

Un círculo vicioso: impacto de las emergencias continuadas en el diseño institucional de Argentina. Emergencia y división de poderes

Horacio Daniel ROSATTI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La teoría clásica de la división de poderes en el Estado de derecho*. III. *Crisis de la teoría clásica de la división de poderes*. IV. *Crisis de legitimidad en el Estado intervencionista, emergencias reiteradas y actualización de la teoría de la división de poderes*. V. *Conclusiones*.

I. Introducción

En términos generales, los *análisis de impacto* de los regímenes jurídicos de emergencia suelen abordar los aspectos más directos y perceptibles, tales como su incidencia sobre el valor adquisitivo de la moneda, sobre la rentabilidad de una locación, sobre la evolución de las finanzas públicas, sobre el mercado financiero, sobre los negocios de importación y exportación y otras tantas derivaciones de corto o mediano alcance.

Cuando las emergencias se reiteran, el análisis se detiene —excepcionalmente— en las consecuencias de largo plazo; pero aun en esta hipótesis, la mirada se dirige a buscar claves interpretativas que —a partir de un enfoque diacrónico— permitan entender “lo que ha sucedido” en un campo específico (verbigracia: en el sistema jubilatorio, en el régimen tarifario de los servicios públicos, en el mercado inmobiliario, etcétera). En cualquier caso, se echa de menos el *análisis de impacto* de las emergencias reiteradas en torno a la modificación que —en términos de

funcionamiento— producen al interior del sistema institucional del país, como también la ponderación del inventario de dispositivos que cuentan con virtualidad suficiente para lograr la ansiada transición entre una normalidad que es asumida como “un interregno entre dos emergencias” hacia un horizonte de estabilidad jurídica y previsibilidad política, económica y social.

En términos institucionales, la reiterada anormalidad jurídica puede repercutir tanto en la relación sociedad-Estado (afectando la vigencia o la potencia de los derechos individuales) cuanto en el diseño del poder público mismo, incidiendo en el reparto del poder en sentido vertical (nación-provincia-municipio) y/u horizontal (Legislativo-Ejecutivo-Judicial). En el primer caso (relación sociedad-Estado), los enfoques renuevan la sempiterna lucha entre libertad y autoridad; en el segundo caso (diseño institucional), los análisis retoman la cuestión de la descentralización y de la relación entre democracia y eficacia.¹

Ubicados en una posición holística y de largo plazo, propiciamos el debate en torno a la repercusión que sobre la teoría clásica de la “división de poderes” han tenido las recurrentes mutaciones del rol del Estado y la aplicación de sistemas jurídicos de emergencia, y realizamos un sucinto inventario de los mecanismos vigentes (o factibles) en la Argentina, destinados a volver a nutrir a las instituciones democráticas del valor representativo, tanto en términos simbólicos (como condensadoras de valores y depositarias de un cúmulo histórico) cuanto funcionales (medible en grados de eficiencia), que hoy han extraviado.

II. La teoría clásica de la división de poderes en el Estado de derecho

1. El contexto científico-filosófico del surgimiento de la teoría clásica de la división de poderes

En sus orígenes, la teoría de la división de poderes era concebida:

¹ Este tema lo hemos tratado en Rosatti, Horacio Daniel, “El Estado y la colmena: la emergencia en el derecho constitucional argentino”, *Revista de Derecho Público*, Santa Fe, núm. 2002-1, pp. 95 y ss.

- Desde el punto de vista conceptual o político, como una garantía para aventar la posibilidad de recaer en alguna de las formas de poder despótico que se dejaban atrás, y
- Desde el punto de vista estrictamente funcional o mecánico, como una aplicación más —por extrapolación al campo social— de la teoría de la división del trabajo, basada en la especialización, eje de la cosmovisión funcional-eficientista del capitalismo fabril.

Desde esta perspectiva funcional, la teoría clásica de la división de poderes (con su correlato de equilibrios, frenos y contrapesos) expresa el predominio de una concepción física de la realidad en reemplazo de la concepción metafísica dominante hasta la modernidad (de carácter filosófico en Grecia y teológico en el Medioevo). En clave política, supone el desplazamiento de una visión finalista y cualitativa de la política (Platón, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino) hacia una visión funcionalista y cuantitativa.²

No es de extrañar que sea un hombre formado tanto en ciencias naturales cuanto en ciencias físicas y matemáticas como el barón de Montesquieu quien desarrolle auguralmente esta inflexión teórica sobre el estudio de la política y el Estado. La perspectiva mecanicista interpretará a las instituciones políticas no tanto como un reflejo directo de la naturaleza humana sino también —y fundamentalmente— como un “correctivo” para controlar sus desviaciones.

2. La especificidad funcional en la teoría clásica de la división de poderes

En la teoría clásica de la división de poderes, los órganos Legislativo y Ejecutivo “encarnan” la representación pública (“la opinión del pueblo”, “el sentimiento colectivo”) mediante generalizaciones,³ y el Poder

² Thury Cornejo, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002, pp. 65 y ss.

³ Las leyes establecidas y promulgadas “no deberán ser modificadas en casos particulares y tendrán que ser idénticas para el rico y el pobre, para el favorito que está en la Corte y para el labrador que empuña el arado” (Locke, John, *Tratado sobre el gobierno civil*, trad. de Amando Lázaro Ros, Madrid, Aguilar, 1980, capítulo XI, párrafo 142, p. 109). En el mismo sentido, Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, trad. de Consuelo Bergés, Madrid, Aguilar, 1978, libro II, capítulo VI (*De la ley*), p. 40.

Judicial encarna la especialización profesional (“el saber técnico”) mediante especificaciones destinadas a resolver casos concretos.

La diferencia de “talante” entre la función política y la de juzgar es resumida por Montesquieu en *Del espíritu de las leyes* (1748):

Por la naturaleza misma de las cosas, hay una especie de contradicción entre el consejo del monarca y sus tribunales. El consejo debe componerse de pocas personas y los tribunales de justicia exigen muchas. La razón es que los consejeros deben tomar los asuntos con algo de pasión, lo que sólo se puede esperar de cuatro o cinco hombres interesados en lo que han de resolver; siendo muchos, no todos los tomarían con igual calor. En los tribunales judiciales sucede lo contrario; conviene ver las cuestiones con serenidad, en cierto modo con indiferencia.⁴

3. *Jerarquía de funciones en la teoría clásica de la división de poderes*

Según la teoría clásica, la función legislativa sólo encuentra como límite a la imaginación del legislador, considerado como un “semidiós”, en tanto que el juez debe limitarse —como un ventrílocuo— a repetir lo que dijo el legislador.

En último análisis, no es falso afirmar que la concepción dieciochesca y decimonónica dominante en Europa (no olvidamos las excepciones contra-culturales al “Iluminismo” que significaron —cada uno en su extremo— De Maistre y Lassalle)⁵ concebía a la ley como un producto racional y atemporal. Desde una perspectiva histórico-filosófica, la ley era por aquellos tiempos “una escala” en la travesía racional del hombre, que se iniciaba con el “pienso, luego existo” y culminaba con un sistema filosófico completo.⁶

4 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 1982, libro VI, capítulo VI, p. 55.

5 De Maistre, Joseph, *Ensayos sobre el principio generador de las Constituciones políticas*, trad. de Gustavo Piemonte, Buenos Aires, Dictio, 1980; Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de Wenceslao Rocés, Madrid, Júcar, 1979.

6 Sobre este tema nos hemos explayado en Rosatti, Horacio Daniel, *Fisiología de la ley*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1987, capítulo III.

Como todo esfuerzo intelectual, el soplo vital de la norma fincaba en la “inspiración” de su autor —el legislador— y no en los condicionamientos sociopolíticos o económicos externos.⁷ Es factible percibir en esta concepción un resabio de la filosofía política platónica: el filósofo (gobernante perfecto) necesita espaciar sus periodos de “contaminación humana” (el llano) con épocas de instrucción, solipsismo y contemplación (la cima).⁸

Por eso la ley carecía de “oportunidad” o “momento” propio y por tanto su producción podía programarse y regularse casi a voluntad. Dice Montesquieu: “sería inútil que el cuerpo legislativo estuviera en asamblea permanente...”.⁹

En la concepción clásica de la teoría de la división de poderes, la función legislativa prevalece sobre las otras dos. John Locke dirá reiteradamente que el Poder Legislativo es “el poder máximo”, con preeminencia sobre los demás poderes constituidos; Rousseau no dudará en calificar al legislador, “por su genio y su función” —y a diferencia de quienes ejercen la soberanía y la magistratura— como “un hombre extraordinario en el Estado”, y Montesquieu habrá de ratificar esta supremacía al afirmar que “...los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”.¹⁰

7 Aquí hay que ser justos con Montesquieu: él sostuvo la influencia indirecta (a través del temperamento humano que forjaba) de factores externos tales como el clima, la extensión del Estado, la naturaleza del terreno, la religión y también las costumbres, aunque estos condicionantes —en tanto que “datos”, “presupuestos”, “constantes”— operaban como un llamado a la prudencia del legislador y no como acicate de urgencia legislativa. Althusser, Louis, *Montesquieu: la política y la historia*, trad. de María Ester Benítez, Barcelona, Ariel, 1974, p. 69.

8 Platón, *República*, trad. de Antonio Camarero, Buenos Aires, Eudeba, 1975, libros VI y VII (en especial, dentro del libro VII, núms. 539, 540 y 541), pp. 335 y ss.

9 Montesquieu, *op. cit.*, nota 4, libro XI, capítulo VI, p. 107. En el mismo sentido, el *Bill of rights* inglés de 1689 establecía en su punto 13 “que para la reparación de cualquier perjuicio, para enmienda de las leyes o para asegurar su cumplimiento, el Parlamento debe reunirse frecuentemente”.

10 Locke, *op. cit.*, nota 3, capítulo XI, pp. 100 y ss.; Rousseau, *op. cit.*, nota 3, libro II, capítulo VII, pp. 42 y ss.; Montesquieu, *op. cit.*, nota 4, p. 108.

III. Crisis de la teoría clásica de la división de poderes

1. Crisis del Estado liberal de derecho

Los problemas generados por la aplicación del sistema “funcionalista” de la política, que expresan el trasvasamiento de la lógica del mercado sobre el Estado, se hicieron notorios sobre mediados del siglo XIX.

El egoísmo —asumido por la concepción liberal como factor determinante del progreso económico— termina por dominar no sólo a su escenario original sino también al social, y la competencia sin igualdad real de oportunidades sólo consigue aumentar la brecha que se abre entre el capital y los asalariados, generando una creciente concentración de la riqueza. La iniciativa privada se circunscribe a aquellos que pueden efectivamente ejercitarla, quienes guían su actividad conforme a la lógica del costo-beneficio en un contexto que revela su impotencia para corregir las iniquidades. Y así, el círculo vicioso se reproduce, agravándose con cada giro.

El Estado mínimo y abstencionista (correlato político del capitalismo liberal que confiaba en la autorregulación del mercado) debe reaccionar ante las iniquidades que se producen al interior de la sociedad, tales como la desigualdad económica que deviene en desigualdad social y política, el crecimiento anárquico de las ciudades, la explotación laboral de mujeres y menores, la mendicidad y el desempleo, entre otras tantas lacras.¹¹ Queda claro que el bien común no se obtiene “espontáneamente” mediante la acumulación automática de los intereses individuales —tal como prescribía Adam Smith—,¹² y que el Estado no puede permanecer “neutral” frente al espectáculo de la creciente desigualdad.

Este modelo en crisis recibirá tres tipos de contestaciones: el *anarquismo*, el *socialismo científico* y el *intervencionismo*. Los dos primeros constituyen respuestas revolucionarias, en la medida en que se proponen desplazar al sistema capitalista; el tercero es reformista porque busca morigerarlo. El *anarquismo* —en sus distintas variantes— no logra

¹¹ Hobsbawm, Eric, *La era del capital (1848-1875)*, trad. de A. García Fluxá y Carlo A. Caranci, Barcelona, Crítica, 1998, pp. 221 y 230.

¹² Smith, Adam, *Una investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Alianza, 1999, libro IV, II, pp. 552 y 554.

arraigarse en experiencias políticas duraderas, aunque deja una profunda huella intelectual en movimientos sociales posteriores; el *socialismo científico* de Marx y Engels es reinterpretado por Lenin y desnaturalizado por Stalin dando origen al “colectivismo”, aplicado en la Unión Soviética y sus países “satélites” hasta la llamada “caída del muro de Berlín”, y el *intervencionismo* proyecta una constelación de propuestas que se agrupan bajo el rótulo de “Estado de bienestar”.

2. Surgimiento del “*intervencionismo*” estatal

Por *intervencionismo* debemos entender la injerencia del Estado dentro del mercado con el objeto de corregir las consecuencias socioeconómicas negativas derivadas de su funcionamiento en un momento determinado (*intervencionismo “corrector”*), o bien de incorporar restricciones específicas a algunos de los presupuestos del sistema capitalista (libre iniciativa, libre competencia y propiedad privada irrestricta) por medio de una regulación jurídica principista (*intervencionismo “inductor”*).

En cualquier caso, el *intervencionismo* constituye una alternativa de relación entre las instituciones Estado y mercado que, dentro de un sistema capitalista, se necesitan reciprocamente. El Estado demanda del mercado los recursos económicos sin los cuales resultaría inviable para cumplir con sus cometidos, y el mercado demanda del Estado el sostenimiento de reglas de juego que otorguen previsibilidad a los intercambios y la asunción de los cometidos que el mercado no está dispuesto a asumir. Esta relación entre Estado y mercado, entre sus expectativas y sus resultados, requiere fundar las bases de la legitimidad en el consenso. Un consenso cuya expresión resulte compatible para el Estado (en términos de igualdad y justicia distributiva) y compatible para el mercado (en términos de obtención de excedentes).¹³

Dentro de la caracterización citada es posible reconocer distintos tipos de *intervencionismo*, conforme a la temporalidad con la que se asume la injerencia estatal y conforme al origen científico desde el que se propone tal injerencia.

¹³ Strada Sáenz, Gerardo, “Estado y mercado”, *Introducción a la ciencia política*, Buenos Aires, Eudeba, 1995, capítulo 4, p. 185.

De acuerdo a la temporalidad con la que se asume la injerencia estatal sobre el mercado es posible reconocer un “intervencionismo transitorio”, destinado a corregir los efectos no deseados —asumidos como disfuncionalidades— ocasionados por el mercado (previéndose el retiro del Estado de la escena cuando la situación vuelva a su cauce “natural”) y un “intervencionismo permanente”, destinado a establecer limitaciones jurídicas y políticas concretas a lo que se consideran excesos consustanciales e intrínsecos (y por lo tanto “inevitables”) del funcionamiento del mercado.

De acuerdo al origen científico desde el que propone la injerencia estatal sobre el mercado (origen que ejercerá una tutoría decisiva sobre el desarrollo y la evaluación de los resultados de la injerencia), es posible reconocer un “intervencionismo principalmente económico”, que se resume en la proposición de recetas o fórmulas macroeconómicas para destrabar una situación conflictiva, y un “intervencionismo principalmente político”, que se funda en principios doctrinarios ajenos a la ciencia económica clásica tales como la igualdad real de oportunidades, la justicia social y la equidad.

La combinación de los criterios clasificatorios nos sitúa en las dos vertientes más conocidas del intervencionismo del siglo XX: el “*keynesianismo*” (intervencionismo transitorio de raíz económica) y el “constitucionalismo social” (intervencionismo permanente de naturaleza política).

A. *El intervencionismo keynesiano*

El “keynesianismo” surgió a partir de la estrategia macroeconómica elaborada por el economista inglés John Maynard Keynes (1883-1946), que propuso como alternativa de solución para salir de la crisis económica de los años treinta del siglo XX (caracterizada por la concurrencia de una recesión prolongada y de altas tasas de desempleo) la injerencia del Estado como factor dinamizador del mercado.

Su propuesta de reactivación económica se afirmó sobre dos pilares que constituyeron sendas “heterodoxias” para la teoría liberal clásica: propiciar la participación del Estado en actividades reservadas al mercado —a condición de que permitieran destrabar la parálisis productiva—

y tolerar el endeudamiento del Estado para lograr este cometido reactivador. En concreto, Keynes proponía actuar decididamente sobre la demanda para motivar la oferta, lo cual suponía contradecir la llamada “ley de Say”, según la cual es la oferta quien crea su propia demanda.

El reformismo keynesiano —aplicado en Estados Unidos de Norteamérica con notable suceso— implicaba excepcionar los principios del “Estado mínimo” y del “presupuesto equilibrado”, tan valiosos para el liberalismo económico ortodoxo, pero no preveía la prolongación *sine die* de la injerencia estatal. Una vez que la economía se reactivara (por el impulso dinamizador de la nueva inversión pública), disminuiría progresivamente la desocupación y aumentaría la recaudación tributaria (por ampliación del universo de contribuyentes efectivos); con ello se podría conjurar al endeudamiento público propiciado para salir de la emergencia, y el Estado —nuevamente equilibrado en su balance de recursos y gastos— debería replegarse a su rol originario.

Con el correr de los años se aplicó (por cierto que erróneamente) el apelativo “keynesianismo” a toda receta macroeconómica que tendiera a aumentar la injerencia del Estado en el mercado, siempre que lo fuera con el propósito de mantener (y no reemplazar) las bases del sistema capitalista.

B. El constitucionalismo social

El “constitucionalismo social” constituye una segunda etapa del “constitucionalismo”,¹⁴ caracterizada por el reconocimiento estatal de los derechos que emergen de las relaciones sociales del hombre (relaciones de familia, de trabajo y de participación pública) y por el otorgamiento de roles más amplios al Estado en relación con la economía, a efectos de garantizar la igualdad real de oportunidades entre los habitantes.

14 Por “constitucionalismo” (clásico) se entiende al proceso de organización de los Estados nacionales por medio de Constituciones escritas que reconocen los derechos de libertad a la población y organizan el poder sobre la base de la división de funciones, la independencia orgánica y la responsabilidad de los funcionarios por los actos de gobierno.

Se trata de un movimiento político, de carácter principista, que le pone límites a los presupuestos del sistema capitalista (libre iniciativa, libre competencia y propiedad privada irrestricta) aunque sin renunciar a él. La “libre iniciativa particular” es conjugada con las “necesidades de la comunidad”; la “libre competencia” es reconocida a partir de la “igualdad real de oportunidades”, y la “propiedad privada” sufre restricciones jurídicas destinadas a posibilitar el “acceso de los sectores más desprotegidos a los bienes primarios”.

La primacía de la política se expresa, dentro de esta modalidad intervencionista, en el sentido epistemológico (y no meramente instrumental) que se le asigna a la participación popular en la gestación del consenso entre Estado y mercado y al lugar preponderante que ocupa la praxis en el diseño de la institucionalidad política.

El “constitucionalismo social” adoptó, durante el siglo XX, un sinnúmero de estrategias de intervención que aplicó alternativa o simultáneamente, tales como:

- *La cobertura obligatoria del trabajador ante las contingencias desfavorables de la vida*, tales como la vejez, la discapacidad y la enfermedad.
- *La regulación de las condiciones de trabajo* (jornada limitada, condiciones dignas y equitativas para los trabajadores, etcétera).
- *El control de los precios de las mercaderías*, por medio de regulaciones directas (precios máximos, precios indicativos, etcétera) o indirectamente, por la aplicación de instrumentos económicos de carácter fiscal (subsidios, exenciones, desgravación o agravamiento impositivo, etcétera), de carácter comercial (apertura o cierre de importaciones) o de carácter productivo (caso del Estado-empresario).
- *El control del precio del trabajo*, por medio de regulaciones directas (salario mínimo, vital y móvil, compensación económica familiar, etcétera) o por la homologación de instancias de concertación entre empresarios y obreros.
- *El control del valor de la moneda*, vinculándola o desvinculándola —según las circunstancias— con otras monedas, con un patrón

metálico, con las reservas disponibles según el patrón escogido o con la nuda voluntad estatal.

El “constitucionalismo social” reconoce en la cultura occidental dos tipos de fuentes doctrinarias: la social-democracia y la doctrina social de la Iglesia.

C. Incidencia del Estado de bienestar en la teoría clásica de la división de poderes

El abandono del Estado “mínimo” como modelo de relación entre sociedad y Estado no supone el abandono de la teoría de la división de poderes, pero sí una reformulación de sus objetivos: ya no se la entenderá solamente en su costado “impeditivo” o “precautorio”, como una garantía contra el absolutismo, sino también —y fundamentalmente— en sentido “positivo” o “desarrollante”, como una estrategia para lograr la eficiencia.

En el balance interno de los poderes, el Legislativo cederá su lugar de predominio al Ejecutivo, cuyo “brazo largo” permitirá llegar a los necesitados en materia de salud, asistencia social, planes de empleo, etcétera. El órgano Legislativo será en lo sucesivo el abastecedor jurídico de las normas que el Ejecutivo requiera para intervenir, urgido por las demandas crecientes y urgentes de la sociedad, llegándose al extremo —oportunamente vedado por John Locke—¹⁵ de avalar la transferencia de funciones legisferantes desde el primero hacia el segundo. En ese marco, también el órgano Judicial deberá manejarse con criterios y ritmos apropiados, mutando crecientemente su originario rol repetitivo y rutinario (según la prescripción de Montesquieu) por otro más imaginativo y dinámico, de modo que la mera aplicación pueda trocar en invalidación (verbigracia, declaración de inconstitucionalidad de normas), conforme a circunstancias “ambientales” sobrevinientes (verbigracia, situación de guerra, emergencias económicas, etcétera).

¹⁵ “El Poder Legislativo no debe ni puede transferir la facultad de hacer leyes a ninguna otra persona; tiene que dejarla ahí donde el pueblo la situó” (Locke, *op. cit.*, nota 3, capítulo XI, párrafo 142, p. 109).

IV. Crisis de legitimidad en el Estado intervencionista, emergencias reiteradas y actualización de la teoría de la división de poderes

1. Crisis del Estado intervencionista

Los problemas generados por la aplicación del sistema que privilegia al Estado sobre el mercado fueron conocidos en el último tercio del siglo XX. Claus Offe los ha resumido con elocuencia:¹⁶

- Desde los sectores más conservadores, aquellos que se identifican con el mercado (en la literatura política se los rotula como “la derecha”), se imputa al “Estado de bienestar” —consecuencia del intervencionismo— la “desincentivación de la inversión” (por la sobrecarga impositiva que se le impone al capital para financiar el asistencialismo público) y la “desincentivación del trabajo” (por las concesiones que el Estado ha otorgado a los sindicatos), y
- Desde los sectores más progresistas, aquellos que se identifican con la desaparición completa de las desigualdades económicas y sociales (en la literatura política se los rotula como “la izquierda”), se imputa al “Estado de bienestar” su excesiva “burocratización” (con la consiguiente pérdida de la sensibilidad para asumir eficazmente “la cuestión social”), su “carácter represivo” (derivado de la atención prioritaria que le dispensa a las clientelas políticas antes que a las necesidades sociales) y su “efecto desmovilizador” de la energía contestataria (los obreros se acostumbran a gozar de los beneficios del asistencialismo, diluyéndose la utopía de la lucha revolucionaria).

¹⁶ Offe, Claus, “Algunas contradicciones del moderno Estado asistencial”, extraído de *Ingovernabilità e mutamento delle democrazie*, e incorporado a *Cuadernos de Ciencia Política*, trad. de Julio Pinto y Mateo Goretti, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, núm. 1, s.f., pp. 1 y ss. Del mismo, puede también consultarse: “Democracia de competencia entre partidos y el Estado de bienestar keynesiano. Factores de estabilidad y de desorganización”, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, Sistema, 1996, pp. 55 y ss.

2. *La “emergencia” como “remedio” a la crisis del Estado intervencionista*

La crisis del “Estado de bienestar” —en tanto crisis de un “modelo intermedio” que se pretendía como remedio frente a la crisis de los “modelos extremos” que constituyen el primer capitalismo y el colectivismo— ha generado una crisis de imaginación política.

La necesidad de dar respuesta rápida a la crisis ha impulsado a la emergencia, asumida inicialmente como régimen de excepción hasta tanto se recobre la normalidad extraviada o hasta tanto sobrevenga una nueva normalidad, construida sobre los restos de la vieja. La persistencia de la crisis y la ausencia de imaginación han hecho que a una emergencia le siga otra emergencia y a ésta una nueva o el retorno a la anterior, convirtiéndose la normalidad y la estabilidad en utopías. La imaginación disponible se ha agotado en la Argentina de los últimos años en la búsqueda de la emergencia más efectiva, medida en términos de sutileza y perversión, extraviándose no sólo el camino de la normalidad sino la intención misma de buscarla. Es evidente, a esta altura, que la emergencia tiene su propia lógica y que esta lógica es la dominante en el país.

La lógica de la “emergencia permanente”, de la “emergencia como sistema”, de la emergencia como “modo de vida”, es la lógica de la contradicción. Claro que para percibir la incoherencia (y sus costos) hay que mirar con mirada holística, y uno de los efectos (o de las trampas) de la emergencia reiterada es la generación de una visión fragmentada, de modo que a medida que las emergencias se repiten se torna más difícil percibir “desde adentro” la falta de coherencia. Un breve inventario (no exhaustivo) de últimas contradicciones puede esclarecer lo anterior:

- Se intenta salir de un sistema jubilatorio solidario o de reparto creando un sistema privado sobre la base del aporte individual para luego intentar volver al sistema original de reparto (¿cuánto perdemos en el camino de “ida y vuelta”?).
- Se establece un sistema de intangibilidad de los depósitos y luego se los confisca, para luego devolverlos con “cuentagotas” al valor

- previsto en el régimen de intangibilidad (¿cuánto perdemos en el camino de “ida y vuelta”?).
- Se “convierten” financieramente pesos en dólares, devolviendo los segundos cuando se han depositado los primeros (en una relación $1 = 1$) y luego se decreta la pesificación obligatoria del sistema (¿cuánto perdemos en el camino de “ida y vuelta”?).
 - Se extranjeriza la banca para asegurar la solvencia financiera del sistema y luego, ante el incumplimiento de las garantías más elementales por parte de la banca extranjera, se renacionalizan algunas entidades (¿cuánto perdemos en el camino de “ida y vuelta”?).
 - Se modifica la Constitución nacional, con un grado de consenso sólo equiparable al que precedió a la reforma de 1860, para constitucionalizar el sufragio obligatorio y la elección directa del presidente y vicepresidente, pero luego —casi inmediatamente— quienes se beneficiaron con la aplicación de tales cláusulas salen a propugnar una nueva reforma pidiendo el voto facultativo y la vuelta de la elección indirecta (¿cuánto perdemos —en términos de confiabilidad en las instituciones— en este camino de “ida y vuelta”?).

Y así podrían seguir los ejemplos (si cuadra la expresión “ejemplo” en el caso). Vivimos en una atmósfera kafkiana (en el sentido de que es “absurda” pero también en el sentido en que “nos hemos acostumbrado” al absurdo, desapareciendo para nosotros la paradoja que sólo es advertida desde afuera). Derrocamos al gobernante constitucional al grito de democracia, repudiamos la deuda externa para pedir nuevamente prestado a nuestro acreedor, proponemos “salir de la crisis” con las mismas recetas que nos hundieron en ella, seguimos confiando —desafiando todas las evidencias— en las soluciones de corto plazo.

3. Incidencia de las emergencias reiteradas en la crisis de legitimidad de los tres poderes

El inventario de incidencia de las emergencias reiteradas no se detiene en el universo de temas que trata de modo directo; las excepciones jurídicas continuas ejercen también su influencia en el sistema institucional que debe —como condición de supervivencia— adaptarse

a la anormalidad. El círculo vicioso se cierra con la paradoja de que la emergencia convierte a las instituciones (y a sus protagonistas) en sus mejores intérpretes.

Si Montesquieu pensaba que las instituciones debían erigirse como una “contención” para la humana tendencia a evadir los límites de la razonabilidad, en la Argentina actual asistimos al espectáculo inverso: nuestras instituciones —por intermedio de sus operadores— se han convertido en órganos funcionales al reciclamiento perpetuo de la emergencia. Claro que esta mutación no es gratuita; se logra al precio de la irrepresentatividad. Esto es hoy socialmente perceptible en los tres poderes. En qué forma lo es, lo veremos seguidamente.

A. La reconsideración de la función legislativa y de sus autores

La consideración ontológica de la ley ha variado sustancialmente. La constante necesidad de encuadrar normativamente cuestiones conflictivas, surgidas de una realidad social que no conoce los “recesos”, ha tornado vetusta la concepción de la norma como producto racional-atemporal, debida a un creador inspirado y ajeno a los ritmos históricos o a las oportunidades políticas. La ley es concebida como un instrumento plástico (firme y elástico a la vez) que fija un criterio general y deja un margen de maniobrabilidad que permite la reglamentación extralegislativa (algo que no se compaginaría con la “voluntad general” reguladora de Rousseau) y el *aggiornamento* interpretativo de los jueces (algo con lo que Montesquieu no estaría de acuerdo).

Transformada la concepción sobre el origen y la función de la ley, perimida la concepción rígida acuñada por los extremos “sesión-receso” y concebida la labor parlamentaria como una tarea continua (donde auscultar, sesionar, legislar y controlar son etapas encadenadas lógico-temporalmente en orden a la satisfacción de una necesidad social), es obvio que también habría de modificarse el criterio respecto de sus “autores”.

Reconocer que la comunidad es “destinataria” pero también “creadora” (no sólo en el sentido de “inspiradora” sino también en el de “constructora”) de la ley, supone admitir que el legislador no es un semidiós que alterna entre el llano y la cima de la montaña y que la sociedad puede retomar “en cualquier momento” el mandato oportunamente con-

ferido a sus representantes para propiciar proyectos de ley de obligatorio tratamiento por parte del órgano constituido encargado de legislar. Éste es el caso de la iniciativa legislativa popular.¹⁷

B. *La función ejecutiva y el contrato político*

a. Soberanía popular y representación política

La *soberanía popular* (el poder político reside originariamente en el pueblo) y la *representación política* (las decisiones políticas se toman por delegados de un mandante que, por distintas razones, está imposibilitado o dificultado de hacerlo por sí mismo) constituyen principios consustanciales al sistema democrático contemporáneo, al extremo de considerárselos complementarios. Sin embargo, no surgen en el mismo momento histórico ni responden al mismo fundamento.

La *soberanía popular* es un principio constitutivo, fundante, y, por tanto, instituyente; la *representación política* es un principio instrumental. De hecho puede haber soberanía popular sin representación política (hipótesis de la “democracia directa”) y representación política sin soberanía popular (hipótesis de la representación de los nobles en los prolegómenos del parlamentarismo).

El crecimiento de la población, la ampliación y complejidad de las demandas sociales y la pluralidad de opiniones dentro del pueblo, dificultaron —en las democracias contemporáneas— la percepción de “la voz de la voluntad general”, desdibujando la “constitutividad” de la *soberanía popular* y la “instrumentalidad” de la *representación política*. Una de las consecuencias de este fenómeno lo constituye el encasillamiento de los problemas de la democracia dentro de los problemas de la representatividad, lo cual supone —a su vez— acentuar los aspectos procesales de la democracia.

Estos dilemas “internos” de la *representatividad política* están grabados en el trayecto schumpeteriano que discurre desde la “teoría clásica de la democracia” (definida como el “sistema institucional de gestación de las

¹⁷ No es casual, en un contexto de pérdida creciente de credibilidad de las instituciones representativas, que el primer caso de aplicación de la iniciativa legislativa por parte del pueblo haya consistido en la propuesta de derogar las leyes de jubilaciones de privilegio de los funcionarios públicos.

decisiones políticas que realiza el bien común, dejando al pueblo decidir por sí mismo las cuestiones en litigio mediante la elección de los individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad”¹⁸ hacia la “otra teoría de la democracia” (definida como el “sistema institucional para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo”).¹⁹ ¿Qué ha cambiado entre la “teoría clásica” y la “otra teoría” de la democracia? La diferencia radica —siempre siguiendo a Schumpeter— en que la primera pone énfasis en la preocupación por la traducción del bien común desde el pueblo hacia los representantes y la segunda en la nuda competencia por el poder.

Cuando los problemas de la representación no pueden ser resueltos desde los mecanismos correctivos propuestos por la propia representación (por ejemplo: el “juicio político”, por medio del cual “representantes” juzgan la *performance* de “otros representantes”), la *soberanía popular* recobra su carácter constitutivo, reasume la iniciativa política y recuerda la instrumentalidad de la representación. Éste es el caso de la “revocatoria popular de mandato”.

b. Características de la revocatoria popular de mandato

La revocatoria es el derecho del electorado a destituir, mediante el voto, a los funcionarios públicos electivos.

Son sus características habituales:

1) *Sujetos pasibles de revocatoria*. La institución es recomendable para los funcionarios electos del Poder Ejecutivo (específicamente el presidente y —eventualmente— el vicepresidente).

La extensión del procedimiento a legisladores podría tornarlo ingobernable e —incluso— ineficaz, por cuanto la responsabilidad en los órganos parlamentarios es —por definición— colegiada. Asimismo, la aplicación de la “revocatoria popular” a funcionarios del Poder Ejecutivo no elegidos directamente por el pueblo no se compadecería con los fundamentos del instituto, pues desnaturalizaría el carácter básico de la retro-

¹⁸ Schumpeter, Joseph, *Capitalismo, socialismo y democracia*, trad. de José Díaz García, México, Aguilar, 1963, p. 321.

¹⁹ *Ibidem*, p. 343.

versión política (se destituye directamente a quienes se ha instituido de la misma forma).

2) *Legitimación activa*. La petición debe corresponder solamente al electorado.

La posibilidad de que el órgano legislativo pueda actuar como sujeto jurídico iniciador de la revocatoria no se compadece con esta institución, caracterizada por el desplazamiento de la representación y la re-asunción de la soberanía popular directa por el pueblo.

3) *Plazos de viabilidad*. La fijación de plazos dentro de los cuales no puede plantearse la revocatoria (normalmente el primer año y los últimos nueve meses o un año del mandato del funcionario cuestionado), encuentra justificación en la necesidad de garantizar un plazo mínimo dentro del cual el mandatario pueda demostrar su idoneidad o revelar su inidoneidad (en la primera hipótesis) y de asegurar que los efectos de la revocatoria —desplazamiento del mandatario— sean tempestivos y oportunos, es decir, útiles (en la segunda hipótesis).

4) *Fundamentos del pedido*. La doctrina no es unánime respecto de la necesidad de que el electorado deba fundamentar la petición de la revocatoria, habida cuenta de su naturaleza eminentemente política.

Consideramos que la solicitud de revocatoria debe ser fundada, lo cual no significa que se convierta en un escrito con las formalidades propias de una demanda judicial; correlativamente, estimamos que el funcionario objetado debe tener posibilidad de ejercer su descargo dentro de un tiempo perentorio y previo a la votación popular, lo cual no supone convertir este descargo en una defensa propia de un proceso judicial, con sus etapas y plazos formales de prueba y alegato.

5) *Etapas del procedimiento*:

- *Petición de la revocatoria*: debe ser impulsada por un porcentaje de electores que las legislaciones hacen oscilar entre el 2 y el 10% del último padrón. La presentación se formula ante el Tribunal Electoral.
- *Promoción de la revocatoria*: debe lograrse, dentro de un plazo predeterminado, el concurso de la voluntad de un porcentaje de electores que las legislaciones hacen oscilar normalmente entre el 10 y el 25% del último padrón.

- *Votación de la revocatoria*: en caso de lograrse la promoción de la revocatoria, se somete a la votación del electorado, por sí o por no, la permanencia o la destitución del mandatario. La mayoría absoluta de los votos es la que dirime el sentido de la voluntad popular.

6) *Carácter del voto*. El sufragio debe ser obligatorio para el electorado y su resultado definitorio e inapelable respecto de la continuidad o destitución del mandatario.

7) *Efectos*. Las normas reglamentarias de la revocatoria deben prever, para el caso de prevalecer la destitución, que el destituido quede inhabilitado para ejercer el mismo cargo temporaria o definitivamente.

El resultado de la votación no puede quedar sujeto a reconsideración alguna, habida cuenta de su naturaleza política y del modo “directo” de intervención del electorado.

Sólo se podrían considerar los reclamos (debidamente fundados) vinculados a irregularidades en el proceso electoral, si tuvieran incidencia directa en el sentido del resultado de la votación.

C. *La participación popular en la función judicial*

Esta necesidad de “volver a las fuentes”, por la que el pueblo —urgido por la crisis de representatividad de quienes deben interpretarlo— retoma directamente el protagonismo, mediante técnicas tales como la “iniciativa popular” (en el caso de la función legislativa) o “la revocatoria del mandato” (en el caso de la función ejecutiva), ¿es trasladable a la justicia? ¿O la índole técnica de esta función, requerida de especialistas, veda toda posible participación popular?

La cuestión de la participación popular en la función judicial no es nueva; surge con la conformación inicial de la teoría de la división de poderes. Es el mismo Montesquieu el que escribe en 1748:

El Poder Judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad. De este modo se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea

función exclusiva de una clase o de una profesión; al contrario, será un poder, por decirlo así, invisible y nulo. No se tienen jueces constantemente a la vista; podrá temerse a la magistratura, no a los magistrados.²⁰

En nuestro criterio, el juicio por jurados es una alternativa que permite conjugar la “precisión” propia del saber técnico con la “sensibilidad” propia del saber popular, en la medida en que congrega al “garantismo” anejo al debido proceso legal adjetivo y al “sustancialismo” propio de una decisión popular consensuada. El “debido proceso adjetivo” constituye una garantía para evitar que se consagre la arbitrariedad; el “debate colectivo sobre el resultado” constituye una garantía para evitar que se consagre la astucia antes que la verdad.

En el juicio por jurados:

1) Los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (debido proceso adjetivo), y

2) Los representantes de la opinión popular se encargan de construir una conclusión sensata sobre la base del sentido común (debido proceso sustantivo).

¿Qué es lo que hace suponer que una respuesta popular sea más adecuada que una respuesta profesional unipersonal (o colegiada, pero de un número reducido de magistrados) al momento de resolver un conflicto? En nuestro criterio, existen tres fundamentos de convalidación, que denominamos:

A) La teoría de la “distancia justa”.

B) La teoría del “margen de error”.

C) La teoría del “valor epistemológico de la construcción de consensos”.

a) *La teoría de la “distancia justa”*, originada en el juicio estético pero aplicable al juicio moral, enseña que aquellos que se ubican “a la distancia justa” —ni muy cerca ni muy lejos— del conflicto que deben resolver, están en mejores condiciones de emitir una opinión

²⁰ Montesquieu, *op. cit.*, nota 4, libro XI, capítulo VI, p. 105.

imparcial (se suele citar el caso del juicio de los espectadores sobre la obra teatral *Otelo*: el marido celoso está “demasiado cerca” del drama; el experto en escenografía “demasiado lejos”).²¹ En el caso de la resolución judicial de un conflicto (especialmente en materia penal), la unipersonalidad del juzgador “concentra” irremediablemente (en el sentido en que su mirada sobre el *thema decidendum* no puede ser compensada por otras miradas) cualquier desenfoque sobre la “distancia justa”.

- b) *La teoría del “margen de error”* enseña que en el ámbito del conocimiento social, donde no rige el tipo de ley propio de las ciencias físicomatemáticas (caracterizada por su inexorabilidad, como la ley de gravedad), existe una relación inversa entre el número de personas que participan en la deliberación previa a una decisión y el margen de error en que tal decisión pueda incurrir.
- c) *La teoría del “valor epistemológico de la construcción de consensos”* enseña que el proceso deliberativo concreto previo a la toma de decisiones posee un efecto positivo, no sólo en términos de la “calidad del resultado” de la decisión final, sino en términos del aprendizaje que en los constructores de ese consenso se desarrolla, medido en parámetros tales como “buena fe” y “tolerancia”.²² El efecto multiplicador de esta experiencia derrama sus beneficios cívicos sobre la comunidad toda.

V. Conclusiones

Primera. La actual crisis de confianza, que envuelve tanto a los poderes representativos cuanto al Judicial, constituye una excelente oportunidad para propiciar la aplicación de “mecanismos de devolución” del poder de decisión al pueblo y para revisar la delimitación estereotipada entre un campo político aprofesional (que debe representar la opi-

²¹ Pierantoni, Ruggero, *El ojo y la idea. Fisiología e historia de la visión*, trad. de Rosa Premat, Barcelona, Paidós, 1984.

²² Nino, Carlos Santiago, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en varios autores, *En torno a la democracia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, pp. 97 y ss.

nión del pueblo) y un campo profesional apolítico (que debe encarnar el saber técnico).

Segunda. Los mecanismos de participación popular pueden ser *autónomos* o *heterónomos*; en el primer caso, su ejercicio depende de la voluntad de su titular (el electorado), en el segundo caso, su ejercicio depende de una voluntad extraña a su titular (depende —en suma— de los poderes constituidos), tales como la consulta popular propiciada por el órgano Legislativo o por el órgano Ejecutivo (artículo 40 de la Constitución nacional).

Tercera. Los mecanismos de participación directa *autónomos* más difundidos son tres, uno por cada poder: la iniciativa legislativa, la revocatoria de mandato del titular del Ejecutivo y el juicio por jurados.

Cuarta. Dos de los mecanismos de participación directa autónoma, los vinculados a las funciones legislativa y judicial, obran en la Constitución, de modo que su reconocimiento no puede ser derogado por los poderes constituidos, aunque —en ocasiones— su implementación requiera de la intervención de éstos.

Quinta. El tercer mecanismo de participación directa, vinculado al Poder Ejecutivo, no está contemplado en la Constitución formal y tampoco es compatible con ella, de modo que no puede ser creado por los poderes constituidos sin violentar —entre otras— la cláusula del artículo 22 que prescribe que “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”. No obstante, es de hacer notar la importancia de contemplar una futura incorporación del instituto, a partir de los sucesos de público conocimiento que terminaron con el mandato constitucional del presidente De la Rúa.

Sexta. De los dos mecanismos de participación directa consagrados en la Constitución, uno de ellos (la iniciativa legislativa prevista por el artículo 39 de la carta magna) ya está reglamentado (mediante ley nacional 24.747); la implementación del otro (juicio por jurados) está largamente demorada por la inacción del legislador, pese al reiterado mandato del constituyente originario (artículos 24, 75, inciso 12, y 118).

Ambos institutos se presentan como instrumentos idóneos para retomar la participación directa en asuntos vitales a la comunidad, con el doble beneficio de acercar los resultados a las expectativas y de profundizar la democracia, dotándola de mayores niveles de involucramiento y compromiso sociales.