

**I**  
**INCORPORACIONES**



**EL DERECHO:  
SU CRUCIFIXIÓN Y SU GLORIFICACIÓN**

*Conferencia pronunciada  
por el Académico Titular Dr. Jorge Reinaldo Vanossi  
en oportunidad de su incorporación  
a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires,  
el 23 de abril de 2007*



*Discurso de recepción  
del Académico Titular Dr. Alberto Rodríguez Galán*

Es para mí un honor recibir esta tarde al doctor Jorge Reinaldo Vanossi que se incorpora a nuestra Corporación como Académico Titular –en la Sección Derecho– y agradezco al señor Presidente haberlo así decidido.

El doctor Vanossi ocupará el sillón denominado “Isidoro Ruiz Moreno”, nombre emblemático en el Derecho Argentino e Internacional, que se mantiene hasta hoy a través de tres generaciones de igual brillo académico, y sucede en el sitial al doctor Jorge A. Aja Espil, de permanente recuerdo en nuestra casa, como así también en todos los ámbitos de su actuación, por su talento, idoneidad y entrega a causas nobles y superiores hasta los últimos días de su existencia ejemplar.

Jorge Reinaldo Vanossi participa de la estirpe de sus predecesores por sus ancestros y por su valimiento personal.

Su padre, el doctor Reinaldo Vanossi, fue un maestro y un investigador.

Como maestro descolló en su cátedra de “Química Analítica” en las Facultades de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de las Universidades de La Plata y Buenos Aires, como así también en el Colegio Nacional de esta última institución.

Como investigador fue el hombre de ciencias desvelado por encontrar la verdad. Sabía como Karl Popper que esa verdad era precaria porque la ciencia es falible y que su modificación ineluctable marca la limitación de nuestra condición humana, pero también sabía, porque era un maestro, que al transmitir los conocimientos se atizaba la esperanza. Formó generaciones de educandos y uno de ellos, el doctor Eduardo Recondo coautor de un libro en su homenaje, lo calificó como un docente excepcional, investigador sobresaliente y hombre cabal.

Este hombre cabal, académico titular de la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba, le lega a su hijo, poco antes de morir, sus *Reflexiones acerca del ser humano y su vida*, donde le advierte que

la "... vida sometida a las directivas del entendimiento y los sentimientos con su relatividad no permiten la convicción de constituir la verdad" y le abre un interrogante acerca de su logro. Es la duda del científico a la que alude Popper, la que no le impidió al doctor Reinaldo Vanossi un quehacer intelectual que sació la ambición curiosa de generaciones de jóvenes alumnos, que tuvieron el privilegio de recibir sus clases magistrales

Su hijo, nuestro beneficiario, lo recuerda con palabras que denotan admiración y agradecimiento: "mi padre —dice— nació y se formó en un ambiente espiritual abierto, tolerante, de pluralismo en el sentido más cabal de la palabra que le dejó una impronta para toda su vida, es decir, ha sido siempre la filosofía de su vida, absolutamente contraria a todo dogmatismo, a toda hegemonía, a toda intolerancia, enemigo acérrimo de las intolerancias..."

Y aquella impronta que le señaló su padre, en cuyo homenaje hoy la recordamos, es la misma que sustenta y define el valimiento personal de don Jorge Reinaldo al que me he referido y que le abre desde su inicio su descolante acción como jurista y publicista, como docente también excepcional y su actuación protagónica en los tres Poderes del Estado.

Y todo ello comenzó y continúa con una interrelación de su trabajo, que se retroalimenta cultural e intelectualmente, con el aliciente y el incentivo que él mismo determina, la de vivir una intensa pasión argentina, la misma pasión argentina con la que nos conmovió Eduardo Mallea con su historia.

A los veinte años es abogado con diploma de honor de la Universidad de Buenos Aires (1960), luego se suceden sus doctorados obtenidos todos con tesis calificadas sobresalientes y con su publicación dispuestas por las Universidades en las que fueron presentadas: Universidad del Litoral (1970), de Buenos Aires, galardonada además con el Premio Facultad, máxima distinción de esta alta casa de estudios (1982) y más tarde, en 1991, por la Universidad de La Plata con igual calificación de sobresaliente y felicitado.

En 1961 el doctor Vanossi inició su carrera docente, que tras sucesivos concursos de oposición, culmina como profesor titular de Derecho Constitucional Argentino y Comparado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; simultáneamente es designado en la de La Plata titular de Derecho Político y de Derecho Constitucional, como así también Director de su Instituto de Derecho Constitucional "Carlos Sánchez Viamonte". Actualmente es profesor honorario en ambas casas de estudios.

“La alta cultura del espíritu –decía José María Ramos Mejía– es, sin excepción alguna y en todas las partes del mundo, el elemento fundamental para la formación del alma nacional” y esa cultura del espíritu la compartimos con el doctor Vanossi con nuestro maestro el doctor Segundo V. Linares Quintana, cuya cátedra integramos en distintos momentos, cultura que hemos transmitido a nuestros alumnos con el mismo fervor con que la compartíamos: el culto al sentido de patria, a la libertad, a la Constitución Nacional histórica y a las Instituciones de la República. La firmeza, con la que el doctor Vanossi defendió esos principios, es la misma que hoy ostenta desde su banca de diputado de la Nación, en las conferencias, estudios jurídicos y artículos periodísticos que constantemente pronuncia o escribe con autoridad ética e intelectual.

Como publicista es autor de dieciséis libros y más de trescientos trabajos sobre temas de Derecho Constitucional y Derecho Político entre los que se destacan: *El misterio de la representación política*, *Teoría Constitucional* en dos tomos, *El Estado de Derecho y el Constitucionalismo Social* y *El Régimen Constitucional de los Tratados*, cuya segunda edición comparte con el doctor Alberto Ricardo Dalla Via, para no citar sino algunos de sus títulos.

Su acción legislativa es intensa. Abarca cuatro períodos como diputado de la Nación (1983-85, 1985-89, 1989-93 y 2003-2007). Ha sido Vicepresidente Primero (1989) y Vicepresidente Segundo (1990-1991) de esa Honorable Cámara, Presidente y Vicepresidente de sus Comisiones de Asuntos Constitucionales como así también de otras. Su labor motivó la publicación, a su cargo, de cuatro tomos que comprende y exterioriza el trabajo desarrollado en el primer lapso de su actuación, trabajo que por la variedad de sus materias sorprende y trasunta excepcionales condiciones, que trascienden las del político para perfilar las del estadista.

Antes, con solvencia intelectual y en plena juventud, fue designado Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1963-1966); actualmente es consultor honorario de la Procuración General de la Nación y, desde el 2 de diciembre de 2002, Conjuez de ese Alto Tribunal.

En la órbita del Poder Ejecutivo, al crearse en 1971 el Consejo Económico y Social, fue su Secretario General y, en plena crisis del año 2002, aceptó el cargo de Ministro de Justicia y Derechos Humanos en un gabinete de emergencia. Aquí se debe destacar su compromiso con el país y su cultura del espíritu, de la que nos habló Ramos Mejía, porque al aceptar esa cartera evidenció una vez más que an-

tes que político es estadista y motivó que el diario *La Nación*, en el suelto de su columna editorial del lunes 8 de julio de 2002 titulado “Vanossi, su respetada gestión”, al observar las causas que originaron su renuncia lo presentó “... como uno de los más calificados constitucionalistas del país, reconocido además en todas las esferas por su idoneidad y honestidad sin tachas”.

La actuación forense no ha sido menos relevante. Presidente de la Federación del Colegio de Abogados (1981-1983) y miembro permanente de su Junta de Gobierno; Presidente de la Federación Interamericana de Abogados (1987-1989); presidió además el Instituto Argentino de Estudios Legislativos; la Décima Conferencia Nacional de Abogados en 1983 y la Vigésimoséptima Conferencia Interamericana de Abogados de la Interamerican Bar Association (1989).

Pertenece, y en su caso, presidió las membresías de destacadas instituciones científicas y culturales. Ahora lo hace en la Sociedad Científica Argentina, de la que es socio honorario y lo propio llevó a cabo durante varios períodos en el Tribunal de Honor de la Sociedad Argentina de Escritores.

Su presencia en el nivel internacional proyecta y refleja la que revela en su patria.

Miembro del Comité Jurídico Interamericano, órgano de la OEA (1985-1992), lo presidió con igual prestigio con que lo ejercieron nuestros ilustres académicos Luis Podestá Costa y Jorge A. Aja Espil. Recientemente cuando en Río de Janeiro, su sede, asistió a la celebración de su centenario en calidad de ex presidente, así se lo testimoniaron sus actuales autoridades.

Su desempeño como Miembro en los Tribunales Internacionales de Arbitraje de Salto Grande y del Río de la Plata, como también su participación en institutos de investigación y estudio del derecho en Europa y América, como la “Société de Législation Comparée”, el Comité de Estudios Constitucionales de Roma, el Centro de Estudios Constitucionales de Atenas o del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, señala al doctor Vanossi como referente en el exterior de nuestros medios científicos y culturales.

Deben destacarse, por otra parte, los aportes efectuados por nuestro presentado en el ejercicio de su especialidad como constitucionalista y precisamente aludir al relacionado con el Concordato con la Santa Sede de octubre de 1966. Y fue así, porque ante la firme posición en las negociaciones del entonces Nuncio Apostólico Monse-

ñor Humberto Mozzoni, que estimaba necesario para continuarlas la previa reforma de la Constitución Nacional, el canciller doctor Miguel Ángel Zavala Ortiz recabó la opinión del doctor Vanossi, quien en su dictamen planteó una original interpretación de nuestra Ley Suprema, que superó el diferendo y posibilitó la habilitación constitucional para su firma.

En ese orden institucional nuestro académico es coautor de leyes señeras, como la de los partidos políticos (1971); electoral (1972) y de creación del Consejo Económico y Social. Más tarde, como asesor parlamentario del primer bloque de oposición de la H. Cámara de Diputados de la Nación (1973-1976) intervino en la elaboración de numerosos proyectos de leyes y fundó, así, el poder de investigación de esa H. Cámara como también la de la facultad de autoconvocatoria del Congreso de la Nación.

Su actuación profesional especializada no es menos destacada. Ha propiciado y obtenido varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que han sentado doctrina acerca de la constitucionalidad de los precios mínimos, facultad investigativa en el habeas corpus, sobre anulación de “sentencias administrativas” por arbitrariedad, para no citar sino algunos de sus asuntos que exceden el interés particular para entrar en el general.

El doctor Vanossi, por otra parte, es miembro titular de cuatro Academias Nacionales: Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ciencias Morales y Políticas, Educación y Ciencias de Buenos Aires a la que hoy se incorpora, y correspondiente de seis corporaciones del exterior, donde despliega su singular magisterio.

La templanza condiciona la vida del doctor Vanossi y la búsqueda de la verdad determina su accionar, que vuelca en su permanente lucha por el derecho.

Aquel conocido pasaje de Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* “al considerar los asuntos humanos, uno no debe ... considerar al hombre como es y no considerar lo que es mortal en las cosas mortales sino pensar sobre ellas —únicamente en la medida en que tienen la posibilidad de inmortalizar—”, y le motiva a Hannah Arendt esta reflexión: “...que ante todo la ‘polis’ para los griegos, al igual que la ‘res publica’ para los romanos era su garantía contra la futilidad de la vida individual, el espacio protegido contra esta futilidad y reservado para la relativa permanencia, si no inmortalidad de los mortales” (Hannah Arendt, *La condición humana*, Paidós, Ed. Abreviado, Argentina, 2003, pág. 65).

Ese es el espacio por el que ha velado y vela Vanossi, en su in-

cansable trabajo intelectual en todos los campos y esa inteligencia y templanza es, estoy seguro, lo que ofrecerá en esta academia interdisciplinaria.

Hace tres años, en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, don Jorge Reinaldo, presentó una comunicación titulada “Ciencias ‘duras’ y ciencias ‘blandas’: ¿Compartimentos estancos o apoyaturas metodológicas compartidas?”.

Con la creatividad que le es propia demuele el “muro de Berlín” con el que se pretende separarlas, apela a la epistemología, trae a colación el pensamiento de Arturo Orgaz cuando sostuvo que en la “... historia no hay monismos causales, siempre hay una pluralidad de causas y motivos”, y se pregunta: ¿por qué entonces el conocimiento de esos fenómenos, los sociales es blando y la investigación de una roca es dura?; ¿por qué esa distinción?; ¿por qué una actividad es blanda como conocimiento científico y otra dura porque el objeto es distinto? Y formula conclusiones tentativas a sus disquisiciones con estos términos “... la dureza o la blandura de las ciencias hace a la metodología adoptada y aplicada en el ámbito del conocimiento. El problema radica pues en las premisas que se fijen en el pensamiento y la investigación”.

Ya Guillermo Dilthey había señalado en su estudio *Fundamentación de la ciencia del espíritu* (1905) que la división de las ciencias debe basarse en las diferencias de contenidos.

Hoy Vanossi dice: “Estamos en la era de la interdisciplinariedad, las cuestiones y los problemas son cada vez más complejos –y agrega– mientras el objeto de conocimiento sea inconmensurable o infinito cada vez será más necesario ampliar el sustento metodológico. No se avanza en el conocimiento científico, si al propio tiempo no se perfecciona el conocimiento metodológico”.

He aquí al maestro y jurista que continúa la senda de su padre, que optó para sí la ciencia jurídica como disciplina, y aplica en su investigación y estudio el mismo rigor y esperanza con los que su padre abordó como científico el suyo hasta su último día.

Señoras y señores, con solvencia y autoridad el doctor Vanossi nos hablará esta tarde sobre “El Derecho, su crucifixión y su glorificación”. Esperamos expectantes su palabra y al celebrar su incorporación, no puedo menos que asociar a este acto a la señora Ana Piaggi de Vanossi, jurista y magistrada asimismo por lo que ha significado su presencia, compañía y aliciente en todo momento en la prosecución de un ideal común, la afirmación del derecho como esencia de la justicia.

Doctor Vanossi, al recibirlo tengo presente las palabras de nuestro recordado y querido presidente de esta corporación, el maestro Miguel S. Marienhoff: “el académico ante todo –decía– debe ser un caballero” y usted lo es por su conducta pública y privada, por su idoneidad, honestidad y patriotismo.

Sus pares están seguros de que usted tendrá una participación protagónica en la consecución de nuestro trabajo.



# **EL DERECHO: SU CRUCIFIXION Y SU GLORIFICACION**

Dr. JORGE REINALDO VANOSI

## **SUMARIO**

- I. Palabras de agradecimiento y recuerdo.**
- II. Introducción.**
- III. El orden y la libertad.**
- IV. El principio jurídico de la prohibición.**
- V. La igualdad y las igualdades.**
- VI. El orden público y la autonomía de la voluntad.**
- VII. La seguridad y las seguridades.**
- VIII. Conclusiones acerca de la “seguridad jurídica”.**
- IX. Dos claves del derecho: la tributación y la penalización.**
- X. Leyes “invitatorias” y normas sin sanciones.**
- XI. La Constitución de la Unión Europea (UE): idealidad y realidad en el derecho.**
- XII. El ámbito jurídico supone la inmersión en un mundo cultural.**
- XIII. El mensaje y el metamensaje en el Derecho.**
- XIV. Final: La ética como presupuesto del Derecho.**

“La necesidad de ir tras la búsqueda de la verdadera  
felicidad es el fundamento de todas las libertades.”

John Locke\*

\* Esta fuerte creencia del pensador inglés, que enunció la doctrina de la separación de los poderes en su *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, es la fuente de filosofía política que inspiró y condujo a que Thomas Jefferson al redactar la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos incluyera entre los derechos fundamentales del hombre el derecho “a la búsqueda de la felicidad”.

## I.- Palabras de agradecimiento y recuerdo

En oportunidad de mi incorporación a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, que a la sazón presidía mi ilustre antecesor en el sitial que hoy voy a ocupar en esta Corporación, el Dr. Jorge A. Aja Espil, elegí como tema del discurso de estilo, El Estado. Tenía sus “bemoles”, pero me pareció ineludible su tratamiento en vista del tiempo histórico que corría (fue en el año 1993) y la cercana implosión que había acontecido en el seno del sistema soviético.

Poco tiempo después, en ocasión de análoga ceremonia con motivo de mi nominación para formar parte de la membresía de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, abordé el tema de la organización del Poder, habida cuenta de la necesidad técnica de precisar la filiación del régimen malformado producto de los cambios introducidos en 1994, en una visión a la luz del análisis weberiano del poder ejecutivo y de la institucionalización “gaullista” a partir de la Francia de 1958.

En un tercer acto –y siempre en el transcurso de la última década del siglo veinte– me pareció apropiado incursionar en el complejo entramado de las relaciones entre el conocimiento, el poder y las coberturas adeudadas por la seguridad social, como planteo de análisis y reflexión en la sesión pública oficiada el día de mi acceso a la Academia Nacional de Educación; y que por tratarse de una cuestión de fundamental importancia he intentado profundizar con motivo de la reciente reforma legislativa sancionada en esa materia.

Hoy, a propósito del honrosísimo privilegio que significa para mí –en esta instancia de la vida– el ingreso a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, que la distingue el dato arcóntico de su carácter naturalmente interdisciplinario, erigiéndola así en una Academia de las academias, he optado por el tratamiento del Derecho –que es ciencia jurídica y social– poniéndolo ante el doble espejo del miraje en que lo colocan sus grandes desenvolvimientos teóricos por una parte, en contraste con las vicisitudes y consiguientes frustraciones que nos depara el “observatorio” de la vigencia efectiva de los principios y reglas que la propia sociedad y su instrumento normativo, que es el Estado, pretende establecer como la vía más razonable para preservar los valores compartidos y axiológicamente jerarquizados.

Vaya este modesto aporte como un testimonio de mi más sincero reconocimiento y gratitud hacia todos los miembros que componen

el ilustre cuerpo que me acoge en su tan selecta pertenencia; y, en particular, por el tan conmovedor gesto de los Académicos de la Sección de Derecho que emprendieron la promoción de la candidatura de este servidor, que promete y espera no defraudar ese voto de confianza de sus colegas y amigos. Por último –*the last but not the least*– va mi abrazo filial y fraterno a la vez, al Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán, para cuya conmovedora presentación no alcanzan las palabras de mi vocabulario, cuando siento tan íntimamente lo que quiero y debo decirle, por el cariño y su amistad –que me brindó al cabo de mi examen en la Cátedra de la que él formaba parte y cuyo Titular era el maestro de todos: el Académico Dr. Segundo V. Linares Quintana–; que deseo dedicarle en la conmovida situación que genera en mi alma, la exclamación de Lamartine: “el que sabe conmover lo sabe todo”.

He de anunciar, por lo pronto, que lo que escucharéis será nada más que una visión en escorzo y sin ambición abarcadora ni pretensión totalizadora, habida cuenta de la magnitud del “*issue*” elegido y de la obvia limitación temporal de este acto, reservándonos para más adelante la posibilidad de extender los horizontes que se avizoran en redor de un atrapante examen.

No se tratará de improvisar un himno al Derecho, pues éste cuenta a su favor con muchos y buenos. Pero tampoco me tentaré por una elegía, pues no se tratará de una composición lírica en que se lamenta la muerte o cualquier caso digno de ser llorado, aunque los músicos y poetas –pero yo no soy ninguno de ellos– hayan dedicado algunas de esas piezas líricas a asuntos placenteros.

En verdad, formularé una meditación que, habiéndose formado y forjado *in pectore*, llegará a ustedes por la extroversión oral, en este día tan memorable de mi vida.

Conforme a una respetabilísima e ininterrumpida tradición que responde al sano sentimiento de que “nobleza obliga”, comenzaré por recordar al patrono del sitial que paso a ocupar y a la personalidad de mi eminente antecesor.

El nombre del Dr. Isidoro Ruiz Moreno es toda una definición en el Derecho argentino. Su apellido es parte indisoluble de nuestra historia patria y de nuestra más hidalga tradición cultural. Debo reconocer que me comprenden “las generales de la ley”, pues si bien no llegué a conocerlo personalmente, en cambio, he estudiado por sus textos y obras, fui alumno de su hijo –un destacado profesor y académico–, como así también me place cultivar una fraterna amistad con su nieto –aquí presente–, otro icono de la disciplina jurídica y de

la investigación histórica y con quien compartimos responsabilidades académicas.

Nuestro patrono fue todo –y “todo” en el sentido más noble de la palabra– en el ámbito del Derecho Internacional Público. Sería un desatino de mi parte traer a colación la narración completa de su nutrida “hoja de vida”: tamaña trayectoria de hombre público y, a la vez, de publicista doctrinario y de avanzado docente, son datos más que suficientes para explicar y justificar que un sitial de esta Academia lleve su nombre. Una de las mejores formas de exaltar las virtudes con que estuvieron dotadas las personalidades consagradas a la práctica de la honradez, del estudio y del trabajo fecundo, es erigirlas en paradigmas que inspiren con el nombre que recuerda su ejemplaridad a las generaciones que le prosiguen, ya sea en la prosapia familiar o en el discipulado que habrá de confirmar aquellos roles. Honrar a los grandes que fueron es, además de una muestra de equidad, una portación de fuerza y energía para la gestación de los nuevos estadistas que la Patria necesita en aras de superar la vulgaridad y la decadencia que nos avergüenzan.

Haber asimilado las vivencias que Dios, que sus padres, que sus maestros, que su perseverancia en el esfuerzo y su talento cultivado adornaran la entidad humana de Ruiz Moreno, son la causa y origen legítimos y eficientes de las peraltadas dignidades que jalonaron su prolongada actuación en la Legislatura provincial, en la Cámara de Diputados de la Nación, en la Academia Nacional de Derecho, en la Sociedad Científica Argentina y en la Real Academia de Madrid; al servicio de los más puros intereses de la Nación Argentina: sería inexcusable no asociar su nombre y su renombre a la titularidad de la Cátedra de su disciplina en la Universidad de Buenos Aires, desde 1919, a la fecundidad de sus dictámenes como Consejero Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, desde 1926 a 1943, a las delicadas funciones diplomáticas que le fueron encomendadas por sucesivos gobiernos, como la Conferencia de la Paz del Chaco (1935), la Conferencia Panamericana de Consolidación de la Paz (1936), la presidencia de la delegación argentina a la 8ª Conferencia Panamericana de Lima (1938); a la prolijidad del ordenamiento con la simétrica profundidad de contenido de su imparable producción escrita sobre tópicos de su especialidad jurídica y de otros que la trascienden, como la economía y las finanzas; y si en una sola palabra cabe la demostración cabal de su significación, para ello basta con asociarlo al paradigma del jurisconsulto o del jurisperito: un conocedor del Derecho en toda su extensión.

Permítaseme dar traslado a ustedes, de la impresión que provoca el contraste y el consiguiente desánimo que causa el contacto con la cotidianidad. ¡Qué diferencia media entre los elencos de colaboradores, funcionarios, asesores y “edecanes mentales” que pueden organizar –aún sin ser sabios– la sabiduría de preparar y gestionar el “buen gobierno”, en diversas épocas y bajo distintos signos políticos; y quienes también en reiteradas ocasiones optaron y prefieren el más dócil y obsecuente acompañamiento de oscuros gatos y ratas de albañal! Nos anonadamos todos como sintiéndonos perdidos en un “mesetoide” (una árida meseta). La Historia enseña que muchos vicios son corregibles y que muchos defectos son susceptibles de superación. Con ese cambio vendrá el fin el de los gobernantes improvisados –que brotan como hongos después de la lluvia– que juegan con los pueblos como quien juega al Banzón: bolita de cristal que sirve para juegos infantiles.

En su hora, Roque Sáenz Peña impetró a la ciudadanía al cumplimiento de sus deberes cívicos, con su famosa exhortación: “quiera el pueblo votar”. A casi un paso de arribar al Bicentenario de Mayo y cercanos al siglo de la sanción de la reforma electoral que facilitó pacíficamente el salto de un “régimen de notables” a la implantación de la soberanía popular, está bien recordar que aquellos deberes a cuyo cumplimiento instaba el ilustre Presidente, requieren una doble lectura: para los gobernados, la reiterada consigna “que sepa el pueblo elegir”; y para los gobernantes, que apliquen las amplias potestades recibidas a través de la confianza que transmite el sufragio para que ellos –las autoridades de todas las funciones públicas– sepan seleccionar a quienes ocuparán los demás empleos entre quienes reunían la doble idoneidad –la técnica y la moral– de conformidad con el Art. 16 de la Constitución Nacional. Así, las cosas entrarán en su quicio y todos los habitantes nos beneficiaremos con ello; de lo contrario, se cumplirá la tremenda profecía de Sarmiento, cuando sentenciaba que “la principal razón contemporánea para condenar a los grandes hombres, es que la condenación de las grandes figuras absuelve y agranda a las pequeñas”. ¡Y pensar que ya lo observaba en el siglo XIX! La versión contemporánea del *dictum* sarmientino es la opción que tienen las sociedades entre dirigir sus pasos en dirección a su fortaleza institucional y una creíble transparencia de gestión, o, en su defecto, convertirse en una “cafrería”, es decir, en un país zafio, bárbaro y rústico, cuando no también cruel (como era en caso de los “cafres”, que habitaban la antigua colonia de Cafrería, que Inglaterra poseía en territorio de Sudáfrica).

Jorge A. Aja Espil, el predecesor. Amigo, colega y maestro. Aquí, en este caso, también me comprenden “las generales de la ley”, pues fue alumno de mi padre en las aulas del Colegio Nacional de Buenos Aires –cuyo Rector, ya casi una figura legendaria por su obra multifacética y su cercano primer cuarto de siglo al frente de esa alta casa de estudios, nos acompaña en este acto–; y, por mi parte, fui su ayudante de cátedra en los ya lejanos tramos iniciales de mi carrera docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, al mismo tiempo que fuera mi presentante para el trámite de la solicitud de ingreso al Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires en 1960 (circa), cuya Secretaría él desempeñaba con gran brillo. Como Ayudante de Cátedra seguí de cerca sus lecciones y mucho debo agradecer sus enseñanzas y su bondad al brindarme buenos consejos en el aprendizaje y perfeccionamiento ulterior del Derecho Constitucional argentino y comparado. Nos frecuentamos durante cuarenta y cinco años, hasta el desenlace fatal de una cruel enfermedad que, por una de esas “cosas de la vida” –como se suele decir– fue la misma que puso fin a la existencia terrena de mi padre.

Al mencionar a mi padre, Reinaldo Vanossi, cuya curiosidad de investigador en química lo provocaba a explayarse en los insondables misterios del denominado “destino” que nos acompaña a lo largo de la vida humana, la intensidad emotiva del presente momento, que comparto con vosotros, me conduce a recordarlo con fuerte cariño filial, a la vez que señalar como muy feliz circunstancia coincidente el dato de un paralelismo: mi progenitor fue miembro de la Academia Nacional de Ciencias con sede en Córdoba, una creación más del genial presidente Domingo Faustino Sarmiento.

Jorge Aja Espil –al igual que Ruiz Moreno– si bien no necesita la reproducción de su frondoso “*curriculum vitae*” que, cuantitativa y cualitativamente, sorprende por la vastedad del espacio de sus conocimientos y la magnitud de sus experiencias habidas en los ámbitos variados de la ciencia jurídica, de la abogacía, de la diplomacia y de las letras, pues no está demás recalcar que entre sus dotes se contaba el ejercicio de un pluma señera y galana, que unía a los contornos de la más fina retórica y estilo literario, el núcleo básico o basal y fundamental de un rigor técnico y de una precisión sistemática que sólo se alcanza cuando –como en su caso– se es titular o poseedor de una alta calidad en la labor investigativa y una notable excelencia en el rigor de los criterios aplicados en el dificultoso y arduo empeño de lograr el esclarecimiento de los grandes tópicos que abarca el Derecho Público, para encontrar la luz que nos permita llegar a la verdad

y por esa senda afrontar y enfrentar el desafío que conlleva la búsqueda del acierto en el hallazgo para dar solución a los graves problemas que la juridicidad debe atender. Otro tanto puede hallarse si dirigimos la mirada a su tesorera y activa presencia en el CARI, donde acompañó al Académico y Embajador Carlos M. Muñiz desde la Vicepresidencia de ese pináculo minarete de la Política Internacional.

¿Qué más se puede enfatizar en el rico bagaje de una personalidad de la talla de Aja Espil? Pues, que se destacó en todos los andariveles en que la vida pública le demandó su desempeño. Así, en la carrera docente en los claustros de su “*alma mater*”, con la consagración luego de sucesivos concursos hasta ocupar la titularidad de la asignatura de su vocación.

En la función pública, como Vicecanciller en la memorable gestión ministerial de Carlos Manuel Muñiz y, más tarde, al frente de varias embajadas de nuestra República. En el plano internacional, su presencia durante más de tres lustros en el “Comité Jurídico Interamericano”, prestigioso órgano que incorporó la carta de la O.E.A. y cuyos antecedentes y funcionamiento parten del año 1906; al que Aja Espil honró con el enfático brillo de su erudición, que todos sus colegas de las demás naciones del Continente reconocieron al ungirlo Presidente del cuerpo, alta dignidad a la que él correspondió imprimiéndole a ese cargo el sello inconfundible de su refinada ilustración.

Otro tanto puede afirmarse de su obra como publicista: por el número de sus libros y ensayos, por el meduloso análisis de sus artículos y la dupla de firmeza y elocuencia que volcó en sus disertaciones y conferencias, permite concluir que siempre será ineludible acudir a su cita, referencia o comentario. Y para muestra de ello basta con ejemplificar su singularidad en la doctrina, con la tesis doctoral –después transformada en denso libro de consulta– que desentraña en profundidad la ardua cuestión de interpretación constitucional en torno a la distinción entre los “poderes implícitos” y los “poderes inherentes”. La luz que arroja este estudio de hermenéutica –producto que sólo podía provenir de un gran estudioso– no desmerece a otras obras de su autoría, como *En los orígenes de la tratadística constitucional*, las lecciones de *Derecho Constitucional*, su disección sobre los supuestos y la mecánica de la “acefalía”, entre muchas otras aportaciones que enriquecen la bibliografía de la materia que tiene por objeto el examen de la columna vertebral de nuestras instituciones.

Hoy y aquí lo recordamos a Jorge Aja Espil por su pertenencia como miembro dilecto de esta Academia, a la que se incorporó el 15

de abril de 1996 con un discurso titulado “Ubicación del Derecho en la universalidad de la Ciencia”, pero no debemos preterir la refinada y sutil modulación de sus actuaciones en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y, asimismo, con incomparable prestancia, en sus dos períodos presidenciales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; y en este preciso instante siente el que les habla la misma emoción –como si lo tuviéramos presente– que el día de la ceremonia en la que me entregó por mi incorporación a aquel cuerpo, el diploma y la medalla del caso.

Señoras y Señores Académicos;

Señoras y Señores, amigos todos que hoy nos acompañan:

En la consideración del tema elegido, es de cortesía precisar que su título no se dirige a la locución de una resonancia y no simula ni disimula estrépito alguno. Aunque aparente una simplificación pueril, solamente se intenta poner en evidencia un ramillete –nada más– del perpetuo e inmemorial contraste entre lo que se podría caratular “el aglutinamiento de las eficiencias” en el Derecho y las frustraciones funcionales que padece en –por lo menos– dos niveles de sus roles, a saber:

1º) Cuando opera como marco o cauce de las fuerzas sociales (con sus componentes políticos, económicos, culturales, etc.) que interactúan en el seno de la comunidad (nacional, regional o internacional); y

2º) cuando genera u orienta la motivación y el objetivo de las conductas a la luz de la calificación o descalificación por la licitud o transgresión de tales comportamientos con relación a los tipos o tipicidades previstas en las normas y sus correspondientes sanciones.

Me toca abordar el tema al cumplir medio siglo de mi iniciación del estudio del Derecho; tiempo más que suficiente para abonar una doliente intimidad: sufro de hipocondría legal (sic), pues mi afición en los tiempos que corren se caracteriza por una irresistible sensibilidad de mi sistema nervioso, con tristeza habitual y preocupación constante (DRAE), particularmente orientada hacia las zonas donde la angustia se concentra en la suerte oscura que corre la salud de la juridicidad como pieza inderogable de nuestra vida social.

Quede bien asentado que no pretendo abarcar la cosmogonía del “Derecho todo”, pues ello sería tan inabordable e inaccesible como emprender aquí mismo el estudio del origen y la evolución del Universo.

## II.- Introducción

Al cabo de la Segunda Guerra Mundial, un literato y pensador francés –Paul Valéry– advirtió atronadoramente que “las civilizaciones también son mortales”. Tan tanático aviso podría hacerse extensivo a muchos agrupamientos que la humanidad ha gestado con el objeto de alcanzar los fines individuales o sociales y colectivos que motorizan la continuidad del género humano, al menos hasta que Dios no disponga lo contrario. La mortalidad es congénita con la existencia de la vida; y una forma de poner término a ésta es el suicidio, del que hay modalidades tan variadas cuanto misteriosas como la que practican algunas especies animales. Habrá sido por ello, acaso, que otro escritor francés, Albert Camus, en las páginas liminares de su obra *El mito de Sísifo* se atreve a afirmar “que no hay más que un problema filosófico verdaderamente serio: el suicidio” (ob. cit., Ed. Losada, Madrid, 2005); y si bien no lo justifica, apela a él para discurrir sobre la insignificancia de la vida y en torno a la idea del “hombre absurdo” que está perpetuamente consciente de la inutilidad de su existencia. Me valgo de este proemio del Nobel de Letras (año 1957) para una elongación de la figura del suicidio con miras a aplicarla a la situación terminal –y podríamos agregar: situación de aleatoriedad, es decir, bajo la dependencia de un suceso fortuito– en que se encuentran o pueden alcanzar las instituciones que forman parte – formal o materialmente– del sistema institucional que cada nación adopta para fijar y aplicar las “reglas del juego” atinentes a procurar una vida perdurable.

¿Qué queremos decir con esto? Nada más que llamar la atención sobre el riesgo que se corre cuando se entra en la pendiente del quebrantamiento continuado de esas “reglas del juego” comunitario, al punto de transitar de los decibels de la infracción esporádica aunque impune, a los declives de la ilicitud constante, sin dejar de traspasar los límites de la normalidad del plexo jurídico de base y vigente, cayendo en el hiperfactualismo de los hechos consumado y, finalmente, llegando al abismo de la anomia. Y de ésta, como ya está comprobado, se sale –sólo cuando ello es factible (o sea, cuando no medie una “disolución”)– por el duro proceso de la anarquía a la tiranía y de allí al incierto ciclo de una recuperación de la democracia y de la autonomía.

La construcción y deconstrucción del andamiaje jurídico argentino ha tenido destellos de grandeza, aunque muchas manchas opacan su visión, debidas a dos presencias:

a) la reiterada aparición de sujetos operantes que revisten la categoría de sabandijas, en el sentido de que su accionar es tan negativo que produce la demolición gradual o paulatina del sistema legal, cual insectos perjudicables y molestos, munidos de una despreciable caricatura de humanidad (por ejemplo, los predicadores y los corruptores);

b) sin llegar a los asaltantes del poder (los “derribadores”) sumemos en cuenta a los discípulos de Víctor Chirinos, aquel frustrado revoltoso del siglo XIX, que dio a luz el vocablo “chirinada”, como referencia a las asonadas inútiles y a los motines malogrados, que tanto contribuyeron a forjar el término y hasta la categoría peyorativas de “repúblicas bananeras”.

Es útil tener presente la distinción que formula el académico Julio C. Cueto Rúa: “Una cosa es atacar la técnica jurídica que hace caso omiso de la realidad humana, para encerrarse en especulaciones racionalistas, gramaticales o en indagaciones históricas...; y otra muy distinta, la destrucción sistemática de la normatividad, al amparo de nociones puramente fácticas, políticas, propias del conocimiento sociológico, que se niega a reconocer toda virtud operante a la estructura normativa”<sup>1</sup>.

La confusión creada por todas estas manifestaciones anómicas –más allá de su éxito o de su fracaso momentáneos– arrojan como peor legado (el más negativo) un balance de imágenes surrealistas, que de acuerdo a los propósitos de la escuela literaria de ese nombre, intentan sobrepasar lo real impulsando con automatismo psíquico lo imaginario y lo irracional. Ese superrealismo nos recuerda la frase de García Márquez, alusiva a que en ciertos lugares y momentos “la realidad supera a la más febril de las imaginaciones”. No olvidemos que según el creador de aquella escuela literaria el programa fue presentado “...según un cierto nivel espiritual del cual la vida y la muerte, lo real y lo imaginario, el pasado y el futuro, lo comunicativo y lo incommunicable, lo alto y lo bajo, cesan de ser perceptibles de manera contradictoria” (André Breton).

Ese alejamiento de las sensaciones contradictorias también puede ofrecerse en manifestaciones del Derecho, con gravísimas lesiones al valor de la justicia. Debemos poner cuidado para evitar esa malformación, que con reiterada persistencia se presenta formateada, o sea con una engañosa presentación documental y hasta con un formato que seduce a los débiles, hasta que tardíamente se anotan del linfoma que los aqueja.

<sup>1</sup> Ver en Vanossi, t. I, pág. 660/661 de *Teoría Constitucional*.

Es por ello que, también en el Derecho y en el ordenamiento constitucional que lo comprende, es condición necesaria (aunque no suficiente) poner límites –y hacerlo a tiempo debido– para evitar, previniéndolas, las posibles o eventuales deformaciones que todo régimen legal puede sufrir. Hacen falta mojones (por así llamarlos), que fijen términos, más allá de los cuales quede claramente preestablecido que se está traspasando la “muga”: es el equivalente a la frontera entre lo permitido y lo prohibido. Ninguna “juricidad” puede prosperar sin esos requisitos y recaudos, si lo que se pretende es cimentar una tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los asuntos sociales y políticos (DRAE). La caterva o multitud de descreídos en el Derecho se tiente en la delectación al no sentirse vinculada con un régimen estable de premios y castigos: de allí, su complacencia deliberada en un pensamiento o en una acción prohibidas. Es un comportamiento análogo a la derelicción: abandonar (y abandonarse), derelinquir (derelictus). Dejar hacer, dejar pasar...

Por todas estas dificultades, que se observan en su escenario variopinto, es que el Derecho resulta polifacético a raíz del tenor de las complejidades que posee la condición humana a la que tiene que atender y, consecuentemente, regular las conductas para orientarlas y, eventualmente, sancionarlas o premiarlas mediante estímulos. De la complejidad susodicha se desprende que el Derecho es ciencia –ciencia jurídica y social– y es algo más: si el escultor Carl André afirmaba que “arte” es lo que hacemos y “cultura” es lo que hacen con nosotros (sic), pues entonces el derecho es todo eso, requiriendo para cumplir cabalmente sus funciones de apoyaturas técnicas adecuadas a cada fin.

Es cierto que el Derecho –no en cuanto a ciencia y objeto de estudio– ha sufrido todos los males imaginables, desde que ha padecido violaciones, quebrantos, incumplimientos y un amplio espectro de defraudaciones y malversaciones en la hermenéutica llevada a cabo por los responsables a cargo de los diversos niveles de aplicación de la “pirámide jurídica” (muy gráfica figura tomada por Merkle y adoptada por Hans Kelsen). Desde un miraje ideológico, el Derecho ha sido invocado, en cuanto a estructura de creación y de convalidación, para dar apoyatura y legitimación a regímenes opresores y liberticidas del más nutrido pelaje y elencos de extremismo y fundamentalismos<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> La exportación de la libertad (y del Derecho) como problema e interrogante, sigue siendo tema de opinión y debate; a tal punto que Eric J. Hobsbawn (que ya se ocupó de la “exportación de la Democracia” en su obra *Imperialismo*, anuncia un

Ejemplos del Derecho usado para la bonificación de los títulos más inverosímiles, desgraciadamente abundan: al azar extraemos de la memoria el “dictum” de la Suprema Corte de la potencia mundial más comprometida y jugada por los valores de la libertad humana y de la democracia constitucional, que a mediados del siglo XIX en el caso Dred Scott afirmó que los esclavos negros no tenían iguales derechos que las personas porque eran semovientes (sic), con lo que se precipitó la cruenta Guerra de Secesión en la que finalmente se impuso uno de los prohombres de la humanidad, el Presidente Abraham Lincoln. En otra cultura muy distinta y distante, la fresca memoria –no ya de los ejemplos de antaño sino de los de hogaño– nos muestra que la Constitución de la República Islámica de Irán acepta resignadamente que las mujeres pueden ejercer ciertos derechos, al ser consideradas seres humanos<sup>3</sup>; y que en el control de constitucionalidad –como así también con otras decisiones políticas fundamentales– la última palabra la tiene la reunión o asamblea de los

---

nuevo estudio –próximo a aparecer en Inglaterra– que aborda la postura de los EE.UU. que, a partir de los atentados del 11-S decide intensificar la “exportación de la libertad”. En la opinión de Hobsbawn, los valores occidentales de democracia y libertad no se pueden imponer con las armas si las diversidades culturales son grandes. Su párrafo más contundente es el siguiente: “La diffusione di valori e istituzioni quasi mai può essere determinata da una repentina imposizione da parte di una forza esterna, a meno che localmente non siano già presenti condizioni che la rendono possibile e accettabile. La democrazia, i valori occidentali e i diritti umani non sono come le importazioni di tecnologia, dai benefici subito evidente, che vengono adottate nello stesso modo da tutti coloro che sanno usarle. Se lo fossero, ci sarebbe maggior uniformità politica tra i vari Stati europei, asiatici e africani che vivono (in teoria) sotto costituzioni democratiche simili tra loro” (*Corriere della Sera*, 8/IV/2007).

<sup>3</sup> Las fuentes religiosas islámicas sirven para explicar que en la actualidad tengan necesidad de “constitucionalizar” a las mujeres: “Los hombres tienen prominencia sobre las mujeres, porque Dios ha tenido preferencia por algunos seres sobre otros..., en cuanto a aquéllos respecto de los cuales teméis actos de desobediencia, amonéstalas, luego déjenlas solas en sus lechos, después castiguenlas” (del Corán, versículo IV, 34). De acuerdo a la información más actualizada, la vida de una mujer en Irán vale legalmente la mitad que la de un hombre, al igual que su testimonio ante un juez sobre cualquier asunto. De acuerdo a la información del Centro de Defensa de los Derechos Humanos que dirige el premio Nobel de la Paz Shirin Ebadi, quien asesina a una persona, amén de cumplir la pena correspondiente, debe pagarle una cantidad de dinero a los familiares de la víctima; y matar a una mujer –al igual que a un extranjero– cuesta la mitad de lo que vale matar a un hombre. Las leyes también permiten a un hombre divorciarse cuando sea, sin ninguna explicación, pero para que pueda hacerlo una mujer deben cumplirse algunas de las siete condiciones que fija la ley (abandono, drogadicción, impotencia sexual). Continúa el informe señalando que si el esposo encuentra a su mujer con otro manteniendo relaciones sexuales tiene derecho legal a asesinarlos a ambos, y, en cualquier caso, si se demuestra el adulterio de ella, puede ser lapidada hasta la muerte (*La Prensa*, 16/IV/07).

“Ayatolas”, es decir, del clero oficial, cuyos poderes indican inequívocamente que el sistema vigente es el propio de una teocracia<sup>4</sup>. En la República Popular China hay una similitud, por cuanto todas las decisiones finales recaen en el “standing commite” compuesto de un número selecto de miembros de la “nomenklatura” del partido único, que se sitúa por encima de la Asamblea del Pueblo y de todos los demás órganos de gobierno y de control.

Quedan muchos resabios de paternalismo político y de machismo caudillesco. Nos tienen bajo una suerte de curatela, bajo la dominación del ayo, aquel encargado de custodiar niños y jóvenes, cuidando de su crianza y educación.

Pero la magnitud de esas aberraciones no da vía libre para que nos restrinjamos a la remembranza de lo que hemos intitulado la “crucifixión” del Derecho. La riqueza de las ciencias del espíritu (Dilthey) conduce al sorprendente repertorio de resultados que brindan cuando su rigor metodológico está inspirado en una escala axiológica humanista y los operadores de su implementación e interpretación guardan fidelidad y coherencia en el firme cumplimiento de roles. Esta otra cara de la cuestión es la que nos habilita para rescatar la “glorificación” del Derecho como una faceta insoslayable de su meritoria presencia en el inventario de las creaciones culturales. Va de suyo que esto incluye una apreciación encomiástica, desde el instante que “glorificar” es tanto como reconocer y ensalzar al que es glorioso, tributándole alabanzas que se rinden a lo que es digno del honor, estimación o aprecio (DRAE). Cabe pues, a mayor abundamiento, emplear estos términos con respecto a todo el Derecho (el “objetivo” entendido como el ordenamiento jurídico; y el “subjetivo” comprendiendo la totalidad de los derechos y libertades cuya titularidad corresponde a las personas); por lo cual resulta apropiado hacerlo así cuando se tiene en cuenta que en una segunda acepción el vocablo “glorificar” equivale a hacer glorioso a alguien o algo “que no lo era” (DRAE). En el ejemplo del Derecho, la inevitable connotación une al Derecho con su merecida

<sup>4</sup> A raíz del tan cuestionado versículo 34 del Capítulo 4 del Corán, se ha debatido –una vez más– la polémica en torno a la traducción de la palabra árabe “*daraba*”: hay muchas versiones: mujer golpeada, pegar, asestar un golpe, fustigar, castigar, flagelar, escarmentar, azotar, ...y hasta seducir. Según trabajo publicado por *Clarín* del 7/IV/07, en el suplemento de traducciones del *New York Times*, se afirma por parte de Neil Mac Farquhar que pocos versículos generaron tanto debate. Pero lo más asombroso del trabajo citado es que en un diccionario árabe-inglés de Edward W. Lane (siglo XIX), entre las seis páginas dedicadas a “*daraba*” figura el significado equivalente a “*irse*” (sic). No hay que olvidar la aceptación por los árabes de la práctica de la poligamia...

reivindicación –no por el hecho de su surgimiento y su existencia perenne– sino por la merecida reparación que le cabe cada vez que los desplantes –individuales o colectivos; nacionales o internacionales; estatales o particulares– producen el efecto de su transitoria suspensión o de su momentánea desarticulación, en un “corsi e ricorsi” (Vico) que sólo tiene de positivo el estímulo que despierta en la conciencia jurídica que subyacentemente acompaña a la Sociedad, animándola a aceptar el desafío de emprender una proeza análoga a la así adjetivada por quien afirmó que el precio que se paga por el goce de la libertad es la vigilancia perpetua e indeclinable ante el menor asomo de amenaza o riesgo que se cierna sobre su vigencia plena.

Podemos observar entonces que hay temas que llevan a cavilar. La “cavilación” no es la mera duda ni la liviana visión paisajista del problema: por el contrario, cavilar significa el pensar con intención y profundidad alguna cuestión que motiva interés y preocupación. El Derecho no es tema “light”, es más bien tópicamente truculento, no por morbosidad o crueldad, sino –precisamente– por su intrínseco dramatismo, sus cuadraturas del círculo, el *to be or not to be* de muchos de los planteos puestos a resolver en situaciones agonales (lucha) que a veces se tornan agónicas (de muerte o terminales). Y esto es parte de la glorificación del Derecho; de su gran reto, ante la esperanza de su victoria sobre la crucifixión.

El eterno *challenger* o desafío que supone el neto reinado del derecho (el gobierno de las leyes) también resalta la meritoria condición humana que esgrimen aquellos que no ceden ante el conformismo de las circunstancias, como así también del reconocimiento del derecho de resistencia a la opresión como el zumo (jugo) resultante de una larga elaboración doctrinaria y filosófica cuyos epígonos iusnaturalistas y contractualistas sirvieron de fuente a su ulterior recepción en el derecho positivo, de todo lo cual no es ajeno el Derecho argentino y, en cuanto a las normas vigentes, el Art. 33 y el 36 nuevo de la Constitución Nacional. Aunque parezca manido o demasiado trillado decir “que no hay nada nuevo bajo el sol”, encontramos en los remotos pensamientos de Confucio la incitación al buen obrar en la defensa de aquello que estimamos justo y razonable. Con palabras del mencionado iniciado de Oriente: “Nuestra mayor gloria no consiste en no fracasar nunca, sino en levantarnos cada vez que caemos”. Vale decir, no sumirnos en una sensibilidad excesiva y dolorosa, al modo de una hiperestesia; sino preguntarnos ¿cómo curarnos? Estableciendo un orden legal de calidad superior (no es cuestión de cantidad de leyes y ordenanzas) y respetándolo,

El inventario de los despotismos y de los déspotas conocidos desde que la memoria se registra en historia, ofrece no sólo vastedad numérica sino también todo un insectario de crímenes, torturas, sevicias y miserias que avergüenzan a la condición humana pero al mismo tiempo exaltan la proeza de los “resistentes” y proyectan la presencia enhiesta del Derecho como el arma capaz de imponerse en última instancia, para así catalizar nuevas etapas reparadoras de la justicia y de los demás valores que la acompañan. El mundo y su historia exponen una crónica de segmentos en los que simultánea o alternadamente se columpian la Libertad y la opresión, donde brilla la concatenación logística o productiva del Derecho, cuyos aportes de cientificidad y de profesionalidad han estado presentes a través de quienes profesaron su credulidad con “Fe en el Derecho” (título de una obra memorable del fallecido Académico Sebastián Soler). A ellos, toda nuestra deuda de gratitud. En la vereda opuesta, como un claroscuro más de la vida humana, encontramos las claudicaciones y las complicidades: otro “Derecho”, *pret a porte*, adornando florituras de ocasión, adulando floripondios de pésima factura o improvisando florilegios de obsecuencia oportunista, que a la postre de nada sirven, pues al sonar el reloj con la hora de la verdad reluce con magnificencia la irresistible “belleza nefertítica” del ordenamiento jurídico de la libertad, que restituye a la persona como sujeto pleno y que por su dignidad propia no habrá de sucumbir ante el “canto de sirena” de los que practican el paternalismo para el engaño o para “aupar” con un plato de lentejas a los que —desgraciadamente— nunca faltan para el coro de los “incapables” cívicos: discapacitados de ciudadanía, minusválidos de conciencia de la juricidad, enclenques de la defensa de la constitucionalidad. Como único comentario, glosó las Palabras: “¡Perdónalos, Señor, porque no saben lo que hacen!”.

Hay toda una variedad al respecto: los que ven un Derecho alicaído (alicatado, cortado); aquellos que lo ven como un Derecho enmustiado (marchito); otros que lo perciben como un Derecho enneblinado (un estado de tal confusión y oscuridad que impide percibir y apreciar la situación); luego aquellos que lo observan como un Derecho mortecino (casi muriéndose, apagándose, bajo, sin vigor; es como si se hubieran propuesto difuminar el Derecho, hasta perder claridad e intensidad). Por último, los que ven un Derecho hórrido, que causa horror. Así de horrorífico es el panorama que ofrecen las dos terceras partes de la humanidad, si consideramos en su conjunto todas y cada una de las condiciones de vida: de baja calidad, o calidad insuficiente.

### III.- El orden y la libertad

Relaciones complejas pero necesarias de dos valores que conviven en toda sociedad que mantenga la armonía mínima que es necesaria para no caer en los extremos igualmente perniciosos de la anarquía o de la tiranía (sabiendo de antemano que la primera suele crear las condiciones para el advenimiento de la segunda). El orden es la ofrenda que a manera de oblación debemos abonar para el más fructífero goce de las libertades; pues la desaparición del orden, al eliminar la limitación razonable en el ejercicio de los derechos y convertirlos en supuestamente infinitos, trae como consecuencia ineluctable la vuelta a un estado de naturaleza salvaje. Lo dionisiaco se torna diabólico. Todos los derechos, todas las libertades, tienen limitaciones, que se establecen con “razonabilidad” para asegurar que la mezquindad o la maldad de un ejercicio egoísta prive de iguales oportunidades al prójimo en el ejercicio de los suyos. Compete al estadista más que al jurista, apreciar y justipreciar las circunstancias para dar precisión a las reglas y normas jurídicas que procuren ese delicado equilibrio. Así lo pensaba el afamado líder político inglés Benjamin Disraeli, al expresar que “...después de saber cuándo debemos aprovechar una oportunidad, lo más importante es saber cuándo debemos renunciar a una ventaja”.

De la relación entre el orden y la libertad se puede acudir al verbo “apontocar”, cuyo significado alude al sostenimiento de algo, dándole apoyo con otra cosa. La cuestión no es sencilla, pues forzando los vocablos, podríamos afirmar que estamos ante una “aporía”, o sea frente a la dificultad lógica que presenta un problema especulativo. Pero no es la única. En este punto presenciamos a otras. Veamos.

Asistimos a la demonización de términos secularmente consagrados con unívoca acepción y significado, pero que son malversados intencionalmente, desviándolos de una connotación encomiástica u objetiva hacia otra de carácter peyorativo o puramente subjetivo. Esta inverecundia semántica (desvergüenza, desfachatez) conduce –por ejemplo– a que en el derecho penal la “represión” pase a entenderse como crueldad o persecución o arbitrariedad, en vez de una sanción derivada de la aplicación de la ley penal previa por el juez natural de la causa. Y si circunvalamos este espacio, comprobaremos que en el cerco trazado quedan ceñidas o rodeadas otras expresiones de tan clásico abolengo, como es el caso del “garantismo”, que en “altri tempi” fue el leit motiv del constitucionalismo (garantizar los

derechos y libertades, Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789) pero que a causa de un uso ideológicamente distorsivo resulta inversamente entendido en el contexto del hablar cotidiano como sinónimo de “abolicionismo”. Vemos entonces que esa combinación de palabras de significado opuesto que originan un nuevo sentido (oxímoron, según la expresión aceptada por el DRAE) se da con frecuencia en el lenguaje del Derecho: a veces para bien, pero en ciertos casos creando confusión o equívocos. Es el equivalente en plural (varias palabras) de lo que George Orwell anticipaba en 1984 (obra escrita en 1948...) cuando denunciaba un mundo trágico y tétrico en el que cada expresión singular de un valor pasaba a significar el anti-valor: libertad-esclavitud; bondad-maldad; coraje-cobardía; piedad-crueldad; etc.

El oxímoron puede actuar –si la intencionalidad es esa– como la tímida ensayística de una versión suave y edulcorante de la perversión del lenguaje del Derecho: una sintaxis formada por la coordinación de palabras para desvirtuar los conceptos.

Aunque parezca inverosímil, estas modernas circunvalaciones de trampas semánticas son ingenuamente transitadas en el uso cotidiano como una vía que encierra o marca un núcleo, con aplicación a muchas otras palabras (gestión, progresismo, orden, represión penal, la excelencia, e incluso las Academias mismas), hasta que pronta o impensadamente llegamos a sufrir de improviso un fuerte golpe: es un sopetón a nuestra sensibilidad institucional; y si no corregimos a tiempo el error inducido con intencionalidad ideológica, se habrá de consumir ineluctablemente un estado de descreimiento o desazón en demérito del valor de las instituciones. En el subsuelo de este proceso de vaciamiento progresivo de las palabras que eran un “valor entendido” para todos, creo ver un confusionismo doloso que –más allá de un juego de palabras– se inicia por un vestibulario, avanza con el vigor de un “bestiario” (relatos medievales sobre animales reales o fantásticos) y es de temer que su metamorfosis nos arroje a un “prostibulario” del Derecho.

El gran derrotero de la era constitucional no quedará sustituido por las notables innovaciones de la era informática, telemática y tecnológica (hightech), habida cuenta de que las metas trazadas por las tres grandes Revoluciones (la inglesa, la americana y la francesa) no son cuestión baladí, sino de suma importancia, pues se trata del paulatino y constante direccionamiento en procura del reemplazo del poder caprichoso y subjetivo de los gobernantes por el gobierno objetivo y predecible de las leyes, es decir, del ordenamiento

constitucional y normativo. Este salto cualitativo importa el acrecentamiento del espacio ocupado por las facultades regladas y el consiguiente repliegue del área de los poderes discrecionales; como así también la dilatación de los ámbitos y herramientas de control y particularmente de la judicial review en cuanto a la constitucionalidad, la razonabilidad y la operatividad de normas y actos; lo que debe guiarnos hacia el paralelo achicamiento de las facultades privativas, de las llamadas “cuestiones políticas no justiciables” y de las denominadas “zonas de reserva” que con frecuencia quedan exentas de contralor.

Aunque parezca redundante reiterarlo, vale insistir en lo que hemos dado en llamar la “regla de oro” del equilibrio que sostiene la supervivencia y el mejoramiento de la “calidad de vida institucional” de los pueblos; esto es: que a todo aumento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles, un perfeccionamiento eficiente y efectivo de las garantías y un mejoramiento de los mecanismos para que recaigan responsabilidades reales y no meramente virtuales. Con respecto a estas últimas, así como un Derecho que no se realiza no es tal (Ihering), la responsabilidad entendida como principio y *conditio sine qua non* de la forma republicana de gobierno ha de guardar concomitancia temporal con las acciones u omisiones lesivas o perjudiciales, por cuanto no basta con la tardía reprobación de una “cuenta de inversión” sometida a la consideración de un parlamento también moroso. De resignarnos a ello hasta parecería preferible la reimplantación del “Juicio de Residencia” de los tiempos virreinales para que no puedan actuar los funcionarios resurgitados, es decir, expelidos o vueltos a aparecer, pese a su incompetencia en el cargo o las irregularidades cometidas.

#### **IV.- El principio jurídico de la prohibición**

A) Entre los “prius” fundamentales del Derecho al que se llega como producto de la destilación de los elementos que componen el sustratum de la Cultura humanista se encuentra presente el denominado “postulado jurídico de la prohibición”, según el cual todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido<sup>5</sup>. Es una base constitutiva del Estado de Derecho, en la acepción sus-

<sup>5</sup> Véase: J. R. Vanossi, *Teoría Constitucional*, T. II, pág. 506 y sigts, Ed. Depalma, 2ª edición, año 2000.

tancial y no meramente formal de esta categoría, y en el marco de las democracias constitucionales que se desarrollan a partir del surgimiento de la era constitucional, así llamada por el legado de las tres grandes Revoluciones de los siglos XVII y XVIII. Por todo ello es correcto hablar de una “era” del constitucionalismo, que marca un meridiano con el Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, según el cual únicamente tiene Constitución el Estado que se sustenta en la división de poderes y que garantiza los derechos. Esto va de la mano con el apotegma de Montesquieu: “sólo el poder contiene al poder”. La relación entre el medio (la separación de los poderes) y el fin (la libertad y los derechos), a partir de allí integra el núcleo de lo que despectivamente Carl Schmitt inferiorizó como un mero concepto “ideal” de Constitución.

Para nosotros, el “postulado de la prohibición” tiene jerarquía suprema pues lo recoge el Art. 19 de la Constitución Histórica y no ha sido derogado ni modificado hasta hoy. Esta norma vertebral del sistema, luego de amparar a las “acciones privadas” que no ofendan al orden y a la moral pública ni perjudique a los terceros (las que están exentas de la autoridad de los magistrados y reservadas a la voluntad de Dios), consagra el principio por antonomasia: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”. Son conocidas sus fuentes doctrinarias: Locke y Montesquieu.

En nuestra opinión, son igualmente falsas las alternativas extremistas que llevan a la negación de los preceptos antedichos. Es erróneo creer que “el mejor Estado es el menor Estado” y que “la mejor legislación es la menor legislación”, si con esa pretendida verdad dogmática y axiomática que le atribuyen algunos pregoneros se intenta hacer desertar al poder público del cumplimiento de sus funciones necesarias para asegurar los “fines” preambulares, entre los que se incluye el deber de asegurar el “bienestar general” de los argentinos y de todos los que quieran habitar nuestro suelo (en consonancia con el Preámbulo y con el Art. 25, referido a la inmigración). Esa postura, asumida hasta sus últimas consecuencias, genera un estado de anarquía en la que se impone el más fuerte, al frente de una sociedad desvertebrada y un “parque jurásico” que le brinda su entorno y contorno.

En el polo opuesto, la tendencia dirigista e intervencionista que transporta a la derrota de la iniciativa privada, circula por el derrotero de la abolición progresiva de los espacios de la libertad y la permisión, que produce una asfixia generalizada de parálisis, no competencia,

desgano y desestímulos, hasta consumir el eclipse del régimen, a veces por explosión y en otros casos, por implosión (como la URSS y sus satélites).

La equidistancia de los extremos apuntados es la dirección (“indirizzo”) señalada por la experiencia del éxito habido en las naciones rectoras. No hace falta acudir al auxilio de otras recetas: es suficiente con la recta aplicación de las bases y proposiciones que son la razón fundamental y fundante del origen causal del Derecho aplicable a la libertad humana.

Un principio común a todo el derecho constitucional democrático y liberal es el que ilumina la solución de la inimaginable y proteica variedad de conflictos que se suscitan entre la libertad y la prohibición, entre la permisión y la coerción, entre la propiedad y el despojo; y que se atienden haciendo prevalecer el valor de la libertad, por desprendimiento de la regla según la cual en caso de duda se debe decidir a favor de la libertad (in dubio pro libertas). De este enunciado general, erigido en categoría de “principio” por la Corte Suprema desde antigua data (*Fallos* 32:125 a 145, caso “Eduardo Sojo”, 22 de septiembre de 1887), se nutren aplicaciones que guardan lógica coherencia: in dubio pro reo (penal), in dubio pro debitoris (comercial), in dubio pro-trabajador (laboral), in dubio pro contribuyente (fiscal), in dubio pro hominen (derechos humanos y derecho internacional humanitario), etc. En consecuencia, las excepciones que el legislador pueda establecer para la solución de casos especiales son constitucionalmente inexequibles si no respetan la regla de “razonabilidad” que se impone en el Estado de Derecho como condición de admisibilidad para la aceptación de reglamentaciones restrictivas de la amplitud en el ejercicio de los derechos o en el goce de la libertad. Por ejemplo, el Estado –por acción o por omisión protectora– desprotege el derecho pro hominen a ejercer la libertad deambulatoria cuando tolera con la impunidad el accionar de sujetos o grupos que obstaculizan o impiden el “entrar, transitar, permanecer o salir” del suelo argentino (Art. 14, C.N.) o cuando terroristas, guerrilleros, piqueteros u otros sujetos patibularios de esa laya suspenden o suprimen el goce de los derechos o la vida misma de las personas, produciendo horror y espanto en la sociedad. No lejos de esas situaciones extremas se sitúan también otras violaciones manifiestas a derechos reconocidos por la Constitución, como acontece cuando de manera absolutamente ilegal e irregular se toman edificios por la fuerza y se los permite mantener a “okupas” al margen de todos los procedimientos de protección de la propiedad, en este caso de la vivienda.

B) En la primera sección de este acápite hemos encarado el tema del “postulado jurídico de la prohibición” remitiéndonos básicamente al soporte que brindan la teoría jurídica y la teoría constitucional. Además, apuntamos a la crítica de las posturas degenerativas que pueden ser detectadas como las causantes de situaciones abusivas: en un caso, por “abuso del derecho”, cubierto con el manto del individualismo practicado sin límites razonables (Art. 28, C.N.); y, en otros casos, como secuelas derivadas de “abuso del poder”, al que se osa justificar y facilitar con el óleo lubricante del altruismo y del igualitarismo, ejecutados con metodología del colectivismo o del corporativismo, según convenga a las circunstancias que rodean a los detentores del poder y sus correspondientes ideologías.

Queda por perfilar algún aporte que coadyuve a enderezar la aplicación del principio de permisión (Art. 19, C.N.) para mantener el equilibrio en su quicio y, al mismo tiempo, atender a las señales que emiten los actores sociales ante los cíclicos desajustes —a la manera ciclotímica— que detonan en el plano de las realidades. El fenómeno de la globalización tiene que ver con tal escenario de tensiones, habida cuenta de que el incesante desarrollo tecnológico produce una aceleración de todos los procesos productivos, ya sean materiales o culturales, con efectos que a semejanza de una polea de transmisión se trasladan allende las fronteras y con múltiples incidencias: sobre la oferta y la demanda (mercado), las migraciones poblacionales, el valor de la moneda, las formas de corrupción transnacionales, las crisis de inflación o de deflación, la obsolescencia de los equipos y la incapacitación de los recursos humanos que los emplean, etc., etc. (un etcétera muy largo pues la lista es cada día más extensa...). En la obra de Moisés Naim, *Ilícito*, publicada recientemente por Mondadori y Random House se pone a la vista del lector la otra cara —como en la mítica figura de Jano— que es el submundo delincriminal en que se mueven cuan espectáculo surrealista y con notas sicodélicas, las “bandas” dedicadas al tráfico de drogas y de armas, al tráfico de influencias (la corrupción), el terrorismo; más otras lacras. El autor citado agrega una llamada de alarma al señalar que sólo el comercio ilícito de las drogas y de las armas nucleares están contemplados en tratados y acuerdos destinados a coordinar internacionalmente su represión. Muy poco se ha hecho en las demás cuestiones.

Me permito comentar al respecto que, con motivo del tratamiento parlamentario de normas legislativas sobre penalización de conductas que se traducen en actos repudiables en materia informática (diciembre, 2006), tuvimos la oportunidad de expresar que esa refor-

ma penal era “condición necesaria pero no suficiente”, instando a un más abarcador avance en la celebración de compromisos internacionales –regionales y mundiales– que hagan posible una eficaz contención de tales ilícitos (por ejemplo, la ONU podría aportar nuevos proyectos de “leyes uniformes” que elaboran sus organismos especializados). Se acusa al Derecho de ir detrás de los hechos...; y, a menudo, se corrobora esa arritmia de las respectivas velocidades; aunque muy fecundo sería que las distancias se acortaran para así acotar el dolor y el daño de los damnificados.

C) En todos estos problemas hay que buscar soluciones, o hacer aportes con ese propósito (*where is a wrong there is a remedy*; dicen los ingleses). Un Estado extenuado, un Estado agotado, que tiene todo, que hace todo, que pretende todo, es –perentoriamente– un Estado que se rinde a causa de la declinación de sus roles fundamentales (seguridad, justicia, educación, investigación, salud), para agonizar siendo poco o nada como estructura en la que la Sociedad cree y confía como válida para la prosecución de sus fines. Un Estado así, puede prometer todo, pero es nada (sic). Como dice el Rey de España, un Estado que cae en “dejación”.

El ocaso del autodenominado Estado de Bienestar (*welfare state*) no puede ser confundido con la renuncia a la función social del Estado ni con el abandono del ciclo social del constitucionalismo (que lleva cumplidas varias etapas) ni con los lineamientos que enunciara Herman Heller bajo el tópico de “Estado democrático y social de Derecho”. La solución al problema no pasa por colocar una bomba atómica para producir la explosión de un Estado anquilosado y emplazado a reformarse, sino que consiste en concientizar el mayor número y a la más variada calidad de agrupamientos sociales para que asuman muchas de las responsabilidades que hoy están a la deriva. Lo que Alexis de Tocqueville exponía en *La Democracia en América* es una asignatura pendiente de completar en muchas comarcas del planeta: el asociacionismo, las fundaciones, la filantropía, el mecenazgo, los incentivos fiscales, las becas y premios, son algunos de los componentes de una batería de estímulos para que Estado y Sociedad alcancen una mejor sintonía y se despierte de su sopor el espíritu de la co-responsabilidad de los poderes públicos y de las organizaciones no gubernamentales con los desafíos y emplazamientos que se incuban en el conjunto de la Sociedad toda.

Si esas fuerzas entran en acción, el Derecho habrá de tener el momento histórico de un nuevo lucimiento, por cuanto un sinnúmero de hechos y de actos deberán contar con un adecuado o apropiado encu-

dramatismo legal, a través de un marco normativo que asegure fluidez, agilidad y transparencia, evitando desviaciones y malversaciones que menoscaben la confiabilidad en el sistema, pues las frustraciones dan pie al resentimiento que, a su vez, impulsa el negativismo contestatario y enciende la mecha de la repulsa irracional.

Tenemos noticias de que en algunas naciones la visión o percepción anticipada de los efectos del control del déficit y los costos sociales crecientes tornan predecible la pronta insuficiencia de los recursos del Estado, al menos para ciertos destinos; por lo que se multiplican los alicientes para que operen desde la Sociedad los “captadores de fondos”, cuya actividad —el *fundraising*— ayudará a obtenerlos de fuentes que confíen en la fiel aplicación de los mismos a los fines sociales que el Estado por sí solo no puede o no sabe concretar satisfactoriamente (*El País*, 14/I/2007, informe de Manuel Palos con datos de la Asociación Española de *fundraising*). Los países anglosajones van a la cabeza de esta movilización, que supone —obviamente— una sólida mentalización al respecto. Se trata de una nueva función social a cumplir por las entidades intermedias que llevaría a reemplazar la erosionada terminología de “Estado de Bienestar” por la invitación a cooperar en la construcción de una “Sociedad de bienestar”. Y el Derecho, con sus ricas y poliédricas figuras, puede dar su contribución a la certidumbre de los nuevos institutos y a la calculabilidad de los riesgos que —como en toda creación humana— hacen a la atmósfera de “seguridad jurídica” que requieren los participantes.

No es una utopía el propósito de impetrar un mínimum de seguridad jurídica (certeza, certidumbre, previsión, calculabilidad); ni es delirante invocar en el ánimo del pueblo el denominado “sentimiento constitucional” o la también llamada “conciencia” en el valor del Derecho, para dirigir nuestra fuerza imaginativa y la voluntad realizadora por la ruta de acceso o entrada a una nueva configuración de las relaciones entre la Sociedad y el Estado, con la potenciada “participación” de los agrupamientos más próximos a la cooperación social y más distantes de objetivos de disgregación. Repetimos: no es una utopía. *Mutatis mutandi* podemos hacer nuestra la tentadora prognosis que confesara el dramaturgo Alfonso Sastre con este mensaje de levadura: “No se trata de luchar por lo imposible, sino por lo imposibilitado...Lo importante es reducir el campo de lo imposible...” (Reportaje en el diario español *El País*, 19 de enero de 2007). Por todo lo visto, la fotografía o radiografía es nítida: así como en *La rebelión de las masas* Ortega y Gasset visualiza al fenómeno de la “aglomene-

ración” en todos los sitios, como dato testimonial de la “sociedad de masas”; hoy percibimos en la ecografía de la sociedad post-industrial que globalización y comunicación forman parte de una cuadriga que se integra con la velocidad y se completa con la máxima aceleración que registra la historia. El reto de la profesionalidad está presente y es acuciante.

## V.- La igualdad o las igualdades

A) En más o en menos, casi todos los ordenamientos jurídicos se sitúan en su direccionalidad hacia la elevación de los grados de igualdad. En la culta Grecia de los clásicos se concretaron formas y prácticas democráticas, aunque sin la extensión de la igualdad. Muchos siglos después, la joven república norteamericana abjuró de los elementos aristocráticos-nobiliarios provenientes de la Corona que los había cobijado, pero la esclavitud recién fue abolida casi un siglo más tarde. Además de la esclavitud, cuya eliminación fue la proeza del Presidente Abraham Lincoln, cabe tener presente que este gigante de la historia pensaba de la siguiente manera: “No se puede arribar a la prosperidad desalentando la empresa, no se puede reforzar al débil debilitando al más fuerte, no se puede ayudar a quien es pequeño abatiendo al que es grande, no se puede ayudar al pobre destruyendo al rico, no se pueden aumentar los pagos arruinando a los dadores de trabajo, no se puede progresar serenamente dispendiendo más de lo que se gana, no se puede promover la fraternidad humana predicando el odio de clase, no se puede instaurar la seguridad social volcando dinero prestado, no se puede ayudar continuamente a la gente haciendo en su lugar aquello que podrían y deberían hacer por sí mismos”<sup>6</sup>. En nuestra Patria la democratización se prologó con los fundamentos del Decreto de Supresión de Honores que brotó de la inspiración de Mariano Moreno y se prolongó hasta la inclusión del categórico texto del Art. 16 de la Constitución Histórica de

<sup>6</sup> La cita de la frase de Lincoln puede ser traducida –como en este caso– dando inclusión al vocablo “gente”. Bien es sabido que dicha palabra se usa con mucha frecuencia y con las más variadas connotaciones, que, a veces, pueden ser despectivas. No creemos que sea el caso de Lincoln, que, cuando tuvo ocasión de pronunciar su famosa e inmortal frase en Gettysburg, al cabo de la Guerra de Secesión, y honrando a los muertos en esa sangrienta batalla, definió a la Democracia como “el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”, que en su aspiración jamás debería desaparecer de la faz de la Tierra. Es obvio pues, que para Lincoln el sujeto político por antonomasia en una Democracia era, es y será el pueblo.

los argentinos (1853-1860), en un proceso jalonado por las determinaciones igualitarias de la Asamblea General Constituyente de 1813 y las Constituciones Nacionales de 1819 y 1826, aunque ambas no llegaron a tener vigencia.

La “igualdad ante la ley”, como nota esencial de la forma republicana no se limita a la abolición de los estamentos privilegiados o de otras diferencias regias. Se necesita convivir en una cultura de tratamiento humano considerando al semejante en su condición de ser “otro”: es la alteridad, como reconocimiento y respeto del prójimo. Esto explica por qué la igualdad nace más potencialmente como idea que como sentimiento, a la inversa de lo que acontece con la libertad, cuya fuerza impulsiva obedece a resortes naturales en los que la Moral y el Derecho cuidan de su ordenación atendiendo a la preservación de la paz y a la armonía del conjunto de derechos que se asuman en coexistencia y en convivencia.

La igualdad jurídica aparece luego bajo una nueva visión que la considera condición necesaria pero no suficiente: hete aquí el objetivo complementario de acrecentar el derecho de acceso a posibilidades de goce de los derechos y libertades que extiendan –horizontal y verticalmente– la inclusión de mayores conglomerados sociales: es la conocida noción de “igualdad de oportunidades” como respuesta frente a la otra cara de la medalla, que es la denominada “exclusión”. Pero una cosa es procurar más alto grado de oportunidades, para lo cual el derecho social se vale de un abanico de medios, que incluyen las llamadas “acciones positivas” o medidas de protección positiva (Art. 75, inc. 23, Constitución Nacional); y otra cosa muy distinta es pretender inducir por la letra normativa la mágica consagración de una absoluta “igualdad real”, como quedó alegremente estampado en el texto tropical de 1994.

Ya hemos emitido infinidad de opiniones sobre los cambios constitucionales “pactados” en 1993 y consumados en 1994.

Lamentamos que la experiencia ulterior nos haya dado la razón en las reservas que opusimos a ese operativo. Vamos a resumir la radiografía del balance con una finísima ironía –como todas las del mismo autor– proferida por Bernardo Ezequiel Korembliit, que en el presente año ha dicho “que una Constitución, en lugar de una garantía suele ser un peligro, pues en algunos casos era para todos un derecho y para unos cuantos el provecho” (*La Prensa*, 22/II/2007). ¿Pregunto: lo del “provecho” no estará referido a las varias “transacciones” que mediaran para arribar a la sanción de la Constitución de 1994?

Nuestra empatía constitucional debe ser entendida en su acepción de participar afectiva y emotivamente en una realidad ajena, tan ciertamente alejada que tan pronto comprendimos el real sentido y alcance del “pacto”, nuestra reluctancia saltó de lo reactivo a lo opuesto, entendido esto último como oposición y resistencia. Más grande aún fue nuestro asombro cuando visualizamos signos evidentes de intrusismo, lo que alertaba del ejercicio de actividades profesionales por personas no autorizadas para ello (DRAE). Nos sentimos víctimas de un engaño; y ¿quién o quiénes eran los “timadores”? La respuesta final remite –por desgracia– al pueblo todo, que convalidó como Reforma lo que para el principal beneficiario era una charada o algo más que un acertijo: paladear la ilusión de la eternidad en el poder. Pero la perpetuidad siempre depara alguna función; y ese caso no fue una excepción. Y para lo que procuramos el derecho y no el provecho, sufrimos una suerte de “morriña”, o sea, un toque de melancolía y de tristeza, especialmente por la nostalgia del derecho “que se fue” y del derecho “que no fue”: quedó el Derecho “que está” ...pero que no se cumple cabalmente.

En síntesis: no hay que “traslapar”, o sea, cubrir total o parcialmente algo con otra cosa. Al igual que la humanidad, que los continentes, que las naciones, que las ciudades, que las asociaciones y que las personas, el Derecho también tiene su “grela”, o sea, focos de muerte; que a veces no son un dato menor, ni son meras “fruslerías” o cosas de poco valor o entidad, ni dichos o hechos de poca sustancia. A propósito de los avances y de los retrocesos en la lenta aunque meritoria marcha hacia nuevos meridianos en el territorio de la igualdad, viene a cuento la recomendación que legara el Mahatma Gandhi, cuando luminosamente prevenía: “Nuestra recompensa se encuentra en el esfuerzo y no en el resultado. Un esfuerzo total es una victoria completa”. El peor enemigo de la vigencia del Derecho es la indiferencia. ¿Qué esperamos? ¿Por qué no nos impacientamos? Recordemos la *La resistible ascensión de Arturo Ui* (Bertolt Brecht). ¿O estamos con la llegada de “Los idus de Marzo”?<sup>7</sup>. ¿O nos quedamos “patidifusos”, parados de asombro?

<sup>7</sup> En el calendario romano los *idus* de marzo caían en el 15 del mes de *Martius*. Los *idus* eran días de buenos augurios que tenían lugar el día 15 de marzo, mayo, julio y octubre y el día 13 del resto de los meses. La fecha es famosa porque Julio César fue asesinado en los *idus* de marzo del año 44 a.C. Shakespeare en su obra Julio César en 1599 los citaba al escribir la célebre frase: “¡Guárdate de los *idus* de marzo!”.

La cita de Gandhi nos remite una vez más a la leyenda del Rey Midas<sup>8</sup> y a la engañosa y persistente tentativa de crear en el pueblo una sugestión colectiva para que la mayoría suponga inocente o ingenuamente que la mera sanción de una norma nos conducirá súbitamente a una suerte de “paraíso terrenal”. Que la ley y la Constitución abriguen en su seno las expectativas de una mejor futuridad, es una cosa; pero muy otra es que se engañe a la sociedad como hacían los conquistadores ofreciendo la baratija de los famosos “espejitos” de vidrio ante la mirada atónica de los indios, que eran los poseedores del oro. Cuando contabilizamos y monitoreamos las normas jurídicas puestas con rango de “supremas” en la pirámide del Derecho, sentimos la tentación de encasillarlas en el concepto de “mejunje” (que antes se llamaba “menjunje” y en otras partes de América se conocía como “menjurje”), o sea, la referencia a una sustancia líquida o pastosa preparada con la mezcla de varios integrantes: pues de eso se trata, en coincidencia con esta “vida líquida” a que alude el sociólogo Sigmund Bauman en su disección crítica de una sociedad contemporánea en la que todo se licua, hasta los hábitos, las creencias y los valores. De nuestra cosecha podemos agregar que también se tornan acuosas las técnicas jurídicas e, incluso, muchas cláusulas constitucionales; porque la visión que tiene Bauman es válida para todas las situaciones en las que aparecen hoy transmutaciones de solidez, rigidez, invariabilidad o permanencia, en los opuestos de fluidez, levedad, liviandad o liquidez. El autor de la *Modernidad Líquida* (ed. Fondo de Cultura Económica, 2006) pone el acento en la volubilidad que caracteriza a la vida actual, que resume en un regreso a los “hábitos nómades”, por la intolerancia con lo perdurable y la pérdida de distinción entre la cercanía y la lejanía, por un lado, y el reinado absoluto del consumismo, por el otro.

La insistencia de Bauman al rasgo “acuoso” o líquido de todas las manifestaciones de la vida contemporánea se relaciona con los síntomas desleídos de nuestras existencias actuales. Bien lo advierte así Irene Lozano (*ABC*, N° 779, Enero 2007) al rescatar la pertinencia del consejo de Bruce Lee: “Be water, my friend”, válido para un mundo que muta más de prisa de lo que la mente puede asumir; y así se torna inaprensible, imposible de comprender. Lo mismo se decía antes de la sustancia mercurial, que por ser inasible, escapaba –fuera

<sup>8</sup> La leyenda dice que todo lo convertía en oro con sus poderes mágicos. La mitología añade al caso de Midas, el resultado de que no podía comer los alimentos porque a su contacto quedaban transformados en metal, por lo que tuvo que pedir a Dios que lo liberara de su don.

de un recipiente— a cualquier voluntad de tenencia manual en su estado de liquidez. Así son nuestras vidas....; que poco retienen de lo que alguna vez se dio en llamar “solera”, expresión que en la novena acepción del DRAE (sic) alude al carácter tradicional de los usos, costumbres y demás cosas.

No todos los procesos constitucionales se desenvuelven al mismo ritmo ni con la misma velocidad. Hay avances y hay retrocesos; como también se registran asimetrías. Y qué decir de las reformas espasmódicas. Mientras que ex colonias francesas de África, al independizarse adoptaron las más sofisticadas cláusulas de las Constituciones metropolitanas de 1946 y 1958, aunque sin resultados prácticos; en otros Estados embrionarios de ese mismo Continente se han consumado genocidios que causaron la muerte de millones de personas por pertenecer a tribus rivales, o se consuman mutilaciones sexuales (infibulaciones) masivas, amén de múltiples alevosías “contra natura”. ¿Y quién no se acuerda de la triste suerte corrida por las “Constituciones de los Profesores” que con tanto brillo se dictaron entre las dos guerras mundiales (Alemania, Austria, España, Checoslovaquia)?

B) Las tan predicadas medidas “de acción positiva”, que se abrieron camino con auspicios que se inspiraban en los más nobles propósitos, traspasaron en una primera etapa una meseta con empinados relieves de resistencia, aunque se impusieron gracias al espaldarazo brindado por la protección constitucional que apareció en varios textos y que tuvieron efectos vinculantes para su interpretación jurisprudencial. Algunas Cortes avalaron los “cupos” de admisión a favor de estudiantes “de color” en las Universidades, como así también el conocido “busing” que destinaba a los alumnos de diferente origen a ser transportados a establecimientos escolares donde predominaban los de otro signo: todo ello entendido como medidas estimulantes de la igualdad de trato y de oportunidades.

El “cupo femenino”, es decir, por razones de género/sexo se motivó en una política de liquidación del “machismo” en las prácticas electorales y, “a cartón seguido”, para promover la igualación en los demás cuerpos gubernamentales y paulatinamente en todos los poderes del Estado (Ejecutivo y Judicial). El paso siguiente consiste en que esos criterios de cupos o “mínimos” obligatorios se extiendan a los cuerpos colegiados y a los órganos directivos de las asociaciones privadas, empezando por las entidades sindicales para seguir en los clubes y, en un “final a toda orquesta”, arribar a la generalidad de las sociedades civiles y comerciales, las fundaciones, etc. ¿Le llegará también el turno a las iglesias de todas las confesiones religiosas?

Sin embargo, aparecen a los ojos algunos signos marcatorios de un derrotero con altibajos en la puesta a prueba de estas innovaciones. Pese a las penalidades que recaen sobre los partidos políticos que incumplen la regla de paridad, en Francia sólo el 14 % acceden a la condición de parlamentarias (porcentaje holgadamente superado por los países nórdicos, como también por Alemania y España, entre otros), lo que demostraría que el resultado no depende de la varita del rey Midas (*Le Monde*, 28/XI/2006). Los franceses tuvieron que llegar a reformar la Constitución para “salvar” la ley del 6 de junio del año 2000, después que ésta fuera declarada inconstitucional en sentencia del 28 de junio del año previo por el Consejo Constitucional con un doble argumento: 1º) que la paridad impuesta por ley vulnera la integridad de la soberanía que pertenece al pueblo en su conjunto, no siendo divisible en razón de criterio alguno, incluido el de “género”; y 2º) que al incorporar un orden en las listas restringe el derecho de “sufragio pasivo”, o sea, la libertad de los partidos para configurar candidaturas. Al comentar este pronunciamiento del órgano de control constitucional francés, el Profesor Marc Carrillo de la Universidad Pompeu Fabra señala: “...no es seguro que con medidas de cuotas de representación política se haga un gran favor a la mujer frente a la histórica discriminación de la que ha sido y todavía es víctima. Tampoco lo es que una medida pretendientemente antidiscriminatoria no derive en un acto de paternalismo público del que la mujer no es merecedora”.

Hay que reconocer que el tema envuelve una cuestión “opinable”, toda vez que la fuerza argumental que sostiene a las tesis afirmativa o negativa de las medidas de “discriminación inversa” son parejas. A título de ilustración, es contribuyente conocer el pronunciamiento del Consejo Constitucional de Francia (año 2006), recaído en el cuestionamiento de la Ley 2006-340 que preceptuaba una progresiva igualdad de representación de sexos en los órganos directivos de las personas jurídicas de derecho público y privado. En comentario al fallo que declaró la inconstitucionalidad de esas normas, Augusto C. Belluscio reproduce los aspectos arcónticos de esta polémica cuestión; y a ello nos remitimos<sup>9</sup>, juntamente con la opinión del ex.

<sup>9</sup> A. C. Belluscio, “Equiparación de los sexos en los órganos de las personas jurídicas”, en *La Ley*, 2006-C, 1457; dice en lo pertinente:

“En tal sentido, el art. 21 modifica la ley 83-675 relativa a la democratización del sector público, que organiza el gobierno y la administración de los establecimientos industriales y comerciales del Estado, de los que prestan servicios públicos de carácter a la vez administrativo e industrial o comercial sometidos a normas de de-

Decano de nuestra Corte Suprema Nacional, que “en caso de plantearse una situación similar en nuestro país, la solución debería ser la misma” (Belluscio dixit).

---

derecho privado, de las empresas y sociedades nacionales, y de las sociedades de economía mixta y sociedades anónimas en las cuales el Estado o los mencionados establecimientos tengan participación superior a la mitad del capital (art. 1°). Los consejos de administración se integran por representantes del Estado y, en su caso, de los accionistas (art. 5, inc. 1°); por personalidades elegidas por su competencia técnica, científica o tecnológica, o bien por su conocimiento de aspectos regionales, departamentales o locales de las actividades desarrolladas, o bien por su carácter de representantes de los consumidores o de los usuarios (id., inc. 2°); y por representantes electivos de los asalariados (id., inc. 3°). Para los dos primeros casos el art. 21 dispone que no pueda excederse en su integración una representación superior al 80% de cada uno de los sexos y que a partir de cinco años de la promulgación de la ley dicha representación sea igual; y para el tercero que dentro del mismo plazo la elección se realice de listas que respeten la misma proporción de hombres y mujeres existente entre los asalariados electores.

Luego, el art. 22 modifica los arts. L225-17, L. 225-37, L. 225-68 y L. 225-69 del Código de Comercio estableciendo que el consejo de administración y el consejo de vigilancia se han de componer buscando una representación equilibrada de mujeres y hombres, de modo que el número de representantes de un sexo no pueda exceder del 80% y que haya al menos un miembro de cada sexo cuando el número total sea inferior a cinco.

Por decisión n° 2006-533 del 16 de marzo de 2006, el Consejo Constitucional francés consideró inconstitucionales ambas normas.

Su razonamiento, desarrollado en los considerandos 12 a 16 de su pronunciamiento, fue el siguiente:

En lo que concierne al título III, “Acceso de las mujeres a las instancias deliberativas y jurisdiccionales”:

12. Considerando que el artículo 1° de la Declaración de 1789 proclama: “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común”; que el párrafo del Preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946 precisa: “La ley garantiza a la mujer, en todos los campos, derechos iguales a los del hombre”; que en virtud del art. 1° de la Constitución: “Francia...asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, de raza o de religión...”;

13. Considerando que en los términos del artículo 6 de la Declaración de 1789: “...Todos los ciudadanos...son igualmente admisibles en todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”; que el segundo párrafo del artículo 3 de la Constitución dispone que “ninguna parte del pueblo” puede atribuirse el ejercicio de la soberanía nacional;

14. Considerando que, si en términos del quinto párrafo del mismo artículo 3: “la ley favorece el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas”, resulta de los trabajos parlamentarios que este párrafo sólo se aplica a las elecciones y a los mandatos y funciones políticos;

15. Considerando que, si la búsqueda de un acceso equilibrado de las mujeres y de los hombres a las responsabilidades distintas de las funciones políticas electivas no es contraria a las exigencias constitucionales recordadas precedentemente,

## VI.- El “orden público” y la autonomía de la voluntad

Los romanos lanzaron la consigna: *salus populi suprema lex est* (la salud del pueblo es la ley suprema); y a partir de allí la invocación de esa primacía fue puesta al servicio de múltiples causas o propósitos, con el objeto de justificar y convalidar una apreciable variedad de decisiones y de normas que eran sancionadas con el objeto de afrontar y resolver situaciones excepcionales o enfrentar casos rodeados de circunstancias especiales. Puede estimarse que esta supranorma del derecho romano es uno de los antecedentes lejanos de las normativas que a través de los años han conducido a la inquietante frecuencia de la aplicación de un Derecho “emergencial” (Dromi), convirtiendo en habitual la vigencia jurídica prevista para las hipótesis extraordinarias: casos de crisis o estados de necesidad, que superan en gravedad y consecuencias a los meros siniestros o accidentes.

La invocación del carácter de “orden público” que se asigna por el legislador a algunas de las normas que sanciona, registra pues una “hoja de ruta” que denota un recorrido de gran longitud: desde el punto de partida de las leyes de orden público puntual hasta el extremo de las leyes y decretos de emergencias totales y atemporales (permanentes). El alargamiento y frecuencia con que se apela a calificar de “orden público” a más y más preceptos jurídicos de derecho positivo obliga a pensar si no estamos asistiendo a una transmutación de las instituciones en juego, habida cuenta de la ocurrencia literaria de Umberto Eco cuando detecta el hecho de que “de tanto invocar la crisis hemos conseguido hacer entrar en crisis al concepto mismo de crisis” (sic). En la cuestión que consideramos, el proble-

---

no podría, sin desconocerlas, hacer prevalecer la consideración del sexo sobre la de las capacidades y de la utilidad común; que, por lo demás, la Constitución no permite que la composición de los órganos directivos y consultivos de las personas jurídicas de derecho público o privado esté regida por reglas imperativas fundadas sobre el sexo de las personas;

16. Considerando que de ello se sigue que al imponer el respeto de proporciones determinadas entre las mujeres y los hombres en el seno de los consejos de administración y de vigilancia de las sociedades privadas y de las empresas del sector público, en el seno de los comités de empresa, entre los delegados del personal, en las listas de candidatos a los consejos de *prud’hommes* y en los organismos paritarios de la función pública, las disposiciones del título III de la ley son contrarios al principio de igualdad ante la ley; que en consecuencia ha lugar a declararlas contrarias a la Constitución; que lo mismo ocurre con otras disposiciones del título III, en razón de su carácter inseparable de las precedentes”.

ma consiste en una inversión de términos: clásicamente se ha distinguido entre las limitaciones normales y permanentes, a las que los derechos son sometidos por vía de sus normas reglamentarias (ya que no se reconocen derechos “absolutos” pues todos son “relativos”, siempre que las limitaciones a su ejercicio respeten el principio de “razonabilidad” y el de la “inalterabilidad” de sus contenidos sustanciales, Arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional); mientras que –por otro lado– las limitaciones “anormales” (emergencias) eran consideradas “transitorias”, o sea, que su duración cesaba al culminar la crisis causante de la excepcionalidad. La realidad actual indica que lo anormal pasa a convertirse en normal (o a ser tratado como tal) y que lo transitorio se transforma en permanente (o a extender esa vigencia aunque hayan finiquitado los hechos motivantes de la ley especial). El resultado de intervertir los términos es que la novación provoca una seria turbación en las relaciones que el Derecho regula entre los particulares y las relaciones entre éstos y el Estado.

Si los órganos de control de la constitucionalidad no ponen coto a los abusos o no aclaran cuál es el límite al que pueden llegar las limitaciones que se imponen a los derechos y libertados, estaríamos abriendo las válvulas de contención, para caer del plano del “uso” de los poderes extraordinarios al del “abuso”. Y es sano recordar, para no incurrir en desmemoria, que el abuso se denomina “la suma del poder público” y recibe una condena fulminante que previeron los Constituyentes en el Art. 29. Es de alto riesgo desoxigenar la atmósfera de la supralegalidad constitucional de un Estado: mesmerizar el Estado de Derecho y sus reglas vinculantes es “jugar con el fuego” e incinerarse en la misma pira que ya consumió a muchos “aprendices de brujo”. La historia está llena de precedentes; sepamos elegir entre los que acompañaron el pleno respeto a la juricidad. La pendiente de la anomia registra lejanos ejemplos de “mal ejemplo”, o sea, de argucias legales que luego de una tímida práctica original surtieron un progresivo “efecto dominó” hasta culminar con el efecto tragicómico del brujo devorado por el monstruo que él mismo había creado o ideado. ¿No será que así plantamos la semilla germinal –“allá lejos y hace tiempo” (*long ago and far away*)– con la breve pero tan picaresca frase de las autoridades coloniales del Virreinato, que al recibir determinadas instrucciones de la metrópoli, estampaban al pie: “se acata pero no se cumple”? Mi respuesta es que el “berenjenal” o aquelarre con que ha llegado a configurarse nuestro sistema legal tiene hondas raíces que provienen de bases culturales muy difíciles de erradicar.

Coincidimos con Talcott Parsons en que anomia “se ha convertido en uno de los pocos conceptos verdaderamente centrales de la ciencia social contemporánea”. El concepto tiene antigua raigambre (Herodoto, Tucídides, el Antiguo y Nuevo Testamento, Platón, entre otros) y si bien estuvo ausente en los temarios de la Edad Media, luego fue rescatado por William Lambarde para señalar la ausencia de normas o reglas (1635). Pero la real carta de ciudadanía de esta expresión le pertenece a Emile Durkheim a partir de su obra *De la visión del trabajo social* (1893), casi paralelamente con su colega y compatriota francés Jean Marie Guyau (1887) en su estudio *The non religion of the future*. Tiempo después, la sociología lo aproxima a la idea de un “quebrantamiento completo del orden normativo”; aunque para autores como Robert Merton la anomia no implica falta de normas, pues “un grado mínimo de quebrantamiento” no llega a constituir un estado de anomia, si bien distingue grados que van de la “anomia simple” a la “anomia aguda”. Asimismo, los estudiosos del tema advierten que tanto la anomia puede abarcar más a ciertos sectores sociales que a otros, también el fenómeno puede acontecer con relación a usos, a costumbres o a leyes, que entren en estado anómico; llegándose a una situación de “anomia aguda” cuando se toca el punto extremo de la “desintegración del sistema de valores”: ya no se respetan los valores. Todos coinciden en que un nivel elevado de anomia da paso a graves estados de angustia, ya sea individual o social, con notas de frustración, desesperación, desviación de conductas y, finalmente la desorganización social<sup>10</sup>.

No siendo fatalistas, es dable admitir que cabe revertir un largo proceso cuyos costos son elevadísimos si los mensuramos en los términos de la seguridad jurídica y la calidad institucional. Pero sería factible emprender –a la manera de un *new deal*– el camino inverso al del ya agotado proceso devaluatorio de la legalidad, iniciando una práctica de efectivo acotamiento del fácil y frívolo uso del “orden público” como una “marca registrada” que se destina para poner en suspenso el ejercicio de la *autonomía de la voluntad*, libertad protegida por el Art. 1197 del Código Civil y demás normas afines. De esa manera, quedaría reservada la categorización de “orden público” para aquellas materias, temas y cuestiones atinentes a la regulación de las relaciones que por su trascendencia moral y social deben tener

<sup>10</sup> Véase “El concepto de anomia: una visión en nuestro país”, discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, de la Prof. Hilda Eva Chamorro Greca del Prado, en *Anales*, Córdoba, 2005, pág. 75 y sigts.

carácter imperativo, o sea, *indisponibles* para la sola voluntad de las partes. Los *issues* tradicionales y consabidos que se han sometido al régimen vinculante del orden público nunca fueron discutidos (delitos penales, capacidad de las personas, seguridad social, etc.); pero la controversia aumenta en forma directamente proporcional a la sumatoria de una cantidad de nuevos contenidos hasta colmar “a la enésima potencia” la más febril de las imaginaciones. Con ese ritmo de “engorde” acelerado de la sanción de “leyes de orden público”, la excepción se ha convertido en regla y, en manifiesta contradicción con la filosofía que la inspira, resulta que el libre juego de la “autonomía de la voluntad” ha pasado a ser una excepción que con bastante frecuencia no solamente lesiona la libertad contractual sino que avanza en perjuicio de derechos adquiridos y hasta la negación misma del efecto de sentencias “pasadas en autoridad de la cosa juzgada”.

No es un dato menor que la asignación del carácter de “orden público” se ha vulgarizado tanto que, paradójicamente, ha devaluado la fuerza preeminente que en su acepción tradicional contribuía a asegurar el sometimiento de intereses sectoriales a los intereses generales, o sea, la precedencia del bien común –muy generalmente titularizado por la mayoría del pueblo– sobre privilegios faccionales o de grupos de presión o de tensión que son minoritarios, pero que así obtienen beneficios especiales que son repugnantes no sólo con la “igualdad ante la ley” sino también –a la postre– resultan una burla a la posibilidad de concretar “igualdad de oportunidades”.

En síntesis, ante el cuadro de situación que en la actualidad ofrece la comparación entre el ex ramillete de normas de orden público que formaban parte del repertorio legislativo y el bosque frondoso y enmarañado de una plétora de disposiciones “imperativas” e “indisponibles” que hoy encontramos por doquier, se pueden anotar ciertas conclusiones:

1º) Que si se quiere evitar el desgaste del concepto o noción de “normas de orden público”, es menester evitar el uso dispendioso de una calificación reservada para la preservación de un interés social superior, que al aplicarla ocasiona un angostamiento de la órbita de la autonomía de la voluntad; a tal extremo que si todo el espacio llega a ser ocupado por la imperatividad, pues entonces desaparecería esa categoría: ya nada merecería tal adjetivación pues no habría diferenciaciones al respecto. Con otras palabras: si todo es de orden público, nada es de orden público, ya que todo sería pasible de un mismo rango normativo. En un caso así, las libertades y los derechos

equivaldrían a meras “permisiones” o habilitaciones concedidas graciosamente por el detentador del poder. Algo así figuraba en los diccionarios soviéticos con la palabra *svoboda*, que equivale a “libertad” en las lenguas eslavas.

2º) La utilización demagógica de ciertos términos con el fin de “rankear” (de *ranking*) más ventajosamente la imposición de contenidos jurídicos, es una herramienta legislativa que puede ser inducida, seduciendo al legislador para volcar su voluntad en la sanción de normas que, desprevenida e inadvertidamente, surtan los efectos buscados en pro de una parcialidad muy interesada en ellos y en perjuicio o menoscabo de lo que resultaría más beneficioso para la generalidad o universalidad. Dicho de otra manera: la vigorización jurídica que aporta la nota “de orden público” en la taxonomía de las normas puede ser –en algunos casos– el objetivo perseguido a través de la maquinación de un “lobby” para poder por ese medio influente alcanzar un triunfo en la competencia entre agentes que representan intereses contrapuestos.

3º) Hace más que medio siglo que el reputado iusprivatista francés Ripert sentenció con tono resignado: “todo deviene derecho público”; y lo expresaba en alusión al avance de las regulaciones y de las intervenciones estatales, en una atmósfera que estaba impregnada de la doble desesperación derivada de las dos guerras mundiales y “la gran depresión” intermedia (años treinta). Su estado de ánimo no podía convertirse de ninguna manera en una deserción o una capitulación, toda vez que las restricciones a la libre contratación no podían ni debían confluír en la extinción de un Derecho cuyo origen y fin es la custodia de la Libertad y de los derechos subjetivos en situación de disponibilidad.

En la hoy vetusta polémica doctrinaria en torno a si el objeto de estudio del Derecho Político es el Estado o es el Poder, nos identificamos con los doctrinarios que, superando esa limitada opción, reconocen que el sustratum consiste en el atributo fundamental del hombre, o sea, su libertad para realizarse, por lo que tanto el Derecho, el Poder y el Estado son creaciones humanas al servicio de sus valores y no para su opresión<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> En torno a la noción de “orden público” a la luz de las normas constitucionales y de la legislación infra-constitucional, puede verse: J. R. Vanossi, en *Teoría Constitucional*, Ed. Depalma, t. II, pág. 21 y sigts., 2ª edición, Buenos Aires, año 2000. Para la clasificación de las normas constitucionales, véase el cuadro sinóptico, en pág. 11.

Algún autor comentó –ante la pregunta de un alumno que no alcanzaba a com-

## VII.- La seguridad y las seguridades

En su *Manual de Derecho Constitucional* (Kapeluz, Buenos Aires, 1956) destacaba Carlos Sánchez Viamonte que “para la manifes-

---

prender la noción de “normas de orden público”– que se trata de un “minimun jurídico indisponible e inderogable por las partes” (sic).

En *Obra Legislativa*, J. R. Vanossi, año 1991-2, tomo IV; véase: Proyecto de Ley “Restitución del derogado artículo 5° del Código Civil”.

Artículo 1°- Restitúyese el artículo 5° del Código Civil, derogado por la ley 17.711, y cuya redacción es la siguiente:

“Artículo 5°: Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público”.

Artículo 2°- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

### FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

Este proyecto se origina en lo que entendemos constituye una necesidad: restituir la regla en torno a la retroactividad de las leyes de orden público. Necesidad que, por otra parte, ha sido reconocida de manera indubitable por la más autorizada doctrina y por la jurisprudencia posteriores a su derogación, ocurrida en 1968 por la ley 17.711, de reforma del Código Civil argentino.

En efecto, Jorge J. Llambías en su *Estudio de la Reforma del Código Civil*, haciendo referencia a la cuestión, estima que a su criterio resulta “inconveniente” la derogación del artículo 5°, en razón de que considera que “como simple directiva para el intérprete, parece adecuado el criterio de la aplicación retroactiva de una ley de orden público, aunque el legislador haya omitido esa indicación. De otro modo –continúa el prestigioso jurisconsulto– subsistirían dos regímenes en vigor, el antiguo y el nuevo, pese a que este último encara una materia nutrida por valores eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales está ligada la digna subsistencia de la sociedad. No se justifica la perduración del régimen anterior si contradice principios de orden público, salvo que por alguna razón especial el legislador hubiese declarado la irretroactividad de la ley de orden público. Por otra parte, nunca podría retroobrar una ley de orden público, aunque así lo determinara explícitamente el legislador en desmedro de un derecho garantizado por la Constitución Nacional. Esto queda aclarado, acertada aunque no indispensablemente, por el nuevo artículo 3°. Pues, desde luego, en toda colisión entre una ley retroactiva y una norma constitucional, ésta tiene que prevalecer” (J. J. Llambías, “Estudio...”, página 15, *Jurisprudencia Argentina*, 1969). Asimismo, es de destacar que en el mismo sentido, en cuanto al principio sentado en el artículo 5°, se pronuncian: J. O. Machado, *Comentario*, tomo I, página 18; B. Llerena, *Concordancias y Comentarios*, tomo I, página 37; Salvat-López Olaciregui, *Parte General*, tomo I, N° 304 y 306-A, ap. IX, páginas 307/308; H. Lafaille, *Apuntes de clase tomados por Busso y Morixe*, tomo I, página 27; E. Busso, *Código Civil Anotado*, tomo I, artículo 5°, página 42, N° 1; Cordeiro Álvarez, *Parte General –Obligaciones–*, páginas 45/46, N° 13; R. Etcheverry Boneo, *Parte General*, tomo I, N°194, página 186; J. S. Areco, *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*, N° 80, páginas 128/129.

Para mayor abundamiento, nos parece importante agregar la opinión de Be-

tación de la personalidad y para su pleno desarrollo se necesitan un conjunto de condiciones que consagren su inviolabilidad. A este conjunto de condiciones se le llama seguridad, y corresponden a una cualidad esencial de la personalidad humana: la dignidad” (pág. 127).

El léxico de las “crucefixiones” se desborda de acusaciones y de jactancias sobre la ausencia o presencia de ciertos niveles de la seguridad, que es la *conditio sine qua non* de la real y efectiva vigencia de un Estado de Derecho. No todo Estado “formal” de Derecho es tal si no cuenta con datos mensurables de un Estado “material” de Derecho, por la razón de que las autocracias y hasta los totalitarismos pueden engañar o cautivar con la nota de su perduración, cuando ésta –en rigor– se halla sometida al vaivén del circunstancial

---

lluscio y Zannoni, quienes haciendo alusión al artículo 5° sostienen que “el codificador sancionó una importante limitación al principio de irretroactividad, en cuya virtud la retroactividad de las leyes de orden público era la regla, y debía por lo tanto considerarse implícita en el texto legal”. Luego destacan que la derogación fue criticada en su momento por la doctrina. Por último, recuerdan que “pese al texto legal, los tribunales han mantenido el sistema de Vélez, declarando que existe el principio general de que ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos, en contra de una ley de orden público” (CNCiv., Sala D, 31-7-73, *E.D.*, 52-234. Conf. C. Fed. Rosario, 19-11-74, *L.L.*, 1975-C-512 (32.701). Y, también, “aunque el artículo 5° ha sido derogado por la ley 17.711, ello no significa que el principio que él receiptó haya desaparecido de nuestro derecho. Se trata de una norma jurídica tradicional que informa diversas disposiciones del mismo Código, entre las cuales puede destacarse el artículo 21, que no ha sido afectado por la reforma” (SC. Mendoza, 30-8-73, *J.A.*, “Reseñas”, 1974, N° 52, página 672) (Belluscio-Zanoni, *Código Civil –Comentado, Anotado y Concordado–*, tomo I, página 22, Astrea, 1979).

Por nuestra parte, en el tomo II de nuestra *Teoría Constitucional* dedicamos un capítulo titulado “La Constitución como norma de orden público”, para profundizar, justamente, en todo lo atinente a la noción liminar de orden público. Allí, luego de hacer un análisis pormenorizado de la evolución histórica del concepto, concluimos que “si el derecho es el regulamiento coactivo de la conducta humana, y ese mismo ordenamiento permite, en determinadas circunstancias, que ciertos órganos descentralizados –los seres humanos sujetos a sus normas– tengan la posibilidad de crear su propio derecho, o sea, de regular su propia conducta mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad; entonces, cuando el mismo derecho excluye esa posibilidad e impone sus formas y contenidos con carácter de indisponibilidad e imperatividad, aparece la noción de ‘orden público’ con todo su vigor conceptual” (J. R. Vanossi, *Teoría...*, página 49, Depalma, 1976).

Por todo lo expuesto, señor presidente, es que entendemos que debe jerarquizarse el orden público como criterio rector de nuestro sistema jurídico y que por lo tanto debe repararse toda situación, que como la aquí analizada, importa una suerte de regresión en la materia, tal como lo han señalado de manera por demás categórica la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país, debiéndose en consecuencia sancionarse el presente proyecto de mi autoría.

*Jorge Reinaldo Vanossi*

detentador del poder. Por ello, errónea es la creencia de que loada sea la seguridad que se apoya en la mera coerción del poder, cuando la simple exhibición cohibitoria no puede sostenerse en ausencia de consentimiento social con garantías de asegurar reglas jurídicas legítimas, estables, claras, perdurables y garantizadas en su cumplimiento por el libre ejercicio de los órganos de control independientes.

La concentración del poder es apariencia óptica pero no es garantía concreta de limitaciones que impidan el abuso o la desviación (*detournement*) del poder. Motivos por los cuales la “seguridad” es un dato polifacético y comprensivo de elementos tan mutua y recíprocamente inter-dependientes como el establecimiento –exigible por la ciudadanía– de una organización del poder que naciendo de la preservación de la “seguridad personal” o individual, se prolongue en el firme mantenimiento de la “seguridad jurídica” (reglas de calculabilidad, de predictibilidad, previsión y sanciones), más el reaseguro de un componente indeclinable en favor de la cobertura de las necesidades mínimas de las sociedades que requieren movilidad ascendente y que recibe el nombre de “seguridad social”.

Así y todo, si bien es cierto que el reconocimiento de la seguridad en general responde a la sumatoria de datos objetivos, no es menos cierto que en cuanto a la confiabilidad y a la credibilidad de un standard razonable y aceptable de “seguridad jurídica” –indispensable para crecer en los terrenos de la inversión (interna o externa)–, de la ocupación, de la asunción del riesgo emprendedor, de las garantías protectoras y de la reparación de los despojos confiscatorios, todo ello se presenta a juicio y ponderación de la sociedad (y no sólo de los “calificadores” de riesgos) como la percepción de una “sensación térmica” de fuerte influjo decisivo.

Sólo un país “desnortado”, sin brújula que lo oriente en el camino del afianzamiento de esas condiciones y recaudos, puede creer viable o divertida la burla en el derecho objetivo y el pisoteo prolongado de los derechos subjetivos, más allá de las limitaciones anormales y transitorias que puedan justificar las emergencias nacidas de una crisis y que deben cesar tan pronto se supere la necesidad de una excepcionalidad que jamás puede extenderse con la amplitud de regla permanente.

El derecho no es una estructura de convalidación complaciente de “super-poderes” que trastocan de quicio la regularidad de los derechos y garantías. Es cierto que “a grandes males deben corresponder grandes remedios”, pero cuando los avatares del siniestro –ya sea político, económico o social– vuelven a recuperar las tonalidades,

variaciones y amplitudes afines con la normalidad, los órganos de control deben ejercer un *pouvoir d'empêcher* frente a la vesania de quienes se creen iluminados para gobernar de *legibus solutus* sin percibir que además del daño inmediato y el retraimiento de la libre acción humana creadora habrán de inyectar un soporífero desmoche que causará la pérdida de frecuencia hasta llegar a la fase de la anemia de las fuerzas que impulsan el desarrollo social. La remembranza de experiencias habidas en diversas partes del globo nos lleva al convencimiento de que quienes así actúan –tan “despreparada” o incapacitadamente para esas funciones– no consiguen otra cosa que lo opuesto a una proclamada mejora de la “inclusión”, pues como consecuencia inevitable, ante la detracción productiva habrán de multiplicarse los índices de “exclusión”.

Cuadro macabro. Aguja punzante. Son trazos patéticos de “adonismo” (por Adán) que –aún sin tomar conciencia de ello– actúan a la manera de querer o pretender empezar todo de nuevo. Son espíritus (¿?) que habitan en la mansarda o buhardilla de los trastos viejos y gastados, fijados en recetas cuya obsolescencia indica el signo del fracaso. La psiquiatría los califica como enfermos de “parafrenia”, por cuanto residen en un pasado lejano (la niñez, la adolescencia, la juventud, la pubertad o la “estudiantina”) que producen el doble efecto de: a) impedir la apreciación correcta de la situación real, para actuar en consonancia con los cambios necesarios; y b) cegarse ante el desafío de una “futuridad” que reclama adaptarse y adecuarse a una “globalización” que –guste o no guste– está presente e impone imaginación y valor para precaverse de sus ansias dominantes sin renunciar a la aparcería en sus beneficios. Pero a veces nos topamos en el camino con extravíos que hasta las aves voladoras rehuyen, aunque como observaba Franz Kafka, “siempre hay un pájaro que voló hacia su jaula”. ¿Habrán pensado en los argentinos?

La tragedia de Somalia, en el llamado “cuerno de África”, que lleva muchos años de matanzas, invasiones exteriores, guerras civiles, contra-invasiones, choques tribales, enfrentamientos raciales y religiosos, luchas de tribus y clanes, más otras desgracias como el hambre, la pobreza y las pestes; son éstos algunos de los datos elocuentes que permiten dudar de la existencia misma del Estado. En efecto, Somalia (que no es el único caso) sufre desde 1991 una sangría interna que ha destruido cualquier forma de organización estatal. Afirman los *reporters* que cubren con informaciones procedentes de ese cuadro dantesco, que el “*Kaláshnikov*” (por la legendaria arma de origen ruso) es la única autoridad real de Somalia (sic); transcribién-

dose la penosa confesión de un nativo: “Nunca he visto un Gobierno en mi vida, sólo he visto jóvenes con armas y mucha destrucción” (*El País*, 20/1/2007). Podríamos –desde nuestra óptica– resumir esta vista lacerante y verista del vacío existencial del Estado, que los pobladores que allí sobreviven sueñan con un Estado; y, en tanto, imaginan lo que podría ser y hacer un Estado; pero no lo tienen. Sin Estado, sin Derecho, sin dignidad humana, el “todo contra todos”; el sentirse cada ser como algo igual o inferior a un rejuntemiento de chabisque, es decir, de lodo y fango. Son gente y no personas (pues no se sienten en tal condición), que si sobreviven, transitan el tiempo matando a otro o huyendo de otros; y si algún respiro tienen, podrán tunar (andar vagando en holgazanerías) o tuneando (de tunear, o sea, procediendo como pícaros). ¡Triste destino de quienes siendo también criaturas de Dios, difícil resulta considerarlos nuestros semejantes!

Si Han Kelsen identificó Estado y Derecho, al punto de que su concepto de la estatalidad equivale a la de una personificación metafórica del orden jurídico total; entonces, bien podría sostenerse que en ciertas partes del globo –como el ejemplo somalí– tampoco existe el Derecho, ya que como sustituto de una ordenación basada en la legitimidad y la legalidad, lo que impera es “un no sé qué” (como diría Françoise Sagan) cuyos “*dictum*” emanan de la boca de disparo de las Kaláshnikov. ¿Cómo se va a mentar un “orden justo”, si ni siquiera rige un mínimo de “orden”? ¿Cómo se va a referenciar un Estado si no está vigente el monopolio de la coerción legítima y de la represión legal en manos de los poderes públicos, que son virtuales o inexistentes? ¿Cómo se van a predicar los elementos del Estado, si al decir de Jellinek no tiene gravitación “tan siquiera un umbral de ética”? La conclusión huelga: allí no hay Estado ni Derecho, en pleno siglo XXI.

Cuando el maestro de Viena examina el rol de la interpretación de las normas, por más generosas que sean las amplitudes y extensiones admitidas por sus discípulos, es evidente que al reconocer Kelsen que en la hermenéutica de los textos legales existe o hay cabida para “un marco abierto de posibilidades”, tal afirmación conduce a un par de señalizaciones, a saber:

1º) Que en todo acto interpretativo está presente el conocimiento y la voluntad que en ello vuelca la autoridad de aplicación que la lleva a cabo (p. ej., el legislador ordinario con respecto a la Constitución, el ejecutivo con relación a las leyes, los jueces en cuanto a todas las normas que invocan para fundar sentencias; y así sucesivamen-

te). Los métodos de interpretación empleados en la exégesis de las normas jurídicas son múltiples y complementarios (p. ej., el literal, el finalista o teleológico –ver *Fallos* 307:1018–, el integrador, etc.); y es admisible que cuando se trata de las “leyes supremas”, cuanto mayor es su jerarquía con mayor frecuencia se confluya en la tarea con lecturas de significado distinto según se haya adoptado un método de interpretación “estática” u otro de interpretación “dinámica” (p.ej., con el texto de la Constitución Nacional). Así se puede llegar a resultados diferentes, ya que con el primero –el método estático– la norma es entendida “históricamente”, con el tope de los alcances previstos o contemplados al tiempo de su incorporación por el Constituyente, mientras que aplicando el segundo –el método dinámico– las normas sub examine se desprenden de la voluntad presunta o explícita de su autor (el poder constituyente) y, al emanciparse como una suerte de rotura de su cordón umbilical, pasa a ser interpretada y aplicada a tenor de los valores que se estiman preeminentes contemporáneamente; y, en muchos casos, ello contribuye a prolongar en el tiempo la vigencia de normas sin necesidad de acudir a su reforma o cambio.

2º) Que al reiterar Kelsen su dibujo o figura de la interpretación de las normas como “un marco abierto de posibilidades”, tanto en la *Teoría pura del Derecho* cuanto en su *Teoría General del Derecho y del Estado*, no ha abierto las compuertas para un jolgorio o relaje de la interpretación normativa; ya que si bien incluye en su conceptualización el término “abierto” –que denota amplitud– también lo une al sustantivo “marco”, el cual juega como una circunscripción: hay límites; o sea, una laxitud limitada. Un marco puede ser cuadrado, triangular, rectangular, ovalado y hasta incompleto en su perfil geométrico; pero no deja de ser un marco, o sea una figura que asociamos a la idea de un cartabón o de un cerco que rodea, ciñe o guarnece; con lo que queda entendido que se supone la presencia de “límites” que encuadran a una cuestión o a un contenido (DRAE).

¿Qué queremos sostener con esto? Que si bien el Derecho regula su propia creación (Kelsen *dixit*), los límites están dados por la escala axiológica que el propio Constituyente incorpora a su obra, no siendo la habilitación que reciben los órganos de aplicación una potestad ilimitada (*de legibus solutus*). No se pueden traspasar los parámetros, por ejemplo, invirtiendo los términos de esa escala de valores. Si así ocurre, se está en presencia de la violación del plexo jurídico de base o, en el caso de las normas más individualizadas, ante la comisión de prevaricatos. En conclusión, el Derecho regula su propia creación, pero también el Derecho custodia su legitimidad

(que según Max Weber, es la creencia en una cierta legalidad). Por cierto que siempre quedará pendiente el interrogante acerca de “quién custodia al custodio” (*Quis custodiet ipsos custodes*<sup>12</sup>); y la respuesta deja traslucir un suspenso: la Sociedad.

### VIII.- Conclusiones acerca de la “seguridad jurídica”

1) La seguridad es la *atmósfera* en la que se desenvuelve el Derecho. El concepto de seguridad es incluyente de “todos” y de “todo”, a partir del *prius* de la dignidad de la persona; por lo cual ampara a víctimas y a victimarios, a tal punto que el Art. 18 de la Constitución Nacional, al referirse a las cárceles, señala que las mismas serán “para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas” (1853). Resulta incomprensible la orientación denominada “abolicionista”, que predicen algunos cultores del derecho penal, cuyo progresismo contradice el garantismo que todo el conjunto de la Sociedad necesita y merece, comenzando por el valor de la seguridad. Un adalid de esa vertiente, el profesor holandés Louk Hulsman disertó sobre “Sistema Penal y Abolicionismo” en la Facultad de Derecho de la UBA el 27/XI/2006, en cuya oportunidad esgrimió el sofisma de que el abolicionismo apunta a la justicia penal pero no comprende la supresión del derecho penal; aclarando que la primera (la justicia penal, que calificó de “tradicional”) ha buscado sus soluciones “siempre burocráticamente y negativamente”. Añadió que esa justicia “no otorga ningún beneficio a las víctimas”; y que, el derecho civil, en cambio, ha logrado avanzar poniendo el énfasis “no en la culpabilidad del autor sino en la indemnización de la víctima”; y a pesar de su distinción inicial, arremetió contra el derecho penal afirmando que “se ha quedado en el nivel de la teología moral” (sic). Asimismo, intentó distinguir entre un abolicionismo emparentado con el “movimiento social” (antirracismo, feminismo, etc.) y otra vertiente a la que llamó “abolicionismo académico”, cuyo sentido estricto es “que la justicia penal no es legítima” (sic); pero a renglón seguido distinguió en este caso un rostro “conservador” y otro “crítico”, adjudicando al primero

<sup>12</sup> Frase latina del poeta romano Juvenal, diversamente traducida como “¿Quién vigila al vigilante?”, “¿Quién hace centinela al centinela?”, “¿Quién vigilará a los vigilantes de ellos mismos?”, y similares. El problema esencial fue primeramente expuesto por Platón en *República*, la sociedad perfecta descrita por Sócrates. La pregunta es dirigida a Sócrates: ¿quién vigilará a los vigilantes? o, ¿quién nos protegerá de los que protegen?

(el conservador) la formación que se imparte en los claustros universitarios y el lenguaje de los profesionales; y remató su argumentación exhortando a los estudiantes a “desafiar las instituciones existentes” y a “trascender los patrones tradicionales” con miras a avizorar “nuevas y originales vías de solución de los problemas sociales y de ejercicio de la defensa penal” (sic). Su única propuesta fue “utilizar un nuevo lenguaje” para “empezar a pensar a la ciudadanía” –y no al Estado– “como destinatario del servicio profesional y de intentar solucionar las conductas ilícitas de una manera *positiva e integradora*” (sic)<sup>13</sup>.

Queda en mi modesto entendimiento la convicción de que las ideas expuestas por el Profesor de la Universidad Erasmus de Róterdam no contribuyen a preservar el valor de la “seguridad”.

2) La seguridad jurídica es un componente insoslayable del “Estado de Derecho”, sustancialmente considerado (y no meramente formal).

3) La “calculabilidad” como regla de previsión –especialmente en materias de tributación y de penalidades– es el motor de la acción humana.

4) El apego y respeto a las “instituciones” es indicativo de la alta o baja calidad de vida institucional de la que goza una sociedad.

5) Si lo más “previsible” es la perspectiva de una persistente incertidumbre institucional y una escasa certeza jurídica, la consecuencia es rotunda: ausencia o insuficiencia de “seguridad”.

6) No puede defenderse como válido el supuesto de un régimen autoritario que garantice la seguridad jurídica, pues aún en la hipótesis de una momentánea vigencia de ella, no pasaría de una ficción, siendo de alta peligrosidad ya que al cabo del tiempo y no habiendo *límites*, se entraría súbita o paulatinamente en el reinado de la *discrecionalidad* del poder.

7) Las raíces del problema de la inseguridad jurídica y los horizontes de una rehabilitación de la auténtica juridicidad en un Estado de Derecho, tienen una base común: *cultural*.

8) La dificultad radica en que el “mito de Sísifo” (Albert Camus) es la nota descollante en el comportamiento de sociedades como la argentina: la piedra no solamente se cae repetidamente, sino que con la fenomenología de un síndrome, tropezamos hasta diez veces con ella, sin rectificar el rumbo a tiempo.

<sup>13</sup> Conf., “Derecho al Día”, Boletín de la Facultad de Derecho (UBA), N° 100, 28/XII/06, pág. 8.

9) No se nota gran empeño en mejorar la calidad institucional. Se persiste en hacer “chapuzas”, o sea, realizar actos o efectuar hechos “sin arte ni esmero”, toscos e imperfectos, que no fortalecen el Estado de Derecho. Como paradoja, acontece que al mismo tiempo se observa entre los líderes de opinión una creciente preocupación por el problema: una encuesta de Poliarquía Consultores (*Clarín*, 27/1/07) muestra que la exigencia de una mayor calidad institucional aparece a la cabeza con 47 %, por encima de *issues* como la cuestión social (34), la seguridad física (26) y la falta de un proyecto de país (18). Llama la atención que a pesar de esa inquietud de una sociedad que demanda mayor “calidad institucional”, el Presidente de la Nación se haya expresado con mofa y desdén acerca de ese recaudo del Estado de Derecho, en su discurso de apertura de las sesiones ordinarias del Congreso Nacional, el 1° de marzo del corriente año, sin darse cuenta que con ello incurre en burla y escarnio hacia la ciudadanía (fueron palabras infortunadas, reiteradas a lo largo del discurso, propenso a la zafia).

10) Queda la impresión de que para los detentadores del poder –en numerosas naciones estancadas– la vigencia de la juridicidad está relegada por los ansiosos impulsos del oportunismo y de un mal entendido pragmatismo. Se considera al Derecho como un suburbio; y a las normas legales a respetar y cumplir, como si fueran “chabolas”, es decir, chozas o ranchos de muy pobre construcción y de escasas proporciones, con pobladores condenados a vegetar marginalmente.

11) Si cupiera formular un símil o comparación para “dar idea viva y eficaz a una de ellas”, en el tema de la estrecha relación bidireccional que existe entre la seguridad jurídica y el Estado de Derecho, me atrevería a acudir a la expresión “*sincopado*”. En efecto, si por síncope se conoce una figura de dicción que consiste en la supresión de uno o más sonidos dentro de un vocablo (DRAE), pues entonces la seguridad jurídica es al Estado de Derecho lo que musicalmente acontece entre el ritmo y la síncope: mientras que el ritmo es un orden acompasado en la sucesión o acaecimiento de las cosas, con una proporción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente (DRAE), o sea, el mismo rasgo que caracteriza al Estado de Derecho; en cambio, nuestra crónica inseguridad jurídica sorprende cual si fuera una nota sincopada que “toma un movimiento contrario al orden natural, es decir, que va a contratiempo” (DRAE).

12) Por último, sería reconfortante que un día nos anoticiáramos que hemos decidido cambiar el rumbo, tomando en cuenta el aviso

dado por el más alto Tribunal, hace menos de una década, cuando expresó: “Que resulta pertinente recordar que la jurisprudencia de esta Corte ha establecido la necesidad de que los particulares conozcan de antemano las ‘reglas claras de juego’ a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica (Fallos 311:2082, Consid. 7º in fine), y destacó la ‘especial prudencia’ que debe presidir la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios (Fallos 308:552)”<sup>14</sup>. Convendría que todos los gobernantes siguieran estos lineamientos, pues resulta obvio que las “reglas claras de juego” y la “especial prudencia” en sus cambios, hacen al valor de la seguridad jurídica.

Todo lo antedicho adquiere significación tangible y perceptible para el pueblo de cada nación, siempre y cuando la mentada “seguridad jurídica” sirva como rampa de lanzamiento para la movilización de las fuerzas y energías sociales que en goce del cuadro de garantías asegurado se orienten hacia la libertad creadora, en el más amplio sentido de la expresión. Existe una estrecha correlación e interdependencia de todos los factores actuantes, a tal punto que la carencia o insuficiencia de alguno de ellos derivará a la mutilación de los demás engranajes que componen la compleja pieza del sistema socio-económico. Ya señalaba Leandro N. Alem (*circa* 1890) que no puede concebirse una buena economía sin el acompañamiento de una sana política institucional. Así, observamos a más de un siglo después, que los términos se relativizan entre sí: de poco vale la productividad (consecuencia de la seguridad jurídica) si no está asegurada la competitividad (resultado de un marco regulatorio antimonopólico); si no aumenta la productividad (que tiene que contar con garantías para las inversiones de riesgo) de qué vale entonces la competitividad; de qué vale el juego del mercado si no hay suficientes consumidores y usuarios; de qué vale el régimen de premios y castigos (como estímulo para toda actividad, material o intelectual) si los derechos son declaraciones y las expectativas son ilusiones; de qué valen los bienes y servicios si se confisca tributariamente el poder de compra, retaceándose de esa forma la posibilidad de acceso; etcétera, etc. Muchos más interrogantes quedan flotando en la confusa atmósfera de la movilidad social ascendente-descendente que muestran las experiencias de un mundo globalizado. El *derecho a la búsqueda de la felicidad* que incluyera Thomas Jefferson en la Declaración de la

<sup>14</sup> *Orbiter dictum* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “I.B.M Argentina S.A c/ Administración Nacional de Aduanas”, sentencia del 7/V/1998, publicada en *La Ley*, 1998-D, 695.

Independencia está demasiado opacado por manchas de insatisfacción (recomendamos la lectura de la obra de Lord Richard Layard, *La felicidad: lecciones de una nueva ciencia*; es para meditar).

## **IX.- Dos claves del derecho: la tributación y la penalización**

A) Cada vez con más frecuencia los textos de las normas supremas de la pirámide jurídica sufren frondosos abultamientos, no sólo por las promesas que anuncian programáticamente, sino también sirviendo de cortina de humo para distraer la atención con respecto al injerto de institutos de excepción o simples pautas de interpretación que puestas en manos de las autoridades de aplicación conducen a la quiebra de muchos principios que a los largo de la Historia fueron gestando o contribuyendo a acorazar los Derechos del Hombre. Ese blindaje, que se inició para el Derecho de la cultura greco-romana con un apreciable bagaje de reglas que recogió y explayó la civilización judeo-cristiana, fueron el fermento de algunas “conquistas” –por así denominarlas– precursoras de la era constitucional. De dos de ellas, estrechamente relacionadas con las libertades personales, observamos un descaecimiento que va agravándose por la fuerza inercial de una pendiente y el impulso de una “ley de gravedad” que responde a los procesos de “desconstitucionalización” (tal como los ha identificado el maestro Segundo V. Linares Quintana con muy apropiada denominación), cuyo auge debe ser motivo de algo más que una preocupación: debe generar una acción reparadora.

Uno de ellos es el que indica la base de toda imposición tributaria: la *ley* como presupuesto del ejercicio de la potestad fiscal, a partir del *Tallagio non concedendo* de la Inglaterra de 1306, por el que incumbe a los representantes y no al Rey el establecimiento de los gravámenes y de las cargas públicas: “*no taxation without representation*”. Ese recaudo fundamental fue luego complementado por un acto del Parlamento inglés, en 1628, que promovieron los Comunes para establecer que era una prerrogativa de esa Cámara el ejercer la iniciativa en la sanción de las leyes destinadas a la formación del Tesoro. Pues bien: ese postulado básico –que es inherente a la soberanía del pueblo, habida cuenta que los contribuyentes son ellos mismos y, por ende, únicamente sus representantes pueden otorgar el consentimiento– fue una de las razones motivantes de la revuelta de Boston que desató el movimiento para la Independencia de las colonias británicas de América en 1776. Pero ese mismo principio

axial del régimen representativo es impúdicamente violentado no ya por los regímenes “de facto” que actúan sin Congreso legislativo, sino por gobiernos “de jure” que se jactan de su origen consensual<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> El 13 de agosto de 1993 presentamos en la H. Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de Resolución (D-2525/93) con el objeto de repudiar la usurpación de atribuciones fiscales indelegables del Congreso Nacional (arts. 4, 17, 44, 67 incs. 1º y 2º de la C.N.) instrumentada mediante decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1684/93 (B.O. 17/8/1993); e invitando al H. Senado de la Nación a que se pronunciara en idéntico sentido. En dicha oportunidad fundamentamos el pedimento en las siguientes razones y antecedentes:

El artículo 4º de la C. N. dispone que entre los recursos que integran el tesoro nacional se encuentran “las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General”. En igual sentido, el art. 17 de la C. N. establece: ...“Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4º...”. Por el art. 67 inc. 1º el Congreso tiene atribuciones para establecer los derechos de importación y exportación, y por el inciso 2º de dicha norma puede imponer contribuciones directas por tiempo determinado y proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, la seguridad común y bienestar general del Estado lo exijan.

Queda así consagrado el principio de *legalidad fiscal*, cuyo corolario es que la creación de los tributos –impuestos, contribuciones especiales o tasas– es una atribución exclusiva del Poder Legislativo –Congreso Nacional, Legislatura provincial o, por vía de delegación, cuerpo deliberante municipal. En virtud de ello, el poder administrador no puede recaudar ninguna contribución que no haya sido creada por acto legislativo formal.

Debe destacarse que con relación a la normativa transcripta los constituyentes no fueron originales, pero su voluntad histórica lejos de opacarse se reafirma atento que está asentada en múltiples, uniformes y coincidentes precedentes.

Los artículos constitucionales ya reseñados reconocen una antigua filiación. Así, se encuentra en los Estatutos ingleses de *Tallagio non concedendo*, año 34 del reinado de Eduardo I, en 1306, art. 1º; en los Derechos concedidos por Carlos I, en 1628; y en el art. 4º del Bill de Derechos de Guillermo y María, en 1688.

El derecho patrio exhibe también coincidentes precedentes en tal sentido. En el Acta Capitular del Cabildo del 25 de mayo de 1810 se estableció que no se podían imponer contribuciones ni gravámenes al pueblo o sus vecinos, sin previa consulta y conformidad del Excelentísimo Cabildo. En esta misma línea se enrolan el Reglamento de la División de Poderes sancionado por la Junta Conservadora del 22 de octubre de 1811, el proyecto de Constitución elaborado por la Sociedad Patriótica de 1813 (Cap. XI, art. 87), el proyecto de Constitución para las provincias del Río de la Plata que preparara una Comisión integrada por Luis Chorroarin, Valentín Gómez, Manuel José García, Hipólito Vieytes, Nicolás Herrera, Pedro Somellera y Pedro José Agrelo (art. 3, Cap. IX), el proyecto de Constitución del 27 de enero de 1813, el proyecto de Constitución federal para las Provincias Unidas de 1813 (art. 35), el Estatuto provisorio dado por la Junta de Observación del 5 de mayo de 1815 (Cap. II, art. 4), el proyecto de Constitución redactado por la Comisión Especial del Congreso de Tucumán el 25 de mayo de 1818 (art. 32), el proyecto de Constitución de Pedro de Angelis (art. 47, inc. 14), la Constitución de 1819 (art. 33), la Constitución de 1826 (art. 46) y el proyecto de Alberdi (art. 18, apartado 4º).

En idéntico sentido se enrola la doctrina judicial. La Corte Suprema de Justi-

B) A nivel de normas infra-constitucionales desde el punto de vista formal, pero que revisten categoría constitucional al ponderar su contenido sustancial, advertimos que también allí la subestimación del Derecho es alarmante. El maestro Carlos Sánchez Viamonte enseñaba en la cátedra y en su *Manual* que la mayoría de

---

cia de la Nación, en 1938, consideró que la exclusiva facultad legislativa para crear impuestos –tanto en Estados Unidos como entre nosotros– es de la esencia del gobierno representativo (in re “La Martona S.A c/provincia de Buenos Aires”). En efecto, “entre los principios generales que predominan en el régimen representativo republicano de gobierno, ninguno existe más esencial a su naturaleza y objeto, que la facultad atribuida a los representantes del pueblo para crear las contribuciones necesarias para la existencia del Estado. Nada exterioriza más la posesión de la plena soberanía que el ejercicio de aquella facultad, ya que la libre disposición de lo propio, tanto en lo particular como en lo público, es el rasgo más saliente de la libertad civil” (CSJN, fallos 155:290). Es que –como dijera Cooley– en todo Estado soberano el Poder Legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía (CSJN Fallos 182:416). En 1943, al fallar el caso Martín Urcola c/ Administración de Impuestos Internos, la CSJN argumentó “es igualmente exacto que es doctrina admitida que la creación de impuestos es sólo facultad legislativa” (Fallos 184:384, 184:542; 186:521).

Recuérdese que aun bajo gobiernos de facto, la doctrina ha entendido que las facultades legislativas asumidas por aquél reconocerían como límite temático la tipificación de delitos y la creación de impuestos.

A mayor abundamiento cabe citar que a la normativa constitucional indicada se suma la clara norma del art. 44 C. N. que establece que corresponde a la Cámara de Diputados la iniciativa de las leyes sobre contribuciones. Esta regla tuvo origen “en la historia política inglesa, cuando el 3 de junio de 1678 la Cámara de los Comunes aprobó una resolución que establecía que todos los impuestos, subsidios, y auxilios que concedía el Parlamento de la Corona debían iniciarse en la Cámara baja, no pudiendo modificarse por la Cámara de los Lores” (Conf. Segundo Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, T. 9, pág. 295). En efecto, **no hay contribución sin representación**, o sea, que todo tributo impuesto al pueblo debe ser aprobado por los representantes de éste, frase que acuñó el derecho anglosajón a partir de la Carta Magna de 1215 (Conf. Miguel Ángel Ekmekdjian, *Manual de la Constitución Argentina*, pág. 342).

El Poder Ejecutivo, por decreto 1684/93 (B.O. 17/8/93) invocando, una vez más, razones de necesidad y urgencia, ha modificado el impuesto al valor agregado y a las ganancias, ha derogado el impuesto sobre los activos, ha modificado el Código Aduanero y el procedimiento ante el Tribunal Fiscal. Es de toda evidencia que esta normativa –por la vía elegida– es notoriamente inconstitucional, ya que implica un retroceso de más de siete siglos, lesiona el principio de división de poderes y usurpa facultades propias y exclusivas del Congreso Nacional.

Por las razones expuestas, y por considerar que “es un axioma de la ciencia política democrática que cuando los gobernantes obtienen dinero del pueblo de la manera que fuere, sin su consentimiento, sin que los representantes del pueblo lo voten, ese régimen degenera inevitablemente en tiranía” (Conf. Juan José Guaresti, *Qué son los tres poderes del gobierno*, pág. 41), solicita que someta a consideración de esta H. Cámara el presente proyecto de resolución para su aprobación.

*Jorge Reinaldo Vanossi*

las disposiciones contenidas en los veintidós artículos del primer título preliminar –“De las Leyes”– que Vélez Sarsfield incorporó al Código Civil, asumen jerarquía supra-legal por tratarse de reglas y principios que pueden fundarse en la norma del Art. 33 de la Constitución Nacional que consagra el reconocimiento y la protección de derechos y garantías “implícitas”, es decir, no enumerados “pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. En efecto: esas normas son rectoras, pero a menudo no se respetan o se colman de excepciones que las tergiversan. Así ocurre con la obligatoriedad de las leyes (Art. 1), su publicación (Art. 2), la no retroactividad cuando median “derechos amparados por garantías constitucionales” o “contratos en curso de ejecución” (Art. 3), las leyes aplicables a bienes y contratos (Arts. 10 a 12), la no aplicación de las leyes extranjeras cuando las nacionales “fuesen más favorables a la validez de los actos” (Art. 14), la obligación de los jueces a juzgar aún aplicando “los principios generales del derecho” (Arts. 15 y 16), el valor condicionado al respaldo legal para los usos y costumbres (Art. 17), la nulidad de los actos prohibidos (Art. 18), la renuncia de los derechos conferidos (Art. 19), el rechazo a la excusa de la ignorancia de la ley (Art. 20), la inoponibilidad de las convenciones particulares frente al “orden público” y las “buenas costumbres” (art. 21). En mi opinión también asume dimensión constitucional el Art. 902, del que se deduce la importante consecuencia de que a mayores jerarquías corresponden más graves responsabilidades: algo esencial en la forma republicana de gobierno, en especial con relación a los actos de los gobernantes<sup>16</sup>. Otras normas que enuncian “principios” a los que cabe mentar una jerarquía constitucional en materia de obligaciones, deberes y responsabilidades, son el Art. 512 del mismo Código Civil y el Art. 59 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Si bien tiene hoy novísimas formulaciones, como la doctrina de los “actos propios”, no podemos preterir la mención del adagio roma-

<sup>16</sup> Art. 902: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos” (tomado del Código de Prusia).

Art. 512: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la **omisión de aquellas diligencias** que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

Art. 59 (Ley 19.550) Sociedades Comerciales: “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

*no nemo admittitur aut auditur propiam tuarptitudinem allegans* (a nadie se admite o se oye cuando alega su propia torpeza).

C) Otro ítem de sensible gravedad, es el progresivo e infelizmente contagioso e ininterrumpido camino de la esmerilada erosión o del liso y llano apartamiento del consagrado dodecálogo de los pilares que sustentan el derecho penal liberal, a los que se tergiversa o se prescinde de ellos cuando la invocación de aparentes razones “humanitarias” sirven –como “pabellón que esconde la mercadería”– para resolver situaciones de conveniencia e interés político aún al costo del pisoteo de las “garantías” por antonomasia con las que se debe amparar a toda persona humana por su sola condición de tal. Nos estamos refiriendo a los siguientes preceptos, que revisten categoría de postulados:

1) No hay pena sin ley anterior que tipifique la conducta delictiva (“*nullum crimen, nulla pena sine lege previa*”).

2) Sólo tiene jurisdicción el “juez natural” de la causa, designado de acuerdo a la ley. Nunca corresponde juzgar por “comisiones especiales”.

3) Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito (“*non bis in idem*”).

4) El principio de irretroactividad sólo cede ante la sanción de una ley penal más benigna.

5) Debe respetarse el principio de la “cosa juzgada”, que adquiere el rango de un “derecho adquirido”.

6) La “prescripción” de los procesos y de las penas, establecida en las leyes, es una garantía de fondo, o sea, una protección sustancial y no meramente ritual.

7) No pueden dictarse “leyes penales en blanco”, que deleguen en el Poder Ejecutivo o en otros órganos de la Administración la extensión de los tipos penales o la fijación de las penalidades.

8) No es admisible la analogía: el juez no puede apartarse de la incriminación a través de las figuras preestablecidas por la ley penal mediante “tipos” que contemplan conductas precisas, cuya ilicitud se establece en atención a un determinado “bien jurídico tutelado”.

9) La inocencia es un principio y un status, o sea, algo más que una presunción. Sólo se puede quebrar con una sentencia final condenatoria. La Corte Suprema de Justicia así lo reconoció a partir de un antiguo precedente del año 1871, en *Fallos* 10:338, cuando sostuvo: “...es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se pruebe lo contrario”.

10) El principio de legalidad no admite que la mera “costumbre” –ya sea nacional o internacional– pueda crear figuras o tipos penales incriminables.

11) En materia penal no hay responsabilidad ni pena si no hay culpa o dolo (caso “Parafina del Plata”, *Fallos* 271:297, sentencia del 2/IX/68).

12) En caso de duda insuperable, debe estarse a favor del reo.

Nos preguntamos: ¿qué queda de todo esto, ante el avance arrollador de leyes caprichosas y de interpretaciones jurisprudenciales sospechadas de tendenciosas? ¿O es que el Derecho únicamente vale y se aplica para el beneficio sectorial? ¿No es eso equivalente a colocar la facción por encima de la Nación? Es de aspirar y esperar a que el órgano supremo que durante toda su existencia se auto-definió como “el intérprete final de la Constitución” y como “tribunal de garantías constitucionales” le ponga de manifiesto al rey –ya sea rey ejecutivo, rey legislativo o rey judicial– que “el rey está desnudo” pese a la complacencia de cortesanos que arrullen a sus oídos una versión contraria. Para salir del embrollo y la confusión entre los argentinos, me permito un consejo transnacional: *amnesia no, pero amnistía sí*.

A veces nos acosa el temor de presenciar nuevamente la exhibición de una película que ya hemos visto. Y según sea el tema del *film*, del acoso podemos pasar al terror. Puede despertar la sensación o vivencia de un caso de “*déjà vu*”. Hay quienes sostienen que se trata de un fenómeno de paramnesia: “ya visto” (en otro tiempo). Para algunos autores es un “remesar” (envío al pasado); y para otros es una especie de “trampantojo” (ilusionar a alguien haciéndole ver lo que no es). No faltan quienes advierten que no es lo mismo el *déjà vu* que la “*rêverie*” (confusión momentánea de las fantasías con la realidad).

Esta alocución (*déjà vu*); hoy de moda y “en cartelera”, fue empleada en 1876 por Emile Boirac (aunque el fenómeno al que se refiere haya sido estudiado desde antigua data) y retomado por Henri Bergson, al estimar “que más que un defecto o trastorno de la memoria el *déjà vu* ‘es la exasperada ampliación de su capacidad’” (conf. Jorge Lozano, “Lo ya visto, el futuro del pasado”, *ABC*, 6/12-I-07). El autor citado remite al “milagro secreto” de Jorge Luis Borges, en un párrafo significativo: “Una sola repetición demuestra que el tiempo es una falacia”.

Aplicado al Derecho, puede asociarse a variados efectos:

a) Enmagrecer (efecto extenuante), volverse magro (“dimagrito”).

b) Desmelenar (desmelenamiento): acción de proceder con arrebatado o de presentarse sin la debida compostura (enardecerse, enfurecerse; soltarse, desinhibirse).

En la concepción jurídica del Estado, puede servir para bien sea advertir o no tan bien justificar el reemplazo o la sumisión del Estado de Derecho por la “razón de Estado”. Se comienza por execrar la Democracia subestimadamente denominada “democracia formal”. Y con ese “sambenito”, el descrédito que queda de una acción se torna una dolosa difamación, que se traduce en:

- a') una política sin Estado de Derecho sustancial.
- b') un Estado en anomia y ausencia de controles.
- c') un Derecho sin ética ni responsabilidades.
- d') un “poder” sin Constitución que lo sujete y limite.

La concepción democrática del Estado de Derecho no admite esos faltantes. El tan citado Art. 16 de la Declaración francesa de 1789 no remite a meros recaudos sino a dos grandes requisitos sustanciales. La construcción de los postulados del constitucionalismo no fue una extravagancia ni una estampida estrambóticamente lanzada. Nada de irregular y sin orden. Todo lo contrario: una obra maestra del pensamiento político liberal y contractualista.

Cuando se defienden los principios no se trata de estancar el Derecho ni poner vallas a su evolución. La parálisis del ordenamiento jurídico sería algo parecido a la figura de la “estabulada”, que remite a la acción de estabular el ganado, lo que sucede cuando se lo mete y guarda en establos, aunque ese cuidadoso trato no evite que tiempo después se lo traslade al matadero. Tampoco es admisible que a las normas jurídicas se las manosee de tal modo “que sirvan tanto para un lavado como para un fregado”: las reglas de Derecho no son una “cosa”; y, por ende, no se las puede “cosificar” de la manera que a ciertos objetos se los puede “bascular”; y al acudir a esta expresión nos estamos refiriendo a cuerpos que son pasibles de moverse de un lado a otro girando sobre un eje *vertical*, de igual modo que también son susceptibles de oscilar sobre un eje *horizontal*.

Las normas pueden ser reemplazadas o interpretadas; y pierden toda su majestuosidad cuando son desviadas *ad usum delphinis*; o sea, cuando el capricho desplaza a la razonabilidad. Es por ello que también debe vigilarse a la tentación de erigir al juez en una potencia con capacidad para solucionar todos los problemas que afectan a una sociedad; una idea así sería equivalente al delirio paradójal de la versión mutante entre el supuesto “gobierno de los jueces” al que peyorativamente se refería Lambert y el “desgobierno judicial” que

se percibe por el grueso de la sociedad cuando ve frustrada sus ansiedades. En tales casos una plaga de piedras rústicas o pedruscos sin labrar carcomen la consistencia misma del Derecho como termes o termitas que roen los fundamentos culturales del mismo.

Veamos un ejemplo, a la manera de “Funes el memorioso” (Jorge Luis Borges), ya que algunas veces, un cardumen de pirañas sacian su voracidad reduciendo la Justicia a un despojo de hilachas.

Con motivo del tránsito de un año a otro, ya en el segundo lustro de esta inquietante década inicial del siglo XXI, debo reconocer que me siguen impresionando muy fuertemente los testimonios que a través del poder sugestivo de la cinematografía producen las expresiones de veraz admisión de los procesos más horrendos que tuvieron por escenario los sistemas totalitarios de la trágica centuria predecesora.

*Ab initio*, las obras más importantes tuvieron origen en la autoría de las potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial: así, por ejemplo, *El juicio de Nüremberg*, con Spencer Tracy y Marlene Dietrich, de comentario y análisis obligado para jueces y abogados, puesto que no se referiría al tan conocido proceso incoado a los criminales de guerra alemanes, sino a los magistrados judiciales de esa misma nacionalidad que habían sustanciado los “juicios populares”, sumarísimos y sin defensa, para condenar a los disidentes o resistentes que habían cometido el delito de herejía o mero descreimiento frente a la hegemonía del führer. Siempre pensé que esa película –un verdadero documental– tendría que ser de exhibición debida en las Facultades de Derecho.

Ahora, con la decantación del tiempo, son los mismos alemanes quienes asumen la desafiante tarea de narrar por su propia cuenta otros episodios horripilantes de “su” pasado insepulto. Y en el año 2006, hemos tenido la oportunidad de conocer un documento lacerante y riquísimo en su fuerza aleccionadora, de un pasado que no debe volver. Me refiero a *Sophie School, los últimos días*, que narra el trágico fin de tres jóvenes de la agrupación “La Rosa Blanca”, cuyo objetivo consistía en difundir mediante panfletos reproducidos por “mimeógrafos”, las terribles circunstancias que vivía, aunque aparentaba simular su desconocimiento, la mayoría del pueblo alemán. La acción transcurre en 1943; el hecho detonante proviene de la certeza de una inminente derrota germana en la durísima batalla de Stalingrado; y la redada en que los jóvenes caen detenidos y sometidos al furor indagatorio de la “SS” tiene lugar en los claustros de la Universidad, donde la más comprometida de las activistas es la es-

tudiante Sophie, que pagará su desplante de “panfletear” con la pena de muerte. Una farsa de juicio cubre la hipocresía de las formas, con la complicidad de un letrado pseudo-defensor, más la inclemencia de una sala con público servil que a manera de coro “a capela” refrendaba una condena consabida de antemano.

Lo antedicho es más que suficiente para exhibir un retrato cabal del alto costo de “la oposición” a un régimen tiránico –como el de Hitler– y del total desprecio de aquellos detentadores del poder (la mayoría de los jefes eran paranoicos) por los más peraltados principios del constitucionalismo democrático y su institucionalización a través de un Estado de Derecho: la separación de los poderes, la independencia de los jueces, la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, la libertad de expresión, crítica y disenso; en fin: el respeto a la eminente dignidad de la persona humana (al decir –tan acertado– de Pico de la Mirándola, hace varios siglos).

Lo que importa destacar en esta brevísima glosa, es la norma aplicada para fundamentar la condena y la ejecución de Sophie School y sus compañeros de tan heroica resistencia. Ellos no acometieron otra acción que difundir (por medios muy precarios) las verdades que el Tercer Reich ocultaba: el Holocausto, las aberraciones persecutorias contra los opositores, la inevitable derrota militar, la criminal inutilidad de perder la vida por una causa intrínsecamente injusta, el horror de un mundo que pudiera ser dominado por una pretendida raza superior, etc., etc. La “Ley” positiva para condenar a los temerarios jóvenes contestatarios de la “Rosa Blanca” era una cláusula injertada en el Código Penal germánico por la parodia de un parlamento que secundaba con un “amén” todos los caprichos del jefe.

¡Oh casualidad! La misma cláusula prohibitiva estaba contenida en la legislación represiva de Lenin y Stalin, de Mussolini, del régimen “más fresco” de Franco; tal como más tarde aparecería en el de Mao, y en el de todos los extremismos alimentados por fuentes ideológicas hegelianas de izquierda o derecha (Castro, Stroessner, Pol-Pot, Duvalier y sigue la larga nómina...). En todos los casos varía un poco la letra, pero se repite un común denominador: constituye crimen o delito atentar contra la “seguridad” del régimen monocrático imperante; de manera tal que “la peligrosidad” de los comportamientos pueda (potencialmente) generar un riesgo a la continuidad del totalitarismo imperante; o, también, que esas actitudes díscolas de los desagradecidos y críticos del oficialismo puedan crear un estado o sensación de “depresión” o “derrotismo” en el ánimo de la población. En todos los casos, los jueces debían dictar sentencias contundentes, ins-

pirándose en el “espíritu del pueblo” (*volkgeist*), o en la “dictadura del proletariado”, o en los sanos postulados de las “democracias populares”; a veces invocando la raza, o la nación, o “el Duce”, o a quien fuera conductor fiel del Estado personificado. ¡Así rodó la cabeza de Sophie School, guillotina mediante! Era la sanción prevista para disuadir todo intento de rebeldía ulterior; o sea, aplicando un castigo “ejemplar”, porque los tiranos necesitan incentivar el miedo.

¿Qué otra lección nos depara este excelente film alemán? Pues nos ratifica en la comprobación de que para conocer la real filiación de los regímenes políticos no basta con el análisis de sus Constituciones: hay que hurgar en las entrañas de su legislación penal, donde siempre se encontrará el hilo conductor que nos ayudará a detectar con precisión la índole “totalitaria” (y no meramente autoritaria) de los gobiernos que se valen de fiscales y jueces dóciles para aplicar sanciones draconianas ante el menor intento de discrepancia u oposición a la política imperante.

Es el Código Penal y sus leyes complementarias el espacio normativo al que hay que apuntar para encontrar la “clave de bóveda” que permite ubicarnos en uno de los estantes de cualquier clasificación de los sistemas constitucionales que el mundo ha conocido: verdaderas democracias o autocracias solapadas. Y la Argentina no escapa a la regla enunciada. En algún momento de su aciaga historia fue incluido en el arsenal represivo una norma análoga a la que facilitó la condena de Sophie School, con la única benevolencia que la nuestra –la autóctona– no llegaba punitivamente hasta el cruel extremo de la pena capital. Me refiero a la ley 13.985, sobre “Delitos contra la seguridad de la Nación”, sancionada por el Congreso a iniciativa del Poder Ejecutivo, en 1950 (con el obligatorio aditamento de “Año del Libertador”), fecha en que la Nación no se encontraba en guerra –ni en peligro de tal– con ningún otro país. El Art. 8 establecía: “será reprimido con prisión de uno a **ocho** años el que por cualquier medio **provoque pública alarma o deprima el espíritu público** causando un daño a la Nación” (sic).

Aunque parezca increíble, esa “espada de Damocles” rigió durante catorce años, hasta que durante la gestión presidencial del republico Arturo Illia el Congreso Nacional la derogó en 1964 por medio de la Ley 16.648, a propuesta del Poder Ejecutivo. ¡Sin comentarios! Habida cuenta que “está de moda” declarar la imprescriptibilidad de todo el pasado, parece razonable traer a colación la semejanza o aproximación entre la desdichada Sophie School –una genuina luchadora pacífica y principista– con herramientas de amenaza y coerción

que se ocultan al amparo de una memoria parcializada que desdibuja y distorsiona a la historia argentina no tan lejana en el tiempo.

Y como “el hambre viene comiendo”, tengamos cuidado con la desmemoria intencionada. Por ello, es apropiado el título del famoso cuento de Borges, con el que iniciamos esta breve reflexión.

## **X.- Leyes “invitatorias” y normas sin sanciones**

Las leyes y normas meramente “invitatorias” son una burla anticipada al reto de la viabilidad del Derecho. A su vez, las normas pretendidamente jurídicas que no contienen sanciones aplicables para los supuestos de su incumplimiento, equivalen a un “sin sentido”. Son emitidas y recibidas como un sarcasmo del “no Derecho”.

Se generaliza la confusa práctica de sancionar normas “virtuales” al estilo de la reciente Ley de Educación N° 26.206: ésta parece una ley invitatoria, una ley “invitante”, que más que una norma es una invitación.

¿Qué quiere decir invitatoria? El salmo 94, que se canta o se recita al principio de los maitines, es decir en los ruegos de primera hora, del amanecer, se divide en varias partes, en las cuales se repite un versículo que invita a alabar al Todopoderoso (DRAE). Acá lo invitatorio consiste en que se invita a alabar la virtud mágica de la ley; esta verdad demiúrgica de la ley que va a ser desmentida por los hechos, ya que de la noche a la mañana no se podrá cumplir ni una mínima parte de lo que en ella está prescripto.

¡Chocolate por la noticia! Ponernos de acuerdo en el qué es fácil, pero ponernos de acuerdo en el cómo es más difícil. Son normas “gestuales” en las que sobreabundan las cláusulas no preceptivas. Esa es la asimetría que contienen demasiadas cláusulas no preceptivas y muy pocas realmente preceptivas. Por precepto tenemos que entender un mandato o una orden que el superior hace observar y guardar a quien debe complimentarlo.

En tales casos el superior es la ley, o sea, lo que dicta el Congreso, y la administración es la que debe cumplirla y hacerla cumplir por parte de los demás órganos.

Una ley general y no individual debe responder a un criterio sistémico de la materia regulada. Dicho esto en el sentido de que el legislador debe volcar en preceptos normativos lo perteneciente o relativo a la totalidad o generalidad de un sistema; es decir, lo general por oposición a lo singular o particular.

¿Sobre qué tenemos que pronunciarnos a través de las leyes? “El pueblo quiere saber de qué se trata” (Cabildo Abierto, mayo de 1810). Tenemos que referirnos a un sistema, que resulte volcado a preceptos normativos, que no es lo mismo que un enunciado de anhelos y esperanzas.

Las normas jurídicas de alcance general, ya sean de nivel supra-constitucional, de nivel constitucional o de nivel infra-constitucional, han sido objeto de las más variadas distinciones y clasificaciones. Esa abundancia convierte en familiares expresiones tales como “normas organizativas” (orgánicas y procedimentales), “normas garantistas” (derechos y garantías), “normas principistas” (preceptos generales del Derecho), “normas interpretativas” (preámbulo y declaraciones), “normas directivas” y “normas programáticas” (no operativas), etc.<sup>17</sup>. Téngase presente que las clasificaciones pueden ser infinitas; y, coincidiendo con Genaro Carrió, no son verdaderas o falsas, sino más o menos claras o precisas, más o menos útiles; y su función es la de servir de medio auxiliar para facilitar el conocimiento del objeto.

Amén de ello, saliendo del enfoque teórico, no es de buena técnica legislativa la emisión de normas jurídicas destinadas a oficializar definiciones, que no es lo mismo que establecer precisiones con fuerza preceptiva. De igual modo son desaconsejables las pandémicas tentaciones a llenar las normas pretendidamente jurídicas con enunciados que no son más que expresiones de deseos, promesas, exhortaciones, invitaciones genéricas o abstractas (no compulsivas) y los ya “clásicos” catálogos de ilusiones. En otras situaciones, se acude a fórmulas arropadas de juricidad pero que no denotan más que buenas intenciones: por ejemplo, una cláusula constitucional del Perú que consagraba el derecho “a un sepelio digno”: por más noble que fuera la causa animada, dejaba sin respuesta a las interrogaciones en torno a los sujetos requirentes y obligados, respectivamente, del susodicho deber y derecho proclamados. De corte ideológico, es del caso citar la dogmática aspiración incluida por la reforma del año 2002 a la Constitución de Cuba del año 1992, estableciendo que “el socialismo es irrevocable” (sic); cláusula que en mucho se asemeja a la proclama de Hitler sobre la prolongación del régimen nazi durante un milenio.

En este juego perverso de las promesas incumplidas y de las ilusiones perdidas, cuando se lo ha practicado con “fichas” extraídas de

<sup>17</sup> Nos hemos ocupado de ello en: Vanossi, *Teoría Constitucional*, t. II, págs. 1 a 20, Ed. Depalma, Buenos Aires, año 2000 (2ª edición).

los yacimientos jurídicos (Constituciones, leyes, ordenanzas, sentencias, etc.), el manipuleo de esos naipes ha sido equivalente a jugar con el fuego: terminó incinerándose el Derecho, al margen de la suerte corrida por los jugadores. Porque cada vez que se defrauda una expectativa de cambio y mejora, esa decepción en la sociedad se somatiza con la eclosión de un resentimiento (en algunos casos se desfoga con el grito de la turbamulta –“que se vayan todos”–, y en otros desencadena “tsunamis” de violencia); y en las honduras de la indignación colectiva se rompe un eslabón de la cadena que une el principio de solidaridad: el Derecho, que se empequeñece (*il diritto si è rimpicciolito*); y a partir de allí quedan abiertas las puertas de la anomia. Se rompieron las compuertas de un orden regido por el Derecho y vehiculizado por las Instituciones.

En este párrafo anterior he utilizado metafóricamente y adrede, las expresiones alusivas al juego, al fuego y a los naipes. No se debe jugar con las Instituciones: el poco apego a ellas ya fue detectado por Juan Agustín García con la llegada de mil novecientos: “culto al coraje y desprecio a la ley” (dicho en *La ciudad indiana*). Y este rasgo acusativo y marcatorio se puede enlazar con una frase escrita por William Shakespeare: “el destino es el que baraja las cartas, pero nosotros somos los que jugamos” (piénsese que el sagaz autor vivió entre 1564 y 1616...).

No podemos jugar a la “ruleta rusa” con el Derecho como ordenación de la conducta humana de los gobernantes y de los gobernados. Las normas jurídicas están para ser algo más que un acto de contemplación: ellas **deben** ser aplicadas, pues de lo contrario carecen de juricidad y aparecen o fungen como un consejo o una sugerencia. Si en forma expresa o por remisión a otras normas del sistema, resulta que no se proveen sanciones o penalidades para proceder ante los supuestos de incumplimiento o violación de dichas normas, pues entonces estamos en presencia de una “cuasi-norma” o de una “proto-norma” o de una “seudo-norma”. Por su “incompletitud lógica” no puede ser considerada una norma jurídica, sin perjuicio de que sea estimada y hasta respetada como una regla moral: tal es el caso –por ejemplo– de las denominadas “obligaciones naturales”, a que se refiere el Art. 515 del Código Civil, que “no confieren acción para exigir su cumplimiento”, entre ellas, aquellas obligaciones sobre las que ha recaído la prescripción, o que adolecen de la ausencia de alguna “solemnidad” que exige la ley, o que se han perdido por error o malicia del juez; y hasta las deudas del juego. Los casos antedichos, que contempla el Código Civil, están dotados de lógica y de ética; a dife-

rencia del cúmulo de situaciones que se suelen adornar con el manto de “cripto-leyes” (sic).

En síntesis: así como en el campo del Derecho positivo existen “leyes en sentido *material*” y “leyes en sentido *formal*”, según sea su contenido; en el ámbito político se observa la incautación de las formas y de los mecanismos de legisferación con el propósito contrabandístico de satisfacer necesidades o inquietudes orientadas a: 1) generar expectativas en torno a una incierta efectivización (demagogia); 2) posibilitar su invocación para incoar acciones que conduzcan a resoluciones en casos *no* análogos, pero que por conveniencia o hedonismo se los pretende equiparar en el trato (una suerte de interpretación “*avant la lettre*” de la norma); 3) desviar el destino de una disposición normativa haciéndola portadora de un “meta-mensaje” o que así pueda ser interpretada por las autoridades de aplicación o por sus destinatarios. Como podrá notarse, en las hipótesis señaladas (enunciativa y no taxativamente) todo dependerá del jaez (calidad o propiedad de algo) o de la voluntad más o menos recta o tendenciosa que los órganos de control final decidan. Así, el “*quid custode custodem*” es el “*to be or not to be*” del Derecho.

Hay toda una tipología al respecto con distintas técnicas de captación y de cooptación. Están los a) *pesebreros*, aquellos que asisten con frecuencia y facilidad donde “les dan de comer”, b) los *utilitaristas*, quienes sitúan la utilidad como principio de la moral, c) los *pragmáticos*, propensos a adaptarse a las condiciones reales, donde un criterio es válido según sus efectos prácticos, d) y, finalmente, los *oportunistas*, en sentido peyorativo, cuya actitud consiste en aprovechar al máximo las circunstancias para obtener el mayor beneficio posible, *sin tener en cuenta principios ni convicciones* (DRAE). Han instaurado una especie de *posibilismo*, para aprovechar las posibilidades existentes con miras a alcanzar ciertos fines, aunque no sean afines con las instituciones ni los valores. Son *logreros* del poder y del dinero. Muchos de estos operadores del derecho adolecen de lasitud, desfallecimiento, cansancio, pérdida de fuerza, cuando no encuentran una relación costo-beneficio que les sea favorable.

¿Qué es lo que acontece? Que el Derecho y sus operadores están cortocircuitando.

Un Presidente (gobernante) o una gobernanza animada de un espíritu cainita, de odio y rencor hacia compatriotas, dejándose llevar por ese impulso sin medir las consecuencias del arrebató.

Practicante del sinécdoque, alterando el significado de las palabras, para designar al todo con el nombre de uno de los términos:

multitud es mayoría; mayoría es totalidad; partido es gobierno; gobierno es Estado; Estado es poder absoluto; etc. A los descuidados o inadvertidos se los intenta confundir con el uso avieso de la polise-mia, o sea, valiéndose premeditadamente de la pluralidad de signifi-cados de una palabra.

Nuestra moneda (el “peso-pillama”) cada mes se convierte más en una *calderilla*, por su escaso valor; no tanto porque tenga limitada por leyes y por jurisprudencia su fuerza liberatoria, sino por los efec-tos desnutrientes de la inflación.

A veces se practica la demagogia y en otros casos se acude a la *marrullería*, con la astucia del halago, buscando la seducción o has-ta la alucinación del tentado. En algunos casos, las conciencias de los resistentes tienen precio y se sucumbe ante el alza de la oferta.

Son magos de la impostación, que van de la simple grosería a la fijación de la voz en sus tonos vocales con la hábil emisión de la pa-labra en su plenitud: sin vacilación ni temblor. Otras veces se opta por la vociferación. Son técnicas o ardidés. Suelen engañar con pichinchas de ocasión. Pasada la euforia, se *ralentizan*, pasan a “cá-mara lenta”, con una lentificación que a menudo se confunde con el silente ocultamiento. Pero serán silenciosos por conveniencia tempo-raria, pero no son tranquilos ni sosegados. Se trata de intervalos de desaceleración.

Para los observatorios que analizan y califican desde el exterior, ya sean organismos internacionales, entidades privadas dedicadas al “ranqueo”, ONG, o personalidades del estudio del *status* económico, bancario, cultural, jurídico e institucional de las naciones, no hay engaño posible: se manejan con datos fidedignos.

## **XI.- La constitución de la Unión Europea. Idealidad y realidad.**

A) Muchas veces el humor de los pueblos se erige en una fuerza asentada en la realidad que se impone y rechaza al refinado producto constituyente que “ofrece” una elite ilustrada a una sociedad desconfiada o recelosa. Y así lo percibía Herman Heller, cuando señalaba la energía que emanaba de la “realidad social subyacente”, que actúa como un límite condicionante del proyecto normativo que sanciona el órgano dotado del “poder constituyente”, pero cuyas ordenaciones o disposiciones –muchas veces inspiradas en un anhelo de perfectismo jurídico– están pendientes de la aceptación o rechazo por parte del

comportamiento de sus propios destinatarios: los poderes “constituidos” (poderes ordinarios) y el pueblo y la Sociedad en sus diversas manifestaciones y actitudes. ¡Qué contraste entre los sabios y preclaros conceptos de Hermann Heller y la “cobarde vaguedad” que muchos de sus connacionales reprocharon –y con razón– al tan dócil Heidegger.

El mal humor o las prevenciones de dos naciones europeas –fundadoras del viejo andamiaje de los tratados de Roma y de París– bastaron para congelar –¿provisionalmente?– las hiper-racionalistas elucubraciones de los experimentados estadistas y juristas de la Convención que debía sancionar la “ley fundamental y suprema” de una nueva entidad que superaría los contornos del carbón y del acero, del Mercado Común y de múltiples convenios y denominaciones de avance paulatino en un proceso gradual de “integración”. De repente, la luz roja y el “desensillar hasta que aclare”. ¿No es un paralelismo con la manifestación de otros casos de desaceleración del impulso propulsor de una plena institucionalización jurídica? ¿No rememora esto –guardando las distancias– los sucesivos rechazos de nuestras Constituciones de 1819 (por sospechada de monarquizante) y de 1826 (por inclinada hacia la estatalidad unitaria)? Sin embargo, la Europa de los “27” avanza en su marcha sobre la base de la aplicación de las demás normas jurídicas preexistentes: Maastrich y Niza entre otras, copulando la parte orgánica con la parte del “*bill of rights*” de una proto-Constitución.

¿Ha sido derrotada la idealidad frente a la realidad, o juega el compás –lento pero seguro– de la configuración helleriana entre la “fuerza normativizadora de la realidad” con la “fuerza normalizadora de la juridicidad”? Sólo el tiempo nos brindará la respuesta; pero, mientras tanto, la fuerza del Derecho –tanto del derecho objetivo como del derecho subjetivo– indica una comunidad de valores y de procedimientos que al ser aceptados y compartidos colocan a esa parte del mundo en un “cuadro de honor” ante los pueblos que aceptan el Estado sustancial de Derecho como un estadio cultural superior de calidad de vida de la humanidad.

B) Para los “euroescépticos” o “euroreticentes” puede decirse que han ganado provisionalmente un par de batallas (Francia y Holanda), pero no tienen asegurado el triunfo final. Y para los europeístas “optimistas”, puede acreditarse que reciben señales que alientan la esperanza de ver consagrada la Constitución de Europa hacia el fin de esta década. En efecto: al asumir el nuevo presidente de la Euro Cámara (el Parlamento de la Unión Europea), el alemán Hans Gert

Poettering tomó el compromiso de su esfuerzo para acercar Europa a los ciudadanos, reafirmando que la UE “es algo más que economía” pues se basa en valores compartidos, prometiendo “que hará todo lo posible para que se conserve la *sustancia* de la Constitución Europea” (Estrasburgo, 16 de enero de 2007). Por su parte, la jefa de gobierno de la mayor potencia europea, la Canciller Ángela Merkel reforzó al día siguiente esa promesa, asegurando: “Yo lucharé para que al final de la presidencia alemana haya una *Hoja de Ruta* para caminar con vistas al Tratado Constitucional”, entendiéndolo por tal –dijo– “un texto sencillo y con sentido práctico”, pues “si tenemos una Constitución muy farragosa, no podremos enfrentarnos a los desafíos que tiene Europa, como una política exterior común, la energía, el cambio climático y la política de vecindad”.

Con gran espíritu y buen criterio realista, esta serena pero firme estadista –que responde al racional pedimento de menor carisma con mejor gestión y con la mayor honestidad, tal como tienen sed de ello los pueblos– enunció varios datos arcónticos del camino a seguir: 1º) que este proceso constituyente hay que retomarlo ahora (con motivo del 50º aniversario del Tratado de Roma) para que llegue a buen puerto antes de las elecciones al Parlamento Europeo (año 2009); 2º) que no cree en la necesidad de la convocatoria de una nueva Convención Constituyente; 3º) que los países miembros de la UE son los dueños de esa ley suprema y deben decidir ellos su legitimación; 4º) que el tiempo del debate general ya ha pasado y ahora hay que atacar los problemas específicos; 5º) que si en esa fecha (2009) no se ha salido del bloqueo institucional que significa la falta de Constitución, estaremos ante un “fracaso histórico”; y para ratificar su concepción humanista privilegió junto con el talento y la tecnología el gran valor de la tolerancia, con estas tocantes palabras: “Europa es el continente de la tolerancia y nos ha costado siglos aprender esto. En esa andadura hemos vivido catástrofes, nos hemos perseguido y aniquilado mutuamente, hemos destrozado patrias y hemos puesto en peligro lo más sagrado para nosotros. La época más espantosa de odio, destrucción y aniquilación está muy cerca, y sucedió en nombre de mi pueblo, Alemania” (17 de enero de 2007).

Esta expresión de sensatez emana de la misma personalidad que se pronuncia con ahínco en la defensa del modelo “social” europeo, la lucha ambientalista contra el cambio climático y una economía basada en el *conocimiento*, con la máxima transparencia y el acceso a la información, para que se garantice la seguridad de los ciudadanos y los valores europeos en el mundo. La Sra. Merkel nos da una lección:

ella cree en la justicia a través del Derecho y no en la voluntad atrabiliaria del «clan». Habrá que seguir con atención el proceso constituyente de la UE: hasta ahora se asemeja a los pasos de un ballet: todo muy fino. Pero, cabe preguntar: ¿se atasca o se desatasca? Final abierto...<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Algunos europeístas optan por hablar de “Tratado Constitucional” en lugar de “Constitución Europea”. Es probable que esa precaución tenga como objeto evitar resquemores y facilitar el consenso, aun aceptando que el Proyecto de Constitución requiere algunas modificaciones –según unos– o ciertas adiciones –según otros–. Es valiosa la opinión del español Alberto Navarro, Secretario de Estado para la UE, que afirma: “La Constitución Europea no es un Tratado revolucionario. Posiblemente otros tratados como el de Maastricht, que trajo la moneda única, eran mucho más innovadores. La Constitución es sobre todo y ante todo un ejercicio de simplificación y de consolidación. Ahora tenemos en Europa 18 Tratados. Lo que hace la Constitución es refundir estos 18 Tratados en dos: el Tratado Constitucional y el Euratom. Es decir, que el 80 % de la Constitución es lo que ya tenemos. De ahí lo difícil es entender la esquizofrenia que plantean el ‘no’ francés y el ‘no’ holandés. Porque el ‘no’ francés y holandés no se pueden entender como un ‘no’ a lo que ya es hoy la casa europea. La Constitución de nuevo tiene solamente un 20 %” (*El País*, 25/1/07).

Y luego –el mismo portavoz español– redondea la idea, sosteniendo: “España obviamente apoya el contenido del Tratado constitucional. Pero sabemos muy bien que este mismo Tratado no se va a someter de nuevo a referéndum en Francia ni en Holanda tal cual, es decir, que va a haber que modificarlo. Estamos dispuestos a modificar el Tratado Constitucional porque es una alternativa entre no tener nada y tener algo.

Sabemos muy bien que hay que hacer cambios, porque si no, lo que está dentro de ese Tratado no va a ver la luz. La preferencia española es mejorar el Tratado añadiendo cosas. ¿Qué se puede añadir? Se puede añadir, por ejemplo los criterios para la adhesión de nuevos Estados, los famosos criterios de Copenhague, y que puede tranquilizar a Holanda y a Francia; queremos una política de inmigración común. Sería inconcebible que nos quedáramos con un solo artículo sobre energía y que no tuviéramos disposiciones para hacer frente al cambio climático desde una óptica europea en la Constitución. Esa es la preferencia española: añadir en lugar de recortar”.

A la fecha de la presente disertación académica (23/IV/2007) la canciller alemana Ángela Merkel lucha denodadamente por consensuar una “hoja de ruta” que permita llegar a un final feliz. Además de tener que persuadir el pesimismo británico y holandés también tiene que enfrentar las reticencias de Polonia y de la República Checa, que insisten en la idea de volver a un “Tratado tradicional” aunque se lo denomine “Tratado constitucional”. Tony Blair insiste en la “eficacia” del trabajo europeo en común y quiere simplemente que las reglas que funcionaron satisfactoriamente con un grupo reducido de países se adecuen en adelante para un número mayor de miembros. El checo Klaus observa el peligro de centralizar excesivamente la toma de decisiones en Bruselas, asiento de la UE. Todo esto parece indicar que para acomodar criterios tan variados la canciller alemana (que está asesorada por el prestigioso constitucionalista Roman Herzog, ex presidente de la República Federal alemana) propondrá un tratado más corto y que no se asociará con la palabra “Constitución”. El tiempo dirá.

En mi modesta opinión, citando una vez más a Goethe, estimo que el proceso

C) No se puede negar la evidencia de que la multiculturalidad que presenta el orbe terráqueo hace inimaginable la identidad de medios, fines y valores. Tampoco se pueden obviar las asimetrías y los desequilibrios que coexisten en la actualidad: civilizaciones y naciones que sin renegar de un patrimonio o un origen cultural común, se encuentran hoy con niveles de desarrollo dispares, que no hacen viable el fluido andamio de iguales aparatos institucionales y hasta obstaculizan la vigencia de un Derecho con contenidos semejantes o idénticos. De la misma manera que el director del PNUD —el organismo de las Naciones Unidas para favorecer el desarrollo— Kemal Dervis ha puntualizado que “no hay un modelo único válido para todos los países”, esta misma afirmación vale para sostener *mutatis mutandis* (cambiando lo que deba cambiarse) que en el espectro del Derecho no todos los contenidos normativos son injertables o implantables por doquier, ya que forman parte de *sistemas* jurídicos que no son intercambiables para su inserción a sociedades altamente diferenciadas. Lo dicho es más acentuado aun cuando se trata de institutos del derecho público o de las Constituciones políticas mismas, ya que cohabitan en un mismo tiempo histórico un calidoscopio (o, si se prefiere decir, un arco iris policromático) de instituciones que no son afines con las creencias, hábitos, tradiciones o costumbres, ni con la génesis misma de cada estatalidad. En el caso argentino, la propia Constitución Histórica (1853-1860) nos indica liminarmente que la Nación “adapta” un régimen representativo, republicano y federal, mas a renglón seguido el mismo Art. 1 expresa que esa adopción es con las modalidades que “según establece la presente Constitución”; lo que llevó al recordado maestro Carlos Sánchez Viamonte a precisar que el modelo fue tenido en cuenta por adopción pero con “adaptación”. Es por todo ello que en más de una ocasión hemos prevenido que en materia de Derecho positivo las importaciones y las exportaciones de textos normativos deben ser tomadas con mucho cuidado, debiéndose cubrir los recaudos “aduaneros” con el indispensable estudio previo —a través del método comparativo— para evitar ensayos que fracasen y consiguientemente arrastren un saldo muy negativo en la “relación costo-beneficio” aplicada a la disfuncionalidad institucional. Como con sabiduría señalaba José Manuel Estrada, en de-

---

seguirá avanzando “sin prisa, pero sin pausa”, hasta culminar con la realización de la tan ansiada **hoja de ruta** que la presidencia alemana intenta denodadamente fijar en junio del corriente año para poder cerrar el proceso del “Tratado constitucional” en el año 2009.

finitiva son los pueblos los que pagan los errores de la improvisación de sus gobernantes.

Si queremos llegar más a fondo en la cuestión *sub examine* podemos acudir al tan citado como polémico autor de *El choque de las civilizaciones*, Hungtingthon, de cuyo capítulo duodécimo extraemos estas conclusiones: “La coexistencia cultural exige buscar aquello que es común a la mayor parte de las civilizaciones y no únicamente defender los caracteres pretendidamente universales de una civilización dada”. En otro párrafo afirma: “En un mundo atravesado por conflictos étnicos y por los choques entre civilizaciones, la creencia occidental en la vocación universal de su cultura tiene tres defectos mayores: es falsa, es inmoral y es peligrosa”. Su corolario es sorprendente: “Para evitar una guerra mayor entre civilizaciones es necesario que los Estados más adelantados se abstengan de intervenir en conflictos que acontezcan en civilizaciones distintas de la propia”. Debo aclarar que con este autor no he coincidido en sus prevenciones sobre la “participación” como un riesgo para la “governabilidad”, que incluyó en 1975 en su *Informe para la Comisión Trilateral*, en el capítulo “La crisis de la democracia”. Cabe señalar a este respecto que el que el escritor argelino Yasmina Khadra rechaza esa expresión con energía (“choque de civilizaciones”), prefiriendo aludir al problema como un “choque de mentalidades”. Nos preguntamos: ¿cuál es la diferencia, si el problema subsiste?

Ante este marco de reflexión, nos interrogamos a propósito de la demorada Constitución Europea y del cuadro actual, dentro y fuera de ese Continente: ¿pueden avenirse y congeniar Turquía o los perpetua e invariablemente conflictivos estados de los Balcanes con un “status” jurídico como el proyectado por el cuerpo de notables que presidió Valery Giscard D’Estaing? Me atrevo a extender estos interrogantes a otros escenarios más cercanos y que nos conciernen de modo ineludible, pese a las conclusiones a que eventualmente podamos arribar y que puedan aparecer *non political correct*. Tan sólo diré que estimo más atinado el ritmo pausado pero seguro con que las naciones del viejo Continente van abordando el ciclo de actos ratificatorios de la proyectada Constitución –como “Ley Suprema” de los signatarios de la Unión Europea– que hasta hoy (abril, 2007) cuenta con 18 aprobaciones (algunas por ley y otras por referéndum –España y Luxemburgo–), 2 rechazos (Francia y Holanda) y 7 Estados remisos en su intención de asumirla. Pero son todos Estados con regímenes democráticos. En contraste, nuestro MERCOSUR *in fieri*, con una prisa sorpresiva y sorprendente, acaba de incorporar de ple-

no derecho a una dilecta nación hermana a la que Luis María Drago socorriera en dramáticas instancias con una doctrina consagratoria para la respetabilidad de las naciones y enaltecedora de la grandeza de nuestro compatriota autor. El problema reside en que los europeos se extienden con más democracias constitucionales genuinas y, en cambio, los sudamericanos recibamos a un régimen ostensiblemente anacrónico, autoritario, pendenciero, regresivo y temerario, que está piloteado por un “iluminado” que se cree redentor de un emirato petrolero, y cuyas actitudes le imprimen un estilo de ruptura de la seguridad y las garantías propias de un Estado de Derecho. Pongamos cuidado con las consecuencias que habrán de producirse<sup>19</sup>: como decía Barbusse, “el hombre es una máquina de olvidar”. Añado: esta película ya la hemos visto... En la UE todos los miembros son estados con democracia; en el Mercosur ya no es así. ¿Por qué la Argentina es el miembro que desde el año 2003 ha celebrado más compromisos con Chávez: cuarenta acuerdos, entre los que se cuenta una “alianza estratégica”? ¿Es ese nuestro paradigma? Yo creo que no.

Resulta asombroso que la República Argentina procure acercamientos con regímenes renegados del Derecho y de la Democracia; y que mientras Brasil, Chile, México, Colombia y Uruguay –entre otros países hermanos– marcan sus diferencias con los modelos anteriores al “neolítico”, o sea, a la edad de piedra pulimentada, nosotros buscamos aparcerías políticas y comerciales con *especímenes* tales que, en el caso de Cuba el gran escritor chileno Jorge Edwards descalificó como “socialismo policial”, y en el caso de la Venezuela de Chávez (un sujeto aurático, es decir, aquel que busca el favor de las masas, el aplauso y la aceptación general; que los recibe o percibe como una irradiación luminosa de carácter paranormal-fenómeno estudiado por la parapsicología) podemos adecuadamente situar en el prototi-

<sup>19</sup> Recientes noticias indican que en el caso de Bolivia, el régimen de Evo Morales considera un proyecto de Ley en el Congreso para implementar un sistema de castigos para ejecutar en pueblos indígenas y en comunidades campesinas, siendo el propósito “que la Justicia comunitaria y la justicia ordinaria se complementen”. Los latigazos públicos podrían ser reconocidos como un castigo que forme parte de una condena impuesta por la Justicia. Los “chicotazos” (latigazos) sólo deberán ser simbólicos, para no permitir que se dejen marcas en el sancionado: con ese sarcasmo, lo explicó el Director de Justicia Comunitaria, Petronilo Flores, pues ello significaría violar los Derechos Humanos (sic). Esta iniciativa está inspirada en la idea de Evo Morales de recuperar y otorgarle legalidad a antiguas formas de impartir justicia entre los indígenas; no obstante lo cual ya surgen reparos entre los magistrados, que si bien reconocen las prácticas ancestrales, cuestionan la idea de otorgarle un rango similar a la Justicia ordinaria (*La Prensa*, 16/IV/07).

po de las “dictaduras carismáticas”; o bien para usar la expresión de Thomas Jefferson: “un despotismo electivo”. Dime con quién andas y te diré quién eres... Es por ello que los procesos de integración hay que llevarlos a cabo con democracias pluralistas, que es lo que imprime autoridad y fuerza al grupo, para gravitar en un mundo globalizado. Valgan como ejemplo las palabras del Presidente de Italia, el ex comunista Giorgio Napolitano, con motivo de su investidura de doctor honoris causa de la Universidad Complutense de Madrid, cuando advirtió “que solamente la Unión Europea en su conjunto puede llegar a desempeñar el papel de **potencia civil** que corresponde a Europa en un mundo sin bloques” (21/I/07). Esa es la visión de un hombre de Estado, a la altura de su responsabilidad.

## **XII.- El ámbito jurídico supone la inmersión en un mundo cultural**

Ese mundo cultural es toda una concepción; como que el Derecho es un epifenómeno y un reflejo de ello, llevado al plano del equilibrio y de la equidistancia entre el poder coercitivo y las acciones libres.

Y esa cosmovisión requiere asumir un estado de conciencia en el tiempo de su gestación y adopción, en su defensa ante los síntomas o epidemias de anti-cultura y los intentos de instaurar una contracultura, y, por cierto, en el constante enriquecimiento a través de la incorporación de elementos contribuyentes al despliegue de la “libertad creadora”.

Para no errar en la identificación con un mundo cultural y tener acierto en el hallazgo de las “afinidades electivas” que pregonaba Goethe, debemos estudiar no sólo el Derecho sino, ante todo, la idiosincrasia y la cultura de los otros, pues de toda mimetización no hay fácil retorno y las vivencias de contradicción pueden resultar fatales. El comparativismo o “iuscomparatismo” acude en auxilio como la linterna que ilumina el sendero y el microscopio que nos acerca la visión más precisa de los componentes. No hay mejor determinación que la equitativamente fundada, pues los extremos del aislacionismo o una pretendida y arrogante autarquía cultural, por una parte, y la confusión lisa y llana con el exitismo deslumbrante, por la otra, son igualmente crónicas conocidas de fracasos anunciados. El mundo de hoy es interdependiente para todos; y por ello es bueno conocernos a fondo. Recuerdo una frase estampada en el puente fronterizo que une Estrasburgo y Kehl; y dice así: “Para ser uno mismo hay que

proyectarse en lo que nos es extranjero, prolongarse en ello y por ello. Permanecer encerrado en la propia identidad equivale a perderse y a dejar de ser. Nos conocemos y nos construimos gracias al contacto, el intercambio y el comercio con el otro. El hombre es un puente”. La autoría de este bello pensamiento pertenece al francés Jean Pierre Vernant, un gran especialista en la Grecia antigua, que vivió polifacéticamente una intensa pasión humanista y europeísta.

Para los argentinos, entre los grandes aciertos de la Constitución de 1853-1860 hay que reconocer su Art. 27, cuando indica al Gobierno Federal seguir una política exterior de relaciones de “paz” y de “comercio”, enlazando estos dos objetos en una relación de reciprocidad y de bidireccionalidad que la experiencia comparada corrobora como medios aptos para concretar los “fines” que proclama el Preámbulo: página de nuestro pórtico, tan inspirada que –como recuerda Linares Quintana– fue recomendada por el Prof. Adolfo Posada, en 1919, para que encabezara la Carta de la Sociedad de las Naciones, liga creada como fruto del Tratado de Versailles, pero el consejo no fue tenido en cuenta por los redactores. Algunos podrán minimizar el valor de las palabras de un portal constitucional, relativizando su fuerza operativa, pero como las normas se escriben con palabras que se eligen al efecto, bueno es adentrarse en la mira que tuvieron en cuenta los autores para inferir de sus expresiones los fines que las animan. Ahora traspaso los límites de la Argentina y me remito a una carta dirigida por Thomas Mann al director de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Bonn, en la que el gran escritor que emigró de su patria bajo el totalitarismo nazi, se explayó en torno al “misterio de la palabra”, de la siguiente manera: “El misterio de la palabra es grande: Su responsabilidad y su pureza tienen algo de simbólico y espiritual; no sólo posee un significado artístico sino uno ético en general, es la responsabilidad en sí, la responsabilidad humana y también la del propio país, es el deber de conservar pura la imagen a los ojos de la humanidad, en la Palabra está involucrada la unidad de la humanidad, la integridad del problema humano que no permite a nadie, y hoy menos que nunca, separar lo intelectual y lo artístico de lo político y social y asilarlo en una torre de marfil. Esta totalidad verdadera está ligada con la humanidad misma, y cualquiera que trate de ‘totalizar’ un segmento de la vida humana (quiero significar la política, el Estado), atenta criminalmente contra la humanidad”. Y concluía rogando: “Que Dios ayude a nuestra patria ensombrecida y profanada y le otorgue la gracia de hacer la paz con el mundo y consigo misma” (Thomas Mann, sin fecha).

El relativismo absoluto es tan peligroso como el absolutismo mismo. Si por aquél entendemos la doctrina según la cual el conocimiento humano sólo tiene por objeto relaciones, sin llegar nunca al conocimiento de lo absoluto; o sea, que para ese relativismo la realidad carece de sustrato permanente y sólo consiste en la relación de fenómenos; entonces, asistimos a una suerte de agnosticismo que inyectado en el ámbito moral conduce fatalmente a la eyección en el Derecho de los parámetros de la justicia, lo que equivale a la justificación de todos los medios y –finalmente– a la desaparición agónica de la Ética como basamento de lo que Pico de la Mirandola colocó sobre el pedestal como “la eminente dignidad de la persona humana”. ¡Este sí que es el gran prius del Derecho todo, es decir, del sistema!

El contexto de este “prius” está en la frase completa de ese gran humanista del Renacimiento, en su *Discurso sobre la dignidad humana*, cuando exalta el valor de la libertad para elegir el camino de la vida; y allí dice: “Tú eres el único al que no detienen trabas; te he colocado en el centro del mundo; puedes degenerar hasta convertirte en animal o puedes regenerarte hasta llegar a lo divino”.

Me llegan esos pensamientos del gran meditante renacentista como una idea del ser humano que permanecerá vigente como profecía auto-cumplida, con fuerza imbatible e irrefutable, frente al creciente relativismo moral que nos carcome y que, como parte de ese efecto, daña al Derecho en todas sus expresiones. El ámbito jurídico padece entonces una relajación cuya progresiva gradualidad pasa de la indiferencia al abolicionismo y de éste salta hasta precipitarse en la anomia. A comienzos del presente año me fue facilitado por un amigo la obra del alemán Manfred Osten titulada *Ernst Jünger y los pronósticos del Tercer Milenio* (editada en español por el Embajador Henning Wegener en la Ed. Complutense). El autor enlaza a Jünger con Johann Goethe, pues mientras el primero remite “a los bichos, las masas de ratas y ratones que se presienten ocultos bajo el suelo y las bóvedas de los sótanos”, el segundo (Goethe) pone de manifiesto “que nuestros mundos moral y político están minados por pasadizos subterráneos, sótanos y cloacas...”, y remata advirtiendo: “Sólo aquel que posea cierta noticia de ello comprenderá que el suelo se hunda aquí o que de allá surja humo de improviso”. En el comentario de esta obra de Osten, el escritor Hermann Tertsch asigna los términos germánicos “*weltgeist*” para mentar la concepción de la dignidad de la persona humana, y “*zeitgeist*” como equivalencia del relativismo (*El País*, 16/I/2007). A nuestro entender, tales revelaciones poseen un poder sugestivo de insondable mensura; y para penetrar hasta en lo más pro-

fundo del problema el esfuerzo siempre es arduo, pero al cabo de ello se descubre la falsificación del Derecho cuando éste esconde bajo sus formas la negación de la Justicia: valga la comparación, pero es algo así como la vieja leyenda escandinava de los “troles” que conocimos en Noruega, según la cual tras las bellezas de las montañas y más allá del embeleso de las grutas, se escondían en las entrañas rocosas los “troles” que allí habitaban y no eran precisamente símbolos de la humanidad sino que se descubrían ellos la existencia misteriosa de monstruos malignos. Algo así acontece con las fachadas pseudojurídicas de los regímenes que descaradamente se apoyan en el Poder ilimitado.

De lo expresado hasta el presente, extraigo la conclusión siguiente: si el Derecho y la nacionalidad conservan aún piedras basales que puedan evitar su pulverización, el rumbo social necesita una corrección con la vista puesta en una obra de palingenesia, que a través de la regeneración lleve a un nuevo Renacimiento.

### **XIII.- El mensaje y el meta-mensaje en el Derecho**

¿Alegoría? La comunicación dirigida a vosotros a través de las meditaciones que preceden, no constituye parte de una página ligera de divertimento, pues no fue esa la intención que las animó. No se trata —en rigor— de un juego de figuras y de palabras, desde el momento que no se apela a hacer patentes por medio de metáforas un sentido recto y otro figurado con el fin de dar a entender una cosa expresando otra diferente; ni hemos pretendido hacer la representación simbólica de ideas abstractas (DRAE). No nos dedicamos a las ficciones. Para eso preferimos a Borges.

Tampoco he osado ensayar un esbozo de metafísica. Hubiera sido aventurero o temerario de mi parte, toda vez que la ciencia metafísica abarca muchas vertientes cuyo rastreo escapa a la modestia de mi preparación intelectual y, más concretamente, en el cosmos de la Filosofía.

La Metafísica surgió como expresión que se aplicó a la ordenación de las obras de Aristóteles (más allá de la física) y se vuelca a la parte de la filosofía que trata del ser en cuanto tal y de sus propiedades, principios y causas primeras. Tampoco nos consideramos incursos en la otra acepción del término, que alude a un modo de discurrir con demasiada sutileza en cualquier materia (DRAE). Ni lo uno ni lo otro.

Menos aún, lejos estoy de atreverme a decir que he intentado formular una suerte de jaculatoria, toda vez que no es este discurso una oración, tampoco es breve para vuestra paciencia; aunque sí puede considerárselo ferviente o fervoroso si tenéis indulgencia al tomar el “baremo” para medir el mérito o la solvencia de mis dichos.

Lo que me propuse no fue ni un extremo ni el otro. No hubo un objetivo de máxima ni otro de mínima. Se trata de partir de una meditación para que se prosiga, en más, reflexionando alrededor de los sempiternos interrogantes y cuestionamientos que hacen de la noción misma del Derecho y que surgen a raudales en el inconmensurable itinerario que lo acompañará por los siglos de los siglos. Será un camino espinoso, del mismo modo que todo el tránsito humano y terrenal es escabroso. El gran interrogante que está en pie es el de saber a través del conocimiento cuál habrá de ser su destino: ¿se tratará de un problema, de un enigma o de una fatalidad? Porque se separan las sendas: cuando afrontamos un problema debemos volcar el talento y la energía con miras a solucionarlo; cuando estamos ante un enigma las fuerzas mentales se concentran para descifrarlo (aunque pueden fallar en el intento); y cuando nos condiciona o nos oprime el peso de una fatalidad, allí únicamente podemos practicar la más difíciles de las virtudes, que es la resignación, cualquiera sea el resultado.

Para reconfortarnos de tan incierta suerte del Derecho –y, sobre todo, en la lucha incesante por un Derecho justo (parafraseando a Rudolf Von Ihering en el título de su obra *La lucha por el Derecho*)– podemos refugiarnos en la guía que nos marcó el pensador oriental Hsün Tsé –que vivió entre los años 355 y 288 antes de Cristo– con estas palabras: “buscas en vano la causa de las cosas: ¿por qué no gozar de lo que brindan?...”. Pues bien: porque en ciertas circunstancias acarrear la ocasión de obligarnos a intentar su remoción, o a prepararnos para ello. Cuando Del Valle Inclán nos obsequió ese retrato viviente que tituló *Tirano Banderas* – y faltaba mucho tiempo para que surgiera la literatura del “realismo latinoamericano”– hizo un fresco vívido del **tiranuelo** pintoresco y autóctono de esos **lares**. A pesar de tantos avatares, la metamorfosis sigue y prosigue con nuevos modelos.

Hoy existe una falsa creencia en confundir el vigor argumental con el énfasis vocal. Con frecuencia se apela “a la grito del mercado” cuando es obvia la debilidad de las razones que asisten al expositor. Se suele esconder la pobreza mental en la ostentación gestual o la amenaza muscular. Se acude a la figura retórica de la hipérbole,

aumentando o disminuyendo exageradamente aquello de lo que se habla (DRAE); en vez de exponer lo más fundamental y preciso del mensaje, utilizando el epítome, repitiendo algunos conceptos para mayor claridad. Nuestro rico idioma español acuña la expresión “gui-rigay” para el lenguaje oscuro, difícil de entender, como así también para la gritería donde todos hablan a la vez, desordenadamente. Es el equivalente cinético (relativo al movimiento) a la acción de hender que significa abrirse paso entre una muchedumbre, donde hasta los más avispados quedan en estado “turulato”, o sea, alelados o estupefactos, pues “hienda la algazara”, que es el sonido de muchas voces juntas. El discurso queda así en un atasco, bajo el cual el mensaje no puede ser expresado en toda su extensión. Para colmo, a no haber debates y tan sólo una sucesión de monólogos, más que discursar se trata de salmodiar, o sea algo así como escuchar un canto monótono, sin gracia ni expresión.

No andemos con “ripios”; nada de obnubilarse con restos o residuos; ni expresiones superfluas que a menudo se emplean viciosamente. Como bien señala el DRAE, el carácter peyorativo de la palabra apunta a un conjunto de voces inútiles con que se expresan cosas vanas o insustanciales. Eso es desmerecer el mérito del Derecho.

Presenciamos el espectáculo hasta en los debates parlamentarios de temas imbuidos de un insoslayable contenido jurídico y, por ende, que requieren una base o un umbral de técnica jurídica. No interesa el Derecho; o se lo subestima; o se prescinde de él por apartamientos que se intentan justificar con las más variadas locuciones que no pueden ocultar la orfandad de razones: así, en la década del ochenta, era frecuente apoyarse en la “schmittiana” sustentación de “que hay decisión política tomada para hacerlo” (esto de apoyarse en el vocabulario hiperfactualista de Carl Schmitt recuerda el parecido con aquel personaje que escribía sonetos, aunque no supiera en qué consistía esa forma poética); en la década del noventa, los obstáculos o límites señalados por el ordenamiento jurídico superior eran “ladeados” con la frívola incitación al practicismo hedonístico y a veces burlón de “que hay que buscarle la vueltita” para poder consumir el acto antijurídico; y en la década que hoy transcurre la legalidad pasa a convertirse en un epifenómeno formal o un reflejo de simulado pudor ante la necesidad –más de fuente exógena que endógena– de “cubrir” o “blanquear” la validez de las ocurrencias del Príncipe ante cada oscilación emitida por las mediciones del favor popular. Aunque resulte penoso hay que reconocerlo: es grande la lejanía con la visión y el temple del prohombre que, como el muy jovencito Nicolás Ave-

llaneda abordaba los problemas con serena firmeza, concorde con su convicción de que “la energía y el carácter no consisten en la violencia de la palabra o de la acción” (*Mensajes*).

Y si de “mensajes” se trata, es preferible expresarlo en todo su contenido, como así también debe hacerse con las leyes y demás normas que componen el ordenamiento. El “mensaje”, ya sea portador de disposiciones o testimonio de anhelos, puede ser interpretado más fácil y correctamente. Para ello, hay que abandonar un Derecho elaborado con burdo lenguaje mastuerzo, o sea, de verba majadera.

El llamado “meta-mensaje”, requiere ser descifrado, pues a veces asume temas crípticos que lo convierten o confunden con un arcano. Al respecto, no es bueno “jugar” con el Derecho en estas cosas; hay que trasladar las tentaciones lúdicas hacia otros objetos. La propia palabra “mensaje” sugiere una aportación significativa de que el que lo articula o profiere está incluyendo en él un “trasfondo o sentido profundo transmitido por una obra” (DRAE) que, en el caso, puede ser una norma imperativa.

El prefijo “meta” —que es de múltiple uso— incorpora a la expresión “mensaje” un sentido adicional, ya que puede significar “junto a” (al mensaje), “después de” (el mensaje), “con” (el mensaje) o “entre” (el o los mensajes). De tal modo, la inserción del meta-mensaje puede servir de punto de apoyo para valerse de una determinada modalidad de interpretación de las normas jurídicas en cuestión; como a título de ejemplo, las siguientes: 1) una *interpretación factual o factorial* que, como la palabra indica, se limite a lo fáctico y concreto del caso en examen, manteniéndose sujeta al cinturón que ajusta lo perteneciente o relativo a los hechos; 2) una *interpretación ideologizante* al servicio de un cariz doctrinal lo suficientemente hermético como para impedir cualquier porosidad con otras concepciones de diferente inspiración; 3) una *interpretación encorsetada*, o sea, apegada a la ritualidad literal de la norma antes que a los hechos o actos a ser tenidos en cuenta para medir las consecuencias de su aplicación, con el riesgo de caer por esa vía en la vieja dicotomía que planteaban los romanos cuando contraponían los efectos antagónicos que podían causar reglas tan estrictas como “*dura lex sed lex*” (posibles resultados draconianos) o la más benigna expresión de “*summum jus, summa injuria*”, que advertía el riesgo: derecho estricto, injusticia suprema, como una equivalencia con resultados negativos o disvaliosos.

Ya en 1882, el gran dramaturgo nórdico Ibsen, en su memorable obra *Un enemigo del pueblo*, pone en el rol del Doctor

Stockmann el desarrollo de actitudes que hoy se denominarían “políticamente incorrectas”, que eran verdades descarnadas, pero que sirven al autor para prevenir a la sociedad y a través de meta-mensajes los graves peligros que acarrearán la corrupción pública, el autoritarismo o la dictadura de las mayorías, el manejo de los medios de comunicación, y otras patologías que pone en el tapete para denunciar una sociedad enferma a través de la letra de una simple pieza teatral dramática.

#### **XIV.- Final: la ética como presupuesto del Derecho**

Las normas que carecen de fundamento moral, viciadas en su sanción por procedimientos extraños a las previsiones de la suprallegalidad constitucional o descalificables por sus contenidos aberrantes, son “esperpentos”, ya que no coinciden con los presupuestos de la juridicidad. Ello nos permite recordar humorísticamente la remisión literal que incluye el DRAE (Diccionario de la Real Academia Española) con respecto al “renacuajo”: un esperpento. Evitemos pues la deformación legisferante de renacuajos, por tratarse de bichos que estudia la zoología pero que no honran ni placen a la Estética.

La ética y la estética mantienen una indispensable relación entre sí, del mismo modo que la vinculación del Derecho con los preceptos de la moral y de la ética son inescindibles. La Ética es la parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre, mientras que la Moral hace lo propio con las acciones humanas en orden a su bondad o malicia (DRAE).

Afirma –y con razón– Eduardo Giannetti en su obra *¿Vicios privados, beneficios públicos?* (Paidós) que la ética en la riqueza de las naciones es un buen negocio, por dos razones: como factor de cohesión, fundamentalmente para la supervivencia humana; y, además, como factor de producción, pues al operar como un insumo –el capital humano– contribuye decididamente al bienestar social.

La moral es al Derecho lo que la ideología es a la política. Si desconectamos al Derecho del “pulmotor” de la Ética, producimos por desoxigenación el vaciamiento de la legitimidad que le otorga justificación al poder regulatorio de la conducta humana y a la fuerza coercitiva que sanciona a los comportamientos ilícitos que sean lesivos de los valores tutelados. Que no suceda con el Derecho lo que autorizados analistas detectan en otros ámbitos: citamos al sociólogo Sigmund Bauman que acude a la figura de la “licuación” de las re-

laciones humanas en el tiempo actual. Por su parte, en el campo de la antropología y de la etnología, el pensador francés Marc Auge acuñó la figura simbólica del “no lugar”, al detectarse espacios y construcciones que generan ambientes que nadie siente como propios o que despiertan la sensación de un limbo terrenal: algo así como la provisional transitoriedad entre otras estadías (por ejemplo, los aeropuertos). El Derecho no es “un algo” descartable que una vez consumado y consumido se reduzca al recuerdo de un mero objetivo puntual; sino que es la creación cultural permanente de la que la condición humana dispone para alcanzar los fines individuales y sociales, asegurando a la Sociedad la mutua respetabilidad y la prolongación hacia las generaciones venideras. Nada que ver con los “no lugares”, que son espacios de tránsito, anónimos, sin historia ni posibilidad de pensarlos en términos de relaciones simbolizadas con el otro y otros (Auge).

Cuando la Generación del 37 abrevó en las fuentes y rescató la exclamación de Lermimier “el Derecho es la vida”<sup>20</sup>, acaso hayan querido aludir elípticamente a situaciones de aquel momento argentino; pero no pudieron prever que en el siglo XXI alcanzarían un macabro protagonismo las concepciones “fundamentalistas” que exaltan la muerte hasta el extremo de celebrar con festejos la alegría que les depara la auto inmolación de quienes ejercitan los actos de terrorismo en que pierden sus vidas seres inocentes y ajenos a la lucha por la dominación. ¿Cómo entenderlos?: es imposible, a partir de que para esa contra-cultura es una Epifanía lo que para nosotros es una Letanía.

Por alguna razón o motivo todas las concepciones totalitarias han pretendido emancipar al Derecho y a la Política del contenido ético que insufla la moral. No es casualidad –por citar un ejemplo– que las doctrinas sostenidas por el politólogo alemán Carl Schmitt durante el siglo XX hayan sido puestas al servicio del sustento de posturas tan aparentemente distantes entre sí como el régimen nazi, el régimen franquista durante su primer decenio; y, a continuación de ello, a disposición de los movimientos subversivos y tan antidemocráticos como antiparlamentarios de las “Brigadas Rojas” y de “Lucha Continua” en la Italia republicana que asistió atónita al secuestro y asesinato de Aldo Moro, época esa a la que hoy algunos “minisau-

<sup>20</sup> Véase: J. R. Vanossi, “Quiroga de la Rosa y su tesis sobre la naturaleza filosófica del Derecho”, en *Escritos Varios*, I, Buenos Aires, 1963, pág. 49 a 63; en especial pág. 55, sobre “*le droit c'est la vie*”.

rios” de varias regiones recuerdan con nostalgia y otros con afán de revancha<sup>21</sup>.

El resentimiento y la revancha son venenosos y escalofriantes. Las relaciones entre la Paz, la Moral y el Derecho han sido consideradas durante milenios. No vamos a pontificar al respecto. Pero sí acentuar un ingrediente: esto es, que ninguna sociedad ha podido curarse de los males y superar sus crisis más agudas prescindiendo del valor Justicia, como tampoco ha logrado la “paz interior” (la tan mentada por el Preámbulo de nuestra Constitución como uno de los fines perpetuos de la Nación) ni, por ende, asegurar las condiciones de su desenvolvimiento y desarrollo en vista al muy válido deseo de proyección de futuro y de porvenir, si no se procura en su seno –por los gobernantes, por el pueblo y por las entidades intermedias– una reconciliación genuina, generosa y general. Con frecuencia abrigo el temor de que nos inficionemos con las implicancias no queridas de aquel terrible párrafo del malogrado literato H. A. Murena: “todo el que quiere vivir tiene que matar, y sólo después del asesinato podrá reconciliarse con los muertos”. No hay posibilidad ni probabilidad de efectivizar un régimen plenario de vigencia del Estado de Derecho –ya sea republicano o monárquico– si no se crean simultáneamente y se mantienen permanentemente las condiciones, los requisitos y los recaudos que hacen a los contenidos sustanciales –sean materiales o procedimentales– que el constitucionalismo ha estructurado al cabo de su extensa experiencia institucional. De nada vale exigir una cierta “calidad de vida institucional” si no se cuenta con un ámbito espacial y poblacional que comparta valores tales como la paz, la justicia, el orden, la libertad, el bienestar, etcétera; y para ello es menester eliminar los odios y rencores que envenenan el clima propio de la convivencia y el respeto colectivo.

El gran iuspublicista galo Gastón Jéze apuntaba “que una solución jurídica debe valorarse en la medida en que contribuya a la *paz social*”. Así lo pudieron entender en sus respectivos momentos históricos hombres y estadistas de la más variada prosapia. Por ejemplo Abraham Lincoln, que luego del triunfo en la Guerra de Secesión y pocos días antes de ser vilmente asesinado (acababa de cumplir 56 años), instó a los hombres y mujeres de los dos bandos, tanto los “abolicionistas” cuanto “esclavistas”, actuaran de ahí en más “sin male-

<sup>21</sup> Los “saurios” son reptiles que generalmente tienen cuatro extremidades cortas, mandíbulas con dientes, y cuerpo largo con cola también larga y piel escamosa o cubierta de tubérculos; por ejemplo, el lagarto (DRAE).

volencia para nadie y sí con caridad para todos, empeñados en curar las heridas, y lograr de esa manera para todos los americanos una paz justa y duradera” (cit. por Vanossi, en *Teoría Constitucional*, t. I, p. 667). Tan es así, que en una España dividida y desangrada por la guerra civil (1936-1939), el presidente republicano Manuel Azaña invitaba a la misericordia y a la superación de la crueldad fraticida (gestos que resultaron inútiles) y hasta el propio jefe de gobierno, el más radicalizado doctor Juan Negrin, en ocasión de formar su segundo gabinete fijó en su programa de trece puntos que “cometerá un delito de traición a los destinos de nuestra Patria aquel que no reprima o ahogue **toda idea de venganza y represalia**, en aras de una acción común de sacrificios y trabajos que por el porvenir de España estamos obligados a realizar todos sus hijos” (confr. *Guerra Civil y Tribunales*, de Raúl Cancio Fernández, Univ. De Extremadura, 2007).

Un Derecho justo debe asentarse en la paz y, si ésta fuera incompleta, debe aspirar a la pacificación. La venganza y el desquite conducen a la “ley de la selva”, al “todos contra todos”, al estado sub-social y salvaje: son las antípodas del Estado constitucional de Derecho, donde –weberianamente hablando– el monopolio legítimo del poder de coerción y de represión por parte del Estado como órgano limitado pero eficiente de la Sociedad, elimina las hipótesis de deformación patológica que abren el paso al brote de “justicieros”, de “llaneros solitarios”, de “escuadrones de la muerte” u otras formas fanáticas de autodisolución social. En un discurso pronunciado por Joaquín V. González en el Congreso el 28 de junio de 1902, el hombre de Estado más completo que acaso haya tenido la generación “del 80” en su última etapa, decía: “Las naciones no pueden hacer programas políticos de una preocupación, de un rencor, de una pasión adversa a un pueblo ni a un hombre. Las naciones son entidades superiores que se personifican a veces en sus hombres públicos, pero teniendo siempre en cuenta su propios destinos, y nunca esclavizando su acción, su libertad y todas las energías de su vida, para perseguir la realización de sueños fantásticos o para llegar algún día a la satisfacción de rencores o resentimientos perdurables”.

Concepciones pesimistas ha habido muchas. Y las habrá. Así, el *homo homini lupus* de Hobbes. También Schopenhauer, que afirmaba: “el instinto social de los hombres no se basa en el amor a la sociedad, sino en el miedo a la soledad”. O las desgarrantes palabras del llamado “poeta maldito”, el gran Charles Baudelaire, cuando gritó: “a veces parece que el hombre está condenado a la desesperación: vertiginosa posibilidad de *la nada*” (*Las flores del mal*). Otro tanto

puede hallarse en autores más recientes, como el rumano francófono Cioran, pletórico de escepticismo y de aforismos apocalípticos, nada propensos a generar estímulos positivos.

Como contrapartida, es imposible ignorar la increíble hazaña llevada a cabo por el líder sudafricano Mandela, que después de haber sufrido toda clase de humillaciones, persecuciones y sanciones durante el régimen segregacionista del Apartheid, produjo desde su arribo legítimo al poder el fenómeno de una coexistencia y convivencia pacífica, superadora del racismo que había perdurado durante tanto tiempo y, por la vía de la reconciliación y de la mutua comprensión, ha colocado a la República Sudafricana entre los modelos más paradigmáticos de integración social.

Nuestra concepción es optimista. Hay un optimismo realista, que sin deslizarse al ilusionismo mágico, ni al utopismo, ni a un determinismo de cualquier signo, tampoco cae en la ingenuidad de una fe en el “progreso indefinido” o indetenible. El Derecho no necesita de fantasías. El derecho existe; ya lo tenemos, aunque siempre será susceptible de perfeccionarlo, acercándolo –lo más humanamente posible– al valor justicia. Lo que el derecho pide o necesita, es el potenciamiento de la *liability* y la *accountability*, o sea, el énfasis en las herramientas (acciones) y los mecanismos (procedimientos) para alcanzar un real y efectivo régimen de responsabilidad, tanto vertical cuanto horizontal.

En el fatigoso trayecto hacia el *desideratum* de un derecho plenario, encontraremos las citas correspondientes al pensamiento que –al decir de Stefan Zweig– en momentos estelares de la humanidad “han iluminado el permanente camino de la búsqueda”. En tal sentido, tres ejemplos parecen apropiados a nuestro tema, pues si bien ascienden a las alturas de la filosofía general, no por ello pierden su necesario vínculo con la sustancia del Derecho. En primer lugar –cronológicamente– nos remitimos a las *Meditaciones*<sup>22</sup> del rey-filósofo,

<sup>22</sup> En griego: *Tà eis heautón*. El artículo *tà* que inicia el título supone un plural neutro como *biblia* (libros) o bien *hypomnémata* (recuerdos, memorias, pensamientos). Y *eis heautón* puede traducirse por “acerca de sí mismo”. Sin embargo, el título “Libros acerca de sí mismo”, que corresponde a una traslación literal, ha sido traducido frecuentemente en castellano por “Soliloquios” y más recientemente por “Meditaciones”. El estilo de su escritura espeja sin duda el de su temperamento. En él se reflejan la austeridad y sinceridad de su persona. **El esfuerzo de su pensamiento es no sólo reducir la filosofía a un conjunto de principios éticos, dentro de los cuales la sinceridad y la austeridad se vuelven prioritarios, sino también situar al individuo en el kósmos (orden del universo) para que éste, en la medida de sus fuerzas, comprenda los designios divinos y racionales de**

el estoico Marco Aurelio, un romano seguidor de la tradición helenística, a tal punto que sus aforismos fueron escritos en griego. De ellos, tiene especial relevancia su máxima moral:

*“Te liberarás si ejecutas cada acción como si se tratara de la última de tu vida, desprovista de toda irreflexión, de toda aversión apasionada que te aleje del dominio de la razón, de toda hipocresía, egoísmo y despecho en lo relacionado con el destino”.* **O sea, que cada acto de la vida se debe realizar como si se tratara del último.**

Marco Aurelio conectaba al Derecho y a la política con la ética, dirigiendo toda la atención a la vida interior del ser humano, de cuya perfección moral surgiría una idea de la Justicia como fundamento de todas las virtudes resumiendo la preeminencia de la vida interior sobre las exterioridades en una sentencia: “depende de ti”.

Por su parte, Kant enfatiza su “imperativo categórico”, desplazando al meramente hipotético, mediante una fórmula de “ley universal” que se asocia a las leyes de la naturaleza y a las fórmulas de la humanidad como un fin en sí mismo (no como un medio) y de la autonomía; para rematar con la siguiente consigna:

*“Obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal”.*

Más contemporáneamente, Karl Popper nos hizo abrir los ojos con el señalamiento de una severa limitación, que no se puede subestimar en la ponderación de la cuadratura del círculo (sic) que encierra la ambición de alcanzar una idea universal de la Justicia:

*“No es posible persuadir con el razonamiento a quien no se ha formado una opinión a través del razonamiento”.* O sea, que no se puede convencer por la lógica a quienes parten de los presupuestos de “otra” lógica, opuesta en sus postulados<sup>23</sup>.

El Estado de Derecho y la seguridad jurídica plenas siguen siendo aquél, ya mencionado en párrafos anteriores, “*desideratum*”, o sea, una aspiración o deseo pendiente, que aún no se ha cumplido.

---

**aqueil orden** (*Confesiones Filosóficas*, José González Ríos –compilador–, pág. 30, Ed. Quadratta, Buenos Aires, 2006).

<sup>23</sup> El Profesor Jorge Laborda, actual Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Castilla – La Mancha, en un reciente trabajo sobre ética, publicado en *El País* del 7/II/07, propone la consagración de una nueva norma de raíz aristotélica, del siguiente tenor: **“No intentarás convencer a nadie de nada para lo que no dispongas de evidencia objetiva”.** El autor de esta proposición estima que esta nueva norma supera a la de “no mentirás”. Descuenta que el avance de las ciencias también supone un avance de la ética; y que la condición implícita del cumplimiento de la norma consiste en que “hay que disponer de evidencia demostrable”; de lo contrario, corresponde abstenerse.

En la indulgencia que impetro, va incluido el beneficio de la duda. Si la hubiere, tras mi exposición abreviada, que no se juzgue como un “*improntu*”, pues entre sus defectos no he querido incurrir en el de la improvisación; y, acaso, haya pecado por abuso de composición siguiendo la acción proyectiva de un plan vectorialmente preconcebido. Más bien que el defecto mayúsculo puede recaer en la sospechosa “*impronta*” que, en el tránsito de la pasión a la razón, denuncia a la vista o a los oídos una marca o huella proveniente del orden moral que deja una cosa en otra: en este caso, en mi modesta percepción del Derecho, considerado este, acá, allá o acullá.

Señoras y señores: Concluyo aquí esta exposición introductoria, dando cumplimiento a la manda estatutaria de la Academia Nacional que me distingue con la incorporación a su tan selecta membresía. Espero no haber devaluado las expectativas que despierta un tema como el del Derecho, cuya elección para este acto es el fruto de una combinación entre la vocación y la pasión que siempre despertó en mí el fascinante *élan vital* de la Ciencia jurídica<sup>24</sup>. Dije o confesé hace un instante mis opiniones relativas al sobredimensionamiento de las ilusiones. Pero una cosa es convertir o confundir las ilusiones con el espejismo y otra bien distinta es la nutrición que mantiene viviente a la esperanza. Y de eso se trata: de tener y mantener la esperanza en el triunfo del Derecho sobre la anomia. En varias ocasiones, a lo largo de esta exposición, hemos acudido a este último término (“*anomia*”), cuyo significado es bien conocido desde el momento que las ciencias sociales lo han adoptado como propio y como parte del vocabulario atinente a las posibles patologías que acompañan a los estados de crisis. En la aplicación concreta del término, nosotros estimamos que el vocablo es multunívoco, no por tener acepciones contradictorias entre sí, sino por la distinta gravedad de los escenarios de ruptura a tomar en cuenta. Es con ese entendimiento que podemos distinguir –al menos– las siguientes hipótesis anómicas, a saber:

a) el descreimiento y desacatamiento de un orden jurídico-institucional cuyo establecimiento puede ser susceptible de un cuestionamiento general o parcial.

b) la plena entrada en *caos* de las reglas de conducta social vigentes hasta la víspera, por el choque manifiesto entre la normalidad y la normatividad.

<sup>24</sup> La expresión *élan vital* fue introducida por Henri Bergson, aludiendo a una “fuerza vital”, entendida como hipótesis de la evolución y el desarrollo de los organismos (véase encipl. Wikipedia).

c) una completa subversión axiológica, con la inversión de los valores aceptados o su rechazo generalizado. Lo negro pasa a ser blanco y lo blanco se considera negro.

Los casos o hipótesis precedentemente enunciados pueden configurarse en el terreno de la legalidad, tanto en un ámbito ocupado por un exceso de normas y reglas, como así también ante la ausencia de un ordenamiento, o la insuficiencia formal o material del orden legitimado, o la magnitud de sus defectos o vicios. La gradación de los niveles de anomia no es fácil de medir, por la fluctuación de los hechos y la incertidumbre que rodea a la credibilidad en el Derecho. La anomia, a partir del punto caótico, no es la neblina ni la oscuridad de las tinieblas: **es la nada; es el vacío.**

Por ello comparto y ofrezco compartir con vosotros –a manera de colofón– el consejo brindado en las postrimerías de su existencia por el reconocido escritor William Faulkner: “la sabiduría suprema es tener sueños bastante grandes para no perderlos de vista mientras se persiguen”.

Pues bien: que tengamos sueños así, por crispantes que sean, pero que no los resignemos ante la aparente simpleza o la hedonística sensación de un ensueño. Me despido de ustedes, impetrando clemencia por la dureza de muchos de mis conceptos, aunque abrigo la impresión de que es mejor no “aporrar” –verbo que remite a la escena de no responder ni hablar en ocasión en que se debía hacerlo (DRA)–, que incurrir en esa falta de urbanidad conocida como el defecto de “aporrarse”, consistente en hacerse el pesado o molesto (DRA). Si así fuera, imploro vuestro juicio clemente y la benevolencia del perdón; de la misma manera que los pueblos suelen ser tan condescendientes con la “gobernanza” que reciben, o sea, con la acción y los efectos que generan quienes fueron encomendados con la carga de gobernar. Estadistas de la talla de George Washington tuvieron la incitante inspiración de no guardar odios ni resentimientos, sino que –por el contrario– legaron a sus compatriotas la sabiduría y el estímulo que brotan de su imborrable “*Farewell adress*”: su mensaje de despedida lleno de directivas, con consejos para quien gobernara, pues su retiro fue sinceramente definitivo.

Con este ensayo he empleado una doble metodología: por un lado –y según los temas– he combinado, separadamente, la óptica de la descripción, con el juego de la comparación y con los juicios de valoración. Este enfoque ha suministrado una aproximación (*approach*). Por otra parte, he inyectado el análisis frecuente de la politología para entregar al auditorio de esta Academia un punto de vista sobre

el difícil papel que cumple el Derecho en un mundo de conductas humanas donde el espectáculo es estremecedor. Al tinglado en que se desenvuelve el Derecho llegan muchos sonidos que atraviesan la campana o la coraza de la normatividad y que en la “locura frenopática” (Unamuno) de sus agentes son más peligrosos que los arrullos de ciertos *sonidos diegéticos* que –como el del remo en el agua, el de un motor, o las pisadas de un humano o de un semoviente– no pasan de un susto o de la inquietud de un susurro.

El Derecho se encuentra con Cajas de Pandora que expelen las respuestas que no tuvieron preguntas previas: está ante amenazas o hechos consumados que se producen sorpresiva y sorprendentemente. Los detonantes pueden ser de diverso origen, las motivaciones también, los disparadores otro tanto. Lo difícil es llegar a la cauterización, especialmente cuando las heridas desangran a la “paz interior” de una Sociedad. ¿Cómo salir del laberinto cuando el Derecho es desatendido por la seductora voluptuosidad del Poder? ¿Otra vez aparecen las relaciones entre el Derecho y el Poder! Hay tiempos de relaciones nobles y hay puntos de ignición que delatan que en las trastiendas del Poder se enhebran aparcerías con los que se mofan del Derecho y se entablan relaciones morganáticas con presencias protagónicas que son inquietantes para el recto cumplimiento del Derecho. A veces tratan al orden jurídico como quien descarta un pastiche. Hace más de un siglo, Ramos Mejía estudió científicamente el mal de la locura en los personajes del Poder; más tarde aparecieron nuevas enfermedades mentales que, entre otras obsesiones, conducían a imponer el sometimiento de la Justicia y del Derecho a los designios del Poder absoluto. Hoy se estudia la “parafrenia”, que adolecen quienes agitan la tendencia incontenible (semejante a la de un “chalado” que se vuelve loco por algo) para atornillarse a una fijación del pasado que le anega la porosidad con la realidad presente y, para peor, le impide despejar la ruta que conduce a un porvenir de superación de las viejas antinomias. Eso explica la habitualidad con que se lanzan “varapalos” por doquier, siempre y cuando ello sea “marketinero” y mantenga el “rating”.

Bo Yibo, líder chino que aceleró la apertura económica (fallecido este año a los noventa y ocho de edad) afirmaba que para sobrevivir y afianzarse en el mundo “debemos tener un sentido de la urgencia” (*El País*, 18/I/2007). Recojamos la sabiduría oriental: nuestra urgencia está en sanear el Estado de Derecho, pues un buen sistema legal es *conditio sine qua non* para direccionarnos e imprimir rapidez al empuje de las fuerzas morales y sociales que en lo mate-

rial y en lo espiritual nos movilizarán en armonía sobre el trípode del progreso, del crecimiento y del desarrollo. La modernización de nuestro Derecho –nacional y regional–, a partir de los valores culturales de una sociedad libre, brindará la posibilidad de contar con normas positivas y con operadores jurídicos capacitados para que ese derecho objetivo se traduzca en la protección concreta y pronta de los derechos subjetivos que animan a las personas. Sólo así estaremos reencontrados con el mundo que avanza y no con los fósiles recalcitrantes que retroceden y degradan a sus pueblos a la condición de un rebaño. Así como al paleoterio le sucedió el noble caballo, cabe la esperanza de que a los improvisados y a los demagogos les sucedan los estadistas: personas con gran saber y experiencia en los asuntos del Estado; que es lo que reclamaba José Ingenieros en su obra *El hombre mediocre* cuando distinguía entre los **países** como meras expresiones geográficas, de los **Estados** como forma de equilibrio político, y la **patria** como mucho más que todo eso, pero para alcanzar ese ideal el célebre autor invocaba remataba su disquisición al respecto con la siguiente aspiración: “La **patria** está implícita en la solidaridad sentimental de un pueblo y no en la confabulación de los politiquistas que medran a su sombra”. Como es obvio, Ingenieros advertía claramente la necesidad de diferenciar al politicastro del estadista.

En su momento dijimos que esto no sería una aporía. La vigorización del Derecho tampoco es un camino fácil ni una euforia; sino más bien crear las circunstancias de su posibilidad, esto es, bajo qué condiciones específicas es operable en el mundo real. Y en esa búsqueda de posibilidades del Derecho, está presente el *cogito*, la profunda meditación y reflexión visceral: así debe ser el abordaje del Derecho, como un fenómeno al que hay que auscultar en todas sus cavidades, es decir, hasta llegar a la entraña, a la intimidad esencial de sus múltiples manifestaciones.

Si llegamos a tomar esa decisión, el Derecho tendrá una *crucifixión* menos y una *glorificación* más. No perdamos más tiempo: practiquemos una *punción* en la maraña del Derecho; y bien vendría la pulsión<sup>25</sup> de vida del Derecho que, precisamente, es la disciplina que ordena la conducta de los humanos vivientes, a través de la fuerza normativa. En caso contrario, de permanecer flotando en el inmovilismo, quedaremos a merced de lo que Goethe llamó “los impulsos oscuros de la historia”, o sea, el lado tenebroso de nuestro pasado.

<sup>25</sup> En psicoanálisis, energía psíquica profunda que orienta el comportamiento hacia un fin y se descarga al conseguirlo.