho; la ley se convierte en «razón escrita» que tiende a sustituir a la moral misma, en la medida que la libertad es definida por ella y depende enteramente de ella.”¹²²

¿Pero qué sucede cuando esta ficticia racionalidad se pone en práctica?

Sucede lo inevitable, el resurgimiento de la naturaleza humana en un proceso político-social que nada tiene de lógico o razonable, o al menos, no propio de una ciencia natural. Nada hay de predecible en la historia del derecho, salvo su carácter eminentemente mutable, ficcional y provisional.

Las contradicciones han pasado a ser la regla en el derecho y en la normatividad social, donde los ciudadanos y el Estado, los gobernantes y los hechos no hacen más que contradecirse en una dialéctica inherente al origen del poder, en especial en el caso argentino.

Pero esta oposición evidenciada en la Francia del siglo XIX y en la Argentina del siglo XX y principios del siglo XXI, no fue tal en la etapa fundacional de Estados Unidos. Ello, porque a las ficciones y racionalidades inherentes a la teoría decimonónica del Estado de Derecho, Estados Unidos le agregó su creencia y la no eliminación de la religión como aspecto positivo de la sociedad.

DE TOCQUEVILLE expresaba al respecto que “[a]l lado de cada religión se encuentra una opinión política que, por afinidad, está junto a ella. Dejad al espíritu seguir su tendencia, y reglamentará de manera uniforme la sociedad política y la ciudad divina; tratará, si me atrevo a decirlo, de armonizar la tierra con el cielo.”¹²³ Presentada la religión civil de los norteamericanos como un «cristianismo democrático y republicano», ha sido definida como “un conjunto institucionalizado de opiniones sagradas concernientes a la nación norteamericana, que se expresan en documentos constitucionales fundamentales y en los momentos centrales del discurso político. Los mismos incluyen la fe en un ser supremo trascendental, la convicción de que la nación norteamericana recibió sus leyes de Dios y la persuasión de que la providencia guía y protege la historia de los Estados Unidos y garantiza los valores de la libertad, justicia, caridad y virtud personal.”¹²⁴

Quizás la clave norteamericana ha sido ésa: Dejar al espíritu religioso la libertad de sumarse al espíritu político, respetando los caracteres propios de cada uno e identificando a ambos en su función realizadora del Hombre como ciudadano. Sin confundir uno con otro.

¹²¹ CHABOT, J., *op. cit.*, p. 210.

¹²² CHABOT, J., *op. cit.*, p. 211.

¹²³ DE TOCQUEVILLE, ALEXIS, *La democracia en América*, 10ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 287.

¹²⁴ SCATTOLA, M., *op. cit.*, p. 29.

6) LOS DOGMAS DE LA FE (JURÍDICA, EN EL ESTADO)

Volviendo a ROUSSEAU, debemos recordar que “[l]os dogmas de la religión civil deben ser pocos, sencillos, enunciados con precisión, sin explicaciones ni comentarios. La existencia de la divinidad poderosa, inteligente, bienhechora, previsora y providente, la vida futura, la felicidad de los justos, el castigo de los malvados, la santidad del contrato social y de las leyes: he aquí los dogmas positivos. En cuanto a los negativos, los reduzco a uno solo: la intolerancia [...]” En esta fe (jurídica) creada en beneficio y en interés de la supervivencia del Estado, los enunciados propios del derecho administrativo no son pocos ni simples, pero sí detallados con explicaciones y comentarios esotéricos o mitológicos, en contacto más con la historia (ajena) que con la realidad.

La intolerancia entre los mismos doctrinarios y de ellos frente a alguna jurisprudencia que no beneficia al *sistema*, es lo que predomina.¹²⁵ En rigor de verdad, el exceso de intolerancia intelectual académica nos lleva a la tolerancia de la intolerancia como fenómeno típico argentino trasladable a todos los campos sociales.

El exceso de dogmas y tabúes sumado a las consecuencias de un ciudadano ausente y sin compromiso y responsabilidad frente al Estado, ha contribuido a delinear un derecho administrativo peculiar, donde abundan las ausencias y los cambios *aparentes* de paradigmas, plagados de sacerdotes y profetas únicos relacionados con el fenómeno del poder.

7) LA INTELLIGENTZIA COMO INSTRUMENTO DEL PODER Y CONSTRUCCIÓN JURÍDICO-DOGMÁTICA

El conglomerado jurídico administrativo es una materia compleja y técnicamente abordada por doctrina especializada, configurando una rama especial del derecho, que en sus albores fue calificado como exorbitante del derecho privado. En verdad, es exorbitante porque goza de inmunidad frente a los principios del derecho en general y, en el pasado, del control judicial.¹²⁶

Pero, esta inmunización ha repercutido negativamente en su desarrollo como técnica, ya que al asumir la doctrina que se configura dentro de una ciencia, se ha pretendido dotar de valores absolutos e inmutables a meras abstracciones y ficciones, más cercanas a cuestiones de fe, que a la realidad histórica.

¹²⁵ Al respecto ver: BECKER, HOWARD S. (trad. TERESA ARIJÓN), *Manual de escritura para científicos sociales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

¹²⁶ No podemos aceptar que en el estadio actual del derecho administrativo todavía se siga invocando la esotérica referencia a un régimen exorbitante del derecho privado, para definir sus caracteres o fundar la naturaleza o esencia, por ejemplo, de algunos de sus institutos. Se ha afirmado así, que “la exorbitancia del derecho administrativo deriva, hoy en día, de la especificidad de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías y de su carácter de derecho común de la administración pública, ámbito éste excluido, en principio, de la órbita propia del derecho privado” (COMADIRA, JULIO RODOLFO, *El acto administrativo*, 4ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 13.)

El carácter a-histórico del derecho administrativo se conformó gracias a un sector¹²⁷ que desde el poder (político) construyó míticamente un saber jurídico especial, aceptando la vigencia de ciertos principios que han operado sin posibilidad cierta de refutación. Es decir, identificándose con un criterio sustentando en:

a) *inmutabilidad (de valores y conceptos),*

b) *dualidad (entre el discurso jurídico y la práctica del derecho), y*

c) *jerarquía (se priorizan determinados principios por encima de la realidad en que se verifican los hechos; se coloca la teoría por encima de la práctica).*

Esto no sólo sucede con el derecho. Se trata de una nota común en el *pseudo conocimiento* “científico” argentino de su historia, su cultura y con ellos, de la sociedad argentina.

Al decir de ARTURO JAURETCHE, “[d]esde el principio nuestra «intelligentzia» identificó con cultura los «valores universales» consagrados por los centros del poder, con exclusión de toda otra cultura.”

Así es que, “[e]l contacto de la cultura preexistente con la Europa triunfante del siglo XIX, que debía generar a su vez una nueva elaboración por la asimilación de nuevos valores a los elementos culturales propios, no fue visto así por la «intelligentzia» que desde el principio definió sus características, deslumbrada por la civilización europea cuyo espectáculo se presentaba ante los ojos azorados de los intelectuales. (Se llama intelectual, no al que ejercita la inteligencia, sino al que es ilustrado en cosas nuevas).” “Para este «intelectual» lo preexistente, la *cultura* que tenía en la raíz, fue *incultura* en cuanto no coincidía con lo nuevo. Ocurrió aquí lo inverso que entre los griegos, para los cuales lo bárbaro era lo exótico a la Hèlade, y lo culto lo propio.”¹²⁸

La cultura –o incultura, inherente a la *intelligentzia*– se nutrió de todo lo positivo y negativo de las raíces europeas en las que se formaron y aún se siguen formando nuestros profesionales del derecho. Raíces que no distinguieron *ab initio* las particularidades de un pueblo distinto, como el argentino, ubicado en un lugar del mundo diferente, con un

¹²⁷ Hacemos propia la opinión al respecto de GORDILLO, para quien: “[e]n nuestro país se produjo una involución política que ahora está terminando. Luego del pensamiento liberal de juristas como BIELSA, FIORINI, DIEZ, nos pareció el camino natural –aunque MARIENHOFF había tratado el dominio público en una óptica *pro administratione* (1960)- y lo seguimos desde el año 1958, en que lo tuvimos de maestro a BIELSA, en el énfasis constitucional de éste, su pensamiento político liberal, pragmatismo con búsqueda de justicia, etc., magüer inevitables diferencias instrumentales, que se incrementan por el cambio ulterior del derecho objetivo y del mundo.”

“Las sucesivas dictaduras militares fortalecieron durante un largo tiempo las teorías autoritarias del poder, tal como se advierte fácilmente en cualquiera de los grandes temas que estamos mencionando. La vida en democracia, a partir de 1983, ha sido fértil en muchos campos a la liberalización del derecho administrativo, pero quedan todavía demasiados resabios que superar. La responsabilidad inicial, por supuesto, es de quienes abusan, en democracia o fuera de ella, del poder público legislativo y administrativo; pero la principal responsabilidad reside en los autores y cultores del derecho público que, en lugar de señalar tales apartamientos, los aplauden en el “contencioso administrativo”, o callan en el control de la hipertrofia del poder.” (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, Int.-8/9).

Ver también: DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza), en *Res Publica Argentina*, 2007-1: 93-119.

¹²⁸ JAURETCHE, ARTURO, “La colonización pedagógica”, 2ª reimp. en *Los profetas del odio y la yapa*, Buenos Aires, Corregidor, 2004, pp. 99-100.

pasado, presente y futuros propios, que hacían de un proyecto nacional, un proyecto autónomo e independiente. Esto se traduce en la conformación de un derecho administrativo con multiplicidad de fuentes y enfoques, casi siempre ajenos a la realidad constitucional. Dicha autonomía e independencia se vieron inmersas en los problemas y prejuicios ajenos pero que hicimos propios, y en lo que hace al derecho administrativo, copiamos lo mejor y lo peor del modelo continental europeo. Lo copiado lo hemos pasado por el prisma de nuestra mediocridad y vagancia. Aún cuando hayamos copiado lo mejor, lo que resultó en nuestro país fue una imagen muy pálida de su original. Para peor, también importamos los vicios de ese original que en nuestro país sólo fue una pálida copia.

8) DERECHO Y RELIGIÓN: PALABRAS FINALES

Conviene tener en cuenta que “[s]uele ocurrir a los eruditos lo que al improvisado agricultor que fia solamente en los riegos y los abonos, y ve revenirse sus tierras, pues no sabe que aquello que vivifica, mata, si es mal administrado [...] Así como las ciencias de la economía y las finanzas son totalmente accesibles al hombre común, y la apariencia de misterio de que se las rodea es un arte de prestidigitación, cuyo prestigio desaparece cuando se revela al público el secreto, toda la erudición exhibida es un malicioso esoterismo, destinado a rodear de misterio verdades que están al alcance de cualquiera, con sólo el auxilio de un buen razonamiento.” “Se trata del lenguaje y del método. Estamos en presencia de una nueva escolástica de anti-escolásticos, que en lugar de ir del hecho a la ley van de la ley al hecho, partiendo de ciertas verdades supuestamente demostradas –en otros lugares y otros momentos– para deducir que nuestros hechos son los mismos e inducir a nuestros paisanos a no analizarlos por sus propios modelos y experiencias. Pretendo oponerles el método inductivo, que es el de la ciencia, y esclareciendo hechos parciales nuestros, tratar de inducir las leyes generales de nuestra sociedad. Parecería ésta una afirmación pretenciosa y debo restringirla. Sólo se trata de lograr algunas conclusiones, algunos atisbos, para ir aprendiendo la verdad, según nosotros y para nosotros.”¹²⁹

Intentamos destacar las similitudes entre las bases políticas de la religión como criterio aplicado análogamente a la justificación *pseudocientífica* del derecho (administrativo).

Es evidente que cualquier análisis que se realice desde el derecho administrativo no puede soslayar la realidad histórica y constitucional sobre la cual transcurre.

También lo es que los paradigmas que sirven de sustento al derecho administrativo deben establecerse cumpliendo con dos requisitos que hacen a su eficacia: (i) la Constitución nacional; (ii) la eliminación de mitos y tabúes. Se ha indicado que el momento característico “de las nuevas religiones políticas es la creación de una realidad mítica impermeable a las críticas de la ciencia natural y capaz de someter a las masas con la fuerza de los símbolos. Mientras la diferencia entre ámbito secular y religioso resulta esencial en la experiencia cristiana, la que por amor al hombre, mantiene la autonomía del orden terrenal, las religiones políticas modernas proponen en cambio una identificación idolátrica de los dos planos, en la cual una parte social, la clase, el Estado o la raza, se impone como fetiche histórico y absorbe en sí, aniquilándola, a toda la dimensión sagrada.

¹²⁹ JAURETCHE, *op. cit.*, “Prólogo a la primera edición de junio de 1957,” p. 13.

La consecuencia de esta implosión de los planos es la supresión del derecho y su reemplazo con contenidos ideológicos parareligiosos.”¹³⁰

El derecho administrativo debe construirse en un Estado social de derecho y no en un Estado autoritario, incorporado en un sentido constitucional pleno y de garantía.

La función del derecho administrativo no es garantizar el *statu quo*, sino hacer efectivos los derechos reconocidos por nuestra ley fundamental al ciudadano, garantizando y favoreciendo su libertad, su capacidad de autodeterminación y de realización personal y colectiva.

Solamente abandonando la idea sagrada del Estado y aceptando que éste se conforma por todos, que se trata de una realidad asequible y temporal, y que no existen en él formas jurídicas ni principios dogmáticos inmutables, con excepción del hombre como tal en sí mismo, podremos reconocer la función instrumental del derecho administrativo y con ella, situarlo en el ámbito que le corresponde y no en el que tendenciosamente los jueces, la doctrina y los abogados en general han pretendido darle desde sus orígenes.

Finalmente, enfatizamos que “[l]a razón es clara. Mientras tomemos lo útil como útil, nada hay que objetar. Pero si esta preocupación por lo útil llega a constituir el hábito central de nuestra personalidad, cuando se trate de buscar lo verdadero tenderemos a confundirlo con lo útil. Y esto, hacer de la utilidad la verdad, es la definición de la mentira. ***El imperio de la política es, pues, el imperio de la mentira.***”¹³¹

No caigamos en ficciones que so pretexto de verdades absolutas, se han sacralizado en el Estado o, peor aún, han fagocitado los principios y derechos que dicen defender. No confundamos conceptos y criterios propios de la fe, con aquéllos relacionados a la organización política y social.

Se debe identificar en las palabras y en el discurso la función organizadora y limitadora del derecho (administrativo) por encima de los dogmas de fe y de ciencia con los que se quiere confundir a través de una interpretación conservadora del poder.

He aquí el rol del jurista.

¹³⁰ SCATTOLA, M., *op. cit.*, p. 178.

¹³¹ ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, “Verdad y perspectiva”, en *El espectador*, Navarra, Salvat, 1970, p. 18.

CAPÍTULO III

CIENCIA Y DERECHO: LA ACIENTIFICAD COMO CARACTERÍSTICA PRINCIPAL

“...no se trata sólo de que tengamos que concebir el Universo como algo extraño, sino de que es más extraño de lo que nosotros podemos concebir.”¹³²

1) SOBRE LA CIENCIA

La tercera cosmovisión occidental a la que hemos hecho referencia, desde el pensamiento de FREUD a lo largo del presente trabajo, es la ciencia. *Mito, tabú, religión, ciencia y derecho administrativo son construcciones humanas metafísicas.* Toda indagación sobre el hombre y el mundo es, en última instancia, metafísica.

La nota común del hombre en su relación con otros hombres y la naturaleza es la búsqueda constante de respuestas a la realidad extraña, infinita y ajena que excede al individuo finito.

Esta finitud del ser humano, que es limitación y obstáculo a la vez, para comprender y aprehender ciertos fenómenos que escapan al intelecto humano por su imposibilidad de reproducirlos o traducirlos en una ecuación matemática o en una frase mediante palabras, lo han llevado a la construcción de “sistemas” de pensamiento que pudieran explicar no sólo aquello que podía ser comprendido, sino también aquello que se desconocía y que resultaba incomprensible. Mediante estos sistemas (léase el animismo, la religión, la ciencia y hasta el derecho) los individuos depositan una fe especial y su propio temor existencial.

En esta imposible tarea abarcadora de la realidad, el ser humano erigió en todas las épocas, entelequias que fueran trascendentes, superiores, que encerraran y simplificaran toda explicación que superase la capacidad de comprensión del hombre. Mediante estas entelequias, se ofrece una explicación del mundo extraño.

Por ello mismo, los individuos han equiparado al mito, al tabú, la religión, la ciencia y el derecho con el valor *seguridad*. En lo que hace especialmente a la ciencia, ésta configura en nuestra psiquis colectiva un conjunto de conocimientos que hablan sobre la verdad, sobre la certeza.

La *deificación* de la ciencia ha sido denunciada por NIESZTSCHE, al señalar que ha ocupado el lugar de la religión y se ha convertido en una entidad de culto antes que en un sistema de comprensión conjetural y parcial del mundo.

También NIETO nos recuerda que hace alrededor de quinientos años, AGRIPPA VON NETTESHEIM escribía: *nihil homine pestilentior contingere potest quam scientia*, agregando

¹³² CORNWELL, JOHN, “Hawking’s Quest: A Search Without End”, en *The Tablet* del 27.03.04, citando al científico británico, J. B. S. HALDANE.

que tal frase se trata de “...un aviso muy cuerdo para prevenir al hombre contra la vanidad de las ciencias y la arrogancia de pretender dominarlas.”¹³³

Por su parte, el mismo EINSTEIN, padre de la relatividad y de la hipótesis de los cuantos de luz, llegó a declarar que Dios no jugaba a los dados con nosotros.¹³⁴

POPPER también nos ha advertido acerca de la imposibilidad de encontrar la verdad-certeza mediante la ciencia. Le debemos a GORDILLO, a su vez, la misma advertencia en el ámbito del derecho.

Toda acción racional (conducta humana) “supone un cierto sistema de referencia que reacciona de una manera predecible, al menos parcialmente. Así como la invención de mitos o teorías en el campo de la ciencia natural tiene una función, la de ayudarnos a poner orden en los sucesos de la naturaleza, lo mismo ocurre con la creación de tradiciones en el ámbito de la sociedad. La analogía entre el papel de los mitos o teorías en la ciencia y el papel de las tradiciones en la sociedad llega aún más lejos [...] Si se construye un mundo racional desde el principio, no hay ninguna razón para creer que será un mundo feliz. No hay razón para creer que un mundo planeado será mejor que el mundo en que vivimos. ¿Por qué habría de ser mejor?”¹³⁵

El problema es simple: la ciencia es un producto cultural del hombre, de allí que sufra, lamentablemente, las mismas limitaciones que el ser humano: en especial su finitud. A pesar de ello, el hombre moderno, en su mayoría e inconscientemente, atribuye a las ciencias el rol de “dadoras de la verdad-certeza”.

A lo largo de este capítulo, nos detendremos en casos específicos de distintas ramas de la ciencia, en las que se advertirá el carácter provisional y conjetural de las teorías científicas. El lector avisado podrá apreciar la incapacidad final que presentan las ciencias para responder de manera coherente y “científica”¹³⁶ las preguntas últimas de la existencia humana y, consecuentemente, la incapacidad de explicar de manera certera, segura, unívoca y objetiva el mundo en el que vivimos.

Debe tenerse presente que la ciencia “parte de problemas, y no de observaciones, aunque éstas pueden dar origen a un problema, especialmente si son *inesperadas*, vale decir, si chocan con nuestras expectativas o nuestras teorías. La tarea científica que se yergue ante el científico es siempre la solución de un problema a través de la construcción de una

¹³³ "Nada peor puede infectar al hombre que la ciencia", HEINRICH CORNELIUS AGRIPPA VON NETTESHEIM, *De incertitudine et varietate scientiarum declamatio invectiva*, citado por NIETO, ALEJANDRO / GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 15.

¹³⁴ La cita textual dice “La mecánica cuántica resulta imponente. Pero una voz interior me dice que, así y todo, no es verdadera. La teoría ofrece mucho, pero apenas nos acerca al misterio del Viejo. En cualquier caso, estoy convencido de que él no juega a los dados.”, ALBERT EINSTEIN, Carta a Max Born del 04.12.1936, en EINSTEIN, ALBERT, *Hedwig und Max Born. Briefwechsel 1916-1955*, München, 1969, p. 129 y ss., citado por KÜNG, HANS, *El principio de todas las cosas. Ciencia y religión*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 29. Mediante la teoría de los cuantos de luz y la relatividad, EINSTEIN sentó las bases para el desarrollo de la mecánica cuántica y su universo azaroso y probabilístico, al que nunca terminó de aceptar, de allí la particularidad de esta frase, escrita en una carta a MAX BORN, defensor del universo cuántico que EINSTEIN rechazaba.

¹³⁵ POPPER, KARL R. (trad. NÉSTOR MIGUEZ), *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, 4ª ed., Barcelona, Paidós, 2008, p. 168.

¹³⁶ Cuando mencionamos la forma “científica” de explicar el mundo, nos referimos a esa idea utópica pero arraigada de *una manera de conocimiento certero y objetivo*, es decir, dejamos traslucir aquél sentimiento humano de alcanzar un “conocimiento seguro”.

teoría; por ejemplo, explicando observaciones inesperadas e inexplicadas. Pero toda nueva teoría realmente valiosa plantea nuevos problemas, problemas de reconciliación, problemas de cómo realizar tests observacionales nuevos y en los que anteriormente no se pensaba. Y es fecunda principalmente a través de los nuevos problemas que plantea.”¹³⁷ O, en otras palabras, “La ciencia comienza con problemas. *Intenta* resolverlos por medio de teorías audaces, ingeniosas. Con mucho, la mayoría de las teorías son falsas y/o incomprobables. Las teorías comprobables más valiosas se rastrean en busca de errores. Buscamos encontrar errores y eliminarlos. Así es la ciencia: consiste en ideas salvajes, irresponsables, que coloca bajo el riguroso control de la corrección de errores.”¹³⁸

Ahora bien, “...aprendemos siempre muchísimo por medio de una falsación. No sólo aprendemos *que* una teoría es falsa, sino que también aprendemos *por qué* es falsa. Y, sobre todo, obtenemos *un nuevo problema, más rigurosamente formulado*; y un nuevo problema es, como ya sabemos, el verdadero punto de partida de un nuevo desarrollo científico.”¹³⁹

En este marco, cabe resaltar que la ciencia sólo busca una aproximación a la realidad, “...todo saber es hipotético, conjetural: en esto consiste *nuestra* hipótesis. A posteriori existen *sólo* supresiones de las hipótesis: el choque de las hipótesis con la realidad.”¹⁴⁰

2) LA UNIFICACIÓN TOTAL EN LA FÍSICA Y SUS PROBLEMAS

Comencemos a indagar el carácter *metafísico* de la ciencia, con uno de los más grandes desafíos actuales (o el más grande) de la física moderna: el descubrimiento de una teoría unificada o teoría del todo (GUT en inglés, por las siglas de *Grand Unified Theory*), tal como se les conoce.¹⁴¹ Según esta hipótesis de trabajo, se parte de la presunción de que las cuatro fuerzas conocidas (la gravedad, la electromagnética, la nuclear fuerte y la nuclear débil) eran parte de una misma fuerza en los primeros momentos del universo. La formulación de una tal teoría unificada, permitiría que *el mundo se explicara a sí mismo*,¹⁴² alcanzándose así la culminación de la seguridad y certeza. “Si el Universo estuviera cerrado por entero en sí mismo, sin singularidades y sin límites; si fuera explicado sin resquicios por una teoría unificada, **la física habría hecho superfluo a Dios**.”¹⁴³

A la fecha, se ha descubierto y probado empíricamente la unión entre la fuerza electromagnética y la nuclear débil, es decir, se ha comprobado “científicamente” que ambas son dos aspectos distintos de una única fuerza electro-débil. Sin embargo, resulta

¹³⁷ POPPER, K. R., *Conjeturas...*, *op. cit.*, p. 272.

¹³⁸ POPPER, KARL R., “La teoría del conocimiento y el problema de la paz”, en *La responsabilidad de vivir*, España, Altaya, 1999, p. 101.

¹³⁹ POPPER, K. R., “La teoría de la ciencia desde un punto de vista teórico-evolutivo y lógico”, en *La responsabilidad de vivir*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁴⁰ POPPER, KARL R., “La postura epistemológica acerca de la teoría evolutiva del conocimiento”, en *La responsabilidad de vivir*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁴¹ Ampliar en LASZLO, ERVIN, *El cosmos creativo*, Barcelona, Kairós, 1997p. 53 y ss.; KÜNG, HANS, *El principio de todas las cosas. Ciencia y religión*, Madrid, Trotta, 2007, p. 29 y ss.; p. 149 y ss.; HORGAN, JOHN, “La metafísica de las partículas”, en *Investigación y Ciencia*, abril/1994, pp. 68-77.; HAWKING, STEPHEN / MLODINOW, LEONARD, *Brevísima historia del tiempo*, Barcelona, Crítica – Drakontos Bolsillo, 2006, p. 149 y ss.

¹⁴² KÜNG, H., *op. cit.*, p. 31.

¹⁴³ KÜNG, H., *op. cit.*, p. 31. El resaltado nos pertenece.

experimentalmente imposible probar la unión entre el resto de las fuerzas.¹⁴⁴ Pero, si bien resulta imposible verificar la unión entre la fuerza nuclear fuerte y la electro-débil, peor se presenta el panorama entre la eventual unificación de aquéllas y la gravedad. “La principal dificultad para hallar una teoría que unifique la gravedad con las otras fuerzas es que la teoría de la gravedad –la relatividad general– es la única que no es una teoría cuántica: no toma en consideración el principio de incertidumbre. Pero como las teorías parciales de las otras fuerzas dependen de la mecánica cuántica de un modo esencial, unificar la gravedad con las otras teorías requeriría hallar una manera de incorporar este principio a la relatividad general, es decir, de hallar una teoría cuántica de la gravedad, una tarea que hasta ahora nadie ha podido llevar a cabo.”¹⁴⁵

La mecánica es la parte de la física que trata del equilibrio y del movimiento de los cuerpos sometidos a cualquier fuerza.¹⁴⁶

La teoría de la gravedad de EINSTEIN¹⁴⁷ –la relatividad general– no es una teoría cuántica, como sí lo son las teorías parciales de las otras fuerzas, sino una teoría geométrica. Esto significa que las teorías de las otras fuerzas se basan en la mecánica cuántica,¹⁴⁸ la que ha sido construida sobre el principio de incertidumbre formulado por WERNER HEISENBERG, según el cual “Cuando se conoce dónde se encuentra el electrón (su lugar), no se puede saber qué es lo que hace (su impulso).”¹⁴⁹ Es decir, pueden medirse por procedimientos separados, pero no en forma simultánea, porque cuando se observa el impulso o velocidad de la entidad cuántica, se descuida la posición y viceversa. Lo interesante es que esta incertidumbre no se basa en la inexistencia de instrumentos adecuados, sino en que estas entidades cuánticas no tienen una posición y un momento definidos y precisos en forma simultánea. El problema de esta unificación es similar a pretender juntar agua y aceite. La “naturaleza” de ambas teorías (gravitatoria y las parciales de las otras fuerzas) son distintas e incompatibles. No se puede aplicar el principio de incertidumbre del mundo cuántico al mundo geométrico gravitacional, ya que en aquél “...no hay certeza física, sino sólo

¹⁴⁴ HORGAN, JOHN, “La metafísica de las partículas”, en *Investigación y Ciencia*, abril/1994, pp. 68-77.

¹⁴⁵ HAWKING / MLODINOW, *op. cit.*, pp. 157-158. Más técnicamente, LASZLO explica “Pero la cuantización del campo gravitacional plantea problemas harto complejos. Dado que la teoría de Einstein sobre la gravitación es, de hecho, una teoría geométrica del espacio-tiempo, cuantificar semejante teoría supondría cuantizar una geometría. Y además de este importante problema conceptual, hay otras dificultades. Por una parte, no existe prueba alguna de que los gravitones [*partículas del campo gravitacional*] existan en la naturaleza; por otra, las matemáticas que describen los gravitones conducen a cantidades infinitas”; ver en LASZLO, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁶ www.rae.es

¹⁴⁷ Para ver la diferencia entre la teoría de la gravedad newtoniana y la einsteniana, ver FEYNMAN, RICHARD P., *Seis piezas fáciles. La física explicada por un genio*, Barcelona, Crítica – Drakontos Bolsillo, 2006, pp. 146-147.

¹⁴⁸ “Esta mecánica cuántica describe la mecánica del mundo de lo invisiblemente pequeño, de los átomos y moléculas: para la cantidad de energía mínima (cuanto) que interviene como unidad en los procesos físicos, consigue explicar las propiedades tanto de partícula como de onda, integrando así sin contradicciones la teoría corpuscular y la ondulatoria.”; KÜNG, *op. cit.*, p. 28. Otra de las características asombrosas del mundo subatómico es que estas entidades cuánticas se comportan indistintamente como partícula y como onda (naturaleza corpuscular y ondulatoria), fenómeno conocido como doble identidad. Es decir, no son ni una cosa ni la otra, son ambas; ampliar en FEYNMAN, *op. cit.*, p. 149 y ss. A su vez, HAWKING / MLODINOW explican acertadamente que “Los descriptores «onda» y «partícula» son conceptos creados por los humanos, y no necesariamente realidades que la naturaleza esté obligada a respetar haciendo que todos los fenómenos caigan en una categoría o en la otra.” (HAWKING / MLODINOW, *op. cit.*, p. 103.)

¹⁴⁹ KÜNG, H., *op. cit.*, pp. 28-29.

probabilidad estadística”¹⁵⁰ y esta incertidumbre física *inherente* al mundo cuántico es incompatible con la base geométrica de la teoría de la gravedad.

Los físicos confían en que podrán descubrir la teoría cuántica de la gravedad y que, al hacerlo, podrán descubrir, a su vez, lo que ocurrió en el segundo cero del universo, lo que les permitirá aplicar las leyes de esta teoría cuántica de la gravedad al mismísimo *Big Bang* y así encontrar una teoría completa y final.¹⁵¹ La imagen actual del universo logra explicar lo que sucedió milésimas de segundo después de la Gran Explosión, pero las “leyes” de la teoría de la gravedad y las de la mecánica cuántica se contradicen en un punto y a esto hay que sumarle que no pueden extenderse al momento cero del universo ni estas “leyes” ni las constantes físicas actuales, creando lo que se denomina una singularidad.^{152,153} La relatividad general ha demostrado de este modo que es insuficiente.¹⁵⁴

La imagen, leyes y teorías que poseemos y que explican nuestro universo, son incompletas, insuficientes e incapaces, son meras representaciones, conjeturas y refutaciones de visiones previas sobre el mismo fenómeno. Presentan *singularidades*, es decir, supuestos a los que no se aplican tal imagen, tales leyes y teorías. Las singularidades, la falta de completitud de nuestra imagen del universo deriva en *incertidumbre*. De allí el afán por descubrir la teoría unificada que vuelva a poner las cosas en su lugar, que vuelva a otorgarnos la seguridad y certeza de la *regularidad*.

Como hemos señalado, esta postura nos vuelve más *seguros* de mantener un orden. *Seguros* de tener una herramienta, un antídoto contra cualquier posibilidad de caos; “...de

¹⁵⁰ KÜNG, H., *op. cit.*, p. 29.

¹⁵¹ “...si descubriéramos una teoría completa, llegaría a ser comprensible a grandes líneas para todos, y no sólo para unos cuantos científicos. Entonces todos, filósofos, científicos y público en general, seríamos capaces de participar en la discusión de la pregunta de por qué existimos nosotros y el universo. Si halláramos la respuesta a esto, sería el triunfo de la razón humana, ya que entonces comprenderíamos la mente de Dios.” (HAWKING / MLODINOW, *op. cit.*, p. 182). Baste esta cita, para comprender la motivación final que impulsa a ciertos científicos a encontrar esta teoría última de todo el universo.

¹⁵² HAWKING / MLODINOW señalan: “Por lo tanto, confiamos bastante en que tenemos la imagen correcta del universo, al menos hasta una millonésima de billonésima de billonésima de segundo después de la gran explosión.” (HAWKING / MLODINOW, *op. cit.*, p. 100). ¿Pero si lo ocurrido en esa millonésima de billonésima de billonésima de segundo después de la gran explosión fuera distinto a lo que se predice no caería por completo la imagen “correcta” que confiamos tener del mundo? Y para peor, ¿cómo saberlo?

¹⁵³ Según KÜNG, “los físicos no sienten debilidad por los fenómenos únicos, *singulares*, del orden natural. Antes bien, las singularidades les impelen a estudiar la manera de reducirlas a la regularidad, de integrarlas en la estructura de las leyes físicas ya corroboradas. Lo característico de ellas no es el caso particular, sino la repetición.” (KÜNG, H., *op. cit.*, p. 56). “Pero la *singularidad inicial* constituye un caso esencialmente distinto; se trata de algo que se sustrae a todos los conceptos y leyes de la ciencia. Tan sólo una centésima de segundo después de la gran explosión ya son válidas las bien conocidas leyes de la física. Pero, por lo que respecta al tiempo $t = 0$ y a la causa de la misteriosa explosión originaria, los físicos se encuentran en un cierto apuro: ¿cómo explicar que una diminuta unidad de infinita densidad, temperatura e impulso inicial contuviera todo el potencial necesario para producir cientos de miles de millones de galaxias? Sólo podrán dilucidar la especificidad de nuestro universo si consiguen explicar las *condiciones iniciales*.” (KÜNG, H., *op. cit.*, p. 56).

¹⁵⁴ Esta incapacidad de la relatividad general ha sido denunciada por HAWKING / MLODINOW, al señalar que “Esta imagen del universo, basada en la relatividad general, concuerda con las evidencias observacionales de que disponemos en la actualidad. Sin embargo, las matemáticas no pueden tratar realmente magnitudes infinitas, de manera que, al afirmar que el universo empezó con el big bang, la teoría general de la relatividad predice que hay un punto en el universo en que ella misma deja de ser válida. Tal punto es un ejemplo de lo que los matemáticos denominan una singularidad. [...] La relatividad general es, así, una teoría incompleta porque no nos puede predecir cómo dio comienzo el universo.” (HAWKING / MLODINOW, *op. cit.*, p. 111).

acuerdo con la teoría de Hume y con la teoría popular, la fuerza de una creencia sería producto de la repetición; así, tendría que crecer siempre con la experiencia y ser siempre mayor en las personas menos primitivas. Pero el pensamiento dogmático, el deseo incontrolado de imponer regularidades y el manifiesto placer por los ritos y la repetición como tales son característicos de los primitivos y los niños; y la experiencia y madurez crecientes a veces crean una actitud de cautela y de crítica, en lugar del dogmatismo.”¹⁵⁵

3) LOS TEOREMAS DE GÖDEL:¹⁵⁶ LA INDETERMINACIÓN

También las matemáticas, con su atractivo de ser lógicas, abstractas y supuestamente objetivas, resultan inseguras e indeterminadas en su objeto.

El primer teorema de incompletud de KURT GÖDEL, plantea que en cualquier formalización consistente de las matemáticas que sea lo bastante fuerte para definir el concepto de números naturales, se puede construir una afirmación que ni se puede demostrar ni se puede refutar dentro de ese sistema.

El segundo teorema de incompletud de KURT GÖDEL afirma que “dado un sistema suficientemente complejo y exento de contradicción, con los medios que el propio sistema ofrece resulta imposible demostrar este último extremo. De donde se sigue que la mayoría de los sistemas axiomáticos de la matemática no están en condiciones de demostrar su carácter no contradictorio.”¹⁵⁷

En este sentido, MORRIS KLINE sostenía en 1975 que la situación de la matemática podía suscitar desazón, por cuanto tuvo que “renunciar a su pretensión de verdad. Los esfuerzos realizados para eliminar las paradojas y establecer el carácter no contradictorio de las estructuras han fracasado. No existe acuerdo sobre los axiomas que han de ser aplicados... No hay más remedio que olvidarse de la pretensión de demostraciones inapelables. A fin de cuentas, la noción imperante de la matemática como colección de estructuras, cada una de ellas fundada sobre su propio lecho de axiomas, no está en condiciones de englobar todo lo que la matemática debería abarcar.”¹⁵⁸

El mismo HAWKING sostuvo que “Si existen resultados matemáticos que no pueden ser demostrados, entonces existen problemas físicos que no pueden ser predichos. No somos ángeles que contemplan el Universo desde fuera. Antes bien: nosotros y nuestros modelos formamos parte del Universo que describimos. Por eso, las teorías físicas se hallan referidas a sí mismas, como en el teorema de Gödel. De ahí que quepa esperar que o bien son contradictorias, o bien incompletas.”¹⁵⁹

Es decir, si las teorías físicas se formulan en ecuaciones matemáticas y éstas ya no son tan seguras, tan completas, tan coherentes, entonces las teorías físicas tampoco lo serán de raíz. A ello hay que sumarle que uno de los baluartes de la objetividad y la abstracción

¹⁵⁵ POPPER, K.R., *Conjeturas...*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁵⁶ Ampliar en KÜNG, *op. cit.*, p. 33 y ss.

¹⁵⁷ KÜNG, *op. cit.*, p. 34. También lo explica de la siguiente manera “...un sistema finito de axiomas siempre contiene fórmulas que no pueden ser demostradas ni refutadas dentro de ese mismo sistema” (p. 32).

¹⁵⁸ KLINE, MORRIS, “Les fondements des mathématiques », en *La Recherche* 54 (marzo de 1975), pp. 200-208, especialmente p. 208; citado por KÜNG, *op. cit.*, p. 35.

¹⁵⁹ HAWKING, STEPHEN, “Gödel and the End of Physics”, lección pronunciada en Cambridge, en 2004, accesible en el sitio de internet www.damtp.cam.ac.uk/strts/dirac/hawking; citado por KÜNG, *op. cit.*, p. 35.

científica, las matemáticas, han declarado también su incapacidad para lograr postulados sin contradicción y certeros.

El fenómeno de incompletitud que descubrió GÖDEL interesó no sólo a las ciencias duras, sino también a diversas disciplinas de las ciencias sociales. Esto así, porque “los distintos campos del conocimiento, las distintas doctrinas, las distintas ideologías tienen un aire de familia con los sistemas axiomáticos. En cada disciplina hay algunos "primeros principios", declarados o encubiertos, que vertebran y dan curso a las argumentaciones lógicas a partir de ellos. La filosofía del materialismo postula que existe la materia y que la conciencia es sólo un estado de organización y evolución posterior. El idealismo sostiene un orden de primacía inverso. Descartes intentó un cuidadoso camino "hacia atrás" para llegar a una verdad indudable y desarrolló su pensamiento a partir de su único y famoso axioma: Pienso, luego existo. El primer axioma del psicoanálisis es la existencia del inconsciente. Y la teoría política tiene como axioma la lucha de clases, que las teorías de la socialdemocracia consideran posible de armonizar y las teorías revolucionarias postulan como irreconciliable. Aun en escuelas de pensamiento contrapuestas, una vez fijados y determinados estos primeros principios, muchas veces antagónicos, hay un modo similar de devanar argumentos, un protocolo lógico que hasta cierto punto se comparte. De manera que la forma en que se expresa el conocimiento en diversos campos tiene algo del mecanismo de los sistemas axiomáticos: unos pocos principios "duros" y firmemente asentados y una devanación de argumentos que justifican todas las demás afirmaciones sobre la base de esos primeros postulados. No es extraño entonces que la clase de limitación para los sistemas formales que marca el teorema de Gödel haya hecho reflexionar a otros pensadores sobre los fundamentos de sus propias disciplinas. Sin embargo, muchas veces, las extrapolaciones apresuradas y las analogías demasiado ligeras han llevado a conclusiones tremendistas, erróneas, a veces incluso risibles.”¹⁶⁰

La creencia de que todo es blanco o negro en el mundo de la razón pura es insostenible.¹⁶¹ Para que un sistema sea coherente debe existir una o más reglas o proposiciones importadas, de fuera de su totalidad axiomática (valorativa). Las matemáticas y las ciencias en general, quedan así fracturadas.

En rigor de verdad el quiebre encuentra su causa siglos antes con ARISTÓTELES, cuando postuló en el Capítulo III, Libro II de su *Metafísica* que no debía emplearse el mismo método en todas las ciencias y que la física no consentía, en ese entonces, el método matemático. Era preciso saber “ante todo qué suerte de demostración conviene a cada objeto particular; porque sería un absurdo confundir y mezclar la indagación de la ciencia y la del método; dos cosas cuya adquisición presenta grandes dificultades. No debe exigirse rigor matemático en todo, sino tan sólo cuando se trata de objetos inmateriales. Y así, el método matemático no es el de los físicos; porque la materia es probablemente el fondo de toda la naturaleza. Ellos tienen, por lo mismo, que examinar ante todo lo que es la naturaleza. De esta manera verán claramente cuál es el objeto de la física, y si el estudio de las causas y de los principios de la naturaleza es patrimonio de una ciencia única o de muchas ciencias.”

¹⁶⁰ MARTÍNEZ, GUILLERMO, *La irresistible elegancia de un teorema*, La Nación, 23-V-09, <http://www.lanacion.com.ar/1129718-la-irresistible-elegancia-de-un-teorema>.

¹⁶¹ ARRATIA, ARGIMIRO, *Economía, sociedad y teoremas*, El Universal, sección de Opinión, cuerpo 2, p 13, Caracas, 22-XII-00.

4) LAS NEUROCIENCIAS,¹⁶² LA GENÉTICA, LA EPIGENÉTICA...

En gran medida la cognición social es posible gracias a la capacidad que tenemos no sólo de percibir y entender las acciones de los demás, sino además mediante nuestra capacidad para atribuirles estados mentales y usar esta información para predecir sus conductas.¹⁶³

Las neurociencias se ahogan en el océano mental sin todavía poder descubrir empíricamente lo que es la mente. Que si es el soporte del cerebro, que si éste es el soporte material de la mente. SCHRÖDINGER –físico cuántico– señala que “...todas las mentes son una sola”¹⁶⁴ posicionándose más cercano a ciertas corrientes orientales de pensamiento. El KYBALIÓN, por su parte, nos dice que el *Todo es mental*, pero los materialistas refieren que los procesos mentales sólo serían un aspecto biológico o físico del cerebro.

SEARLE desarrolla algunos de los problemas e interrogantes relacionados con la mente. El primero es el problema mente-cuerpo: todavía no se ha descubierto cómo pueden existir relaciones causales entre lo físico (cuerpo, cerebro) y lo mental. Cómo se relaciona determinada excitación al sistema nervioso y, consecuentemente, ciertas funciones cerebrales, con el dolor que uno siente. Más sencillo aún: cómo decido levantar mi pierna derecha y mi pierna derecha efectivamente se levanta. El segundo problema es el de la existencia de otras mentes: ¿cómo puedo estar seguro que existen otras si sólo puedo tener la vivencia de mi mente y mis procesos mentales? Se agravan los interrogantes cuando se llega a cuestionar el libre albedrío y cuando nos preguntamos por la experiencia del “yo” y la identidad personal, entre otros.¹⁶⁵

KÜNG señala que las mediciones y modelos de los neurocientíficos, “...no captan lo que justamente constituye el aspecto central de la conciencia: la interiorización subjetiva de cualidades como el color o el olor, de una reflexión o una emoción...”¹⁶⁶ y agrega que “once destacados neurocientíficos alemanes [...] hicieron público en 2004 un «Manifest über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung» [Manifiesto sobre el presente y el futuro del estudio científico del cerebro]” en el cual manifestaron abiertamente lo “alarmantemente poco” que sabían de los procesos cerebrales en el nivel intermedio del cerebro, lo que “...equivale a una ignorancia justo en lo que respecta al nivel decisivo de la actividad cerebral. Pues es ahí donde se posibilita el surgimiento de ideas y sentimientos, de intenciones y efectos, de la conciencia y la autoconciencia.”¹⁶⁷ En este manifiesto, los

¹⁶² Ver, para una introducción a la problemática de la mente, SEARLE, JOHN R., *La mente. Una breve introducción*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006.

¹⁶³ GRANDE-GARCÍA, ISRAEL, *Neurociencia social: El maridaje entre la psicología social y las neurociencias cognitivas. Revisión e introducción a un nueva disciplina*, Anales de Psicología, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2009, vol. 25, n° 1 (junio), 1-20 p. 8.

¹⁶⁴ SCHRÖDINGER, ERWIN, *Mente y materia*, 5° ed., Serie Metatemas 2, Barcelona, Tusquets Editores, 1999, p. 80.

¹⁶⁵ Remitimos al lector interesado en estos temas, a la obra de SEARLE, *op. cit.*, quien aborda de manera completa y sencilla la problemática actual en lo que se refiere a la mente. Asimismo y, aunque no tan actual, puede verse, RATTRAY TAYLOR, GORDON, *El cerebro y la mente. Una realidad y un enigma*, 2° ed., Barcelona, Planeta, 1980.

¹⁶⁶ KÜNG, *op. cit.*, p. 178.

¹⁶⁷ KÜNG, *op. cit.*, pp. 178-179. “«Qué reglas obedece el cerebro en su actividad, cómo reproduce el mundo de suerte que la percepción inmediata se funda con la experiencia previa, de qué modo experimenta el quehacer interior como actividad ‘suya’, cómo planifica acciones futuras: seguimos sin entender nada de esto, ni siquiera de forma rudimentaria. Más aún, no está en absoluto claro que ello pueda ser investigado con las posibilidades actualmente disponibles. En este sentido, nuestra situación se asemeja todavía a la de los pueblos de cazadores y recolectores.»” (p. 179, citando al Manifiesto).

neurocientíficos también declaran su incapacidad para contestar las grandes preguntas de las neurociencias: ¿Cómo surgen la conciencia y la vivencia del yo? ¿De qué modo se entrelazan la acción racional y la acción emocional? ¿Qué valor ha de concederse a la idea de libre albedrío?¹⁶⁸

Finalmente, KÜNG afirma: “Por consiguiente, las fascinantes imágenes del cerebro sólo ofrecen por ahora información sobre *dónde* tiene lugar el pensar, el querer y el sentir, pero no –eso es lo que hemos constatado– sobre *cómo* acontecen y aún menos sobre *cuáles* son sus contenidos. Quien observa los patrones de excitación neuronal en absoluto ve al ser humano sintiendo, pensando, queriendo.”¹⁶⁹

En el ámbito de la biología se sigue “sin saber a ciencia cierta cómo surgió por primera vez la vida a partir de lo inanimado. No estamos seguros de cuáles fueron los precisos acontecimientos que dieron inicio a la *biogénesis*. Sin embargo, sí que sabemos una cosa: independientemente de cómo se explique en detalle, esta transición hacia la vida se basa en regularidades bioquímicas de carácter legaliforme y, por tanto, en la *auto-organización de la materia*, de las moléculas.”¹⁷⁰

Como explica LASZLO, “*Los enigmas que tienen por escenario el mundo de los seres vivos* tienen que ver con la delimitación precisa del papel del azar en el proceso evolutivo, y con la necesidad de contar con algún factor que introduzca una tendencia favorecedora de unos resultados caracterizados por una notable estructuración y coherencia. Tanto en los procesos de reproducción como en los de regeneración de entidades pluricelulares parece requerirse la presencia de un factor que «informe» a las células acerca de la morfología del organismo completo. En los niveles organizativos superiores, necesitamos contar con un «factor de información» similar para poder explicar el ajuste de los organismos individuales a la topología de sus *paisajes adaptativos*.”¹⁷¹

Las teorías transdisciplinarias unificadoras siguen presentado problemas e incógnitas y todavía no se pueden considerar como definitivas y, menos aun, como las imágenes correctas y *ciertas* de nuestra existencia.¹⁷² A nivel transdisciplinar, queda sin resolver, además de las incógnitas particulares de cada ciencia, cómo emerge el orden en el universo a partir de procesos aleatorios y de la dinámica de los sistemas irreversibles o alejados del equilibrio. Ello, amén de no poder trasladar las constantes físicas al momento cero del universo y de no terminar de involucrar a la mente en este esquema por desconocer lo que es. No se explica cómo la emergencia del orden produce, además de divergencia también convergencia en los procesos biológicos. Y tampoco se explica la *creatividad* que esta evolución y emergencia del orden parece tener.

A ello debemos sumarle, que muchos de los postulados de las teorías transdisciplinarias unificadoras son imposibles de corroborar empíricamente, por lo menos en nuestro

¹⁶⁸ KÜNG, *op. cit.*, p. 179.

¹⁶⁹ KÜNG, *op. cit.*, p. 186. “Los neurobiólogos sólo perciben en el cerebro lo que es medible y verificable experimentalmente. Pero, desde esta perspectiva, no resulta posible describir de manera adecuada el mundo de los sentimientos humanos, ni la libertad, la voluntad, el amor, la conciencia, el yo o el sí mismo.” (p. 186).

¹⁷⁰ KÜNG, *op. cit.*, p. 139.

¹⁷¹ LASZLO, *op. cit.*, p. 174.

¹⁷² Ver LASZLO, *op. cit.*, p. 79 y ss., quien analiza la teoría de ILYA PRIGOGINE sobre los sistemas de no-equilibrio y la teoría de la causación formativa y de los campos morfogenéticos de RUPERT SHELDRAKE. Aquí mismo habría que incluir la propia teoría del *campo psi* de LASZLO.

presente y, probablemente, nunca sean verificados, lo que las convierten en teorías filosóficas o pseudo-filosóficas, especulativas y meta-físicas.

Finalmente, en el campo de la genética, donde creíamos haber alcanzado el *summum* de los descubrimientos “seguros” con el código genético, hubo que abandonar tal seguridad debido al desarrollo en los últimos tiempos de una rama denominada epigenética que ha descubierto la existencia de un segundo código genético que controla el funcionamiento de nuestro ADN y que se encuentra escrito sobre el mismo. Se desarrolla un Proyecto Epigenoma Humano que intentará identificar los cambios químicos que influyen en el comportamiento de los genes.¹⁷³ Es decir que aquella primera seguridad-certeza del código genético ahora se ha desmoronado con un supuesto segundo código genético que desconocemos. De este modo, nadie podría asegurar entonces que no se descubra luego un tercer código genético y hasta un cuarto. Y por qué no un quinto.

5) LA A-CIENTIFICIDAD EN LA FORMULACIÓN DE LAS TEORÍAS CIENTÍFICAS

Pasando a otro problema, queremos detenernos en el modo de formulación de las teorías científicas, especialmente, las físicas, astronómicas, cosmológicas, etc. Este tipo de teorías se expresan mediante fórmulas matemáticas.¹⁷⁴ Aquí es dable coincidir con KÜNG, quien señala que “Consciente o inconscientemente, tales físicos siguen pensando en el paradigma de la ciencia mecanicista y materialista popular desde el siglo XIX, la cual alberga la convicción de poder resolver paso a paso todos los problemas científicos”.¹⁷⁵ Y esta creencia se arraiga en otra más profunda aún: la de reducir el mundo a fórmulas matemáticas, a geometría. El sueño geométrico-matemático de GALILEO todavía sigue vivo en el siglo XXI.

Los científicos, por medio de estas fórmulas, pretenden predecir hechos que luego se corroborarán experimentalmente.¹⁷⁶ Cuando las predicciones de una teoría formulada

¹⁷³ Información extraída de ZUBEROA, MARCOS, “El código oculto del ADN”, en *Muy Interesante*, año 22, nro. 260, junio 2007, p. 22-27. Se puede consultar también en www.epigenome.org, página web del Consorcio Epigenoma Humano.

¹⁷⁴ Veamos lo que señalan HAWKING / MLODINOW acerca de una teoría científica: “Adoptaremos el punto de vista simplificado de que una teoría es tan sólo un modelo del universo, o de una parte restringida de él, y un conjunto de reglas que relacionan las magnitudes de dicho modelo con las observaciones que efectuamos. Sólo existe en nuestras mentes y no tiene realidad (sea lo que sea lo que signifique esto) fuera de ellas. Una teoría es buena si satisface dos requisitos: describir con precisión una amplia clase de observaciones sobre la base de un modelo que contenga tan sólo unos pocos elementos arbitrarios, y efectuar predicciones definidas acerca de los resultados de futuras observaciones.” (HAWKING / MLODINOW, *op. cit.*, p. 19). Permítasenos enfatizar lo expresado por estos autores, en cuanto que estas teorías no tienen realidad, dado que sólo existen en nuestras mentes y que se componen de elementos arbitrarios, lo que dista de la imagen sobre la ciencia que suele tenerse y propagarse.

¹⁷⁵ KÜNG, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷⁶ Al decir de ARISTÓTELES, “En la práctica la experiencia no parece diferir del arte, y se observa que hasta los mismos que sólo tienen experiencia consiguen mejor su objeto que los que poseen la teoría sin la experiencia. Esto consiste en que la experiencia es el conocimiento de las cosas particulares, y el arte, por lo contrario, el de lo general. Ahora bien, todos los actos, todos los hechos se dan en lo particular. Porque no es al hombre al que cura el médico, sino accidentalmente, y sí a Calias o Sócrates o a cualquier otro individuo que resulte pertenecer al género humano. Luego si alguno posee la teoría sin la experiencia, y conociendo lo general ignora lo particular en él contenido, errará muchas veces en el tratamiento de la enfermedad. En efecto, lo que se trata de curar es al individuo. Sin embargo, el conocimiento y la inteligencia, según la opinión común, son más bien patrimonio del arte que de la experiencia, y los hombres de arte pasan por ser más sabios que los hombres de experiencia, porque la sabiduría está en todos los hombres en razón de su

matemáticamente son corroboradas experimentalmente, esa teoría gana en legitimidad como la más adecuada para describir tal parcela de la realidad.

Puede suceder que mediante la experimentación aparezcan fenómenos desconocidos y no predichos que luego se estudien y pasen a formar parte de esa u otra teoría ó, que la fórmula matemática prediga hechos que son imposibles de comprobar experimentalmente. Esto último es lo que ocurre con el gravitón (partícula transportadora de fuerzas del campo gravitacional), con las diez o veintitantas dimensiones que predice la teoría de las supercuerdas,¹⁷⁷ así como otros tantos ejemplos más.

Pongamos un ejemplo burdo para apreciar cómo se construyen estas fórmulas fisico-matemáticas que tanta certeza brindan pero que no dejan de ser herramientas manipulables a discrecionalidad. Si en la formulación matemática de la teoría de las supercuerdas nos encontramos con una determinada partícula que desequilibra la ecuación, se agrega la fórmula matemática correspondiente a la anti-partícula. De tal modo, se neutralizan los efectos de la ecuación de la primera partícula y se consigue que la teoría encaje mediante la incorporación de una simetría. La nueva anti-partícula pasa a formar parte de las predicciones que deben corroborarse empíricamente en el futuro. Ciertamente es que en muchas situaciones las nuevas predicciones fueron corroboradas empíricamente, pero en muchas otras no, ó peor aún, la realidad superó las predicciones previas, mostrando niveles de complejidad tales que siquiera podían haber sido imaginados por los científicos.¹⁷⁸ Sea cual fuere el resultado, se advierte que la física no trata sobre la seguridad-certeza imaginadas, sino que navega a la deriva efectuando predicciones mediante la manipulación de las fórmulas matemáticas para luego *orar al cielo* a fin que las mismas sean corroboradas empíricamente.

Entiéndase bien, no criticamos la metodología, sino la idea de certeza y seguridad que se atribuye a la ciencia y a tales discrecionales procedimientos. No podemos estar “seguros” que tal o cual teoría sea la correcta.¹⁷⁹ Tal vez, otra imagen del mundo, con otra formulación –matemática o no– distinta, prediga más completamente los descubrimientos

saber. El motivo de esto es que los unos conocen la causa, y los otros la ignoran” (“Naturaleza de la ciencia: Diferencia entre la ciencia y la experiencia”, Libro I, *Metafísica*).

¹⁷⁷ En este sentido, señalan HAWKING / MLODINOW que “Las teorías de cuerdas también conducen a infinitos, pero se cree que éstos se anularán en una versión correcta de la teoría (aunque no lo sabemos con seguridad). Sin embargo, las teorías de cuerdas tienen un problema más grave: ¡sólo parecen ser coherentes si el espacio-tiempo tiene diez o veintiséis dimensiones, en lugar de las cuatro usuales!” (HAWKING / MLODINOW, *op. cit.*, pp. 163-164). Las teorías de las supercuerdas pretenden explicar la unificación de las cuatro fuerzas mencionadas. Estas teorías dan por supuestos ciertos hechos no comprobados, como por ejemplo un universo de diez o de veintitantas dimensiones, cuerdas finísimas que vibran que son las que constituyen las partículas, etc.

¹⁷⁸ Para muestra basta un botón, pero aquí ofreceremos dos: HIDEKI YUKAWA había construido una teoría según la cual “...la estabilidad del núcleo atómico se debe al continuo intercambio de mesones entre los protones y los neutrones” (LASZLO, *op. cit.*, p. 56). Para ello, debía descubrirse la partícula denominada “mesón”. Sin embargo, los descubrimientos arrojaron no sólo al mesón, sino a una familia completa de partículas (LASZLO, *op. cit.*, p. 56). La física de partículas es un ejemplo de esta problemática. Los descubrimientos superan las predicciones de las teorías físicas, arrojando por lo general, resultados inesperados (ver LASZLO, *op. cit.*, pp. 56-57). Encontramos otro ejemplo en las propiedades corpusculares y ondulatorias de la luz, que fue otro de los descubrimientos que superó grandemente las predicciones de las teorías científicas. A todo ello, súmese la cantidad de predicciones que no encuentran solución todavía.

¹⁷⁹ Reiteramos la cita de HAWKING / MLODINOW: “Por lo tanto, *confiamos* bastante en que tenemos la imagen correcta del universo, al menos hasta una millonésima de billonésima de billonésima de segundo después de la gran explosión.” (HAWKING / MLODINOW, *op. cit.*, p. 100). El énfasis nos pertenece.

no predichos por las teorías actuales. Quizás, las formulaciones deban realizarse en forma especulativa y no matemática o, quizá, no haya ninguna teoría capaz de predecir la complejidad misma del universo, la que pareciera ser creativa, creciente y constante. En este sentido, STUART KAUFMANN señala que "...esa propensión a la auto-organización es un atributo básico de la materia misma, que esa misteriosa fuerza que impele la aparición de sistemas cada vez más complicados puede explicar la velocidad a la que la evolución opera para llevar organismos y ecosistemas enteros a niveles cada vez más improbables: «Debe haber algo parecido a una cuarta ley (de la Termodinámica), una tendencia a la autoconstrucción de biosferas cada vez mayores».”¹⁸⁰

Dentro de este esquema, ciencia y religión no distan demasiado entre sí.¹⁸¹ La primera acusa a la segunda de basarse en postulados dogmáticos e incontrastables empíricamente. Sin embargo, las preguntas últimas de la ciencia se contestan con postulaciones tan dogmáticas e irracionales como las de la religión. La teoría de las supercuerdas es tan religiosa como la fe en un Dios Padre. No sólo no se puede verificar empíricamente la unificación de todas las fuerzas conocidas, sino que tampoco se puede verificar la existencia del gravitón, ni que las entidades subatómicas son en realidad cuerdas finísimas que vibran y así crean la realidad conocida. Tampoco se puede corroborar empíricamente la existencia de veintiséis o diez dimensiones “enrolladas”. Y nadie, nunca jamás, ha visto cuerdas finísimas que sean el soporte último de la realidad. En definitiva –y no se interprete como asunción de postura alguna– pero pareciera ser más coherente y lógico, como afirma KÜNG, creer en Dios como la singularidad inicial, que creer en la cantidad de postulados “dogmáticos-científicos” que intentan explicar de manera incompleta ese momento inicial inexplicado e inabarcable. No hay manera posible de contestar de forma “científica” las preguntas últimas de la existencia humana, de allí que, cualquier intento al respecto, terminará cayendo en postulados especulativos filosófico-meta-físicos. No nos oponemos a esto, sólo queremos dejar en claro que este tipo de preguntas se responden con postulados especulativos, que serán más o menos dogmáticos, pero siempre intangibles, abstractos, provisionales y conjeturales. A su vez, también pretendemos desacralizar a la ciencia. Si partimos de la imposibilidad de ésta para responder las preguntas últimas de la existencia humana y le sumamos que todas sus teorías mutan con el paso del tiempo, algunas completándose y otras directamente demostrando su insuficiencia o hasta su error con el estado de descubrimientos actuales y, si a eso le sumamos, que las teorías científicas no logran librarse de los infinitos, de las contradicciones y de las singularidades, entonces obligado es concluir que la ciencia es un “sistema-técnica” de conocimiento humano parcial, relativo, provisorio y conjetural, como lo es la religión y como lo fue el animismo.

Animismo, religión y ciencia son construcciones metafísicas que el ser humano erige para explicar lo incognoscible, inasible e inasequible.

Permítasenos finalizar con HAWKING y MLODINOW, quienes, en su *Brevísima historia del tiempo*, se preguntan “¿Qué significaría que realmente descubriéramos la teoría última del universo?” Ante tamaño interrogante, contestan que en definitiva, “nunca podríamos estar completamente seguros de haber hallado efectivamente la teoría correcta, ya que las teorías no pueden ser demostradas. Pero si la teoría fuera matemáticamente coherente y siempre

¹⁸⁰ En KAUFMANN, STUART, “Tiene algún sentido la vida”, *Revista Muy Interesante*, año 22, número 260, junio/2007, pp. 48-49.

¹⁸¹ Recomendamos el excelente trabajo de KÜNG, *op. cit.*

proporcionara predicciones acordes con las observaciones, podríamos estar razonablemente confiados en que era correcta.”¹⁸²

Sin embargo, algunos párrafos después, señalan respecto a la naturaleza del universo y el sentido de la existencia humana: “Para intentar contestar estas preguntas adoptamos una «imagen del mundo». Así como una torre infinita de tortugas que sostiene una tierra plana es una posible imagen del mundo, también lo es la teoría de la supercuerdas. Ambas son teorías del universo, aunque la segunda es mucho más matemática y precisa que la primera. Ambas teorías carecen de evidencias observacionales: nadie ha visto ninguna tortuga gigante que sostenga la tierra sobre su caparazón, pero tampoco nadie ha visto una supercuerda.”¹⁸³

Finalmente, estos científicos declaran que “Incluso si sólo es posible una única teoría unificada, se trata solamente de un conjunto de reglas y de ecuaciones. ¿Qué es lo que les insufla aliento y hace existir el universo descrito por ellas? El enfoque usual de la ciencia de construir un modelo matemático no puede contestar las preguntas de por qué existe el universo descrito por el modelo. ¿Por qué el universo se toma la molestia de existir? ¿Es la misma teoría unificada la que obliga a su existencia? ¿O necesita un Creador y, si es así, tiene Éste algún otro efecto en el universo? ¿Y quién lo creó a Él?”¹⁸⁴

6) LA INCAPACIDAD DE LA CIENCIA

Ante este panorama, debemos sincerarnos y declarar en voz alta que las ramas científicas que dominan el escenario actual gozan de una imposibilidad empírica para corroborar sus teorías y contestar así las preguntas últimas y más primordiales de la existencia humana. Aun más, estas ramas científicas son incapaces de dar una imagen coherente y unificada del mundo y sus acontecimientos. Son incapaces de abarcar y explicar coherentemente los acontecimientos básicos del existir humano. Aunque las ciencias, sus teorías y especialmente, sus descubrimientos sirvan para manipular parte de la realidad, sus postulados siguen siendo profundamente plurívocos, provisionarios, conjeturales y en algunos casos, tan dogmáticos como los de la religión. Así, estas teorías o postulados *científicos* terminan rozando la metafísica y se tornan tan arbitrarias como la teoría de las “tortugas”.

Como señala KÜNG, “...la clásica auto-comprensión en el sentido de que es posible expresar en conceptos de forma unívoca el ente tal y como en realidad es, o sea, «en sí», se ha tornado hoy insostenible. La física cuántica y la discusión sobre los fundamentos de la matemática sugieren que el conocimiento humano es incompleto y plurívoco. En efecto, aun cuando se lograra unificar todas las teorías científicas con limitado ámbito de aplicación, aunque se consiguiera juntar todas esas teorías para definir una única imagen del mundo, con ello no necesariamente aumentaría la fiabilidad empírica.”¹⁸⁵

Desde NEWTON, DESCARTES y GALILEO la física ha intentado o pretendido generar una imagen geométrica del mundo. Una imagen matemática donde todo esté en orden. Acertadamente señala PRIGOGINE que esta actitud científica es la evidencia de la búsqueda

¹⁸² HAWKING / MLODINOW, *op. cit.*, p. 172

¹⁸³ HAWKING / MLODINOW, *op. cit.*, p. 177. Agregan entonces que “...la teoría de las tortugas no consigue ser una buena teoría científica porque predice que la gente debería caer por los bordes del mundo.”

¹⁸⁴ HAWKING / MLODINOW, *op. cit.*, 181.

¹⁸⁵ KÜNG, *op. cit.*, p. 52.

de certeza.¹⁸⁶ El orden geométrico significa en última instancia *certeza*. Sin embargo –y en esto coincidimos con POPPER y con el mismo PRIGOGINE– el universo nos ha dado innumerables muestras y ejemplos de la incertidumbre en la cual vivimos.

Ante esta evidencia de la incapacidad de la ciencia para arrojar algún tipo de certeza y seguridad, debemos declarar con SÓCRATES que no sabemos nada, pero de nada. Entiéndonos, sólo pretendemos desmitificar el sentimiento y la ideología de portadora de “seguridad-certeza” que se endilga a la ciencia y circunscribir su finalidad, no a hacernos sentir más seguros, sino como técnica que nos permita conocer, explorar y manipular los fenómenos de este mundo incognoscible.

En varios milenios de existencia el ser humano ha diversificado y especializado de un modo increíble el conocimiento. Lo ha atomizado hasta niveles impensados y gracias a dicha atomización y especialización ha logrado avances tecnológicos sorprendentes. Nuestra capacidad para manipular el mundo que nos rodea es cada vez más asombrosa. Sin embargo –y en esto debemos sincerarnos– nuestro conocimiento sobre ese mundo al que manipulamos y especialmente, sobre nosotros mismos, es cada vez menor. Menor aún si lo relacionamos con los avances tecnológicos y el incremento de nuestra capacidad de manipulación del mismo.

Cuanto más descubre el hombre del mundo que lo rodea más ignorante se vuelve. Aunque suene paradójico: más y mayores descubrimientos que incrementan nuestra capacidad de manipular al mundo, pero que a la vez lo vuelven cada vez más desconocido y lejano, más incomprensible y más ajeno al propio individuo.

Actualmente depositamos en la ciencia nuestra necesidad de seguridad y certeza, para que nos libre de nuestro miedo a la incertidumbre, nuestro miedo a lo desconocido. Pero, cuanto más complejo y extraño se vuelve ese mundo externo que nos rodea, mayor es la angustia y el temor que crece dentro del individuo. Mayor es la *separatividad*.¹⁸⁷

Si advertimos que la ciencia es conjetural, provisoria y metafísica –al igual que el animismo y la religión–, comprenderemos que la equiparación entre derecho y ciencia sólo tiende a mantener nuestros temores arraigados y a preservar estructuras subordinantes y relaciones de poder imperantes. Esta equiparación impide que veamos el real problema: que el derecho es una mera técnica de gestión social y que corresponde a los individuos en una comunidad determinada, escoger la finalidad que tal técnica de gestión debe perseguir. Impide también, la posterior evaluación sobre la utilidad y eficacia de los institutos

¹⁸⁶ Este físico lo formula de la siguiente manera: “Para los padres fundadores de la ciencia occidental, como Leibniz y Descartes, el objetivo a conseguir era la certeza. Y todavía es la ambición de los grandes físicos contemporáneos, Einstein o Hawking, alcanzar la certeza mediante una teoría unificada, una descripción geométrica del Universo”; en PRIGOGINE, ILYA, “¿Qué es lo que no sabemos?”, traducción de ROSA MARÍA CASCÓN, en *A Parte Rei: Revista de Filosofía*, en <http://serbal.pntic.mec.es/AparteRei/>

¹⁸⁷ Hemos tomado el término “separatividad” de ciertas corrientes filosóficas orientales. Sin embargo, aquí lo utilizamos en un sentido más amplio, como sentimiento pero especialmente, como estado psíquico del hombre, que se reconoce como tal, como un “yo” pero a la vez se advierte insignificante, huérfano, desprotegido, solitario, extraño y fugaz ante el mundo exterior inmenso, eterno, ininteligible, inabarcable. Consecuencia de la separatividad es la sensación de dualidad, el sentimiento de soledad, miedo, inseguridad, la angustia existencial, etc. El significado y uso de este término será ampliado, *infra*, en el Capítulo V, en una conjunción con determinadas teorías de FROMM, ERICH, *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1973 y PIAGET, JEAN, *La construcción de lo real en el niño*, México DF, Grijalbo, 1998.

escogidos. Se evita, de tal forma, la democratización sobre la forma de vida y regulación social de una comunidad. *Se evita, en definitiva, la libertad y diversidad de los hombres...*

CAPÍTULO IV

DISCURSO JURÍDICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

"La vida es una historia contada por un idiota, llena de estruendo y furia, que nada significa." SHAKESPEARE, WILLIAM, *Macbeth*

1) INTRODUCCIÓN

Hasta aquí hemos analizado el derecho a través de las tres cosmovisiones humanas según FREUD, para demostrar que tanto derecho, como animismo, religión y ciencia son regímenes metafísicos donde el individuo deposita su miedo y angustia existenciales,¹⁸⁸ esperando contener y evadirse de la separatividad que le aqueja, en virtud del inexorable proceso de individuación que debe transitar.

A partir de esta necesidad humana básica de certidumbre, seguridad y evasión, el individuo construye regímenes o sistemas inmutables, autoritarios y sacralizados, tales como el derecho, la ciencia, la religión y el tabú. En base a esta dinámica, identificamos en el derecho actual dos funciones que conllevan a su inmutabilidad, autoritarismo y sacralización. En su *función mítica*, el derecho se convierte en dogma¹⁸⁹ y sus institutos, principios y reglas contribuyen para justificar, immortalizar, universalizar y sacralizar el *statu quo*, es decir, las estructuras subordinantes y las relaciones de poder imperantes. En su *función discursivo-ideológica*, el derecho oculta con un manto difuso las verdaderas estructuras subordinantes y las verdaderas relaciones de poder, proyectando desde la superestructura, determinadas ideas o imágenes hacia la población o infraestructura que resultan proclives al mantenimiento de tal *statu quo*. Estas imágenes proyectadas impiden el cuestionamiento de la dicotomía "régimen formal-régimen informal" y de su ineficacia, perpetuando determinados tipos de relaciones de poder. Las ideologías, en el discurso jurídico, sustituyen a las legitimaciones tradicionales del dominio al presentarse con la pretensión de ciencia moderna y justificarse a partir de la crítica a las ideologías.¹⁹⁰

Habiéndonos ocupado de la función mítica del derecho en el primer capítulo de este trabajo, nos detendremos a analizar ahora la función discursivo-ideológica del mismo a través de la experiencia argentina en la problemática de la doctrina de facto y los gobiernos

¹⁸⁸ Por el *devenir*.

¹⁸⁹ Entendido como proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia y el fundamento o los puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22ª ed. (<http://www.rae.es>)) Sobre dogmática jurídica y sistema de creencias ver: SUPIOT, ALAIN (trad. SILVIO MATTONI), *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del hombre*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 33 y ss.

¹⁹⁰ HABERMAS, JÜRGEN (trad. MANUEL JIMÉNEZ REDONDO), *Ciencia y técnica como «ideología»*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 79.

militares que se apoderaron del gobierno quebrando los procedimientos constitucionales a tal efecto.

La primera aproximación a este tema fue realizada en ocasión de retomar la discusión sobre la aplicación de la *doctrina de facto* por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y la tolerancia desde la doctrina nacional argentina.¹⁹¹ El segundo análisis de esta cuestión fue motivo de la edición argentina de *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*.¹⁹²

La América Latina del siglo XX parecía destinada a las dictaduras. Hacia 1978, sólo Colombia, Venezuela y Costa Rica escaparon de regímenes dictatoriales o de hecho, aún cuando éstos sean, por naturaleza, efímeros,¹⁹³ como todo producto de la fuerza y no del consenso.¹⁹⁴

Desde 1930, Argentina es el ejemplo latinoamericano de la *república pretoriana*. Aquí “la vida pública está caracterizada por la permanencia de una hegemonía marcial camuflada. Las intervenciones militares no son el último recurso en circunstancias excepcionales, sino que aparecen como formas «normalizadas» de resolución de los conflictos. Lejos de provocar la unión sagrada para defender las instituciones democráticas, toda sublevación militar recibe el apoyo público de los opositores a quienes se encuentran a cargo del poder. La mayoría de las veces, por otra parte, son ellos los que van a golpear a las puertas de los cuarteles. Por lo tanto, la intervención militar es, si no legítima, por lo menos legitimada por amplios sectores de la opinión, y sobre todo por los más influyentes.”¹⁹⁵ El vicio originario de un golpe de estado, entendemos, no puede subsanarse o sanearse en ninguna forma: ilegitimidad e ilegalidad originarias en el acceso al poder no pueden mutar en legitimidad y legalidad en el ejercicio de ese mismo poder que nació viciado.

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

Nuestro planteo consiste en marcar la distancia entre el sistema ideal pensado por nuestros constituyentes —plasmado en la Ley Fundamental— y la realidad del sistema institucional tal como funcionó y funciona, como partes de una ficción en la que el derecho del más fuerte se impone por encima de las instituciones como una constante arraigada en la sociedad argentina y donde el discurso funciona como factor *pseudo* legitimador de la ilegitimidad.

Cuestionamos el alcance que muchas veces el discurso jurídico se otorga (y le otorgan) a sí mismo, a través de la labor de la doctrina y de los jueces, quienes desde el plano formal intentan atrapar la realidad, como si fuera un objeto a nuestro alcance, como si el tiempo y

¹⁹¹ Cfr. DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza)”, en *Res Publica Argentina*, 2007-1, p. 93 y ss.

¹⁹² BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo*, Buenos Aires, Lajouane, 2009.

¹⁹³ ROUQUIÉ, ALAIN (trad. VÍCTOR GOLDSTEIN), *A la sombra de las dictaduras. La democracia en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2011, p. 113.

¹⁹⁴ Muchas veces, aún en gobiernos democráticos, el derecho es impuesto por la fuerza a través de decisiones aisladas del debate democrático, en un sistema institucional que excluye a la mayor cantidad de sus ciudadanos de los procesos de decisión política y concentra el poder en pocas manos (ARRIMADA ANTÓN, LUCAS, nota bibliográfica a *El derecho a resistir el Derecho*, de ROBERTO GARGARELLA, *JA*, 2006-IV-1502.)

¹⁹⁵ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 102.

el espacio fueran parámetros cognoscibles y mensurables, como si el hombre y su entorno fueran cuestiones definidas por el derecho y no el derecho su consecuencia.

Memoramos lo dicho por la Corte Suprema, con cita de IHERING,¹⁹⁶ respecto que “la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho.”¹⁹⁷ La realidad nos ha demostrado que el derecho argentino ha asumido teorías y prácticas, muchas veces foráneas, las que fueron tergiversadas y aplicadas forzosamente a situaciones de hecho para las cuales no habían sido pensadas. Esa construcción —o deformación vernácula— posee autonomía académica, lo que la torna un fenómeno interesante y atrapante desde el punto de vista teórico pero principalmente desde el histórico y práctico.

El fenómeno jurídico no se origina en las normas o en un sistema de reglas, sino en hechos que intentan ser atrapados en un discurso unívoco en el que se expresan las formas normativas y las prácticas, como representación del poder (político y económico), pero no de los hombres.

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

En el caso de la doctrina de facto, la misma ha sido planteada desde la abstracción y tergiversación de sus fuentes y, en gran medida, mediante esta función discursivo-ideológica, ha llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en determinados períodos históricos, a aceptar la sola fuerza brindada por las palabras para legitimar lo ilegal, por vía de un consenso aparente, justificado siempre en la vida de la nación y del Estado, su existencia y la de sus instituciones.

2) LA ILUSIÓN DEL LENGUAJE. LA REALIDAD DE LOS HECHOS

"No existe nada bueno ni malo; es el pensamiento humano el que lo hace aparecer así." SHAKESPEARE, WILLIAM, *Hamlet*

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

¹⁹⁶ CSJN, “Pérez de Smith y otros”, sentencia del 21-XII-78, *Fallos*, 300:1282.

¹⁹⁷ CSJN, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura”, sentencia del 2-XII-08, cons. 8º; *Fallos*, 331:2691. En tal sentido, se ha dicho que “The end of classical formalism was a consequence of the emphasis on the social function of the law. Many understood law as a means to regulate and steer human behavior and not as an end in itself” (GRECHENING, KRISTOFFEL /GELTER, MARTIN, “The transatlantic divergence in legal thought: American law and Economics vs. German doctrinalism,” en *John M. Olins Center for Law, Economics, and Business Fellows’ Discussion Paper Series*, Harvard Law School, Discussion Paper n° 14, 2007, p. 43.) La zona de contacto entre el *Law and Economics* y la doctrina alemana, quizás pasa por rever que el derecho no es ni puede ser un fin en si mismo, sino un instrumento de gestión para la realización del hombre en sociedad.

La fuerza de las palabras no tiene más peso que el 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.¹⁹⁸

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define *verdad*, como: a) conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente; b) conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa; c) propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna, y d) juicio o proposición que no se puede negar racionalmente.¹⁹⁹

Ninguna de dichas acepciones se aplica al derecho. Nada hay de cierto o *verdadero* en el derecho. Los hechos moldean las normas y los casos definen su alcance. Lo *verdadero* y lo cierto no juegan sino en el plano de las ficciones y las creencias, impuestas, supuestas o establecidas por los hombres. Son éstos, desde las propias estructuras subordinantes, quienes forman y amoldan el discurso y las formas jurídicas a las necesidades del poder (o del grupo que lo ostenta.)

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*.”²⁰⁰

La sola idea de que la *verdad* no existe nos coloca en una situación de crisis, miedo, impotencia e incertidumbre. Como consecuencia de ello, “nos sentimos como perdidos, sin suelo bajo nuestros pies, y reaccionamos por lo general en modos neuróticos, como afectados por un ataque de agorafobia, de miedo al espacio libre e incierto que se abre ante nosotros. Un miedo que se vuelve aun más intenso si dejamos el campo de la filosofía pura (en el fondo, los filósofos han dicho de todo y el mundo no ha cambiado en consecuencia...) y nos aventuramos en el terreno de la política. Es cierto que, una vez tomado en cuenta que no existen verdades absolutas sino sólo interpretaciones, muchos autoritarismos son desenmascarados por lo que son, es decir, pretensiones de imponernos

¹⁹⁸ Existe un error lógico que está conectado “con la estrecha analogía entre el *significado* de las palabras, términos o conceptos y la *verdad* de los enunciados o proposiciones. Es fácil comprobar que el significado de las palabras tiene alguna conexión con su historia y origen. Lógicamente considerada, una palabra es un signo convencional; desde un punto de vista psicológico, es un signo cuyo significado es establecido por el uso, la costumbre o la asociación. Desde el punto de vista lógico, su significado, en efecto, queda establecido por una decisión inicial, semejante a una definición o convención primera, a una especie de contrato social original; psicológicamente, su significado quedó establecido cuando aprendimos a usarla, cuando se formaron nuestros hábitos y asociaciones lingüísticos.” Parece haber “un sentido familiar y lógicamente defendible en el cual el significado «verdadero» o «propio» de un término es su significado original, de modo que si lo comprendemos, ello se debe a que lo hemos aprendido correctamente, de una verdadera autoridad, de alguien que conoce la lengua. Esto muestra que el problema del significado de una palabra está vinculado, en verdad, con el problema de la fuente autorizada, o el origen, del uso que hacemos de ella.” (POPPER, KARL R. (trad. NÉSTOR MÍGUEZ-RAFAEL GRASA), *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, edición ampliada y revisada, Barcelona, Paidós, 2008, p. 41.)

¹⁹⁹ <http://www.rae.es>.

²⁰⁰ FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, 4ª reimp., Barcelona, Gedisa, 1996, p. 17.

comportamientos que no compartimos, en nombre de alguna ley de la naturaleza, esencia del hombre, tradición intocable, relación divina.”²⁰¹

No existen, por tanto, verdades absolutas sino sólo interpretaciones sobre la realidad o esa porción de la realidad que se dice o intenta percibir. Sin embargo, con base en las máscaras de tantos fundamentalismos que se mantienen perennes todavía hoy en el siglo XXI, sobreviven prejuicios y dominios de “saber” (y de poder) con el sustento metafísico de la invocación de algún proceso de iluminación mágico, fantástico, mítico o histórico, patrimonio de los grupos detentadores del poder (académico, político, económico.)

Existen tantos significantes como significados,²⁰² pero lo que convencionalmente aceptamos —especialmente en derecho— nos lleva hacia el campo de lo ficcional. Es allí donde la realidad intenta ser atrapada por el valor intrínseco conferido a las palabras (o por la ilusión que supone su existencia.)²⁰³

La historia de las dos *verdades* foucaultianas mencionadas no implica la *verdad* de la historia, sino el grado de deformación y adaptación de las *verdades*, implícita y explícitamente incorporadas en las palabras utilizadas y, por ende, en el lenguaje. Lenguaje técnico jurídico de nuestros tribunales y de la doctrina. “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.”²⁰⁴

La verdad —si es que algo existe que pueda representar y llenar de contenido ese término o la pretensión del mismo— es un ejercicio o proceso individual e íntimo, tan subjetivo, arbitrario y caótico como el mundo en el que vivimos. Quizá lo molesto y doloroso es justamente enfrentarnos con que el mundo es arbitrariedad y caos, con que el “sistema” sólo existe en la cabeza de quien lo enseña.²⁰⁵ En este sentido, FERRAJOLI señala que “la

²⁰¹ VATTIMO, GIANNI (trad. MARÍA TERESA D’MEZA), *Adiós a la verdad*, Barcelona, Gedisa, 2010, p. 27.

²⁰² El conocimiento se engendra por el cognoscente y por lo conocido (AGUSTÍN DE HIPONA, *La Trinidad*, Libro noveno.) Más allá de todo conocimiento por la causa, se espera algún otro conocimiento que es causado por el objeto en sí (Cfr. SCOTO, DUNS (trad. ALFONSO CASTAÑO PIÑÁN), *Tratado del primer principio*, Madrid, Aguilar, 1985, p. 123.)

²⁰³ Por ejemplo, “[c]uando levantamos una clasificación reflexionada, cuando decimos que el gato y el perro se asemejan menos que dos galgos, aun si uno y otro están en cautiverio o embalsamados, aun si ambos corren como locos y aun si acaban de romper el jarrón, ¿cuál es la base a partir de la cual podemos establecerlo con certeza? ¿A partir de qué *tabla*, según qué espacio de identidades, de semejanzas, de analogías, hemos tomado la costumbre de distribuir tantas cosas diferentes y parecidas?” (FOUCAULT, M., *op. cit.*, Prefacio.)

²⁰⁴ YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: Otra mirada sobre el debate Gordillo – Campolieti,” *Res Publica Argentina*, 2007-1, Buenos Aires, Ediciones Rap, p. 35. El hombre “no nace racional, se vuelve racional al acceder a un sentido compartido con los otros hombres. Cada sociedad humana instituye, pues, la razón a su modo. La trama de lo que llamamos «sociedad» está formada por lazos de palabras que vinculan a los hombres unos con otros, y desde ese punto de vista no es posible una sociedad animal” (SUIPIOT, A., *op. cit.*, p. 11.) No es por tanto menor, la inclusión en la Biblia (Juan 1:1) de la frase “*En el principio era el Verbo*”, es decir, la Palabra.

²⁰⁵ NIETO, ALEJANDRO / GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 75; ver además pp. 28-29

realización de la unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento es tarea de la *ciencia jurídica*²⁰⁶ a condición de que resulte claro que de hecho no existen.²⁰⁷

Como sostenía CARRIÓ, el sistema no es otra cosa que la búsqueda de lo incondicionado. El sistema es la idea de una súper-realidad “forjada por la razón en procura de alcanzar una meta inalcanzable: la unidad sistemática de nuestro conocimiento.”²⁰⁸

En derecho existen términos y construcciones que se denominan principios o institutos, teorías o doctrinas, pero su poder de convicción no es otro que el otorgado especialmente por los tribunales —pero también por la doctrina— al momento de utilizarlos, aplicarlos, criticarlos y justificarlos (v.gr. *presunción de legitimidad, habilitación de instancia, actos institucionales, cuestiones políticas no justiciables, razón de Estado, zona de reserva de la administración, poder de policía, verdad jurídica objetiva, etc.*)²⁰⁹

En el derecho administrativo —quizás más que en otras ramas del derecho— se ha construido un entramado principista en base al cual se ha intentado sostener un sistema procedimental y contencioso, que respondería a una cierta lógica vinculada directamente a la organización del poder (político) y a la ponderación de garantías institucionales contra sus abusos. Este sistema queda estancado en un estadio ficcional y en la apariencia de la mera legalidad, en el que la realización del hombre en sociedad —para el imaginario colectivo— no puede concebirse sin la intervención de la justicia. Sin embargo, a nadie escapa que quien ostenta el poder (político, económico, etc.) tendrá acceso a la mejor defensa, al mejor despacho de abogados, al juez y a la doctrina que ampararán sus intereses.²¹⁰ El sistema trata, en definitiva, de explicar y organizar quién accede al poder, en qué términos, cómo lo mantiene y qué reglas de juego impone, las que lo sostendrán y definirán, en un lugar y tiempo determinados.

La sociedad en su conjunto es responsable de la aceptación o el rechazo de esta dinámica.

Como sostiene GORDILLO, el desafío del derecho administrativo, “no es solamente crear los mecanismos que faltan o mejorar los existentes, y retrotraer todos los retrocesos que se han producido, sino integrar un eventual sistema interrelacionado y armónico; eliminar contradicciones, superposiciones innecesarias, conflictos y celos superfluos, controversias interpretativas y los intersticios del control, las «tierras de nadie» por donde puedan filtrarse y lo hacen efectivamente los comportamientos arbitrarios o abusivos del poder.”²¹¹

²⁰⁶ Reiteramos e insistimos en que el derecho no es una ciencia. Sin embargo, la caracterización del derecho como técnica no le resta valor ni peso a nuestra práctica, en su condición y rol instrumental y de gestión del hombre en sociedad.

²⁰⁷ FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 33. El énfasis nos pertenece.

²⁰⁸ CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed. reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 252; ver también GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 10º ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. I.

²⁰⁹ Esto así porque en el centro mismo de la racionalidad mediante el cálculo que sella nuestro tiempo, siguen habiendo creencias instituidas y garantizadas por el derecho, por ejemplo, en el ámbito de la economía, donde ficciones jurídicas (fundamentos dogmáticos del mercado) tales como la circulación de créditos donde la fe en el mercado financiero constituyen la fe de los operadores económicos. Fe, crisis mundial de 2008 mediante, ha comenzado a flaquear (SUPIOT, A., *op. cit.*, p. 19.)

²¹⁰ NIETO, A./ GORDILLO, A., *op. cit.*, p. 46.

²¹¹ GORDILLO, A. A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, Cap. II-35.

3) LAS FUNCIONES DEL DERECHO: ORGANIZACIÓN, LEGITIMACIÓN Y LIMITACIÓN DEL PODER POLÍTICO

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

Ese control, hace que el derecho posea una triple función frente al poder: lo organiza, lo legitima y lo limita.²¹² En el campo de la legitimidad es donde el derecho adquiere un protagonismo indiscutible como justificador del poder en un escenario (campo) social que no está libre de tensiones.²¹³

El discurso jurídico suele responder a la necesidad de un grupo de poder que se adapta a las nuevas circunstancias de tiempo y lugar tanto para controlar y manipular las estructuras e interacciones subordinantes como para mantenerse en la cúspide de la superestructura. Las *doctrinas de facto* y de *estado de emergencia* (o de necesidad) responden a esa necesidad superadora de una situación límite que tiene al grupo dominante (detentador directo o indirecto del poder) como principal interesado, bajo el argumento del interés público o de la existencia de la nación en sí misma. En la fuerza de este discurso, frente a tales supuestos, el interés privado —el de cada ciudadano en particular— cede ante la defensa del interés público. Si el “poder político de la comunidad protege un interés social por medio de la legislación este interés es «público». El interés individual, en cambio, es denominado «privado». Los intereses públicos [...] son intereses sociales protegidos por «el Estado», como expresión de los órganos políticamente organizados del poder de la comunidad.”²¹⁴

²¹² DUVERGER, MAURICE, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970, 5ª ed. Española, p. 40 y ss., donde sostiene que “[e]l derecho es un elemento del poder, un medio de acción del poder, una forma del poder. Organiza el poder, institucionaliza el poder, contribuye a legitimarlo. Pero, no obstante, comporta también elementos de garantía contra el poder.”

²¹³ Se ha indicado que “La estructura empírica, observable, de la sociedad liberal de nuestros días refleja hasta tres campos de tensión superpuestos. Por un lado, la tensión existente entre los requerimientos de un sistema económico capitalista y las exigencias de legitimidad de la población, sometida a la lógica despiadada y acéfala del mercado como lugar estructural del capitalismo. Por otro lado, la tensión entre la población civil —una vez recibido el impacto de la privatización— y un derecho coercitivo encargado de administrar los conflictos que se registran en dicha población. Y, por último, la tensión entre las dos fuentes del derecho —la razón y la fuerza— que provoca no poca conflictividad en el propio interior del entramado jurídico (MARTÍNEZ DE VELASCO, LUIS, “¿Es posible un verdadero estado de derecho democrático? Jürgen Habermas y las aporías de la sociedad liberal,” *Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, Barranquilla, núm. 9, noviembre, 2008, p. 222.) Independientemente de coincidir con la existencia de tensiones en el campo social respecto al derecho, la idea contaminada de que la razón es fuente del derecho, probablemente provoque tensiones adicionales por lo difuso del concepto en sí mismo que nos hace caer en el argumento de autoridad de creación de la norma que se trate.

²¹⁴ ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 5ª ed., Buenos Aires, EUDEBA, 1994, p. 351.

La doctrina de la seguridad hemisférica mutó en doctrina de la seguridad nacional en todo el continente.

La Argentina, sin embargo, “presenta la característica extrema de haber conocido un régimen dictatorial no sólo incapaz de institucionalizarse, sino desprovisto de los medios de imponer algunas condiciones a la vuelta del orden constitucional. En Uruguay, la dictadura saliente también va a tratar de establecer una seudodemocracia bajo tutela.”²¹⁵

Ni hablar del caso de Chile y la permanencia de Augusto Pinochet como comandante de las fuerzas armadas y senador vitalicio, con un control absoluto de la transición a la democracia, *verdadero franquismo sudamericano*.²¹⁶ O aún, la transición en Brasil, donde se ofreció “más continuidad para el régimen «saliente» que en cualquier otra parte. Puede decirse que ella es el desenlace sin tropiezos de una estrategia de liberalización gradual prevista por las autoridades político militares desde 1976.”²¹⁷ Paraguay, Bolivia y México —“donde el régimen autoritario sui generis no es considerado tanto en el léxico político local como una dictadura sino como una *dictablanda* (es decir, un «suave autoritarismo»)»²¹⁸ — son experiencias a tener en cuenta, por el ejercicio del poder concentrado y una alternancia política formal, durante gran parte del siglo XX.

La *doctrina de facto* posee valor histórico, jurídico y político en Latinoamérica, siendo la Argentina de principios del siglo pasado, un ejemplo sobre el modo en el cual el binomio legalidad-legitimidad han sido forzados hasta el límite. Por un lado, se ubica el origen legal mayoritario del poder, de conformidad con las reglas constitucionales. En segundo lugar, la existencia de una elite que no acepta ni reconoce el principio de las mayorías, sólo cuando responde a sus intereses. Por el contrario, “la ilegitimidad de los gobiernos de hecho, dictaduras innegables, raramente es objeto de un consenso. Frente a lo que los grupos dominantes presentan como una «crisis de autoridad» o un manifiesto «vacío de poder», habida cuenta de los «peligros» supuestos que planean sobre la sociedad, ¿cómo no pensar que un golpe, un pronunciamiento, venga a “«derogar la legalidad para restablecer la legitimidad»? A la legitimidad de origen del nuevo poder, fundado en una «causa justa», se añade la legitimidad de ejercicio que aportan «el restablecimiento del orden natural» y la «búsqueda del bien común», éste sinónimo de «modernización del país» o de «crecimiento económico». Por supuesto, esta legitimidad es eminentemente provisional. Es otorgada bajo beneficio de inventario por los grupos dominantes. Que la confianza se desvanezca y la «revolución» tan esperada se convertirá en simple «dictadura» cuyos días estarán contados.”²¹⁹

Para el caso argentino durante nuestra joven existencia como Estado, vale preguntarse: ¿Qué valores sirvieron de base a la instalación de gobiernos *usurpadores* en nuestro país? ¿Fueron los mismos que formaron las bases para conformar la Constitución de 1853-60?²²⁰ ¿Quién, sino la autoridad elegida por los procedimientos constitucionales, representa —en la teoría ficcional de la representación política— los intereses de la sociedad?

²¹⁵ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, pp. 123-124.

²¹⁶ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 125.

²¹⁷ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, pp. 127-128.

²¹⁸ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 131.

²¹⁹ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 107.

²²⁰ 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 decidimos sin moralinas, prejuicios o pruritos, pero decidir, al fin y al cabo, nuestro

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

Anotaba NICOLÁS MAQUIAVELO, que “no hay cosa más difícil de tratar, ni en la que el éxito sea más dudoso, ni más peligrosa de manejar, que convertirse en responsable de la introducción de un nuevo orden político; porque todo innovador tiene como enemigos a cuantos eran beneficiados por el viejo orden y como tibios defensores a aquellos a quienes las nuevas leyes favorecerían.”²²¹

La razón de estado²²² fue invocada en términos puros en la República Argentina con sustento en evitar la desintegración nacional y la pérdida de los valores de la sociedad occidental y cristiana, a 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 se nos ocurra, ya que la justificación del uso de la fuerza en algunos casos, como en el golpe del ‘55, tuvo como eje el supuesto ejercicio del derecho de resistencia a la presión (*jus resistendi*.) Eso sí, con el detalle de que la ciudadanía con derecho a voto no los había elegido para asumir tan importante función, pero con el fin de subsanar la deficiencia de origen bastó la jurisprudencia de la Corte Suprema,²²³ criticada, seguida y desarrollada posteriormente por la doctrina nacional.²²⁴

BIDART CAMPOS —llamativa y paradójicamente— señalaba que de los movimientos de fuerza que, “en las postrimerías del siglo pasado y al filo del actual, se llevaron a cabo invocando la pureza del sufragio y los vicios de «el régimen» y «el unicato», se pasa entre 1930 y la actualidad a los que, con más destreza y estrategia, alcanzan el botín de la victoria desalojando a gobiernos constitucionales. Pero hay que hacer una salvedad: poniendo al margen del juicio la intención de cada golpe de estado y de sus participantes —porque la crítica histórica debe ser cauta cuando penetra en el ámbito de las motivaciones subjetivas y de las proclamas que sobre el triunfo emiten los que de él aprovechan— y haciendo lo más objetiva posible narración de las políticas tramposas o viciadas contra las cuales ha reaccionado la fuerza armada, la parábola de los motines militares registra una revolución plenamente justificada en el ejercicio del derecho de

destino” (BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, “Los superpoderes al jefe de gabinete,” *LL, Suplemento Actualidad*, 27-VII-06, p. 1.)

²²¹ *El príncipe*, Cap. VI, Buenos Aires, Distal, 2003, pp. 42-43.

²²² “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.)

²²³ *Como muestra basta un botón*, así es que recordamos que nuestra Corte Suprema también ha sostenido que “[e]n cuanto sea indispensable para el funcionamiento del Estado y llevando al mínimo la derogación del principio representativo, el gobierno de facto tiene facultades para adoptar disposiciones de carácter legislativo que, salvo su ratificación por el Congreso, dejan de regir para el futuro una vez que el país ha vuelto a la normalidad; ello sin perjuicio de la atribución de los tribunales de justicia para restablecer los principios constitucionales que tutelan la seguridad jurídica y el régimen de los derechos fundamentales de la vida civil si fueren desconocidos por dichas disposiciones. Mas dicho gobierno no puede válidamente crear penas ni agravar las existentes.” (CSJN, “*Anders, Carlos y otros*”, *Fallos*, 204:345, 1946.)

²²⁴ Hemos intentado destacar, en esta obra, parte de los autores nacionales, críticos y no tan críticos, a la *doctrina de facto*, sin buscar con ello reproches ni responsabilidades, sino tan sólo remarcar las notas del discurso jurídico y su construcción en distintos ámbitos (políticos, jurisprudenciales y académicos.)

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».²²⁵

Sin intentar abrir un debate ni juicio sobre opiniones y pensamientos pasados,²²⁶ nos preguntamos cómo puede sostenerse *pseudocientíficamente*, al mismo tiempo, la legitimidad de ciertos golpes de Estado y la ilegitimidad de otros.

La mezcla de ideología y sentimiento que la historia vivida nos genera, hace que el jurista pierda su supuesto carácter objetivo y vuelva a su simple condición de hombre y de ciudadano. La historia institucional argentina ha demostrado ello durante el siglo XX. Tal afirmación no es una acusación, ni mucho menos. Tan solo es la expresión de la realidad de los hechos y la asunción del rol del jurista en la sociedad moderna. Como señalaba ROSS, “[e]l papel del jurista como político jurídico es desempeñarse, en la medida de lo posible, como un técnico racional. En este papel él no es conservador ni progresista. Como otros técnicos, el jurista se limita a poner su conocimiento y habilidad a disposición de otros, en este caso, de aquellos que tienen las riendas del poder político.”²²⁷

El jurista tiene el poder de difundir ideologías, imágenes, teorías, principios. El jurista ostenta el poder de crear y transmitir un discurso ideológico, cualquiera sea. El problema reside en qué tipo de discurso e ideología crea y transmite el jurista y a quién beneficia, en definitiva.²²⁸

El derecho a lo largo de la historia ha sido creado por y aplicado con una *finalidad justificadora* de determinadas estructuras y dinámicas de poder. Sin embargo, esta situación ha sido ocultada por el manto ideológico del fenómeno jurídico como un saber moral, religioso o científico, con sus mitologías propias en los primeros supuestos o su lógica y objetividad argumental, en el último caso.²²⁹

²²⁵ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Diagrama histórico-constitucional de las fuerzas armadas en Argentina*, ED, 47-843.

²²⁶ Se recuerda, al respecto, que: “Las teorías fundamentalistas –nacidas en la soberbia del poder– no admiten su contingencialidad, su relatividad, la aparición de una crisis ni la posibilidad de su fin. A todo intento de reforma oponen su contundente contrarreforma. No tienen interlocutores sino enemigos. No reconocen disidencias sino herejías. No se valen de jueces sino de alguaciles y verdugos” (NIETO, A./ GORDILLO, A., *op. cit.*, p. 52.)

²²⁷ ROSS, A., *op. cit.* p. 364.

²²⁸ Paralelamente, a sabiendas de esta realidad, ningún operador jurídico debería dejar de realizar este análisis.

²²⁹ “No es un azar que los Derechos primitivos estuvieran en manos primero de magos y luego de sacerdotes (ni que ahora los jueces y abogados, y hasta hace poco los profesores, actúen con ropones simbólicos). Los magos, los sacerdotes y los juristas poseen la asombrosa facultad de sacar a los seres vivos del modesto y cotidiano mundo de la naturaleza para trasladarlos a un mundo mágico donde viven los fantasmas de los conceptos jurídicos, que son el objeto del conocimiento jurídico. Con las fórmulas mágicas de la brujería legal los hechiceros de siempre hacen y deshacen las relaciones sociales, absuelven y condenan con razones que para los no iniciados resultan incomprensibles y salvan o humillan, según toque, a la Justicia” (NIETO, A./ GORDILLO, A., *op. cit.*, p. 65.)

4) LA MITOLOGÍA²³⁰ DE NUESTRAS PALABRAS

Mito o realidad, la Constitución pone coto a la situación primitiva de la sociedad (argentina) en la cual la nación se encontraba desorganizada políticamente y establece un único sistema (electoral) que garantiza que aquello que consideramos el *poder*, sea ejercido por quién (o quiénes) respondan a la calidad exigida para estar sentados donde les corresponde, con el consenso que en apariencia brinda el sufragio, a través de la regla de la mayoría, donde ésta gobierna y la minoría —**no elegida**— controla.²³¹ Esto es así, por lo menos, en la mayoría de las democracias representativas actuales, siendo la forma de gobierno predominante en la era contemporánea.

El discurso jurídico se ha construido en torno a un pasado mítico poco claro y con ficciones pensadas en nuestros orígenes institucionales para conformar una moral colectiva y un futuro de prosperidad.²³²

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.”²³³

Tan sólo se requiere haber sido elegido del modo constitucional y legalmente preestablecido, para acceder a los cargos públicos (magistraturas) según los procedimientos del caso. Esto es tan simple, que quizás es demasiado complejo para que lo entendamos los argentinos como sociedad. Hace casi doscientos años que nos seguimos preguntando y repreguntando cuál es el mejor sistema, pero no nos hacemos cargo del precio de la libertad y del valor que tienen el respeto y la tolerancia en la convivencia social y construcción democrática.²³⁴

Desde los albores de nuestra patria, los argentinos hemos conocido no sólo la falta 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.²³⁵

²³⁰ 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>.)

²³¹ ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1997.

²³² El Preámbulo de la Constitución nacional es un reflejo cabal de ello.

²³³ ROUSSEAU, J.J., *El contrato...*, *cit.*, pp. 18-19.

²³⁴ ALAIN TOURAINE ha desarrollado con profundidad esta idea y otras vinculadas a la democracia y su relación con el desarrollo y la restauración de los valores *libertad-igualdad-fraternidad*, en *Qué es la democracia?* (tít. orig.: *Qu'est-ce que la démocratie?*), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995.

²³⁵ 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**

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.²³⁶

Por un decreto del 12 de abril de 1862, “el general Mitre, en su carácter de *encargado del poder ejecutivo nacional*, especificó las condiciones en que desempeñaría sus funciones, estableciendo que «es necesario y conveniente regularizar el ejercicio de esos poderes determinando el modo, forma, objeto y extensión en que las atribuciones del poder ejecutivo nacional interino deben ejercerse, mientras tanto que el mencionado Congreso nacional resuelva lo que corresponda». Por tales razones, «usando de las autorizaciones que han sido espontáneamente delegadas por los pueblos», resolvía que «por lo que respecta al régimen interno, las funciones del encargado del poder ejecutivo nacional se limitarán al mantenimiento del orden público; a hacer que se respete y observe por las provincias la Constitución nacional; a atender la seguridad de las fronteras de dichas provincias con las fuerzas militares puestas a sus inmediatas órdenes y cuya organización haya sido expresamente autorizada por él; a la fiel y regular percepción de las rentas nacionales que se hallen a su cargo, cuidando de su equitativa inversión, con cargo de remitir cuenta detallada al Congreso en su oportunidad, y a los demás asuntos de carácter urgente que puedan sobrevenir». Instalado el Congreso, el 25 de mayo de 1862, en virtud de lo establecido por la ley del 3 de junio de dicho año, determinó que el general Mitre ejerciera «las atribuciones anexas al poder ejecutivo nacional, hasta que el Congreso legislativo de la República resuelva lo que corresponda». El Congreso escrutó la elección presidencial el 5 de octubre y poco después el general Mitre asumía el poder ejecutivo constitucional, clausurando así la etapa de reconstrucción resultante de la batalla de Pavón.»²³⁷

La versión mitrista de la historia argentina seguramente ha minimizado este hecho, pero lamentablemente representa el puntapié inicial de la posibilidad cierta de acceder al poder sin necesidad de respetar los procedimientos establecidos para ello.²³⁸

Para el caso argentino, el primer acto de violencia institucional cívico militar²³⁹ se repetiría luego en 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976, cada cual con sus particularidades y

acatamiento que son las bases mismas del funcionamiento del orden jurídico.” (*La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, 3ª reimpr., Madrid, Civitas, 2001, pp. 27-28. El destacado no está en el original.)

²³⁶ Ver GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1943, p. 119 y ss.

²³⁷ LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, T. II, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1970, pp. 520-521.

²³⁸ 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 le 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.)

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.

Debe tenerse en cuenta que cuando un gobierno —y no un funcionario— accede por la fuerza y no por las urnas —siendo el sufragio el procedimiento constitucional o legal establecido— 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 de ese 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. El intelecto, “como medio para la conservación del individuo, despliega su mayor fuerza en el acto de fingir, porque éste es el recurso con el cual se mantienen los individuos [y sociedades] más débiles y menos robustos, ya que les está negado luchar por la existencia con cuernos o agudas mordidas de animales rapaces.”²⁴⁰ Es quizás en este punto donde el conocimiento jurídico o las teorías sobre el conocimiento jurídico, exponen su arma más peligrosa en contra de la propia realidad a la que dicen sujetarse.

5) LOS GOLPES DE ESTADO (LA FICCIÓN DE LA REVOLUCIÓN)

"Si los hados quieren hacerme rey, lo harán sin que yo busque la corona." SHAKESPEARE, WILLIAM, *Macbeth*, Primer acto, escena III

Parte de la decadencia institucional argentina nace y reposa, a nuestro entender, en la mal llamada *doctrina de facto* utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 1930,²⁴¹ pero desarrollada por grandes juristas argentinos y defendida por parte de la prensa en cada ocasión que el quiebre institucional lo requiriese.²⁴²

²³⁹ 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.

²⁴⁰ NIETZSCHE, FRIEDRICH (trad. ALFREDO BERNARDO TZVEIBEL, “Sobre verdad y mentira en sentido extramoral,” en *Sobre verdad y mentira*, Buenos Aires, Miluno, 2009, p. 27.

²⁴¹ 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.)

²⁴² Los quiebres institucionales no han sido patrimonio únicamente argentino, como tampoco la construcción de teorías políticas y jurídicas para sostener y encuadrar legalmente lo que nación antijurídico y sin consenso de la mayoría.

En particular, “en 1923 en España, en 1924 en Chile y en 1930 en Brasil, un pronunciamiento armado disolvió al Congreso y puso fin a un largo período de normal funcionamiento del parlamento. Se produce así en todos estos países una crisis del Estado constitucional que, entre otras manifestaciones, afecta al parlamento en sus dos funciones primordiales: legislativa y fiscalizadora. Frente a la ley parlamentaria, contemplada en la Constitución, se desarrollan otras formas de legislación que recaen sobre las llamadas materias de ley, pero se dictan sin intervención del parlamento, el cual, por lo demás, muchas veces se halla disuelto. Es lo que puede llamarse ley extraparlamentaria [...] En este punto el caso de Argentina es sumamente ilustrativo. Entre 1930 y 1983 el Congreso fue seis veces disuelto y otras tantas restaurado. Hay, pues, una alternancia entre gobiernos constitucionales y extraconstitucionales y en la materia que nos

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

Indicaba SÁNCHEZ VIAMONTE, que “no hay gobiernos de facto. El gobierno es una institución, y toda institución es de *jure* por su misma naturaleza. Un golpe de Estado no cambia el gobierno, sino los gobernantes o funcionarios, y si se desea hacer una revolución verdadera y legítima, ella puede obtenerse por los caminos que la Constitución ha trazado para su reforma, porque sólo hay revoluciones verdaderas y legítimas cuando son el fruto de la auténtica voluntad popular mayoritaria. Un pronunciamiento, motín o asonada militar, aunque tenga el asentimiento de la mayoría del pueblo o del orden jurídico fundamental, está obligado a respetar la Constitución y las leyes existentes. Como es imposible prescindir del Derecho, debe ajustar sus actos al que ya existía en materia organización institucional.”²⁴³

SÁNCHEZ SORONDO, explicaba que “hablamos de los gobiernos de facto por una doctrina fundada en el antiguo «common law» inglés, explorada en sus efectos administrativos por la jurisprudencia norteamericana y sistematizada en Francia con similares alcances por Gastón Jéze [...] se trata del derrocamiento de gobiernos *supuestamente* transgresores de las garantías y usurpadores de las instituciones de la Constitución. Los artífices del golpe habitualmente no procuran echar mano a una fundamentación ideológica distinta a la del orden constitucional. Aunque en los hechos vulneren su régimen no se proponen destruirlo. Por el contrario, su justificación consiste en achacar inconducta, ineptitud o despotismo a los titulares de la legalidad quienes en la terminología de los vencedores se vuelven únicos responsables del agravio a la Constitución en cuya defensa fue un mal necesario producir, por el acto de fuerza, la toma momentánea del poder.”²⁴⁴

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 por derecho, sino como consecuencia de un hecho al margen del cauce señalado en la Constitución, con el asentimiento —al menos tácito— del pueblo.

El gobierno *de facto* no debe confundirse con el gobierno *usurpador*, “que es el que se ha apoderado del poder por la violencia, mediante la cual también se mantiene, sin título o derecho y violando el ordenamiento constitucional.”²⁴⁵

interesa, un auge sostenido de los decretos-leyes frente a las leyes” (BRAVO LIRA, BERNARDINO, *La ley extraparlamentaria en Argentina 1930-1983; leyes y decretos-leyes*, LL, 1990-C, 1193.)

²⁴³ SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *Doctrina de la revolución y doctrina de facto*, Buenos Aires, Claridad, 1943, p. 169. Más allá del problema de las palabras, lo cierto es que ninguno de los gobiernos usurpadores surgidos de los distintos golpes de estado durante el siglo XX en la Argentina, lograron generar una verdadera revolución, ya que en mayor o menor medida, pero siempre en forma parcial, mantuvieron la vigencia de la Constitución.

²⁴⁴ SÁNCHEZ SORONDO, MARCELO, *Gobiernos de facto y sistemas de supralegalidad*, LL, 1982-B, 775.

²⁴⁵ LINARES QUINTANA, *op. cit.*, p. 517.

Como claramente indica GORDILLO, “Usurpador es el que asume la función sin título alguno regular o irregular y se caracteriza porque no tiene aquella apariencia de legitimidad que encontramos en el funcionario

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

No casualmente se enfatizado que “todo gobierno de facto que desplaza a un gobierno de jure necesita superar su ostensible y notoria ilegalidad revistiéndose con el manto de legitimidad que le procura su acatamiento formal al régimen. Pues como la ocupación del poder por la violencia es un hecho escandaloso que provoca hondas grietas en la fábrica de la convivencia social erigida sobre el prestigio de las magistraturas y de las normas invioladas, los gobiernos de hecho soportan un «capitis diminutio» sometidos a un tratamiento restrictivo, a una suerte de cuarentena cercenante de su autoridad. Es un aislamiento bajo observación jurisdiccional que llena el intervalo fáctico hasta tanto se restablezca el curso de la legalidad alterada. Y si a pesar de su bastardía jurídica la autoridad insurgente se convalida es sólo porque no ha pretendido quebrantar la legitimidad. Lejos de ello, en su nombre y para defenderla de supuestos detentadores despóticos, se produce el traumatismo de la toma del poder.”²⁴⁶

Hace poco más de veinte años atrás, EKMEKDJIAN señalaba que los argentinos estábamos transitando sendas constitucionales inéditas, cuyo recorrido requería un esfuerzo de imaginación de los protagonistas y de los intérpretes,²⁴⁷ senda que en apariencia no tenía regreso y que el artículo 36 de la Constitución nacional reformada en 1994, se había encargado de delimitar aún más.²⁴⁸

de hecho. Sus actos son en principio inexistentes; pero en esta materia hay toda una gama de variedades fácticas que pueden hacer correlativamente el régimen jurídico de sus actos. También puede variar la percepción social y la previsión normativa del fenómeno, como ocurre en el primer aspecto en la última década del siglo XX y en el segundo con el art. 36 de la Constitución de 1994 y las normas del código de ética al menos de los integrantes del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Durante muchas décadas y hasta recientemente, si se trataba de una revolución triunfante que se afirmaba en los hechos y ejercía las funciones del gobierno derrocado, su investidura llegaba a ser admitida y con ello era considerado gobierno o funcionario de facto, con lo que sus actos eran válidos. Más aún, la fuerza legitimadora de lo fáctico ha sido tan fuerte en esos tiempos que ni siquiera quienes cuestionan la semántica de vicios subjetivos u objetivos, que acabamos de explicar, ni el mismísimo Poder Judicial de la Nación, pueden sacudirse el yugo intelectual y siguen llamando, inclusive hoy, Ley a los decretos-leyes de los últimos gobiernos de facto” (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, cap. IX-4/5.)

²⁴⁶ SÁNCHEZ SORONDO, M., *op. cit.*

²⁴⁷ EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *Nuevos enfoques de un viejo tema: La doctrina de facto*, ADLA XLIV- B, 2513.

²⁴⁸ 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.”

Utilizaba esas palabras para iniciar su comentario a la entonces recientemente sancionada Ley 23.062, que en su artículo primero textualmente establecía que “[e]n defensa del orden Constitucional republicano basado en el principio de la soberanía popular, se establecen que carecen de validez jurídica las normas y los actos administrativos, emanados de las autoridades de facto surgidas por un acto de rebelión, y los procesos judiciales y sus sentencias, que tengan por objeto el juzgamiento o la imposición de sanciones a los integrantes de los poderes constitucionales aún cuando quieran fundarse en pretendidos poderes revolucionarios. Mediante esta ley se ejerce en la instancia legislativa un acto de contralor constitucional respecto de normas y actos de la especie señalada en el párrafo anterior, del poder de facto, que pueden y deben ser revisados por los poderes de «jure» y que alcanza inclusive a la declaración de invalidez constitucional actual de las actas institucionales dictadas por el gobierno anterior.”

Destacaba el constitucionalista que aquella norma había sido y probablemente sería cuestionada, “porque incorpora enfoques conflictivos e innovadores a la doctrina y jurisprudencia clásicas relativas a los gobiernos de facto.”²⁴⁹

La Argentina de la década del ochenta del siglo XX fue inusualmente rica en la discusión y renovación de nuestra tradición constitucional. Esto así porque con el restablecimiento de la democracia “se comenzaron a debatir cuestiones fundamentales que hacen a la vigencia del estado de derecho y a la protección de los derechos individuales. Esos debates se desarrollaron con relativa independencia en distintos ámbitos de la sociedad. De ninguna manera se puede afirmar que las decisiones tomadas respondieran a la voluntad o hegemonía de algún sector en particular.”²⁵⁰

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

5.1. 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, fue derrotado por Mitre²⁵¹ y obligado a renunciar el 5 de noviembre de 1861, asumiendo posteriormente el vicepresidente Pedernera, quien finalmente por decreto del 12 de diciembre de ese año declaró en receso el poder ejecutivo.

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

²⁴⁹ EKMEKDJIAN, M. A., *op. cit.*.

²⁵⁰ BOUZAT, GABRIEL, “¿La desaparición del derecho? El derecho y el poder,” *LL*, 1991-A, 1010.

²⁵¹ En cuanto a la semblanza de Mitre, se ha expresado que “[l]a juventud porteña seguía al brioso «coronel» (el grado juvenil persistía después del generalato grado) como no lo habían seguido a Moreno o Rivadavia, también los ídolos porteños. Su flacidez romántica trajeada de gabardina, melena y barba al viento, despertaban la devoción de los estudiantes de la Universidad, muchachones de casa de familia y dependientes de comercio de la calle Florida. Un prestigio puramente del centro, exclusivamente decente, que no trasponía la calle de las Artes y que no llegaba al matanzeros de los corrales o los quinteros de los orillas, y menos a los gauchos de la campaña.” (ROSA, JOSÉ MARIA, *Historia Argentina*, T. 6, “El cisma”, Buenos Aires, 1974, p. 315.)

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.”²⁵² El énfasis es propio.

5.2. 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 al gobierno usurpador de José Félix Uriburu a través de un acto de superintendencia, la *Acordada* —ya ni siquiera una sentencia— mediante la cual otorga un marco de *legalidad* al ejercicio del poder público de quienes habían arribado al gobierno por medio de la fuerza.

Es a partir de este hecho luctuoso de nuestra vida institucional, que “se iniciaría un segundo período de algo más de cincuenta años de enfrentamientos, anarquía y dictaduras, que, al igual que el que se dio después de la independencia, estuvo marcado por el desprecio absoluto a la legalidad y al estado de derecho.” Al igual que durante el primer medio siglo de vida independiente, “entre 1930 y 1983 se produjo una considerable contención del proceso de desarrollo económico y social alcanzado en los setenta años de institucionalización imperfecta, en contraste con países que gozaron de continuidad jurídica.”²⁵³

El año 1930, acordada mediante, entendemos que dio origen al proceso de *apoderamiento* del Poder judicial por parte del Poder Ejecutivo *de facto*, por vía de la cooptación violenta de sus miembros, mas no fuera por imperio de la *pseudo revolución triunfante que ostentaba el monopolio ilegítimo del uso de la fuerza*. Ello pese a la reciente opinión contraria de DI IORIO, para quien “en la época que se está considerando no se puede hablar de «apoderamiento» del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo, ya que la uniformidad social, política e ideológica del primero se había formado a la par de la evolución de las fuerzas sociales mayoritarias que detentaron el poder desde la época de la consolidación institucional del país, que en términos generales se mantuvo de manera constante y homogénea durante casi la mitad del siglo.”²⁵⁴ Fenómeno que el citado jurista sitúa como punto de partida en el juicio político a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1947.

²⁵² NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley*, 3ª ed., Buenos Aires, Ariel, 2005, p. 60.

²⁵³ NINO, *op. cit.*, p. 63.

²⁵⁴ DI IORIO, ALFREDO J., *Apuntes para el estudio del “apoderamiento” del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo*, SJA 5-VIII-2009.

5.3. El golpe del 4 de junio de 1943.

En 1943, con la insurrección militar del Grupo de Oficiales Unidos (GOU) del 4 de junio,²⁵⁵ 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*.²⁵⁶

5.4. Los actos derivados.

En 1868, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso recordado por GORDILLO, declaró que “cuando el gobierno legítimo no ha podido resistir la usurpación y los ciudadanos «quedan sometidos por consiguiente de hecho al poder de los enemigos,» no quedan vinculados al mismo tiempo por sus obligaciones frente al gobierno usurpado: o sea que los actos del usurpador tienen vigencia mientras el gobierno usurpante se mantiene en el poder; luego, el gobierno de jure no podrá más adelante considerarlos actos inexistentes.”²⁵⁷

Hacia 1933, la Corte opinó que “[e]l funcionario *de facto* tiene las mismas facultades y atribuciones que el legal, y sus actos, realizados dentro del alcance de la autoridad oficial asumida, en el interés público o de terceras personas y no para su propio uso, no son inconstitucionales, sino válidos y obligatorios como si fuesen de los funcionarios *de jure*, y así el impuesto creado o aumentado por el Gobierno *de facto* obliga al contribuyente y la ley posterior que lo consagró con efecto retroactivo, no son tampoco inconstitucionales, por lo que aquél debe ser pagado pero sin multas, pues la aplicación retroactiva de la ley de

²⁵⁵ 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. / GARCÍA BELSUNCE, CÉSAR A., *Historia política de la Argentina contemporánea 1880-1983*, Buenos Aires, Alianza Universidad, 1988, p. 131.)

²⁵⁶ 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.)

²⁵⁷ CSJN, “*El Fisco Nacional c. varios comerciantes de San Juan*,” *Fallos*, 5: 155 (1868); citado en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, cap. IX-5.

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.”²⁵⁸

Un año después, la Corte Suprema 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 a los 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 supuesto, al margen de las facultades de la justicia.²⁵⁹

En 1947, luego del cambio en la integración de la Corte Suprema a raíz del juicio político al que fueron sometidos sus miembros,²⁶⁰ 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.²⁶¹ Además establece que los decretos-leyes mantienen su vigencia, aun luego de asumido el nuevo gobierno *de jure*, si éste no los deroga expresamente.²⁶²

5.5. Los golpes de 1955 y 1966.

Los golpes 1955 y 1966 tendrían como aliciente su denominación de *revoluciones* (libertadora y argentina, respectivamente), 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;²⁶³ y en cada caso en particular, las instituciones fueron mantenidas con mayor o menor regularidad, buscando generar un clima de normalidad más no de normatividad.

Según PABLO A. RAMELLA, “[l]a insurrección tiene por finalidad derrocar a las autoridades en función de gobierno para establecer el orden jurídico establecido y, en ese sentido, puede decirse que es esencialmente *conservadora*. Los insurrectos reprochan al gobernante que no cumple con la Constitución y las leyes vigentes y se lanzan a las armas para que aquéllas sean respetadas. [...] La revolución, 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.”²⁶⁴

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

²⁵⁸ CSJN, “*Impuestos Internos c/ Malmonge Nebrera, Martiniano*”, *Fallos*, 169:309 (1933.)

²⁵⁹ CSJN, “*Avellaneda Huergo, Alfredo c/ Nación*”, *Fallos*, 172:344 (1934); criterio reiterado en “*Baeza González, Heriberto c/ Nación*”, *Fallos*, 210:1095 (1948.)

²⁶⁰ 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.

²⁶¹ CSJN, “*Arlandini, Enrique*”, *Fallos*, 208:184 (1947.)

²⁶² CSJN, “*Ziella, Egidio c/ Smiriglio Hnos.*”, *Fallos*, 209:25 (1947.)

²⁶³ <http://www.rae.es>.

²⁶⁴ RAMELLA, PABLO A., *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 18.

sino como el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión.²⁶⁵ Desde el plano jusfilosófico, COSSIO sintetizó la idea de *revolución* equiparándola a una cuestión fáctica: La ruptura lógica de sus antecedentes.²⁶⁶ En el caso, de la constitución (formal y material), sus procedimientos y el sistema jurídico en sí mismo. Las *revoluciones* son rupturas de la *consistencia axiológica*.²⁶⁷ En los golpes de estado sólo cambian los supremos repartidores del poder.²⁶⁸

Como otro contraste con los golpes del pasado, cabe destacar que “distintos sectores civiles participaron en el proceso que culminó en el desmoronamiento del gobierno electo. Algunos civiles participaron activamente en suministrar a los conspiradores militares ideas para reorganizar la estructura del gobierno o propuestas específicas de política interna y externa [...] Hubo aun otros, la gran mayoría, que desempeñaron un papel pasivo, observando con indiferencia el proceso, sin hacer nada para desalentarlo.”²⁶⁹

5.6. El golpe de 1962. La falacia formal de la ley de acefalía.

Aún cuando para la historia relatada en los libros de texto de la escuela secundaria, la renuncia del Dr. Arturo Frondizi y la posterior asunción del Dr. José María Guido se debieron a la *continuidad institucional* por supuesta aplicación de la Ley de Acefalía (N° 252),²⁷⁰ cierto es que tales hechos no fueron más que el triunfo de otro golpe militar al orden democrático.

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

²⁶⁵ SÁNCHEZ VIAMONTE, C., *op. cit.*, p. 170.

²⁶⁶ COSSIO, CARLOS, *El concepto puro de revolución*, Barcelona, Bosch, 1936.

²⁶⁷ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “El cambio de era histórica desde la teoría de las respuestas jurídicas,” *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Universidad Nacional de Rosario, 2000, vol. 24, p. 79.

²⁶⁸ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Comprensión trialista de la revolución*, Notas de la Cátedra I de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

²⁶⁹ POTASH, ROBERT, *El ejército y la política en la Argentina (1962-1973). Primera parte, 1962-1966*, Buenos Aires, Sudamericana, 1994, p. 229. Quien observa también el rol de la prensa en este proceso, por ejemplo, a través de publicaciones tales como *Confirmado y Primera Plana*.

²⁷⁰ La ley 252 (1868) disponía:

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

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

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

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

cuando se conocieron los primeros cómputos de las elecciones del 18 de marzo, había alcanzado por fin la culminación.”²⁷¹

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

Sin perjuicio de las condiciones de asunción del Dr. Guido —quiebre institucional mediante— una vez más, el poder de decidir si la Argentina sería gobernada por una Junta Militar o un Presidente civil estaba en las manos de la cabeza del Poder Judicial.²⁷²

El derrocamiento de Frondizi por fuerzas militares en 1962 —sin que hubiera vicepresidente en ejercicio, por la renuncia de Alejandro Gómez en 1958— dio paso a la asunción presidencial de quien entonces era presidente provisorio del Senado, José María Guido. Pero, aunque ese legislador estaba en la línea de sucesión legal, la causa de la acefalía era claramente inconstitucional.²⁷³ No obstante ello, la Corte Suprema sostuvo que no le incumbía pronunciarse acerca de las causas determinantes de la falta de Presidente y Vicepresidente de la Nación.²⁷⁴

5.7. Los decretos-leyes. Vigencia, validez y eficacia.

En 1973 la Procuración del Tesoro de la Nación dirigió una comunicación al entonces Presidente de la Nación, Héctor J. Cámpora, fechada en 13 de junio,²⁷⁵ en la cual sostuvo 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 “[s]in duda que el argumento de la necesidad resulta deficiente para dar fundamento válido a los decretos en la medida en que ella sólo puede legitimar un acto cuando el que se encuentra en situación de necesidad es ajeno a la producción de tal estado.”

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.

²⁷¹ POTASH, R., *op. cit.*, p. 21.

²⁷² POTASH, R., *ob. cit.*, p. 34 y ss.

²⁷³ Ver al respecto: GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2ª ed. amp. y act., Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 291/92 y 667; recordado en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Las emergencias institucionales y las reglas de la competencia democrática,” *LL*, 2003-C, 1128.

²⁷⁴ CSJN, “*Pitto, Luis María s/petición*,” *Fallos*, 252:177 (1962.)

²⁷⁵ *PTN, Dictámenes*, 125:370.

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

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

El Congreso Nacional, en cada oportunidad luego de retornada la regularidad institucional, ratificó los actos legislativos de los gobiernos de facto que lo precedieron, salvo en 1973 y en el período del proceso de reorganización nacional de 1976-1983. Entendemos que esta ratificación —innecesaria a partir de 1947 por el fallo “*Ziella c/ Smiriglio*”²⁷⁶— se hizo como una forma de demostrar el desacuerdo con tal jurisprudencia, reivindicando así para el Congreso, el monopolio de la función legislativa.

Todo acto dictado por alguien distinto a los órganos que la Constitución prevé o por un procedimiento distinto es nulo (artículo 27 del proyecto de Constitución de JUAN BAUTISTA ALBERDI); aún cuando dicho acto haya tenido eficacia —**no validez**— otorgada por la fuerza que dan las armas. No debemos confundir la eficacia (concepto *de facto*) con la validez (concepto *de jure*).²⁷⁷

5.9. El valor de las palabras.

Hacia fines del siglo XIX, “florecen los estudios de filosofía del lenguaje, que en realidad habrían de demostrar, con el tiempo, la falacia de una dogmática jurídica construida sobre palabras: una *contradictio in terminis*. No se puede hacer dogmática utilizando palabras, uno de los instrumentos menos precisos que emplea la humanidad.”²⁷⁸

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

El valor del discurso en todos los golpes de Estado, otorgado por la Corte Suprema en 1930 y 1943, ya no necesitó siquiera ser pronunciado posteriormente, tan sólo el silencio alcanzó para legitimar la ausencia de consenso de origen de los gobiernos usurpadores.²⁷⁹

²⁷⁶ CSJN, “*Ziella, Egidio c/ Smiriglio Hnos.*,” *Fallos*, 209:25 (1947.)

²⁷⁷ Ampliar en BONINA, NICOLÁS, “Lo que los jueces dicen que hacen y lo que efectivamente hacen. A modo de juego metodológico,” *LL*, 2005-B, 842.

²⁷⁸ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, FDA, 2000, cap. X-4, §5; disponible gratuitamente en <http://www.gordillo.com>.

²⁷⁹ El debate en estos casos es necesario, por sobre todas las cosas, por la ideología que subyace en el discurso y en las palabras (Ver: GORDILLO, AGUSTÍN / CAMPOLIETI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” *LL, Suplemento Administrativo* 2006 (octubre), p. 69; y, MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en

La coherencia y la lógica “del delirio paranoico coinciden aquí con la coherencia y la lógica del discurso mitológico. El análisis sociológico y la observación psiquiátrica tienden a confundirse. Y poco importa a la sazón a cuál de los dos modos de interpretación sería más particularmente conveniente adherir. Con respecto a la historia, ambos concuerdan en hacer cumplir al mito el papel de un revelador. Tal vez sea mediante el examen de esos sueños que una sociedad revela con mayor seguridad algunos de sus desórdenes y sus padecimientos.”²⁸⁰

El silencio, en el caso argentino, forma parte del mito, como aquiescencia a un fenómeno tristemente omnipresente.²⁸¹

6) LA DOCTRINA DE FACTO: GARANTÍA DE LA PSEUDOINSTITUCIONALIDAD

En este apartado intentaremos desmitificar la mal denominada *doctrina de facto*, por lo que teórica y fácticamente se trató: La *doctrina del gobierno usurpador*. CONSTANTINEAU ha expresado que “[l]a 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.”²⁸²

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

Merece el esfuerzo recordar que ningún golpe de Estado que se identifique institucionalmente con las Fuerzas Armadas está en condiciones de abroquelarse y convertirse legítimamente en otro régimen. Más aún será ilegítimo en la medida que se invoquen poderes revolucionarios y efectúen alteraciones imprevisibles en el contenido de la Constitución.²⁸³ Valga la aclaración para los casos de los golpes de Estado que se encargaron de desarrollar todo un sistema supraconstitucional, como aspecto inherente “al desarrollo dialéctico del proceso de supralegalidad. No ventila ya la admisión de un gobierno de facto en el campo de la legalidad anterior mediante el salvoconducto del reconocimiento de la Suprema Corte. Después de 1955 y mucho más acentuadamente desde 1966 y 1976 en vez de un gobierno de facto se despliega un sistema supralegal que dicta sus propios estatutos constitucionales y que obliga a los miembros del Poder Judicial obliga a los miembros de éste a jurar sobre las nuevas normas. Gracias a su apelación

LL, *Suplemento Administrativo* 2006 (diciembre), quien sintetiza la postura de ambos y en especial, la posición de GORDILLO.)

²⁸⁰ GIRARDET, R., *op. cit.*, p 55.

²⁸¹ El silencio también es una opción de acción (y no de reposo) en el campo jurídico. "Si el adversario nos sorprende mostrándose irritado ante un argumento, debemos utilizar dicho argumento con insistencia; no sólo porque constituye lo más indicado para irritarlo, sino porque es de suponer que se ha tocado la parte más débil de su razonamiento y porque si se sigue por ahí, habrá de obtenerse mucho más de lo que se muestra a simple vista" (SCHOPENHAUER, ARTHUR, "*El arte de tener razón [expuesto en 38 estrategias]*", Buenos Aires, Quadrata, 2005, p. 71 - estrategia 27.)

²⁸² CONSTANTINEAU, ALBERT, *Tratado de la doctrina de facto*, Tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 49.

²⁸³ SÁNCHEZ SORONDO, M., *op. cit.*

revolucionaria y a la invocación del poder constituyente el sistema supralegal de facto adquiere una estructura potestativa, montada para asegurar su continuidad.”²⁸⁴

6.1. *Fundamento inatinerente.*²⁸⁵

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

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

6.2. *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 el *common law*.

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.”²⁸⁶

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;

²⁸⁴ SÁNCHEZ SORONDO, M., *op. cit.*

²⁸⁵ Se analizarán aquí algunas de las particularidades de la *Acordada* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 10-9-30. Dejamos planteado el interrogante acerca del carácter de este administrativo de este acto de superintendencia y la existencia o no de vicios en su emisión. Téngase presente 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*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, cap. IX-42.)

²⁸⁶ CONSTANTINEAU, *op. cit.*, p. 9.

- 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.”²⁸⁷

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.”²⁸⁸

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.”²⁸⁹ 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.

6.3. La Acordada del 10 de septiembre de 1930.²⁹⁰

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 1943.²⁹¹

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 10.

²⁸⁸ *Ibidem*, pp. 42-43.

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 29-30.

²⁹⁰ Cfr. CAYUSO, SUSANA G. / GELLI, MARÍA ANGÉLICA / MILLER, JONATHAN M., *Constitución y poder político*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 827 y ss..

²⁹¹ Para profundizar sobre el caso argentino ver: CAYUSO, SUSANA G. / GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *La Acordada de la Corte Suprema de 1930. Legitimación del gobierno “de facto”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Rioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988; CIRI, RODOLFO LUIS, *1930, Proceso a la Corte Suprema*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1984; FINK, ANDRÉS, *Los gobiernos de facto ante el derecho y ante la circunstancia política*, Buenos Aires, Depalma, 1984; GONZÁLEZ ARZAC, FELIPE, *El derecho de autoridad y la legitimación de los gobiernos de facto*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1966, entre otros.

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 artículo 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 y 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, la adecuación de las instituciones a la realidad política no fue tarea sencilla y de alguna manera esta situación caracterizó el rol político del tribunal durante más de cincuenta años.

Desde el plano jusfilosófico los jueces habían superado el positivismo jurídico y se encargaron de diagramar una interpretación dinámica de la Constitución y las leyes. 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.

6.4. *La fuerza por sobre el derecho: ¿Sinceramiento de nuestras instituciones?*

El derrocamiento de Yrigoyen por el golpe militar del 6 de septiembre de 1930, planteó un hecho institucional inédito en la vida de la Corte Suprema. Hasta entonces, los intentos de sedición o rebelión se habían solucionado dentro del orden constitucional, sin afectar a los poderes políticos. Pero en este caso se depuso al presidente, se disolvió al Congreso y se intervinieron casi todas las provincias; tan sólo se respetó la estabilidad de los jueces de la Corte Suprema y con algunas excepciones la del resto Poder Judicial.

En la *Acordada* del año '30 los miembros del Máximo Tribunal aceptaron 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 ésta 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*, 148:303,²⁹² 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, como mínimo, inadecuadas para el caso.

En definitiva, la *Acordada* procuró legalizar 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.

6.5. *El acompañamiento judicial a la decadencia institucional.*

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 se hizo con efecto retroactivo, por lo que de esta manera la legislación del gobierno militar quedaba aprobada por el Congreso nacional, dando pie al desarrollo posterior doctrinario y jurisprudencial sobre la validez y eficacia de las normas dictadas luego de retornada la *normalidad* institucional.

La jurisprudencia de la Corte convalidó esta legislación *de facto*.

Un comerciante en tabacos, Martiniano Malmonge Nebreda,²⁹³ 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***. Se recordó aquí el caso de *Baldomero Martínez*, fallado en 1865²⁹⁴ (no mencionado en la *Acordada* de 1930) y se reiteró la cita de CONSTANTINEAU, con el agregado de la obra de HENRICH HERRFAHRDT, *Revolución y ciencia del derecho (investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su significación práctica para la teoría general del derecho)* —versión española de 1932.

Pero cuando la legislación de facto no era confirmada por el Congreso, su aplicación, una vez instalado el gobierno *de jure*, en 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.²⁹⁵

²⁹² CSJN, “*Cristóbal Moreno Postigo s/ remoción de tutela*”, *Fallos*, 148:303 (1927.)

²⁹³ CSJN, “*Impuestos Internos c/ Malmonge Nebrera, Martiniano*”, *Fallos*, 169:309 (1933.)

²⁹⁴ CSJN, *Fallos*, 2:127.

²⁹⁵ 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.)

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

El jefe militar del nuevo golpe fue el general de brigada Arturo Rawson, desplazado luego por un gobierno encabezado por el general de división Pedro P. Ramírez. Se volvió a comunicar a la Corte la formación del nuevo gobierno provisional y el 7 de junio se elaboró una Acordada que reprodujo los términos de la de 1930.²⁹⁶

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

Esta nueva versión del gobierno militar, se extendió por un período que duplicó el anterior gobierno de facto (tres años), dividió a sus dirigentes no sólo en temas de política interna, sino en criterios de política exterior, enfrentando a rupturistas y neutralistas, pues su gestión abarcó buena parte de la segunda guerra mundial. Las tensiones se advirtieron ya en su inicio, con la separación del general Rawson y su reemplazo por Ramírez y alcanzó el más alto enfrentamiento durante los meses de septiembre y octubre de 1945, momento en que sectores opositores al gobierno militar reclamaron la entrega del poder a la Corte Suprema.

El 2 de abril de ese año, el Máximo Tribunal dictó un fallo y dos acordadas que pretendieron oponer una valla a los intentos legislativos del gobierno de facto.²⁹⁷

²⁹⁶ CSJN, *Fallos*, 196:5 (1943.)

²⁹⁷ CSJN, *Fallos*, 201:249 (1944.) 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. 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. La Constitución estaba vigente y así lo había declarado el ejecutivo militar *usurpador*. También, supuestamente, se había respetado al Poder Judicial que mantenía facultades para definir estas cuestiones. Si bien se reconocían al gobierno de hecho los poderes otorgados por la Constitución al Ejecutivo, éste no podía ejercer funciones judiciales. En cambio era compleja la cuestión del ejercicio de facultades legislativas; pero la necesidad de los hechos hacía ineludible su ejercicio, aunque limitadas para mantener el funcionamiento del Estado y para cumplir los fines de la revolución, pues reconocer a un hombre o a un grupo amplias facultades legislativas sería incompatible con la vigencia de la Constitución. Vuelto el país a la normalidad, las disposiciones de hecho dejaban de regir para el futuro, salvo que fueran ratificadas por el Congreso y en este caso su vigencia se retrotraía a los hechos cumplidos.

Concluyó la mayoría que el Ejecutivo podía dictar el decreto cuya inconstitucionalidad se encontraba planteada —decreto-ley 17290/44— pues su finalidad estaba dentro de la posibilidad de hacer uso del Poder Legislativo; pero encontraban inconstitucional la exclusión de la prueba pericial por afectar el derecho de defensa. En esta sentencia quedarán definidas tres tendencias dentro de la Corte: (a) la que intenta adecuar las facultades legislativas del gobierno de facto señalando sus límites; (b) la que las reconoce exclusivamente a los fines del movimiento / revolución / proceso, y (c) la que las concede ampliamente sin perjuicio del control de constitucionalidad.

Las particularidades de cada período de normalización institucional abonaron el desarrollo de cada una de estas variables, siendo función del Congreso nacional la definición de los alcances, vigencia y validez de las normas *de facto*.²⁹⁸

Las distintas posturas normativas, teóricas y jurisprudenciales han sido resumidas y explicadas, entre otros, por CARLOS NINO,²⁹⁹ indicando cinco posibles estrategias respecto del tratamiento que corresponde darle a las normas *de facto*, restablecido ya el régimen *de jure*:

- (a) validez plena, como si hubieran sido dictadas por los órganos constitucionales a quienes les corresponde la regulación de la materia que se trate;
- (b) validez plena, pero excluyendo de ella a las normas penales;
- (c) invalidez de las normas *de facto*, pero acepta su vigencia como simples decretos del Poder Ejecutivo;
- (d) derogación de las leyes no ratificadas expresamente por el Congreso, o convalidación de las no expresamente derogadas (caducidad no automática), sin que los jueces puedan decidir sobre la validez o invalidez de las normas *de facto*; y
- (e) invalidez absoluta (caducidad automática) de todas las normas *de facto*, quedando autorizados los jueces a desconocer esas normas en sus decisiones.

Una problemática similar puede considerarse desde el punto de vista de la validez de los actos jurisdiccionales de jueces designados por gobiernos *usurpadores* durante períodos de quiebre institucional, en particular en el período 1976-1983. Esta cuestión ha sido resuelta por la Corte Suprema, recordando en fecha reciente que “elementales razones de seguridad y continuidad jurídica, la implícita ratificación dada por las autoridades constitucionales a los actos de los jueces que se desempeñaron entre 1976 y 1983 y la preservación de la regularidad de la transición al normal funcionamiento de las instituciones republicanas,” conducen al rechazo de planteos de ilegitimidad de tales actos.³⁰⁰

²⁹⁸ Para profundizar sobre el tema ver: BRAVO LIRA, BERNARDINO, *La ley extraparlamentaria en Argentina 1930-1983; leyes y decretos-leyes*, LL, 1990-C, 1193; y sus citas. También lo es en materia de control de los actos ejecutados en materia presupuestaria ejecutados en épocas de gobiernos *usurpadores* (cfr. ROSATTI, HORACIO DANIEL, *El control de la hacienda pública por los tribunales de cuentas durante los gobiernos “de facto”*, El Derecho, 29-XII-82, p. 1 y ss.)

A sólo título enunciativo, en cuanto al ámbito de vigencia y eficacia de las *pseudo leyes de facto*, es útil recordar que en 1958, por ley 14.467 se dispuso que: “Declárase que continúan en vigencia los decretos-leyes dictados por el gobierno provisional entre el 23 de setiembre de 1955 y el 30 de abril de 1958, que no hayan sido derogados por el Honorable Congreso de la Nación.”

Asimismo, en 1964, la ley 16.478 estableció que: “Continúan en vigor los decretos dictados con fuerza de ley por el gobierno de facto entre el 29 de marzo de 1962 y el 12 de octubre de 1963, que no hubieren sido expresamente derogados, o declarados sin efecto, o suspendidos en su vigencia. Los suspendidos continuarán en esa condición mientras no medie pronunciamiento posterior acerca de los mismos.”

²⁹⁹ NINO, CARLOS, *Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas “de facto”*, LL, 1983-D, 935.

³⁰⁰ CSJN, *González Bellini, Guido Vicente c/ Río Negro, provincia*, cons. 2º, *Fallos*, 332:552, con cita de *Fallos*, 311:175; 312:2352; 316:2325 (2009.) Similares argumentos utilizados por el Máximo Tribunal recién retornada la democracia en la Argentina, donde sostuvo que la restitución del orden constitucional en el país requiere que los poderes del Estado nacional o los de las Provincias, en su caso, ratifiquen o desechen explícita o implícitamente los actos del gobierno de facto, inclusive los de remoción de magistrados integrantes del Poder Judicial, debiéndose priorizar “elementales consideraciones de seguridad jurídica” y “la regularidad de la transición al normal funcionamiento de las instituciones republicanas, tras la más profunda

6.6. Las normas de facto.

No podemos soslayar, cualquiera sea la opinión doctrinaria que se siga, el problema que se ha presentado con las normas emanadas de los gobiernos usurpadores ante el restablecimiento de la vigencia de la Constitución nacional, más allá de la denominación que se les ha atribuido.

Podrán llamarse *leyes* o *decretos-leyes*, pero no son más que meros ejemplos de definiciones *persuasivas*, como técnicas irracionales de convencimiento³⁰¹ del colectivo social, al amparo de juristas que las han sostenido como tales. Esto, porque “la supralegalidad de facto es un régimen híbrido, maltratado por su incoherencia interna cuyo andamiaje no encuentra un punto cierto de equilibrio. Como en la realidad no está concebida para el orden civil, no responde a ninguna forma conocida de gobierno porque no ha previsto canales de comunicación y mucho menos de participación representativa. No hay más ciudadanos sino sólo habitantes. Paradójicamente, es una estructura apolítica que ubica a la cúpula militar en la cumbre de la organización del poder. Vaciado de toda conexión con lo político y de toda relación espontánea con el universo de la ciudadanía el gobierno se torna puro mando. El orden no proviene del consenso de los ciudadanos, que no existe sino de la obediencia pasiva de los habitantes. El orden externo que así se logra registra simplemente la oquedad política del Estado militar. Sin representación, sin consenso, sin forma política, la supralegalidad de facto traduce tan sólo la organización del mando que desplaza las instituciones y ocupa funciones de gobierno. Ha desaparecido la legalidad y la legitimidad se ha vuelto inaccesible.”³⁰²

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

Es llamativo el modo en que hemos habilitado, para los procesos usurpadores de los años 1930-1932, 1943-1946, 1955-1958 y 1962-1963, a los actos materialmente legislativos para que sean calificados como *decretos leyes* y, luego, por el juego de ficciones y de instrumentos supraconstitucionales, hemos logrado que los mismos actos hayan sido denominados sin prurito alguno como *leyes*. Así, se oculta el verdadero origen ilegítimo de los mismos bajo un manto discursivo-ideológico que los equipara a las leyes formales. Luego, el vicio originario ya no existe.³⁰³

crisis institucional sufrida por el país, regularidad por la cual [esa] Corte debe velar” (CSJN, *Aramayo, Domingo R., Fallos*, 306:72, -1984-).

³⁰¹ NINO, C., *Una nueva estrategia...*, cit., con mención a STEVENSON, CH., *Ethics in Language*, New Haven, 1973, pp. 206 y ss.

³⁰² SÁNCHEZ SORONDO, M., *op. cit.*

³⁰³ Tal como ha afirmado GORDILLO, nos preguntamos “si es que es posible corregir, en el lenguaje de los abogados, algunos resabios autoritarios de los gobiernos de facto: la entonces terminología oficial de llamar «Ley» a lo que no eran sino decretos-leyes. Restaurada la democracia y condenada por el art. 36 de la Constitución la teoría de los gobiernos de facto, no es jurídica ni políticamente admisible seguir llamando «leyes» a lo que de ello tuvo solamente el nombre oficial. Es imprescindible pues, ya que de Derecho hablamos, denominar correctamente como decreto-ley a las así llamadas leyes emitidas en los períodos 1966-1973 y 1976-1983. Como se advierte, es mucho lo que resta por hacer para llegar a un derecho administrativo constitucional, liberal, democrático. La idea de fuerza y autoridad sin límite permea todas sus capas lingüísticas, todos sus estratos conceptuales.” (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, “Parte general,” 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. I-13, §5.2.)

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

- Hemos tenido poco más de 29 años de democracia;
- Se dictaron 9396 normas *de facto* (leyes materiales emanadas del Poder Ejecutivo *usurpado*), y
- Se sancionaron 6049 leyes por el Congreso de la Nación.³⁰⁴

Todavía en el discurso jurídico (la fuerza de la palabra oral y escrita) existen resabios de las palabras de la fuerza; es imposible ver el grado de influencia e inserción del peso relativo de las normas dictadas en períodos de quiebre institucional.

7) EL DISCURSO META-JURÍDICO

Se ha reconocido que “la utilización de argumentos que ocultan el debate valorativo ha obstaculizado y retrasado los cambios en los arreglos institucionales y sociales que, muchas veces, son considerados inconvenientes o injustos. En otras palabras, el discurso formalista, el argumento de que la defensa de la seguridad jurídica vale más que discutir la justicia de las posturas, es un instrumento disuasivo de la crítica, que ayuda a congelar el status quo. Por ese motivo, una visión crítica del derecho tiene como finalidad lograr un debate más transparente, y seguramente más radical y controversial sobre los conflictos morales subyacentes.”³⁰⁵

A través de la experiencia argentina con la doctrina de los gobiernos de facto, podemos advertir cómo, el discurso jurídico creado por los propios gobiernos militares, por juristas, jueces, etc., conllevó a justificar míticamente una nueva estructura de poder subordinante en cabeza de las fuerzas militares y, el aparato ideológico formado por sentencias, artículos de doctrina, leyes, normas, medios de comunicación, etc., logró disuadir en el ciudadano común y en términos generales, la crítica al nuevo régimen.

Ello, aún cuando podamos aceptar el argumento formal expuesto por CAMPOLIETTI, en cuanto a que el Decreto N° 976/73 dispuso que “los actos del Poder Ejecutivo sancionados con carácter de leyes desde el 28 de junio de 1966 hasta el 25 de mayo de 1973 serían denominados decretos-leyes, añadiéndoles el año en que fueron dictados a la numeración asignada a cada uno de ellos. Posteriormente fue emitido el Decreto N° 1319/76 que derogó la norma precedentemente referida y estableció que «los actos legislativos sancionados por el Poder Ejecutivo Nacional desde el 28 de junio de 1966 hasta el 25 de mayo de 1973 bajo los números 16.892 al 20.507, quedarán registrados y se citarán como leyes.» En los considerandos de la norma aludida se aclara que resultaba oportuno en ese momento uniformar el modo de citar, ya que esos actos eran citados bajo la denominación de decretos-leyes y también de leyes.” Desde el plano meramente formal tampoco nos satisface la explicación de que retomada la normalidad institucional luego de 1983, fue el Máximo Tribunal quien denominó y aceptó dentro de la categoría de *leyes*, a las normas *de facto*. (GORDILLO, AGUSTÍN / CAMPOLIETTI, FEDERICO, *¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional*, LL, 2006-F, 892.) Aunque, revirtiendo tal situación, la Corte Suprema en una sentencia de fecha 15 de diciembre de 2009, ha aludido en forma expresa a la ley 19.549 como decreto-ley 19.549/72, cuestión que no es menor, cuando al valor de las palabras nos referimos; ver CSJN, “*Micheli, Julieta Ethel c/ EN - MI Justicia y DD.HH. - Resol 313/00 - s/ empleo público*”, Fallos, 332:2741 (2009.)

³⁰⁴ Cfr. BRAVO LIRA, BERNARDINO, *op. cit.*

³⁰⁵ MILJIKER, M.E., *op. cit.*

Desde el punto de vista del ciudadano común las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tienen una importancia y una carga emotiva en sus palabras de autoridad o en la autoridad de sus palabras.³⁰⁶ Quién sino el Máximo Tribunal de la Nación como medio idóneo para garantizar la aceptación social de un gobierno que se autoproclamó revolución triunfante, con el único poder que le da el monopolio de la fuerza.

La función discursivo-ideológica del derecho como técnica de gestión la podemos encontrar en:

(a) la elección de palabras, como por ejemplo, “zona de **reserva** de la administración”, “hecho del **príncipe**”, “carácter **revisor** de la jurisdicción contencioso-administrativa”, “**doctrina de facto**”, etc. La elección de determinados términos actúa directamente sobre nuestra psiquis, sobre nuestro inconsciente de manera peculiar y poderosa;

(b) la tergiversación de determinados términos, como por ejemplo, llamar leyes a los decretos leyes. O denominar a la administración con mayúsculas, como si fuese un nombre propio de una entelequia superior;

(c) la ambigüedad misma de las palabras, frases y del tecnicismo jurídico, donde muchos términos terminan quedando en una zona de penumbra cuyo significado no es sencillo de consensuar;³⁰⁷

(d) las normas, leyes, decretos, sentencias, actos administrativos, etc. Cada uno de estos actos estatales contiene un componente ideológico que nos acostumbra a creer que el régimen en el que vivimos es el mejor o el único posible. Y nos conmina inconscientemente a no cuestionarlo, a no criticarlo. Tan disuadidos estamos, que siquiera cuestionamos si la democracia es el mejor régimen para vivir o si es el mejor régimen para el sistema económico capitalista. Tampoco logramos discernir si la ideología del Estado-nación es la que mejor se adecua a nuestra realidad o si tan sólo es la que mejor sirve para el sistema capitalista. Más seductora todavía resulta la ideología de los derechos humanos, aunque ello lleve a no cuestionarnos cuándo se aplican, quiénes los aplican, cómo, ante quién, etc.; y

³⁰⁶ En el voto en disidencia, del presidente de la Corte, Dr. Roberto Repetto, en el caso “*Municipalidad c/ Mayer*”, *Fallos*, 201:249 (1944), se expresó que: “La definición o enunciación de las facultades de los poderes del gobierno y su estricta observancia, sobre todo en presencia de un movimiento revolucionario, tiene más trascendencia para la suerte de las instituciones democráticas que los posibles males transitorios derivados de aceptar la conclusión de que el gobierno de hecho carece de facultades legislativas para reformar o sancionar los códigos generales o las normas de derecho público consignadas en leyes básicas [...] el gobierno de hecho no puede tener más facultades que el gobierno de derecho límite éste sellado con la fuerza de un juramento.”

³⁰⁷ La ambigüedad del tecnicismo jurídico no es patrimonio únicamente del derecho. El campo científico es un microcosmos social parcialmente autónomo con relación a las necesidades del macrocosmos en el cual está englobado. Es, en un sentido, un mundo social *como los otros* que conoce relaciones de fuerza y luchas de intereses, coaliciones y monopolios. Las ciencias sociales se encuentran en una tensión entre la lógica del campo político (que depende de la fuerza de los grupos de poder) y la lógica del campo científico (que no reconoce sino la fuerza intrínseca de la idea “verdadera”). Las ideas-fuerza pueden imponerse porque tienen para ellas la fuerza de un grupo dominante y porque no son ni verdaderas ni incluso probables, sino plausibles, adecuadas para recibir la aprobación y el aplauso de la mayoría (BOURDIEU, PIERRE (trad. ALICIA B. GUTIÉRREZ, *Intelectuales, política y poder*, 1ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, EUDEBA, 2006, pp.112-114.)

(e) los medios de comunicación, en el discurso de los operadores políticos y jurídicos, en los centros de educación, etc.

El componente discursivo-ideológico de todo el fenómeno jurídico tiende a preservar las estructuras e interacciones de poder, tiende a la inmutabilidad de las mismas y a disuadir la crítica al régimen, al sistema. La ideología nace en la propia superestructura de una comunidad dada y luego se amalgama, difuminándose hasta el punto de no poder reconocer sus contornos, sus límites.

En el análisis marxista tradicional, la ideología es presentada como un elemento negativo a través de una relación perturbada, oscura, velada del sujeto con la verdad, “por las condiciones de existencia, por relaciones sociales o formas del conocimiento. La ideología es la marca, el estigma de estas relaciones políticas o económicas de existencia aplicada a un sujeto de conocimiento que, por derecho, debería estar abierto a la verdad.”³⁰⁸

Para romper con esta ideología es necesario reconocer “la existencia de un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima, cuyo monopolio corresponde al Estado, que puede recurrir también al ejercicio de la fuerza física. Las prácticas y los discursos jurídicos, son, en efecto, el producto del funcionamiento de un campo cuya lógica específica está doblemente determinada: en primer lugar, por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas o, con mayor precisión, los conflictos de competencia que se dan en él; en segundo lugar, por la lógica interna de las acciones jurídicas que limitan en cada momento el espacio de lo posible y con ello el universo de soluciones propiamente jurídicas.”³⁰⁹

Por oposición al mito, producto colectivo y colectivamente apropiado, las ideologías sirven a los intereses particulares que ellas tienden a presentar como intereses universales, comunes al grupo en su conjunto. La cultura dominante contribuye a la integración real de la misma clase dominante; a la integración ficticia de la sociedad y de la falsa conciencia de los dominados; a la legitimación del orden establecido a través de jerarquías.³¹⁰

Como ha señalado BARTHES, “La «inocencia» moderna habla del poder como si fuera uno: de un lado los que lo poseen, del otro los que no lo tienen, habíamos creído que el poder era un objeto ejemplarmente político, y ahora creemos que es también ideológico, que se infiltra hasta allí donde no se lo percibe a primera vista –en las instituciones, en las enseñanzas–, pero que en suma es siempre uno. Pero ¿y si el poder fuera plural, como los demonios? «Mi nombre es Legión», podría decir: por doquier y en todos los rincones, jefes, aparatos, masivos o minúsculos, grupos de opresión o de presión; por doquier voces «autorizadas» que se autorizan para hacer escuchar el discurso de todo poder: el discurso de la arrogancia. Adivinamos entonces que el poder está presente en los más finos mecanismos de intercambio social: no sólo en el Estado, las clases, los grupos, sino también en las modas, las opiniones corrientes, los espectáculos, los juegos, los deportes,

³⁰⁸ FOUCAULT, M., *La verdad...*, *op. cit.*, p. 32.

³⁰⁹ BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico,” en BOURDIEU, PIERRE / TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, pp. 158-159.

³¹⁰ BOURDIEU, P., *Intelectuales...*, *op. cit.*, p. 68.

las informaciones, las relaciones familiares y privadas, y hasta en los accesos libertadores que tratan de impugnarlo.”³¹¹

Aún este trabajo es ejercicio de una tipología de poder determinada.³¹² El poder se dispersa en el lenguaje, en la palabra escrita, en los medios masivos, en las modas, en las marcas, etc. Como reza la cita: *la gran virtud del diablo es habernos hecho creer que no existe.*

En todo análisis jurídico, no podemos entonces omitir discernir cuáles son los componentes míticos y los componentes discursivo-ideológicos de determinada teoría, instituto, doctrina, principio, regla, fallo, norma, etc. Y, luego, deberíamos indagar a quién favorece tal discurso, tal ideología, tal mito. Si uno logra identificar estos extremos, logrará comprender lo que realmente está sucediendo o, por lo menos, hacerse de una imagen bastante más completa.

Hoy en día, el derecho administrativo presenta un manto ideológico que hace hincapié en los derechos humanos, en los derechos colectivos y en las garantías de los administrados, pero en el fondo de tal manto discursivo, el derecho administrativo actual sigue siendo el derecho del gobernante, del administrador, del monarca.³¹³

Como todo sistema de prescripciones y reglas, el derecho posee una estructura con propias necesidades internas. Esa estructura es la que deja abierta la posibilidad de que el derecho se trate de un mero artilugio cuya única función sea mecanizar y automatizar el comportamiento humano; la aparente racionalidad (verdadero manto) del sistema jurídico se opone a la libertad y a la espontaneidad en contra del propio sistema. Es aquí cuando el derecho deja, pues, de cumplir su función más importante en torno a la realización del hombre en sociedad.³¹⁴

En los Estados latinoamericanos, donde históricamente el presidencialismo pasa casi por una necesidad psicológica de las comunidades,³¹⁵ esta situación se agrava aún más.

³¹¹ BARTHES, ROLAND, *El placer del texto y lección inaugural*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 94.

³¹² En un claro sentido foucaultiano.

³¹³ Debiéramos cuestionarnos sino estamos entonces ante un derecho administrativo hipócrita. Probablemente, “la existencia y la estabilidad de la democracia puede soportar y hasta requerir que una parte de la ciudadanía proclame la adhesión a los valores democráticos, aunque esta proclamación sea puramente retórica, es decir, que se actúe *como* si adhiriésemos a los valores proclamados. La adhesión retórica a valores no sustentados intimamente es lo que llamamos hipocresía. El hipócrita no asume un punto de vista interno frente al sistema pero tampoco lo ataca en los hechos ni verbalmente” (RAY, JOSÉ DOMINGO, “Simpatía, hipocresía y Estado de Derecho. Algunas consideraciones acerca de la relación entre moral y derecho,” *Academia Nacional de Derecho*, 1999, 59.) Sobre un análisis de la realidad de nuestra práctica y del derecho administrativo como técnica ver: BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, “La senda del derecho administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” en *La Ley - Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario*, 2010 (agosto), p. 40 y ss.

³¹⁴ Cfr. FERRATER MORA, JOSÉ, *Indagaciones sobre el lenguaje*, Madrid, Alianza, 1970, p. 122 y ss.

³¹⁵ Necesidad psicológica plasmada en los orígenes de nuestro constitucionalismo modelo, al decir JUAN B. ALBERDI, que “Se atribuye a Bolívar este dicho profundo y espiritual: «Los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes». Chile ha resuelto el problema sin dinastías y sin dictadura militar, por medio de una Constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma: ley que anuda a la tradición de la vida pasada la cadena de la vida moderna. La república no puede tener otra forma cuando sucede inmediatamente a la monarquía; es preciso que el nuevo régimen contenga algo del antiguo” (*Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*, Rosario, Ulrica, 2004, p. 50.)

Las conceptualizaciones, teorías y justificaciones parten siempre de la *autoridad*. El manto ideológico oculta esta realidad. Y oculta las diversas interacciones entre el poder político y el económico así como las verdaderas estructuras subordinantes que imperan.

De nada sirve el derecho del administrado a ser oído y producir prueba si la administración puede rechazarlo.

De nada sirve el agotamiento de la vía administrativa si la administración sólo la utilizará para obtener más información, más tiempo y para mejorar su defensa conociendo la estrategia del administrado.

De nada sirve que los plazos administrativos sean obligatorios y no perentorios, cuando en la realidad la administración es la que decidirá si le da curso a las presentaciones extemporáneas o no.

De nada sirve postular que la administración persigue la verdad material y el interés público cuando ello no es así.³¹⁶ Se advierte, pues, que el discurso, en la teoría, resulta interesante, pero lo que esconde en realidad es un conjunto de recursos a favor del poder político y del mantenimiento de determinadas estructuras subordinantes.

³¹⁶ Al respecto ver: ALETTI, DANIELA / BONINA, NICOLÁS, “La verdad material: ¿mito o realidad?,” *LL*, 2006-D, 1043.

CAPÍTULO V

LA RAÍZ PSÍQUICA DE LAS COSMOVISIONES. SEPARATIVIDAD Y DERECHO

1) INDIVIDUACIÓN Y SEPARATIVIDAD

Desde el preciso momento en que nacemos, iniciamos nuestra individuación. Comenzamos a experimentar la *separatividad*. Durante la gestación, el feto se encuentra completamente unido a su madre y sólo experimenta el mundo a través de ella. Luego del nacimiento, su experiencia del mundo se da como una extensión suya. A medida que el infante crece, comienza a afirmar su propio “yo”, motivo por el cual se *separa* del mundo al que se encontraba unido como un todo. A partir de ese momento, el mundo será calificado como “exterior” en oposición al “yo”. A medida que el “yo” se fortalece y afirma, el individuo se encuentra cada vez más lejano, más extraño, más ajeno a ese mundo exterior al que antes pertenecía. Esto, a su vez, ocasiona sentimientos de miedo, soledad y angustia en ese individuo que ahora se encuentra librado a su propia suerte en un mundo que aunque manipula cada vez más, entiende cada vez menos. Ese “mundo exterior” lo amenaza porque resulta inteligible, porque resulta extraño y lejano al individuo.³¹⁷

Permítasenos explayarnos sobre el punto.

El ser humano, al nacer concibe al mundo que lo rodea (la realidad) como una continuación de sí mismo. El infante no logra separar ni diferenciar su propia existencia – su propio yo – de todo aquello que lo rodea. PIAGET explica detalladamente este proceso en el cual la realidad se presenta como continuación de la acción del infante y cuando los estímulos externos quedan fuera del cuadro de percepción del niño, éste no busca la continuidad de aquéllos, ya que para él han dejado de “existir”.

La realidad entonces parte del infante mismo. Son cuadros que aparecen y desaparecen de manera arbitraria, pero para el niño constituyen continuaciones o extensiones de sí mismo. Ello sucede porque el infante todavía no ha incorporado las nociones de substancia, objeto, causalidad, tiempo y espacio. Para el niño la madre es parte de él, así como los objetos que se le presentan y la realidad exterior. No existe todavía una diferenciación entre el yo y el mundo externo. Es decir, el niño todavía no es un individuo porque no tiene noción de su propio yo y ello debido a la falta de separación de éste con el mundo externo. Esta realidad indivisa, por así llamarla, genera en el infante un sentimiento de seguridad y certeza, a la vez que coarta su propia libertad y desarrollo individual. Conforme lo explica ERICH FROMM, la individuación es el proceso mediante el cual el niño procede a desarrollar su propio “yo” convirtiéndose así en individuo, al diferenciarse del mundo que lo rodea,

³¹⁷ Tomamos como punto de partida, las conclusiones y teorías desarrolladas por FROMM, ERICH, *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1973 y PIAGET, JEAN, *La construcción de lo real en el niño*, México DF, Grijalbo, 1998. Las indicaciones y referencias que se efectúan respecto de estos autores y sus teorías pueden encontrarse en las obras aquí citadas.

comienza a comprenderlo como extraño a él, una realidad externa. Sin embargo, a medida la persona desarrolla su propia individualidad, libertad y fuerza mediante este proceso, también desarrolla un sentimiento de separatividad,³¹⁸ de soledad, cuyas lógicas consecuencias son el miedo, la angustia existencial y la sensación de inseguridad. El proceso de individuación puede terminar en una libertad negativa –en la cual no se pudo superar esta separatividad y sólo se la evade, incrementando la angustia existencial y el miedo– ó en una libertad positiva –mediante la realización del individuo–.

Nuevamente, piénsese en los nueve meses de gestación del feto. En todo ese tiempo aquél –que conforme a la biología sabemos posee todas las características propias del hombre pero en potencia– es parte de la madre, no existe diferencia entre ellos. La seguridad y protección que *experimenta* el bebé en esa etapa primigenia se van deshaciendo lentamente a medida que crece y se “separa” del mundo.³¹⁹ La evolución propia y la necesidad de supervivencia en el mundo enseña al niño que es un individuo, pero a su vez esta diferenciación de los demás genera en él un sentimiento de soledad que se transforma en miedo e inseguridad. Este miedo e inseguridad acompañan al niño en su adultez, sólo que adoptando diversas formas más avanzadas. FROMM no sólo explica este proceso en el hombre en particular, sino que lo traslada al campo de la psicología social concluyendo que las sociedades también tienen su propio proceso de individuación. Analiza de esta forma la situación psicológica del hombre en la Edad Media, su paso por el Renacimiento y la Reforma, hasta llegar al Capitalismo. En esta obra –que no tiene una página de desperdicio– señala FROMM que el capitalismo ha acentuado este sentimiento de miedo e inseguridad oponiéndose a la forma de vida de la Edad Media. La casta, los distintos gremios de oficios, la casi inexistente movilidad de los hombres de un lugar a otro, otorgaban al hombre de la Edad Media una cierta seguridad, porque todavía se sentía parte de un todo, de su grupo social. Se puede trazar un paralelismo entre el hombre de la Edad Media y el hombre arcaico descrito por JUNG³²⁰, aunque con rasgos más enfatizados en este último, ya que se siente parte integrante de toda la naturaleza, no siendo el animal que la domina, sino uno de los integrantes de la misma. El capitalismo, con su seducción libertadora, de emprendedores, mercado y capital, acrecienta el sentimiento de soledad en el hombre, ese “vacío y angustia existenciales”, ese “valerse por sus propios medios”.

Así se entiende claramente que ni el hombre moderno en cuanto sociedad, ni el de la Edad Media como tampoco el primitivo alcanzaron un proceso de individuación que tienda a una libertad positiva. El hombre arcaico todavía sentía miedo e inseguridad, pero no por sentirse solo, sino por el escaso o prácticamente nulo desarrollo de su propio yo. Al ser una parte inferior de la naturaleza de la que no se distinguía, era presa fácil de las causas desconocidas, de la casualidad, de la arbitrariedad de la misma.

³¹⁸ El término “separatividad” no es utilizado por FROMM, lo hemos tomado de ciertas corrientes filosóficas orientales. Sin embargo, aquí lo utilizamos en un sentido más amplio, como sentimiento pero especialmente, como estado psíquico del hombre, que se reconoce como tal, como un “yo” pero a la vez se advierte insignificante, huérfano, desprotegido, solitario, extraño y fugaz ante el mundo exterior inmenso, eterno, ininteligible, inabarcable. Consecuencia de la separatividad es la sensación de dualidad, el sentimiento de soledad, miedo, inseguridad, la angustia existencial, etc.

³¹⁹ El niño comienza su existencia en comunión con el mundo, a través de su madre en la etapa de gestación, para ir perdiéndola de a poco, a medida que crece y se desarrolla.

³²⁰ JUNG, CARL GUSTAV, “El hombre arcaico”, extracto de *Il problema dell'inconscio nella psicologia moderna*, Torino, Einaudi, 1942, pp. 165-192, compilado en DE MARTINO, ERNESTO, *Magia y civilización*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, pp. 115-116.

El hombre moderno transforma ese miedo, basado ahora en la soledad e inseguridad crecientes que siente por haber alcanzado una libertad incompleta. Este hombre se sabe solo, se sabe diferente. Ya no tiene o cada vez tiene menos –en este proceso histórico– la seguridad de ser parte de un todo –de una casta, de un gremio–, porque ahora se sabe y se entiende distinto a ese todo que antes lo protegía, lanzado al mundo externo a su propia suerte por sus propios y únicos medios.

En ambos casos, se trata del mismo miedo pero en distintas fases de un proceso de individuación (particular y social) incompleto. Claro que el miedo del hombre moderno – que cree que puede dominar la realidad y someterla a un orden por él creado– se basa en las causas desconocidas de esa naturaleza extraña a él, distinta de él.

Se percibe así la utilización del mismo mecanismo arcaico de conducta tanto del primitivo como del hombre moderno. En las tres formas de comprensión del mundo (animismo, religión y ciencia) se pone la fe en una o varias entelequias –estructuras, instituciones– que trascienden al hombre. Se pone la fe en deidades que traerán el orden al universo, mediante su culto. Porque el capital, el mercado, la fama, la lógica, etc., no son otra cosa que deidades paganas, en este sentido.

Consecuencia de esto es que en algún momento de la historia el hombre haya creído y fundado filosófica y científicamente que el mundo podía reducirse a lógica, geometría y matemáticas. Este es el intento que han llevado adelante GALILEO, NEWTON, DESCARTES y aquellos que le siguieron. Hasta podemos encontrar una *Ética demostrada según el orden geométrico*, de BARUJ DE SPINOZA. Todo el desarrollo científico y filosófico a partir de estos pensadores se basa en reducir el mundo a geometría y términos lógico-matemáticos. Nadie pone en duda el aporte al avance científico generado por esta filosofía, pero tampoco podemos perder la oportunidad de mencionar las causas psicológicas que llevaron a que tales ideas irrumpieran con tanta fuerza y dominaran el pensamiento durante tantos siglos en busca de un ideal de seguridad y certeza. La geometría, la matemática, la lógica, son consideradas ciencias objetivas debido a la supuesta “objetividad” y abstracción de sus postulados. Esta necesidad inconsciente de seguridad y certeza ha llevado al hombre a intentar explicar un mundo complejo de manera abstracta y matemática.

La ciencia (o lo que se entiende por tal) se localiza siempre en un campo determinado del saber y desempeña en él un papel que varía según las diferentes formaciones discursivas y que se modifica y amolda con sus mutaciones. La ideología impregna la ciencia. Ocuparse de cómo funciona la ideología en la ciencia para hacerla aparecer o para modificarla, no es volver a los fundamentos que la han hecho posible y que la legitiman, sino ponerla en discusión como formación discursiva, ocuparse del sistema de formación de su objeto de estudio, enunciaciones, conceptos, elecciones teóricas y *reasumirla como práctica entre otras prácticas*.³²¹

Otra manifestación de esta misma realidad es la pretensión de la ciencia moderna de “descubrir” y “extraer” las leyes del Universo. Claro que el problema reside en que todas las teorías se superan, con lo cual habría que concluir que la naturaleza es ciclotómica y va modificando sus leyes continuamente. Tal vez sea así, pero no lo podemos saber. Al fin y al cabo, se trata tan sólo de la propensión del ser humano a experimentar seguridad-certeza, en el decir de POPPER. Si se cree que las leyes físicas, por ejemplo, son las de la naturaleza

³²¹ FOUCAULT, MICHEL (trad. AURELIO GARZÓN DEL CAMINO), *La arqueología del saber*, 2ª reimp., Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, pp. 311-313.

y no producto de las ficciones del hombre con el objeto de sistematizar (debida o indebidamente, eso no está en discusión) esa realidad, se siente mayor seguridad. En algún punto, el hombre comenzó a actuar tal como lo parodia UNAMUNO, en *Amor y Pedagogía*:

“–¿Y el fin de la ciencia?

–¿Catalogar el Universo!

–¿Para qué?

–Para devolvérselo a Dios en orden, con un inventario razonado de lo existente...”³²²

Para superar esta deificación de la ciencia, habría que comenzar por lo que NIESZTSCHE señalaba como la transvaloración de todos los valores, que no es otra cosa que el quebrantamiento –en todo lo posible, agregamos nosotros– de aquel cúmulo de parámetros, estructuras, nociones, moral, etc., que nos limita y se nos impone desde la infancia mediante el aparato ideológico-discursivo que corresponda a la sociedad en que se viva.

La individuación debería comenzar por allí, para lograr un pleno desarrollo de nuestro propio yo lo más libre posible de las cadenas que nos aprisionan internamente. Claro que como también señala FROMM, el hombre es un ser delimitado por la sociedad y cultura en la que vive, la que determina los gustos, valores, escala moral, etc. de todo individuo a la vez que éste también transforma a aquélla. Es la misma sociedad –cuyos parámetros están determinados por las estructuras y relaciones de poder– la que pone obstáculos para que el individuo logre la plenitud.

A su vez, a medida que manipulamos más y mejor al mundo, lo entendemos menos³²³ y nuestra angustia aumenta, porque ese mundo exterior cada vez se vuelve más amenazante, más ajeno a nosotros, más “exterior”. La ecuación es simple: cuanto más descubrimos, más sabemos y eso nos permite manipular mejor al mundo. Sin embargo, paralelamente, más fenómenos sin explicación alguna aparecen, más fenómenos quedan en el “gris” de lo que el hombre no entiende y no puede medir mediante sus instrumentos humanos. Con lo cual, más extraño, arbitrario e ininteligible se vuelve ese “mundo exterior”.³²⁴ Más inseguro se nos presenta y de este modo, experimentamos mayor separatividad, nos sentimos así más solos y más desesperadamente buscamos la certidumbre.

Esta es la dicotomía que el hombre siente y que traduce como *angustia existencial*, que en realidad significa sentirse parte integrante de un mundo que a su vez le es totalmente desconocido y le aterra por no poder comprenderlo.

³²² DE UNAMUNO, MIGUEL, *Amor y pedagogía*, Madrid, Alianza Editorial, 1989, p. 71. La bastardilla es nuestra.

³²³ KÜNG, *op. cit.*, p. 83 y ss.

³²⁴ PASCAL lo expresa con bellas palabras: “Porque, al fin, ¿qué es el hombre en la naturaleza? Una nada frente al infinito, un todo frente a la nada, un medio entre nada y todo. Infinitamente alejado de comprender los extremos, el fin de las cosas y su principio están para él invenciblemente ocultos en un secreto impenetrable, igualmente incapaz de ver la nada de donde él ha salido y el infinito por el que es absorbido. ¿Qué hará por consiguiente, sino apercibir alguna apariencia del medio de las cosas, en una desesperanza eterna de conocer su principio y su fin? Todas las cosas han salido de la nada y van hacia el infinito. ¿Quién seguirá sus asombrosos pasos? El autor de estas maravillas las comprende. Nadie más lo puede hacer”; PASCAL, BLAISE, *Pensées*, 84, citado por KÜNG, *op. cit.*, p. 85.

En este esquema, esta necesidad creciente de certidumbre es lo que determina la deificación de la ciencia, la deificación del derecho, etc. Es decir, la construcción de entelequias que le brinden al hombre *seguridad*.

Nos parece entonces volver al hombre encadenado en la caverna de PLATÓN, intentando despertar del letargo de un sueño eterno donde todo lo que vemos, defendemos y estudiamos es un reflejo de lo que pensamos que es la realidad.

Por ello, la ciencia no es otra cosa más que *ilusión o metafísica*. Al igual que el animismo y la religión, la causa generadora es la misma: *el miedo a la incertidumbre*, nuestra propia inseguridad e indefinición sobre nosotros mismos, sobre el significado de nuestra existencia.

Si el cosmos tiene una lógica, la misma es superior al hombre. Lo supera. El ente o nóumeno –en la categoría kantiana– se maneja con una lógica –si así podemos llamarle– que supera la capacidad de entendimiento del ser humano. Esa lógica *divina* sólo puede ser experimentada en cada flor, en una paloma, en una obra de arte, en la meditación, en el amor, en el actuar espontáneo, en el trabajo creativo, en la unidad que sentimos de vez en cuando con el mundo “exterior”, en una sonrisa, en un abrazo, en una mirada. El resto es *arbitrariedad* y así se nos presenta. Por eso el hombre teme al “mundo exterior”, porque se le presenta como arbitrario, ilógico, imposible de asir, de controlar. Todos nuestros esfuerzos –propensión natural del hombre situada en cierta parte de nuestro inconsciente colectivo– nos lleva a catalogar, clasificar la realidad, para controlarla, manipularla y sentirnos seguros. Es, como enseñaba POPPER, el miedo a la incertidumbre.

El proceso de individuación, genera separatividad, impotencia e inseguridad, por la inevitable pérdida de los vínculos primarios (con la madre y el mundo) que otorgaban significado y seguridad. “Hemos visto que el individuo no puede soportar este aislamiento: como ser aislado, se halla extremadamente desamparado en comparación con el mundo exterior, que, por lo tanto, le inspira un miedo profundo. A causa de su aislamiento, además, la unidad del mundo se ha quebrado para él, y de este modo ya no tiene ningún punto firme para su orientación. Por eso se siente abrumado por la duda acerca de sí mismo, del significado de la vida y, por fin, de todo principio rector de las acciones. Tanto el desamparo como la duda paralizan la vida, y de este modo, para vivir, trata de esquivar la libertad que ha logrado: la libertad negativa. Se ve arrastrado hacia nuevos vínculos. Éstos son diferentes de los vínculos primarios, de los cuales, no obstante la dominación de las autoridades o del grupo social, no se hallaba del todo separado. La evasión de la libertad no le restituye la seguridad perdida, sino que únicamente lo ayuda a olvidarse de que constituye una entidad separada. Halla una nueva y frágil seguridad a expensas del sacrificio de la integridad de su yo individual. Prefiere perder el yo porque no puede soportar su soledad. Así, la libertad –como libertad negativa– conduce hacia nuevas cadenas”,³²⁵ especialmente hacia la automatización del individuo que cree como suyos los valores, deseos, pensamientos y emociones que le vienen impuestos externamente.

El hombre moderno carece de originalidad tanto en el pensamiento, en la emoción y en la voluntad.³²⁶ La libertad negativa conduce a la construcción de *sistemas* y formas autoritarios, mediante el depósito o la fe en estructuras o líderes metafísicos, superiores, que logren ayudarnos a evadirnos de nuestra separatividad.

³²⁵ FROMM, *El miedo a la libertad*, op. cit., pp. 300-301.

³²⁶ FROMM, *El miedo a la libertad*, op. cit., p. 295.

FROMM explica, sin embargo, que la libertad positiva (el otro aspecto de la individuación) se alcanza mediante la realización del yo, siendo lo que realmente es.³²⁷ Según este autor, la realización del yo se alcanza “por la personalidad total del hombre, por la expresión activa de sus potencialidades emocionales e intelectuales. Éstas se hallan presentes en todos, pero se actualizan sólo en la medida en que lleguen a expresar. En otras palabras, *la libertad positiva consiste en la actividad espontánea de la personalidad total integrada.*”³²⁸ “Si el individuo realiza su yo por medio de la actividad espontánea y se relaciona de este modo con el mundo, deja de ser un átomo aislado; él y el mundo se transforman en partes de un todo estructural; disfruta así de un lugar legítimo y con ello desaparecen sus dudas respecto de sí mismo y del significado de su vida. Ellas surgen del estado de separación en que se halla y de la frustración de su vida; cuando logra vivir, no ya de manera compulsiva o automática, sino espontáneamente, entonces sus dudas desaparecen. Es consciente de sí mismo como individuo activo y creador y se da cuenta de que *sólo existe un significado de la vida: el acto mismo de vivir.*”³²⁹

Por ello mismo afirmamos rotundamente que el derecho administrativo, el derecho en general y toda estructura socio-política DEBE impulsar y garantizar la autodeterminación y realización personal de los individuos. Es el único camino para que alcancemos la *libertad positiva* en forma colectiva. “La victoria de la libertad es solamente posible si la democracia llega a constituir una sociedad en la que el individuo, su desarrollo y felicidad constituyan el fin y el propósito de la cultura; en la que la vida no necesite justificarse por el éxito o por cualquier otra cosa, y en la que el individuo no se vea subordinado ni sea objeto de manipulaciones por parte de ningún otro poder exterior a él mismo, ya sea el Estado o la organización económica; una sociedad, por fin, en la que la conciencia y los ideales del hombre no resulten de la absorción en el yo de demandas exteriores y ajenas, sino que sean realmente *suyos* y expresen propósitos resultantes de la peculiaridad de su yo.” “El problema que enfrentamos hoy es el de crear una organización de las fuerzas económicas y sociales capaz de hacer del hombre —como miembro de la sociedad estructurada— el dueño de tales fuerzas y no su esclavo.”³³⁰

Estas consideraciones determinan para nosotros, nuestra elección *pro libertatis* y la finalidad que debe buscar el derecho administrativo, que no es otra cosa que la realización y autodeterminación de los individuos.

2) SEPARATIVIDAD Y DERECHO: EL ORDEN COMO FIN EN SÍ MISMO

Hasta aquí tenemos a un hombre cuya capacidad para manipular al mundo que lo rodea es cada vez mayor, pero consecuentemente, su miedo e inseguridad, su temor ante ese mundo exterior y amenazante también crecen proporcionalmente. Y así llegamos al tema del

³²⁷ FROMM, *El miedo a la libertad*, op. cit., pp. 301-302.

³²⁸ FROMM, *El miedo a la libertad*, op. cit., p. 302.

³²⁹ FROMM, *El miedo a la libertad*, op. cit., p. 307.

³³⁰ FROMM, *El miedo a la libertad*, op. cit., pp. 315-316. Respecto de este replanteo de la democracia, también se ha dicho que “junto con la adecuación o mejora de los canales representativos tradicionales, la reconstrucción de la legitimidad de la política también requerirá de una transformación más audaz e importante que consiste en volver a mirar las instituciones clásicas de la democracia entendida como autogobierno”, en pos de la *ciudadanización* como marco político y jurídico de la propia libertad (ABAL MEDINA, JUAN (h), *La muerte y resurrección de la representación política*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 119.)

orden, ya que éste, como fin en sí mismo, produce inconscientemente cierta atenuación del sentimiento de inseguridad y soledad.

La causa de ello resulta simple: por la separatividad nos sentimos solos, aislados e inseguros. La separatividad puede superarse o no, eso depende de cada uno. Ahora, sin perjuicio de las formas neuróticas de evadir o rebelarse contra la inseguridad, la angustia y el temor generados por la separatividad, si esta última no se supera, el individuo encuentra por lo menos cierta atenuación de estas emociones en el *orden como fin en sí mismo*. Si la vida se percibe *ordenada* y presenta una *explicación* que nos parezca lógica, racional y “objetiva”, nos *sentimos* más seguros ante el mundo externo. Sentimos que podemos adelantarnos, controlar, conquistar y manipular a ese mundo extraño que nos volvió inseguros y aislados desde que lo descubrimos como algo distinto a nosotros, ese mundo exterior que nos amenaza cada día con presentarnos hechos desconocidos que no podemos controlar.

En este caso, al convertirse el orden en un fin en sí mismo, se convierte en la forma de atenuación más eficaz contra la inseguridad que nos produce la separatividad, evitando además, que indagemos sus verdaderas causas, evitando así que nos comprometamos con nosotros mismos para superarla.

El orden como fin en sí mismo se convierte en un mecanismo de evasión del sentimiento de separatividad.

Aquí haremos un alto y nos tomaremos el atrevimiento de contestarle a HART. En su libro *El concepto de Derecho*, señala con acierto que “Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aún paradójicas, como la pregunta «¿qué es derecho?».”³³¹

El derecho, al ser una técnica de gestión social, tiene a su cargo el “orden” de la sociedad toda. Todo un sistema jurídico dado determina qué es lo ordenado y qué no en una comunidad determinada, mediante sus normas y sentencias. Además, ejecuta las acciones que considera indispensables para mantener ese “orden” declarado por el sistema mismo. Es decir que el tema del “orden” como necesidad humana a escala social se encuentra arraigado en el derecho como en ningún otro lado. Hace a su existencia misma, a su razón de ser. Las teorías científicas, la religión y el animismo hablan de un orden abstracto, pero el derecho se refiere a un orden práctico, que “toca” la vida de todo individuo de manera cotidiana. Ese tocar la vida de todo individuo se envuelve, como hemos indicado en esta obra, en el lenguaje y discurso del poder. El poder del discurso, de la palabra, puede individualizarse en el ámbito del derecho, porque es posible definir un sistema de formación de las diferentes estrategias que en él se despliegan; en otros términos, esto es así, porque se puede, de algún modo, demostrar que las prácticas, principios y conceptos derivados del derecho administrativo -en lo que aquí importa-, integran un mismo juego de relaciones en las cuales el ciudadano y su realización debiera ser el fin u objetivo.³³²

Para el derecho, el “orden” es clave, porque debiera ser el medio que permite la vida en sociedad. Sin embargo, para el ser humano, el “orden” –especialmente, a escala social– es clave porque es el fin que le permite sentirse más seguro y así dominar y manipular a un

³³¹ HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 1.

³³² FOUCAULT, M., *La arqueología...*, *op. cit.*, pp. 112-113.

mundo externo que desconoce y le aterra. En términos coloquiales, el “orden” le permite al ser humano moverse como “pez en el agua”, le permite conocer las reglas de juego y saber a qué atenerse. En especial, le permite sentirse *seguro* contra las causas desconocidas de la vida en sociedad, las cuales se refieren principalmente a las conductas que pueden llegar a adoptar el resto de los individuos de una comunidad determinada. De allí que lo deifique, porque al convertirlo en una entelequia metafísica, dogmática y sublime, le otorga mayor seguridad. La inmutabilidad del derecho es otra manifestación de esta necesidad de certidumbre y seguridad del ser humano. El carácter de obligatoriedad del mismo enfatiza la preocupación del individuo por su inmutabilidad.

Se convierte así al “orden-medio” en un “orden-fin en sí mismo” que ofrece seguridad y certeza. Para ello, el individuo se ve en la necesidad de convertir al derecho en ciencia, debido a la fe en la “objetividad” de la misma. De esta forma, el derecho ofrece todavía mayor seguridad. Se lo dota de postulados “objetivos” en su formulación y se construyen ideologías para justificar la existencia y necesidad de algún tipo de poder. Se construye así el mito.

El derecho se transforma, a nivel inconsciente, en el principal *proporcionador* de seguridad en las interrelaciones entre los individuos. Aún cuando en el ámbito del derecho, el orden sólo debiera ser el medio para alcanzar una convivencia social pacífica favoreciendo la realización del individuo; el hombre moderno –en su necesidad de evadirse de la separatividad–, convierte al orden en un fin en sí mismo como núcleo vital del fenómeno jurídico. Por ello, poco importa si este “orden” se da en la práctica. Lo importante es el elemento discursivo que mantiene viva nuestra fe. En todo caso, el parasistema también proporciona un determinado “orden”, ya que posee reglas claras aunque no escritas, pero que todos conocen y cumplen.³³³ Finalmente, siempre existe la posibilidad de culpar o al sistema o al parasistema, sin hacernos cargo de nuestras propias responsabilidades en el caso.

Se advierte así en la sacralización del derecho la misma estructura metafísica y psíquicamente evasiva que en el animismo, la religión y la ciencia. Comparten la base subyacente cual es el miedo del individuo, su incapacidad de superar la libertad negativa, de romper los vínculos alienantes. En síntesis, el problema del individuo, es el “problema de su humanización, a pesar de haber sido siempre, desde un punto de vista axiológico, su problema central, asume hoy el carácter de preocupación ineludible”,³³⁴ y que encuentra al derecho como una técnica imprescindible que debe ponerse a su servicio: al servicio de la libertad.

³³³ GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, 3ª reimp., Madrid, Civitas, 2001.

³³⁴ FREIRE, PAULO (trad. JORGE MELLADO), *Pedagogía del oprimido*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, p. 39.

CAPITULO VI

LA NUEVA VOCACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1) ¿HA FRACASADO EL DERECHO ADMINISTRATIVO ACTUAL?

El Máximo Tribunal federal argentino ha señalado que “Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas *principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos*.”³³⁵ Del mismo modo, ha afirmado que “las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes.”³³⁶

Bajo este tipo de fórmulas, la Corte Suprema argentina materializa aquella idea que afirma que el derecho administrativo es el derecho constitucional concretizado,³³⁷ pues aquél efectivamente se nos revela como la herramienta que regula las relaciones entre los ostentadores del poder y quienes se someten al mismo³³⁸ ó, en otros términos, entre el poder y la libertad.³³⁹

Por tal razón, resulta de suma importancia verificar qué tipo de derecho estamos realizando en la actualidad y qué tipo de cimientos estamos construyendo hacia el futuro. Debemos tener presente que asistimos a una época de cambios, una realidad que muta a la velocidad de los avances tecnológicos y de la circulación del conocimiento y de la información. Una época donde las estructuras jurídico-institucionales se ven muchas veces superadas y se vuelven insuficientes. Un tiempo en el cual esta realidad cambiante exige nuevas respuestas del derecho administrativo.

Nuestra rama jurídica se caracteriza, justamente, por ser la técnica social que regula la constante tensión entre poder y libertad, entre gobernantes, grupos de poder y gobernados, acortando (o debiendo acortar) la distancia entre todos ellos. De allí que el punto de partida

³³⁵ Recordado por GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 10º ed., Buenos Aires, FDA, 2009, Cap. V-5, nota 10, CSJN, *Salazar de Campo, Fallos*, 137:251 (1922).

³³⁶ CSJN, *Arce, Fallos*, 320.2145 (1997).

³³⁷ WERNER, FRITZ, “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht,” *Deutsches Verwaltungsblatt* (1959), p. 527; SCHÖNBERGER, CHRISTOPH, “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht,” en Stolleis, Michael (ed.), “Das Banner Grundgesetz - Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969),” *Berliner Wissenschafts-Verlag*, Berlin, 2006, pp. 53 y ss.; citados por IBLER, MARTIN, “Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de València, 2005, n° 50/51, pp. 5-22.

³³⁸ Sabido es que nuestra rama jurídica nació como una disciplina tendiente a encorsetar legalmente al poder, incontenible por definición (ver por todos, para el desarrollo histórico del derecho administrativo, BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2008, Cap. I, p. 1 y ss.)

³³⁹ “El derecho administrativo es derecho constitucional y político, es lucha contra el poder —cualquier poder— en la defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos, es la aventura de pensar.” (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 8ª edición, Buenos Aires, FDA, 2003, Cap. I, p. 10).

de todo análisis pasa por definir, epistemológica y filosóficamente la finalidad del derecho administrativo, es decir, si su función es tender al mantenimiento de las estructuras subordinantes y formas de poder imperantes en una época determinada o si, contrariamente, tiene por objetivo la autoafirmación, realización y libertad de los individuos. Ésta es la cuestión clave. Luego, el resto será consecuencia de esta primera decisión que es privativa de cada operador jurídico.

En este esquema epistemológico, y tal como hemos mencionado, nos inclinamos por una elección *pro libertatis*³⁴⁰ entendiendo al *derecho administrativo como técnica social cuya finalidad es favorecer la realización, autoafirmación y libertad del hombre en comunidad*.³⁴¹

El problema reside en que la organización del aparato gubernamental y, en general, las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, se presentan incapaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos que conllevan a la autoafirmación y realización del ser humano. Incapacidad que deja traslucir una intención por dejar planteado el derecho administrativo como una mera cuestión formal, ni siquiera técnica, en la cual se reproducen ideas, principios y valores que *no son* los que vemos a diario en nuestra administración pública, en la calle y en los tribunales.

Se aprecia, por tanto, un sistema social gobernado por principios, valores y creencias que *no son*. Esta convivencia entre sistema y parasistema³⁴² conlleva a una fractura social a la vez que favorece el mantenimiento de ciertas relaciones de poder e incentiva la exclusión. El derecho se vuelve así un juego, una *mise-en-scène*.³⁴³ La norma dirá algo, la jurisprudencia otro tanto, pero sólo lograrán sus cometidos aquellos que jueguen según las *verdaderas* reglas imperantes. El resto, o no conseguirá nada o, peor aún, por desatender las reglas verdaderas, será excluido, aislado o castigado. A ello habrá que sumarle aquellos que ni siquiera tengan acceso a las verdaderas reglas o al juego mismo.

³⁴⁰ Esto supone el abandono y reemplazo de la vetusta máxima *in dubio pro administratione* por la de *in dubio pro libertatis* (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 9ª ed., FDA, Buenos Aires, 2007, “Introducción”).

³⁴¹ En similar sentido, ver el voto del Dr. Petracchi en CSJN, *Comunidad Homosexual Argentina, Fallos*, 314:1531 (1991), al señalar que la democracia no es sólo una organización del poder, sino un orden social destinado a la *realización de la plena personalidad del ser humano*. Ver, también, CSJN, *Portal de Belén, Fallos*, 325:292 (2002), en cuanto que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes)”. En esta misma inteligencia, CSJN, *Campodónico de Beviacqua, Fallos*, 323:3229 (2000) y *Asociación Benghalensis, Fallos*, 323, 1339 (2000), entre muchos otros. En cuanto a la finalidad del derecho como herramienta para la autoafirmación del individuo, ver voto del Dr. Petracchi en CSJN, *Sejean, Fallos*, 308:2268 (1986), “El orden jurídico debe pues, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes de vida no se vea frustrado.” Igualmente, el voto del Dr. Baqué, en idéntico fallo, al sostener que “en la Carta Magna se promete a todos aquéllos que quieran habitar el suelo argentino un sistema coherente, amplio y efectivo de libertad individual que les permita desarrollar planes tendientes a alcanzar una vida satisfactoria para ellos y para su posteridad”.

³⁴² Ver: GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, 3ª reimp., Madrid, Civitas, 2001.

³⁴³ Ver: BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, BOURDIEU, PIERRE / TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, pp. 202-220.

El derecho se convierte así en un instrumento frágil e ineficaz. Se vuelve irreal, justamente porque los operadores canalizan sus acciones y buscan soluciones a través de vías y procedimientos paralelos a las instituciones que deberían encauzarlas. Como señalábamos precedentemente, se relega el derecho a una mera cuestión formal, teórica, distanciada de la vida real y, consecuentemente, el ciudadano pierde la fe en las respuestas del *sistema*.³⁴⁴ Esta fragilidad en el funcionamiento de nuestras instituciones democráticas —originada, principalmente, por nuestra propia incapacidad social— es la prueba cabal del fracaso actual³⁴⁵ del derecho administrativo como técnica de realización del hombre en comunidad. Como el derecho está tan alejado de la realidad que debería canalizar y los ciudadanos actúan a través del *parasistema informal*, la distancia se vuelve difícil de salvar y el derecho queda circunscrito: (a) a justificar su sacralidad e inmutabilidad (función mítica) y, (b) a impedir el cuestionamiento de la dicotomía “régimen formal-régimen informal” y de su ineficacia (función discursivo-ideológica), perpetuando, todo ello, determinados tipos de relaciones de poder.

El devenir es inevitable, aunque no seamos lo suficientemente sutiles para percibirlo.³⁴⁶ La realidad de nuestros tiempos reclama un replanteo de las bases de nuestra rama jurídica. Debemos advertir que hoy en día el derecho administrativo se encuentra inserto en un proceso global —el orden jurídico mundial—³⁴⁷ en medio de la interacción entre grupos económicos globales de poder —las grandes corporaciones y grupos transnacionales—, organizaciones internacionales de poder político —FMI, Banco Mundial, ONU, etc.— y derechos y garantías globales —los denominados derechos humanos.

Las grandes corporaciones globales realizan muchas funciones que antes pertenecían al Estado en lo que hace a acciones sociales, efectividad y representatividad. Por su parte, la tendencia deja entrever que los individuos depositan en mayor medida su confianza y se sienten más identificados con estas corporaciones, con sus marcas, productos, etc. o con Organizaciones No Gubernamentales, que con el Estado, el cual, en muchos casos, ya no materializa ningún sentimiento o idea colectiva. Paralelamente, la masividad y rapidez de

³⁴⁴ Lo que ocurre entonces es “que todo el sistema normativo pierde prestigio y consenso, por culpa de aquellas partes suyas que pueden nacer y subsistir en infracción constitucional sin que se produzca una específica reacción correctora oportuna del mecanismo institucional” (GORDILLO, A., *La administración...*, p. 28).

³⁴⁵ Nos referimos al fracaso *actual* pues los fines del derecho administrativo, como técnica social, se definen según época y lugar de que se traten. Con la revolución francesa, el derecho administrativo cumplimentó una finalidad específica de ordenamiento y sujeción formal del poder a la ley. Luego, fue cumpliendo diferentes misiones sociales en distintos momentos históricos y en diferentes comunidades. En nuestro medio, los períodos de consolidación nacional han quedado atrás y hemos logrado alcanzar una etapa de aceptación formal de las instituciones democráticas y de legitimidad constitucional (Al respecto ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2004).

³⁴⁶ “No somos lo bastante *sutiles* para percibir el *flujo* probablemente *absoluto* del *devenir*; lo *permanente* no existe más que gracias a nuestros groseros órganos que resumen y reúnen las cosas en planos comunes, mientras que nada existe *bajo esta forma*. El árbol es a cada instante una cosa nueva; afirmamos la *forma* porque no aprehendemos la sutileza de un movimiento absoluto”, NIETZSCHE, FRIEDRICH, citado por BARTHES, ROLAND, *El placer del texto y lección inaugural*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 80.

³⁴⁷ Sobre los alcances y peculiaridades de este proceso, incluido en el *Global Administrative Law*, ver: GORDILLO, AGUSTÍN, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial,” *Res Publica Argentina RPA*, 2009-1, pp. 50-89 y GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 9º ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. XXII, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial.” Asimismo, ver *infra* el Apéndice II de este trabajo, titulado “Derecho administrativo global y derecho de las inversiones. Apuntes para su redefinición.”

la información y de las comunicaciones conlleva a una *socialización del conocimiento*.³⁴⁸ La socialización del conocimiento también ha generado una mayor *sensibilidad social* sobre las problemáticas que aquejan al hombre moderno. La mayor sensibilidad social y la esfumación de los límites del poder estatal y gubernamental a manos del crecimiento de grupos de poder económico y político globales, exigen que el derecho administrativo —a partir de una aprehensión de este fenómeno global— se constituya en una técnica que tienda a la autoafirmación, realización y libertad del individuo. Ésta debe ser su misión.

2) LAS DEUDAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO³⁴⁹

A partir de este nuevo escenario local y mundial en el que se inserta el derecho administrativo —y del cual debe hacerse cargo— se nos revela la gran deuda pendiente del mismo: el sinceramiento y reconocimiento del desequilibrio *real* en la división de funciones estatales.

Actualmente observamos un desplazamiento del poder hacia el Ejecutivo y una mayor abstinencia del Legislativo³⁵⁰ junto con una mayor influencia de grupos de poder económicos y políticos internacionales. Aunque la estructura político constitucional lo prohíba, el Poder Ejecutivo realiza cada vez más funciones *pseudo* jurisdiccionales y *pseudo* legislativas.³⁵¹ De esta forma, ejerce y concentra no sólo el poder en términos cuantitativos, sino también cualitativamente, ya que toma una decisión y la pone inmediatamente en práctica. ***No existen, consecuentemente, mecanismos previos de control que sean eficaces en el ámbito de la realidad.***³⁵²

³⁴⁸ El proceso, aunque parezca imposible, sigue una tendencia inevitable.

³⁴⁹ Deudas que sólo podrán saldarse con más y mejor democracia dentro del Estado de Derecho (ver: MAIRAL, HÉCTOR A., “El efecto de la crisis económica en el Derecho”, *RAP*, Doctrina Pública, XXVI-2, pp. 239-245).

³⁵⁰ Desplazamiento que en la República Argentina ha sido consentido desde la propia Corte Suprema, por ejemplo, a través de sentencias anteriores a la reforma constitucional del año 1994, como la dictada en la causa *Cocchia*, donde se dijo que la interpretación del reparto constitucional de competencias “debe evolucionar en función de la dinámica de los tiempos históricos, signados a menudo por fases o episodios críticos, que demandan remedios excepcionales, carácter que no resulta necesariamente incompatible con el marco normativo general y perdurable previsto por nuestros constituyentes.” CSJN, *Fallos*, 316:2624 (1993), recordado en: BALBÍN, CARLOS, *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 8.

El lector puede y debe cuestionarse, entonces, la incidencia que el paso de los años y la legislación de emergencia argentina de la década del '90 tuvieron en la mutación de una nueva y más profunda crisis, reconocida primero por la ley 25.344 (2000), y luego, por la ley 25.561, vigente, gracias a sus distintas prórrogas, hasta el 31-12-11 (cfr. ley 26.563; con anterioridad lo habían hecho las leyes 26.339, 26.204, 26.077, 25.972, 25.820 y 26.456.) Cambiaron los hombres y los gobiernos, pero la emergencia parece ser lo único perenne por encima de la propia Constitución. (Ver al respecto: MAIRAL, HÉCTOR A., “La degradación del derecho público argentino”, en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 17-32; y en un análisis retrospectivo y comparativo hacia mediados de la década del '90 del siglo pasado: TAWIL, GUIDO, “El derecho administrativo argentino actual frente al derecho comparado”, en *El derecho administrativo hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996).

³⁵¹ ¿Acaso no deberíamos cuestionarnos si los reglamentos no se han convertido ya en la mayor fuente normativa del orden jurídico federal argentino, por sobre las leyes?

³⁵² Esta falta de mecanismos eficientes se advierte de manera manifiesta, en la lentitud del Poder Legislativo para ejercer sus propias funciones cuando se exige rapidez de acción, como por ejemplo en el caso argentino de las *reservas* (decretos 2010/2009, 296/2010 y 298/2010) en el cual, el Ejecutivo hizo y deshizo a su antojo, gracias a la presunción de legitimidad y a la ejecutoriedad de los actos administrativos.

La aplicación de la doctrina tradicional de la división de poderes y funciones estatales — que impone la igualdad cualitativa de los tres poderes—³⁵³ a una realidad en la que los departamentos estadales se encuentran en constante desequilibrio con una fuerte preeminencia del Ejecutivo, implica no sólo el distanciamiento entre derecho, instituciones y realidad, sino que determina la ineficacia de los dos primeros. Así, el individuo no se siente identificado con las instituciones, normas y principios que lo rigen, ya que contemplan supuestos ideales pero omiten los fenómenos reales, que son justamente los que afectan su vida cotidiana.

El análisis del derecho alejado de los hechos y de las problemáticas concretas, constituye simplemente el absurdo. Ni siquiera las teorías científicas —salvo las lógico-matemáticas, que son abstractas— se postulan omitiendo los resultados empíricos, los hechos y las problemáticas reales; la sola elaboración o estudio mediante *pseudo* postulados lógico-matemáticos tampoco alcanza para por sí solos dar una visión transparente del fenómeno jurídico.³⁵⁴

Hoy todavía se sostiene —en materia de responsabilidad estatal— que tarde o temprano el Estado paga. Pero, ¿puede seguir afirmándose eso cuando un proceso contra el Estado dura entre 20 o 30 años y se termina pagando en bonos al 25% de su valor? Aún cuando la Corte Suprema argentina haya dicho que esta modalidad equivale a “pagar”³⁵⁵ no podemos engañarnos: para el particular eso no constituye un pago, representa lisa y llanamente la cabal materialización de la irresponsabilidad estatal.³⁵⁶ Cuando el Estado incumple ya no

³⁵³ Sobre este tema, ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 10º ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. II-3 y ss.

³⁵⁴ Como un paso necesario hacia la desmitificación de este fenómeno en el imaginario jurídico, vale recordar que mediante la Acordada N° 36 del 9 de septiembre de 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina creó la “Unidad de Análisis Económico” en la órbita de la Secretaría General de Administración, legitimando científica e institucionalmente esta práctica (DÍAZ, RODOLFO, “Una acordada ‘Alberdiana’”. La Unidad de Análisis Económico,” *LL*, 2009-F, 1197).

Mismo fenómeno que trasciende del plano jurídico al económico, tal como lo comenta ROBERT J. SAMUELSON, quien indica que “[t]here's a great deal economists don't understand. Not surprisingly, the adherents of "rational expectations" — a theory that people generally figure out how best to respond to economic events — didn't anticipate financial panic and economic collapse. The disconnect between theory and reality seems ominous”, en “The shaky science. We may be reaching the limits of economics,” *Buenos Aires Herald*, 30-06-10, <http://www.buenosairesherald.com/BreakingNews/View/37867>.)

³⁵⁵ CSJN, *Cacace Josefa Ermida, Fallos*, 318:1887 (1995); CSJN, *Empresa Argentina de Servicios Públicos SA de Transportes Automotores, Fallos*, 320:2756 (1997), en este último la Corte señala que “...es oportuno recordar que este Tribunal ha señalado que la aplicación del sistema de consolidación de deudas no priva al acreedor del crédito declarado en la sentencia sino que sólo suspende temporalmente la percepción íntegra de las sumas adeudadas, lo que obsta a su declaración de inconstitucionalidad, máxime cuando la reclamante no ha alegado una situación de emergencia o necesidad impostergable de recibir su acreencia, sino tan sólo la inconstitucionalidad genérica del plazo establecido por la ley (confr. Fallos: 316:3176 y 317:739).” Ver también CSJN, *Colina, René Roberto y otros, Fallos*, 328:3354 (2004), especialmente cons. 3º, en el que la Corte afirma que “en la medida en que dichos títulos efectivamente sean entregados o acreditados a los actores y sus condiciones de amortización se cumplan de acuerdo con lo previsto, no se advierte que las modalidades previstas para la cancelación de los bonos previstos en el art. 12 de la ley 25.725 impliquen, por sí mismas, la desnaturalización de los demandantes (doctrina de Fallos, 301:793; 302:564 y 322:232, entre muchos otros).” Para consolidación de deudas y ejecución de sentencias, ver ABERASTURY, PEDRO, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001; HUTCHINSON, TOMÁS, “El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado”, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001-2, pp. 13-81 y; BONINA, NICOLÁS, “El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado”, en *Res Publica Argentina*, 2006-1, p. 91.

³⁵⁶ GORDILLO AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 9º ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. XXI, “La responsabilidad del Estado en la práctica”.

sólo la sentencia declarativa, sino la de ejecución más las astreintes y todas las intimaciones posibles, ¿puede seguir sosteniéndose válidamente que la emisión de mandamientos de ejecución y/o embargo afecta la división de poderes? ¿O que un embargo puede paralizar el accionar estatal?

Ante un Ejecutivo cada vez más omnímodo, con mayores poderes presupuestarios,³⁵⁷ mayores poderes normativos,³⁵⁸ mayores poderes exorbitantes que él mismo se ha otorgado,³⁵⁹ ¿puede sostenerse que la verificación judicial de la oportunidad, mérito y conveniencia de la solución dañaría el esquema constitucional de división de funciones o que las acciones populares o puras de inconstitucionalidad son improcedentes en nuestro ordenamiento federal,³⁶⁰ justo cuando el Ejecutivo dicta decretos de necesidad y urgencia ilegítimos con alcances generales y ejecutorios, aprovechándose de la lentitud burocrática del Congreso?

¿Y qué hacer ante las omisiones legislativas inconstitucionales?³⁶¹ Ante la sistemática y estructural pasividad y omisión del Poder Legislativo,³⁶² ¿todavía seguiremos defendiendo que imponerle mandamientos de ejecución con plazo determinado de cumplimiento significa avanzar sobre las facultades propias del órgano (ir)representativo?³⁶³

³⁵⁷ BONINA NICOLÁS / DIANA NICOLÁS, “Los superpoderes al jefe de gabinete”, *LL - Suplemento Actualidad*, 27/07/2006, 1.

³⁵⁸ El incremento cuantitativo de DNU's en la Argentina en los últimos veinte años es público y notorio. Hasta la década del noventa, sólo se habían dictado 25 decretos de necesidad y urgencia (<http://edant.clarin.com/diario/1999/02/24/t-00901d.htm>). La tendencia parece no detenerse, de allí que ante la inevitable realidad, en vez de negarla debemos reconocerla, identificarla e institucionalizar los mecanismos adecuados para canalizarla y mantenerla dentro de límites aceptables y útiles a los valores que debemos escoger como sociedad.

³⁵⁹ Porque ya no sólo se trata de un concepto esotérico que ocasionalmente entra en escena para justificar cualquier exceso de la administración. En la Argentina, la teoría del régimen exorbitante se ha institucionalizado en el art. 12 del decreto 1023/2001 y en vez de cuestionarse *la institucionalización de la desmesura*, a este auto-otorgamiento de facultades *exorbitantes* se lo considera “como un poder que traduce el ejercicio de la potestad, que permite limitar su alcance y efectos, en la medida que no se contravenga el orden público administrativo ni el fin de interés público relevante que la Administración persigue al celebrara el contrato” (CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El contrato administrativo*, 3ra. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 49; con cita de DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Omeba-Plus Ultra, 1965, p. 455).

³⁶⁰ Ver, entre otros: CNFed.C.A., sala IV, *Lonigro Félix Vicente c. Estado Nacional* (21-03-06), *LL*, 2006-F, 390. En esta misma tendencia, CSJN, *Thomas, Enrique c. E.N.A. s/ amparo* (15-06-10). Para un desarrollo del tema, ampliar en BONINA, NICOLÁS, “Causa judicial e inconstitucionalidad por omisión legislativa,” *LL*, 2006-F, 391.

³⁶¹ CSJN, *García Méndez, Emilio y Musa, María Laura, Fallos*, 331:2691 (2008).

³⁶² En fecha reciente, se ha distinguido entre la omisión legislativa absoluta y otra relativa. En el primer caso, la infracción constitucional se refiere a la no producción de una norma legal que el legislador está obligado a dictar. En el segundo caso, la norma legal se dicta; “pero en cuanto omite determinados contenidos o previsiones no cumple con entera satisfacción las exigencias constitucionales impuestas al legislador (por ejemplo, no regula todos los aspectos previstos, reduce el ámbito de aplicación requerido, implica discriminación o arbitrariedad, etc.)” (CNACAF, sala V, *Asociación de magistrados y funcionarios*, 8-V-10; con cita de GÓMEZ PUENTE, MARCOS, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pág. 26 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 114 y ss.).

³⁶³ Tal como sucedió en CSJN, *Badaro Adolfo Valentín, Fallos* (08-08-2006). Omisión inconstitucional que por cierto todavía no ha sido solucionada mediante el dictado de la respectiva ley.

Si hoy en día los DNU's³⁶⁴ son uno de los institutos más conflictivos dentro de la práctica y disciplina del derecho administrativo, ¿por qué no repensar el sistema? Con el caso *Redrado*³⁶⁵ ha quedado nuevamente en descubierto la fragilidad de nuestra rama jurídica como técnica para someter al poder. Para cuando los mecanismos formales de control de un DNU se ponen en marcha, muchas veces puede llegar a ser demasiado tarde. Tal vez la clave sea no atribuirle a los DNU presunción de legitimidad ni ejecutoriedad, especialmente si se los considera como actos de naturaleza legislativa, tal como lo hace la Procuración del Tesoro de la Nación en este punto.³⁶⁶

Si sabemos que una de las deudas del derecho consiste justamente en la gran cantidad de justiciables que no logran acceder a la justicia, sea por desconocimiento, por pobreza, por dificultades materiales, económicas, etc., ¿podemos seguir afirmando que los efectos *erga omnes* de las sentencias y las acciones populares y puras de inconstitucionalidad³⁶⁷ violan nuestra división de poderes?³⁶⁸

Al haber mutado las bases fácticas que otorgaban fundamento a la imagen tradicional de la división de poderes —que es parte de la mutación total que afecta a la democracia, tal como veremos *infra*— se torna necesario construir nuevos mecanismos de control y equilibrio. Y eso sólo puede ser realizado por el Poder Judicial. En este punto, nuestra judicatura todavía tiene una deuda pendiente con la sociedad. La división de poderes no puede constituir el fundamento de su auto restricción.³⁶⁹ Al contrario, la evidente falta de

³⁶⁴ Para un seguimiento de la recepción y desarrollo jurisprudencial en Argentina, en materia de decretos de necesidad y urgencia, ver: (a) CSJN, *Peralta, Fallos*, 313:1513 (1990); (b) CSJN, *Video Club Dreams, Fallos*, 318:1154 (1995); (c) CSJN, *Rodríguez Jorge, Fallos*, 320:2851 (1997); (d) CSJN, *Verrocchi, Fallos*, 322:1726 (1999) y, finalmente; (e) CSJN, *Consumidores Argentinos*, sentencia del 19-05-10; entre tantos otros.

En materia de decretos delegados luego de la reforma constitucional argentina de 1994, la Corte había tenido oportunidad de expedirse en *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, ante la inconstitucionalidad planteada frente al Decreto 1204/2001, destacando, principalmente, que el reconocimiento de estas facultades de excepción por la convención constituyente, lo fueron con el objeto de atenuar el presidencialismo (*Fallos*, 331:2406 -2008-; al respecto ver: GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Control estricto en la delegación legislativa”, *LL*, 2009-A, 161, recordada por SÁNCHEZ, FABIO, “Presidencialismo atenuado”, *LL - Suplemento Administrativo*, 2010, junio, p. 22). Discusión que había quedado pendiente respecto a las retenciones a las exportaciones y el juego de delegaciones del Código Aduanero y la Ley 25.561 (ver BARRA, RODOLFO C. / FOS, BELTRÁN M., “Sobre retenciones y federalismo”, *LL*, 2008-D, 924).

Lamentablemente, en lo que hace a la promulgación parcial de leyes, obviando la omisión legislativa en lo que respecta a la sanción de la actual Ley 26.122, el Máximo Tribunal eludió su tratamiento en la causa *Universidad Nacional de La Plata, Fallos*, 331:1123 (2008).

³⁶⁵ Nos referimos, en conjunto, a las sentencias de primera instancia recaídas en las causas *Pinedo Federico y Pérez Redrado Hernán M.*, en 8-01-10 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11, y la confirmación de la cautelar dictada en la primera de ellas, por la Cámara en 22-01-10; y CNACAF, sala IV, *Morales, Gerardo*, 30-03-10 (Al respecto ver: GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M. / VERAMENDI, ENRIQUE, “El control judicial de los DNU: reflexiones a la luz de los fallos «Morales» y «Camaño»”, *LL - Suplemento administrativo*, 2010, mayo, p. 5).

³⁶⁶ PTN, *Dictámenes*, 236:27; 268:358, entre muchos otros.

³⁶⁷ En tal sentido, recomendamos la lectura comprensiva y comparativa de los casos *Halabi, Fallos*, 332:111, cons. 19 y 25 de la mayoría (2009); *Thomas*, sentencia del 15-06-10, cons. 4° y *Mendoza, Fallos*, 329:2316, cons. 14 (2006). Ver también: BONINA, NICOLÁS, “Causa judicial e inconstitucionalidad por omisión legislativa”, *op. cit.*

³⁶⁸ Ver el análisis realizado por CILURZO, MARÍA ROSA, “Efectos erga omnes de las sentencias contra el Estado”, *JA*, 2009-I-1077.

³⁶⁹ No desconocemos el rol institucional de la Corte Suprema y su necesidad de valorar políticamente sus sentencias y las consecuencias de las mismas (explicado por BIANCHI, ALBERTO, “Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema,” *LL*, 1997-B, 994.) No nos caben dudas que la CSJN es la

equilibrio en la distribución de las funciones estatales en la práctica, hace necesario que sea el Poder Judicial quien vele por los derechos y garantías de los particulares,³⁷⁰ de la manera más amplia necesaria, aun cuando ello se traduzca en la construcción de nuevos mecanismos de defensa del individuo frente al poder desmesurado del Ejecutivo, la pasividad del Legislativo y la incorporación de los grupos de poder económicos a esta dinámica.

Es conocida la doctrina de la Corte Suprema de Justicia respecto de auto-restringirse cuando su intervención pueda quebrar la división de funciones estatales (*self-restraint*). Así, en caso de cuestiones políticas no justiciables,³⁷¹ cuando se trata de causas de legisladores planteadas en su carácter de tales,³⁷² en los casos de oportunidad, mérito o conveniencia,³⁷³ en los supuestos en los que se enarbola una esotérica *zona de reserva de*

cabeza de uno de los poderes políticos del Estado y debe actuar como tal. Tampoco queremos omitir que nuestro Máximo Tribunal en su composición actual realiza grandes esfuerzos para reencauzar el desequilibrio real en la división de poderes [ver, por ejemplo, CSJN: *Intercorp S.R.L. y Hermitage S.A.* (sentencias dictadas en 15-VI-10), en materia tributaria; *Madorrán, Fallos*, 330:1989 (2007); *Ruiz* (15-05-07) y nota de DIANA, NICOLÁS / KODELIA, GONZALO S., “Cuando el valor histórico puede más que la mera dogmática”, *LL*, 2007-C, 521; *Schiavone, Fallos*, 332:1413 (2009); *Schnaiderman, Fallos*, 331:735 (2008); *Micheli, Fallos*, 332:2741 (2009); *Ramos* (6-IV-10) y *Sánchez* (6-IV-10), entre muchos otros, vinculados a empleo público y control del ejercicio de facultades discrecionales. En esta misma tendencia, no queremos omitir las soluciones de la Corte en las causas vinculadas a derechos humanos: *Simón, Fallos*, 328:2056 (2005); medio ambiente: *Mendoza, Fallos*, 329:2316; salud mental: *Tufano, Fallos*, 328:4832 (2005); *R., M. J., Fallos*, 331:211 (2008); libertad de expresión y manejo de publicidad oficial: *Editorial Río Negro, Fallos*, 330:3908 (2007); *Radiodifusora Pampeana, Fallos*, 331:2893 (2008); entre muchas otras, donde el Tribunal ha tenido un rol ordenador y tutelar frente a las omisiones de los otros poderes del Estado. No obstante tales esfuerzos, entendemos, que todavía resta mucho por hacer para reencauzar en forma óptima y eficaz el desequilibrio real en la división de funciones estatales, pero también y principalmente, para mejorar la salud institucional de nuestro país.

Vale destacar también, que todavía “[q]ueda un largo camino por recorrer, en materia de nulidad de disposiciones reglamentarias, de inconstitucionalidad de las leyes, de acciones declarativas de certeza e inconstitucionalidad, pero una puerta esperanzadora se ha abierto, pues como señalara Borges del soldado de Urbina, errante por España: «...Sin saber de qué música era dueño, atravesando el fondo de algún sueño, por él ya andaban don Quijote y Sancho»” (GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, *LL*, 2009-B, 186; anotando la sentencia en el caso *Halabi, Fallos*, 332:111 -2009-).

³⁷⁰ Ver, por ejemplo, los comentarios del Dr. RICARDO LORENZETTI (magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), en cuanto afirmó que “el Poder Judicial tiene que poner límites a los otros poderes” ya que “no hay poderes ilimitados”, en *El Cronista Comercial*, edición del 01-06-2010, p. 7.

³⁷¹ Superada a través de los casos *Bussi, Fallos*, 326:4468 (2003) y *Patti, Fallos*, 331:549 (2008); ello, pese a la insistencia del voto disidente del Dr. Maqueda en el primero de ellos (en especial, cons. 13 y 14.) Hacemos propia la idea de que toda la actividad estatal, debe “en todo Estado de Derecho, estar efectivamente fiscalizada” sin excepciones (REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 1).

³⁷² CSJN, *Dromi, LL*, 1990-E, p. 97; CSJN, *Polino, LL*, 1994-C, 294; CSJN, *Rodríguez, Jorge, LL*, 1997-F, 884; CSJN, *Gómez Diez, Fallos*, 322:528 (1999); *Garré, Fallos*, 323:1432 (2000); *Raimbault, Fallos*, 324:2381 (2001) y, finalmente, CSJN, *Thomas, Enrique* (15-VI-10). Ampliar en BIANCHI, ALBERTO B., *Control de constitucionalidad*, Tomo II, 2º ed., Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 79 y ss.

³⁷³ CSJN, *Editorial Río Negro, Fallos*, 330:3908 (2007), disidencia del Dr. Maqueda; *Simón, Fallos*, 328:2056 (2005), disidencia del Dr. Fayt; *Verbitsky, Fallos*, 328:1146 (2005); prudencia política aceptada por la mayoría del tribunal en *Compañía Azucarera Concepción, Fallos*, 324:2231 (2004), cons. 9º, y con anterioridad en *Barrientos, Fallos*, 326:3683 (2003). En forma más explícita, el Máximo Tribunal ha sostenido la improcedencia de juzgar la oportunidad, mérito y conveniencia en CSJN, *Ferrer, Fallos*, 308:2246 (1986), en donde ha señalado que “la potestad del Poder Judicial de revisar los actos administrativos sólo comprende, como principio, el control de su legitimidad –que no excluye la ponderación

la administración,³⁷⁴ cuando lo que se intenta es una acción declarativa de inconstitucionalidad pura o una acción popular.³⁷⁵ Sabemos que el Poder Judicial debe actuar con prudencia y mesura, en cada caso, ya que ejerce la mayor de las facultades: la de declarar la inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, ostentando la última palabra de la controversia.

¿Qué acontece cuando los supuestos de hecho que originaron una determinada concepción de la división de funciones ya no existen? ¿Qué hacer cuando, en virtud de la realidad imperante, se termina afectando la división de poderes en virtud de la aplicación de una concepción ideal y tradicional de la misma?

Tenemos en claro que el Poder Judicial no es el salvador de nuestra sociedad. Al ser el poder estatal con mayor margen de independencia política es el que tiene que impulsar las modificaciones necesarias para restablecer el equilibrio de las instituciones. Hoy, la deuda primaria del derecho administrativo debe ser abordada por el Poder Judicial. Sólo la judicatura, en su rol de guardián último de la Constitución nacional, tiene en su poder la facultad para restablecer el equilibrio *real* de los departamentos estatales.³⁷⁶ Lo contrario, sólo seguirá fomentando la fragmentación social e incentivando el parasistema.³⁷⁷

del prudente y razonable ejercicio de las facultades de las que se hallan investidos los funcionarios competentes-, pero no el de la oportunidad, mérito y conveniencia de las medidas por éstos adoptadas.” Más recientemente, la CSJN ha afirmado que “...es preciso recordar la tradicional jurisprudencia del Tribunal cuya sintética formulación postula que las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial (Fallos: 98:20; 147:403; 150:89; 160:247; 238:60; 247:121; 251:21; 275:218; 295:814; 301:341; 302:457; 303:1029; 308:2246; 321:1252, entre muchos otros”, en CSJN, *Smith (Banco de Galicia y Buenos Aires)*, Fallos, 325:28 (2002).

³⁷⁴ CSJN, *Serra*, Fallos, 316:2454 (1993); *Pazos Eliana Beatriz*, Fallos, 318:554 (1995). En este último caso, el Tribunal afirma que “ante la ausencia de norma de rango legal que asegurara inexorablemente el mantenimiento de la relación de hecho antes aludida, la autoridad administrativa podía –en el ejercicio de sus propias atribuciones- dictar normas en la materia. La circunstancia de que en los considerandos de los decretos citados se hiciera referencia a la delegación producida por la ley 21.307 no enervaba dichas facultades – enmarcadas en la denominada «zona de reserva de la administración» resultantes de la Constitución Nacional (entonces art. 86, inc. 1º)” “...en consecuencia, la pretendida discordancia que pudiere existir cuando, como en el caso, se trata de una ley y un decreto, no impone de por sí la descalificación de este último por violatorio del artículo 31 de la Ley Fundamental, pues resultaba indiscutible la competencia del Poder Ejecutivo Nacional para disponer la modificación de los índices preexistentes. Ello es así ya que tales criterios ingresan dentro de una materia en la cual, excepción hecha de las hipótesis de arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta, procede respetar las opciones valorativas y el margen de discrecionalidad indispensable de las autoridades administrativas, cuando actúan válidamente en la esfera de sus potestades constitucionales.” Cabe recordar que esta teoría fue introducida por el profesor MIGUEL S. MARIENHOFF, importada del derecho francés. Ver, por todos, COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La denominada «zona de reserva de la administración» y el principio de la legalidad administrativa”, en AA.VV. CASSAGNE, JUAN CARLOS (director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 193-222.

³⁷⁵ Ver, entre otros, CNFed.C.A., sala IV, *Lonigro Félix Vicente c. Estado Nacional – Congreso de la Nación s/ Amparo Ley 16.986* (21-III-06), LL, 2006-F, 390. En esta misma tendencia, CSJN, *Thomas, Enrique* (15-VI-10). Para un desarrollo del tema, ampliar en BONINA, NICOLÁS, “Causa judicial e inconstitucionalidad por omisión legislativa”, *op. cit.*

³⁷⁶ Ver, RICARDO LORENZETTI (magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), en *El Cronista Comercial*, edición del 01-06-2010, p. 7 en cuanto a que el Poder Judicial debe poner límites a los otros poderes.

³⁷⁷ GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración...*, *op. cit.*

3) REPENSAR LA DEMOCRACIA

Paralelamente —¿o en forma yuxtapuesta?—, la democracia formal e ideal —plasmada en la Constitución, los tratados, las leyes y las demás normas derivadas— también se revela insuficiente para materializar los valores y los hechos de esta realidad cambiante.³⁷⁸ La vida democrática constituye una experiencia relativamente nueva para nosotros como sociedad y para nuestros juristas, quienes han vivido, padecido y realizado su lucha por el derecho en un escenario plagado de rupturas sociales, económicas y políticas; donde el valor de nuestras instituciones y, en particular, de la Constitución misma, ha pasado a estar en un segundo plano,³⁷⁹ frente a administraciones *de jure* y usurpadoras que han destronado sin mayores inconvenientes la supremacía de la ley fundamental por la supremacía del interés particular.

Podemos definir la democracia como un conjunto de garantías contra el ascenso o el mantenimiento en el poder político de dirigentes contrarios a la voluntad de una *pseudo* y, muchas veces, demasiado ambigua mayoría.³⁸⁰ Desde una perspectiva más técnica, puede caracterizarse como la libre elección a intervalos regulares de los gobernantes por los gobernados. Se define así con claridad el mecanismo institucional sin el cual aquella no existe. Por su parte, para DE TOCQUEVILLE, la democracia moderna se entiende como la creciente e inexorable tendencia hacia la igualación de las condiciones que trasciende la esfera política para ser considerada una forma de vida, en la cual, todos los hombres son semejantes y hacen cosas más o menos iguales; sujetos a grandes y continuas vicisitudes, con las mismas victorias e iguales reveses que se repiten continuamente.³⁸¹

La democracia como entidad omnipresente no existe. Contrariamente a esta idea tergiversada que se enseña en escuelas primarias, secundarias y en universidades, la democracia sólo constituye otra técnica social. Y, para cumplir sus fines, la efectividad de

³⁷⁸ En una posición extrema y aún más realista, se ha concluido que la dificultad de encontrar sociedades que respeten fielmente los ideales propios del igualitarismo, nos habla, quizás, de la implausibilidad de tal proyecto o de la imposibilidad de llevarlo a cabo (GARGARELLA, ROBERTO, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 282). MARIO REJTMAN FARAH da cuenta de esta crisis de la democracia al señalar que según una medición de Latinobarómetro (www.latinobarometro.org) realizada en diecisiete países de América Latina que muestra que los argentinos están insatisfechos en un noventa por ciento por el funcionamiento de la democracia y un ochenta y cinco por ciento afirma que la solución de los problemas no depende de la democracia sino de las elites dirigentes. Al respecto, ver: REJTMAN FARAH, MARIO, “La organización administrativa y la participación ciudadana,” en AA.VV. *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público-Jornadas organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005, p. 335 y ss.

³⁷⁹ Ver, por ejemplo, CSJN, *Richardi, Fallos*, 301:101 (1979), donde se indicó que las Actas Institucionales y el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional eran normas que se integraban a la Constitución, y tenían por objeto el restablecimiento de la vigencia plena del orden jurídico y la instauración de una democracia republicana, representativa y federal, aunque pudiera sostenerse que en la cúspide del orden de prelación del art. 31 de la Constitución Federal argentina, se encontraban las disposiciones que, en uso de su poder constituyente, sancionara el gobierno usurpador por medio de su órgano político competente. Huelga cualquier comentario.

³⁸⁰ Todo lo que atañe al gobierno de la comunidad puede y deber ser controlado por el pueblo, y es también su responsabilidad la ausencia de control o juzgamiento, sus excesos y abusos (HAMILTON, ALEXANDER / MADISON, JAMES / JAY, JOHN, *El Federalista*, 2ª ed., México Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 38).

³⁸¹ DE TOCQUEVILLE, ALEXIS, *La democracia en América*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 567. Criterio seguido por el Dr. Petracchi en CSJN, *Comunidad Homosexual Argentina, Fallos*, 314:1531 (1991), al señalar que la democracia no es sólo una organización del poder, sino un orden social destinado a la realización de la plena personalidad del ser humano.

la misma reposa en el actuar responsable de los ciudadanos en la vida pública, en su compromiso y convicción respecto del reconocimiento del yo y del otro como parte de un mismo fenómeno.³⁸² La Constitución, en términos de la Corte Suprema, “no admite la validez de una voluntad mayoritaria expresada sin respetar los principios del estado de derecho ni les permite derogar principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. La Democracia es Constitucional, y por ello la función de esta Corte en este caso se dirige a garantizar la vigencia de principios regulativos del modo en que expresan las mayorías. El escrutinio judicial de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas.” Justamente, el buen juicio de un estadista es “afirmar reglas que constituyan incentivos apropiados para los futuros participantes en la competencia electoral. El cumplimiento de los principios que constituyen el núcleo del estado de derecho es lo que orienta a una sociedad hacia una expresión madura y plural, mientras que su apartamiento condena al futuro a repetir un pasado que se desea mejorar.”³⁸³

Los dos pilares clásicos en los que se asienta la democracia son los *principios* de soberanía popular y representación política por vía del sufragio³⁸⁴ —que además de la función electoral tiene función gubernativa—. ³⁸⁵ BOBBIO señala que a partir del principio del pueblo soberano y del fenómeno del asociacionismo, el Estado representativo se consolidó progresivamente en Inglaterra, difundiéndose a través de los movimientos constitucionalistas de las primeras décadas del siglo XIX en la mayor parte de los estados europeos, a través de un proceso de democratización que se desarrolló en dos líneas: la ampliación del derecho al voto hasta llegar al sufragio universal y el avance del asociacionismo político hasta llegar a la formación de los partidos de masas y al reconocimiento de su función pública.³⁸⁶

Sin embargo, la realidad nos demuestra que el pueblo no detenta ninguna soberanía y que, con suerte, sólo puede ejercer algún tipo de poder en algunas situaciones aisladas. El *pueblo* como tal, pocas veces decide algo y cuando lo hace, siempre es de manera *demasiado* indirecta, habiéndose afirmado, incluso, que el funcionamiento de la clase política representa un obstáculo para el desarrollo nacional, manteniendo “su atención

³⁸² La democracia aprehendida como patrón conceptual para el manejo de los asuntos comunitarios, no se asienta sobre cualquier base de consenso; se trata de un consenso sobre valores adoptados en la sociedad: todos los ciudadanos son igualmente libres para pactar, en los que se distingue a la democracia como forma de producción del sistema jurídico (con contenido determinado por la actividad ciudadana) y a la democracia como grado de legitimación (FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, *Investigaciones sobre derechos constitucionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 124).

³⁸³ CSJN, *Bussi, Fallos*, 330:3160 (2007).

³⁸⁴ No desconocemos, al mismo tiempo, la libertad de prensa y de expresión al extremo de que sin su resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal (cfr. CSJN, *Abal, Edelmiro c. Diario La Prensa, Fallos*, 248:291-1960-; *Ediciones La Urraca, Fallos*, 311:2553 -1988-). Siendo fundamental para la democracia la existencia de una prensa diaria, independiente y diversificada (CSJN, *La Prensa S.A., Fallos*, 310:1715 (1987), voto del Fayt).

³⁸⁵ CSJN, *Baeza*, Fallos, 306:1125 (1984), disidencia del Dr. Fayt.

³⁸⁶ BOBBIO, NORBERTO, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 214-215. El Máximo Tribunal ha indicado, mucho antes de la reforma constitucional argentina de 1994, que los partidos políticos, cuya existencia y pluralidad sustenta el art 1° de la Constitución, condicionan la vida política nacional e, incluso, la acción de los poderes gubernamentales, llegando a convertirse en órganos de la democracia representativa (*Partido Obrero - Capital Federal, Fallos*, 253:133 -1962-).

distraída de las cosas importantes por hacer a fin de encarrilar a la Nación en la senda del desarrollo sostenible.”³⁸⁷

Las herramientas de participación ciudadana dejan mucho que desear; contrariando la premisa de que “el elemento central del proceso democrático es el procedimiento de la política deliberativa.”³⁸⁸ Tanto los regímenes de elaboración participada de normas como las audiencias públicas —ambas reguladas en el ámbito federal argentino por una norma de jerarquía infralegal³⁸⁹— prácticamente no funcionan y cuando logran ser instrumentadas, la manipulación política las tornan ineficaces a los fines participativos y deliberativos. Por tales motivos, cuesta trabajo creer en la soberanía popular cuando las herramientas para materializarla son creadas, sancionadas, dictadas, puestas en marcha y manipuladas justamente por aquellos a quienes las mismas debieran obligar y limitar.

En cuanto al sufragio, el incremento cuantitativo de la población hace que se pierda la necesaria conexión entre representado y representante.³⁹⁰ A su vez, la magnitud de un acto electoral —tanto por electorado como por distancias— hace que por lo general sólo sean conocidos aquellos que gozan de los fondos *necesarios* para costear su campaña política y para solventar la estructura pertinente (personal, punteros, fiscales, logística, locomoción, etc.), sin que los regímenes electorales implementados a nivel nacional y provincial hayan podido solucionar este problema central de la teoría política.³⁹¹

Párrafo aparte, a nadie puede serle ajena la crisis de representación política que vive la República Argentina desde antes de 2001,³⁹² así como tampoco puede pasar inadvertido el desgaste que en la opinión pública (oficialista y no oficialista) tienen no sólo nuestra clase dirigente, sino también los poderes del Estado, compartiendo —en este aspecto— el sitio de descrédito por igual los tres poderes. Ese desgaste favorece y recrea en forma constante, permanente y continua el apotegma —para nada feliz, por cierto— de *divide y reinarás*. Y así funciona no sólo con el fenómeno político, sino muy en especial con el derecho, una de sus representaciones y manifestaciones clásicas o, al menos, más importantes.

La representatividad se encuentra cuestionada a niveles estructurales. Se nos presenta como un integrante más en esta galería de fantasmas que no tiene fin, donde la ideología ha sustituido la realidad.³⁹³ El sentimiento generalizado es que ni el Ejecutivo³⁹⁴ ni el

³⁸⁷ BLUSKE, GUILLERMO, “La clase política y el desarrollo nacional,” *Res Publica Argentina RPA*, 2009-2 y 3, p. 33, cuya lectura sugerimos, aunque disintimos en sus conclusiones, ya que consideramos que el responsable de las cíclicas crisis argentinas no sólo es la clase política, sino la sociedad en su conjunto de donde proviene ésta, en todo caso, entre otras causas.

³⁸⁸ HABERMAS, JÜRGEN, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996, p. 296.

³⁸⁹ Decreto 1172/2003 (<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>).

³⁹⁰ Como memoraba ROUSSEAU, tan pronto como un pueblo se da representantes, deja de ser libre y de ser pueblo (ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1997) sustituyendo la libertad individual por la ficción de la representación colectiva.

³⁹¹ Ver su desarrollo histórico en COSTA, EDGARDO MARIO, “Representación política y sistemas electorales,” en *Revista del INCAP*, año 1, Nro. 1, Buenos Aires, 1997.

³⁹² Ver, en tal sentido, DIANA, NICOLÁS / KODELIA, GONZALO S., “La apatía política en Santiago del Estero,” *Res Publica Argentina RPA*, 2005-1, pp. 53-69.

³⁹³ VICTORICA, MARCOS, “Prólogo,” en AA.VV., *La Argentina electoral*, Buenos Aires, Sudamericana, 1985, p. 7.

³⁹⁴ Aún cuando el Ejecutivo tiene como responsabilidad primaria contribuir al fortalecimiento de la democracia (ver, CSJN, *Granada, Fallos*, 307:2284 (1985), voto del Dr. Fayt.).

Legislativo representan a nadie.³⁹⁵ Sólo a sus intereses, a sus propios planes de gobierno, a sus bloques y partidos. Los propios legisladores así lo ponen de manifiesto en las sesiones. Hablan en nombre de sus bloques, no del pueblo al que deberían representar. Se confunde así representatividad con ideología política.³⁹⁶

Desde el plano ideal-formal —en este universo de ficciones constitucionales— la Corte Suprema ha sostenido que “el pueblo, como entidad política, es la fuente originaria de la soberanía” y el modo de ponerla en ejercicio es la elección de los representantes por el cuerpo electoral sustentada en la libre representación. El sufragio es así la base de la organización del poder.³⁹⁷ En un caso anterior, nuestro Máximo Tribunal Federal afirmó que los partidos forman parte de la *estructura política real*,³⁹⁸ de ahí que la vida política de la sociedad contemporánea no pueda concebirse sin ellos; pues *reflejan los intereses y las opiniones que dividen a los ciudadanos*, actúan como *intermediarios* entre el gobierno y las fuerzas sociales y de ellos surgen los que gobiernan.³⁹⁹

En estos casos, la Corte aborda los dos pilares de la democracia desde un punto de vista ideal, omitiendo las interacciones que acontecen en el ámbito de la realidad y perpetuando la brecha entre ambos planos. Sostener en el mundo de las ideas lo que no es en los hechos, sólo contribuye al distanciamiento entre el ordenamiento jurídico-institucional y los ciudadanos. Construir un derecho ideal sólo genera exclusión: cada individuo se siente menos identificado por sus instituciones y se vuelve más apático, más distante.⁴⁰⁰ Ello favorece a nuestra fractura como comunidad organizada y a la fragilidad de nuestro derecho.

³⁹⁵ Al respecto se ha dicho que “El Poder Legislativo parece no tener la suficiente capacidad estructural para representar las diversidades de intereses sociales. Las prácticas legislativas muestran ausencia casi total de vínculos entre representantes y representados y un alto grado de opacidad con que se insiste en legislar —casi en la oscuridad como hemos dichos en alguna oportunidad— en la medida en que se ha insistido en votar no nominalmente en el recinto al momento de dar tratamiento a los proyectos de leyes.” (REJTMAN FARAH, MARIO, “La organización administrativa y la participación ciudadana”, *op. cit.*)

³⁹⁶ Esto porque, “El diputado elegido a través de la organización del partido se vuelve un mandatario, si no de los electores, sí del partido que lo castiga quitándole confianza cuando él no respeta la disciplina, la que se vuelve un subrogado funcional del mandato imperativo de parte de los electores.” (BOBBIO, N., *Estado...*, *op. cit.*, p. 218.) Parte del problema reside en que las definiciones realistas de la democracia contrastan con las prescriptivas, que sólo nos indican cómo debería ser la misma (O’DONNELL, GUILLERMO, *Disonancias: críticas democráticas a la democracia*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007, p.31); pero en tal caso, ¿deberíamos resignarnos a la mera realidad o todavía podemos construir herramientas para encauzarla de manera más efectiva y útil para los individuos?

³⁹⁷ CSJN, *Partido Justicialista - Distrito Neuquén*; Fallos, 319:1645 (1996).

³⁹⁸ Actualmente deberíamos replantearnos qué se entiende por *estructura política real*, ya que luego de la reforma constitucional argentina de 1994 y la inclusión del nuevo artículo 38, los partidos políticos han sido constitucionalmente institucionalizados desde un plano *ideal*, incrementando la distancia respecto de su funcionamiento real e imponiendo al Estado su financiamiento. Al respecto ver: Leyes 23.298 (Orgánica de los Partidos Políticos), 26.215 (Patrimonio de los Partidos Políticos) y 26.571 (Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral).

³⁹⁹ CSJN, *Ríos, Antonio Jesús*; Fallos, 310:819 (1987).

⁴⁰⁰ Apostamos a una democracia útil, efectiva, “a su extensión y profundización, al mejoramiento de su hoy pobre calidad. Y esto hay que hacerlo en todos los frentes, incluyendo la «gran» política, los movimientos sociales, las universidades, las ONGs y tantos otros lugares [...] Esto no implica buscar los «amplios consensos» que se ha puesto de moda invocar. Se trata más bien de no temer los conflictos que sin duda desatarán los intentos de extender los aspectos civiles, económicos y sociales de estas democracias. Se trata también de ayudar a que esos conflictos se desplieguen dentro de los parámetros de la legalidad democrática, aunque esos mismos parámetros deberán ser ampliados a lo largo de esas luchas” (O’DONNELL, *op. cit.*, p. 201). Lucha que incluye, casi es innecesario mencionarlo, la lucha por un mejor derecho administrativo.

Otro punto a tener en cuenta es el del interés o bienestar común. Como concepto jurídico indeterminado su definición es imposible e irrealizable.⁴⁰¹ Esto ya lo ha adelantado GORDILLO mucho antes de ahora.⁴⁰² Pueden existir intereses coincidentes de una mayor cantidad de individuos, siempre que en ese colectivo, cada uno pueda encontrar un interés propio y compartirlo a la vez. El interés común no existe, ya que no hay intereses comunes a *todos* (bienestares comunes) ni para *todos* los individuos. Al contrario, la diferencia y variedad es lo que nos identifica.⁴⁰³

Paralelamente, el Estado no existe sino a través de sus órganos⁴⁰⁴ y, en este caso, parece improbable —y de hecho así lo ha sido en la realidad— que un órgano persona con facultad decisoria pueda percibir en forma completa el interés de la totalidad o de la mayoría de los individuos.⁴⁰⁵ Consecuentemente, el interés común es imposible tanto a nivel teórico (concepto) como en la práctica.

De todo lo dicho se desprende que la democracia de hoy en día es *tan* indirecta, con *tantos* operadores e intermediarios, con *tantos* intereses disímiles y complejos, que se ha alejado en buena medida de sus postulados fundadores. La crisis de la democracia se basa así, en dos motivos que se retroalimentan mutuamente: (a) la realidad que aquélla está llamada a contener, ha mutado y, (b) consecuentemente, los postulados fundadores de la misma y sus instituciones han perdido su vigencia e idoneidad para contener a esta realidad mutada.⁴⁰⁶ De esta forma, la democracia exhibe su insuficiencia para dar respuestas renovadas ante las exigencias de una realidad cambiante y, consecuentemente, saltan a la superficie las

⁴⁰¹ Al respecto, ver voto en disidencia del Dr. Petracchi, cons. 19, “Frecuentemente en nuestra historia, el triste hábito de recurrir a conceptos tales como *bien común*, para justificar decisiones de gobiernos de turno, restrictivas de la libertad, ha sido la noche en que, funcionarios que declamaban distintas ideologías o adhesiones partidarias, fueron todos, como los gatos, indistinta y confundiblemente pardos (CSJN, *Comunidad Homosexual Argentina*, Fallos, 314:1531 (1991).

Sobre la utilidad y diseño de los conceptos jurídicos indeterminados en nuestro país, ver: GRECCO, CARLOS, “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa,” *LL*, 1980-D, 1306; y COMADIRA, JULIO RODOLFO, “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial,” *El Derecho*, Buenos Aires, 29-III-00; entre otros.

⁴⁰² GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 8ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2006, Cap. VI, p. 31 y ss. (especialmente, p. 35 en adelante.)

⁴⁰³ Al respecto ver: BUCHANAN, JAMES M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, 1ª ed. (trad. de VERÓNICA SARDÓN), Madrid, Katz, 2009, p. 31. En esa línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la garantía de igualdad radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (CSJN, *Fallos*, 270:374; 286:97; 300:1084, entre otros), pero no excluye la facultad del legislador de establecer distinciones o formar categorías, siempre que tales clasificaciones no revistan el carácter de arbitrarias o estén inspiradas en un propósito manifiesto de hostilidad contra determinadas personas o clases (CSJN, *Fallos*, 195:270; 196:337; 207:270, entre otros). La verdadera igualdad consiste en aplicar la norma según las diferencias que los constituyen y caracterizan. Cualquier otra inteligencia o acepción, es contraria al interés social. (Cfr. GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, 9º ed., Buenos Aires, p.110, con cita de *Fallos*, 7:119; recordado en CNACAF, sala I, *Fernández Emilio Manuel c/ UBA y Otro s/amparo ley 16.986*, 9-V-00).

⁴⁰⁴ Por todos ver: GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, cap. XII.

⁴⁰⁵ Se trata lisa y llanamente de la aplicación del relativismo *einsteiniano*. Ampliar en BONINA, NICOLÁS, “Lo que el derecho es. Problemas epistemológicos a raíz del fallo Itzcovich”, *LL*, 2005-F, 356.

⁴⁰⁶ En este punto ver: GARGARELLA, *op. cit.*

*promesas incumplidas*⁴⁰⁷ de la democracia clásica-formal, frente al fenómeno de la democracia social-sustancial.⁴⁰⁸

La *crisis* del sistema democrático no debe ser entendida como amenaza de colapso inminente pues sus insuficiencias no lo ponen al borde de la extinción. Las amenazas a la democracia no son tanto externas —ya que no parece haber serios riesgos de involución autoritaria reaccionaria—, cuanto internas por la autonomización de ciertos aparatos del Estado, por la formalización de las instituciones representativas que pierden poder decisonal real y capacidad de control y por el distanciamiento entre el poder y la sociedad.⁴⁰⁹ También debe advertirse que este fenómeno de revalorización de la democracia directa está relacionado con el aumento de las demandas de más democracia, no tanto para sustituir la representativa, cuanto para complementarla.⁴¹⁰ De allí que la clave y el desafío que tenemos como sociedad es modificar los mecanismos necesarios de nuestro sistema democrático para poder dar respuesta institucional a las problemáticas de una realidad cambiante que hoy no se encuentra canalizada de la manera más útil y eficaz para la libertad del ser humano.

4) EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO TÉCNICA DE GESTIÓN

Ha memorado GRECCO que “[d]esde que Julius Hermann von Kirchman Ianzaral en 1847, en ocasión de pronunciar una conferencia en la Sociedad Jurídica de Berlín, su famoso anatema contra el saber de los juristas impugnando la calidad científica del Derecho, gravita en cualquier intento de construcción dogmática la incertidumbre respecto de su valor pragmático. Cada nueva formulación del fenómeno jurídico articulada en términos de dogmática general o sectorial arrastra, aunque no siempre se confiese, la sombra de semejante afirmación y soporta, por inevitable derivación, la servidumbre impuesta por aquellas realidades que signan, en definitiva, su grandeza y su miseria. Impecables construcciones, adosadas con envidiables fundamentos teóricos, yacen hoy en el sótano de los trastos viejos aletargadas en un sueño definitivo y sólo resultan exhumadas en función de curiosidades históricas. Es que como alguna vez expresó Ortega, en bellísimas palabras, no puede haber ciencia en cuyo tema les vaya a los hombres más o menos la vida; pues la ciencia no es linfático ornamento, al mero ajedrez ni es inercia de noria. Es la vida misma humana haciéndose cargo de sí, propia; es, a la vez, transparencia de la idea y estremecimiento de la viscera.”⁴¹¹

En el sentido opuesto, se ha expresado que “[p]or ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza [...] La sociedad es un

⁴⁰⁷ Al respecto ver: BOBBIO, NORBERTO, *El futuro de la democracia*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

⁴⁰⁸ BOBBIO, NORBERTO, *Estado...*, *op. cit.*, pp. 209-222.

⁴⁰⁹ RODRÍGUEZ-AGUILERA DE PRAT, CESÁREO, *Norberto Bobbio y el futuro de la democracia*, Universitat de Barcelona, Working Paper n.125, Barcelona, 1997.

⁴¹⁰ En sociedades complejas la exclusividad de la democracia directa es inviable y, además, es inconveniente por sus riesgos potencialmente antipluralistas (ver, RODRÍGUEZ-AGUILERA DE PRAT, CESÁREO, *Norberto Bobbio y el futuro de la democracia*, Universitat de Barcelona, Working Paper n.125, Barcelona, 1997).

⁴¹¹ GRECCO, CARLOS MANUEL, *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*, LL, 1980-D, 1306.

orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad.⁴¹²

Ahora bien, el derecho no es una ciencia. Tampoco es un dogma. El derecho no busca ninguna verdad ni tampoco intenta aproximarse a una idea de la misma; sólo *gestiona, regula, ordena o subordina las relaciones humanas en interferencia intersubjetiva*,⁴¹³ *en determinado ámbito de interacción. El derecho es una técnica de gestión* aún cuando suele sustentar su razón de ser en la aceptación de ficciones como fundamentos *lógicos* de todo un sistema que cruza al poder político, lo alimenta, construye y delimita. Pero nada hay de verdadero en esto, tampoco de natural.

Pero, ¿por qué preferimos el uso del vocablo *técnica* en vez de *ciencia*?

En primer lugar, nuestra elección del término tiene que ver con una cuestión epistemológica e ideológica. En nuestro inconsciente colectivo, ciencia implica seguridad-certeza-verdad. El derecho es un conjunto de procedimientos y recursos que hacen a algo práctico: la gestión del orden y la convivencia en las interacciones sociales. No busca ninguna verdad, ni seguridad, ni certeza. Sólo gestiona.

En segundo lugar, reiteremos que tanto la ciencia como la religión y el animismo resultan metafísicos. Y lo mismo el derecho, en cuanto y en tanto se lo pretenda equiparar. De allí que la elección de la terminología reposa en nuestra clara intención de desmitificar al derecho, desmitificar sus postulados y teorías (el discurso jurídico y político) que terminan siendo caldo de cultivo para conductas autoritarias y para la necesidad de los individuos de seguridad.

La caracterización del derecho como herramienta social (técnica) nos permite circunscribirlo a su ámbito de existencia propio y legítimo: el derecho no es otra cosa más que un conjunto de reglas, principios, procedimientos y recursos para obtener un fin: la gestión del orden y la convivencia en las interacciones sociales. Es mutable y perfectible, siempre en consideración a la finalidad buscada. No busca ninguna verdad, ni esencia absoluta o inmanente. El derecho es *instrumental*. El Diccionario de la Real Academia Española define el término instrumento como: **1.** m. Conjunto de diversas piezas combinadas adecuadamente para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios. **2.** m. ingenio (|| máquina). **3.** m. Aquello de que nos servimos para hacer algo. **4.** m. instrumento musical. **5.** m. Aquello que sirve de medio para hacer algo o conseguir un fin.

El derecho es precisamente un conjunto de reglas, principios, procedimientos, recursos que sirve de *medio* para gestionar el orden y la convivencia en la interacción social. Es una herramienta socio-cultural de la que *nos servimos* colectivamente para alcanzar una convivencia aceptablemente pacífica.

⁴¹² KELSEN, *op. cit.*, pp. 16-17.

⁴¹³ No podemos dejar de recordar a CARLOS COSSIO, fundador de la teoría egológica del derecho y de la idea del derecho como conducta en interferencia intersubjetiva. Ver, a modo de síntesis de sus ideas, AFTALIÓN, ENRIQUE R. / GARCÍA OLANO, FERNANDO / VILANOVA, JOSÉ, *Introducción al derecho*, 11º ed., Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980, p. 853 y ss.

La caracterización del derecho como técnica tiene como fin, justamente, resaltar su carácter instrumental, mutable, acientífico, imperfecto y perfectible.

Reiteramos: el derecho no busca la verdad, ni esencias o naturalezas inmanentes, no busca materializar leyes inmutables, no es ciencia, ni persigue la elaboración de postulados lógicos, no pretende indagar sobre las causas que conllevan a fallar de una u otra manera a los jueces y, menos aún, no es certeza ni seguridad. El derecho sólo constituye una herramienta social mediante la cual los individuos en comunidad gestionan el orden y la convivencia en su interacción cotidiana.

Lo que planteamos es la democratización radical del derecho, evitando el uso discursivo y mítico del mismo, como producto y herramienta del poder.

5) LA FINALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, el derecho como técnica puede tener como fin la subordinación y el mantenimiento de determinadas relaciones de poder ó, por el contrario, la realización y autodeterminación de los individuos, es decir, su libertad.⁴¹⁴

Ya hemos puesto de relieve que nos inclinamos por esta última opción, ya que consideramos que el ser humano es el centro de todo sistema socio-cultural y a él debe propender el mismo.

En primer lugar hay que dejar en claro que el derecho es un producto del Estado y éste se conforma por interacciones y estructuras de poder. De tal forma, el derecho siempre tenderá a la supervivencia del *statu quo ante*, a la supervivencia de una misma estructura de poder, porque es ésta la que lo crea como manto discursivo-ideológico para lograr su propia permanencia. En este juego, se otorgan derechos y garantías a los individuos, pero *los poderes del poder* siempre terminan siendo mayores.

Aquí entonces nos encontramos con un primer problema. Como sostiene CERDEIRAS,⁴¹⁵ el *quid* de la cuestión es decidir dónde nos situamos. *¿Estamos del lado del poder o del lado de la libertad y de las garantías?* Pero, *¿Existe realmente esta posición encontrada?* *¿Es necesario “decidir” dónde nos situamos como estudiantes, abogados, docentes, jueces y ciudadanos?* *¿Tenemos realmente la “posibilidad” de decidir?*

Somos nosotros mismos, cada individuo, los que tenemos la obligación de decidimos por el derecho administrativo que deseamos. Cuando el hombre desarrolle una individualidad libre, capaz de crear y autodeterminarse, podrá lograr desde su libertad y plenitud el orden social y de esta forma, deslegitimará al poder como productor y dador del mismo. Sólo en este punto, estaremos frente a un derecho administrativo –y derecho todo– que sea una técnica de libertad y no una herramienta de subordinación y perpetuación de las estructuras de poder imperantes. El ser humano puede lograr el orden y la convivencia desde sí mismo, pero para eso debe ser libre y pleno, previamente. Hasta ese momento,

⁴¹⁴ DURKHEIM afirma que “La historia muestra, en efecto, que de una manera regular, el derecho administrativo se halla más desenvuelto, cuanto a tipo más elevado pertenecen las sociedades; por el contrario, cuanto más nos remontamos a los orígenes, más rudimentario es” (DURKHEIM, EMILE (trad. Carlos G. Posada), *La división del trabajo social*, v. I, Barcelona, Planeta, 1994, p. 271.)

⁴¹⁵ CERDEIRAS, ROSAURA, *Tesina en preparación*.

necesitaremos de deidades paganas que nos otorguen la “verdad”, como en el cuento de los habitantes de *Sión*.⁴¹⁶

Se trata de una elección que debemos efectuar como individuos primero y luego como sociedad. *¿Qué tipo de hombres queremos ser y qué tipo de sociedad queremos tener?* Ciertas veces resulta más cómoda la inercia y culpar de nuestros defectos a las organizaciones, a la sociedad (como si no fuéramos parte integrante de ella), a la familia, etc. Hacerse cargo de la existencia de uno mismo es la opción más difícil.

Somos conscientes de la dificultad del desafío. Somos conscientes de que tal vez todo este trabajo sea una utopía irrealizable. Sin embargo, los sueños —en el sentido poético del término— son los que conllevan belleza y esperanza a la existencia humana.

Sólo cuando el hombre se decida por su propia libertad podrá cambiar el rumbo de su mal llamado “destino”. Sólo cuando el hombre se decida por su libertad, podrá hacerse cargo de sus responsabilidades. Y sólo en ese momento, podrá decidir sin trasladar la responsabilidad en otro, que quiere un derecho administrativo que tienda a la libertad.

Se nos permitirá finalizar con FROMM, quien sostiene que “Cada paso hacia un mayor grado de individuación entraña para los hombres una amenaza de nuevas formas de inseguridad. Una vez cortados los vínculos primarios, ya no es posible volverlos a unir; una vez perdido el paraíso, el hombre no puede volver a él. Hay tan sólo una solución creadora posible que pueda fundamentar las relaciones entre el hombre individualizado y el mundo: su solidaridad activa con todos los hombres, y su actividad, trabajo y amor espontáneos, capaces de volverlo a unir con el mundo, no ya por medio de los vínculos primarios, sino salvando su carácter de individuo libre e independiente.”⁴¹⁷

6) LA VOCACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

A lo largo de este capítulo nos preguntamos sobre el tipo de derecho administrativo que queremos colectivamente y sobre su futuro.

La respuesta —tentativa, por cierto— es que estamos construyendo un derecho administrativo insuficiente, frágil y, en muchos casos, ineficaz; edificado sobre postulados que hoy deben ser reexaminados a la luz de la realidad superadora y cambiante que nos toca experimentar. Que deben ser replanteados a la luz de una finalidad humanista, con centro en la libertad y diversidad de los seres humanos.

El miedo e inseguridad del individuo y su necesidad de certeza, contribuyeron a que construyera un derecho administrativo autoritario, dogmático, subordinante y sacralizado. Luego, la incapacidad actual de la antigua teoría de la división de poderes y de los postulados clásicos del sistema democrático paralizan al derecho administrativo, lo convierten en un producto ideal, basado en valores que *no son*, aislado de la realidad que está llamado a canalizar. Alejado, en fin, del individuo. De allí que estos dos puntos cardinales de nuestra estructura jurídico-institucional deben ser repensados, no sólo en su correspondencia con la realidad sino también en su eficacia, no respecto a la institucionalización y organización del poder, sino a partir del individuo y su libertad.

⁴¹⁶ Ver *infra*.

⁴¹⁷ FROMM, *El miedo a la libertad*, op. cit., p. 63.

Por tales razones, la finalidad del derecho administrativo actual debe comenzar por la decisión colectiva por la libertad. Nuestra rama debe constituirse en la plataforma institucional para la realización y autoafirmación del individuo en comunidad.⁴¹⁸ Y su futuro, su vocación, debe ser *su propia muerte*. Pues el derecho administrativo sólo cumplirá acabadamente con su fin primario cuando el hombre *realizado y autoafirmado en comunidad* ya no tenga necesidad de su existencia; cuando el derecho administrativo realmente concrete el derecho constitucional, es decir, cuando se realice en su función. Sólo en ese momento estaremos frente a un verdadero cambio de *paradigma*.⁴¹⁹

⁴¹⁸ Ver, *supra*, nota 341. La vara con la que debe medirse la actuación y/u omisión estatal no son conceptos esotéricos tales como división presunción de legitimidad, interés público, bienestar común, régimen exorbitante, zonas de reservas, etc., sino la realización de los ciudadanos y la posibilidad de la formulación y consecución de sus planes de vida, en cada caso bajo examen.

⁴¹⁹ No sin tener muy presente que todo cambio de modelo “tiene consecuencias graves cuando no va acompañado de las correlativas alteraciones normativas porque hace que las leyes anteriores entren en contradicción con el nuevo modelo” (NIETO, ALEJANDRO, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010, p. 163).

CAPÍTULO VII

LA LIBERTAD DE SION (versión libre)

El siguiente relato ha llegado a nuestro conocimiento de manera casual e impredecible. Hace unos meses nos encontrábamos buceando en los estantes de una librería de antiguo en el centro porteño, cuando, casi de manera predestinada, nos topamos con una antiquísima edición titulada “*A history about Sion’s freedom*”.

El ejemplar llamaba la atención poderosamente. Su encuadernación era de piel negra, con una inscripción inteligible en vivos dorados. Se encontraba en aquel estante, lúgubre, solitario, amenazante.

El grosor y color amarillento de sus hojas eran muestra suficiente de su antigüedad. Lo abrimos cuidadosamente. Sus inscripciones nos atrajeron. Decidimos comprarlo...

Al comenzar a leerlo advertimos que en este libro se cuenta la historia de *Sion*, un mundo en los confines del Cosmos, fuera de todo tiempo y lugar históricos, en el cual se relata la lucha de sus habitantes para liberarse de la casta de los magos y destruir a los dioses que los dominaban.

Los habitantes originarios de *Sion* se denominan *Ashmurti*, quienes con el paso de las eras se habían convertido en esclavos psíquicos. Vivían bajo una ilusión de realidad y libertad generada por la casta de los magos con la ayuda de los dioses. Desarrollaban su vida con normalidad, con la normalidad que la ilusión creada por los magos les permitía. Vivían cotidianamente, nacían y eran educados, sus oficios eran determinados por la herencia genética. En cuanto a la vida de relación, el sexo femenino era quien dominaba. En principio, no poseían relaciones monógamas. Cada *Ashmurti* femenina se juntaba con distintos *Ashmurti* hombres durante su vida, tenían descendencia y existía una compleja red de limitaciones para estas uniones basada en un sistema de castas y lazos por maternidad.

Esta supuesta “libertad” de los *Ashmurti* se enmarcaba en la ilusión en la que vivían. Ellos creían elegir libremente, pero sólo elegían dentro de las estructuras morales, sociales, psíquicas y culturales que los magos habían creado para ellos. Esta ilusión les proporcionaba a estos últimos un poder de dominación único, absoluto. Lo más asombroso, según el relato, es que los magos no tuvieron que utilizar la fuerza ni ningún artilugio para lograr esta dominación. Al contrario, se expresa en el relato mencionado que fueron los *Ashmurti* quienes se esclavizaron voluntariamente miles de años atrás sin nunca volver a cuestionar las estructuras sociales, mediante el poder de la palabra de los magos.

Se cuenta en el libro que en el comienzo de los tiempos, el miedo a la libertad y a la incertidumbre de los *Ashmurti* generó en éstos una personalidad sumisa tendiente a la esclavitud. Algunos pocos extranjeros que habitaban *Sion* comprendieron la oportunidad que se les presentaba y crearon la ilusión de la que hablamos. Esta ilusión fue perfeccionándose durante miles de años a través de la palabra oral y escrita, hasta llegar a la actualidad que nos refiere el libro. Estos extranjeros se convirtieron en los magos, que a su vez se dividieron en tres clases.

Los magos de la orden de la realidad eran los que podían invocar y dirigir la voluntad de los dioses de la costumbre, los *factum* dioses, y los dioses de la *ius prudentia*.

Los magos de la orden de la palabra escrita, podían invocar y dirigir a distintos dioses que regían en los códices que eran olimpos etéreos donde habitaban estas deidades.

Por último, *los magos de la orden de los natura principia*, que podían invocar y dirigir a los dioses que regían el cielo y los principios eternos.

Todas las castas de los magos eran gobernadas por el *Real Mago Supremo*, quien tenía la potestad de invocar y dirigir a todos los dioses. El *Real Mago Supremo* era escogido cada cuatro años mediante una especie de sufragio unido a una ceremonia ritual junto con un sacrificio de sangre voluntario.

Los dioses eran entidades virtuales y abstractas que habían sido creadas por los propios *Ashmurti* en tiempos inmemoriales. Lo curioso del caso es que estas entidades virtuales y abstractas habían sido en su inicio meras construcciones colectivas creadas con la finalidad de ordenar la sociedad, pero que no tenían nada de *divinidades*. Cuenta el relator que fue el miedo a la libertad de los *Ashmurti* lo que llevó a los magos a convertir a tales construcciones en dioses virtuales ante los cuales los primeros luego se subordinarían ciegamente.

Estas dos castas sociales habían convivido pacíficamente durante miles de años, con la paz que otorga la ilusión y la esclavitud voluntaria. Todo ello disfrazado con un manto de legitimidad.

Los Ashmurti no se cuestionaban acerca de estos sucesos. Por el contrario, eran un pueblo tranquilo, trabajador y que reproducía su especie mediante el sistema matriarcal indicado.

Sin embargo y como sucede en todas las sociedades y grupos humanos, hubo algunos *Ashmurti* que comenzaron a cuestionar la realidad en la que vivían, comenzaron a percibir que la realidad podía ser otra y que ellos mismos eran los únicos responsables de encontrarse como se encontraban.

Así fue como durante años estos *Ashmurti* disidentes desaparecieron de *Sion*. Según el libro que encontramos, nadie supo dónde se habían dirigido, y aun cuando los buscaron hasta el cansancio (ya que creían que algo maléfico les había sucedido) no pudieron dar con ellos. Según la leyenda, *Hakshon* y su hueste de disidentes habrían permanecido bajo tierra, en unas cavernas subterráneas que se encontraron luego de la era de las luchas, al noroeste de *Sion*, en la provincia de *Legarmash-yin*. Algunos opinan –y sobre todo a raíz de los acontecimientos posteriores y la forma en que éstos se desarrollaron– que estos disidentes realizaron algún pacto con las fuerzas malignas y demoníacas, aprendiendo la brujería negra y así se volvieron invisibles durante todos los años de su exilio voluntario. Por ello mismo, no podían ser vistos ni encontrados.

Hay otros, sin embargo, que afirman que los *Kashmanes* (tal fue el nombre que los disidentes luego adoptaron y así pasaron a la historia) en realidad practicaron durante todo el período de su desaparecimiento el nomadismo sumado a la inteligente práctica de borrar sus huellas para que no los encontrarán. Los *Kashmanes*, asimismo, falsificaban rastros sobre magia negra y artes malignas y los ubicaban en lugares donde no habían estado.

Los *Ashmurti*, ante el terror que estos rastros falsos le causaban, desistieron de la búsqueda pensando que los mismos demonios habían asesinado a los disidentes.

Pero ello no fue así y durante 235 años los disidentes se prepararon, se organizaron, se capacitaron en las artes de la guerra y de la sabiduría de los antiguos.

En fin, se volvieron más libres, viviendo fuera de toda ilusión y preparándose para dar batalla a la casta de los magos.

Cuenta así la historia que en la séptima luna del *Shikamón*, en el año 9329 de la nueva era, el cielo de *Sion* se volvió gris humo debido al choque de las espadas.

La batalla duró 128 rashanes.

Los magos intentaron dominar a los *Kashmanes* mediante la invocación y aplicación de los distintos dioses. Pero los disidentes ya habían perdido el temor arcaico a las deidades. Se sabían libres, se reconocían como tales.

Sólo ellos habían comprendido que todo orden dependía de cada uno. Habían comprendido y experimentado que todas las preguntas, miedos, incertidumbres que el Cosmos presentaba obtenían respuesta en el interior de cada uno. Habían entendido y experimentado que no necesitaban deidades en quienes creer y a quienes aferrarse para sentirse seguros, porque la única seguridad reposa en la libertad y responsabilidad de las acciones de cada individuo y cada individuo, al determinarse como tal decide y, si esa decisión se dirigía hacia el orden, habría orden.

Los *Kashmanes* llevaban 235 años de vida en libertad y armonía y ahora pensaban liberar a los *Ashmurti*, acabar con la casta de los magos y su falso poder y pasar a una nueva era para *Sion*.

En el rashán 46, los magos se percataron que ninguna de sus ilusiones podría quebrar la fuerza de convicción interior de los disidentes y mandaron llamar a todos sus discípulos y a armarlos para la batalla. Así, el cielo se volvió una vez más color humo, como un nuevo presagio de la tragedia. En campo abierto lucharon sin cesar, sin fatiga. Las jornadas se volvieron eternas. El sonido de la naturaleza había quedado opacado por el estrépito de las argénteas espadas al danzar en la mística de la guerra. El verde de la hierba había quedado oscurecido por el escarlata bálsamo de la vida marchita.

La batalla involucró a todos: infantes, ancianos, de cualquier sexo. Todos blandían sus armas en pos de la libertad. Se cuenta que los *Kashmanes* habían jurado morir antes que regresar vencidos.

Nunca en la historia de *Sion* se vio una batalla tan épica y a la vez sangrienta. Finalmente, en el rashán 128 el Real Mago Supremo promulgó un edicto en el cual proclamaba la libertad para todos los habitantes de *Sion* y deponía su gobierno.

Los *Kashmanes* exiliaron a los magos a unas tierras lejanas al sur de *Viridión*, más allá de los mares del *Ki'vvión*, instauraron un gobierno basado en la libertad de todos los habitantes y llamaron a los *Ashmurti* a unírseles en el mismo. *Vidoro el Sabio* escribió en los anales sagrados que esta batalla fue la “*Revolución de la Libertad*”.

Cuenta la historia que para la décima luna del *Shikamón*, los *Ashmurti* estaban muriendo de un mal inexplicable. El miedo, la angustia y la depresión los arrebatava. Se dejaban morir en la vacuidad de la nada. No sabían qué hacer con esa nueva libertad.

Para la onceava luna los *Ashmurti* tomaron violentamente el gobierno, mataron a todos los *Kashmanes* y pidieron a los magos que, en honor a los dioses a quienes todavía adoraban, volvieran a gobernar...

Sin embargo, las clases acomodadas de los *Ashmurti* se habían percatado de las ilusiones inventadas por la casta de los magos y advirtieron las considerables ventajas que podían extraer de esta nueva situación. En este nuevo gobierno, estas clases aventajadas se reservaron una porción del poder para ellos mismos. Varias modificaciones fueron adoptadas en el rito religioso y, en particular, en la política. Los magos fueron excluidos de las magistraturas y relevados a su función de intermediarios con las deidades, las que fueron restauradas.

En esta nueva Era, la santidad de *Sion* se identificó con las promesas dadas por los *jusjus* y los *docq'tr*, quienes nacidos en el seno de las clases acomodadas de los *Ashmurti* asumieron la función vitalicia de intermediar entre los hombres entre sí y entre éstos y las instituciones, respectivamente.

Un período de paz y de estabilidad se abrió en *Sion*, el que fue llamado período de la “*Luz Blanca*”. Pero al poco tiempo, los *jusjus* y los *docq'tr* llevaron el período de la “*Luz Blanca*” al de la “*Gran Dominación*”, en el cual, extinguida la pequeña revolución de los 2 rashanes, a la que alude también *Vidoro el Sabio*, se produjo una restauración intelectual sin precedentes.

Los magos se unieron finalmente a los *jusjus* y *docq'tr* formando así la Gran Confederación de *Sion*. Sancionaron el Gran Cuerpo Unificado (o Códice Supremus) de leyes religiosas, políticas y físicas en el cual, con mayor o menor acierto -eso no importaba demasiado- se estableció la explicación oficial a las grandes preguntas que los *Ashmurti* se hacían desde tiempos inmemoriales.

El Códice se subdividía en cuatro apartados. El primero trataba sobre las verdades fundamentales. El segundo sobre las verdades religiosas. El tercero sobre las leyes físicas. El cuarto sobre las leyes políticas.

El Gran Cuerpo Unificado comenzaba con la denominada *Primera y Mayor Pregunta*:

“¿Son la libertad y la esclavitud opuestos? ¿Son los *Ashmurti* libres o esclavos?”.

La respuesta, simple y compleja a la vez, era la siguiente:

“*La libertad es Sion. La esclavitud también. Sólo por vía de la razón divina y la justicia de los dioses el cuerpo de normas podrá ser interpretado.*

Por ello mismo, la interpretación de estas normas y principios queda reservada a nosotros, como la verdad a los Dioses.

El camino de la obediencia es la libertad misma. Ésa es la primera respuesta.

La historia de Sion, es la historia del camino a la libertad.

Quien quiera oír que oiga.”

CAPÍTULO VIII

APÉNDICE Y CONJETURAS

1) INTRODUCCIÓN

Como escribió BORGES, el concepto de obra terminada es producto de la fe o del cansancio. A medida que nos adentrábamos en el análisis de los contenidos de los capítulos de este libro, surgían nuevos temas y nuevos contenidos que pretendíamos analizar. Tal vez, profundizar sobre un libro en particular, sobre una inquietud originada por un autor, sobre un tema que se desprendía de un capítulo.

Pero aunque BORGES tenía razón, algún día hay que ponerle punto final al trabajo y enviarlo a la editorial. Por eso mismo nos propusimos incluir estos apéndices que intentan ser grandes notas al pie o comentarios que pueden o no leerse sin alterar el contenido del cuerpo principal de esta obra.

Con total libertad, entonces, los apéndices intentan ser un estímulo y un recordatorio. Un estímulo para el lector, al tratar ciertos temas que lo conduzcan a nuevos análisis, distintos o paralelos, al contenido del cuerpo principal del libro. Un recordatorio para los autores, para no olvidar lo que en algún momento (tal vez una próxima edición) deberá ser tratado más profundamente.

Por ello mismo, estos apéndices son inescrupulosos e irresponsables. Son ideas, pensamientos o comentarios *salvajes* (en el léxico popperiano), *radicales*, *en bruto*. Con ellos sólo pretendemos incitar y estimular la reflexión.

1) APÉNDICE UNO: LA JUSTICIA⁴²⁰

El motivo de este apéndice no es disertar profundamente sobre la justicia ni realizar una conceptualización o metafísica de la misma. Partimos de una inquietud nacida a la luz de una idea de ALAIN SUPIOT para ofrecer una opinión arbitraria y parcializada, si se quiere.

Este autor afirma que el estudio del derecho como técnica que es, no puede prescindir de la idea de justicia, pero a la vez reprueba la medición o análisis del derecho por su utilidad, preguntándose a quién sirve esa utilidad.⁴²¹

He aquí nuestro punto de partida. Estamos frente a un problema. Pareciera cierta la afirmación en cuanto que si analizamos el derecho a partir de su utilidad, debemos preguntarnos ¿útil para quién? Pero a la vez, nos cuestionamos lo siguiente: si el derecho no es útil, ¿para qué (existe)? Si no es útil, ¿cuál es su razón de ser? ¿Cuál es el sentido de su existencia?

A su vez, en el derecho, los individuos depositan una cierta idea de justicia que viene relacionada también con el orden-seguridad-certeza que hemos desarrollado en los capítulos de esta obra. Ahora, cabe también preguntarse ¿qué es justicia y para quién?

Involucrémonos entonces en la idea de justicia. Pareciera inocente creer que existe una idea objetiva de la misma. Tal vez sea más sincero afirmar solamente que existen ciertos caracteres o parámetros para discernir una solución justa, que igualmente vendría a ser una gran franja “gris” con varios matices de grises, donde probablemente, no exista sólo **una** solución justa.

Pero adentrándonos un poco más en estos caracteres, corresponde destacar que los mismos son consecuencia del propio aparato discursivo e ideológico impuesto por los grupos dominantes. Es decir, las concepciones y caracteres de lo *justo* en una sociedad dada, vienen determinados por el aparato discursivo-ideológico de la superestructura, o sea, por la dinámica de los factores de producción imperantes y las estructuras de subordinación originadas en el seno de esta interacción. Esto es marxismo puro. La idea objetiva de justicia es una idea ambigua y difusa –muy difusa– que se pierde en un manto indemostrable.

Hoy leemos que se condenó a tal persona por crímenes de lesa humanidad. Esta sentencia pareciera aplicar una cierta idea de justicia “objetiva”. Sin embargo, los miles de crímenes cometidos por el Imperio Romano, por la Grecia antigua, por las potencias europeas colonizadoras, por los procesos de la inquisición, etc., nunca fueron juzgados de esta forma, por la sencilla razón de que la idea de justicia era otra. Aun cuando el hecho fuera similar.

El discurso ideológico determinaba otra “idea objetiva” de justicia. Volviendo al marxismo, si identificamos quién o quiénes determinan el discurso ideológico imperante (la superestructura, los grupos dominantes y de poder), la conclusión parece obvia: esta “idea objetiva” de justicia no es tan objetiva, sino más bien bastante parcializada y para peor, poco inocente.

⁴²⁰ Por NICOLÁS BONINA.

⁴²¹ Ver SUPIOT, ALAIN, *Homo Juridicus*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 24 y ss.

Claro está que, como señala FROMM,⁴²² el individuo y la sociedad mantienen una relación simbiótica, recíproca, es decir, el primero determina a la segunda a la vez que la segunda determina al primero en un ciclo continuo y dinámico, lo que permitiría quitar el énfasis y matizar un poco la teoría de la determinación ideológica únicamente por los grupos de poder.

Ahora bien, mayor ambigüedad presenta nuestra idea objetiva de justicia cuando se la intenta aplicar a un caso concreto.

Basta revisar cualquier repertorio de fallos de nuestros tribunales para darnos cuenta de ello. Agréguese que el juez (o quien redacte el borrador de sentencia) es una persona constituida por valores, principios, creencias, miedos, presiones, estereotipos, etc., que determinan también una idea de justicia propia y la aplicación de la misma, ya que tal idea varía, según el caso que le toque resolver.⁴²³

Peor aún, la idea individual de justicia parece depender de cada individuo de una manera distinta respecto de otros individuos. O aun más grave, cada individuo aplica una idea de justicia distinta según la situación que le toque afrontar. Se difuminan así estos supuestos caracteres objetivos y cuasi-universales, si es que alguna vez existieron realmente.

Entonces, cambiando el eje de enfoque, situémonos en la idea individual de justicia. Aquí, afirmamos sin tapujos, que *la justicia para cada individuo es la medida de su egoísmo*.⁴²⁴

De tal modo, para cada caso y situación que le toque a un individuo, la medida de su egoísmo determinará aquello que sea justo.

Hasta aquí tenemos, entonces, que la idea objetiva de justicia –que residiría en el derecho– es ininteligible.

Sólo existen ciertos parámetros, pero que son determinados por la interrelación de los grupos de poder y los grupos subordinados (superestructura y estructura). A la vez, esta idea se difumina aun más cuando se baja al nivel de cada individuo, que siempre encuentra algún parámetro para justificar su propia idea de justicia, al igual que el juez al fallar.

Volvemos con la utilidad de un régimen o sistema jurídico. ¿A quién debería referirse entonces este parámetro de medición para legitimarlo?

⁴²² FROMM, ERICH, *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1973, p. 39: “Pero no solamente el hombre es producto de la historia, sino que también la historia es producto del hombre. La solución de esta contradicción aparente constituye el campo de la psicología social. Su tarea no es solamente la de mostrar cómo cambian y se desarrollan pasiones, deseos y angustias, en tanto constituyeron *resultados* del proceso social, sino también cómo las energías humanas, así modeladas en formas específicas, se tornan a su vez *fuerzas productivas que forjan el proceso* social.” (ver también las citas de nota 8 de la p. 39 y p. 135).

⁴²³ Los jueces, como el resto de los actores del fenómeno jurídico, son también y precisamente, seres humanos, hecho que nunca debemos olvidar. Ampliar en NIETO, ALEJANDRO, *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, Trotta, 2002, p. 94 y ss.; NIETO, ALEJANDRO / GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 71 y ss.

⁴²⁴ El RAE lo define como “Inmoderado y excesivo amor a sí mismo, que hace atender desmedidamente al propio interés, sin cuidarse del de los demás” (www.rae.es). Es decir, no hace falta que se trate de una conducta desmesurada ni desmedida, sino tan sólo el mero hecho de anteponer los intereses propios al de los otros.

Con todo lo dicho hasta aquí, percibimos que cuando un sistema jurídico se ve atacado por un constante o grave reproche de la ciudadanía en base a su supuesta injusticia, debemos concluir que éste no resulta útil para los individuos de esa determinada sociedad.

Si el derecho, según concluimos, es una técnica de gestión social, debe ser útil para los integrantes de esta sociedad mediante dos aspectos: **a)** debe proveer reglas claras que produzcan un cierto nivel de orden social, y; **b)** debe materializar (proyectar) a nivel macro (ya no objetivo) un cierto grado de la idea individual de justicia.

Si un sistema jurídico, entonces, provee de reglas claras y produce un cierto nivel de orden social y cada individuo percibe que tal sistema produce continuamente soluciones justas⁴²⁵ (independientemente de algún/os caso/s aislado/s), podríamos concluir que ese sistema sería útil para esa sociedad (para los individuos de esa sociedad) y proyectaría (representaría) en un alto grado las ideas individuales de justicia, ya que cada individuo –o su mayoría– podría ver reflejada su idea individual en el actuar de los operadores del aparato jurídico.

Parece evidente que siempre habrá grupos que consideren que un sistema jurídico determinado produce soluciones injustas. Queda pendiente el problema de las minorías. Tal vez, la solución reside en que existen grados o niveles de utilidad.

Así, podríamos postular que cuanto mayor cantidad de individuos tengan la creencia o convicción de que un sistema jurídico produce continuamente soluciones justas, mayor será el grado de utilidad de ese sistema. En cambio, a menor cantidad de estos individuos, menor será la utilidad del mismo.

De esta forma, pareciera posible tender un puente entre la idea de justicia y la de utilidad.

Tanto la utilidad como la idea de justicia de un sistema jurídico estarán determinadas por la creencia o convicción de los individuos de esa sociedad en cuanto a la materialización de sus propias ideas individuales de justicia.

Superando esta idea, dejamos planteado otro nuevo interrogante: si pudiéramos construir una democracia y un derecho que garanticen y estimulen la libertad, la autodeterminación y realización de los individuos en comunidad, ¿no sería éste, precisamente, un sistema justo? Si lográramos construir un régimen que tienda a la realización, autodeterminación y a la formulación de un plan de vida pleno, ¿tendría sentido seguir indagando sobre la justicia? ¿Será, tal vez, que la idea de justicia tiene su génesis precisamente en la angustia existencial del ser humano? Al no poseer la armonía y la paz por nosotros mismos, inventamos la *justicia* como principio o valor equiparable a la *salvación* religiosa.

¿Será tal vez que, mediante la justicia, inventamos nuevamente una entelequia metafísica que nos aliene de nuestra responsabilidad en la superación de nuestras propias incapacidades...?

⁴²⁵ Las cuales son consideradas desde la idea individual de justicia de cada individuo.

2) APÉNDICE DOS: EMERGENCIA ECONÓMICA Y DISCURSO JURÍDICO⁴²⁶

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

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

1. Introducción

La historia argentina a partir de 1930 se caracterizó no sólo por la construcción y aplicación vernácula de la teoría de los gobiernos de facto (usurpadores), sino también por el nacimiento, desarrollo, crecimiento y mutación de la *doctrina de la emergencia económica*. El valor de una teoría jurídica depende siempre, al menos en alguna medida, de la capacidad para brindar perspectivas interesantes respecto del objeto teorizado.⁴²⁷

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

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, ha indicado que "a partir de 1930 se vive una prolongada etapa de inestabilidad política y social que ha dado lugar a crisis institucionales profundas, a la instauración de gobiernos irregulares o de facto, al implantamiento del estado de guerra interno, del estado de sitio y de la ley marcial, a tentativas de orientación totalitaria o corporativa, a alteraciones en los procedimientos de organización de los poderes del Estado, a la promulgación de legislaciones represivas y, especialmente en los últimos diez años, al creciente surgimiento de la violencia terrorista de extrema izquierda y de extrema derecha, con métodos de lucha armada, todo ello en detrimento de la vigencia del estado de derecho."⁴²⁸

⁴²⁶ Por NICOLÁS DIANA. El desarrollo que aquí se realiza reproduce, en gran medida, pero con algunos cambios, parte de la tesina *Discurso jurídico y derecho (administrativo)*, cuyo director fue el Dr. MARIO REJTMAN FARAH, presentada como conclusión de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Agradecemos a él su rol tutelar y consejo, como también a los Dres. AGUSTÍN GORDILLO, LAURA MONTI y MARÍA ROSA CILURZO quienes desde su rol como miembros del tribunal que tuvo que analizar el trabajo, han encaminado la profundización de conceptos e ideas inadvertidos por el autor al tiempo de escribirlo.

⁴²⁷ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, "La emergencia desde el punto de vista jusfilosófico," *LL*, 2003-E, 1106.

⁴²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, 11 de abril de 1980, <http://cidh.oas.org/countryrep/Argentina80sp/Cap.1.htm>.

El estado de derecho se ve igualmente afectado, restringido y amenazado en su sistema de derechos y garantías,⁴²⁹ durante la vigencia de la emergencia económica, por cuanto el Poder Ejecutivo concentra el poder, aún más, dentro de nuestro presidencialismo, verdadera democracia deliberativa. CARLOS NINO ha puntualizado que el estado de sitio, ha sido lisa y llanamente el cementerio de nuestras libertades, remontándose en el orden nacional, hasta el decreto de seguridad individual de 1811.⁴³⁰

Quizás el más riguroso intento por construir una teoría sobre el estado de excepción (todo estado excepcional de emergencia, en sí mismo, lo es) ha sido atribuido a CARL SCHMITT, a través de sus obras *Dictadura* (1921)⁴³¹ y *Teología política* (1922),⁴³² justamente por la especial vinculación que él hizo entre el primero y el orden jurídico. En sentido jurídico y más allá de las suspensiones y restricciones de ciertos derechos y garantías, dicho orden sigue existiendo como tal.⁴³³

La emergencia política ha sido motivo expreso de consideración constitucional, en el art. 23, en cuanto establece que: “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.” Es importante “la experiencia argentina en materia de «emergencias políticas» y «estado de sitio», que se complementan con otros mecanismos constitucionales como la «intervención federal en el territorio de las provincias» o la «doctrina de facto», elaborada, ésta última, por la Corte

⁴²⁹ Se ha puntualizado que: “En teoría, la verdadera fuerza normativa del orden constitucional depende centralmente de la planificación de sus “propias” garantías; a veces operan eficazmente, a veces no. Las garantías de la Constitución, es decir del propio orden constitucional, son previstas para defender el sistema jurídico que ella organiza; son garantías que la Constitución se confiere a sí misma para asegurar su jerarquía –lógica y axiológica– dentro del ordenamiento jurídico estatal, aún en casos de emergencia. Estas garantías, apreciadas en sentido amplio, evocan la idea de que la política debe ser constitucionalmente adecuada. Cabe consignar en el campo de dicha orientación los siguientes mecanismos institucionales: (i) la estricta separación/división, la razonable distribución y el prudente equilibrio de las funciones de los poderes del Estado; (ii) la rigidez constitucional; (iii) el plan de emergencias básico del derecho constitucional del poder: la declaración del estado de sitio, intervenciones del gobierno central en el manejo de los poderes constituidos de las entidades federadas, incluyendo las fórmulas normativas que reglan la imperatividad y efectividad del orden constitucional frente a todo acto de fuerza que intente interrumpir su vigencia, como así también el derecho de resistencia de la ciudadanía contra la tiranía u opresión; (iv) los principios que estipulan un ejercicio racional del poder del Estado, exigiendo un mínimo estándar de razonabilidad en los actos u omisiones de funcionarios a cargo de los poderes del Estado.” (FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, *Estado Argentino modelo 2002: ¿Involución hacia la emergencia infinita?*, texto, ampliado y corregido, recoge la exposición realizada el día 19 de abril de 2002, en el seminario de estudio “Radici e caratteristiche della crisi argentina: profili costituzionali ed economici”, llevado a cabo en el Centro di Ricerca e Formazioni sul Diritto Costituzionale Comparato, Università Degli Studi di Siena, República de Italia (<http://www.unisi.it>).

⁴³⁰ CARLOS NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 489.

⁴³¹ SCHMITT, CARL, *Die Diktatur*, Munich-Leipzig, Duncker & Humblot, 1921.

⁴³² SCHMITT, CARL, *Politische Theologie*, Munich-Leipzig, Duncker & Humblot, 1922.

⁴³³ AGAMBEN, GIORGIO, *State of exception* (translated by Kevin Attell), The University of Chicago Press, 2005, pp. 32-33. Esto así, porque el estado de excepción va más allá de la situación creada frente a la guerra o una conmoción interior.

Suprema de Justicia de la Nación, la que adquiere un valor emblemático y tristemente célebre a partir de la acordada del 10 de septiembre de 1930.⁴³⁴

Mucho se ha escrito sobre el estado de emergencia en la Argentina y, por razones de brevedad y también de honestidad intelectual, a las obras y artículos especializados nos remitimos.⁴³⁵

En ese marco, el de la institucionalidad, ha apuntado VANOSI, es que existe una **regla de oro** en el Estado constitucional contemporáneo, “a todo acrecentamiento del poder, debe corresponder un mejoramiento o un vigorizamiento consiguiente de los mecanismos de control, como algo absolutamente necesario para que la limitación del poder sea efectiva; y ello, como paso previo inexcusable para que la instancia de la responsabilidad se pueda también efectivizar. Es decir, que sin control efectivo no hay limitación real del poder; y sin control real no hay posibilidad de efectivizar la responsabilidad de los gobernantes. Esto viene a indicar entonces, que ante el hecho notorio del crecimiento del Estado en

⁴³⁴ CASÁS, JOSÉ O., *La emergencia infinita en el ámbito del derecho tributario argentino (o el contribuyente bajo perpetuo estado de sitio fiscal)*, RDA, 2002-499.

⁴³⁵ BARCESAT, EDUARDO S., *El precedente "Massa". Tributo al dios Kronos*, La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006 (diciembre), p. 5, LL, 2007-A, 1103; BIANCHI, ALBERTO B., *Una calma perfecta*, La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006 (diciembre), p. 7, LL, 2007-A, 1105; CARNOTA, WALTER F., *La pesificación hoy ("Cronoterapia" y realismo)*, La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006 (diciembre), p. 13, DJ 2007-1, 53; LL, 2007-A, 1110; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *El acto final de la pesificación: ¿el porvenir de una ilusión?*, La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006 (diciembre), p. 15, DJ 2007-1, 49, LL LEY 2007-A, 1112; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *El caso "Massa": fin de un capítulo en la pesificación de los depósitos bancarios*, La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006 (diciembre), p. 23, LL, 2007-A, 1120; MANILI, PABLO L., *La propiedad privada es inviolable (art. 17 de la Constitución Nacional)*, La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006 (diciembre), p. 35, LL 2007-A, 1130; CILURZO, MARÍA ROSA, *Breves consideraciones referidas al fallo "Massa"*, LL 2007-D, 143; KAMINKER, MARIO E., *Aspectos prácticos de la aplicación del fallo "Massa"*, La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), p. 80; HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, *El caso "Massa" y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica*, La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), p. 70; SOLA, JUAN VICENTE, *El fin del nudo gordiano constitucional*, La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), p. 101; CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, *El fin judicial de la emergencia desde el punto de vista jusfilosófico trialista. Posibilidades de debate que aclaran el sentido del derecho*, La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), p. 35; MORELLO, AUGUSTO M., *La Corte Suprema, piloto de tormentas*, La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), p. 91; DALLA VIA, ALBERTO RICARDO, *La doctrina constitucional de la emergencia y el derecho de propiedad*, La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), p. 48; ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, *¿Hay dos derechos, uno de la normalidad y otro de la emergencia?*, La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), p. 3; KIELMANOVICH, JORGE L., *Aspectos procesales del caso "Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros s/amparo"*, LA LEY 09/11/2004, p. 4; BADENI, GREGORIO, *Reflexiones sobre el caso "Bustos"*, LA LEY 09/11/2004, p. 1; ALANIS, SEBASTIÁN D., *Lo previsible. Las consecuencias*, La Ley Sup. Adm 2004 (noviembre), p. 9; MILIKER MARÍA E. (coordinadora), *El derecho administrativo de la emergencia I*, Buenos Aires, FDA, 2002; AHE DAFNE S. (coordinadora), *El derecho administrativo de la emergencia II*, Buenos Aires, FDA, 2002; ALANIS SEBASTIÁN D. (coordinador), *El derecho administrativo de la emergencia III*, Buenos Aires, FDA, 2003; SCHEIBLER GUILLERMO (coordinador), *El derecho administrativo de la emergencia IV*, Buenos Aires, FDA, 2005; ZAYAT, VALERIA E. (coordinadora), *El derecho administrativo de la emergencia V*, Buenos Aires, FDA, 2006; BARRAGUIRRE, JORGE, *Derecho y Emergencia*, Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 17; HUTCHINSON, TOMÁS, *La emergencia y el Estado de derecho*, Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 27; BOTASSI, CARLOS, *Emergencia y derechos adquiridos*, Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 61; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los contratos públicos y la ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario*, Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 113; entre muchos otros.

todas sus fases, tanto en la faz del Estado social (por la aparición de las nuevas funciones y competencia que el Estado asume) como en la faz tradicionalmente política (por la necesidad frente a los fenómenos de violencia y de subversión que sacuden a las sociedades contemporáneas, de responder con el brazo de la ley, para poner fin a esa situación) resulta imperioso que esta regla se mantenga en pie y se aplique. Porque el abandono de un principio de tal índole significaría fatal e irremediamente un entronizamiento de la dictadura, aunque fuera de la dictadura constitucional. Por ende, la verdadera cuadratura del círculo, que plantea el problema frente a las nuevas dimensiones del Estado, como también frente a las nuevas proporciones de los sacudimientos sociales, está en la necesidad de buscar un nuevo punto de equilibrio (un difícil punto, de equilibrio) entre la necesidad de asegurar la permanencia del Estado, pero al mismo tiempo la necesidad de asegurar la permanencia de las libertades. O, dicho con otras palabras, la cuestión consiste en cómo poder responder a las situaciones de emergencia sin incurrir en este doble riesgo: ya sea de desarmar al Estado por un lado, o, por otro lado, el riesgo de transformar el Estado en un ente dictatorial.”⁴³⁶

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

A mediados de 2001, GORDILLO anticipaba que la emergencia era y es perpetua porque “desde ahora vemos y seguiremos viendo la realidad. **Entró en emergencia final la fantasía de los argentinos. La realidad, está tan mala como siempre. Sólo que ahora se ve que no tiene salida inmediata, tanto que las leyes hoy constatan como inmodificables algunos de sus clásicos parámetros.** Es moneda corriente en nuestro medio criticar la duración de la emergencia inmediatamente precedente, tan larga y ahora ya casi perpetua, o al menos estable por una década como mínimo. Es otra manera de decir: a largo plazo. Parece obvio que nadie se alegrará de tal estado de cosas. Pero la realidad no cambia porque no la veamos o no la miremos, o porque no estemos de acuerdo en su etiología o sus alcances, o discrepemos acerca de cuáles son los medios razonables y proporcionados para encararla.”⁴³⁷ El destacado es propio.

La razonabilidad y proporción de los remedios elegidos por el Estado para solucionar y/o morigerar los efectos de nuestras recurrentes crisis, necesariamente deben analizarse a la luz de los hechos determinantes de cada emergencia en particular y el estado de necesidad justificante. Estados de emergencia y de necesidad que son recurrentes, desde 1853, inclusive, en los albores de nuestro proceso de institucionalización, caracterizado por el encarecimiento del acceso al crédito y a la financiación del nuevo Estado federal. En 1890, gracias a la crisis económica que repercutió directamente en la Argentina, en un mundo,⁴³⁸ en ese entonces, ya globalizado. Estado de excepción que, para el caso argentino, se transformó en el curso ordinario y normal de nuestra realidad política, económica y social

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

⁴³⁶ VANOSSI, JORGE REINALDO, *Reflexiones en torno al estado de sitio: a propósito del caso Solari Yrigoyen*, LL, 1983-B, 1104.

⁴³⁷ GORDILLO, AGUSTÍN, *El Estado de derecho en estado de emergencia*, LL, 2001-F, 1050.

⁴³⁸ Cfr. CASÁS, J. O., *op. cit.*

de derecho usualmente por los gobiernos de facto. En sentido restringido, son la modificación, de determinados mecanismos del Estado de derecho para su defensa ante situaciones anormales.”⁴³⁹

Existen dos posiciones doctrinarias para definir los estados de excepción: (a) una que totaliza en estos términos todas las situaciones en las cuales se modifican algunos mecanismos del Estado de derecho; y (b) la segunda, que acota la definición a lo que se conoce como la suspensión de derechos o suspensión de garantías ante una emergencia que afecta el orden político o social.

La primera posición es exclusiva del derecho constitucional y la segunda es común del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, en la cual la protección y respeto a la persona adquiere mayor rigor. Los estados de excepción se pueden clasificar en aquellos que comportan la suspensión o desprotección de derechos fundamentales y aquellos que no.⁴⁴⁰

El carácter nefasto del estado de sitio para la práctica constitucional argentina, ha sido destacado por VÍTOLO, indicando que en los últimos cincuenta años hasta 1983, el 43% del tiempo el país vivió bajo estado de sitio; de 1963 a 1983, el 65% del tiempo, y en de 1973 a 1983, el 80% de ese período.⁴⁴¹

La historia argentina, “desde el punto de vista de la inseguridad e intranquilidad públicas, no ha sido fácil pero tampoco ha transcurrido permanentemente en el *clima* de desorden y de peligro institucional que, como decían los antiguos textos, justifican remedio tan extraordinario y fatal, la conclusión simple es que se ha hecho un tremendo abuso de esta institución, del que el Poder Judicial fue, sin duda, corresponsable por su extrema complacencia con la arbitrariedad y ligereza con que el poder político, *de iure* o *de facto*, trataba las libertades públicas.”⁴⁴²

Una solución garantista al respecto es aquella que sostiene que la creación de “estados de excepción diferentes del «estado de sitio», sólo puede ser formalizada por el Poder Constituyente. Es una modificación de las competencias constitucionales de los poderes del Estado, que afecta directamente a los derechos y garantías de los habitantes.”⁴⁴³

⁴³⁹ VALLENAS GAONA, JESÚS RAFAEL, *Los estados de excepción a la luz de los derechos humanos en el sistema americano*, en “Revista Internauta de Práctica Jurídica”, Universitat de València, Núm. 4 (enero-abril, 2000), <http://www.uv.es/~ripi/4raf.htm>. Ver un desarrollo aún más completo en AGAMBEN, G., *op. cit.*, chapter 1, “The State of Exception as a Paradigm of Government.”

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ NINO, C., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 490, con mención de VÍTOLO, ALFREDO, *Estado de sitio*, Consejo para la Consolidación de la Democracia, “Reforma Constitucional. Dictamen preliminar”, p. 305.

⁴⁴² NINO, C., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 491, quien toma como ejemplos del retroceso jurisprudencial de la Corte Suprema, los casos *Alvear* (1933), *Bertotto* (1931), *Sofía* (1959), entre otros.

⁴⁴³ VANOSI, J. R., *op. cit.*, quien agrega que “Una innovación así fue la que introdujo la Constitución de 1949, en el art. 34, al agregar al viejo texto (el art. 23) la siguiente situación de emergencia: “Podrá declararse asimismo el estado de prevención y alarma en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población. Una ley determinará los efectos jurídicos de tal medida, pero ésta no suspenderá, sino que limitará transitoriamente las garantías constitucionales en la medida que sea indispensable. Con referencia a las personas, los poderes del Presidente se reducirán a detenerlas de un punto a otro del territorio, por un término no mayor de treinta días”. Por el art. 83, inc. 19 (2ª parte), resultaba que el Presidente tenía la facultad de declarar ese “estado de prevención y alarma”, aunque dando cuenta de ello al Congreso. Habiendo cesado la vigencia de esa reforma

Otra solución no excluyente de la anterior y con una visión más pragmática es que “en la emergencia el Estado de derecho se preserva con la debida intervención judicial. Ese activismo judicial es la respuesta del Estado de derecho a la emergencia, si el PL y el PE no hacen la aplicación más racional del principio del equilibrio fiscal, en ocasión de elegir quién cobra y quién no. Desde luego el activismo judicial deberá respetar el marco legal e internacional, que impone el respeto del equilibrio fiscal.”⁴⁴⁴ Aunque, como aclara el mismo autor, ello sólo no es suficiente. “El Poder Judicial, sólo, no puede arreglar el país. Tenemos que lograr que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo tengan otras restricciones al abuso del poder, y aprendan a no excederse tanto, a no comprometer tanto nuestro destino colectivo. Este es el gran desafío de nuestro tiempo. Lo era desde antes, pero la profundidad de la crisis lo ha magnificado.”⁴⁴⁵

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

2. *El estado de sitio económico*

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, BIANCHI, en un trabajo titulado *El estado de sitio económico*,⁴⁴⁶ analizó en especial los poderes del Estado frente al ejercicio del denominado poder de policía de emergencia, con referencia en particular al dictado de las leyes 23.696 y 23.697, las que —según su criterio— nos habían sumido en un "estado de sitio económico", habida cuenta que, por razones de emergencia, habían restringido los derechos de contenido económico, de igual manera que el estado de sitio político, previsto en el art. 23 de la Constitución nacional, citado más arriba, lo hacía con los derechos de contenido personal.

Concluyendo que “sentencias tan clásicas como las de *Ercolano c. Lanteri de Renshaw, Avico c. De la Pesa, Angel Russo c. Delle Donne, Cine Callao* o *Fernández Orquín c. Ripoll*, todas ellas inspiradas en antecedentes jurisprudenciales norteamericanos tales como *Munn vs. Illinois, Noble State Bank vs. Hankell, Block vs. Hirsh, Home Building and Loan Association vs. Blaisdell, Nebbia vs. New York* y *West Coast Hotel vs. Parrish*, contra cuyo credo político nadie ha levantado --en más de cincuenta años-- su crítica, hasta la «Revolución Conservadora» que parece volver al período del liberalismo individualista generalmente tan criticado, sentencias como éstas ...son las que habrían de dar argumento suficiente a la Corte Suprema actual, para poder justificar las restricciones provenientes del estado de sitio económico.”⁴⁴⁷

Nada más descriptivo para identificar la situación de hecho y de derecho durante nuestras recurrentes crisis que su denominación como *estado de sitio económico*, situación en la cual se suspenden o restringen las libertades económicas de los ciudadanos. La analogía entre ambas situaciones de excepciones resultan por demás atragantes e interesantes para

constitucional, cabe concluir que ningún "status" de excepción semejante o análogo puede ser establecido sin acudir nuevamente al ejercicio constituyente.”

⁴⁴⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, *El Estado de derecho en estado de emergencia*, LL, 2001-F, 1050.

⁴⁴⁵ GORDILLO, AGUSTÍN, *Una celebración sin gloria*, LL, 2003-C, 1091.

⁴⁴⁶ BIANCHI, ALBERTO B., *El estado de sitio económico*, Revista del Colegio de Abogados, t. 50, Buenos Aires, mayo-1990, pp. 13-44.

⁴⁴⁷ BIANCHI, ALBERTO B., *La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica*, LL, 1991-C, 141.

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

Los últimos comentarios de BIANCHI citados se referían al fallo *Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional*,⁴⁴⁸ y a la evolución de la construcción jurisprudencial del Máximo Tribunal argentino, siguiendo la efectuada por su par norteamericano en materia de emergencia económica y delegación legislativa. Pasaron los años y la legislación de emergencia de la década del '90 mutó en nuevas y más profundas crisis, reconocida primero por la ley 25.344 (2000),⁴⁴⁹ y luego, por la ley 25.561, vigente, gracias a sus distintas prórrogas, hasta el 31-12-11.⁴⁵⁰ Cambiaron los hombres y los gobiernos, pero la emergencia siempre estuvo y estará con nosotros.⁴⁵¹

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

Cuando sobrevino la crisis en 1930,⁴⁵² la historia constitucional en los Estados Unidos no era la misma que en la Argentina y, por ende, el arraigo de los principios en uno y otro país era diferente también. Para ese entonces, Estados Unidos había recorrido tres etapas constitucionales continuas y consecuentes: la fundacional (1776-1800); la institucional y de fortalecimiento del estado federal (1800-1870) y la “de la contención constitucional del capitalismo emergente de la segunda revolución industrial (1870-1920), etapa esta en la cual, si bien con muchos vaivenes, los norteamericanos hicieron enormes esfuerzos por moderar y contener el avance del capitalismo y ello los preparó para profundizar, desde 1930 en adelante, lo que con pausa y moderación, idas y venidas, habían practicado desde 1870 [...] hacia 1930 la Argentina ya había dado muestras incipientes de tolerancia hacia el cambio cuando, en 1922, resolvió a favor de la constitucionalidad de la ley de

⁴⁴⁸ CSJN, *Fallos*, 313:1513, 27-XII-1990.

⁴⁴⁹ Prorrogada por un año mediante decreto 1602/2001.

⁴⁵⁰ Ley 26.563 prorroga la emergencia hasta el 31 de diciembre de 2011. Prórrogas anteriores: leyes 26.339, 26.204, 26.077, 25.972, 25.820 y 26.456.

⁴⁵¹ Sobre la analogía entre la doctrina de la emergencia económica en Estados Unidos y la Argentina, a partir de los fallos *Blaisdell* y *Avico*, y el reconocimiento de tres etapas en materia de mutación y adaptación local de dichos precedentes, en particular, con los casos *Peralta* y *Bustos-Massa*, recomendamos SPECTOR, HORACIO, *Constitutional transplants and the mutation effect*, 83 Chi.-Kent L. Rev. 129.)

⁴⁵² Destacamos que “from 1860-1930, a period of seventy years, Argentina had an astonishing record of economic and demographic growth. This shows that constitutional transplantation can carry the day. Of course, one could argue that constitutional transplantation was responsible for the long period of military interventions and political instability that lasted from 1943 to 1983. But scientific rigor does not allow us to make this claim by pointing to military intervention and political instability when there have already been transplanted constitutional texts and precedents. There are too many other relevant factors that stand on the way of this interference. The *ceteris paribus* clauses involved in historical causal propositions make it very difficult to isolate a single factor as the cause of stability or instability. For instance, what was the role of the Law of Universal Suffrage, passed in 1912, in threatening powerful interests groups? What was the role of the Great Depression? What ideological influence did European totalitarian movements have in Argentina? All these factors could have been relevant even in the presence of a wholly autochthonous constitution” (SPECTOR, *ob. cit.*)

congelamientos de los arrendamientos urbanos, una medida por entonces extraordinaria en un país no acostumbrado a ellas.”⁴⁵³

En ese entonces, ello permitía suponer que la Argentina podía enfrentar la crisis con igual espíritu. No fue así. La crisis económica “nos encontró sumergidos en otro fenómeno político que ya habíamos experimentado con singular virulencia en la primera parte de nuestra historia, lo que prueba la recurrencia de los ciclos históricos. Me refiero a la incapacidad de encontrar soluciones para las crisis dentro del sistema constitucional establecido. Así como entre 1810 y 1827 las buenas intenciones constitucionales fueron derribadas, una a una, por la intolerancia política, esta misma intolerancia volvió a apoderarse de nosotros, ya bajo la forma del golpe de estado, ya bajo la política de exclusión sistemática de toda oposición al régimen vigente. Esta variable pasó a ser una constante de nuestra historia por los siguientes cincuenta años y marcó profundamente, como era inevitable, el derecho constitucional que va a la saga de la política y trata de revestirla de juridicidad.”⁴⁵⁴

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

Existían y existen circunstancias especiales en que, “por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad. Cuando por la naturaleza del negocio, por las condiciones físicas en que se desenvuelve o por otra circunstancia semejante, no fuere posible la acción eficiente del regulador común, es decir la competencia, el propietario se hallaría en aptitud de imponer a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios. Cuando mayor sea el interés del público por aquello que constituye el objeto del monopolio, más fuerte puede ser la opresión económica y más sensibles y perniciosos sus efectos, pudiendo llegar el caso de que la prosperidad y el bienestar esencial de un país o de una región se encuentren a merced de la avidez o del capricho de los que detentan los factores de un servicio de vital necesidad. Llegándose a este punto extremo, la protección de los intereses económicos constituye para el estado una obligación de carácter tan primario y tan ineludible como lo es la defensa de la comunidad amenazada por el aprovechamiento abusivo de una situación excepcional. Estas conclusiones han quedado definitivamente incorporadas al derecho público. Ya no se considera discutible el poder del estado para ejercer eficaz contralor sobre los precios de aquellos servicios que interesan en alto grado a la sociedad y que por su naturaleza, o por las condiciones en que se prestan, constituyen necesariamente negocios monopolizados.”^{455, 456}

⁴⁵³ BIANCHI, ALBERTO B., *El Derecho Constitucional argentino en la década de 1930 (A propósito del nacimiento de la Revista La Ley)*, LL, 2005-F, 1302.

⁴⁵⁴ BIANCHI, ALBERTO B., *El Derecho Constitucional argentino...*, *op. cit.*

⁴⁵⁵ BIANCHI, ALBERTO B., *El Derecho Constitucional argentino en la década de 1930 (A propósito del nacimiento de la Revista La Ley)*, LL, 2005-F, 1302.

⁴⁵⁶ Con cita de: CSJN, “*Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta*”, *Fallos*, 136:161 (1922.)

3. Sin respuestas...

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

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

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

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

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

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

Las preguntas planteadas no poseen una respuesta unívoca, menos todavía que atienda a un criterio lógico o científico, en tanto parecen amoldarse al devenir de nuestro tiempo y nuestras miserias políticas, sociales y económicas. Pueden haber algunos parámetros básicos (estándares mínimos) pero no hay cálculo probabilístico o lógico, cuando la regla, en la práctica argentina, es el ejercicio *pseudodiscrecional* de estas facultades de excepción.

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

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

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

El artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que “las restricciones permitidas, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Frente a esta dialéctica, una restricción sólo se entiende permitida, en la medida en que se encuentre expresamente autorizada por esta Convención y siempre encontrará como límite las condiciones particulares que ella establezca. En ese sentido, su previsión resulta una consecuencia lógica del principio expresamente receptado por su artículo 32, en cuanto dispone que los derechos no son absolutos. Pues, los derechos de una persona se

encuentran limitados por los de las otras, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”⁴⁵⁷

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

El art. 14 de la Constitución nacional enuncia “un catálogo abierto de derechos – completado con los derechos implícitos a los que alude el art. 33–, los que se reconocen conforme las leyes que reglamentan su ejercicio [...] no cualquier reglamentación es constitucionalmente aceptable, sino sólo la que importa una razonable limitación que no destruye su sustancia. La pauta esencial para determinar el grado de regulación legal está dada por el art. 28, que dispone que las leyes reglamentarias deben cuidar de no alterar los principios, derechos y garantías reconocidos en la Constitución. A su vez, el art. 99 inc. 2º, al enumerar las atribuciones del Ejecutivo, lo autoriza a expedir los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.” Ello, porque “la cuestión pasa, entonces, por el grado de afectación del derecho: si se degrada (altera) su sustancia, deja de ser una restricción (razonable) para ser una supresión (inconstitucional).”⁴⁵⁸

En el ámbito internacional de los derechos humanos, las leyes que limitan los derechos de los particulares “no pueden imponer otras restricciones que las expresamente autorizadas en los pactos y por los fines taxativamente contemplados, siendo sumamente celosos los tribunales internacionales al juzgar su adecuación con los propósitos reales perseguidos por los gobiernos y con su necesidad y proporcionalidad a la luz del *standard* de la sociedad democrática.”⁴⁵⁹

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

La mala salud de nuestra democracia se trasluce en la enfermedad causada no sólo por las crisis, sino también por los remedios que son peores que aquella. De nada sirven los instrumentos formales de control, de frenos y contrapesos del poder político que nos brinda la Constitución nacional, si en la práctica abogados, jueces⁴⁶⁰ y legisladores han avalado la violación del Estado de derecho, desde sus raíces.

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

⁴⁵⁷ ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., *El principio de legalidad y las facultades legislativas del presidente a la luz de la CADH*, LL, 2008-C, 803.

⁴⁵⁸ GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “Restricciones a los derechos humanos”, en AA.VV. GORDILLO, AGUSTÍN (director), *Derechos Humanos*, 5ª ed., Buenos Aires, FDA, 1999, Cap. VI-1/2.

⁴⁵⁹ GONZÁLEZ CAMPAÑA, G., *op. cit.*, Cap. VI-20.

⁴⁶⁰ Respecto a ello, con certeza se ha indicado que “El poder de los jueces no se mide a partir de la prosa de sus sentencias, sino de la posibilidad concreta de que ellas sean ejecutadas en el marco de la ley y la Constitución, plasmando en el caso concreto los valores que están llamados a resguardar. De no lograr ese pasaje del papel a la realidad, se compromete la noción misma de justicia que se busque transmitir y, con ella, la percepción de eficacia y credibilidad del sistema” (GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., *Los costos de la imprudencia en el sistema republicano*, LL, 2005-E, 1504.)

Realidad argentina que el derecho intenta perseguir y atrapa en un mundo de ficciones que solamente nosotros nos creemos. No son ficciones útiles, que favorecen a la *pax social*. Todo lo contrario, conllevan al conflicto permanente entre grupos sociales supuestamente antagónicos: quienes han sido despojados de sus derechos patrimoniales y aquéllos que nada tuvieron ni tienen, por tanto, el todo, en el caso, es mucho más que la suma de las partes. En especial, cuando el todo (la sociedad argentina) no es una, sino muchas y con multiplicidad de intereses, que no coinciden siquiera en un consenso mínimo básico (otra ficción del Estado de derecho) que en la Argentina no se vislumbra desde la generación del '80 y que integra los principios esbozados en el Preámbulo de la Constitución nacional.

4. Colofón

En apariencia, hemos vivido desde siempre bajo un *estado de sitio pleno* hasta 1983 (en los términos del art. 23 de la Constitución nacional); y desde 1989, con algunas interrupciones, ante un *estado de sitio económico*, del cual “conocemos su acta de nacimiento [pero] desconocemos sus límites.”⁴⁶¹ Todos hemos contribuido, en mayor o menor medida, como parte de la sociedad, a su existencia, desde la crítica o la aquiescencia a su vigencia eterna.

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

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

Justificar, por parte del Gobierno⁴⁶² —nótese que no aludimos al “Estado”— los juicios políticos adoptados, “significa convencerles [a los ciudadanos] mediante el uso de la razón pública, es decir, mediante formas de razonamiento e inferencia apropiadas a las cuestiones políticas fundamentales, y apelando a creencias, razones y valores políticos de los que cabe razonablemente esperar que los otros también reconocerán. La justificación pública parte de algún consenso previo, esto es, de premisas que todas las partes en desacuerdo, supuestas libres e iguales y plenamente capaces de razón, pueden razonablemente compartir y libremente suscribir. No hay, pues, que confundir la justificación pública con el mero razonamiento válido a partir de premisas dadas (aunque también sea eso, por supuesto). El razonamiento válido es instructivo a la hora de establecer las relaciones entre enunciados: enlaza ideas fundamentales y enunciados generales, y éstos con otros juicios más particulares; exhibe la estructura general de cualquier tipo de concepción.”⁴⁶³

Pero, ¿cualquier razonamiento vale para sostener cualquier medida de emergencia que no es avalada por los hechos, por la realidad?

⁴⁶¹ BIANCHI, ALBERTO B., *La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica*, LL, 1991-C, 141.

⁴⁶² En materia de defensa legal del Estado, un gran profesor y excelente abogado, cuyo nombre reservamos, ha destacado que el abogado del Estado no defiende al *gobierno*, defiende al Estado, que en prieta síntesis somos todos. Y en esa labor, ningún dilema moral puede aparecer. El dilema surge cuando los intereses que se dicen defender no son públicos, sino privados de los funcionarios políticos.

⁴⁶³ RAWLS, JOHN, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 53.

La respuesta se circunscribe a un comentario efectuado por GORDILLO, donde indicó con su acostumbrado pragmatismo que “La CSJN no puede, sin alto costo político y de estimación social nacional e internacional, perpetuar el estado de total ausencia de fe en el derecho que atraganta a la ciudadanía, decir que todo eso estuvo entonces, o está mágicamente ahora, perfectamente de acuerdo a la Constitución. Como tampoco puede -políticamente- decir lo contrario le quedaba una sola opción, el silencio. No ha sabido utilizarlo, *Bustos* lo demuestra. Los cambios no han sido menores, no era hora de convalidar los avances sobre los derechos de propiedad de los ciudadanos comunes, los que no tienen poder alguno para influir en las decisiones de los órganos de gobierno pero esperan verse tutelados por el Poder Judicial independiente, sea el de grado o -cada vez menos- el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si la Corte Suprema, en esta hora jurídicamente aciaga, no puede políticamente convalidar una decisión de grado que restablece el orden jurídico, absténgase al menos de decirlo expresamente, de reabrir la herida que la instancia de grado estaba tratando de restañar. Deje a la sentencia de grado en pie, rechace la queja. Dedíquese a su función judicial ordinaria, deje descansar la extraordinaria hasta que la fe en el derecho regrese, de a poco, como decía Mairal esperanzadamente.”⁴⁶⁴

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

Otro problema adicional son las consecuencias desde el plano normativo que generan las emergencias económicas, en tanto han servido y siguen sirviendo para modificar leyes so pretexto del estado de necesidad que la origina. En especial, desde el ámbito del derecho administrativo, no sólo resulta paradigmática la constitucionalidad⁴⁶⁵ o no de las reformas introducidas en materia de procedimiento y proceso administrativo, en la revisión y renegociación de contratos administrativos, en las leyes 23.696, 23.697, 25.344 y 25.561,⁴⁶⁶ sino la vigencia temporal de estas reformas, luego de superada la emergencia.

Entendemos, por caso, que la situación desesperada en que nos han hundido nuestras crisis recurrentes durante gran parte del siglo XX, no puede autorizar la desesperación desde el propio Estado y los gobiernos en la utilización de artilugios procesales que se traduzcan en abusos flagrantes ya no sólo del derecho de propiedad de las personas, sino también de las mínimas garantías del derecho de defensa.

En tal sentido, al analizarse la validez del art. 12 del decreto 214/02, en cuanto suspendía la ejecución de las medidas cautelares dictadas y a dictarse con relación al régimen de restricción que comenzó con el dictado del decreto 1570/01, la jurisprudencia sostuvo que

⁴⁶⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, *¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?*, LL, 2005-A, 905-921. Reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO / MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.

⁴⁶⁵ Ver: REJTMAN FARAH, MARIO, "La consagración legal de la habilitación de instancia de oficio: su inconstitucionalidad", en *Derecho Procesal Administrativo*, t. 1, CASSAGNE, JUAN CARLOS (director), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 917 y ss.

⁴⁶⁶ Al respecto ver: MABROMATA, ENRIQUE, *Sacrificio compartido: ¿Nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?*, La Ley Sup. Esp. El Contrato Administrativo en la Actualidad 2004 (mayo), 136.

dicha norma apuntaba “a interferir en el derecho de defensa que confiere una ley, sin el cual el administrado corre el riesgo de contar en el futuro con una sentencia estimatoria de su acción pero estéril en su significado material, por haberse dictado aquélla cuando ya no puede operar en la realidad por haber el tiempo consumido el interés que intentó preservar al iniciar su acción judicial.” Esto era así, porque no se trataba “de la modulación de un recorrido procesal al cual tanto el Estado como los particulares se sujetan para litigar (modificación de plazos, defensas, excepciones o legitimaciones específicas, por ejemplo) [sino] en la abrogación de una herramienta procesal defensiva de tipo sustancial, por cuanto tiene el sentido de proteger un derecho en su materialidad.”

Concluyéndose que “El derecho de defensa sólo puede suprimirse en dos supuestos: a) en el marco del estado de sitio, porque las disposiciones estatales quedan, en ese caso, al margen de las responsabilidades institucionales propias del Estado de derecho -salvo las garantías que aun en este caso deben ser preservadas de conformidad con el art. 27 punto 2, del Pacto de San José de Costa Rica-, y b) dentro del Estado de derecho, la única emergencia que alcanzo a imaginar como justificadora de aquella limitación, lo configurarían la judicial objetivamente verificada.”⁴⁶⁷

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

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

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

Aprender a vivir y convivir con nuestras diferencias, a construir una sociedad que sea cada vez más abierta pero que posea también la mayor diversidad posible como caminos posibles de entendimiento frente al conflicto social que se vislumbra en todo caso judicial. Esa diversidad no puede desconocerse en el plano político-jurídico-económico. Empero, la realidad siempre supera cualquier planteo teórico que podamos efectuar al respecto.

5. *Prospectiva*

FLORENTINO GONZÁLEZ, en los albores del derecho constitucional argentino, tomando como eje la democracia norteamericana, indicaba que al someter al ciudadano su libertad a un determinado orden, los padres fundadores de Estados Unidos “han adoptado la medida más eficaz para formar una sociedad propia para el gobierno democrático representativo, porque facilitan el que el hombre se eduque en el *self government* individual, y así le hacen apto para tomar una parte útil e inteligente en el *self government* social. El sentimiento de

⁴⁶⁷ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, *Florido, María C. c. P.E.N.*; Fecha: 19-IV-02; *LL*, 2002-D, 306 - IMP 2002-15, 151; con nota de REJTMAN FARAH, MARIO, *Emergencia: Conforme las circunstancias*; Sup.Adm 2002 (junio); *LL*, 2002-D, 306.

libertad que de esta manera se inculca en el individuo, se propaga en la comunidad, y la hace apta para conservar la calidad de un pueblo libre y hábil para proporcionarse su felicidad, bajo un gobierno inspirado por la opinión, y contenido por la responsabilidad.”⁴⁶⁸

En lo que a la *doctrina de facto* se refiere, sería muy inocente creer que cada gobierno (militar), apoyado en mayor o menor medida por grupos civiles, no poseía control sobre sectores académicos o mediáticos y en todo caso, ante su ausencia, lo primero que hacía al asumir era intervenirlos y controlarlos, principalmente, en sus contenidos.⁴⁶⁹

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

Desde el punto de vista del ciudadano común las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tienen una importancia y una carga emotiva en sus palabras de autoridad o en la autoridad de sus palabras.⁴⁷⁰

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

En los golpes de 1955, 1962, 1966 y 1976, si bien no se utilizó más el sistema de la *Acordada* como purga del vicio originario en el modo de acceder al poder, se adoptaron otros instrumentos y/o institutos jurídicos, a saber: Proclama (del 1º de mayo de 1956); Ley de Acefalía (con la asunción de Guido, en 1962); Estatutos (de la Revolución Argentina, en 1966; Fundamental, en 1972 y para el Proceso de Reorganización Nacional, en 1976; con vigencia supraconstitucional) y decretos-leyes.⁴⁷¹

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

⁴⁶⁸ GONZÁLEZ, FLORENTINO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, París, Librería de Ch. Bouret, 1889, p. 21. Una de las causas argentinas a nuestra permeabilidad a aceptar la normalidad del quebrantamiento de la Constitución y de las leyes, encuentra base cierta en que el ciudadano argentino no fue educado en la libertad, sino en la intolerancia y desprecio por las instituciones. De este modo, jamás nadie va a asumir responsabilidad alguna por nada.

⁴⁶⁹ En la actualidad, no puede desconocerse el poder que ostenta los medios de comunicación masiva en la formación y deformación de la opinión (v. CARPIZO, JORGE, “Los medios masivos de comunicación y el estado de derecho, la democracia, la política y la ética, en AA.VV. *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles* (VÍCTOR BAZÁN – Coordinador), Buenos Aires, EDIAR, 2003, p. 441 y ss.)

⁴⁷⁰ En el voto en disidencia, del presidente de la Corte, Dr. Roberto Repetto, en el caso “*Municipalidad c/ Mayer*”, *Fallos*, 201:249 (1944), se expresó que: “La definición o enunciación de las facultades de los poderes del gobierno y su estricta observancia, sobre todo en presencia de un movimiento revolucionario, tiene más trascendencia para la suerte de las instituciones democráticas que los posibles males transitorios derivados de aceptar la conclusión de que el gobierno de hecho carece de facultades legislativas para reformar o sancionar los códigos generales o las normas de derecho público consignadas en leyes básicas [...] el gobierno de hecho no puede tener más facultades que el gobierno de derecho límite éste sellado con la fuerza de un juramento.”

⁴⁷¹ Ver, entre otros, el desarrollo realizado por RAMELLA, PABLO A., *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1982., pp. 52-55.

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

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

Las consecuencias de una doctrina mal aplicada (sea la de los *gobiernos de facto* o la de la *emergencia económica*) no hizo más que desprestigiar a la cabeza del Poder Judicial y autorizar la utilización de la fuerza para derrocar gobiernos legítimamente establecidos o simplemente, la de la fuerza de un discurso demagógico para sostener la emergencia *sine die*.

Pero toda esta pureza teórica e ideal, en donde la abstracción de la Corte adquirió supremo interés cuando se refiere, por ejemplo, a la revolución triunfante, se vio acompañada por quienes colaboraron en la *patriótica* tarea de pulir lo que el tribunal había dibujado en forma desprolija, con el peso —principalmente— que da el poder y el monopolio de la fuerza. Llamativamente, en la actualidad, poco o nada se dice al respecto.⁴⁷²

También debe resaltarse el rol de quiénes 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.⁴⁷³ Ideología que es inherente al ser humano.

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

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

¿Quién asume el costo político, económico y social de las desventuras de un pueblo acostumbrado a que la *única regla (material) sea que no hay ninguna regla (formal), y que todas las reglas (formales) son posibles de ser violadas, porque la regla fundamental*

⁴⁷² 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.

⁴⁷³ A veces no tan oculta.

(la Constitución) es susceptible de ser desinterpretada, mancillada, escupida, pisoteada, desconocida, olvidada, esquivada, soslayada, enterrada, dilapidada, tachada, corrompida y tergiversada a destajo y por voluntad de quienes asumieron la alta función de ser sus representantes?

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

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

3) APÉNDICE TRES: DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y DERECHO DE LAS INVERSIONES. APUNTES PARA SU REDEFINICIÓN.⁴⁷⁴

“–Lo de siempre: primero fabricáis los enfermos y después los hospitales.”⁴⁷⁵

1. Advertencia Preliminar

El presente trabajo se basa en dos núcleos temáticos interrelacionados. En el primero, abordamos la problemática técnica debatida en “*Sempra Energy International c. Argentina (Caso CIADI No.ARB/02/16)*” y los interrogantes que la decisión de anulación plantea en relación al actual escenario de crisis mundial. Seguidamente y a partir de tales cuestiones, avanzamos sobre los desafíos que el derecho administrativo global enfrenta ante el mundo globalizado y sobre la finalidad que debe asumir.

Vale aclarar que luego de escribir el presente comentario, otro Comité *ad hoc* emitió decisión en “*Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/3) – procedimiento de anulación*”, razón por la cual, sin modificar la estructura y contenido del artículo, incorporamos las referencias y cruces que estimamos necesarios y relevantes.

Téngase presente que en ambos casos, las decisiones son favorables a la República Argentina, por cuanto anulan los correspondientes laudos que responsabilizaban internacionalmente al país.

2. El *Thema Decidendum* del caso

La problemática jurídica central en *Sempra* se circunscribe a la aplicabilidad o no del artículo XI del TBI entre Estados Unidos y la República Argentina⁴⁷⁶ y, en su caso, a las condiciones en que el mismo debe ser aplicado.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Por NICOLÁS BONINA. Esta sección reproduce la publicación efectuada por el mismo autor, bajo el siguiente título: “*Sempra... Apuntes para redefinir el derecho administrativo global*”, *LL*, 2010-E, 344.

⁴⁷⁵ ALEJANDRO CASONA, *La barca sin pescador*, 22° ed., Buenos Aires, Losada, 1991, p. 105.

⁴⁷⁶ En el caso *Enron*, el Tribunal arbitral había decidido que las medidas adoptadas por la República Argentina en la crisis de 2001-2002 no cumplían con los requisitos del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario y, consecuentemente, el art. XI del TBI resultaba inaplicable. El Comité *ad hoc* estableció que dicha decisión estaba viciada de un error anulable, por cuanto el Tribunal, en vez de aplicar el derecho que correspondía al caso, aplicó solamente la opinión de un perito sobre una cuestión económica [ver §393: “The Committee finds that in reaching that conclusion, the Tribunal did not in fact apply Article 25(2)(b) of the ILC Articles (or more precisely, customary international law as reflected in that provision), but instead applied an expert opinion on an economic issue]. Asimismo, señaló que el Tribunal no había expresado los motivos de su decisión.

Vale aclarar que se acepta que el instituto del estado de necesidad y sus requisitos de aplicabilidad se encuentran debidamente reflejados –o codificados– en el art. 25 de los Artículos sobre Responsabilidad de

Liminarmente, corresponde poner de resalto que el art. XI constituye lo que se ha dado en llamar una típica cláusula *non-precluded measures* (NPM).⁴⁷⁸ Tal como explican BURKE-WHITE y VON STADEN, las cláusulas NPM autorizan a un Estado anfitrión (*host state*) a tomar válidamente medidas contrarias a las condiciones de un TBI o suspenderlo, siempre que se den determinadas circunstancias excepcionales o extraordinarias, trasladando así ciertos riesgos y daños a los inversores, que en épocas de normalidad estarían completamente protegidos. La presencia de este tipo de cláusulas puede llevar a la suspensión de la protección a las inversiones internacionales justamente cuando éstas se encuentran bajo mayores amenazas, en virtud del acontecimiento de circunstancias extraordinarias. Como señalan estos autores, en un mundo cada vez más globalizado, en el cual cierto tipo de circunstancias excepcionales son cada vez más comunes, las cláusulas NPM terminan limitando sustantivamente el régimen de protección a las inversiones de capital extranjero.⁴⁷⁹

Se advierte así que el problema que subyace en las cláusulas NPM se circunscribe a quién soportará determinados riesgos y daños bajo determinadas circunstancias extremas y, por consiguiente, cuáles serán las situaciones que calificarán como circunstancias extremas o de emergencia y que habilitarán la traslación de tales riesgos.

los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en 2001 (CDI ó ILC, por sus siglas en inglés), aún cuando no forme parte de una norma específica del TBI o del derecho internacional. En este sentido, el Comité *ad hoc* en *Enron*, señala esta cuestión en el §356, al señalar que: “The Tribunal’s reasoning begins with its finding, at paragraph 303 of the Award, that Article 25 of the ILC Articles, although not a treaty provision or part of customary international law, reflects the state of customary international law on the matter.”

⁴⁷⁷ La norma en cuestión establece que “El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.” (Ver §192 de la decisión).

⁴⁷⁸ Ver, al respecto, WILLIAM W. BURKE-WHITE / ANDREAS VON STADEN, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, p. 307, 2007, disponible también en <http://www.law.upenn.edu/cf/faculty/wburkewh/>; y, JESWALD W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, Great Britain, Oxford, 2010, p. 340 y ss.

⁴⁷⁹ La cita no es textual, así como tampoco la traducción. El texto en su original dice: “The prevalence of NPM clauses in BITs has significant implications for the international investment regime more generally. BITs have long been understood as extremely strong «legalized» instruments of investor protection, providing far-reaching guarantees for cross-border investment. For example, the U.S. Senate Foreign Relations Committee report affirmed that the «principal purpose of the bilateral investment treaties is to encourage and protect U.S. investment in developing countries.» Yet, the presence of NPM clauses in BITs suggests that those protections do not apply in exceptional or crisis situations, when international investments are at most risk. The traditional understanding of BITs is that host states commit through such treaties not to injure foreign investors or, at least, to bear the costs if they do. NPM clauses perform a risk-allocation function, transferring the costs of harming an investment from host states to investors in exceptional circumstances. Under BITs that include NPM clauses, the state must compensate investors for harms that breach the treaty in ordinary circumstances, but in exceptional circumstances, such as the Argentine financial crisis, NPM clauses transfer those risks to the investor, and the state will not be liable for actions that would ordinarily breach the BIT. ***In an ever more globalized world in which the very kinds of exceptional circumstances covered by NPM clauses —financial crises, terrorist threats, and public health emergencies— are all too common, NPM clauses fundamentally limit the legal regime protecting foreign investors.***” (BURKE-WHITE / VON STADEN, *op. cit.*, pp. 313-314). El énfasis es nuestro.

De los distintos casos que los tribunales del CIADI han resuelto sobre la crisis argentina de 2001-2002 respecto de inversores nacionales de los Estados Unidos, la discusión jurídica sobre esta cláusula se ha centrado en dos puntos: (i) si el art. XI es *self-judging*⁴⁸⁰ o no y, (ii) en este último supuesto, si se aplica en forma autónoma, buscando su interpretación y condiciones de aplicabilidad en el propio TBI ó, si por el contrario, para poder aplicar el mismo deben cumplirse requisitos de admisibilidad pertenecientes al instituto del estado de necesidad del derecho internacional consuetudinario.⁴⁸¹

En *Sempra*, el Comité *ad-hoc* consideró que la norma aplicable al caso era la que emanaba del artículo XI del TBI y no la del estado de necesidad⁴⁸² “codificado”⁴⁸³ en el art. 25 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en 2001 (CDI).⁴⁸⁴ Ello pues:

- De la comparación de ambos artículos, surgía que el art. 25 “no ofrece una guía *interpretativa* de los términos empleados en el Artículo XI”⁴⁸⁵;
- “El Artículo 25 y el Artículo XI, en consecuencia, se ocupan de situaciones muy diferentes. No se puede asumir, entonces, que el Artículo 25 defina el

⁴⁸⁰ El carácter *self-judging* de una cláusula NPM significa que la misma puede ser aplicada a discreción del *host state* y que sólo éste será el juez de las medidas adoptadas. Es decir, el Estado en crisis será el único que podrá juzgar tanto la invocación de dicha cláusula, así como la validez de las medidas adoptadas que dejaron sin efecto las condiciones del TBI.

⁴⁸¹ Sobre el alcance de los arts. 25 y 27 de la CDI frente al art. XI del TBI entre EEUU y Argentina, ver SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Defensa del Estado de Necesidad en el arbitraje de inversión*, en la Jornada “El Derecho Internacional de las Inversiones en la actualidad: problemas contemporáneos de una Nueva Era en el Derecho Internacional”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 11 de diciembre de 2009. En cuanto al instituto del estado de necesidad, ver SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Estado de necesidad en el derecho internacional y su aplicación por los tribunales internacionales*, en la Conferencia Internacional: *El futuro del arbitraje en Argentina*, organizada por el Estudio Ymaz y la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 18 de abril de 2007.

⁴⁸² De manera contraria, en el laudo del caso *Enron*, el Tribunal arbitral había rechazado la aplicación del art. XI del TBI basándose en la similitud entre esta norma y la del art. 25 CDI. En su interpretación, dado que no se cumplían con los requisitos del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario (art. 25 CDI), no podía aplicarse el art. XI del TBI, al tener condiciones y efectos similares. Ver la explicación del Comité *ad hoc* en los párrafos 403 y 404; en este último expresa: “In view of this finding, the Tribunal then proceeded at paragraphs 339-341 of the Award to note that as it had already found that Argentina could not rely on the principle of necessity under customary international law because the requirements of Article 25 of the ILC Articles were not satisfied, for similar reasons Argentina could not rely on Article XI of the BIT in this case.” Como explicamos *infra*, nota 486, el Comité *ad hoc* no establece ningún criterio al respecto.

⁴⁸³ Ver *supra*, nota 476.

⁴⁸⁴ Esta norma establece: “1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- (a) sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
- (b) no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- (a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
- (b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.”

⁴⁸⁵ §199.

«estado de necesidad y [...] las condiciones requeridas para su ejercicio» a los efectos de interpretar el Artículo XI, y mucho menos que lo hace como norma imperativa del derecho internacional⁴⁸⁶;

- “La invocación de un estado de necesidad en virtud de los términos de un tratado bilateral no tiene que ser necesariamente «legitimada» por una «norma» de derecho internacional. Puede no existir una regla que rijta tales cuestiones. Es todavía menos obvio que la regla debe encontrarse en una disposición de derecho consuetudinario que se ocupe de la invocación de necesidad como justificación del incumplimiento de una obligación internacional⁴⁸⁷;

- “El *jus cogens* no requiere que las partes de un tratado bilateral de inversiones renuncien a la posibilidad de invocar la defensa del estado de necesidad bajo los términos que hayan acordado. Si bien los términos que hayan acordado pueden considerarse política o económicamente imprudentes, dicha circunstancia no puede redundar en su ilicitud⁴⁸⁸;

- “[S]i se considera que las medidas [adoptadas por el Estado parte] en cuestión son «necesarias», entonces no hay incumplimiento de obligación alguna del Tratado.”⁴⁸⁹

De esta forma, “El Comité, por tanto, arriba a la conclusión de que el Tribunal no ha efectuado su examen sobre la base de que la norma legal aplicable se encuentra en el Artículo XI del TBI, y que esta no aplicación constituye una extralimitación de facultades dentro del significado del Convenio del CIADI⁴⁹⁰ considerando que tal “extralimitación de facultades por parte del Tribunal es, por tanto manifiesta.”⁴⁹¹

El Comité anula así el Laudo de fecha 28/09/2007 “por incurrir el Tribunal en una extralimitación manifiesta de sus facultades” y ordena a Sempra a reembolsar a “la

⁴⁸⁶ §200. En este punto, el Comité de anulación del caso *Enron* no se decide por una postura concreta. Nada dice sobre la similitud establecida entre el art. XI del TBI y el 25 CDI por el Tribunal arbitral. Es más, afirma expresamente que no es materia que le incumba (§403 “The Committee finds that the reasons for the Tribunal in reaching the conclusion are sufficiently clear, that it is not for the Committee to determine whether or not that interpretation was correct, and the Committee accordingly finds no annulable error in these paragraphs of the Award”). Ver *supra*, nota 482 y párrafos 403 y 404. Sin embargo, en el §405 señala que, al anular la decisión por la cual el Tribunal estableció el no cumplimiento de los requisitos del art. 25 CDI, también debía anular la inaplicabilidad del art. XI del TBI, por ser este último criterio, consecuencia directa del primero. Y, renglón seguido, cita la opinión del Comité *ad hoc* en *CMS*, en cuanto expresó que los requisitos del art. XI del TBI no son iguales a los del art. 25 CDI, rigiendo en situaciones distintas y con diferente contenido.

⁴⁸⁷ §201.

⁴⁸⁸ §202.

⁴⁸⁹ §204.

⁴⁹⁰ §209.

⁴⁹¹ §219, que se completa con el 218, en el que el Comité afirma: “Por los fundamentos expuestos, el Comité considera que se desprende de una simple lectura de los motivos del Tribunal que éste no identificó ni aplicó el Artículo XI del TBI como el derecho aplicable que es, y que no lo hizo debido a la presunción de que el lenguaje de esta disposición no estaba, de alguna manera, legitimado por los principios del derecho internacional consuetudinario.”

República Argentina todos los gastos erogados por el Centro con relación al procedimiento de anulación, incluidos los honorarios y gastos de los árbitros.”⁴⁹²

La decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Sempra* dispara las siguientes cuestiones de interés:

(2.A) El carácter *self-judging* de la cláusula NPM.

Ciertamente, como señala SALACUSE, existen tratados bilaterales que determinan expresamente el carácter *self-judging* de las cláusulas que permiten tomar medidas contrarias al TBI. Así, el TBI entre los Estados Unidos y Bahrein establece: “*El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las partes de las medidas que considere necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o restauración de la paz y seguridad internacionales o para la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.*”⁴⁹³

Según una de las posturas, la frase “*que considere*” (*which it considers* en el original) determinaría el carácter *self-judging* de la cláusula. Contrariamente, dado que el art. XI del TBI entre EEUU y Argentina carece de esta redacción, no podría considerársela dentro de esta categoría.⁴⁹⁴

En *Sempra*, el Comité no dijo nada al respecto.⁴⁹⁵ Hizo hincapié en que las medidas *deben ser* necesarias, pero no en quién determina dicha necesidad. Es decir, el Comité no definió quién evalúa la *necesidad* de las medidas de emergencia. El punto no es menor. Si este análisis sólo compete al Estado en crisis, la norma del art. XI del TBI se volverá *self-judging*, como sostuvo nuestro país en el proceso de anulación. Claramente ello dispara posibilidades infinitas y abre un gran signo de interrogación sobre la supuesta seguridad y estabilidad que ofrecían los TBI a los inversores extranjeros. Por todo ello, en este punto, afirmamos que:

(2.A.i) Teniendo en cuenta la finalidad de los TBI, que no es otra que proteger las inversiones extranjeras, no parece razonable que estas cláusulas carezcan de la posibilidad de una ulterior revisión por parte de tribunales independientes internacionales, que ofrezcan todas las garantías del debido proceso.

⁴⁹² Ver párrafos 223, 228 y 229.

⁴⁹³ Ver, SALACUSE, *op. cit.*, p. 344. El texto original establece: “This treaty shall not preclude a party from applying measures *which it considers necessary* for the fulfillment of its obligations with respect to international peace and security or the protection of its own essential security interest”. El TBI en cuestión es del 29/09/1999. El énfasis nos pertenece.

⁴⁹⁴ Un análisis sosteniendo esta postura puede verse en el laudo del caso *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. Y LG&E International Inc. c. República Argentina (Caso CIADI NO. ARB/02/1)*, en el §213, en el que el Tribunal señala que “La interpretación de las disposiciones contenidas en un tratado internacional, es aquella con la cual estuvieron de acuerdo las partes en el momento de la firma del Tratado, salvo si las partes, de mutuo acuerdo, modifican esta interpretación. En este caso, la fecha a considerar es noviembre de 1991. Sólo a partir de 1992, con la ratificación del Tratado Bilateral Estados Unidos-Rusia, los Estados Unidos comienzan a considerar que la aplicación de las cláusulas de seguridad esenciales están sujetas al arbitrio de las partes (*self-judging*); ambos instrumentos son de fecha posterior al Tratado Bilateral entre Estados Unidos y la República Argentina y, en ambos casos, este cambio se aclaró en forma explícita.”

⁴⁹⁵ Tampoco define este punto el Comité de anulación en *Enron*.

(2.A.ii) Por otra parte, tampoco parece que el actual procedimiento de solución de controversias brinde las respuestas y soluciones necesarias⁴⁹⁶ en un marco de razonable seguridad jurídica y previsibilidad,⁴⁹⁷ dado que el mecanismo de tribunales *ad hoc* para cada caso concreto lleva a soluciones contradictorias sobre los mismos hechos.⁴⁹⁸

(2.A.iii) En este sentido, no es razonable que las medidas adoptadas por un *host state* sean valoradas contradictoriamente por distintos tribunales, sin un determinado criterio uniforme. Se afecta así la soberanía propia del *Estado* pero, paralelamente, se genera incertidumbre jurídica tanto para aquél como para el *inversor* y se omite que detrás de los Estados hay *personas*, que son las que finalmente pierden. La falta de seguridad jurídica y previsibilidad del sistema juega en detrimento de todos los operadores por igual, lo que lo vuelve tanto más cuestionable, ya que esta precariedad no está pensada para que algún actor se beneficie por sobre otro.

(2.A.iv) El criterio con el que se juzguen las medidas adoptadas y la invocación y aplicación de las cláusulas NPM no puede basarse en términos binarios de *violación-no violación a la letra del TBI*. Aún cuando el Estado haya causado la crisis o contribuido a la misma⁴⁹⁹, deben tenerse en cuenta los múltiples aspectos que rodean cada caso. En primer lugar, la legislación interna del Estado, que es la que rige los contratos en cuestión.⁵⁰⁰ En

⁴⁹⁶ CHITTARANJAN F. AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law, 2003; OSVALDO C. GUGLIELMINO, *Una perspectiva crítica en materia de arbitraje de inversión*, en el Congreso Latinoamericano de Arbitraje, Asunción del Paraguay, 10-11 de junio de 2010. Para un estudio empírico sobre las críticas al CIADI, ver SUSAN FRANCK, *The legitimacy of investment tribunals: Empirical Insights*, en la Jornada “El Derecho Internacional de las Inversiones en la actualidad: problemas contemporáneos de una Nueva Era en el Derecho Internacional”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 11 de diciembre de 2009.

⁴⁹⁷ Ver las soluciones propuestas por JOSÉ MARTÍNEZ DE HOZ (h), *Aprendizaje del CIADI*, en la Jornada “El Derecho Internacional de las Inversiones en la actualidad: problemas contemporáneos de una Nueva Era en el Derecho Internacional”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 11 de diciembre de 2009, dentro de las cuales se encuentra la de instaurar un sistema de casación más ágil en materia de anulación, con uniformidad de criterios y tribunal permanente, todo ello para ofrecer mayor seguridad y previsibilidad. A nuestro criterio, esto redundaría en mayor beneficio tanto para inversores como para los Estados receptores de las mismas, ver también *infra*, la nota siguiente.

⁴⁹⁸ Ver las distintas soluciones que propicia AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, 9° ed., Buenos Aires, FDA, 2009, Cap. XVIII, especialmente en lo que hace a la necesidad de Tribunales estables, con árbitros permanentes, que puedan generar ciertas líneas doctrinarias para brindar mayor seguridad jurídica.

⁴⁹⁹ La interpretación más literal de esta postura, es explicada resumidamente en el §387 de la decisión de anulación en *Enron*: “On the most literal interpretation of this requirement, if there is any causal link at all between the conduct of the State and the situation of necessity, the principle of necessity will not apply, no matter how small a contribution the State’s conduct made to the situation of necessity, regardless of whether or not the State was in any way blameworthy for that conduct, and regardless of whether or not the State could have in any way foreseen that its conduct would contribute to a situation of necessity.” Sin embargo, como señala este Comité, la problemática es mayor, pues debe decidirse, si cualquier contribución del país anfitrión a la emergencia (sea conducta negligente o aún imprevista) excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad o, si tal invocación quedará excluida sólo cuando la conducta del *host state* haya sido deliberada o con el fin de aprovecharse de esa situación (ver §389 y ss.).

⁵⁰⁰ BARRAGUIRE señala que debemos “Tomar la regla del art. 42(1) segunda parte del Convenio CIADI como regla de reconocimiento” lo que significa, entre otras cosas, “que cuando se juzga la violación a un contrato administrativo, los tribunales arbitrales deben ser deferentes con el derecho municipal. Si la conducta del Estado receptor es plausible bajo el derecho establecido en los contratos y en la legislación

segundo lugar, no puede prevalecer el TBI por sobre las personas del *host state*. No podemos olvidar que cuando nos referimos a un Estado estamos hablando de un colectivo de personas que viven y se desarrollan. En tercer lugar, tampoco puede omitirse en este tipo de análisis que las corporaciones transnacionales gozan de una alta pericia y *expertise* sobre la materia e invierten en los países de la periferia, no por caridad, sino porque debido a la flexibilidad de sus marcos regulatorios, laborales e impositivos, resultan más baratos a la vez que proporcionan mayores ganancias a corto plazo. No es nuevo que los planes de ajuste, la flexibilidad normativa, etc., que propiciaron o propician ciertos organismos internacionales sólo han favorecido el desarrollo de mercados locales baratos y con altísimos rendimientos para el capital.⁵⁰¹ Es el precio que debemos pagar por nuestra continua inestabilidad institucional, jurídica y social. No obstante ello, la revisión de las medidas tomadas bajo la invocación de las cláusulas NPM debe realizarse desde un parámetro más amplio que el simple término binario mencionado anteriormente.

De allí que sea menester incorporar al análisis no sólo la necesidad, sino también la efectividad de las medidas⁵⁰² respecto del *host state* y de su población. Desvincular el Estado de sus ciudadanos, significa desnaturalizar el sistema. Detrás de los números, detrás de los expedientes, de las causas, de las normas, del capital, detrás de todo ello, está el ser humano. El individuo que pierde los ahorros, que padece una epidemia, que soporta la guerra civil, que sufre, que muere. El derecho, en su función última, debe percibir al

contractual preexistente a la inversión, el Tribunal no puede encontrar que el Estado receptor ha violado el Tratado.”, ampliar en JORGE A. BARRAGUIRRE (H), “Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el convenio CIADI ¿la evaporación del derecho administrativo doméstico?”, en AA.VV., *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires, Rap, 2009, pp. 203-220, especialmente, p. 217.

⁵⁰¹ *Primero fabricáis los enfermos.....*, ver el epígrafe. Sobre este punto, para una crítica histórica y política, ampliar en SAMIR AMIN, *El capitalismo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós, 1999, Cap. 2. El autor recoge la sentencia de Tokio de 1993 del Tribunal Internacional de los Pueblos y afirma que la misma contiene dos conclusiones fundamentales: “a) las políticas establecidas por las instituciones internacionales en obediencia a estrategias adoptadas por el G7 constituyen la causa del brutal y masivo empobrecimiento de las mayorías populares, particularmente en el Sur y en el Este; y b) esas políticas no proporcionan solución alguna a la crisis general de la sociedad contemporánea.” (p. 28). Luego, más claramente, agrega “Las instituciones económicas internacionales no resuelven el vacío puesto que, como hemos visto, son simples instrumentos de gestión del mercado en manos del capital.” (p. 50).

⁵⁰² Esta postura, esbozada antes de la decisión de anulación de *Enron*, se materializa ahora en palabras del Comité *ad hoc* en este último caso, en el §371, donde explica: “A second question not addressed by the Tribunal is whether the relative effectiveness of alternative measures is to be taken into account. In adopting measures to safeguard an essential interest, a State may in practice not be in a position to know with certainty whether a given measure will prove to be effective, and reasonable minds may judge that some measures are likely to be more effective than others. For instance, suppose that there are two possible measures that a State might take in order to seek to safeguard an essential interest. One is 90 per cent probable to be 90 per cent effective to safeguard that essential interest, while the other is 50 per cent probable to be 60 per cent effective. Suppose that the former measure would (subject to the potential application of the principle of necessity) be inconsistent with obligations of the State under international law, while the latter measure would not. Would the State be precluded from invoking the principle of necessity if it adopted the former measure, on the basis that there was an alternative available? Or could the State claim that the measure taken was the «only way» that stood a very high chance of being very effective?” Ver también párrafos 372 y 373.

individuo, que es su objeto final.⁵⁰³ De lo contrario, el derecho mismo perderá su razón de ser.⁵⁰⁴

(2.A.v) Finalmente, no debe pasarse por alto que a partir de 1992, los Estados Unidos comenzaron a incluir en forma explícita en sus TBI con otros países, el carácter *self-judging* de las cláusulas NPM. Este argumento, que ha sido invocado por la República Argentina en múltiples defensas, no debe ser pasado por alto, porque demuestra una tendencia de los EEUU a nivel internacional que debería hacerse extensiva a la Argentina en virtud de la *cláusula de la nación más favorecida*.

(2.B.) Paralelamente, advertimos una evolución de criterios en el reconocimiento de la emergencia económica como estado de necesidad aplicable al TBI y como condición válida para suspender las condiciones del mismo. La evolución puede verse en los casos *LG&E*, *CMS*, *Continental* y, finalmente, en *Sempra* y *Enron*, especialmente en las decisiones de los Comités de anulación por sobre los tribunales arbitrales, aún cuando las mismas no hayan modificado el laudo –como en el caso de *CMS*– o cuando los Comités *ad hoc* se circunscriban a anular sin sentar líneas doctrinales, como en *Enron*.

(2.C.) En esta evolución, también debe tenerse en cuenta el criterio respecto del cual prevalece la norma y el sentido del TBI por sobre el derecho internacional comunitario, por tratarse de una *lex specialis* a la que las partes se sometieron voluntariamente y porque, en muchos casos, las reglas del derecho comunitario internacional que intentan aplicarse ni siquiera constituyen *ius cogens*. Consecuentemente con esta evolución, se ha ido determinando que el art. XI trata supuestos diferentes al 25 del CDI y, aunque este último y sus requisitos de procedencia pueden servir de guía interpretativa, no son determinantes y no pueden determinar por sí mismos la inaplicabilidad del art. XI.⁵⁰⁵

(2.D.) Finalmente, en las decisiones de anulación de *Sempra* y *Enron* –especialmente en la primera–, advertimos una sutil pero efectiva ampliación en el marco de revisabilidad de los laudos, por parte del Comité, que no se había dado en casos anteriores.⁵⁰⁶

(2.E.) Ahora bien, *Sempra* y *Enron* nos dejan también algunos interrogantes meta-jurídicos de especial relevancia con relación a la actual crisis mundial:

⁵⁰³ Ver *supra*, Capítulo VI.

⁵⁰⁴ Que no debe ser otra que constituirse en técnica de gestión colectiva que garantice la autodeterminación y realización del individuo en sociedad. Ver *supra*, Capítulo VI.

⁵⁰⁵ Tal como explicamos *supra*, notas 482 y 486, el Comité de anulación en *Enron* no toma partido por ninguna postura. Señala la necesidad de adoptar dicha decisión, pero la traslada al Tribunal arbitral, como propia de su competencia.

⁵⁰⁶ Ver, por ejemplo, la decisión de anulación en el caso *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), en la cual el Comité afirma que “ha identificado una serie de errores y defectos al examinar el Laudo. En efecto, éste contiene evidentes errores de derecho, vacíos y omisiones, todos los cuales han sido identificados y destacados por el Comité. Sin embargo, el Comité está consciente de que ejerce su jurisdicción bajo el limitado mandato que le confiere el Artículo 52 del Convenio del CIADI. El alcance de este mandato permite la anulación como una alternativa sólo cuando se cumplen determinadas condiciones. Tal como se ha declarado (§136 anterior), en estas circunstancias el Comité no puede reemplazar la apreciación de los hechos y del derecho realizada por el Tribunal por la suya.” (§158).

(2.E.i) ¿Podría el actual criterio volverse una tendencia a nivel internacional, convirtiéndose en un mensaje tranquilizador para las naciones actualmente colapsadas económica y financieramente?

(2.E.ii) ¿El colapso del sistema financiero y del sistema global de circulación y acumulación de capital implicará el replanteo del marco jurídico global que lo garantizaba y protegía?

(2.E.iii) Si este replanteo –necesario, por cierto– tiene lugar, ¿podríamos esperar una cesión de poder de las naciones exportadoras de capital hacia las naciones de la periferia, a fin de equilibrar lo que se ha denominado la globalización asimétrica?

(2.E.iv) Si *Sempra* y *Enron* se vuelven tendencia, ¿podrían favorecer el surgimiento de un *neo-proteccionismo* o *proteccionismo atenuado* al que se verán obligados los Estados a raíz de la crisis, de las medidas de ajuste que deberán implementar y de la recesión que tendrán que enfrentar? Se advierten ya algunos conflictos en esta dirección y probablemente recrudezcan.

(2.E.v) Dando una vuelta de tuerca más al asunto, podría pensarse que este criterio implica, a su vez, una justificación o protección a las naciones exportadoras de capital que descuidaron el control sobre los operadores globales del sistema financiero. ¿Podría haberse previsto? ¿Podría haberse prevenido? ¿Podría haberse controlado? Este último interrogante reside en que, de adoptarse por otros tribunales o comités el presente criterio, ¿no implicaría una salida ante cierta irresponsabilidad de control no sólo de los países del G7 sino también de los mismos organismos internacionales que incentivan y controlan la operatoria financiera internacional? Piénsese que los operadores del sistema financiero actúan en base a un marco jurídico institucional impuesto por los Estados exportadores de capital y por los organismos administrativos globales. Siendo ello así, ¿la actual crisis podría imputarse a la falta de adecuada reacción, control y adopción de las medidas idóneas de estos actores? ¿Ello podría significar su responsabilidad no sólo ante los inversores, sino ante la comunidad mundial? ¿Podríamos hablar de la institucionalización no sólo de la emergencia, sino también de la irresponsabilidad de estos países y de los organismos administrativos internacionales?⁵⁰⁷

3. El debate detrás de las cláusulas NPM

⁵⁰⁷ Como nos advirtiera un amigo, en la práctica habría que determinar previamente ante qué foro podría hacerse valer la responsabilidad de estos Estados y tal vez la de los propios organismos internacionales, por un incumplimiento *in vigilando*. Sin perjuicio de la cuestión jurídico-procedimental, no podemos dejar de pensar que existe cierta responsabilidad de estos actores y que la actual situación de fragilidad debería ser el disparador para un replanteo y fortalecimiento del proceso de globalización, en donde se debata el tipo de participación y actuación de los Estados y de los órganos internacionales.

En el ámbito internacional, este tipo de cláusulas reconocen una existencia de larga data.⁵⁰⁸ Actualmente, el debate sobre las mismas y sus consecuencias en el ámbito de los TBI está a la orden del día y los laudos o decisiones en los casos seguidos contra la Argentina disparan diferentes tipos de conclusiones.

Sin embargo, el *quid* de la cuestión con este tipo de cláusulas se circunscribe a determinar quién asumirá los riesgos y daños ante determinadas circunstancias extraordinarias: si el Estado o el inversor. Todo el material que podamos leer al respecto estará impregnado de una axiología en pos de uno u otro.

Bajo el riesgo de ser reiterativos, señalamos que este análisis binario es incompleto. Por más que a nivel internacional la personalidad recaiga sólo en el Estado federal, no podemos olvidar que se trata de una ficción jurídica debajo la cual existen seres humanos. De allí que sea necesario incorporar al análisis al colectivo de personas detrás del Estado. En los procedimientos de solución de diferencias relativas a inversiones, los Estados requeridos defienden las *medidas adoptadas* por sus gobiernos y los inversores defienden *su patrimonio, su inversión y capital*. Es lógico y razonable. Pero falta una tercera arista del problema: los individuos detrás del Estado.

Las corporaciones multinacionales y el capital financiero transnacional –operadores con altísima pericia y *expertise* en la materia–, que invierten en países del tercer mundo saben que apuestan mayor riesgo a mayor ganancia en un plazo relativamente corto. Así son este tipo de inversiones, de *alto riesgo y alta rentabilidad*. A su vez, el capital –en muchos casos– favorece la perpetuación de la flexibilidad y debilidad de los marcos regulatorios,

⁵⁰⁸ Tal como lo explican BURKE-WHITE y VON STADEN: “The history of NPM provisions reaches back far beyond Argentina’s BITs concluded in the 1980s and 1990s. NPM clauses were regular elements of U.S. Friendship, Commerce, and Navigation (FCN) treaties beginning in the post-WWII era. The NPM clause in the U.S.-Nicaragua FCN treaty was raised before the International Court of Justice (ICJ) in the 1984 *Nicaragua case* and an equivalent clause in the U.S.-Iran Treaty of Amity played an important part in the *Oil Platforms case*. NPM clauses migrated from the early FCN treaties to the international investment regime beginning with the establishment of the German BIT program in the late 1950s. The first known investment treaty with an NPM clause was Germany’s first BIT, which was concluded with Pakistan in 1959, and NPM clauses can be found in nearly every subsequent German BIT. Likewise, the first ever U.S. BIT, concluded with Panama in 1982, contained an NPM clause. Again, each subsequent U.S. BIT has contained such a clause. Though BITs have been the subject of considerable academic inquiry, the NPM clauses they often contain surprisingly have gone almost unnoticed. Yet, NPM provisions are relatively wide-spread in the legal regime governing international investment. They appear regularly in the BITs of states that play a major role in the international financial system, such as Germany, India, the Belgian-Luxembourg Union, Canada, and the United States. They also arise sporadically in particular BIT relationships of numerous other states. Of the 2000 BITs presently in force, NPM clauses appear in at least 200 such treaties.” (BURKE-WHITE / VON STADEN, *op. cit.*, pp. 312-313).

laborales e impositivos de los Estados anfitriones.⁵⁰⁹ De allí que resulte irrazonable la omisión de este tipo de análisis en los tribunales arbitrales.⁵¹⁰

Por su parte, debemos considerar que los *países de la periferia* necesitan de tales inversiones pero padecen de una incapacidad para lograr una estabilidad económica y, especialmente, jurídica e institucional.

Esta problemática irresoluta perpetúa el modelo por el cual los países de la periferia (sur-este) sólo constituyen mercados baratos y de alto rendimiento para colocar el excedente de capital de los países del centro (norte-oeste).⁵¹¹

4. Los desafíos del derecho administrativo global en el derecho internacional de las inversiones

- Por todo ello, consideramos que uno de los desafíos más importantes del incipiente derecho administrativo global⁵¹² es desarrollar valores, instituciones, herramientas y mecanismos que tiendan a equilibrar la asimetría del mundo globalizado.

En materia de derecho internacional de las inversiones, primeramente debe considerarse la necesidad de crear un marco regulatorio internacional de los TBI.⁵¹³ En este caso, el marco

⁵⁰⁹ También podría considerarse que tales capitales invierten en países de alto riesgo porque obtienen una alta tasa de rentabilidad a corto plazo y porque luego especulan con el colapso de las economías locales y la posibilidad de ganar los procesos arbitrales. Aún cuando no logren ejecutarlos jamás, un crédito de este tipo podría imponer distintos tipos de subordinación económica, política, etc. al Estado anfitrión, comenzando con la calificación negativa de la deuda que efectúa una sociedad calificadora, que no deja de ser otro operador perteneciente al mismo ámbito de interés que el de los inversores.

⁵¹⁰ Esta problemática ya ha sido advertida por CHITTARANJAN F. AMERASINGHE, quien señala: “The problem for developing countries particularly is how to harness foreign investment for their own development, and at the same time, limit the capacity and potential of foreign investors, especially multinational Corporation (MNCs), for unlimited exploitation and influence [...] However, no system of controls or protection would be complete or effective without machinery for settlement of disputes between investors and host countries.” “The existence of unresolved disputes could be an obstacle to the smooth transfer of resources from one country to another, whether developed or developing, but particularly from the developed to the less developed world through private organizations” (CHITTARANJAN F. AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law, 2003, pp. 617-618.)

⁵¹¹ SAMIR AMIN señala que “En las periferias del sistema capitalista, la pobreza y la distribución desigual de los ingresos no son efectos negativos causados por circunstancias específicas o políticas erróneas, sino resultado de la propia lógica del sistema, la lógica de la polarización mundial inmanente al sistema. Se trata, por tanto, de efectos permanentes, aunque en ciertas fases disminuya su presencia y en otras se intensifique.” (SAMIR AMIN, *El capitalismo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 31.)

⁵¹² Sobre el carácter inexorable de este proceso, alcances y peculiaridades ver, AA.VV., *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires, Rap, 2009 y GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 9º ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. XXII, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial.”

⁵¹³ Un pensamiento similar puede verse en EZEQUIEL NINO, “Inversiones extranjeras en países en desarrollo: ¿alguien debería intervenir a nivel global?”, en AA.VV., *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires, Rap, 2009, pp. 333-356. Este autor afirma que “resulta necesaria una mayor regulación de las inversiones transnacionales —sobre todo de las que se realizan en países en desarrollo— para proteger de forma más adecuada garantías administrativas y derechos fundamentales de la población del país receptor. Esto promoverá no solo una mejor protección de esas garantías y derechos sino también una competencia más leal e igualitaria de las empresas entre sí —para desarrollar sus emprendimientos— y de los gobiernos

regulatorio debe permitir que los capitales obtengan ganancias razonables pero que a su vez garanticen los derechos de los ciudadanos y que favorezcan el desarrollo del Estado anfitrión. Dado que los países de la periferia demuestran una constante incapacidad para lograr cierta estabilidad institucional y que ello favorece el abuso del capital, es el derecho administrativo global el que debe desarrollar los mecanismos que permitan el equilibrio.

Otra idea que debería implementarse es la propuesta por ARIEL CAPLAN, respecto de trasladar la *cláusula de la nación más favorecida* que generalmente aparece en este tipo de tratados a la ciudadanía y crear, así, una *cláusula de la ciudadanía más favorecida*.⁵¹⁴

A modo de *brainstorming* podríamos pensar en la creación de un fideicomiso internacional mediante el cual se transfiriera un porcentaje de la ganancia obtenida por las corporaciones multinacionales y el capital financiero transnacional cuando actúan como inversores en un país en desarrollo. El capital fiduciario debería estar administrado por algún organismo internacional creado a tales efectos, escogido por el Estado anfitrión, en el que este último goce de representación y voto. Las sumas en cuestión se destinarían a capacitación, promoción y desarrollo de infraestructura básica en el Estado anfitrión o fines de este estilo.

En similar sentido, hay que pensar en desarrollar herramientas tributarias globales,⁵¹⁵ como por ejemplo, el pago de un canon determinado por la utilización de tecnología nociva para

entre sí —para atraer ese tipo de inversiones.”(pp. 333-334). Asimismo, agrega que “las reglas y estándares globales determinan —en cierta medida— los contenidos de regulaciones nacionales y, por lo tanto, limitan significativamente la libertad de actores domésticos, a través de mecanismos que pueden ampliar o limitar la efectividad de derechos constitucionales y controles administrativos. Estos impactos pueden tener especial relevancia para países en desarrollo. En el tema que nos ocupa, las reglas que se prevean para las relaciones entre empresas multinacionales y países en desarrollo serán determinantes no sólo para los desarrollos económicos de éstos sino también para los intereses individuales de sus habitantes.” (p. 334). “Las consecuencias negativas que se incrementan por la falta de regulación adecuada se relacionan, como se dijo, con las vulneraciones de las garantías administrativas y los derechos humanos de los afectados por el accionar de esas compañías pero también con una competencia desleal y desigual de las empresas entre sí (quienes luchan por obtener mejores condiciones y producir con menores costos y mayores beneficios) y de los gobiernos entre sí (que pelean por recibir mayores inversiones.)” (p. 335). Por todo ello, este autor señala que “La regulación para proteger las garantías administrativas y los derechos humanos de las comunidades donde se efectúan las inversiones, debería contener las normas de derecho internacional de los derechos humanos, mecanismos que permitan compatibilizar las reglas que rigen las relaciones internacionales con los derechos domésticos y procedimientos que admitan, por parte de los afectados, el acceso a la información, la participación y la revisión judicial suficiente. Resulta importante agregar a la perspectiva de derechos humanos la de defensa de la competencia. Este principio también es un bien público y —más allá de las circunstanciales ventajas que pueda generar para los competidores desleales— apareja beneficios tanto para los ciudadanos como para las empresas que compiten lealmente. En definitiva, esta competencia que deberá desarrollarse sin las vulneraciones de derechos humanos que se denuncian cotidianamente traerá mayor protección para los ciudadanos pero también mayor prosperidad para los países y ese último tipo de compañías.”(p. 356).

⁵¹⁴ ARIEL CAPLAN, “La firma de Tratados Bilaterales de Protección a los trabajadores, usuarios, consumidores y medio ambiente como instrumento para compensar «la globalización asimétrica»”, en *Res Publica Argentina*, 2005 – 1, pp. 19-51. En este mismo sentido, ver MÓNICA PINTO, *Propagación de la lógica de los derechos humanos al derecho de las inversiones*, en la Jornada “El Derecho Internacional de las Inversiones en la actualidad: problemas contemporáneos de una Nueva Era en el Derecho Internacional”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 11 de diciembre de 2009.

⁵¹⁵ Ver SAMIR AMIN, *op. cit.*, p. 20, quien se refiere a la organización de un sistema fiscal globalizado.

el medio ambiente. Este canon podría ser destinado al desarrollo de tecnología no nociva en los países de la periferia. Paralelamente, habría que establecer un marco regulatorio para que los países desarrollados transfieran los conocimientos alcanzados sobre las últimas tecnologías a los países menos desarrollados en este punto.

No se cuestionan las inversiones de alto riesgo de los capitales transnacionales. Sólo ponemos el foco en que el derecho administrativo global –en esta materia– tiene como desafío el establecimiento de condiciones que aprovechen tales inversiones para la verdadera promoción y desarrollo de los pueblos.

Esta problemática es agudamente vislumbrada por ALAIN SUPIOT, quien afirma que “En el plano internacional, la «globalización» conduce a un orden jurídico donde el derecho internacional de la competencia, que se supone encarna el interés común de las diferentes naciones, se impone a los Estados. Estos últimos no expresarían más que solidaridades locales, sólo admisibles en la medida en que no obstaculicen la libre circulación de mercancías y capitales. Retorna así la vieja dicotomía entre lo global y lo local, típica de un pensamiento imperial proclive a disparar contra los Estado nación. Dentro de esa perspectiva *neoliberal*, el derecho de la competencia ocupa el lugar de un derecho constitucional a escala planetaria, y las instituciones internacionales de comercio les disputan a los Estados el papel de Tercero que garantiza los intercambios. El problema es que un derecho de competencia es impotente para fundar un orden jurídico, porque no conoce más que la circulación de productos e ignora la suerte de los hombres y de la naturaleza sin los cuales ninguna producción es posible. El orden económico internacional suscita de tal modo graves problemas sociales y ambientales, que finalmente caen sobre los Estados, cuya capacidad de acción por otra parte se reduce.”⁵¹⁶

Se trata de desarrollar un orden mundial (o un derecho de las inversiones) sustentable.

- El desarrollo de mecanismos para *humanizar* el derecho internacional de las inversiones es clave para lograr que las relaciones *poder-libertad* a nivel global sean más equilibradas.⁵¹⁷ No podemos olvidar que los derechos humanos son mito y discurso ideológico, a la vez.⁵¹⁸ Como se ha explicado, “es en el terreno de las creencias donde se plantea la cuestión de los Derechos Humanos. Toda reflexión al respecto debe comenzar tomando nota de su naturaleza dogmática y reconocer que son los artículos de un credo surgido de los valores de la cristiandad occidental. Pero su naturaleza dogmática no debe llevar a descalificarlos. Un dogma también es un recurso, tal vez el más indispensable para la vida humana, ya que lo propio de esa vida es que los hombres deben atribuirle un sentido, aun cuando ésta no tenga ningún sentido demostrable. Deben hacerlo a riesgo de

⁵¹⁶ ALAIN SUPIOT, *Homo juridicus*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 220.

⁵¹⁷ Como señala SUPIOT, “la apertura del mundo a los intercambios económicos no podrá durar *si las consecuencias humanas* de tal apertura no se toman en consideración...” (ALAIN SUPIOT, *op. cit.*, p. 292). El énfasis nos pertenece.

⁵¹⁸ Ver *supra*, Capítulos. I, IV y VI.

caer, si no, en el sinsentido y la locura individual o colectiva. No podemos actuar libremente sin referencias seguras que le den sentido a nuestra acción...⁵¹⁹

Los derechos humanos son el producto propio de un modelo específico: el actual modelo de circulación y acumulación de capital. En su función mítica, son dogma, tal como explica SUPLOT en la cita precedente.⁵²⁰ Sirven para inmortalizar, universalizar y sacralizar el modelo. En su función discursivo-ideológica, generan y difunden la idea de un supuesto equilibrio, de garantía y protección. Sin embargo, los DDHH todavía no tienen efectividad global. Sí en el ámbito interno de los Estados, pero muchas veces su aplicación también resulta dudosa o cuestionable.⁵²¹ A su vez, en el derecho internacional de las inversiones, los DDHH todavía no han sido incorporados, cuando justamente ello es lo que hace falta.⁵²² De allí que la real efectividad de los mismos se supedita a la incorporación de sus fundamentos al modelo global de circulación y acumulación de capital.

La operativa de inversiones internacionales no debe ser un factor depredador. Deben existir ganancias pero con desarrollo de los países de la periferia. Ergo, deberán desarrollarse mejores marcos regulatorios a partir de un diálogo que todos los operadores debemos comenzar.

Aquí no valen posturas parciales. El colapso financiero que se trasladó a gran parte del mundo y el daño ambiental mundial nos demuestra que podemos enfrentarnos a nuestra propia extinción. De nada sirve la acumulación de mayor capital si finalmente el planeta queda reducido a polvo.

⁵¹⁹ ALAIN SUPLOT, *op. cit.*, p. 258.

⁵²⁰ “La naturaleza dogmática de los Derechos Humanos es difícil de refutar. Por cierto, hoy muchos quisieran fundarlos en una «verdad científica», y vemos por ejemplo aquí y allá a bienintencionados que esgrimen la identidad biológica de todos los seres humanos para justificar su igualdad jurídica. Aunque animados por las mejores intenciones, retoman así una orientación sociobiológica que fue caldo de cultivo del nazismo y de la Shoah, porque argumentar en ese terreno significa postular que unas diferencias biológicas serían de tal índole que justificarían desigualdades jurídicas; y que por lo tanto, si la ciencia, que durante tanto tiempo afirmó que tales diferencias existían, llegase a establecerlas nuevamente en el futuro, entonces habría que renunciar al principio de igualdad. Si descartamos la tentación del fundamentalismo cientificista, es forzoso reconocer que los Derechos Humanos son otros tantos postulados institucionales: afirmaciones indemostrables que son la piedra angular de nuestros edificios jurídicos. Habiéndose retirado dios de nuestros montajes institucionales, es el Hombre quien ocupa hoy su lugar, y la secularización de nuestras sociedades ha dado paso, según las profecías de Augusto Comte, al advenimiento de una «Religión de la humanidad». Pero tal como se ha mostrado a lo largo de los capítulos anteriores, dicha religión, en la cual invitamos a comulgar al mundo entero, se inserta en la larga historia de los sistemas de creencias que han predominado en Occidente y lo han moldeado.” (ALAIN SUPLOT, *op. cit.*, pp. 259-260).

⁵²¹ Las incursiones militares a Iraq y Afganistán así como la supuesta muerte de Osama Bin Laden, son claros ejemplos de este supuesto.

⁵²² Como afirma SUPLOT, “Frente a la «globalización» de la economía de mercado, igualmente necesitamos hoy mecanismos que permitan una hermenéutica humana y social del derecho económico.” (SUPLOT, *op. cit.*, p. 293.)

Necesitamos entablar el diálogo sobre un orden mundial sustentable, un capitalismo sostenible, que permita la circulación y acumulación de capital a la vez que produzca el desarrollo de las naciones de la periferia.⁵²³

5. Finalmente, lo que en realidad está en juego

Llegados a este punto, vale preguntarse ¿qué es lo que realmente está en juego detrás de este escenario mundial?

Porque parece improbable y hasta obtuso que sólo esté en juego un modelo de circulación y acumulación del capital. No advertimos ninguna utilidad –para el capital y los países exportadores del mismo– en un mundo destruido humana y ambientalmente.

Lo que realmente está en juego es la *autodeterminación y diversidad de los hombres*.⁵²⁴ Se trata de un problema más antiguo y que actúa a nivel inconsciente.⁵²⁵ la perpetuación de

⁵²³ Encontramos una reflexión similar en BENEDICT KINGSBURY / NICO KRISCH / RICHARD B. STEWART, “El surgimiento del derecho administrativo global”, en AA.VV., *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires, Rap, 2009, al señalar que “Un segundo desafío puede centrarse en el orden institucional internacional actual que el derecho administrativo global intenta construir y mejorar. En una forma radical de crítica, las instituciones actuales de gobernanza global pueden ser consideradas como instituciones “imperiales,” fomentando las metas y estabilizando la dominación de países industrializados del norte a expensas del sur, y de las clases dominantes capitalistas a expensas de los pueblos subalternos. Suponiendo que esta acusación sea correcta (lo cual es ciertamente plausible): ¿Qué significaría esto para el derecho administrativo global? Los defensores discutirían probablemente que el derecho administrativo global busca mejorar las instituciones actuales y, el hacerlas más fiscalizables, podría sentar las bases para otorgarle más poder a aquellos actualmente excluidos y no representados. Los críticos, sin embargo, podrían sostener que la estrategia del derecho administrativo global es demasiado limitada; que aunque sea exitosa, sólo tocaría la superficie de la injusticia institucional actual. Por otra parte, al mismo tiempo ayudaría a legitimar el orden actual y lo estabilizaría, mientras que un cambio radical es realmente necesario. Esto recordaría las discusiones clásicas e insuperables entre los reformistas y los revolucionarios, en la cual ambos lados probablemente tienen razón. Pero también señalaría la necesidad de pensar en temas y maneras distribucionales de lograr una mayor «accountability» de la administración global para los que están más excluidos hoy en día. La mayoría de las iniciativas propuestas actualmente tendrían el efecto de aumentar la responsabilidad de las poblaciones del norte, de los agentes del mercado, de los intereses sociales, y los Estados. El aumento de la capacidad de tales agentes de hacer rendir cuentas a la gobernanza global puede agravar las hendiduras que existen actualmente en el mundo, y puede debilitar a las instituciones que ofrecen la mayor promesa para los grupos perjudicados. *Para tratar los problemas centrales de la rendición de cuentas, el derecho administrativo global tiene que idear maneras de otorgar más poder y de incluir a la gente y a sus representantes del sur*. Desde esta perspectiva, una participación más eficaz del mundo en desarrollo en las estructuras administrativas globales podría ser más urgente que implementar otro sendero de influencia más para las partes opulentas del mundo.” (p. 69, el resaltado nos pertenece). La realidad nos demuestra lo contrario a esta necesidad de equilibrio entre las naciones centrales (norte – oeste) y las naciones de la periferia (sur – este), como por ejemplo, en el pedido del presidente NICOLAS SARKOZY para disolver el G20.

⁵²⁴ En sentido similar, ver JORGE A. BARRAGUIRRE (H), “Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el convenio CIADI ¿la evaporación del derecho administrativo doméstico?”, en AA.VV., *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires, Rap, 2009, pp. 203-220, cuando expresa que “El disciplinamiento de los países importadores de capital no puede darse sobre la base de la desigualdad y la falta de respeto de las diferencias culturales y legales. Si los países importadores de capital necesitan buena gobernanza, ella no se obtiene mediante la fuerza —enmascarada bajo formas jurídicas neocoloniales— sino mediante el uso público de la razón.” (p. 219)

determinadas estructuras subordinantes y relaciones de poder entre dominantes y dominados. Y éste es justamente el objeto que el derecho administrativo (global o local) está llamado a equilibrar:⁵²⁶ el binomio *poder-libertad*.

Tal como se ha señalado, “La búsqueda de tal equilibrio, o más bien de un menor desequilibrio en la escena mundial, requiere también el reconocimiento de derechos específicos de acción de los países pobres en sus relaciones económicas con los países ricos.”⁵²⁷

Siguiendo el ejemplo de regulaciones como el derecho administrativo local o, más específicamente, el derecho laboral local; deben desarrollarse herramientas, institutos, procedimientos, mecanismos, etc., que *equilibren la desigualdad de poder efectivo* de los países en la escena mundial.⁵²⁸

He aquí el *quid* de la cuestión. De allí que no coincidamos con posturas como las de BURKE-WHITE y SLAUGHTER que afirman que el futuro del derecho internacional se base en tres funciones: fortalecer las instituciones locales, respaldarlas y compelerlas a actuar cuando sea necesario.⁵²⁹ Ello no resuelve el verdadero problema, pues las reglas, estándares, mecanismos, etc., en juego se basan en los *valores* impuestos por las naciones del centro (oeste-norte) y, lo que realmente hay que discutir *es qué valores* deben globalizarse para que luego sean acatados por todos. Considerar que los valores pertenecientes a una determinada cultura o visión antropológica, social y política son los únicos correctos o válidos, es caer en el mismo tipo de justificación religiosa que afirma que sólo un dios es el verdadero porque ese mismo dios lo ha afirmado.⁵³⁰

⁵²⁵ Ampliar en ERICH FROMM, *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1973, Cap. V, cuando se refiere a los mecanismos de evasión que resultan de la inseguridad del individuo aislado, como métodos negativos de enfrentar el problema, que derivan en caracteres autoritarios con tendencias de dominación y de sumisión.

⁵²⁶ Algo similar puede encontrarse en BENEDICT KINGSBURY / NICO KRISCH / RICHARD B. STEWART, “El surgimiento del derecho administrativo global”, en AA.VV., *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires, Rap, 2009, pp. 21-81, cuando señalan que “Esta situación ha creado un déficit de la «accountability» en el creciente ejercicio del poder regulatorio transnacional, el cual ha comenzado a estimular dos tipos diferentes de respuestas: Primero, la tentativa de extender el derecho administrativo doméstico a las decisiones regulatorias intergubernamentales que afectan a una nación; y segundo, el desarrollo de nuevos mecanismos de derecho administrativo a nivel global para enfrentar decisiones tomadas y reglas adoptadas dentro de los regímenes intergubernamentales.” (p. 23). Luego agregan “desde la perspectiva de los pequeños países en desarrollo, las instituciones regulatorias globales como la OMC, el FMI, el Banco Mundial y el Consejo de Seguridad de la ONU ya pareciera que los están “administrando” a voluntad de los países industrializados, que están sujetos en general a una regulación externa mucho menos invasiva. Encarar estos temas en términos administrativos puede llegar a poner de relieve la necesidad de idear estrategias para remediar las injusticias que se asocian con dichas desigualdades.” (p. 37)

⁵²⁷ SUPLOT, *op. cit.*, p. 294.

⁵²⁸ “En efecto, una de las enseñanzas de la historia social es que no basta con proclamar la igualdad para que exista, porque la simple declaración de la igualdad formal sólo sirve en un primer momento para despojar a los más débiles de aquello que los protege [...] La igualdad proclamada entre países ricos y pobres todavía no sirve más que para justificar la sobreexplotación de éstos por aquéllos.” (SUPLOT, *op. cit.*, p. 294).

⁵²⁹ ANNE-MARIE SLAUGHTER / WILLIAM BURKE-WHITE, “The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 47 N° 2, Summer 2006, pp. 327-352, disponible en versión *on line* en <http://www.harvardilj.org/print/59>.

⁵³⁰ Como señala NICOLÁS DIANA, “Dentro de todo sistema [...] la existencia depende de la posibilidad del sistema de generar *outputs* a los *inputs*, por vía del *feedback*. El exceso de demandas y la falta de respuestas

Hasta ahora, las instituciones del derecho administrativo global han sido construidas desde la visión del capital y de las naciones exportadoras del mismo.⁵³¹ Para equilibrar esta asimetría, es necesario *democratizar* la elección de los valores globales sobre los que luego deberá construirse un nuevo derecho administrativo global. Democratización de valores que garantice y proteja la diversidad y desarrollo de los pueblos, el trabajo, los derechos humanos, etc. El derecho administrativo global debe convertirse en una técnica colectiva de gestión que garantice la autodeterminación y diversidad de los pueblos y de los hombres,⁵³² mediante un entramado *democratizado* de valores compartidos que justifiquen y legitimen a las instituciones jurídico-políticas.

He aquí el desafío del derecho administrativo global: La construcción de un orden jurídico mundial equilibrado que integre la diversidad de los pueblos y no que imponga la uniformización de ciertos valores unilaterales. Hasta ahora, las relaciones de poder imperantes son perpetuadas por sus operadores mediante la *homogeneización* de los marcos jurídicos, institucionales, políticos, sociales, etc., y mediante la *universalización* de determinados valores. La libertad, a nivel global, pasa precisamente por la autodeterminación y diversidad de los pueblos, sin que tengan que renunciar a las mismas para lograr un nivel razonable de desarrollo. Sin diversidad, caemos en un oligopolio global y, tal como sucedió con la actual crisis financiera, el colapso de uno de los operadores arrastra el colapso de todo el sistema.⁵³³

Al respecto, se ha afirmado que “En ese contexto, se plantea la cuestión de la articulación de los principios de la economía de mercado con los valores inherentes a las diferentes culturas de todo el mundo. *La globalización no será soportable salvo si es pensada no como un proceso de uniformización de los pueblos y las culturas, sino como un proceso de unificación que se nutre de su diversidad en lugar de dedicarse a hacerla desaparecer [...]* La «dimensión social de la globalización» está condenada a seguir siendo un eslogan mientras no haya dispositivos institucionales apropiados que le permitan a los países del

del sistema, lo lleva a su propia destrucción.” (DIANA, NICOLÁS, “La teoría de la burbuja,” *Res Publica Argentina*, 2009-1: 25-28).

⁵³¹ Así lo explica CHITTARANJAN F. AMERASINGHE al señalar que “While the concern seems to have been with the investor’s problems, it may be questioned whether host states’ interests are adequately protected, considering that ICSID is closely associated with the World Bank which is dominated by the national states of the usual foreign investor. It would be have been more equitable to establish a Centre not so connected so that host states would have had less pressure on them on the institutional side” (CHITTARANJAN F. AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law, 2003, p. 621.)

⁵³² Ver *supra*, Capítulo VI.

⁵³³ O de la burbuja ficticia, tal como menciona NICOLÁS DIANA, “El problema radica en pensar que las burbujas son eternas, que son fuertes y estables, que nos brindan seguridad, y en que los sujetos aceptan la dominación por la fascinación, a sabiendas que la magia no existe. Otra cuestión adicional y que se vincula con el carácter expansivo de la crisis de la burbuja financiera mundial, es que los sujetos económicos (personas físicas y jurídicas) actúan en varios escenarios al mismo tiempo, es decir, más allá de los límites de una sola burbuja, o mejor dicho aún, en un único escenario global. De ahí la imposibilidad de que ese sujeto pueda evitar trasladar su quebranto a todos los ámbitos de actuación económica –burbujas mediante–.” (DIANA, NICOLÁS, “La teoría de la burbuja,” *Res Publica Argentina*, 2009-1: 25-28).

Sur oponer su propia interpretación de los derechos fundamentales ante los países del Norte.”⁵³⁴

El desafío del derecho administrativo global y de sus operadores es, justamente, desarrollar las herramientas necesarias para equilibrar la asimetría que existe hoy en día, para garantizar la diversidad y el desarrollo de los países de la periferia, paralelamente a la circulación y acumulación de capital.

Así, “el camino de un derecho cuya interpretación realmente esté abierta para todos es lo que hace falta alentar, porque es el único cuya naturaleza permitiría que, dentro de su infinita diversidad, la humanidad lograra entenderse acerca de los valores que la unen. Lo anterior supone que los países del Norte renuncien a imponer siempre y en todas partes sus propias concepciones, y que puedan aprender de los otros en un trabajo común de interrogación del hombre sobre sí mismo.”⁵³⁵

⁵³⁴ SUPLOT, *op. cit.*, pp. 292-293. El énfasis nos pertenece.

⁵³⁵ SUPLOT, *op. cit.*, p. 295.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAL MEDINA, JUAN (h), *La muerte y resurrección de la representación política*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- ABERASTURY, PEDRO, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- AFTALIÓN, ENRIQUE R. / GARCÍA OLANO, FERNANDO / VILANOVA, JOSÉ, *Introducción al Derecho*, 11° ed., Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980.
- AGAMBEN, GIORGIO, *State of exception* (translated by Kevin Attell), The University of Chicago Press, 2005.
- AGUILAR, ENRIQUE, “Benjamín Constant y el debate sobre las dos libertades”, *Revista Libertas* 28 (Mayo 1998), Instituto Universitario ESEADE, <http://www.esade.edu.ar>.
- AHE DAFNE S. (coordinadora), *El derecho administrativo de la emergencia*, II, Buenos Aires, FDA, 2002.
- ALANIS, SEBASTIÁN D. (coordinador), *El derecho administrativo de la emergencia*, III, Buenos Aires, FDA, 2003.
- ALANIS, SEBASTIÁN D., “Lo previsible. Las consecuencias,” *La Ley Sup. Adm* 2004 (noviembre), p. 9.
- ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*, Rosario, Ulrrica, 2004.
- ALETTI, DANIELA / BONINA, NICOLÁS, “La verdad material: ¿mito o realidad?,” *LL*, 2006-D, 1043.
- ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., “El principio de legalidad y las facultades legislativas del presidente a la luz de la CADH,” *LL*, 2008-C, 803.
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, “¿Hay dos derechos, uno de la normalidad y otro de la emergencia?,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa*, 2007 (febrero), p. 3.
- AMERASINGHE, CHITTARANJAN F., *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law, 2003.
- AMIN, SAMIR, *El capitalismo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós, 1999.
- ARISTÓTELES, *La Política*, Madrid, Ed. Alba, 1987.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*.
- ARON, RAYMOND, *La Edad de los imperios y el futuro de Francia*, ed. Defensa de Francia, 1945.
- ARRATIA, ARGIMIRO, *Economía, sociedad y teoremas*, El Universal, sección de Opinión, cuerpo 2, p 13, Caracas, 22-XII-00.
- BADENI, GREGORIO, “Reflexiones sobre el caso *Bustos*,” *La Ley*, 09/11/2004, p. 1.
- BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BALBÍN, CARLOS F., *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- BARCESAT, EDUARDO S., “El precedente “Massa”. Tributo al dios Kronos,” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 5, *LL*, 2007-A, 1103.
- BARRA, RODOLFO C. / FOS, BELTRÁN M., “Sobre retenciones y federalismo”, *LL*, 2008-D, 924.

- BARRAGUIRRE, JORGE A. (h), “Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el convenio CIADI ¿la evaporación del derecho administrativo doméstico?”, en AA.VV., *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires, Rap, 2009, pp. 203-220.
- BARRAGUIRRE, JORGE, “Derecho y Emergencia,” *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 17.
- BECKER, HOWARD S. (trad. TERESA ARIJÓN), *Manual de escritura para científicos sociales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- BIANCHI, ALBERTO B., *Control de constitucionalidad*, Tomo II, 2º ed., Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- BIANCHI, ALBERTO B., “De las leyes “de facto” en los gobiernos “de iure” (Reflexiones a propósito de los decretos de suspensión de juicios contra el Estado),” *RDA*, año 2- N°5, septiembre-diciembre 1990, pp. 662-663.
- BIANCHI, ALBERTO B., “El Derecho Constitucional argentino en la década de 1930 (A propósito del nacimiento de la Revista La Ley),” *LL*, 2005-F, 1302.
- BIANCHI, ALBERTO B., “El estado de sitio económico,” *Revista del Colegio de Abogados*, t. 50, Buenos Aires, mayo-1990, pp. 13-44.
- BIANCHI, ALBERTO B., “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica,” *LL*, 1991-C, 141.
- BIANCHI, ALBERTO B., “Una calma perfecta,” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 7, *LL*, 2007-A, 1105.
- BIANCHI, ALBERTO B., “Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema,” *LL*, 1997-B, 994.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Diagrama histórico-constitucional de las fuerzas armadas en Argentina”, *ED*, 47-843.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “La Constitución y la libertad (Para una reivindicación de Urquiza y de la Constitución de 1853)”, *ED*, 45-914.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de Historia Política*, Buenos Aires, Ediar, 1970.
- BIELSA, RAFAEL, *El orden político y las garantías jurisdiccionales (separación de poderes y vigencia del derecho)*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1943.
- BLUSKE, GUILLERMO, “La clase política y el desarrollo nacional,” *Res Publica Argentina RPA*, 2009-2 y 3, p. 33 y ss.
- BOBBIO, NORBERTO *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- BOBBIO, NORBERTO, *El futuro de la democracia*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del derecho*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2007.
- BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, “Contrapunto (sobre la forma de los contratos administrativos)”, *LL*, 2007-A, 780.
- BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, “La senda del derecho administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” en *La Ley - Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario*, 2010 (agosto), p. 40 y ss.
- BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, “Los superpoderes al jefe de gabinete,” *LL, Suplemento Actualidad*, 27-VII-06, p. 1.
- BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo*, Buenos Aires, Lajouane, 2009.

- BONINA, NICOLÁS, "El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado", en *Res Pública Argentina*, 2006-1, p. 91.
- BONINA, NICOLÁS, "Causa judicial e inconstitucionalidad por omisión legislativa," *LL*, 2006-F, 391.
- BONINA, NICOLÁS, "Lo que el derecho es. Problemas epistemológicos a raíz del fallo Itzcovich", *LL*, 2005-F, 356.
- BONINA, NICOLÁS, "Lo que los jueces dicen que hacen y lo que efectivamente hacen. A modo de juego metodológico," *LL*, 2005-B, 842.
- BONINA, NICOLÁS, "Sempra... Apuntes para redefinir el derecho administrativo global", *LL*, 2010-E, 344.
- BORGES, JORGE LUIS, *Obras Completas I*, Buenos Aires, Emecé, 1996.
- BORGES, JORGE LUIS, *Obras completas II*, Buenos Aires, Emecé, 2004.
- BOTASSI, CARLOS, "Emergencia y derechos adquiridos," *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 61.
- BOURDIEU, PIERRE (trad. ALICIA B. GUTIÉRREZ), *Intelectuales, política y poder*, 1ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, EUDEBA, 2006.
- BOURDIEU, PIERRE / TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.
- BOUZAT, GABRIEL, "¿La desaparición del derecho? El derecho y el poder," *LL*, 1991-A, 1010.
- BRAVO LIRA, BERNARDINO, "La ley extraparlamentaria en Argentina 1930-1983; leyes y decretos-leyes," *LL*, 1990-C, 1193.
- BUCHANAN, JAMES M. (trad. Verónica Sardón), *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, Madrid, Katz, 2009.
- BURKE-WHITE, WILLIAM W. / VON STADEN, ANDREAS, "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, 2007, disponible también en <http://www.law.upenn.edu/cf/faculty/wburkewh/>.
- CAMUS, ALBERT, *Moral y política*, Buenos Aires, Losada, 1978.
- CAPLAN, ARIEL, "La firma de Tratados Bilaterales de Protección a los trabajadores, usuarios, consumidores y medio ambiente como instrumento para compensar «la globalización asimétrica»", en *Res Publica Argentina*, 2005 – 1, pp. 19-51.
- CARDOZO, BENJAMIN N., *The growth of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1924.
- CARNOTA, WALTER F., "La pesificación hoy ("Cronoterapia" y realismo)," *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006 (diciembre)*, p. 13, *DJ* 2007-1, 53; *LL*, 2007-A, 1110.
- CARPIZO, JORGE, "Los medios masivos de comunicación y el estado de derecho, la democracia, la política y la ética, en AA.VV., (VÍCTOR BAZÁN – Coordinador), *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles*, Buenos Aires, EDIAR, 2003.
- CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed. reimpression, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- CASÁS, JOSÉ O., "La emergencia infinita en el ámbito del derecho tributario argentino (o el contribuyente bajo perpetuo estado de sitio fiscal)," *RDA*, 2002-499.
- CASONA, ALEJANDRO, *La barca sin pescador*, 22º ed., Buenos Aires, Losada, 1991.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Los contratos públicos y la ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario," *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 113.

- CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El contrato administrativo*, 3ra. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los contratos públicos y la ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario*, Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 113; entre muchos otros.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988.
- CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, *Conferencia Episcopal Argentina*.
- CAYUSO, SUSANA G. / GELLI, MARÍA ANGÉLICA / MILLER, JONATHAN M., *Constitución y poder político*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- CAYUSO, SUSANA G. / GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *La Acordada de la Corte Suprema de 1930. Legitimación del gobierno "de facto"*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Rioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988.
- CERDEIRAS, ROSAURA, *Tesina inédita*.
- CHABOT, JEAN-LUC, "¿La Revolución Francesa como paradigma de las revoluciones antirreligiosas modernas?", en AAVV Política y religión. Historia de una incompreensión mutua, Buenos Aires, Lumiere, 2007.
- CILURZO, MARÍA ROSA, "Breves consideraciones referidas al fallo *Massa*," *LL*, 2007-D, 143.
- CILURZO, MARÍA ROSA, "Efectos erga omnes de las sentencias contra el Estado", *JA*, 2009-I-1077.
- CILURZO, MARÍA ROSA, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la interpretación de variables (mutables)," *LL*, Suplemento Constitucional, 22-VIII-06.
- CIRI, RODOLFO LUIS, *1930, Proceso a la Corte Suprema*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1984.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Comprensión trialista de la revolución," Notas de la Cátedra I de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "El cambio de era histórica desde la teoría de las respuestas jurídicas," *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Universidad Nacional de Rosario, 2000, vol. 24.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "El fin judicial de la emergencia desde el punto de vista jusfilosófico trialista. Posibilidades de debate que aclaran el sentido del derecho," *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 35.
- COHEN SALAMA, CLAUDIO, "Bases epistemológicas y metodológicas para una teoría interpretativa del Derecho Administrativo", *JA*, 2003 -I -1375.
- COMADIRA, JULIO RODOLFO, "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial," *El Derecho*, Buenos Aires, 29-III-00; entre otros.
- COMADIRA, JULIO RODOLFO, *El acto administrativo*, 4ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, 11 de abril de 1980, <http://cidh.oas.org/countryrep/Argentina80sp/Cap.1.htm>.
- CONSTANTINEAU, ALBERT, *Tratado de la doctrina de facto*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1945.
- CORNWELL, JOHN, "Hawking's Quest: A Search Without End", en *The Tablet* del 27-03-04
- COSSIO, CARLOS, *El concepto puro de revolución*, Barcelona, Bosch, 1936.

- COSTA, EDGARDO MARIO, “Representación política y sistemas electorales,” en *Revista del INCAP*, año 1, Nro. 1, Buenos Aires, 1997.
- COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La denominada «zona de reserva de la administración» y el principio de la legalidad administrativa”, en AA.VV. CASSAGNE, JUAN CARLOS (director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 193-222.
- CRETELLA JUNIOR, JOSÉ, “Los principios fundamentales de derecho administrativo,” en *Revista de derecho administrativo*, año 2, septiembre-diciembre 1990, n° 5, p. 426 y ss.
- D.T. SUZUKI / FROMM, ERICH, *Budismo Zen y psicoanálisis*, 16° reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- DALLA VÍA, ALBERTO RICARDO, “Derechos políticos y garantías constitucionales,” en AA.VV., *Derecho Constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Universidad, 2004.
- DALLA VÍA, ALBERTO RICARDO, “La doctrina constitucional de la emergencia y el derecho de propiedad,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 48.
- DE TOCQUEVILLE, ALEXIS, *La democracia en América*, 10ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- DE UNAMUNO, MIGUEL, *Amor y pedagogía*, Madrid, Alianza Editorial, 1989.
- DERRIDA, JACQUES, “Deconstruction and the Possibility of Justice,” (trad. Mary Quaintance), *Cardozo Law Review*, New York, volumen 11, nos 5-6, julio-agosto de 1990, posteriormente en *Deconstruction and the Possibility of Justice*, D. Cornell, M. Rosenfeld, D.C. Carlson editores, Routledge, Nueva York- Londres, 1992; publicado electrónicamente en http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/derecho_justicia.htm#_edn2.
- DI IORIO, ALFREDO J., “Apuntes para el estudio del “apoderamiento” del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo,” *SJA*, 5-VIII-2009.
- DIANA, NICOLÁS / MARTÍN Y HERRERA, CARLOS FÉLIX, “El servicio público ferroviario como artífice del desarrollo social y económico del país”, *Lexis Nexis – Jurisprudencia Argentina*, *JA*, 2007-II, fascículo n. 8, 23 de mayo de 2007.
- DIANA, NICOLÁS / KODELIA, GONZALO S., “Cuando el valor histórico puede más que la mera dogmática”, *LL*, 30 de mayo de 2007, p. 7.
- DIANA, NICOLÁS / KODELIA, GONZALO S., “La apatía política en Santiago del Estero,” *Res Publica Argentina RPA*, 2005-1, pp. 53-69.
- DIANA, NICOLÁS / KODELIA, GONZALO S., “Seguridad jurídica vs. Derechos humanos (o, en la sombra de la justicia)”, *LL*, 2005-A, 824.
- DIANA, NICOLÁS / KODELIA, GONZALO S., “Sinceridad y justicia: 18 años después”, *LL*, 2005-E, 320.
- DIANA, NICOLÁS, “¿Otra vez el enigma de la habilitación de instancia? (sobre las cenizas de “Cohen”)”, *LL, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, del 16 de diciembre de 2005.
- DIANA, NICOLÁS, “¿Pragmatismo versus constitucionalidad?”, *LL, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, del 30 de marzo de 2004.
- DIANA, NICOLÁS, “Apreciaciones en torno a la esencia de las cosas”, *LL – Noroeste*, octubre de 2006, p. 1026.
- DIANA, NICOLÁS, “Apuntes sobre el proceso contencioso administrativo nacional”, *LL*, 22 de diciembre de 2006, p. 1.
- DIANA, NICOLÁS, “Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica”, en *Res Publica Argentina*, 2009-2 y 3, p. 73 y ss.

- DIANA, NICOLÁS, “El sinsabor de ser argentino”, en Clarín, edición del 30 de julio de 2006, sección opinión – carta de lectores.
- DIANA, NICOLÁS, “La Argentina que duele”, en Clarín, edición del 8 de julio de 2007, sección opinión – carta de lectores.
- DIANA, NICOLÁS, “La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes”, *LL Suplemento Actualidad*, 26 de febrero de 2008, p. 1.
- DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza), en *Res Publica Argentina*, 2007-1: 93-119.
- DIANA, NICOLÁS, “La garantía del debido proceso no se agota en una ilusión o ficción formal de la legalidad”, *LL*, 28 de abril de 2006, p. 3.
- DIANA, NICOLÁS, “La teoría de la burbuja,” *Res Publica Argentina*, 2009-1: 25-28.
- DÍAZ, RODOLFO, “Una acordada ‘Alberdiana’. La Unidad de Análisis Económico,” *LL*, 2009-F, 1197.
- DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Omeba-Plus Ultra, 1965.
- DRI, RUBÉN, *La utopía de Jesús*, 2ª ed., Buenos Aires, Biblos, 2000.
- DURKHEIM, EMILE (trad. CARLOS POSADA), *La división del trabajo social*, v. I, Barcelona, Planeta, 1994.
- DURKHEIM, EMILE (Trad. CARLOS POSADA), *La división del trabajo social*, v. II, Barcelona, Planeta, 1994.
- DUVERGER, MAURICE, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1970.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, “Nuevos enfoques de un viejo tema: La doctrina de facto”, *ADLA XLIV-B*, 2513.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FERRATER MORA, JOSÉ, *Indagaciones sobre el lenguaje*, Madrid, Alianza, 1970.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, *Estado Argentino modelo 2002: ¿Involución hacia la emergencia infinita?*, texto, ampliado y corregido, recoge la exposición realizada el día 19 de abril de 2002, en el seminario de estudio “Radici e caratteristiche della crisi argentina: profili costituzionali ed economici”, llevado a cabo en el Centro di Ricerca e Formazioni sul Diritto Costituzionale Comparato, Università Degli Studi di Siena, República de Italia (<http://www.unisi.it>).
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, *Investigaciones sobre derechos constitucionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- FEYNMAN, RICHARD P., *Seis piezas fáciles. La física explicada por un genio*, Barcelona, Crítica – Drakontos Bolsillo, 2006.
- FINK, ANDRÉS, *Los gobiernos de facto ante el derecho y ante la circunstancia política*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho Administrativo*, tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.
- FLORIA, CARLOS A. / GARCÍA BELSUNCE, CÉSAR A., *Historia política de la Argentina contemporánea 1880-1983*, Buenos Aires, Alianza Universidad, 1988.
- FOUCAULT, MICHEL (trad. ARIEL DILON), *Una lectura de Kant. Introducción a la antropología en sentido pragmático*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009.

- FOUCAULT, MICHEL (trad. AURELIO GARZÓN DEL CAMINO), *La arqueología del saber*, 2ª reimp., Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- FOUCAULT, MICHEL, *El discurso del poder*, México, Folios, 1983.
- FOUCAULT, MICHEL, *La arqueología del saber*, 2ª reimp., Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, 4ª reimp., Barcelona, Gedisa, 1996.
- FOUCAULT, MICHEL, *Nietzsche: La genealogía de la historia*, 5ª ed., Valencia, Pre-textos, 2004.
- FRANCK, SUSAN, *The legitimacy of investment tribunals: Empirical Insights*, en la Jornada “El Derecho Internacional de las Inversiones en la actualidad: problemas contemporáneos de una Nueva Era en el Derecho Internacional”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 11 de diciembre de 2009.
- FREIRE, PAULO (trad. JORGE MELLADO), *Pedagogía del oprimido*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- FREUD, SIGMUND, *Tótem y Tabú*, Madrid, Alianza Editorial, 1967.
- FROMM, ERICH, *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1973.
- FROMM, ERICH, *Psicoanálisis y religión*, Buenos Aires, Editorial Psique, 1975.
- GAARDER, JOSTEIN, *El mundo de Sofía*, España, Siruela, 2002
- GABETTA, CARLOS, “Argentina Cromagnon”, *Le Monde diplomatique*, año X, número 114, Diciembre 2008, p. 3.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO / FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, con notas de Agustín Gordillo, 1ª ed. Argentina, Buenos Aires, Thomson-Civitas-La Ley, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO / FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 9ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo,” *Revista de Derecho Administrativo*, año 3, mayo-diciembre 1991, N° 7/8.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, prólogo a VIEHWEQ, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1964.
- GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, *LL*, 2009-B, 186.
- GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M. / VERAMENDI, ENRIQUE, “El control judicial de los DNU: reflexiones a la luz de los fallos «Morales» y «Camaño»”, *LL - Suplemento administrativo*, 2010, mayo, p. 5.
- GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Los costos de la imprudencia en el sistema republicano,” *LL*, 2005-E, 1504.
- GARCÍA, JUAN AGUSTÍN, *La ciudad indiana*, Buenos Aires, Emecé, 1954.
- GARGARELLA, ROBERTO, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Control estricto en la delegación legislativa”, *LL*, 2009-A, 161.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El caso "Massa": fin de un capítulo en la pesificación de los depósitos bancarios,” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 23, *LL*, 2007-A, 1120.

- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Las emergencias institucionales y las reglas de la competencia democrática,” *LL*, 2003-C, 1128.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2ª ed. amp. y act., Buenos Aires, La Ley, 2003.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “El acto final de la pesificación: ¿el porvenir de una ilusión?,” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 15, DJ 2007-1, 49, *LL*, 2007-A, 1112.
- GIRARDET, RAOUL (trad. HORACIO PONS), *Mitos y mitologías políticas*, Buenos Aires, 1999.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 7ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2005.
- GÓMEZ PUENTE, MARCOS, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- GONZÁLEZ ARZAC, FELIPE, *El derecho de autoridad y la legitimación de los gobiernos de facto*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1966.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1943.
- GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “Restricciones a los derechos humanos”, en AA.VV. Gordillo, Agustín (director), *Derechos Humanos*, 5ª ed., Buenos Aires, FDA, 1999, Cap. VI.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, SILVINA S., *Defensa del Estado de Necesidad en el arbitraje de inversión*, en la Jornada “El Derecho Internacional de las Inversiones en la actualidad: problemas contemporáneos de una Nueva Era en el Derecho Internacional”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 11 de diciembre de 2009.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, SILVINA S., *Estado de necesidad en el derecho internacional y su aplicación por los tribunales internacionales*, en la Conferencia Internacional: *El futuro del arbitraje en Argentina*, organizada por el Estudio Ymaz y la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 18 de abril de 2007.
- GONZÁLEZ, FLORENTINO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, París, Librería de Ch. Bouret, 1889.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, 9º ed., Buenos Aires.
- GORDILLO, AGUSTÍN / CAMPOLIETI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” *LL, Suplemento Administrativo* 2006 (octubre), p. 69 y ss.
- GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003.
- GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009.
- GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003.
- GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009.
- GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007.
- GORDILLO, AGUSTÍN, “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?,” *LL*, 2005-A, 905-921. Reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO / MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.
- GORDILLO, AGUSTÍN, “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050.

GORDILLO, AGUSTÍN, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial,” *Res Publica Argentina RPA*, 2009-1, pp. 50-89.

GORDILLO, AGUSTÍN, “Ninguna justificación racional,” *LL*, 1998-B, 554.

GORDILLO, AGUSTÍN, “Por un formulario,” *LL*, 1996-C, 436.

GORDILLO, AGUSTÍN, “Racionalidad, política, economía, derecho”, en *LL*, 28 de diciembre de 2005.

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

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

GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2000.

GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho. Derecho público y privado. Common-law y derecho continental europeo*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, 3ª reimp., Madrid, Civitas, 2001.

GRANDE-GARCÍA, ISRAEL, *Neurociencia social: El maridaje entre la psicología social y las neurociencias cognitivas. Revisión e introducción a una nueva disciplina*, Anales de Psicología, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2009, vol. 25, nº 1 (junio), 1-20.

GRECCO, CARLOS MANUEL, “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, *LL*, 1980-D, 1306.

GUGLIELMINO, OSVALDO C., “Medidas cautelares contra la Administración”, *Actualidad en el Derecho Público*, Nº 13, Buenos Aires, 2000, p. 79 y ss.

GUGLIELMINO, OSVALDO C., *Una perspectiva crítica en materia de arbitraje de inversión*, en el Congreso Latinoamericano de Arbitraje, Asunción del Paraguay, 10-11 de junio de 2010.

HABERMAS, JÜRGEN (trad. MANUEL JIMÉNEZ REDONDO), *Ciencia y técnica como «ideología»*, Madrid, Tecnos, 1986.

HABERMAS, JÜRGEN, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996

HAMILTON, ALEXANDER / MADISON, JAMES / JAY, JOHN, *El federalista*, 2ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

HAWKING, STEPHEN / MLODINOW, LEONARD, *Brevísima historia del tiempo*, Barcelona, Crítica – Drakontos Bolsillo, 2006.

HAWKING, STEPHEN, “Gödel and the End of Physics”, lección pronunciada en Cambridge, en 2004, accesible en el sitio de internet www.damtp.cam.ac.uk/strts/dirac/hawking.

HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, 6ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1968.

HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, “El caso *Massa* y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica,” *La Ley Sup. Esp.* La emergencia y el caso *Massa* 2007 (febrero), p. 70.

HOBBS, THOMAS, *Leviatán, o la materia, la forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 1ª ed., 7ª reimp., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009.

HORGAN, JOHN, “La metafísica de las partículas”, en *Investigación y Ciencia*, abril/1994.

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

HUME, DAVID, *Historia Natural de la Religión*, Buenos Aires, Eudeba, 1966.

HUTCHINSON, TOMÁS, “El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado”, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001-2, pp. 13-81.

- HUTCHINSON, TOMÁS, “La emergencia y el Estado de Derecho,” *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 27.
- HUXLEY, ALDOUS, “El hombre y su planeta”, en *La situación humana*, Buenos Aires, Sudamericana, 1979.
- HUXLEY, ALDOUS, *Los demonios de Loudun*, Buenos Aires, Sudamericana, 3º ed., 1975.
- IBLER, MARTIN, “Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de València, 2005, nº 50/51, pp. 5-22.
- JAURETCHE, ARTURO, “La colonización pedagógica”, 2ª reimp. en *Los profetas del odio y la yapa*, Buenos Aires, Corregidor, 2004.
- JAURETCHE, ARTURO, *Manual de zonceras argentinas*, Obras completas, v. 2, 1ª ed., 11ª reimp., Buenos Aires, Corregidor, 2010.
- JÉZE, GASTÓN, *Principios generales del derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1949.
- JUNG, CARL GUSTAV, *Las relaciones entre el yo y el inconsciente*, Barcelona, Paidós.
- JUNG, CARL GUSTAV, “El hombre arcaico”, extracto de *Il problema dell'inconscio nella psicologia moderna*, Torino, Einaudi, 1942, compilado en DE MARTINO, ERNESTO, *Magia y civilización*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965.
- KAMINKER, MARIO E., “Aspectos prácticos de la aplicación del fallo *Massa*,” *La Ley Sup. Esp.* La emergencia y el caso *Massa* 2007 (febrero), p. 80.
- KAUFMANN, STUART, “Tiene algún sentido la vida”, *Revista Muy Interesante*, año 22, número 260, junio/2007.
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- KIELMANOVICH, JORGE L., “Aspectos procesales del caso "Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros s/amparo",” *LL*, 9/11/2004, p. 4.
- KINGSBURY, BENEDICT / KRISCH, NICO / STEWART, RICHARD B., “El surgimiento del derecho administrativo global”, en AA.VV., *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires, Rap, 2009.
- KLINE, MORRIS, “Les fondements des mathématiques », en *La Recherche* 54 (marzo de 1975).
- KÜNG, HANS, *El principio de todas las cosas. Ciencia y religión*, Madrid, Trotta, 2007.
- La Nación, 2 de mayo de 1947: “Fueron destituidos los ministros de la Corte y el Procurador General,” pp. 1 y 7;
- La Nación, 4 de mayo de 1947: “Repercusión de un fallo,” nota editorial.
- LASZLO, ERVIN, *El cosmos creativo*, Barcelona, Kairós, 1997.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. II, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1970.
- LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975.
- LIPSET, SEYMOUR MARTIN, *El hombre político. Las bases sociales de la política*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963.
- LOCKE, JOHN (trad. española de 1931 sobre la versión francesa de alferoces de caballería C.C. y L. C.), “De la sociedad política y civil,” en *Tratado del gobierno civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Claridad, 2005.
- LÓPEZ MONTIEL, ÁNGEL GUSTAVO, “Las teorías de sistemas en el estudio de la cultura política,” en *Política y Cultura*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, pp. 171-190.

- LORENZETTI, RICARDO, *El Cronista Comercial*, edición del 01-06-2010, p. 7.
- LUHMANN, NIKLAS, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento*, México, Anthropos UIA/ITESO, 1997.
- LUTHER KING, MARTIN (Jr.), *Letter from the Birmingham Jail*, 1968.
- MABROMATA, ENRIQUE, “Sacrificio compartido: ¿Nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?,” *La Ley Sup. Esp. El Contrato Administrativo en la Actualidad 2004* (mayo), 136.
- MAIRAL, HÉCTOR A., “El efecto de la crisis económica en el Derecho”, *RAP, Doctrina Pública*, XXVI-2, pp. 239-245.
- MAIRAL, HÉCTOR A., “La degradación del derecho público argentino”, en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 17-32.
- MAIRAL, HÉCTOR A., *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED, 179:655
- MAIRAL, HÉCTOR A., *El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo*, ED, 180: 849.
- MAIRAL, HÉCTOR A., *La ideología del servicio público*, RDA, 14:359.
- MALINOWSKI, BRONISLAW, *Estudios de psicología primitiva. El complejo de Edipo*, Barcelona, Altaya, 1998.
- MANILI, PABLO L., “La propiedad privada es inviolable (art. 17 de la Constitución Nacional),” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 35, *LL*, 2007-A, 1130.
- MANIN, BERNARD, “La democracia de los modernos. Los principios del gobierno representativo,” artículo desarrollado con ligeras modificaciones en el libro *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann Levy, París, 1995 (Publicado en: http://www.politica.com.ar/Filosofia_politica/Nuevos%20Filopol/manin_democ_mod.html.)
- MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, Buenos Aires, Distal, 2003.
- MARISCAL, ENRIQUE, *Manual de jardinería humana*, 10ª, Buenos Aires, Serendipidad, 2003.
- MARTÍNEZ, GUILLERMO, *La irresistible elegancia de un teorema*, La Nación, 23-V-09, <http://www.lanacion.com.ar/1129718-la-irresistible-elegancia-de-un-teorema>.
- MILJIKER, MARÍA EVA (coordinadora), *El derecho administrativo de la emergencia I*, Buenos Aires, FDA, 2002.
- MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en *LL, Suplemento Administrativo*, 2006 (diciembre).
- MORELLO, AUGUSTO M., La Corte Suprema, piloto de tormentas, *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 91.
- NIETO, ALEJANDRO / GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.
- NIETO, ALEJANDRO, *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, Trotta, 2002.
- NIETO, ALEJANDRO, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH (trad. ALFREDO BERNARDO TZVEIBEL), “Sobre verdad y mentira en sentido extramoral,” en *Sobre verdad y mentira*, Buenos Aires, Miluno, 2009.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH, “Incursiones de un intempestivo,” en *El ocaso de los ídolos*, Buenos Aires, Letras Universales, 2005.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH, *El ocaso de los ídolos*, Buenos Aires, Letras Universales, 2005.
- NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2005.

- NINO, CARLOS S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005.
- NINO, CARLOS S., “Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas “de facto”, *LL*, 1983-D, 935.
- NINO, EZEQUIEL, “Inversiones extranjeras en países en desarrollo: ¿alguien debería intervenir a nivel global?”, en AA.VV., *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires, Rap, 2009, pp. 333-356.
- O’DONNELL, GUILLERMO, *Disonancias: críticas democráticas a la democracia*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.
- ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, *El espectador*, Navarra, Salvat, 1970.
- ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, *Historia como sistema*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.
- PIAGET, JEAN, *La construcción de lo real en el niño*, México DF, Grijalbo, 1998.
- PINTO, MÓNICA, *Propagación de la lógica de los derechos humanos al derecho de las inversiones*, en la Jornada “El Derecho Internacional de las Inversiones en la actualidad: problemas contemporáneos de una Nueva Era en el Derecho Internacional”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 11 de diciembre de 2009.
- POPPER, KARL R. (trad. Eduardo Loedel), *La sociedad abierta y sus enemigos*, v. I, Buenos Aires, Hyspamérica, 1985.
- POPPER, KARL R. (trad. Néstor Míguez), *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, 4ª ed., Barcelona, Paidós, 2008.
- POPPER, KARL R., *La responsabilidad de vivir*, España, Altaya, 1999.
- POTASH, ROBERT, *El ejército y la política en la Argentina (1962-1973). Primera parte, 1962-1966*, Buenos Aires, Sudamericana, 1994.
- PRIGOGINE, ILYA, “¿Qué es lo que no sabemos?”, traducción de ROSA MARÍA CASCÓN, en *A Parte Rei: Revista de Filosofía*, en <http://serbal.pntic.mec.es/AparteRei/>
- RAMELLA, PABLO A., *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1982.
- RATTRAY TAYLOR, GORDON, *El cerebro y la mente. Una realidad y un enigma*, 2º ed., Barcelona, Planeta, 1980.
- RAWLS, JOHN, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Buenos Aires, Paidós, 2004.
- RAY, JOSÉ DOMINGO, “Simpatía, hipocresía y Estado de Derecho. Algunas consideraciones acerca de la relación entre moral y derecho,” *Academia Nacional de Derecho*, 1999, p. 59.
- REJTMAN FARAH, MARIO, "La consagración legal de la habilitación de instancia de oficio: su inconstitucionalidad", en *Derecho Procesal Administrativo*, t. 1, Cassagne, Juan Carlos (director), Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- REJTMAN FARAH, MARIO, “Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia,” *LL, Suplemento Especial El Contrato Administrativo en la Actualidad*, 2004 (mayo), p. 103.
- REJTMAN FARAH, MARIO, “La organización administrativa y la participación ciudadana,” en AA.VV. *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público- Jornadas organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005, p. 335 y ss.
- REJTMAN FARAH, MARIO, “Emergencia: Conforme las circunstancias,” *Sup.Adm* 2002 (junio); *LL*, 2002-D, 306.
- REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000,.
- Revista Muy Interesante, “Tiene algún sentido la vida”, año 22, número 260, junio/2007.

- RODRÍGUEZ-AGUILERA DE PRAT, CESÁREO, *Norberto Bobbio y el futuro de la democracia*, Universitat de Barcelona, Working Paper n.125, Barcelona, 1997.
- ROSA, JOSÉ MARIA, *Historia Argentina*, t. 6, “El sisma”, Buenos Aires, 1974.
- ROSATTI, HORACIO DANIEL, El control de la hacienda pública por los tribunales de cuentas durante los gobiernos “de facto”, *El Derecho*, 29-XII-82, p. 1 y ss.)
- ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 5ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1994.
- ROSS, ALF, “*Tû-Tû*”, traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- ROUQUIÉ, ALAIN (trad. VÍCTOR GOLDSTEIN), *A la sombra de las dictaduras. La democracia en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2011.
- ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1996.
- SÁBATO, ERNESTO, *La resistencia*, 18ª ed., Buenos Aires, Planeta (1ª ed. Booklet), 2006.
- SALACUSE, JESWALD W., *The Law of Investment Treaties*, Great Britain, Oxford, 2010.
- SAMUELSON, ROBERT J., “The shaky science. We may be reaching the limits of economics,” *Buenos Aires Herald*, 30-06-10, <http://www.buenosairesherald.com/BreakingNews/View/37867>.
- SÁNCHEZ SORONDO, MARCELO, “Gobiernos de facto y sistemas de suprallegalidad,” *LL*, 1982-B, 775.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *Doctrina de la revolución y doctrina de facto*, Buenos Aires, Claridad, 1943.
- SÁNCHEZ, FABIO, “Presidencialismo atenuado”, *LL - Suplemento Administrativo*, 2010, junio, p. 22.
- SCATTOLA, MERIO, *Teología política. Léxico de política* (trad. Heber Cardoso), Buenos Aires, Nueva Visión, 2008.
- SCHEIBLER GUILLERMO (coordinador), *El derecho administrativo de la emergencia IV*, Buenos Aires, FDA, 2005.
- SCHMITT, CARL, *Catolicismo y forma política*, Madrid, Tecnos, 2001.
- SCHMITT, CARL, *Die Diktatur*, Munich-Leipzig, Duncker & Humblot, 1921.
- SCHMITT, CARL, *Legalidad y legitimidad*, Buenos Aires, Struhart, 2002.
- SCHMITT, CARL, *Politische Theologie*, Munich-Leipzig, Duncker & Humblot, 1922.
- SCHÖNBERGER, CHRISTOPH, “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht,” en Stolleis, Michael (ed.), “Das Banner Grundgesetz - Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969),” *Berliner Wissenschafts-Verlag*, Berlin, 2006.
- SCHOPENHAUER, ARTHUR (trad. Sergio Albano), *Ensayo sobre el libre albedrío. La libertad*, Buenos Aires, Gradifco, 2005.
- SCHOPENHAUER, ARTHUR, “*El arte de tener razón [expuesto en 38 estratagemas]*”, Buenos Aires, Quadrata, 2005.
- SCHRÖDINGER, ERWIN, *Mente y materia*, 5º ed., Serie Metatemas 2, Barcelona, Tusquets Editores, 1999.
- SEARLE, JOHN R., *La mente. Una breve introducción*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006.
- SLAUGHTER, ANNE-MARIE / BURKE-WHITE, WILLIAM, “The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 47 N° 2, Summer 2006, pp. 327-352, disponible en versión *on line* en <http://www.harvardilj.org/print/59>.
- SOLA, JUAN VICENTE, “El fin del nudo gordiano constitucional,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 101.

- SPECTOR, HORACIO, "Constitutional transplants and the mutation effect," 83 Chi.-Kent L. Rev. 129.
- STEVENSON, CH., *Ethics in Language*, New Haven, 1973, pp. 206 y ss.
- SUPIOT, ALAIN, *Homo Juridicus*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- SUZUKI, D.T. / FROMM, ERICH, *Budismo Zen y psicoanálisis*, 16º reimposición, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- TAWIL, GUIDO, "El derecho administrativo argentino actual frente al derecho comparado", en *El derecho administrativo hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996).
- TOURAINÉ, ALAIN, *Qué es la democracia?* (tít. orig.: Qu'est-ce que la démocratie?), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- V. ARON, RAYMOND, *La Edad de los imperios y el futuro de Francia*, ed. Defensa de Francia, 1945.
- VALLENAS GAONA, JESÚS RAFAEL, "Los estados de excepción a la luz de los derechos humanos en el sistema americano," en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Universitat de València, Núm. 4 (enero- abril, 2000), <http://www.uv.es/~rijp/4raf.htm>. Ver un desarrollo aún más completo en Agamben, G., op. cit., chapter 1, "The State of Exception as a Paradigm of Government."
- VAN LOON, HENDRIK WILLEM, *Historia de la Biblia*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1946.
- VANOSSI, JORGE REINALDO, "Reflexiones en torno al estado de sitio: a propósito del caso Solari Yrigoyen," *LL*, 1983-B, 1104.
- VATTIMO, GIANNI (trad. MARÍA TERESA D' MEZA), *Adiós a la verdad*, Barcelona, Gedisa, 2010.
- VÍTOLO, ALFREDO, *Estado de sitio*, Consejo para la Consolidación de la Democracia - Reforma Constitucional. Dictamen preliminar.
- WEBER, MAX, "La ciencia como vocación" en *El político y el científico*, Buenos Aires, Libertador, 2005.
- WERNER, FRITZ, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht," *Deutsches Verwaltungsblatt* (1959.)
- YACOVINO, CECILIA, "Discurso y realidad: Otra mirada sobre el debate Gordillo – Campolieti," *Res Publica Argentina*, 2007-1, Buenos Aires, Ediciones Rap, p. 35.
- ZAYAT, VALERIA E. (coordinadora), *El derecho administrativo de la emergencia V*, Buenos Aires, FDA, 2006.
- ZUBEROA, MARCOS, "El código oculto del ADN", en *Muy Interesante*, año 22, nro. 260, junio 2007.

JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTES CITADOS

- CNACAF, sala I, *Fernández Emilio Manuel c/ UBA*, 9-V-00.
- CNACAF, sala V, *Asociación de magistrados y funcionarios*, 8-V-10.
- CNCAF, sala IV, *Lonigro Félix Vicente c. Estado Nacional* (21-03-06), *LL*, 2006-F, 390.
- CSJN, *Abal, Edelmiro c. Diario La Prensa, Fallos*, 248:291 (1960.)
- CSJN, *Acordada del 10-IX-30, Fallos*, 158:290 (1930.)
- CSJN, *Acordada del 7-VI-43, Fallos*, 196:5 (1943.)
- CSJN, *Anders, Carlos y otros, Fallos*, 204:345 (1946.)

CSJN, *Antonio Sassone v. Nación Argentina*, Fallos, 195:539 (1942.)

CSJN, *Aramayo, Domingo R.*, Fallos, 306:72 (1984.)

CSJN, *Arce*, Fallos, 320:2145 (1997).

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

CSJN, *Asociación Benghalensis*, Fallos, 323, 1339 (2000)

CSJN, *Avellaneda Huergo, Alfredo c/ Nación*, Fallos, 172:344 (1934)

CSJN, *Badaro Adolfo Valentín*, Fallos (08-08-2006.)

CSJN, *Baeza González, Heriberto c/ Nación*, Fallos, 210:1095 (1948.)

CSJN, *Baeza*, Fallos, 306:1125 (1984.)

CSJN, *Barrientos*, Fallos, 326:3683 (2003.)

CSJN, *Bussi*, Fallos, 326:4468 (2003.)

CSJN, *Bussi*, Fallos, 330:3160 (2007.)

CSJN, *Cacace Josefa Ermida*, Fallos, 318:1887 (1995.)

CSJN, *Cahiza, Emilio y otros c/ Nación*, Fallos, 177:237 (1934.)

CSJN, *Campodónico de Beviacqua*, Fallos, 323:3229 (2000)

CSJN, *Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo*, Fallos, 316:2624 (1993.)

CSJN, *Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/amparo*, Fallos, 331:2406 (2008.)

CSJN, *Colina, René Roberto y otros*, Fallos, 328:3354 (2004.)

CSJN, *Compañía Azucarera Concepción*, Fallos, 324:2231 (2004.)

CSJN, *Comunidad Homosexual Argentina*, Fallos, 314:1531 (1991)

CSJN, *Consumidores Argentinos*, sentencia del 19-05-10.

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

CSJN, *Dromi, LL*, 1990-E, p. 97.

CSJN, *E., F. E. s/ sucesión ab-intestato*, LL, 1987-D, 333.

CSJN, *Ediciones La Urraca*, Fallos, 311:2553 (1988.)

CSJN, *Editorial Río Negro*, Fallos, 330:3908 (2007.)

CSJN, *El Fisco Nacional c. varios comerciantes de San Juan*, Fallos, 5: 155 (1868.)

CSJN, *Empresa Argentina de Servicios Públicos SA de Transportes Automotores*, Fallos, 320:2756 (1997.)

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

CSJN, *Ferrer*, Fallos, 308:2246 (1986.)

CSJN, *García Méndez, Emilio y Musa, María Laura*, Fallos, 331:2691 (2008.)

CSJN, *Garré*, Fallos, 323:1432 (2000.)

CSJN, *Gómez Diez*, Fallos, 322:528 (1999.)

CSJN, *González Bellini, Guido Vicente c/ Río Negro, provincia de s/ daños y perjuicios*, Fallos, 332:552 (2009.).

CSJN, *Granada*, Fallos, 307:2284 (1985.)

CSJN, *H. Bertone y Cía. v. Nación Argentina*”, Fallos, 185:36 (1938.)

CSJN, *Halabi*, Fallos, 332:111 (2009.)

CSJN, *Hipólito Yrigoyen s/ recurso*, Fallos, 158:391 (1930.)

CSJN, *Impuestos Internos c/ Malmonge Nebrera, Martiniano, Fallos*, 169:309 (1933.)
 CSJN, *Intercorp S.R.L. y Hermitage S.A. (sentencias dictadas en 15-VI-10.)*
 CSJN, *La Prensa S.A., Fallos*, 310:1715 (1987.)
 CSJN, *Madorrán, Fallos*, 330:1989 (2007.)
 CSJN, *Martínez, Baldomero y otro, Fallos*, 2:127.
 CSJN, *Mattaldi Simón Ltda. S.A. v. La Nación, Fallos*, 183:151 (1939).
 CSJN, *Mendoza, Fallos*, 329:2316 (2006.)
 CSJN, *Micheli, Julieta Ethel c/ EN, Fallos*, 332:2741 (2009.)
 CSJN, *Municipalidad c/ Mayer”, Fallos*, 201:249 (1944.)
 CSJN, *Partido Justicialista - Distrito Neuquén; Fallos*, 319:1645 (1996.)
 CSJN, *Partido Obrero - Capital Federal, Fallos*, 253:133 (1962.)
 CSJN, *Patti, Fallos*, 331:549 (2008.)
 CSJN, *Pazos Eliana Beatriz, Fallos*, 318:554 (1995.).
 CSJN, *Peralta, Fallos*, 313:1513 (1990.)
 CSJN, *Pérez de Smith y otros, Fallos*, 300:1282 (1978).
 CSJN, *Pitto, Luis María s/petición, Fallos*, 252:177 (1962.)
 CSJN, *Polino, LL*, 1994-C, 294.
 CSJN, *Portal de Belén, Fallos*, 325:292 (2002)
 CSJN, *R., M. J., Fallos*, 331:211 (2008.)
 CSJN, *Radiodifusora Pampeana, Fallos*, 331:2893 (2008.)
 CSJN, *Raimbault, Fallos*, 324:2381 (2001.)
 CSJN, *Ramos (6-IV-10) y Sánchez (6-IV-10.)*
 CSJN, *Richardí, Fallos*, 301:101 (1979.)
 CSJN, *Ríos, Antonio Jesús; Fallos*, 310:819 (1987.)
 CSJN, *Rodríguez Jorge, Fallos*, 320:2851 (1997.)
 CSJN, *Ruiz (15-05-07.)*
 CSJN, *Salazar de Campo, Fallos*, 137:251 (1922).
 CSJN, *Schiavone, Fallos*, 332:1413 (2009.)
 CSJN, *Schnaiderman, Fallos*, 331:735 (2008.)
 CSJN, *Serra, Fallos*, 316:2454 (1993.)
 CSJN, *Simón, Fallos*, 328:2056 (2005.)
 CSJN, *Smith (Banco de Galicia y Buenos Aires), Fallos*, 325:28 (2002.)
 CSJN, *Thomas, Enrique c. E.N.A. s/ amparo (15-06-10.)*
 CSJN, *Tufano, Fallos*, 328:4832 (2005.)
 CSJN, *Universidad Nacional de La Plata, Fallos*, 331:1123 (2008.)
 CSJN, *Verbitsky, Fallos*, 328:1146 (2005.)
 CSJN, *Verrocchi, Fallos*, 322:1726 (1999.)
 CSJN, *Video Club Dreams, Fallos*, 318:1154 (1995.)
 CSJN, *Ziella, Egidio c/ Smiriglio Hnos., Fallos*, 209:25 (1947.)

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, *Florido, María C. c. PEN (19-04-02), LL*, 2002-D, 306.

PTN, *Dictámenes*, 125:370.

PTN, *Dictámenes*, 236:27.

PTN, *Dictámenes*, 268:358.

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

<i>CNACAF</i>	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.
<i>CSJN</i>	Corte Suprema de Justicia de la Nación.
<i>CN</i>	Constitución Nacional.
<i>Dictámenes</i>	Colección de dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.
<i>DNU</i>	Decreto de Necesidad y Urgencia.
<i>ED</i>	Revista El Derecho.
<i>Fallos</i>	Colección de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
<i>FDA</i>	Fundación de Derecho Administrativo.
<i>JA</i>	Revista Jurisprudencia Argentina.
<i>LL</i>	Revista – Editorial La Ley.
<i>PTN</i>	Procuración del Tesoro de la Nación.
<i>RAP</i>	Revista de la Administración Pública.
<i>RDA</i>	Revista de Derecho Administrativo.
<i>RPA</i>	Res Publica Argentina.
<i>TBI</i>	Tratado Bilateral de Inversión.