

CENTURIA DE TRANSFORMACIONES PARA EL DERECHO CONSTITUCIONAL

MARIO A. R. MIDÓN¹

Lo que vamos a decir liminarmente no es nada nuevo y por ende vastamente conocido. Si el derecho, como enseñaba **Bidart Campos** siguiendo el derrotero trazado por **Goldschmidt**, no solo es norma, sino también conducta y valor, es obvio que los cambios registrados en la última centuria necesariamente estaban llamados a repercutir en el sentido y naturaleza de las prácticas que disciplinan la convivencia.

En términos de transformación es innegable que tales cambios en el terreno de la juricidad son el equivalente de los sucesos que en otros ámbitos del orbe alteraron los contenidos de todas las ciencias y la tecnología.

A título de rápida enumeración, cualquier observador está en condiciones de apreciar que el principio de la separación de poderes —con independencia de la estimativa que tal concepción nos merezca— no responde hoy en su faz doctrinaria ni funcional al objeto histórico que le dio vida; la noción de supremacía constitucional que marcó el punto de inflexión postulada por el constitucionalismo ha experimentado fracturas que obligaron a reajustes positivos; la titularización de derechos en la persona humana no es la misma con que se enunció el reconocimiento de tales atributos para esa categoría de seres vivientes; el concepto de propiedad —la institución más conservadora del derecho— no ofrece desde hace buen tiempo los trazos de absoluta, perpetua e ilimitada y, entre otras cosas, el Estado ha dejado de ser el único actor de las relaciones internacionales compitiendo ahora con organizaciones que en un pie de igualdad le han sustraído un significativo cupo de potestades.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Magister en Procesos de Integración. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UNNE. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

En ese contexto, sujeto a tensiones de tiempo y espacio, es notorio que las mudanzas producidas impactaron —y cómo— en el mundo constitucional.

A lo largo de las líneas que siguen intentaremos individualizar algunos de los acontecimientos que desde nuestra perspectiva lucen como más significativos para el Derecho Constitucional de los últimos cien años.

Antes de ocuparnos de tales fenómenos valen ciertas precisiones en relación al cometido propuesto.

En primer lugar, vamos a referirnos a episodios que particularmente estremecieron la trama de nuestro derecho, todo sin desconocer que muchos de esos capítulos reconocen su génesis en otras latitudes geográficas.

En segundo término, es por demás evidente que la dimensión de cada uno de esos apartados, aunque prodigiosos de lo cualitativo y cuantitativo, reconocen restricciones espaciales que el lector sabrá comprender como propios de un trabajo monográfico comprendido en la hechura de una obra colectiva.

Y, tercero, como toda obra humana que refleja ideas, seguramente que nuestra discrecionalidad autoral nos permite juicios que aunque pueden ser equivocados, los emitimos en la convicción de su acierto.

I. Internacionalización del derecho

Boris Mirkiné Guetzevich adelanto, allá por 1920, que el derecho que se venía salía de sus cauces tradicionales, si por tal podía entenderse a la normativa producida en el interior de cada Estado.

La aparición a gran escala del Derecho Internacional primero y luego de la segunda gran guerra del Derecho de la Integración Comunitario, demostraron que el anticipo se cumplió al pie de la letra.

En esa línea, lo cierto es que las nuevas coordenadas que irrumpieron en el escenario mundial trajeron consigo innovaciones de profundo calado para el Derecho Constitucional.

A la primera de esas ramas que los mundializó le debemos hoy que los Derechos Humanos resplandezcan ampulosos en la normativa constitucional de los Estados predicando una noción abecedaria que gobierna el mundo de los atributos esenciales del hombre, a saber: que ellos no son “propiedad” de ningún Estado y frente al atropello de modelos totalitarios u otros de signo democrático, en cualquier sitio de la geografía mundial, ya es común que se haga sentir el reclamo de la comunidad internacional abogando por la protección que dispensa el derecho frente al embate de quienes con sus arremetidas no trepidan en descalificar a la mismísima dignidad humana.

Cierto también es que esa fórmula no siempre se torna autosuficiente para obtener resultados satisfactorios, ni que las condenas alcanzan a todos los infractores, pero la progresividad que nutre estos avances permiten avizorar que en el devenir las observaciones actuales serán parte de la historia.

Ya de por sí el avance logrado es muy representativo en el universo civilizado. Que la categoría de los Derechos Humanos haya adquirido carta de ciudadanía y, todavía más que de la mano de ella se salven vidas y se valore el respeto a que se hacen acreedores todos los mortales por su sola condición de tales es una conquista que enorgullece a quienes creemos en el mensaje de paz que trasunta el derecho.

En sintonía con esas premisas, es notorio que el mundo actual perfila un claro mensaje catequístico y docente, recado en cuya virtud para los tiempos que corren no hay lugar seguro donde tengan protección los criminales de la especie humana. Aquellos que en otras épocas les bastaba con una mudanza para obtener impunidad, hoy se les hace cuesta arriba encontrar países propensos a acordar esa cobertura.

A su tiempo, la irrupción del Derecho de la Integración allegó desde su origen novedades de índole política (administración conjunta de bienes sensibles por un grupo de Estados de la que participaban dos archirivales como Francia y Alemania) jurídicas (creación de una autoridad supranacional) y económicas (la formación de un mercado común) que con el andar del tiempo se ha trasladado a formas de vida

social, recreando virtuosas manifestaciones institucionales e impensados modelos de vida.

En nuestro país ambos fenómenos han registrado a su modo el arribo a estas playas.

Por lo pronto, reconocer el valor del Derecho Internacional en relación al derecho interno constituyó toda una batalla que supo de triunfos y derrotas. Recién, a principios de los 90 la Corte confirió primacía al tratado en relación a la ley ordinaria al sentenciar en "*Ekmekdjian*". Pero fue la reforma constitucional de 1994 la que, en forma inesperada conformó el denominado bloque de constitucionalidad, ubicando en la cúspide de nuestro ordenamiento a la Constitución y once documentos internacionales (que luego pasaron a ser trece por obra del Congreso de la Nación).

De entonces a la fecha, entre otras consecuencias, esa mundialización del derecho autoriza a los habitantes de los Estados signatarios de la Convención Interamericana de Derechos Humanos a recurrir a sus órganos jurisdiccionales, luego de agotada las instancias internas, cuando el denunciante vea restringido o lesionado un derecho conferido por dicho tratado.

Casi de la misma época fue el tratado de Asunción que dio vida al emprendimiento mercosuriano, un proyecto inteligente para administrar interdependencia con nuestros países vecinos. Aunque es de rigor señalar que los mayores logros de este proceso se consiguieron en el plano económico, no podemos dejar de reconocer que con Mercosur se puso fin a la lógica realista del equilibrio de poder hasta entonces vigente. Este tratado, no obstante los déficits institucionales que ha registrado, tiene el mérito de ser la más clara demostración de una decisión política que puso fin a las hipótesis de conflicto que durante tantos años fueron paradigma de las relaciones exteriores argentinas.

Su talón de Aquiles está en las promesas que asumió originariamente el emprendimiento y con ello el grado de expectativa que creó. De sus débitos, quizá el más ostensible sea su endeble grado de institucionalidad reflejada en la permanente modalidad intergubernamental de que hacen gala sus órganos de gobierno. La práctica de ese modelo,

por más de dos décadas, posiblemente sea la mejor demostración de que los países parte del convenio no están firmemente convencidos de las bondades de la integración a gran escala y prefieren esperar el paso del tiempo para nutrirse de mayores experiencias antes de asumir el reto de la supranacionalidad.

De todas maneras, cualesquiera sean los cuestionamientos que formulemos, no se puede ignorar que este proceso de integración llamado Mercosur no es un proyecto de de tal o cual gobierno, sino política de Estado reafirmada de modo regular y periódica por todos los estratos de todos los gobiernos. Y, no sería osado afirmar que esta es, casi exclusivamente, en la época actual la única política de estado en la Argentina. Formidable logro que no puede silenciarse.

II. Intervencionismo estatal

En sus orígenes el constitucionalismo fue un movimiento diseñado para poner fin al poder absoluto de los monarcas. De allí sus premisas centrales contenidas en una ley mayor llamada Constitución que fue ideada para limitar al poder y declarar los derechos fundamentales del hombre.

Esa línea de pensamiento tuvo soportes filosóficos casi aritméticos cuyos desaciertos el tiempo se encargó de demostrar. Por lo pronto, la suposición de que todos los hombres son iguales fue rebatida por una realidad que demostró lo contrario; en tanto la creencia de que la norma es capaz de cambiar la realidad social por su sola existencia –producto de un exceso racionalista propio de la época– tampoco pudo capear el temporal de su misma falacia.

Con mayor razón, pagó caro precio el ideario de que para respetar la composición de una sociedad así concebida, el Estado debía omitir toda intervención, dejando a las fuerzas del mercado que ellas mismas regularan la oferta y la demanda.

La eclosión de esos conceptos empezó a ceder cuando nuevos factores irrumpieron en la escena poniendo en jaque los fundamentos filosóficos y políticos que alimentaban el abstencionismo estatal.

Ese tránsito estuvo conectado a una serie de hechos entre los que César E. Romero destacó: a) La crisis de la economía capitalista; b) El auge de las corrientes socializantes; c) El crecimiento de las funciones de planificación; d) La decadencia del *iusprivatismo* e irrupción del *iuspublicismo* en las relaciones jurídico-sociales; e) El desborde del esquema tradicional del poder por los grupos y fuerzas sociales; f) La ruptura y cancelación del liberalismo *abstractum* de las ideologías políticas en boga; g) Los cambios en la concepción económica; h) El acrecimiento de los sistemas de comunicación e información como modos efectivos de integración social.

La consecuencia inmediata es que estos acontecimientos tuvieron para nuestra disciplina un súbito y transformador efecto. Así, de la constitución concisa, breve en su texto, sobria en sus compromisos (que alimentó un estado abstencionista dando primacía a los derechos individuales) se pasó a la constitución inflada de derechos, dilatada en contenidos (el Estado dejó de lado su pasividad e intervino activamente para tutelar a los más débiles).

Esa formulación, conocida técnicamente con el nombre de constitucionalismo social, surgida en el entendimiento de que no hay libertad sin bienestar social que la respalde, prohió la jerarquización y consiguiente constitucionalización de materias como la educación, familia, cultura, trabajo, gremios, propiedad en función social, economía, minoridad, seguridad social, ancianidad, planificación social y económica, desarrollo, etc.

Mas como la insatisfacción es un rasgo de la naturaleza humana el debate que en los inicios pudo enfrentar al constitucionalismo clásico con el social, está permanentemente en el ruedo de las cuestiones controversiales en cualquier lugar del planeta donde haya atisbo de vida humana. Todo, en un escenario donde en abstracto los teóricos liberales proponen que estas cuestiones se resuelven con más libertad; los socialistas abogan por mayor igualdad; los autoritarios hacen votos en favor del orden y la seguridad y la doctrina social de la iglesia pone el acento en el bien común.

Sin embargo, la génesis del debate en este tiempo debe buscarse —a riesgo de ser reduccionista— en aquel colosal desplome que importó la caída del muro de Berlín. Su desaparición, para muchos, creó la vanidosa suposición de que el rechazo al colectivismo importaba, sin más, la vuelta al reinado del más crudo liberalismo económico y, con el renacía la máxima *spenceriana* que la vida en sociedad se reservaba solo a los más fuertes, porque los otros estaban de más. Los resultados están a la vista. Así nos fue.

No habrá que ir a otros lugares para advertir que ese mensaje caló muy hondo también entre nosotros. Los noventa son una muestra de cómo la fatua concepción, indumentada entonces con el disfraz de la “eficiencia”, llevó a hacer tabla rasa con innumerables conquistas sociales.

Lo cierto es que, catalogada de exitosa esa oleada ultraliberal —en cuanto expresión de pomposo e inalterable paradigma capaz de poner fin a la historia para algunos— allegó la degradación de un Estado desertor. De un Estado que hizo añicos la educación pública, que desquició la salud pública gratuita, y —por si fuera poco— recreó la versión de que la seguridad de los habitantes, para ser eficaz, debe ser privada.

Todo ello porque el estadio cultural “vigente” proclama la autosuficiencia del individuo y rechazaba la idea de la intervención estatal en cuestiones vitales para la comunidad.

El debate no ha terminado. Difícilmente termine alguna vez. En la hora actual podemos advertir que a la humanidad le ha faltado, al momento de hacer camino social, encontrar el sentido del equilibrio para evitar que populismo mediante o reivindicando la libertad por la libertad misma, se ponga en jaque el bienestar de todos.

Por esas rutas se ha olvidado, en la mayoría de los casos intencionadamente, que la tarea del Estado es insoslayable cuando se trata de promover, encausar y orientar —cuantitativa y cualitativamente— la andanada de cuestiones que la solidaridad, justicia y paz social imponen como irrenunciables estandartes de la civilización.

Entiéndase bien lo que queremos decir. Es cierto que el Estado no puede hoy garantizar fuentes de trabajo a todos sus habitantes, pero no

por ello debe dejar de estimular y aspirar al pleno empleo de su población; también lo es que el Estado no puede dotar de vivienda a todos los que la requieran, pero sí está llamado a crear condiciones para que los sectores con menos recursos y posibilidades puedan acceder al techo propio; por supuesto, tampoco el Estado puede curar las enfermedades por sí, pero debe intervenir activamente para preservar la salud de sus habitantes y; en definitiva, aunque el Estado no puede asegurar la felicidad de sus habitantes, no debe desentenderse de los motivos que conducen a sus desventuras.

Esta nueva realidad que vivimos patentiza, una vez más de sobrada manera, que si bien no se puede volver al Estado “invasor” o “paternalista”, tampoco es admisible aceptar un Estado “abstencionista”. Porque —como bien enseña **Ricardo Haro**— si el Estado “invasor y paternalista” sofoca y ahoga a la sociedad, el Estado “abstencionista y desertor” condena a grandes sectores de la misma, especialmente a los más débiles, a la frustración humana y a la marginación, por un sistema que los expulsa de un nivel de vida que respete, aunque sea mínimamente, la dignidad humana. Y esta problemática no es cosa menor si con autenticidad se busca el bienestar de los pueblos.

III. Los procesos de desrepublicanización y desfederalización

La centuria que nos ocupa trajo consigo dos procesos que funcionando a la inversa de las previsiones constitucionales han resultado proporcionales al empequeñecimiento institucional argentino.

En verdad, cuando afirmamos que entre 1910 y 2010 se operaron los mecanismos de desrepublicanización y desfederalización, la afirmación no comporta aseverar que a contrario *sensu*, antes de ese tiempo, el país hubiera vivido una promisorio etapa donde virtuosamente sobresalían sus declaradas prácticas de forma de gobierno y forma de estado.

Es real, sin embargo que luego de la instauración del voto secreto y universal — sin desconocer el baldón que marcó la década infame con el llamado fraude patriótico y sus consecuencias— la Nación toda empezó a transitar una etapa que tuvo su momento más empinado cuando en la

jerarquía de sus similares del mundo la Argentina se ubicaba en el sexto lugar.

En ese *iter*, allá por 1930, se produce el primer golpe de estado, práctica que durante cincuenta y tres años mantendría en vilo al sistema político. Fatídica fecha para la vida de la causa republicana que de allí en más devendría en su forma y sustancia bajo el común denominador de una cíclica sucesión de gobiernos militares y civiles; ilegítimos e ilegales los primeros, endebles y condicionados los segundos.

De esa época son las concepciones autoritarias que, florecidas al amparo de autócratas en el poder, calaron muy hondo en la vida nacional. Al extremo de constatar hoy, mucho después de la recuperación de la democracia en 1983, que numerosas de esas desafortunadas prácticas fueron heredadas sin beneficio de inventario por algunos de los detentadores que en nombre del pueblo ejercieron y ejercen funciones de responsabilidad en los órganos del Estado.

Tal es el más penoso legado que la cultura antidemocrática contribuyó a formar. Una cosa hubiese sido que los perniciosos efectos de los gobiernos de facto se sintieran circunscriptos en su tiempo. Otra distinta, como ocurrió, que extendieran sus secuelas más allá del período que ocuparon en la historia.

También, por carácter transitivo, la cerrada negativa a cumplir el mandato republicano de los padres fundadores conllevó a ignorar el aporte de las provincias argentinas al funcionamiento de un complejo sistema que para su desarrollo eficaz prevé una dualidad de gobiernos y órdenes jurídicos.

Por eso, en el tobogán de nuestros pronunciados descensos institucionales, la desfederalización terminó convirtiéndose en moneda corriente que se paga de a diario con pobreza, exclusión y marginalidad de la periferia y hasta en los círculos paupérrimos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por supuesto que la causa que ha degradado tanto a la república y al federalismo no se encuentra solo en la vocación autoritaria de nuestros vernáculos exponentes imbuidos de la función de representarnos, sino también en la convicción que ha tenido la sociedad para creer y crear

fuertes liderazgos con cuya construcción colige hallar un paladín a cuya “magia” confía el ejercicio del poder. El presupuesto de esa creencia radica en que los actos emanados del “líder” son fatalmente indiscutibles y acertados con lo que la frágil suposición conduce a limitar la participación del pueblo en los asuntos de Estado, pues la infalibilidad del guía es autosuficiente para realizar el bien común.

No es casual, por ello, que asociada a la mística de la infalibilidad se haya aquilatada como notorio defecto de la vida democrática, el común lugar de que los actos indebidos del gobernante son inalcanzables en términos de responsabilidad y están llamados a pasar al vencido ejercicio de la impunidad. Por tanto, la responsabilidad personal del autor de infracciones cometidas desde la función pública luce como una expresión lírica, solo susceptible de ventilarse en excepcionalísimos casos.

Por si ello fuera poco, los argentinos —en cuanto sociedad— padecemos de una psicosis maníaco depresiva que la ciencia médica califica como ciclotimia, para mentar a la afeción de quien rápidamente discurre de un estado a otro, totalmente opuesto, radicalmente distinto al primero. Basta con advertir que nuestro humor en relación al poder puede transformarse en horas o días.

Tal es la causa por la cual, que de la más placentera algarabía pasamos a la más profunda pena; de la más honda aflicción al más tremendo de los alborozos; de un doloroso padecimiento a la dicha plena; del flagelo de la congoja a la intensidad del regocijo; de la desventura sin fin al interminable encanto del deleite. En fin, cuanto más podría decirse de esta inagotable lista de transformaciones sentimentales de que hacemos gala.

Allí encuentra abono mucho de lo que se ha calificado como crisis de la legalidad de la que nos ocupamos al final de este trabajo, puesto que tales sacudidas emocionales son terreno fértil para que el mandamás de turno “interpretando” los sentimientos populares” se proponga extremos que sabe incompatibles con el derecho vigente y que incluso, consiga apoyo social para realizar lo que el sistema no autoriza.

Está claro que si creemos elegir semidioses que nos gobiernen, a quienes por esa condición no somos capaces de reprocharle sus ilícitu-

des y en esa convicción embarcamos nuestras emociones para jugar una suerte de un ping pong sentimental, es porque a través de ese proceder evidenciamos también que hemos desatendido una directiva crucial observada por todos los países que se precian de serios: la de carecer de concretas políticas de Estado. Todo, cuando no hay Nación en el mundo que ayer, hoy y siempre haya podido sortear los obstáculos para la realización de sus cometidos sino a través de tan concreta como inequívoca definición que hemos sabido inobservar, con la anotada excepción de Mercosur.

IV. Devaluación de la función legislativa, acrecimiento de la ejecutiva y crisis del principio de división de poderes

En su nacimiento el constitucionalismo supuso que de todas las funciones del Estado la más importante era la que se acordaba al Poder Legislativo.

Naturalmente que esa concepción no era neutra al valor que se deseaba preservar. Fue otra de las cautelas que aquél movimiento pensó para mantenerse en el tiempo, en la seguridad que no solo podía evitarse la concentración del poder en un único detentador, sino que además un órgano que era poder del Estado —el más representativo por cierto— se exhibía como idóneo guardián del modelo, en un escenario en el que su potestad de hacer le ley era sinónimo de poseer la herramienta decisiva para realizar las transformaciones que se querían producir.

En el curso de estos cien años que nos convocan a reflexionar sobre los hechos relevantes para el derecho constitucional, es indudable que esa premisa, si se quiere genética para nuestra disciplina, ha desaparecido.

No es que la ley no sea importante, ocurre que su valor ha decrecido en la misma medida que también se devaluaron las funciones legislativas. Todo, luego de demostrarse que la ley no cambia la realidad y es apenas una directiva que echada a andar debe enfrentar, muchas veces, lo que un gran maestro español dio en llamar la rebeldía a la pura normatividad.

Si el fenómeno se ha sentido en los países que adoptaron el Parlamentarismo –un ámbito donde el Ejecutivo nace y se alimenta del humor de las asambleas representativas– que dejar para los modelos presidenciales en los que el acrecimiento de la función Ejecutiva ha minimizado el rol del Legislativo.

Reflejando ese proceso viene al caso recordar que entre nosotros la Convención Constituyente de 1994, introdujo al código fundamental tres reformas que al tiempo que debilitaron el rol congresional, energizaron la función ejecutiva aquilatando un hiperpresidencialismo con capacidad de retraer a los otros dos poderes del Estado. Se trata de la constitucionalización de los Decretos de Necesidad y Urgencia, la Legislación Delegada y el Veto parcial.

Si los dos primeros institutos han permitido que el presidente de turno ejerza a pleno funciones de índole legislativa, el tercero se prestó a que el funcionario que entre nosotros encarna el ejercicio del poder de los poderes, desconozca compromisos legislativos asumidos en las Cámaras por representantes adeptos a su expresión política, muchas veces decisivos para obtener la sanción de una ley. Así, el presidente puede oponerse a la vigencia de aquella parte de la ley que no le agrada, promulgando la porción que le conviene, mientras en el otro arco el Congreso debe reunir el casi imposible dos tercios en cada una de sus salas para insistir con la sanción originaria.

El explosivo menú se ha sumado a otras causas preexistentes para producir una histórica crisis al principio de división de poderes.

De allí que no todas las culpas deben recaer en abdicaciones legislativas o el empacho de poder que experimenta el Ejecutivo, pues resulta innegable que la contemporaneidad se encargó de demostrar que la visión trialista del poder quedó desbordada frente a la aparición de otros factores y funciones no siempre de fácil encasillamiento.

Cuando nos preguntamos dónde se ubican las funciones que constitucionalmente fueron reconocidas a la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Consejo de la Magistratura, el Ministerio Público, advertimos que los atributos asignados a estos órganos no responden

en propiedad al modelo que la teoría constitucional plasmó para definir lo que era el principio político más importante del constitucionalismo.

Lo cierto es que, con prescindencia del rótulo asignado y cuando nos aproximamos a cumplir casi tres décadas con la vigencia de estos institutos, enfrentamos no pocos obstáculos para encuadrar sus funciones dentro del esquema pautado por el enunciado de la división de poderes.

Otro factor que hizo sentir su influencia para potenciar al Ejecutivo fue el del la emergencia. Aunque concebida racionalmente como aptitud del Estado para conjurar situaciones que ponen en peligro su integridad, ha sido la herramienta institucional preferida para autopreservar intereses de facción de los gobiernos de turno. Mas como ella merece un especial apartado vale aquí solo su mención.

Por otra parte, por imperio de la actuación que le cabe a los partidos políticos en su relación con el poder, también el principio de la división de funciones se ha relativizado.

Repárese, por ejemplo, cuán difícil es para un legislador identificado con el partido gobernante contradecir la voluntad del Ejecutivo expresada en un proyecto remitido a las Cámaras. Todo cuando el paraguas que permite y protege la confluencia volitiva de ambos exponentes del poder no es otro que el común carril de una misma asociación partidaria, a pesar de que en el plano puramente teórico uno y otro tienen distintas funciones, pertenecen a diversos órganos y pueden proclamar su absoluta independencia, pero a la hora de poner en práctica esas diferencias es muy posible que el espíritu de facción supere la autonomía orgánica que asegura la Ley Fundamental, para que el Legislativo se pliegue a los dictados del Ejecutivo.

Eso no es todo. Una realidad de la época evidencia que al lado de los poderes de derecho, coexisten, sea de modo expreso o implícito, poderes de hecho que sin hallarse registrados en el ordenamiento ejercen un activo protagonismo haciendo sentir sus efectos sobre la estructura institucional.

Somos conscientes que hoy la potestad de los gobiernos se diluye frente a la problemática de temas transnacionales como la contaminación

ambiental, el narcotráfico, los golpes de mercado, la pobreza extrema, las migraciones masivas, el terrorismo, el lavado de dinero, etcétera, por lo que es indiscutible que la agenda temática excede en mucho aquella visión que esquemmatizó el poder.

Sin ir más lejos, como podríamos exigirle al Congreso que ejerza sus competencias para fijar el valor de la moneda –potestad que le confiere la Constitución– cuando la vida transcurre en un plano que ha limitado las concepciones tradicionales sobre la soberanía y el coste de nuestro peso se define por las reglas que fija el mercado internacional.

Y si todavía caben dudas, habrá que computar que por efectos propios de la llamada globalización, internacionalización o mundialización, –un fenómeno que expande causas y consecuencias por toda la geografía del planeta– está seriamente cuestionado el rol del Estado Nación, ámbito a partir del cual fue posible elaborar la tesis propiciada por Montesquieu.

En suma Congresos y Parlamentos han declinado, porque se han visto desbordados por la legislación, porque la legislación no tiene la importancia de otrora, porque ya no resuelve nada de lo que antes se creía podía resolver o, porque estos órganos teniendo menor capacidad legislativa formal, exhiben mejor aptitud teórica para el control.

Y, como contratara de ello, sea por aplicación de la ley de los espacios, sea por la unidad de decisión que encarna, sea por el manejo de la bolsa y la espada, el Ejecutivo acreció en poder al extremo que la realidad –abonada por prácticas que superan aspectos normativos– se ha encargado de ensancharlo, robustecerlo y mimarlo hasta límites que a veces escapan a los marcos del derecho.

V. El siglo de las emergencias

La forzosa mirada retrospectiva que sugiere el objeto de la indagación propuesta conduce a afirmar que gran parte del pasado en examen puede calificarse como el siglo de ordinarización de las emergencias institucionales. Tanto lo ha sido y es, en su manifestación actual, que el

fenómeno se revela como original creación en una suerte de emergentocracia autóctona.

Si bien es cierto que la Ley Mayor de la nación, desde su génesis misma en 1853, también previó en su texto regular lo irregular para combatir de la mano de sus previsiones las situaciones excepcionales destinadas a preservar la vida del Estado, no es menos cierto que superando el valladar normativo la nación vivió y vive en permanente emergencia.

Por lo pronto, a extramuros de las disposiciones constitucionales que habían concebido al Estado de Sitio y las Intervenciones federales como extremos remedios para conjurar una emergencia, la vía de la fuerza a través del hecho consumado vino desde el 30 en adelante a instalar una especial figura excepcional: la de los gobiernos de facto.

Mas la entidad de la emergencia instaurada por las armas no fue suficiente por sí sola, y que para aplicar sus dictados requirió —entre otras groserías— de la vigencia de la ley marcial, seguramente en la disparatada suposición de que confiar el juzgamiento de civiles a tribunales militares constituía una garantía plena de la severa interpretación de las leyes penales que merecían los autores de entuertos llevados al banquillo de los acusados.

Frente a ese dual menú de inconstitucionalidades, lo grave fue que la mismísima Corte de Justicia de la Nación terminó reconociendo —en un caso Acordadas mediante y en el otro a través de sus sentencias— la “legalidad” de uno y otro entuerto.

El grupo de las emergencias desnaturalizadas no se detuvo allí. Un actor —por demás valioso para reprender— se sumó al elenco de los abusos a través de la vigencia del Estado de Sitio, en muchos casos dispuesto por gobiernos usurpadores. Medida paradójica que reflejaba el contrasentido de apelar a un instituto diseñado para proteger a la Constitución y las autoridades por ella creadas, cuando provenía de grupos alzados que apelando a la fuerza habían volteado a las autoridades legítimamente constituidas.

A este recuento no escapan los infortunios de la Intervención Federal, herramienta cuyos efectos perniciosos no pueden circunscribirse con

exclusividad a la centuria examinada, toda vez que sus consecuencias disvaliosas se hicieron sentir desde la sanción misma de la Constitución en 1853. Las exacciones cometidas con el remedio federal desoyeron el mandato fundador en cuanto el instituto fue previsto para mantener la homogeneidad de las formas institucionales y efectivizar la garantía federal a los miembros de los componentes de la federación. Sin embargo, la historia pinta que omitiendo tan significativos designios la intervención fue instrumento que mucho sirvió para disciplinar a gobiernos reputados como “discolos”, resolver internas partidarias y hasta para colocar en el sitio de interventor a una suerte de omnipotente monarca.

El grado de saturación e ilegalidad que representaron esas ilegftimas y deformadas instituciones generaron algunos aprendizajes con la apertura del proceso democrático. Hoy no tenemos, como es obvio, gobiernos de facto, no existe posibilidad alguna de ley marcial y el estado de sitio como la intervención federal son herramientas que se han usado razonablemente durante su vigencia desde 1983 a la fecha. Era tiempo y enhorabuena que así sea.

Empero, como en nuestra degradada praxis constitucional nada desaparece, todo se transforma, hemos sustituido experiencias derruidas por otras más ingeniosas que siguen alimentando la visión de que el poder —por ser tal— todo lo puede. En esa línea, exhibiendo una creatividad que no sabe de pausas se ha vestido con apariencia constitucional otro sino de decadencia al reconocer en el Poder Ejecutivo el gran legislador de la época.

No otra cosa es la que fluye de las facultades que la Constitución califica como excepcionales cuando habilita al Ejecutivo a legislar por razones de necesidad y urgencia o cuando autoriza al Congreso a delegar en aquél ciertas facultades por razones de administración o emergencia.

En los hechos, al cumplirse doscientos años de vida en la Argentina el presidente de la Nación legisla cuando quiere y como quiere, sin otro freno que el que puede autoimponerse.

Inequívoca muestra de que somos un país donde la tradición cultural no se ha caracterizado precisamente por el respeto a la ley, en el que lo

irregular es ordinario, lo transitorio pasa a ser definitivo y el acatamiento a las reglas son la excepción.

Aunque por lo visto, algo aprendimos, los hábitos asumidos demuestran que no fue todo lo debido. Desde la bisagra que representó 1983 nuestro patrón institucional pasó de un malquistado autoritarismo a un democratismo emergencial, cuyo *modus vivendi* es muy singular a la hora de ejercer los atributos del llamado gobierno del pueblo.

Es que si la democracia no es un asunto de la razón, sino de tripas al decir de Lacroix, resulta indiscutible que el renacimiento de ella en la Argentina, ha traído consigo, a veces de manera gradual y en otros de modo acentuado los nefastos y variados efectos de este simbiótico producto. Tanto se han integrado una y otra que nuestra democracia tiene en sus entrañas a la emergencia y la emergencia vive y se manifiesta a través de nuestra democracia. Por eso, a esta mutua compenetración, de filo autoritario, la hemos dado en llamar emergentocracia.

VI. El fin de las cuestiones llamadas políticas

Nuestro sistema republicano, como se sabe, abrevó en las fuentes del régimen establecido por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Por eso, tenemos un control difuso de constitucionalidad y también por ese motivo nuestros tribunales, siguiendo las directrices trazadas en el país del norte, adoptó como mecanismo de autorrestricción las famosas cuestiones políticas.

No obstante, el formidable desarrollo jurisprudencial de estas cuestiones nunca estuvo en claro qué y cuántas eran, al extremo que al describirlas la mejor doctrina se limitaba al circular razonamiento de que las llamadas cuestiones políticas no eran susceptibles de juzgamiento por los tribunales y el Poder Judicial no entendía en ellas porque eran cuestiones políticas.

De modo que en presencia de una supuesta cuestión de esa entidad el camino más corto para abreviar en la fuente era el de individualizar aquellos tópicos que en orden a los antecedentes quedaban cerrados con

el sello del no te metas judicialario y el asunto finalizaba convalidando las injusticias que semejante cliché encubría.

A lo largo de los primeros setenta de estos cien años —siempre tomando como punto de referencia 1910— la tradición se mantuvo. Pero empezó a ceder cuanto la Corte argentina, luego del advenimiento de la democracia en 1983, admite la judicialización de materias que según las prácticas estiladas hasta ese entonces se consideraban exentas de contralor. Valiosa conquista del estado de derecho que tuvo en el mundo constitucional un ineludible precursor llamado **Germán J. Bidart Campos**.

Hoy podemos decir que del mismo modo que nacieron las cuestiones políticas se han ido apagando. Los jueces y particularmente la cabeza del Judicial, la Corte argentina, nunca han dicho con la contundencia con que lo expresamos en este apartado que estos asuntos han llegado a su fin.

Pero lo cierto es que a medida que fueron tratando materias que por su envergadura institucional involucraban hechos que con antelación no pasaban por el tamiz judicial, nuestros tribunales se dieron a la tarea de abrir ricos cauces para el conocimiento de causas antes detraídas.

A propósito de ello, recordamos que el tribunal de la cumbre ha controlado la reforma constitucional del 94 declarando la inconstitucionalidad y nulidad de uno de sus artículos ("*Fayt*"); examinó la potestad congresional para juzgar el título de las elecciones, derechos y títulos de un miembro del Congreso ("*Bussi*"); se pronunció por la nulidad de una ley que no respetó las pautas procedimentales establecidas en la Constitución para su hechura ("*Nobleza Picardo*"); juzgó que la sentencia emitida en un juicio político es susceptible de ser recurrida ante la Corte ("*Brussa*"), revisó el concepto de mayoría para decidir a los fines de invalidar una determinación del Senado ("*Binotti*"), por mencionar algunas decisiones que marcaron rumbo en la materia.

Cuáles son las razones por las que se ha operado el cambio apuntado. Interpretamos que al variar la realidad con ello se modificó el escenario axiológico y la Corte argentina, tributaria de esos requerimientos, se enroló en la posición de no ignorar el derecho a la jurisdicción de un

justiciable cuando quien se oponía al control alegaba la existencia de una cuestión mentada como política.

Para llegar a esa meta mucho ha tenido que ver el rol que jugaron los compromisos internacionales suscriptos por el estado argentino. En particular la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuya Comisión en el caso "*Carranza*" sostuvo que entre las garantías del debido proceso, amén de la intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, es menester que el tribunal llamado a sentenciar no invoque, como justificativo para eludir el control, la ausencia de poder para determinar el alcance de los derechos reclamados por el justiciable, ya que ese tipo de dictados conducen a tornar ilusorio el pretendido amparo en abierta violación al artículo 8° de la Convención.

Abundando en razones, el tribunal sostuvo que el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 25 no se agota en el libre acceso y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial. Es más, esa decisión, final es el fundamento y el objeto final del derecho al recuso judicial reconocido por la Convención Americana, en el artículo 25 que estará también revestido por indispensables garantías individuales y obligaciones estatales (art. 8 y 1.1).

Seguramente que las discusiones en derredor de la conveniencia de este cambio podrán continuar en el plano científico, porque detrás de su fachada —aunque más acotado en la actualidad— está presente uno de los mayores problemas que ofrece el derecho en su faz jurisdiccional, como lo es el referido a la interpretación de los llamados conceptos indeterminados. Y si un hay terreno fértil para que florezca el debate en torno a la conveniencia de que los tribunales revisen determinaciones emanadas del poder, ese fundo está constituido por los conceptos indeterminados a que apela el creador de una norma ante la imposibilidad técnica para contener anticipadamente, con un sentido de generalidad y abstracción, todos los supuestos que necesita comprender en el precepto.

En cualquier caso lo cierto es que el acceso a la jurisdicción no tiene en esta época aquella clausura que representaron las llamadas cuestiones políticas. También es hecho que debemos celebrar.

VII. La crisis de la legalidad

Uno de los soportes esenciales en que desde su creación descansó la idea del Estado de Derecho fue la de concebir un estado que propiciara y controlara que en ese hábitat debía regir la voluntad impersonal de la ley y no la voluntad del monarca o mandamás de turno.

Esa concepción que en el mundo civilizado tiende a perfeccionarse cada vez más, en el entendimiento de que a mayor previsión y cumplimiento de lo normado menor discrecionalidad para el poder, entre nosotros fue decayendo gradualmente, al extremo que muchas veces la endeble textura de legalidad que exhibimos se exterioriza en el cono de sombras de recursos non santos. En otras palabras, la generalidad que trae aparejada la noción de aplicación de la ley es un mecanismo susceptible de regir en la medida que esa instrumentación no afecte intereses o factores de poder. Cuando esto ocurre se apela al artificio de generar disímiles interpretaciones del precepto que quiere eludirse, con el firme propósito de obtener dispensa al mandato legal cualquiera sea su costo.

Por lo pronto debe quedar en claro que nuestro desafecto para con la legalidad no es un hecho nuevo. Ilustrando sobre sus orígenes la obra de **Juan Agustín García** que data de 1909, conocida bajo el nombre de "La ciudad indiana", encuentra la génesis de esta desaprensión en los siglos XVII y XVIII, ya en los tiempos de la colonia.

Mas lo cierto es que en la contemporaneidad el acontecimiento tuvo su máxima expresión con los estudios de **Carlos Santiago Nino**, quien utilizó las voces "anomia boba", para pintar el incumplimiento de la ley que afectaba valores esenciales como seguridad, previsibilidad, generando una acción colectiva deficiente para el espectro de la nación toda.

Hecha esas salvedades temporales, resulta incontestable que muchas de las causas de nuestros males desarrollados a lo largo de este

trabajo encuentran asidero en esa particular forma de ser que hemos encontrado los argentinos para escapar a los dictados de la ley.

Identificar los motivos determinantes de ese comportamiento excede con creces el objeto trazado en esta colaboración, razón por la cual nos limitaremos a describir algunas muestras que han realizado esta viciosa costumbre argentina en el último siglo.

En nuestra sociedad ganó cuerpo y cada vez se aquilató más en los detentadores, la idea de que en aras de un fin son aceptables todos los medios, incluso los que contradicen la normativa vigente. Lo importante, a la luz de esa particular concepción, no es la herramienta que permite llevar adelante la iniciativa, sino su producto.

De esa manera fructificó el sofisma de que es imposible gobernar de la mano de la ley, antes bien —en aras de realizar el bienestar general— siempre deben tolerarse cupos de ilegalidad. Sin embargo, con el andar del tiempo aquellas porciones de tolerada ilicitud variaron y las cuotas dejaron de ser tales para ocupar la casi totalidad del espectro estatal.

¿Qué perseguimos apartándonos de la ley? Obviamente que siempre una ventaja.

El gobernante generalmente se auto justifica por lo bajo aduciendo que sin el recurso de salir del cauce de la ley es difícil o casi imposible obtener resultados benéficos en su gestión.

El gobernado, a su vez, siente que el ejemplo que baja de arriba no es el mejor y se suma a ese tipo de ejercicios sin mucho esfuerzo, al fin y al cabo entre nosotros es mejor ser “vivo”, que “zozzo”. El primero es el que incumple las normas. El segundo el que las observa.

En sustancia, se trata de la concreta aplicación del paradigma que el fin justifica los medios.

Además, cuando la inobservancia proviene del poder —cualquiera sea la entidad de la ilicitud cometida— siempre habrá margen para un argumento defensivo. Eso sí, poco original y siempre reiterado, consistente en afirmar que: el derecho es opinable y para todo lo que se haga siempre habrá una biblioteca disponible con argumentos defensivos.

Tan particular tesis ha creado un nuevo orden de prelación fáctico que ubica en la cúspide del ordenamiento al libro del gobernante que contradiga la Constitución y las leyes. La justicia, el orden, la seguridad y la cooperación en cuanto valores del plexo, bien gracias.

Esa es la razón por la cual la jurisprudencia política parece haber acuñado una regla en virtud de la cual la Constitución solamente vale cuando transitamos por un camino de lirios y rosas, pero apenas la senda empieza a poblarse de malezas y espinas, es legítimo recurrir al atajo de la ilegalidad, como único e insuperable remedio para sortear las dificultades de la vía.

Si lo dicho es grave, no resulta menor lo que es un dato común en la filosofía de vida que anima a mucha de nuestra clase política. Ella cree que al país se lo gobierna a pura decisión y adoptado un acto, el derecho debe amoldarse a él.

Para esas confecciones a medida están los sastres del poder, inconfundible categoría de pretensos juristas, quienes con sus cortes y recortes, tejidos y suturas, son capaces de idear raras hormas cuyas siluetas jurídicas están siempre más cerca de **Maquiavelo** que de **Kant**.

En correspondencia con ese modelo una encuesta de cultura constitucional de la que participaron **Antonio Ma. Hernández (h)**, **Daniel Zovatto** y **Manuel Mora y Araujo** en 2005, revela que la sociedad argentina lee que el 86% de ella vive la mayor parte del tiempo en la ilegalidad. Lo que es más grave todavía lo representa el hecho de que los políticos en primer lugar (74%), los policías (56%) los funcionarios públicos (49%) y los jueces (41%) son reputados como los mayores transgresores de la legalidad.

Aunque no estamos en condiciones de confirmar esos guarismos, todo indica que el reflejo de la medición parece acomodada a los datos de una realidad susceptibles de ser palpada.

Para salir de ella hay un solo programa llamado Constitución. A su integral comprensión y cabal cumplimiento también se accede por una sola ruta: la de la educación cívica.

Cuando seamos capaces de tener ciudadanos en su verdadera aceptación habremos dado el primer paso superador de esta grave falencia.