Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

contribuyó a la publicación de esta Revista

REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO POLITICO Y CONSTITUCIONAL
2

Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Gioja. UBA
uso académico

2

REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO POLITICO Y CONSTITUCIONAL

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD
DE BUENOS AIRES

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

REVISTA
DEL INSTITUTO DE DERECHO POLITICO Y CONSTITUCIONAL

Nº. 2 - Julio 1979

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

BIBLIOTECA DEL INSTITUTO GIOJA

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD
DE BUENOS AIRES

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

INSTITUTO DE DERECHO POLITICO Y CONSTITUCIONAL

Director:
Dr. LUIS BOTET

Subdirector:
Dr. ATILIO J. BARNEIX

Secretaria:
Dra. EVE RIMOLDI DE LADMANN

REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO POLITICO Y CONSTITUCIONAL

Director:
Dr. EDUARDO CARLOS FORMOSO

Asesor Gráfico:
Dr. MARIO HÉCTOR RESNIK

Avda. FIGUEROA ALCORTA 2263 - 1er. piso
(1425) BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

SUMARIO

		PAG.
Palabras preliminares		5
Antecedentes político-constitucionales del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Su preeminencia constitucional, por el DR. EDUARDO CARLOS FORMOSO		7
DR. ATILIO J. BARNEIX:	*La democracia posible*	11
DR. EUSEBIO BARRIOCANAL:	*Alberdi y la democracia cualitativa*	23
DR. IGNACIO CREGO:	*Nacionalismo y democracia*	31
DR. GREGORIO BADENI:	*Presupuestos de la democracia*	40
DR. LUIS FEDERICO BOLLAERT:	*La crisis de la representación política en el estado democrático constitucional*	51
DR. CARLOS COLAUTTI:	*La idoneidad de los funcionarios de la administración como característica del sistema republicano*	64
DR. GASTÓN DASSEN:	*La reconstrucción del Estado*	71
DR. MIGUEL M. PADILLA:	*El poder legislativo del futuro*	77
DR. DANIEL FUNES DE RIOJA:	*Interpretación dinámica del federalismo*	87
DR. JUAN OCTAVIO GAUNA:	*El control judicial de los actos de la Administración Pública*	98

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

Las opiniones que contienen los artículos y conferencias publicados en la *Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional*, pertenecen exclusivamente a sus autores.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Registro Nacional de la Propiedad Intelectual (en trámite)

Palabras preliminares

Con satisfacción presentamos hoy, de acuerdo al plan oportunamente anunciado, el segundo número de nuestra Revista. *Hemos querido en esta oportunidad continuar con la publicación de las conferencias programadas por nuestro Instituto sobre el tema "Supervivencia de la Democracia", que incluye las disertaciones pronunciadas durante el curso del año pasado por los señores profesores de Derecho Político y Derecho Constituciona que tuvieron a su cargo completar de esta forma la segunda parte del mencionado ciclo.*

Como no hemos podido incluir en este número, por razones de espacio, la totalidad de las conferencias a que nos referimos, aclaramos que en nuestras próximas ediciones completaremos las mismas mediante su debida publicación.

En razón de estar tan estrechamente vinculada la institución que hoy nos auspicia con nuestro pasado histórico-constitucional, hemos considerado oportuno, atento la índole de nuestra publicación, dedicarle a la misma a modo de introducción de este número y como prueba también de reconocimiento por la adhesión recibida, algunas reflexiones que sirvan para reafirmar la peculiar situación jurídico-política que ostenta, dentro de nuestro sistema institucional, el Banco de la Provincia de Buenos Aires, alentando de esta manera también, la prosecución de futuros estudios sobre aspectos tan destacados de nuestra vida institucional.

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

Es propicia la circunstancia también, para recordar que este año se conmemora el 120º aniversario de la firma del Pacto de San José de Flores, que tuviera lugar exactamente el 11 de noviembre de 1859, tratado al que se encuentra tan íntimamente ligado el Banco de la Provincia de Buenos Aires, motivo por el cual sumamos nuestro homenaje al trascendental acontecimiento histórico que posibilitara la Unión Nacional.

LA DIRECCIÓN

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Antecedentes político-constitucionales del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Su preeminencia constitucional

Centraremos primordialmente nuestro análisis en la norma del art. 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que establece: "La Legislatura no podrá disponer de suma alguna del capital del Banco de la Provincia de Buenos Aires". Este precepto que se mantiene vigente desde la Constiución de 1873 hasta la Constitución actual sancionada en el año 1934 es el que indica el carácter "autónomo" del Banco, y no el de mera autarquía como expresa la Carta Orgánica del Banco (art. 1, Dec. Ley 7353 del 8/V/58 - Adla, XVII-B, pág. 1344). Es útil destacar que en la edición anterior a la reforma del 57, se establecía su verdadero carácter, es decir, autónomo de base constitucional; aunque resulta necesario agregar que el art. 8 del mencionado Decreto Ley 7353 prescribe: "En concordancia con lo dispuesto en el art. 1 la Provincia acuerda al Banco completa *autonomía*, quedando el gobierno de éste a cargo exclusivo del Directorio". Para aclarar los conceptos no siempre bien distinguidos y fijar sus alcances, digamos que las entidades autárquicas son simplemente descentralizaciones administrativas creadas por la ley y suprimidas también por ellas como un medio idóneo para asegurar por parte del poder administrador una atención adecuada en la prestación de sus servicios públicos. Recae sobre ellas el control de legitimidad y de oportunidad por parte del mismo. Otra cosa son y distinto régimen jurídico tienen las descentralizaciones territoriales, ej.: las municipalidades, que tienen origen constitucional (art. 5, Constitución Nacional).

La autonomía tiene una connotación política que la desvincula en sentido técnico de la autarquía, en la que prevalece su relación con la autoridad de la administración. La autonomía no debe su existencia a la norma legal, ella se crea a sí misma y posee la potestad de darse sus propias normas; surge del poder constituyente. En nuestro ordenamiento político, autónomas son las provincias. Las autarquías deben su existen-

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

cia al poder legislador, o al poder administrador, no poseen autodeterminación y su nacimiento no se origina en el derecho político.

El Banco de la Provincia de Buenos Aires es una institución de derecho público de la provincia, al que le dio vida una ley de la provincia, para adquirir más luego en su transitar histórico y a través de actos constitucionales una posición institucional de tal magnitud que impide a la legislatura intervenir en los negocios del banco, según se desprende de la norma que comentamos. Y es aquí donde se advierte el carácter autónomo del banco, ya que al establecerse aquella prohibición vedando a la legislatura disponer del capital del banco, surge nítidamente su verdadero carácter autónomo, ya que si se tratase de una mera autarquía, nada le impediría a la legislatura *disponer* de lo que ella ha creado, ya que las autarquías tienen su origen en la ley, teniendo en cambio el banco origen constiucional, ya que reconoce su existencia en la voluntad de los constituyentes —poder originario del pueblo— y no simplemente de los representantes —poder legislativo—.

Téngase en cuenta el peso político de la norma que comentamos, recordando que la legislatura es el poder que en la democracia representativa es el más fuerte, o el que más poderes concentra.

El Banco, como institución de derecho público de la Provincia, y de la cual es un instrumento de gobierno (Fallos de la Corte Suprema Nacional), está gobernado por un Directorio, que tiene el carácter de órgano de gobierno de la Provincia, requiriendo por ello el Presidente y los Directores ser nombrados por el Poder Ejecutivo provincial con acuerdo del Senado (art. 132 inc. 18 Const. Prov. Bs. As.) invistiéndolos de una jerarquía constitucional similar a la de Fiscal de Estado, siendo necesario también para su remoción el acuerdo del Senado (art. 134 in fine Const. Prov. Bs. As.).

Resulta oportuno hacer una importante aclaración: al prohibir la Constitución a la Legislatura disponer de suma alguna del capital del Banco, debe interpretarse el término *disponer* dentro de la hermenéutica constitucional y no en el sentido privatista que le asigna la ley civil a dicha acepción, o sea como simple acto de disposición —detentar una cosa, asirse a ella, enajenarla, etc.— pues estamos tratando una materia que es de derecho público, en donde los moldes jurídicos no son siempre los mismos, a pesar de que se utilice un mismo lenguaje, estando siempre latente en ella lo político, con lo que queremos decir que debe dársele a esa expresión un alcance político, el que nos ayuda a comprender su verdadera significación. Por eso entendemos que a través de esa norma han querido los constituyentes poner a buen resguardo el Banco, sustrayéndolo de los avatares y de las pasiones políticas que en el curso de su historia había soportado o debía soportar el mismo, cuya larga tradición se confunde con la de la patria misma, ya que fue este el Banco que financió la guerra con el Brasil primero, para más adelante hacer lo mismo con la del Paraguay y que contribuyó con su potencial financiero a cimentar la riqueza y el progreso del país.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Es por ello que al resolverse la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación Argentina después de la batalla de Cepeda, sostenida el 23 de octubre de 1859, en el tratado de paz que tuvo como epílogo, conocido en nuestros anales como el Pacto del 11 de noviembre de 1859 o Pacto de San José de Flores, se estableciera en el art. 7 del mismo que: "Todas las propiedades de la provincia que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos de cualquier clase y número que sean, seguirán correspondiendo a la Provincia de Buenos Aires y serán *gobernados y legislados* por la autoridad de la Provincia". Por imperio del art. 2 de este pacto de "pacificación" se reunió la convención provincial que examinó la Constitución de 1853 y agregó a los arts. 31 y 104 de la Constitución Nacional los siguientes aditamentos que fueron aceptados por la Convención Nacional "ad hoc" reunida en Santa Fe con ese objeto en 1860: *"Art. 31: ...salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859 - Art. 104: ...y el que expresamente se hallan reservados por pactos especiales al tiempo de su incorporación"*.

Resultaba así claramente diferenciado el Pacto de San José de Flores de los "pactos preexistentes" del preámbulo, ya que los llama en esta oportunidad "pactos especiales", legitimando en consecuencia la conservación de todo el poder *reservado* en esos pactos, sin perjuicio de que las otras provincias lo hubieran delegado a la nación en el congreso constituyente original. Todas estas trascendentales cuestiones fueron reflexionadas años después por un calificado protagonista de aquella época, a quien le cupo desempeñar un importante rol en esas horas definitorias de la Patria, nos referimos al general Bartolomé Mitre, quien manifestara así: "He bendecido y bendeciré siempre el pacto del 11 de Noviembre. Ha sido un tratado de amor, de unión, en que por primera vez toda la familia argentina se vio reunida en un solo sentimiento, con un solo gobierno y con una sola ley, y a este resultado me tocó la fortuna de contribuir".

Posteriormente cuando se trató la ley de residencia de las autoridades nacionales en 1872, antes de la federalización de la ciudad de Buenos Aires, tuvo oportunidad nuevamente la Provincia de reafirmar la sujeción del Banco a su potestad legislativa y de control, contando para ello con la aprobación del Congreso.

Valga recordar como un antecedente más, que también ratificó la Provincia sus incuestionables prerrogativas sobre el Banco de la Provincia cuando ésta cedió la ciudad de Buenos Aires para que fuera el asiento de la Capital de la República, obteniendo para ello la expresa conformidad del Congreso por Ley 1029 dictada en el año 1880.

Representa pues la prohibición contenida en el art. 38 de la Constitución una valla que delimita claramente desde el punto de vista constitucional el ámbito de actuación de los distintos poderes políticos (ejecutivo y legislativo) con relación al gobierno del Banco.

Sirva para demostrar por último la fisonomía singular que al Banco de la Provincia de Buenos Aires le confiere su peculiar estado constitu-

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

cional, en punto a su relación con el Banco Central, que es el Banco rector de la política bancaria del país, afirmar que el Banco de la Provincia de Buenos Aires es anterior históricamente en su creación, fundado por Rivadavia en el año 1822, con una forma de integración de su Directorio especialísima como ya se explicara, y que requeriría para su disolución —del Banco—, una reforma constitucional que le permitiera a la legislatura *disponer del capital del Banco.*

Digamos para concluir que nuestro máximo Tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reconoce explícitamente los privilegios y prerrogativas constitucionales y legales que el Banco de la Provincia de Buenos Aires posee en virtud del pacto de unión del 11 de noviembre de 1859, la Constitución Nacional, la ley de capitalización del 21 de setiembre de 1880, decretos nacionales y leyes provinciales.

Dr. EDUARDO CARLOS FORMOSO
Director

Dr. ATILIO J. BARNEIX

Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Político y Subdirector del Instituto de Derecho Político y Constitucional.

La democracia posible

El problema de la convivencia ordenada que ha preocupado durante siglos a pensadores y políticos, nos sigue preocupando ahora y acá; los argentinos nos seguimos moviendo en búsqueda de esa realidad política que nos permita convivir en paz y progreso y que siente y asiente las condiciones necesarias para que cada uno realice su vida en su total integridad, alejados de la miseria pero no del esfuerzo, ajenos a la lucha dolorosa de la sangre pero no desentendidos de la lucha por las metas a alcanzar, coincidiendo con los otros en que podemos vivir no coincidiendo o disintiendo Preocupa todo esto a los argentinos de hoy, pero el tema preocupa sobradamente a los argentinos que nos hemos incorporado a esta casa de estudios para develar, desde la serenidad de sus aulas y bibliotecas las causas en razón de las cuales no podemos llegar a esa situación de esperanzada armonía y es por ello que nos hemos detenido en nuestro diario quehacer académico para centrar nuestra meditación en ese proceso nacional de convivencia y tratar de buscar los datos, primero, y luego los posibles caminos a seguir que posibiliten la SUPERVIVENCIA DE LA DEMOCRACIA como régimen o sistema o artificio para lograr precisamente la obtención de ese orden de convivencia que cree o recree las condiciones de realización del hombre argentino.

Estamos así, frente al problema de la DEMOCRACIA, de su reinstauración y de su supervivencia; y que es como decir que estamos frente al problema del convivir nacional que tanto y tanto nos cuesta alcanzar. Y para ponernos de acuerdo en el desajuste de ideas, actitudes, conceptos, doctrinas, e incluso principios que hacen también al desencuentro, comencemos por hablar de DEMOCRACIA, precisando su sentido, que podrá ser o no compartido pero que por lo menos, debe resultar claro y diáfano, para el que lo apruebe o lo combata.

> "La forma en que usamos la palabra democracia y gobierno democrático es la que produce mayor confusión. A menos que estas palabras sean claramente definidas y su definición aceptada, el pueblo vivirá en una inextricable confusión, con gran ventaja para los demagogos y los déspotas."

Este pensamiento —que no es mío pero sí por mí compartido— lo expresó hace tiempo el pensador y buscador político que fue Alexis de Tocqueville cuando la democracia moderna luchaba por imponerse y ya estaba siendo deteriorada. Cabe entonces y es una exigencia metodológica el pre-

La presentación del disertante fue efectuada por el Dr. Luis Botet.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

cisar qué es para nosotros la democracia, esa democracia que pretendemos que superviva para tenerla como instrumento válido para la convivencia.

Las definiciones y conceptos que se han dado sobre ella han sido y son múltiples y de entre ellas vamos a elegir el que creemos más adecuado a nuestro personal concepto. Es así que podemos decir y afirmar que DEMOCRACIA es el régimen político fundado en la igualdad de los hombres, lo que exige su propio autogobierno y el reconocimiento y respeto esencial por parte de éste, de los derechos de los gobernados, fundados en el principio esencial de la libertad.

Advertimos a poco que consideremos esta definición que ella implica un concepto teórico; partimos del principio de que todos los hombres son iguales, que todos son libres y sujetos de una serie de derechos que deben ser eminentemente respetados y que no pudiendo nadie mandar a nadie, se impone el autogobierno de todos para todos.

Pero esta democracia que estamos tratando es algo que hacen los hombres como búsqueda del mejor sistema para convivir y como todo lo que hacen los hombres está sujeto a múltiples formas de realización; a logros y derrotas; a errores y verdades; a buenos caminos y a senderos errados; a rutas directas a la meta y a recodos de alejamiento; a ensayos logrados y a programas imposibles de cumplir; en fin, a resultados aceptables y posibles, y a procesos estruendosos. Esta búsqueda, que comenzó siendo la búsqueda del mejor sistema para hacer "feliz al ciudadano" y que luego se trocó en la búsqueda del sistema para hacerlo "virtuoso", en la modernidad fue acicateada por la necesidad de hacerlo "libre" para que en su libertad llegara a ser virtuoso y por ende, feliz. Con esta meta y en pos de un horizonte tan lejano como el que siempre contemplamos a nuestra distancia, se intentó diseñar el sistema o régimen político que la posibilitase y mantuviese en vigencia sus valores. Nos encontramos así, y tal vez por primera vez en la historia de las ideas políticas, frente al hecho singular de que, el sistema LA DEMOCRACIA fue primeramente ideado y estructurado teóricamente y después tratado de poner en práctica, lanzando su doctrina a la palestra política.

Dejando de lado los antecedentes griegos que no nos son útiles para acercarnos a nuestro moderno sistema de convivencia, debemos recordar los múltiples esfuerzos que desde 1688, 1776 y 1789 se han llevado a cabo para arribar a ese acariciado sistema o régimen donde la libertad impere y se sostenga por todos los iguales, estructurando diversos procedimientos para consolidar su concreción. No podemos decir que todos los intentos han dado resultados, pero en cambio sí *podemos afirmar que, del régimen o del sistema democrático, podemos hablar desde dos distintos puntos de vista*: uno normativo y otro descriptivo: uno, definiendo sus condiciones teóricas y señalando sus presupuestos doctrinarios, estructurando así, el régimen "como debiera ser"; el otro, describiendo lo que realmente son y cómo se desarrollan los diversos y variados regímenes políticos que tienen vigencia en la actualidad, informando de esta manera una democracia posible.

Naturalmente que para entendernos, en este difícil tema, vuelve a surgir la necesidad de acordar alguna definición o algún punto de partida que concilie nuestros puntos de vista teóricos y a partir de allí, y ayudados con ese cartabón o guiados por ese diseño, comparar lo que debiera ser con lo que es en la realidad circundante; señalar sus deficiencias o desviaciones; e intentar, como siempre, rectificar rumbos y mejorar situaciones para ir achicando distancias entre aquel ideal a arribar y nuestra realidad social.

Hemos dicho y definido precedentemente y tomado como punto de partida, para poder entendernos desde el comienzo lo que puede ser nuestro concepto de democracia y hemos elegido esa definición sencilla sabida por todo estudiante, por todo político y por todo ciudadano, y que ahora repetimos: DEMOCRACIA: RÉGIMEN POLÍTICO FUNDADO EN LA IGUALDAD DE LOS HOMBRES, LO QUE EXIGE SU PROPIO AUTOGOBIERNO Y EL RECONOCIMIENTO Y RESPETO ESENCIAL, POR PARTE DE ÉSTE, DE LOS DERECHOS DE LOS GOBERNADOS EN EL PRINCIPIO ESENCIAL DE LA LIBERTAD.

Esta definición —teórica y generalizante— puede ser y es atacada desde dos ángulos distintos: por el uno se nos puede decir que como todos los hombres son desiguales un régimen basado en tal falsa postura es esencialmente erróneo, y desde el principio impracticable. Se nos puede decir también, que postular la libertad en abstracto no tiene sentido y que solo cabe apoyar la libertad cuando ella surge como resultante de una situación social justa, donde primero se dan las condiciones mínimas económicas de convivencia adecuadas y luego se posibilite el libre ejercicio de la personalidad. En un caso, el autoritarismo y en el otro el colectivismo nos tratarán de echar por tierra nuestro concepto de democracia. Pero ello no debe extrañar demasiado. Desde el comienzo, desde que se trató históricamente el tema se advirtió, la tensión existente entre hechos y valores; entre posibilidades y realidades; entre los distintos conceptos que se han tenido sobre el hombre y sus condiciones. Y el haber elegido como meta de convivencia ese sistema democrático diseñado por la definición que hemos adoptado, nos ha enrolado en una lucha tremendamente difícil; la lucha de imponer un régimen de equilibrio; *un régimen que cada día se va haciendo y cada día se va modificando para ir adecuándolo a las condiciones reales de la sociedad a la que se lo aplica.*

Frente a la definición expuesta no podemos ser "fetichistas", "perfeccionistas" ni "idólatras del régimen". No todo lo que no se ajusta a la definición es malo, o no democrático o debe ser reprobado. Los hombres tendríamos que ser "buenos" pero los hombres no somos tan buenos o somos medianamente buenos, y no por ello dejamos de ser hombres o nos deben eliminar como tales por no cumplir con la definición ideal de hombres. La democracia tendría que ser como se la ha perfilado en la definición pero resulta que el medio donde se ha de aplicar es siempre diverso, culturalmente diferente y demográficamente distinto y esa aplicación, naturalmente, responde a esos cambiantes y peculiares grupos humanos, expresándose, por lo tanto, en forma también peculiar. Si no existe "una democracia pura" existen muchas democracias impuras o posibles con propósitos de adecuarse a su realidad social y apuntando siempre a la consecución de su meta ideal. Hay también "no democracias" que quieren pintarse con los colores democráticos pero sus características son tan adecuadamente antidemocráticas, que no nos podemos engañar al no considerarlas dentro de nuestro sistema.

Vistas así las cosas y entendido que hay gran distancia entre lo normativo y lo descriptivo en torno a la democracia, resultaría útil, fijar algunos conceptos que hacen a la esencia del tema teórico y que están en la definición que nos ocupa y que pueden ayudarnos a alcanzar algunas precisiones.

Decimos que el régimen democrático se funda en la IGUALDAD DE TODOS LOS HOMBRES pero con ello no queremos significar ni proclamar que todos los hombres son iguales, porque obviamente son distintos. La igualdad proclamada por la democracia, es una igualdad moral; buscada más que comprobada, porque creemos que ello es justo. Los hombres no son iguales pero deben ser tratados como si lo fueran. Es una igualdad que respeta la diversidad; que no entiende de privilegios pero que reconoce la diferencia entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo virtuoso y lo vicioso. Esta igualdad se estructura como *una igualdad jurídico-política*, cuando otorga a todos los mismos derechos jurídicos y políticos; *igualdad social*, cuando faculta a todos a resistir la discriminación social, e *igualdad de oportunidades o de circunstancias* habilitando a todas, por igual, a desarrollarse según sus méritos propios.

Estas igualdades, más que una sola y única igualdad, crean un ámbito fluido de movilidad donde, los iguales o con iguales posibilidades, se tornan desiguales por sus propios méritos. De esta manera se deja de lado, el sistema de igualar artificialmente a los desiguales, máxima injusticia y sólo equiparable a aceptar desigualdades artificiales.

La desigualdad natural de los hombres, en razón de tales conceptos, hace que se la torne potencialmente en igualdad, donde se da cabida, a esa desigualdad por méritos y conductas.

El principio democrático de igualdad, por lo tanto no nivela a los hombres; simplemente los hace a todos iguales en oportunidades en razón de lo cual, todos pueden llegar a ser lo que naturalmente y esforzadamente pueden ser.

Es de señalar que la "igualdad" de oportunidades no se da en el vacío; la infinita

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

variedad de condiciones humanas y la casi infinita variación de circunstancias, crea nuevos motivos de perplejidad y conflictos ya que, esas "circunstancias" no advienen naturalmente, sino que la sociedad y el sistema las impone. Y sin "igualdad de oportunidades" no hay posibilidad de igualdad. Va de suyo, entonces, la necesidad de que esa apetencia de igualdad corra pareja con la necesidad de que los puntos de partida o de oportunidad se asemejen para otorgar a todos, precisamente, y desde bases sólidas de despegue, sus posibilidades de igualdad. Nos introducimos así, en la verdadera realidad del problema: desigualdad inicial pero amparada en igualdad de oportunidades, en un marco de "largada" semejante para todos.

Se vincula aquí, el tema de la igualdad con el de la desigualdad de todos y aparece así, el peligroso intento de emparejar férreamente oportunidades y reglar posibilidades, con lo que vamos a conculcar el otro principio rector, en que se funda toda democracia: el principio de la libertad.

No vamos a intentar acá, ni aproximadamente analizar el fundamental principio de la libertad. Todos lo conocemos o por lo menos lo sentimos e intuimos y además, necesitamos de él. Pero tal necesidad de libertad, que en último término es la necesidad indispensable para ser "hombres" exige un andamiaje de ideas y de procederes que la hagan viable y su correspondiente vinculación con las exigencias de la convivencia.

Los términos en cuestión o mejor dicho, en colisión, son entonces éstos: igualdad-libertad-orden-autoridad. Es obvio repetir que para vivir en grupo, es decir para "convivir", resulta imprescindible "el orden", pero tal orden no tiene vigencia sin la existencia de "un poder" que lo mantenga. Tal orden, impuesto autoritariamente, como es el orden político, no puede dejar de reconocer la desigualdad de los componentes del grupo que pugnan por ser iguales o por ser reconocidos iguales, exigiendo condiciones parejas en sus posibilidades de realización, y un ámbito de libertad que los enmarque.

La humanidad, podíamos decir que ha vivido debatiéndose airadamente entre este dilema de hierro y cuando se ha buscado el orden, por sobre todo, no hubo libertad; cuando se impuso exageradamente la libertad, el desorden primó y cuando se buscaron las condiciones circunstanciales adecuadas para que todos se movieran dentro de un esquema de seguridad e igualdad de posibilidades, se desconoció la calidad de "hombre" y se gobernó a "esclavos".

El difícil equilibrio buscado y pocas veces encontrado, naturalmente que ha sido intentado por muchas comunidades y siglos de historia, y esa búsqueda de soluciones, ha permitido arribar a resultados aproximadamente convenientes, "posibles", que concitasen la aceptación de la mayoría.

Pero, ¿en qué han estribado tales soluciones? Fundamentalmente en la existencia y vigencia en el grupo, de una serie de IDEAS OPERANTES aceptadas por todos; defendidas por todos y respetadas por todos; y en función de las cuales se organiza el convivir y se programan las instituciones y las actitudes de la autoridad. Tales ideas, operan en la mente de los hombres con suficiente vigor para hacer que éstos acepten a determinada forma política o a veces para cambiarla y tratar de construir una nueva. Ideas que en cualquier momento dado, inspiran a los hombres en sus relaciones con otros hombres y a las autoridades con los gobernados, y que se constituyen en ideales a alcanzar, aunque sea en forma imperfecta. Tales ideas operantes obedecen, en cada comunidad a diversos factores culturales, históricos, geográficos, demográficos, religiosos, económicos y especialmente a su tradicional convivir que poco puede cambiarse, y que se impone como un sello casi indeleble en cada grupo humano.

Es así, que entendemos, que esas ideas operantes y que hacen al concepto de orden a mantener, igualdad a considerar y libertad a respetar, surgen siempre como propias en cada sociedad o comunidad, sin desconocer naturalmente, su participación en las grandes ideas de la humanidad. Como consecuencia de ello, entendemos que el sistema de convivencia a imponerse, dentro del grupo, y que se concreta en el régimen político a establecer, debe necesariamente responder a esos grandes principios que estimo primeros y fundamentales: *libertad-igualdad en el orden*, todo ello adecuado al contexto social existente y sustentado.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

En esas ideas operantes que son el acervo esencial de la humanidad, adecuadas al tiempo y lugar de convivencia y aceptadas por el grupo conviviente. Un grupo así cohesionado, con sentimientos comunes e ideas de convivencia claras y mayoritariamente aceptadas, puede vivir en tranquila comunicación sin perjuicio de todas las vicisitudes, cambios y conflictos que naturalmente se presentan. Pero tales conflictos pueden ser superados, en función y por aplicación de las ideas operantes que funcionan como los "mandamientos" del grupo.

Resumiendo nuestro pensamiento, debemos decir que en la convivencia entre desiguales, la igualdad es una aspiración esencial y un presupuesto para posibilitar el respeto de todos; pero tal igualdad para los desiguales debe enmarcarse dentro de un sistema de libertad donde el régimen de autoridad asegure un orden, en que se desarrollen parejamente la igualdad y la libertad y se procure, respetando tales principios, alcanzar las condiciones materiales necesarias para ser iguales y libres.

Volvemos así, a encontrarnos inmersos en la situación de equilibrio inestable que tanto cueste mantener estable, pero la dificultad del problema exige encararlo y no desconocerlo. Ni autoritarismo donde sea todo orden; ni anarquismo libertario donde todo sea desorden; ni economismo organizado, donde todo sea comer adecuadamente y dormir en silencio igualando a los desiguales, y quitando la impronta esencialmente humana que es la libertad de decisión.

Frente a ello, podemos decir que la solución ideal no existe, pero sí estimo que existen soluciones aproximadas, no óptimas pero razonablemente buenas que mantengan estable el equilibrio inestable de que hablamos, y entendemos que la solución está dada por la aceptación y vigencia, de esas ideas operantes, mayoritariamente aceptadas, adecuadas al medio de aplicación y vinculadas al quehacer histórico y a la esencia tradicional de cada pueblo. No olvidemos que entre esas ideas operantes cabe considerar como esencial y de primordial vigencia la de la vocación comunitaria que implica un estilo de vida; de una manera de vivir en armonía con el otro; una vocación que es vocación de libertad pero también y casi tan importante, vocación para el orden y la unión. Sin tal vocación esencial y originaria, muy difícil es instaurar un sistema duradero.

La solución, nos parece y lo decimos sin eufemismos ni reparos, es la solución dada por los principios de la democracia liberal, adecuada a una situación específica y coloreada con los matices exigidos por una peculiar forma de convivir y de pasar sobre la convivencia y de creer sobre aquellos principios rectores. Democracia liberal, sistematizada en un constitucionalismo que exprese y fije aquellos fundamentos rectores del convivir; que haga saber a la autoridad qué es lo que debe y no debe hacer; que señale los derechos que no pueden ser desconocidos y que precise las obligaciones a la que todos estén sometidos para poder gozar de aquellos derechos.

Antes de apartarnos de este tema, diría yo teórico, veamos los *peligros intrínsecos* que se gestan en la misma entraña de la democracia y que surgen de sus mismos presupuestos. La libertad que se proclama implica "tolerancia" y por la vía de la "tolerancia democrática" abierta a toda discusión y a toda novedad ideológica, técnica o filosófica, se filtra y aparece la idea opuesta a democracia, la idea destructora de la democracia y lo que es más grave, la idea de que los "democráticos" no pueden ni deben defender el sistema ya que, abierto como es, a toda novedad de concebir la convivencia ordenada, por la misma libertad que prima, intentar detener los esfuerzos antidemocráticos, consiste en una contradicción de principios. El peligro es doblemente peligroso, porque es además, paralizante. Es decir, si la democracia es abierta a todo, y sustenta la libertad de pensamiento y expresión, el verdadero demócrata no puede "detener" al destructor del sistema, y tomar medidas en contra del mismo, sería desvirtuar la misma democracia. Esta endeblez racional del sistema o mejor dicho su vulnerabilidad ideológica constituye un verdadero sofisma apto para dar armas a los antidemocráticos y aparente obstáculo para la defensa del mismo. Pero, no obstante ello el sistema debe defenderse y puede defenderse lógicamente, utilizando sus principios rectores y dándoles forma en cada situación histórica; en la nuestra correspondería decir que el sistema no puede ser inficionado

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

por nada que lo quiera destruir; no caben argumentos especiosos para dejar destruir la democracia; la democracia se debe defender negando derechos a los que pretenden negar su sistema de derechos.

El peligro descripto surge del concepto de libertad; pero la igualdad nos provee de otro peligro no menos grave que el anterior. Si todos somos iguales y todos tenemos el mismo derecho a acceder a la conducción del grupo humano, resulta que, dada nuestra natural desigualdad, los torpes y corruptos pueden disputar el poder a los hábiles y honorables; las palancas del poder pueden ser ejercidas por los menos capaces, o más ladinos o simplemente los inicuos, por lo que el orden a instaurar o mantener sería desorden simplemente y no orden adecuado de convivencia.

Ambos peligros permanentemente están acechando a la democracia, y el sistema, además de disponer de un bagaje nutrido de ideas fuerzas para perdurar, y vocación adecuada en el grupo para poder sostenerse, debe mantener una gran versatilidad de procedimientos, precisamente para no quedar paralizado cuando el ataque de la antidemocracia fluye por entre los intersticios que deja la idea de libertad y tolerancia y quedar ajeno y ausente, cuando el autogobierno es ejercido por los incapaces que desconocen los principios del convivir democrático, o no tiene vocación democrática y sumen al grupo en la tiranía que su soberbia de poder indiscriminado exige y obtienen como premio demagógico.

Existe un tercer peligro que también puede hacer trastabillar al sistema; y se da en la falta de homogeneidad cultural entre los distintos integrantes del grupo donde el sistema debe aplicarse. En un medio con diferentes gradientes culturales donde la igualdad no existe o la disparidad intelectual o moral es desmesurada, las ideas sobre libertad y derecho son disímiles y por lo tanto el autogobierno casi imposible o por lo menos, proclive a ser ejercidos no por los representantes del total, sino por audaces demagogos, que lucran con los desniveles y descoincidencias culturales.

Precisamente, el buscar seguridades que nos alejen o eviten tales peligros que acechen a la democracia óptima, es que pretendemos acogernos a una democracia menos prístina, pero sí "posible" y viable dentro de nuestro contexto histórico, cultural y demográfico.

Hasta aquí hemos expresado en resumen nuestras ideas de la democracia; régimen político, sistema de convivencia fundado en la aspiración de igualdad de los hombres y en su sentido de la libertad; operando con autogobierno embebido en ideas fuerzas que concreten en su hacer diario, estos principios fundamentales. Sistema que debe ser defendido de los que no creen en él o de los que se aprovechan de él para dar cauce a sus apetitos de poder. Modo de vida o vocación para el convivir donde el respeto por los demás, guíen y exijan el respeto propio.

Y aquí tal vez llegaríamos a nuestro tema central y tal vez final: ¿cómo puede supervivir esa democracia que hemos descripto? Pareciera obvio señalarlo: mantenerla alejada de esos peligros que la acechan y cuyas defensas serían las siguientes: 1) cuidarla de la infiltración de ideas antidemocráticas; 2) guardarla y velar para que dentro de la igualdad, sólo los más capaces concuran a cubrir sus puestos de dirección; y 3) finalmente, lograr que el contexto cultural donde ella se instaure sea lo más homogéneo posible; donde se sienta y se viva un verdadero espíritu democrático y donde las ideas operantes que lo sustentan no sólo se mantengan vigentes sino que cada día se vigoricen y tengan más adeptos, y todo ello dentro de un contexto económico que asegure la vida digna a todos y el éxito de los mejores.

Y acá tenemos la democracia supervi-viendo. ...Pero naturalmente, se comprende que lo que acabo de mencionar es una *verdadera ingenuidad, un sentido total de irrealidad* y un desconocimiento total de los años y siglos de historia que ha vivido el mundo, siempre empeñado en lograr el mejor y más aceptable orden de convivencia. Académicamente y como perfeccionista o fetichista de la democracia sólo podríamos llegar a esa conclusión, pero no hemos llegado hasta aquí para repetir todas las aspiraciones que a través de los tiempos y circunstancias se han vertido para alcanzar lo que pareciera la inalcanzable y poco asible democracia.

No; tampoco hacemos estas reflexiones por puro espíritu académico y por mostrarnos eruditos en una disciplina de elevada jerarquía intelectual. Lo hacemos

pensando en nuestro país; en su historia, en los difíciles acontecimientos ocurridos en este siglo; en las difíciles situaciones por los que pasamos y en la discordancia que con pertinacia se incorpora a nuestra vida política y que ha traído siempre el desencuentro con su dolorosa secuela de retrocesos, frustraciones, desencantos y muertes.

Curiosamente, nuestros padres fundadores, conocedores del quehacer político pero también ilustrados acabadamente de las doctrinas universales sobre convivencia ordenada, nos legaron el texto terminado, inobjetable y paradigmático, de los principios expuestos precedentemente. Nuestra Constitución de 1853, se asienta en las ideas de igualdad y libertad democrática que precisa minuciosamente en su primera parte, y ha diseñado un sistema operativo, para conducir la convivencia ordenada, en su segunda. Es así que tenemos los argentinos, y muy bien delineado el sistema para convivir armoniosa y progresistamente; se nos ha entregado el instrumento apto para conducirnos a la convivencia ordenada y democrática y los instrumentos para nuestra realización política. Pero es necesario reconocerlo, durante el corriente siglo tal cartabón a seguir y tales sapientísimas reglas de juego a poner en funcionamiento han sido desconocidas una y otra vez y precisamente, el acuciante deseo de democrático vivir, la casi obsesión por imponer la democracia tiene su origen y fundamento, en la convicción de la bondad de las prescripciones democráticas y constitucionales y en su continuada violación.

Se nos aparece así el juego dialéctico y de permanente vigencia entre el ser de nuestra convivencia política y el deber ser de nuestra norma constitucional. Apetencias siempre actuales de vivir ordenadamente como lo establece la ley y realidad siempre cambiante donde vivimos fuera de la ley. Ideas operantes siempre presentes; pero realidades sociales, culturales y económicas discordantes que no se ajustan a los cartabones constitucionales; grupos con conciencia de orden democrático y grupos atraídos por los señuelos demagógicos del antidemocratismo; doctrinas y anhelos constitucionales arropados por una auténtica, vigorosa y gloriosa tradición argentina contrapuestos a doctrinas liberticidas, extrañas o groseramente entidoctrinas. Y en este juego de resultados siempre adversos, advertimos la necesidad casi ineludible de desprendernos del fetichismo o perfeccionismo democrático para ajustarnos a un pragmatismo que apunte a lo verdaderamente democrático; postergar temporaria y lamentablemente la implantación de la democracia plena que preconiza y estructura nuestra sapiente carta magna e imaginar pasos previos y coherentes hasta que el desencuentro sea menos nítido; hasta que el antidemocratismo cultural se revierta en el convencimiento contrario; hasta que aceptemos que el que disiente con nuestra postura no es enemigo que debe ser suprimido sino un compatriota cuyas ideas deben ser respetadas; hasta que aprendamos que la gesta nacional es obra de todos —cada uno con sus posibilidades —y no obra del superhombre iluminado que piensa y obra por todos; hasta que estemos convencidos de que la verdad política es solo y exclusivamente la resultante de las ideas de todos, llevadas a la práctica con pasión democrática, prudencia, tolerancia y comprensión del sentir general debidamente complementado con la experiencia vivida. *Es decir, ajustarnos a una democracia posible, apuntando siempre a la democracia deseada.*

Nuestra historia política ha estado sembrada de profundos quebrantos; pretendemos que el futuro sea distinto. Aquélla la conocemos; esto está por ser programado.

No voy a resumir nuestra historia ni referirme a nuestra tradición, modo de vivir o contexto cultural; todos los conocemos y experimentamos y sufrimos. Pero, en cambio, debo hacer referencia precisa, a nuestros intentos permanentes de adecuar a la realidad las ideas operantes y principios rectores articulados de esa constitución de 1853 y a las constantes frustraciones que hemos padecido y padecemos.

Tampoco analizaré su funcionamiento durante el siglo pasado, pues ello responde a otros interrogantes y explica otras pautas de convivencia, ya terminadas. Sí me importa señalar muy objetivamente las peripecias sociales, políticas y económicas que sufrimos en el presente siglo, frente a la tensión siempre existente y permanentemente vigente, entre las pautas constitucionales y la realidad donde debieron ser aplicadas. A partir de 1916 la estructura constitucional se impone a un con-

Instituto de Derecho del Gioja. UBA. Uso académico.

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

glomerado social distinto al existente en el siglo anterior; la sistematización constitucional de las ideas operantes aplicadas a un contexto cultural nuevo, origina una ruptura en 1930; catorce años de desfasaje y de tensión creciente dan pie a la ruptura de aquel orden legal, que se concreta en la irrupción de las fuerzas armadas y su toma del poder. Pero, naturalmente, la confianza en las ideas operantes vertidas en nuestra constitución no cambia y se pretende haber resuelto el problema cambiando a los gobernantes y a los dos años se pone en práctica nuevamente el sistema constitucional con la ilusión de haber resuelto el problema sin advertir que el desajuste era mucho más profundo; no un desajuste de gobernantes sino un desajuste entre los convivientes y su sistema de orden. Es así que, establecida en 1932 la plena vigencia constitucional, vuelve a ser quebrada en 1943 tratando de ser restaurada en 1946. Y así con constancia paradojal se producen rupturas y recomposiciones en 1966 y 1973 y finalmente la de 1976. Omito el episodio de 1955, porque estimo que respondió a otras exigencias.

No puedo referirme a las circunstancias especiales y por las cuales cada hecho específicamente se produjo, lo cierto y objetivo es que con regularidad pendular se cumplió el ciclo que así podemos describir; *puesta en vigencia del sistema constitucional-saturación-tensión-ruptura y nueva puesta en vigencia.*

El macroanálisis objetivo de este acontecer histórico nos lleva a concluir que existe en nuestro país una disidencia de actitudes entre comunidad, fuerzas del orden y sistema de ideas dominantes. Para intentar aportar una solución a esta situación de tensión, creadora de las rupturas conocidas, debo hacer, si no científicamente, sí, muy humanamente, una profesión de fe; me siento enrolado dentro del sistema que concreta ideas operantes fundamentales tales como la libertad, igualdad de oportunidades, y orden de convivencia fundado en el respeto de la persona. Ideas que por ota parte, están magníficamente expresadas, claramente expuestas, y detalladamente codificadas en nuestra Constitución Nacional. Parto por lo tanto del principio de que la meta a alcanzar está dada en los preceptos rectores de esa constitución de 1853. Pero ocurre que la experiencia nos dice que tales metas no han podido ser alcanzadas ni cuando regía teóricamente y plenamente esa constitución, ni cuando prácticamente quedaba derogada en alguna de sus partes por los distintos gobiernos de las Fuerzas Armadas. *Y la experiencia también nos dice que para alcanzar permanentemente y en paz, la vigencia plena de esa meta constitucional, no podemos recurrir a manidos procedimientos: tales como exhortar a la comunidad de la nación a que elija bien a sus gobernantes, para que sean fieles guardianes de esos principios; o a los hombres de las Fuerzas Armadas para que en momento de evidente crisis institucional no salgan de sus cuarteles y se queden espectantes frente a un posible desastre nacional.* Ambos reclamos también son ingenuos.

Es probable o mejor dicho, seguro, que decenas de años de prédica; de composición y recomposición de los equipos directivos; de experiencias vividas y cambio en el contexto cultural de los ciudadanos, posibiliten, poco a poco y muy paulatinamente llegar a ese desable estado, donde el sistema democrático se mantenga vigente, con todas las fallas que puedan aceptarse dentro de lo aceptable; pero vigente y perfeccionable. *Pero lo que no es probable es que ahora y en nuestra actual situación y haciendo ver, los beneficios de la democracia, convenzamos a uno y otros de que debemos aferrarnos a la búsqueda de la vigencia de orden constitucional y no apartarnos de él, ni desde el gobierno ni desde los cuarteles.* Todo ello vendrá, con un convencimiento gradual, con años de búsqueda y de trabajo y con la gradual comprensión y unión comunitaria.

A esta altura de nuestra preocupación nos es ineludible apartarnos del "ser de la Política", único ámbito de actuación del observador y científico político, e invadir el seto específico de los políticos o de los doctrinarios políticos. Pero es que el tema nos lo pide. Nada diríamos en esta disertación sobre "supervivencia de la democracia" si nuestra conclusión fuera un ruego o impenetración a que "el pueblo se culturalice políticamente" y así, una vez que nuestro ámbito cultural llegase a ser eminente, predecir que nuestra democracia supervivirá o llegará a vivir plenamente. Tampoco diría demasiado, si concluyéramos exhortando a los partidos políticos y mejorar su interna operatividad y su externa docencia cívica, y menos, haciendo ver a los miembros de las fuerzas armadas que su razón de ser no está en el quehacer político, sino en la defensa de la patria frente a un ataque extranjero o en apuntalar nuestra soberanía. Finalmente quedaríamos en falta si sólo, con ánimo científico y descriptivo, llegásemos a la conclusión de que en nuestra comunidad nacional, los intentos de convivir democrático han sido siempre frustrados por falta de homogeneidad cultural, inexistencia de ideas fuerzas o de sentir democrático.

Todo ello es cierto, pero además y mientras tanto, es necesario ser gobernados y bien y vivir en un régimen, donde se tenga en cuenta la realidad existente y circundante y donde poco a poco, y en medida transición se pase de la anormalidad en que vivimos a una normalidad permanente, siempre cambiante y perfectible pero estable y sin tensiones extremas que obliguen a la ruptura del orden.

Al planear ese régimen de transición que será *el régimen de una democracia posible se debe tener en cuenta* por sobre todas las cosas la meta a alcanzar, es decir, muy concretamente nuestra constitución de siempre, la de 1853, y sobre todo su parte esencial, es decir aquélla donde se estructuran y fijan los derechos y garantías, y que resumen las ideas operantes de una democracia.

Naturalmente que las posibilidades que abre un período de transición son muchas y los esquemas a diseñar para llevarlos a cabo, varios y de distinta realización. Cabe mencionar el fortalecimiento del régimen municipal; el ajuste del sistema de representatividad de los representantes: la idoneidad de los aspirantes a cargos públicos; la selección para alcanzar la primera magistratura; etc.; vale decir el mejoramiento de todos los aspectos instrumentales que apunten al autogobierno de los iguales.

Nos importa enfatizar también sobre la necesidad casi impostergable de abrir los cauces a las corrientes de opinión totalmente renovados a efectos de que el deseo que anida en todo espíritu humano de expresar opiniones y anhelos, alegrías y angustias, complacencias y críticas, tenga su exteriorización adecuada y no se mantenga aprisionado fermentando levaduras de explosivas sustancias.

Pero dentro de ellos, y a título de una aportación más que puede levantar críticas por su carácter tal vez elitista pero que estoy obligado a exponer casi por exigencias de conciencias, entre todos aquellas medidas debemos diseñar la creación de un *"cuerpo mantenedor de ideas operantes y morigerador de desbordes antidemocráticos, constituido por los más aptos"*.

Nuestra tesis es la siguiente: las ideas operantes de que hemos hablado precedentemente se concretan y exteriorizan en el actuar de una sociedad pluralista y diversa donde todos suponemos están naturalmente interesados en el buen y ordenado convivir, y que luchan por el mantenimiento de ese orden.

Pero esa sociedad pluralista se presenta bajo dos distintos aspectos: a un nivel, una comunidad de innominados e iguales ciudadanos, con incontrolables derechos a participar en el gobierno del grupo, y representados masivamente, por sus mandatarios, que generalmente logran ese mandato acudiendo, no a razonamientos académicos y científicos, sino a flamígeros y patéticos llamados a la emotividad y a la pasión, pésimos consejeros para discurrir seriamente y elegir adecuadamente.

A otro nivel, nos encontramos con esa misma comunidad ciudadana, reunida en grupos o subgrupos con fines y pretensiones específicas: culturales, económicas, laborales, científicas, religiosas, militares, etc., que tienen vocación de orden para lograr sus metas y que como tales, carecen de mandatarios o representantes en el autogobierno democrático.

Los unos pueden ser presa de la demagogia; los otros del quietismo y de los intereses sectoriales. Pero como no podemos exigir que a un nivel se razone adecuadamente al tener que elegir, y que a otro se olvide de sus intereses al tener que actuar, hasta tanto la comunicación de intereses nacionales sea compartida y la mayoría razone seriamente sobre sus ventajas, es necesario complementar los unos a los otros para que el equilibrio en la resolución se opere adecuadamente.

Una solución para encontrar esa armonía discordante, o arribar a la discordia armoniosa, podría estar en equilibrio de

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

manera diferente a la actual prescripción constitucional, la relación entre la Cámara de Diputados y el Senado.

Podríamos disponer de una Cámara de Diputados elegida en la forma tradicional, donde cada hombre vale un voto, y donde quedan reflejados los intereses de todos, aunque tales intereses se vean deformados o incluso lesionados por la demagogia de los "representantes". Pero además; y como complemento, un Senado, donde estén representados además de las Provincias los grupos, a través de sus mejores hombres, donde la apetencia del cambio quede morigerada por la cautela de la prudencia y donde la representación de la comunidad a nivel de ciudadanía, se integra con los representantes a nivel de grupos, compensando así diferencia e intereses.

De esta manera, la elección indiscriminada de representantes para las diputaciones, se complementará con una representación selectiva y objetiva entre los "mejores" del grupo, tarea mucho más sencilla y practicable en grupos pequeños que en grandes circunscripciones electorales.

Tendremos de esta forma una Cámara de Diputados constituida por los representantes de todos como ciudadanos y una de Senadores por los representantes de todas las provincias, y, también, por los representantes de los grupos sectoriales. Y dentro de esos grupos sectoriales podemos exigir a "los más aptos", a los mejores, que nos los brindaran los más destacados dirigentes de grupos científicos, universitarios, académicos, empresarios y sindicales, religiosos y militares.

Tendremos de esta manera un equipo morigerador que no responda a compromisos electoralistas y que mire con mayor parsimonia el porvenir y con mayor profundidad el pasado, corrigiendo, si fuera necesario las decisiones tal vez apresuradas y muchas veces electoralistas de los otros representantes.

Naturalmente que nuestra idea no es nueva, se ha ensayado en varios sistemas con suerte diversa y hasta en algunos de nuestros proyectos constitucionales se tuvo en cuenta esta representación de optimates. No la propiciamos como sistema permanente, ni se nos ocurre instaurar un sistema de representación funcional con connotaciones corporativas de infausta memoria, pero creemos que resulta imprescindible imponerla como instrumento de transición para evitar al movimiento pendular conocido, que tantos y tantos atrasos nos ha deparado.

Casi podríamos decir que propiciamos así, la implantación de una "cámara de moderación y enfrentamiento" como la necesidad del "senado" virtiendo su té en la taza del plato antes de beberlo.

Insistimos que el establecimiento de tal Senado, como propuesta transitoria, y vigente con otras muchas a tomar conjuntamente durante el período necesario para instaurar la verdadera democracia, no significa crear un órgano de representación funcional ni corporativista de funestas y liberticidas lembranzas, sino simplemente un expediente para que durante un tiempo, la vorágine política parlamentaria se vea complementada también por la acción más meditada de los más ponderados y objetivamente mejores del grupo nacional.

Cabe hacer una reflexión más sobre las Fuerzas Armadas. Desde nuestro primer gobierno patrio, encabezado por el brigadier don Cornelio Saavedra, las Fuerzas Armadas siempre han estado presentes en nuestro quehacer político. Primero por la independencia, después por la organización, luego por la conquista del desierto; finalmente para imponer orden en el desorden y la subversión; siempre cumplieron un rol que no fue específico, pero fue real. Es un hecho. Las razones sociológicas que explican esta constante creo que deben ser motivo de esmerados análisis, que no estamos en condiciones de intentar ahora, pero las hay y son muchas. Los FF.AA. han sido un poco como la urdimbre de nuestra organización o como el esqueleto de la República que ha permitido mantenerla siempre articulada y unida no obstante las múltiples desazones de toda índole que nos han afligido el correr de los tiempos. Es cierto que cada incursión o toma del gobierno ha sido un alzamiento contra el sistema constitucional pero no es menos cierto que en casi todos los casos, existían razones de sobra para poner coto a una desorganización evidente. Como no podemos exigir al pueblo que acreciente su cultura cívica y vote bien y ello lo haga en el corto plazo de pocos años; tampoco podemos exigir a las Fuerzas Armadas que frente a todo desastre o a cualquier desastre, se queden espectantes e inmóviles esperando la próxima guerra o el próximo ataque desde el exterior. Todo ello creo que llegará, pero con el tiempo. En la actualidad y frente a problemas de organización y de paso transitorio de un gobierno de facto, a uno regularmente constitucional creo necesario que las mismas tengan un representante entre los otros representantes de los grupos que propicio, manteniendo su permanente vigencia durante el período de reconstrucción y evitando su alejamiento total del sistema de gobierno, para no obligarlas a volver bruscamente otra vez cuando la tensión se repita y ocurra la ruptura.

Nada de eso queremos que suceda; queremos una vuelta a los principios rectores de la Constitución del 53 que aúna las ideas operantes a alcanzar en nuestra sociedad; pero visto los tropiezos que ocurrieron en ese accidentado camino, se impone la articulación de un régimen de transición, que puede alcanzar a diversos niveles y muchas instituciones, pero que además, debe ser completado, con ese senado, diría, de "moderadores" constituido por los razonables y objetivamente "mejores" o más aptos dentro del quehacer nacional.

Es así, que como conclusión y resumen obligado a estas palabras debemos enumerar los varios niveles de actuación para hacer viable, la *"democracia posible"* que postulamos, democracia que apunte siempre a la *"democracia deseada"* como esquema y meta a alcanzar en nuestro devenir político. Son ellos:

1) Crear en la ciudadanía la conciencia necesaria para que tengan cabida y vigencia las ideas operantes a que nos hemos referido.

2) Crear el convencimiento de que la democracia debe defenderse de los antidemocráticos, sin que con ello, renuncie al postulado de sus principios de libertad, igualdad y tolerancia.

3) Ilustrar a la opinión pública sobre los problemas de convivir ordenado, pero también, dar posibilidades para que las distintas corrientes de opinión se canalicen adecuadamente y se expresen con libertad.

4) Exigir, más que permitir, la presencia de partidos políticos que sean verdadera escuela de democracia y defensores permanentes de las verdaderas ideas operantes.

5) Ir paulatinamente estableciendo gobiernos comunales y provinciales de carácter representativo, hasta alcanzar su vigencia en el ámbito nacional, con representantes idóneos, moral e intelectualmente.

6) Establecer el senado tutelar de las ideas operantes, que morigere urgencias, enfrente con prudencia a las actitudes imprudentes, y mantenga una vigencia política adecuada para que el sistema ordenado se desarrolle pausada y coherentemente.

Con ello, no estaremos, dentro de una democracia típica, afecta a los normativos y perfeccionistas, pero en cambio, es probable que vayamos acomodándonos paulatinamente en una *democracia posible*, muy realista y adecuada a lo que somos, fundada por las constancias históricas conocidas, y apuntando a alcanzar las metas democráticas por todos apetecidas.

En el régimen de transición, se guardarán celosamente y se mantendrá la vigencia de aquellas ideas que nos han sido siempre caras, encabezadas por la de la libertad, que crea el único ámbito apto para que el hombre pueda desarrollarse y vivir como tal, y que con tanto acierto han sido plasmadas y ordenadas en nuestra constitución nacional. Piénsese que la organización institucional es un medio adecuado para lograr ciertos fines: nuestros constituyentes impusieron los fines a cuya realización debe apuntar toda comunidad civilizada, en el preámbulo del texto fundamental; lo sistematizaron a través de título referido a declaraciones, derechos y garantías, e instrumentaron su realización en la segunda parte, organizando los poderes de autoridad. Establecieron así un régimen republicano, representativo y federal, que implica una moderna democracia, normativa y pura. Nos adherimos a los fines y a su sistematización; pero entendemos que la organización del poder de autoridad debe ser modificado provisoriamente, a la luz de la experiencia de este siglo y en la forma que someramente hemos descripto; para que la igualdad de todos se respete a través de una igualdad de posibilidades enmarcada en circunstancia económica que posibilite todo a todos y todo ello, en el ámbito de libertad donde

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

cada uno puede elegir su propia vida y su manera de hacerla.

Repetimos, como hemos dicho al principio, que la DEMOCRACIA es algo que hacen los hombres y como todo hacer humano, éste, el de la democracia, significa un largo camino empedrado de aciertos, errores y aproximaciones, pero siempre perfectible. Los países del viejo mundo tardaron siglos en llegar a los sistemas de convivencia que ahora disfrutan, y aún deben defenderlos diariamente. Nosotros, imberbes aún en esta tarea, no desesperamos para lograr lo óptimo en corto tiempo; aceptamos lo posible y llegaremos pausadamente a la meta prevista. Este es nuestro aporte a la "supervivencia de la democracia", de una democracia que tanto queremos, en una Argentina que aún queremos más.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Dr. EUSEBIO BARRIOCANAL

Profesor Adjunto Interino de Derecho Constitucional I.

Alberdi y la democracia cualitativa

Invocar a Juan Bautista Alberdi, nacido en Tucumán el año de la Revolución de Mayo y muerto en Francia en 1884, es memorar a uno de los argentinos con más esencia de arquetipo, de modelo, con auténtico valor universal.

Es que el padre de nuestra Constitución tuvo, lo mismo que San Martín, el sentido de la continentalidad. Frente a Europa, afirmó la unidad sustancial de las nacionalidades americanas y la existencia de un espíritu americano, fundado en las altas potencias de la condición humana.

Dentro de nuestros pensadores es Alberdi el meditador por excelencia. Pero pensar era en él no sólo su modo de ser, sino de actuar.

Con la acción mental se conjugó su vibración física. Si pudiésemos "hacer" todo lo que escribimos, no escribiríamos nunca.

Por ello nuestro ideólogo afirma: "Mala o buena, mi vida está consignada en mis escritos. Si ellos son vulnerables, tanto mejor para mis disidentes. No los defenderé de sus ataques; dejaré que ellos propios se defiendan, así como ellos propios chocan con las opiniones opuestas. No salvaré de ese abandono sino una sola cosa: la calificación de los motivos y de las intenciones desinteresadas de mis obras".

Abocado al estudio imparcial de los fenómenos que condicionan las vidas sociales y de las causas originarias de éstos, Alberdi continúa la ruta genial de Montesquieu, creando la sociología de Hispanoamérica, con un sentido moderno y tan autóctono como los tiempos lo permitieran.

El no es autor de los que lloran sino de los que castigan, de los que corrigen, que es acaso la mayor muestra u ofrenda de amor.

No hallaremos en él ni los sollozos de Leopardi ni los furores de Schopenhauer. Porque a pesar de ser el proscripto de todas las épocas, Alberdi tuvo fe en Dios, en la libertad creadora y en el porvenir de su patria.

Sus *Obras Completas* corresponden a una existencia superada y plena: desde el Alberdi joven, artista, literato, periodista, crítico, filósofo, hasta el Alberdi maduro, constitucionalista, jurista, internacionalista; siempre humanista y talentoso.

No obstante el desarraigo y las ingratitudes son una constante en su apostolado laico, lo que ha hecho aseverar al doctor Linares Quintana: "Paradoja sublime y notable la de Alberdi, gran parte de cuya vida transcurre en la soledad melancólica del exilio, y que por nadie es aventajada en la misión ciclópea de señalar la ruta de la organización constitucional del país".

Su voz no resuena en el recinto del Con-

La presentación del disertante fue efectuada por el Dr. Atilio J. Barneix.

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

greso General Constituyente de 1853, pero su pensamiento inspira y guía a los congresales, cuyas mentes, prudentes y claras, ven en las *Bases* la brújula que les señala el rumbo seguro. Por eso Alfredo L. Palacios ha podido calificarlo como "nuestro más característico y auténtico pensador", que ha ejercido una influencia profunda y perdurable sobre la índole y esencia de nuestra nacionalidad.

Sus ideas y anticipaciones sobre la libertad, democracia, desarrollo material y progreso de las concepciones políticas, lo mismo que sus críticas a los vicios y torpezas de las agrupaciones sociales, interesan a todos los estados de Occidente.

SUS ORIGENES

De padre vasco y de madre criolla, rubia y guapa moza, que gustaba de los versos y la música, nació Juan Bautista Alberdi el 29 de agosto de 1810, en San Miguel de Tucumán, hará en seis días más 168 años.

Su madre se llamaba Josefa Aráoz y Balderrama; emparentada con las familias de los Aráoz y los Heredia.

Su progenitor era amigo personal del Dr. Manuel Belgrano, quien frecuentaba la casa; también era un fervoroso divulgador de *El Contrato Social*, de Juan Jacobo Rousseau.

El niño quedó huérfano al nacer; careció de afecto maternal, impronta que se reflejó en su carácter taciturno; esta circunstancia le deparó una niñez sin alegrías.

A los quince años de edad, ingresa, becado, en el Colegio de Ciencias Morales de Buenos Aires, que fundara el ilustre estadista Bernardino Rivadavia. El año 1830 lo sorprende en las aulas universitarias, descollando como alumno ejemplar. Ocho años más tarde, luego del examen de tesis, debía graduarse de doctor en jurisprudencia. En ese entonces, el tirano Rosas dispuso que no se otorgara grado alguno de la Universidad a quienes no justificaran, previamente, ante el gobierno su adhesión a la causa federal. Alberdi no vacila su elección e inicia el largo peregrinaje que había de durar toda su vida, cumpliéndose la profecía que alguien le hiciera en su juventud: "de que concluiría su existencia lejos de la tierra que le vio nacer".

Acababa de publicar su *Fragmento preliminar al estudio del derecho* (seguido por varios panfletos políticos de relevancia).

Al producirse la invasión de Oribe, Alberdi abandona la Banda Oriental y se dirige a Europa, en compañía de Juan María Gutiérrez, desde donde, dos años después, en 1843, parte a Chile y se establece en la ciudad de Valparaíso. Revalida su título de abogado y ejerce esta profesión, con sentido ético y enaltecido. Allá escribe, en 1852, las *Bases y puntos de partida para la organización política de la Confederación Argentina* y, poco más tarde, el *Derecho público provincial*, obra a la que él mismo califica de continuación de las *Bases*, y *Sistema económico y rentíctico de la Confederación Argentina*. También allí inicia la batalla epistolar con Sarmiento.

Derrocada la tiranía, cruza nuevamente los mares en 1855 para volver a Europa como encargado de negocios de la Confederación Argentina en Inglaterra y Francia primero, y más tarde también en España. Nombrado con el mismo cargo en los Estados Unidos de Norte América, viaja otra vez.

En 1879, luego de cuarenta y un años de ausencia de la Patria —toda una vida— Alberdi regresa a su país natal, en el que no encuentra sino amargura, ingratitud y desengaño. Vuelve entonces a Francia y un día de la primavera de París, el 19 de junio de 1884, muere en una clínica médica, solo y en la pobreza.

Vencida la primera tiranía en Caseros y encaminado el país hacia la definitiva organización constitucional, todo parecía indicar que había llegado para Alberdi el tan ansiado instante en que podría actuar en la vida pública argentina y poner en ejecución las brillantes conclusiones y construcciones jurídico-políticas, que durante tantos años, desde el destierro, había trazado en libros, cartas y periódicos.

Sin embargo, nuevamente pareceria que el destino marcara el rumbo de la vida del genial estadista. Un profundo desacuerdo con los puntos de vista de Mitre y Sarmiento acerca de la política nacional, trocado en recia y agria polémica, abre pronto un abismo entre estas grandes figuras de la historia y prolonga el ya largo exilio durante las presidencias de éstos.

Es sólo al promediar el gobierno de Avellaneda cuando Alberdi regresa electo diputado nacional por su provincia natal.

Amarga ironía era que quien había trazado los planos del edificio institucional de la República y proporcionado los inconmovibles cimientos de su estructura constitucional, fuera llamado a desempeñar, por vez primera, una función política en el gobierno de la Patria, a los setenta años de edad!

"Al considerarlo así, tan despojado de poder político —no pudo menos que exclamar Ricardo Rojas—, ausente siempre de su país, uno se asombra más de la influencia que entre nosotros ejerció, y se siente más atraído por el misterio de su vida".

Mas el signo que siempre decide en su destino, vuelve a pesar, y Alberdi, decidido a no mezclarse en luchas internas, al alzarse en armas el gobierno de la provincia de Buenos Aires contra el gobierno nacional, déjase destituir por su inasistencia por la minoría de la Cámara de Diputados trasladada a Belgrano. Iníciase así, el ciclo final del peregrinaje... para morir en la proscripción como Moreno, Rivadavia, Echeverría y San Martín.

A través de toda su existencia, nuestro prócer revela un propósito firme y decidido, de sacrificar todo por el bien de su país.

Verdaderamente resulta ejemplar su desapego por la fortuna o las posiciones públicas, que hubiera conseguido fácilmente, traicionando lo que él estimó la línea de su existencia. Hasta la felicidad personal y la salud rindió en holocausto de sus más caros ideales.

"Ni honores, ni fortuna —ha escrito—, nada le debo a la revolución, para que el amor que le tenga se parezca a gratitud interesada. En la edad y con la salud, que me dejan poca aptitud para la vida pública, nada espero de ella. ¿Citaré lo que he hecho por la Revolución? ¿En la política? ¿En la diplomacia? Las cruces brillan en mi pecho por su ausencia, sin que las desdeñe por eso. Mis sufrimientos por su causa en la emigración, la pobreza, el olvido, la calumnia... nada me indispone con ella, y, si tuviese que recomenzar mi vida, la haría del mismo modo."

En carta dirigida a Gutiérrez, Alberdi fijaba su criterio claro y fundado ante el problema político del país: "Yo no estoy para combinación alguna en que la Constitución no entre como base y punto de partida; todo, hasta el cambio o la abolición de ella, debe hacerse según ella y por ella".

Bien sabemos que la doctrina de la Revolución de Mayo es expuesta y sistematizada en el Dogma socialista o Dogma de Mayo, que si bien suscribe Esteban Echeverría, no es sino la expresión del ideario de su generación, cuya luz ha de proyectarse sobre los constituyentes de 1853, iluminándolos en la búsqueda de la solución de los grandes problemas institucionales del país. En el Capítulo XIII del Dogma, que escribe Alberdi, incluyéndolo más tarde en las Bases, aportándose la solución de la cuestión crucial de la forma de Estado, argumento principal de una larga y azarosa época de la historia patria.

"Desprendido de federales y unitarios, ajeno a las dos fracciones —escribió Alberdi en esas valiosas páginas—, vi la solución del problema constitucional argentino en la fusión de los dos principios rivales, en la adopción de un sistema mixto de uno y otro. Hallé esa solución, no en la inspiración de una política ambigua, sino en el sentimiento de la historia y de los hechos".

Las *Bases* es la más importante obra publicada, hasta hoy en el país, en el campo de la ciencia política y constitucional, y su autor, sin duda, el más autorizado de los escritores políticos argentinos. Su mérito aún no igualado, descansa en la solidez y la profundidad de su doctrina —virtudes que solamente se encuentran en los grandes clásicos de la literatura política—, la cual ha sido elaborada con aguda visión de estadista y una notable adecuación a la realidad y a las posibilidades del país. Las *Bases* pueden compararse, sin desmedro, con las más famosas obras del género.

Autoridad tan insospechable de parcialidad como el eminente socialista y humanista Jean Jaurés dijo que las obras de Alberdi deben clasificarse al lado de las de Tocqueville y Laboulaye y, por ciertos capítulos, al lado de las de Montesquieu. Agrega que varios de los discursos del prócer argentino pueden ser estudiados con provecho por todos los hombres políticos y los oradores, aún en Europa, "porque en esa abundancia hay firmeza y plenitud

Biblioteca del Gioja. Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

de pensamiento y porque ha sabido conciliar el eco de las tradiciones idealistas con las necesidades del progreso positivo".

Tiene razón Ramón J. Cárcano cuando afirma que "Las *Bases* fueron la Biblia de los Constituyentes"; como que los autores de la Ley Suprema argentina se inspiraron para su magnífica obra, en la doctrina de las *Bases* y en los principios del proyecto de Constitución anexo, justificando que se llamara a Alberdi, como ya lo hemos recordado, el padre de la Constitución.

Acusando recibo del ejemplar de las *Bases*, que le enviara Alberdi, Urquiza le escribe: "su bien pensado libro es, a mi juicio, un medio de cooperación importantísimo. No ha podido ser escrito ni publicado en mejor oportunidad".

Urquiza ordenó inmediatamente que se hiciera una edición de muchos ejemplares del libro, que se distribuyó en todas las provincias. Sarmiento, escribió al autor, luego de concluir su lectura: "su Constitución es un monumento; es usted el legislador del buen sentido, bajo las formas de la ciencia. Su constitución es nuestra bandera, nuestro símbolo. Así le toma hoy la República Argentina. Yo creo que su libro va a ejercer un efecto benéfico. Es posible que su Constitución sea aceptada; es posible que sea alterada, truncada; pero los pueblos, por lo suprimido o alterado verán el espíritu que dirige las supresiones; su libro, pues, va a ser el Decálogo argentino; la bandera de todos los hombres de corazón.

A través de sus tres obras fundamentales: las *Bases;* los *Elementos de derecho público provincial* y el *Sistema económico y rentístico* —complementadas desde luego, por cientos de páginas que integran otros libros, folletos, cartas y artículos periodísticos—, Alberdi desarrolla una doctrina orgánica y bien sistematizada de ciencia política y constitucional, impregnada teleológicamente de libertad creadora.

SUS IDEAS SOBRE LA DEMOCRACIA CUALITATIVA

"Saber ser libre —escribe Alberdi— es saber gobernarse a sí mismo. Saber gobernarse a sí mismo es saber elegir por sí". Y subraya: "el patriotismo bien entendido se identifica con el ejercicio de la libertad, es decir, del gobierno del país por el país, cuya labor es un placer; pero más que un placer es un trabajo duro y continuo, pues un ciudadano que sabe ser libre tiene tanto que hacer como un ministro".

Está convencido que "la libertad no sólo es el más alto y último progreso de un país, sino que toda ella se compone de labor, abnegación, esfuerzo, sacrificio, actividad".

Se evidencia asimismo Alberdi, a través de sus escritos, como un clarividente precursor de las más novedosas tendencias que hoy apuntan en el ámbito de la ciencia política, que preconizan el enfoque, a la par que de la teoría, de la realidad institucional.

Sostiene que "una Constitución perfecta, bajo el aspecto de la ciencia política, podría ser la peor y más desastrosa Constitución si no estuviese adaptada a la manera de ser o condición del país que la recibe".

La perfección no se adopta en leyes o sociedades imperfectas. E insiste en que la Constitución, la libertad, autoridad, no se escriben, se hacen; no se decretan; se forman, se hacen por la educación. No se hacen en el Congreso, se hacen en la casa, en el hogar. No viven en el papel, viven en el hombre.

Para Alberdi, "el sistema electoral es la llave del gobierno representativo. Elegir es discernir y deliberar. La ignorancia no discierne, busca un tribuno y vota a un tirano. La miseria no delibera, se vende por un plato de lentejas. Alejar el sufragio de manos de la ignorancia y de la indigencia es asegurar la pureza y acierto de su ejercicio".

Por ello afirma sabiamente: "Todo para el pueblo, poco con el pueblo".

Ya en las *Bases*, había dicho que "todo el éxito del sistema republicano, en países como los nuestros, depende del sistema electoral. No hay pueblo, por limitado que sea, al que no pueda aplicarse la república, si se sabe adaptar a su capacidad el sistema de elección o de su intervención en la formación del poder y de las leyes". Claro está que, profundamente imbuido de los principios democráticos, Alberdi no busca la solución en la calificación del sufragio, sino, lógicamente, en la capacitación del pueblo: "elevar nuestros pueblos a la altura de la forma de gobierno que nos ha impuesto la necesidad; en darles la aptitud que les falta para ser republicanos; en hacernos dignos de la república que hemos proclamado, que no podemos practicar hoy ni tampoco abandonar; en mejorar el gobierno por la mejora de los gobernados; en mejorar la sociedad para obtener la mejora del poder, que es su expresión y resultado directo".

En *El Crimen de la guerra* nos dice: "La democracia no se engaña en su aversión instintiva al cesarismo. Es la antipatía del derecho a la fuerza como base de autoridad; de la razón al capricho como regla de gobierno". La democracia verdadera es la ascensión continua del pueblo por la inteligencia y el trabajo.

Por ello no nos debemos atener tanto a nuestros derechos como a nuestros deberes.

Interpretándose cabalmente las ideas del gran tucumano, en el Manifiesto del Congreso Constituyente de la Nación Argentina de 1853 se expresa: "Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos."

Así no nos parecerá aristocratizante (en el buen sentido) este postulado: "Más vale que no tengan libertad cientos que no la comprenden, que la pierda uno solo que conoce su valor. Los males que sin ella pudieran ocasionar los ignorantes, son inferiores al inmenso bien que un solo hombre ilustrado puede hacer con ella. No privemos de la libertad a un discreto para otorgársela a cien imprudentes".

Recogiendo las enseñanzas de Alberdi, afirmemos: Ante la vulgaridad, la demagogia (que es el cáncer de la democracia); las impiedades del tumulto; las mayorías compactas y sus líderes hechiceros; ante la tiranía del número; ante el odio de la mediocridad envalentonada por su ignorancia, nosotros —humildemente— pertenecemos a otra raza: la que observa la vibración de las estrellas, que se asemejan a las manos de un sembrador...

Para honrar su venerable figura, cultivemos: la democracia cualitativa en lo político; el liberalismo en lo moral; la justicia en lo social; la pureza de medios y de fines; primero la honradez, después la utilidad.

Es más fácil satisfacer instintos que: crear, recrear, informar y adoctrinar. La democracia, con contenido ético y fin social, requiere paciencia; y en la paciencia prospera la grandeza de ánimo. Este valor posee la magnificencia de lo sencillo.

La democracia, como la felicidad, no está en las cosas obtenidas, sino en el hecho mismo de buscarlas.

No nos engañemos, ni soñemos quimeras: "gobierno es siempre el gobierno de los pocos... Pero este hecho no resuelve la cuestión del grado de la democracia... Confundir el porcentaje de líderes, con la prueba de la democracia, es cometer un error elemental, ya que una sociedad puede ser democrática y expresarse mediante un número reducido de líderes. La cuestión clave gira alrededor de la rendición de cuentas".

La democracia sólo basada en el número ya está bastante desacreditada; aspiramos a una democracia-liberal (en sentido ético-filosófico-político).

Ortega y Gasset nos ha enseñado que "no es cuestión de resignarnos a nuestro tiempo sin discusión, sino todo lo contrario. Cada "tiempo histórico" trae consigo sus normas y sus anormalidades, sus mandamientos y sus falsificaciones... Cuanto más en serio acepta uno su tiempo, con mayor vigor habrá de ser intransigente con sus fraudes. Y la democracia de masas es fraudulenta y deshumanizada, tanto como las ideologías totalitarias, y sobre todo en nuestro tiempo, el bolcheviquismo, degradante e inmisericorde.

La democracia debe ser un sistema selectivo de minorías competidoras, elegidas libremente.

La competencia electoral no garantiza la calidad de los resultados. El resto —el valor de la producción, por decir así— depende de la responsabilidad de los demócratas que componen una élite.

La democracia es, pues, una poliarquía cualitativa. Las élites prodemocráticas no son una imperfección.

"Diez millones de ignorancias no constituyen un conocimiento; para que la voluntad de la mayoría sea justa, debe ser razonable".

Aquí, hemos puesto el dedo en la llaga.

¿Por qué el mayor número, va a tener el mayor valor?

La tiranía de los más, o kakistocracia, es la más temible.

El hombre no es ser alado y la política

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

bles, también se le ha calificado de materialista y hasta de utilitario, por haberse descubierto que eleva la fortuna como ideal de vida. Para ello ha debido olvidarse que tenía la mirada fija sobre la realidad social americana, y que en la interpretación y explicación de los fenómenos sociales, con miras al futuro, debió exagerar los aspectos económicos, para exaltar después los valores espirituales.

Sabía que gobernar es poblar, pero en el sentido que poblar es educar para la libertad, fuente única generadora del progreso y de la civilización.

Su existencia misma fue un ejemplo permanente de heroísmo del pensamiento frente al heroísmo de la acción. Primero pensar, y bien, después accionar.

Otra de las obras menos difundidas del prócer, es *Peregrinación de luz del día*, intento novelístico, de rara esencia onírica, que parafraseaba burlescamente la novela *Paris en Amérique*, publicada en francés y que fue traducida al castellano por Dominguito, el hijo de Sarmiento.

Pero el título legítimo, que no le discernió ninguna academia, pero sí la posteridad, es que "él es el Padre de nuestra gloriosa Constitución Nacional".

Para epilogar, hablar de Alberdi y de la democracia cualitativa, implica plantearnos el significativo problema de todas nuestras frustraciones políticas.

Ellas proceden de una dualidad: Masa y Pueblo.

La masa es un conjunto de individualidades amorfas, incapaces de reflexión movidas por el interés inmediato de sus instintos y necesidades groseras, capaces de seguir a un cabecilla o líder. Son los nuevos carneros de Panurgo. A las masas las juntan los instintos.

El pueblo es también un conjunto de individualidades, pero pensantes, capaces de reflexionar y comprender, que sólo aceptan la tutela de la razón. Los pueblos esclarecidos no venden su alma por un plato de lentejas.

Claro que el pueblo es minoría; porque para llegar a ser pueblo, la masa debe redimirse, purificarse en los bancos de una escuela. Y este proceso es lento, algunas veces hasta desesperante; requiere un ALBERDI y un SARMIENTO. Pide maestros y no tiranos.

Las masas fueron siempre domesticadas por ambiciosos. El halago de las masas se llama demagogia. Y la demagogia es el cáncer de la democracia. Porque es la masa inculta y numerosa que recubre las urnas o levanta a los caudillos. Y no hay autoridad que determine si deben gobernar los ignorantes por ser mayoría, o deben gobernar las minorías, cuando son cultas y responsables.

Sólo cuando se piensa en todo ello, y sin eufemismos, se comprende el valor de Alberdi.

¡Cuánto debió sufrir ante el cerebro petrificado de la Nación!

Sólo cuando se recuerda la calidad del medio ambiente del siglo XIX, se puede otorgar el justo relieve histórico al autor de las *Bases*.

Concluimos estas consideraciones, reverberando:

"Las grandes almas son como las altas cimas. El viento las bate. Las nubes las envuelven; pero allí se respira mejor y con más fuerza que en otra parte".

Al habernos aproximado a JUAN BAUTISTA ALBERDI, a su ideario y a su existencia ejemplares, repetimos persuadidos: "No pretendemos, de ninguna manera, que el común de los hombres puedan vivir sobre esa cumbre. Pero aspiramos a que, un día en el año, subamos allí en peregrinación laica".

Renovaremos el aire de nuestros pulmones y la sangre de nuestras venas.

Después, descenderemos hacia la llanura de la vida, con el corazón templado para el combate diario.

JUAN BAUTISTA ALBERDI nos ha inspirado, esta tarde, a ello.

Calumniado y agraviado no pocas veces, en su obra y en su destino, se plasman en realidad, las verdades que traducen los versos de Rubén Darío:

Puede una gota de lodo
sobre un diamante caer;
puede también de ese modo,
su fulgor oscurecer.

Pero aunque el diamante todo
se encuentre de fango lleno,
el valor que lo hace bueno
no perderá ni un instante,
y ha de ser siempre diamante
por más que lo manche el cieno.

Biblioteca de la Cátedra del Gioja. UBA
uso académico

Dr. IGNACIO CREGO
Profesor Adjunto Interino de Derecho Político.

Nacionalismo y democracia

SUPUESTOS

El 11 de marzo de 1882 Ernesto Renán pronunciaba en la Sorbona una conferencia hoy famosa cuyo título era un interrogante: "¿Qué es una Nación?". Años después, al recogerle en volumen, diría de ella que es su "credo con respecto a los asuntos humanos". Y agregaba: "Espero que estas veinte páginas se recuerden cuando la civilización moderna zozobre como resultado de la desastrosa ambigüedad de las palabras nación, nacionalidad, raza" [1].

La esperanza de Renán no ha sido ciertamente vana en lo que atañe al éxito de su opúsculo. Todavía hoy se sigue repitiendo que "una Nación es un alma, un principio espiritual"; que consiste en "tener glorias comunes en el pasado y una voluntad común en el presente", en "haber hecho grandes cosas juntos" y "querer aún hacerlas"; que "supone un pasado, pero se resume, sin embargo, en el presente por un hecho tangible: el consentimiento, el deseo claramente expresado de continuar la vida en común..." [2]. No obstante, ni el admirable encadenamiento de las ideas ni la estupenda prosa en que se las expresa alcanzan a disimular lo inadecuado de la formulación. Y esto no es sólo culpa de Renán. El mundo ha dado desde entonces demasiadas vueltas, y pese a que el Estado-Nación es hoy un fenómeno universal, la ambigüedad terminológica y conceptual de la que él se quejaba subsiste aún enturbiando la cabal comprensión de los hechos.

Mi propósito aquí es en cierto sentido análogo al de Renán, y nada asegura que el resultado sea más satisfactorio. Pero la cuestión es insoslayable si se quiere comprender el mundo político actual —un mundo en el que, como dice el sociólogo tunecino Abd'Ulmahab Bouhdiba, el derecho a la existencia colectiva está reservado sólo a la Nación [3].

La pulcritud intelectual exige, ante todo, precisar el contenido de los términos "nacionalismo" y "democracia". Desde luego, no se trata de definir qué es el nacionalismo y qué la democracia sino simplemente de explicar en qué sentido y con

[1] E. Renán, *Discours et Conférences*, París, 1887, págs. 277 y sigtes.

[2] Id., *Qué es una nación*, trad. de R. Fernández Carvajal, Madrid, 1957, págs. 106 y sigte.

[3] *"Genese du concept de nation en Tunisie"*, en *Sociologie de la construction nationale dans les nouveaux Etats*, Bruxelles, 1968, pág. 255.

La presentación del disertante fue efectuada por el Dr. Luis Botet.

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

qué alcance se utilizan aquí ambos vocablos.

Por nacionalismo entiendo el sentimiento difuso que hace que un grupo humano vea en el Estado-Nación la comunidad suprema [4]. Por democracia, el sistema político en que el procedimiento de designación de los gobernantes reconocido socialmente como legítimo es la elección popular. En uno y otro caso se trata de actitudes colectivas: mi interés apunta, en efecto, a esclarecer el aspecto sociológico del problema antes que el jurídico-institucional.

Este punto de vista tiene la ventaja de reducir el ingrediente ideológico a un mero dato más del comportamiento. Deja de lado el contenido de las ideologías —respecto del cual sólo caben la adhesión, la indiferencia o el rechazo, esto es, un juicio de preferencia— y toma únicamente en cuenta su "temperatura", la intensidad y extensión de la solidaridad que suscitan. En este aspecto, por ejemplo, el extremo nacionalismo de derecha y el extremo nacionalismo de izquierda pueden eventualmente resultar homólogos. Interesa antes que nada su aptitud para movilizar a los individuos, su vital función incitativa. Dicho de otro modo: se los considera básicamente no como tenues sistemas de ideas sino como genuinos y eficaces sistemas de acción [5].

ESTADO-ORGANIZACION Y NACION-COMUNIDAD

Hechas estas aclaraciones previas, vayamos derechamente a nuestro asunto.

El espacio social, el ámbito o mundo dentro del cual se mueven y existen nacionalismo y democracia es el Estado-Nación. Este tipo de sistema político, esta unidad paradójicamente dual, es una creación moderna, oriunda del Occidente europeo. Ni la ciudad-Estado clásica, ni los imperios de la antigüedad, ni mucho menos el mundo feudal se le asemejan en nada. Su protoforma es el Estado dinástico, basado en la fidelidad al príncipe; su forma adulta, el Estado surgido de las revoluciones americana y francesa, el cual, tras eliminar al rey y abolir la solidaridad estamental, erige a la Nación en destinataria suprema y última de la lealtad política del individuo.

Ese Estado —el Estado-Nación— es, como Jano, bifronte. Es a la vez una organización y una comunidad. En cuanto Estado, supone, en efecto, una organización con (1) órganos estrictamente definidos (2) que la representan ante otros grupos y organizaciones y (3) cuyas decisiones obligan al conjunto de sus miembros [6]. La diferenciación de funciones trae aparejada una sustancial desigualdad entre los individuos de acuerdo con la posición que éstos ocupan dentro de la organización. Gobernante y gobernado, juez y litigante, funcionario y administrado desempeñan roles notoriamente heterogéneos, separados por un abrupta diferencia de nivel. La solidaridad entre los individuos —que yo, utilizando el léxico de Durkheim denominaría solidaridad orgánica o funcional [7]— es resultado de la interdependencia de funciones. En cuanto Nación, supone, por el contrario, una identidad, indiferenciación y homogeneidad difusas entre sus miembros. Un nacional equivale a otro nacional, y es justamente esto —el hecho de compartir ambos idéntica nacionalidad— lo que los une. La cohesión —diría Durkheim— es en este caso producto de una solidaridad mecánica, basada en la similitud.

Desde este ángulo, el Estado-organización, el Estado-aparato, se contrapone polarmente a la Nación-comunidad. El primero se limita a imponernos una conducta específica —cumplir con el servicio militar, pagar los impuestos, etc.—, sin importarle demasiado si lo hacemos a regañadientes o por convicción. Nuestra intimidad no le interesa. La Nación, en cambio, nos exige una lealtad absoluta e incondicional. Dicho más drásticamente: al Estado no se pertenece nunca por entero sino sólo segmentariamente, en cuanto administrado, contribuyente, funcionario, etc.; la Nación, en cambio, aspira fundamentalmente a captar íntegra nuestra personalidad.

Ese sentimiento de pertenencia es, ante todo, resultado de la identificación del individuo con el grupo. Los ciudadanos de las demás naciones son para él extranjeros, extraños: son los que están "afuera y aparte" de la propia Nación [8]. Por lo mismo, la distancia social respecto a los otros, fortalece en él la conciencia del "nosotros", su adscripción al grupo nacional. Se siente —diría Rousseau— ciudadano-partícipe más bien que súbdito del poder [9].

Esto explica por qué el Estado moderno reposa sobre una infraestructura —la Nación— "fundada en un sentimiento total común" [10]. En el orden dinástico-estamental del Antiguo Régimen esta confusión entre ciudadano y súbdito resultaba impensable. Como vio claramente Sièyes, los estamentos privilegiados no formaban en realidad parte de la Nación; eran en cierto modo internacionales o, mejor aún, supranacionales [11]. Para que pudiera verse en la Nación una unidad abarcadora de gobernantes y gobernados, fue necesario, ante todo, abstraer de la condición de miembro del Estado todo cuanto diferenciase y distanciara institucionalmente a los individuos, separándolos en categorías desiguales. El principio de la igualdad ante la ley es, en efecto, el principio básico de la actual concepción del pueblo, instaurada por las revoluciones americana y francesa. Lo cual no significa que el pueblo constituya hoy un todo homogéneo, una unidad compacta y sin fisuras. Unidad no es lo mismo que uniformidad. Implica meramente una conciencia de la propia peculiaridad, del propio "ser colectivo" en cuanto grupo distinto y aparte de los demás. De ahí que esa unidad no sea nunca total: aloja siempre dentro de sí una diversidad inevitable —y saludable— de orientaciones políticas, religiosas, económicas, culturales, etc., que engendran frecuentemente antagonismos y pueden llegar incluso a poner en peligro la cohesión y solidaridad del grupo. Por eso el objeto primario de la actividad estatal consiste —dicho con palabras de Heller— en organizar esas heteróclitas "oposiciones de voluntad sobre la base de una comunidad de voluntad" [12].

Esta comunidad no es sólo una comunidad de destino. No consiste únicamente en "la posesión en común de un rico legado de recuerdos", en "haber sufrido, gozado y esperado juntos" [13]. Es, ante todo, la unidad existencial de un conjunto de individuos vinculados por "una conexión de voluntad política" [14]. Como decía Disraeli: 'Los individuos pueden formar comunidades, pero únicamente las instituciones pueden constituir una Nación" [15].

Resulta, pues, absurdo pretender que la unidad nacional sea algo así como el espontáneo y natural segregado de una anterior homogeneidad lingüística, étnica, religiosa, cultural. Lejos de ser ésta causa de aquélla, más bien ha ocurrido lo contrario, a saber: que esa homogeneidad lingüística, étnica, religiosa, cultural ha sido consecuencia y producto de la unidad nacional. "Históricamente —escribe Huizinga en su magnífico ensayo *Patriotismo y nacionalismo en la historia europea*— el Estado ha sido en toda Europa la realidad

[4] Cfr. H. Kohn, *El nacionalismo, su significado y su historia*, trad. de R. Masera, Buenos Aires, 1966, pág. 10.

[5] Sobre qué se entiende en sociología por sistema de acción, véanse en particular las obras de Talcott Parsons: *Estructura de la acción social*, trad. de J. J. Caballero, Madrid, 1968, y *El sistema social*, trad. de J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez, Madrid, 1966; y de T. Parsons y E. Shils, *Hacia una teoría general de la acción*, trad. de R. H. Zorrilla, Buenos Aires, 1968.

[6] Sobre la teoría de la organización, véase: Amitai Etzioni, *Organizaciones modernas*, trad. de C. Moreno Cañadas, México, 1965; Renato Mayntz, *Sociología de la organización*, trad. de J. Díaz García, Madrid, 1967; y Talcott Parsons, *Estructura y proceso en las sociedades modernas*, trad. de D. Garzón y Garzón, Madrid, 1966, págs. 3-53.

[7] Emile Durkheim, *De la División du travail social*, 8ª ed., París, 1967, págs. 79 y sigtes. Sobre la solidaridad mecánica, págs. 35 y sigtes.

[8] Sobre el extranjero véanse las agudas observaciones de G. Simmel en *Sociología*, trad. de J. Pérez Bances, Madrid, 1927, págs. 300 y sigtes.

[9] J. J. Rousseau, *Du Contrat Social*, Geneve, 1947, ed. prologada por Bertrand de Jouvenel, pág. 196.

[10] Carl J. Friedrich, *El hombre y el gobierno*, trad. de J. González Casanova, Madrid, 1968, pág. 595. La contraposición entre el Estado-organización y la Nación-comunidad me ha sido sugerida en buena medida por la lectura de esta obra.

[11] E. Sieyes, *¿Qué es el Tercer Estado?*, trad. de F. Ayala, Madrid, 1973, págs. 11 y sigtes. La aristocracia —dice— "es extraña a la Nación por su principio, puesto que su misión no viene del pueblo, y por su objeto, puesto que consiste en defender no el interés general, sino el interés particular" (pág. 14).

[12] H. Heller, *Teoría del Estado*, trad. de L. Tobío, 6ª ed., México, 1968, pág. 182.

[13] E. Renán, op. y loc. cit.

[14] H. Heller, ob. cit., pág. 177.

[15] Disraeli, *Speeches*, 1866, en Manchester.

Biblioteca del Gioja. UBA. Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

primaria, y la Nación el producto de las condiciones de vida en los límites de determinado Estado" [16]. Si los franceses hablan hoy la *langue d'oïl* y los españoles castellano, esto se debe simplemente a que fueron los reyes de la Ile de France y de Castilla los que crearon la unidad nacional. La lengua ha sido siempre compañera del imperio, decía Antonio de Nebrija, que escribe justamente su gramática —la primera de la lengua castellana— cuando, con los Reyes Católicos "los miembros e pedaços de España, que estavan por muchas partes derramados, se reduxeron e aiuntaron en un cuerpo e unidad de reino" [17]. Por otro lado, como muestra claramente el proceso de integración nacional en las ex colonias afroasiáticas, tal unidad, más que una unidad "dada", más que una dádiva o don del pasado, es una unidad creada, "construida" mediante la inclusión de unidades sociales preexistentes —frecuentemente heterogéneas— en una unidad más ancha dentro de la cual viven y perviven "como partes de un todo y no como todos aparte" [18]. Poco importa que la unidad haya sido conseguida brutalmente, por obra de la espada: lo que cuenta es que esas unidades menores —tribus, comarcas, regiones, etc.— se sientan efectivamente incorporadas a la unidad mayor, reconociéndose a sí mismas como partes integrantes de ella.

Nada mejor para demostrar esto que volver al proceso de construcción nacional en las ex colonias afroasiáticas —que es para el sociólogo algo así como el experimento de laboraotrio para el químico. Esos países son, como dice Sicard, naciones "en-train-de-se-faire" [19]. Tienen, desde luego, su Estado, su burocracia, su ejército, su aparato judicial. Pero la homogeneidad cultural y la conciencia del "nosotros" son escasas o prácticamente nulas. Las fronteras entre los grupos lingüísticos, étnicos y religiosos son sentidas de manera mucho más honda que las fronteras del Estado. El individuo vive adscripto a su tribu, su aldea, su creencia, su casta, su región. La tradición, lejos de unir, divide y está en la base de todos los particularismos. El horizonte del individuo es estrecho y local y aparece ante sus ojos como un límite mágico que no es lícito trascender. De ahí que, por encima de las solidaridades tradicionales, basadas en la verticalidad y en la jerarquía, sea menester incoar una solidaridad horizontal, basada en la condición —idéntica y común— de ser todos *primariamente* nacionales del mismo Estado. Es indispensable que yorubas, ibos hausas se sientan ante todo nigerianos, que el fenti del litoral no considere como extraño y hostil al ashanti del interior, que el musulmán sunnita aprenda a convivir con el chiita, que el hindi llegue a ser lengua vehicular del pueblo de la India en sustitución —terrible ironía histórica— del inglés. Hay que dislocar las formas de encuadramiento colectivo tradicionales, abolir las jerarquías vigentes, eliminar las castas y desarticular las comunidades de linaje. Por eso, como dijo alguna vez Leopoldo Senghor —poeta, presidente de Senegal y apóstol de la "negritud"— el mejor medio de "realizar la Nación" es crear un Estado que agrupe a la población y haga de ella "un solo pueblo animado por la misma fe y dirigido hacia una misma meta" [20]. Por eso esa exagerada y casi histérica "pasión por la unanimidad" propia de los regímenes de estos países, expresada en la predominancia del liderazgo carismático, por un lado, y en la del partido único, por otro. El partido político —dicho con palabras de otro líder africano, Julius Nyerere— no es en realidad un partido —en el sentido occidental del término— sino antes bien una coalición nacional cuyo objetivo esencial es construir la Nación [21]. De ahí su carácter frecuentemente sincrético y su papel ambivalente. Quiero "establecer un cuadro unitario que absorba los particularismos, difundir nuevas ideas y en especial servir de instrumento a la modernización, pero su inserción en el medio rural lo obliga a hacer concesiones al antiguo orden" [22].

Aunque el tema es apasionante, dejémoslo para otra ocasión y volvamos a nuestros asuntos.

[16] J. Huizinga, "Patriotismo y nacionalismo en la historia europea", en *Hombres e ideas*, trad. de A. Leal, Buenos Aires, 1960, pág. 124.
[17] Citado por G. Díaz-Plaja, *Historia de la literatura española*, Buenos Aires, 1950, pág. 117.
[18] J. Ortega y Gasset, *España invertebrada*, 15ª ed., Madrid, 1967, pág. 40.
[19] E. Sicard, "Essai d'analyse de sociologie schematique sur la construction de la nation algérienne", en ob. cit. en nota 3, pág. 301.
[20] Citado por P. Renouvin y J. B. Duroselle, *Introducción a la política internacional*, trad. de M. Camacho de Ciria, Madrid, 1968, pág. 236.
[21] Citado por E. Ruiz García, *El Tercer Mundo*, Madrid, 1969, pág. 43.
[22] G. Balandier, *Anthropologie Politique*, París, 1967, págs. 212 y sigtes.

CARACTERISTICAS DE LA NACION

Lo dicho hasta ahora nos permite enumerar las notas que, desde el punto de vista sociológico, caracterizan a la Nación:

1ª) La Nación es *una comunidad territorial*, no una comunidad de estirpes, linajes o parentelas. A diferencia del vínculo de solidaridad propio del Estado dinástico —que era esencialmente una relación de fidelidad, por tanto, un vínculo personal entre el súbdito y el rey— el vínculo nacional aparece referido primariamente a un área geográfica determinada —la patria o *terra patrum*. Como decía anticipatoriamente Alfonso X de Castilla, el Rey Sabio: antes se era "hombre de otro hombre"; ahora se es "el hombre de una tierra" a la cual "en latín llaman patria" [23].

2ª) Dentro de esa área geográfica la Nación tiene la pretensión de ser *la comunidad suprema*, la que involucra y abarca todas las demás y está, por eso mismo, en condiciones de imponer a sus miembros una lealtad más intensa y extensa que cualquier otro grupo. En caso de un conflicto de lealtades se espera, pues, que la lealtad nacional sea la que prime. Desde el punto de vista político, ninguna solidaridad de parentesco, religión o clase puede oponerse legítimamente a ella. De ahí que, la soberanía del Estado —noción, como señalara Jellinek, polémica, puesto que expresa la oposición del Estado a otros poderes, internos y externos, en pugna con los cuales afirma su soberanía [24]— aparezca como un prerrequisito sociológico de la comunidad nacional. Recuérdese, si no, la circunstancia histórica en que Bodin explaya por primera vez la idea de soberanía, viendo en el Estado una sociedad que no reconoce superior y situando al rey por encima de las disensiones religiosas de la hora [25]. La Nación es, en efecto, el estrato más hondo del Estado, aquel en que arraiga el consenso fundamental: con respecto a él el conflicto étnico, religioso, económico, político, etc., resulta siempre superficial porque la lucha se desarrolla sobre la tierra firme de la concordia nacional [26].

3ª) La Nación es una *realidad sustancialmente dinámica*, procesual. Hay que visualizarla, ante todo, como un sistema de fuerzas en cuyo interior al impulso centrífugo de los factores de disgregación se contrapone el impulso centrípeto de los factores de cohesión [27]. Su unidad no es nunca definitiva y total: hay naciones que son "más naciones" que otras, naciones que van en camino de constituirse y naciones, por último, que están en trance de disolución.

4ª) Al par que realidad, la Nación *es también una ideología* justificadora, la "ideología del Estado burocrático centralizado" [28]. El pueblo estatal aparece en ella como el representante de una entidad supraindividual, todopoderosa y eterna, que abarca místicamente la serie de las generaciones —los vivos, los muertos y los por nacer, como decía Burke—. La Nación es, en este sentido, "un alma, un principio espiritual" [29], una personalidad trascendente, la cual, lo mismo que todo lo sagrado, se revela y hace patente por medio del símbolo y el mito (la bandera, el himno, los héroes nacionales, etc.). "La Nación existe ante todo, es el origen de todo —vociferaba el abate Sièyes—. Su voluntad es siempre legal, por lo mismo que ella es en última instancia la ley" [30]. "Había un soberano personal, el monarca —escribe a su vez Barthelemy, un aséptico profesor

[23] Citado por J. A. García de Cortázar, *Historia de España Alfaguara II*, La Epoca Medieval, 3ª ed., Madrid, 1976, pág. 309.
[24] G. Jellinek, *Teoría general del Estado*, trad. de F. de los Ríos, Buenos Aires, 1954, pág. 351.
[25] J. Bodino, *Los seis libros de la República*, trad. de P. Bravo, Madrid, 1973, págs. 11 y 46 y sigtes.
[26] J. Ortega y Gasset, *Obras Completas*, 6ª ed., Madrid, 1964, págs. 58 y sigtes.
[27] J. Ortega y Gasset, *España invertebrada*, ed. cit., pág. 40.
[28] M. Albertini, en la obra colectiva del mismo título, París, 1969, pág. 13.
[29] E. Renán, op. y loc. cit.
[30] Ob. cit., p. 75. La versión del texto se basa en parte en el original francés.

Biblioteca del Gioja. UBA. Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

de Derecho Constitucional—; por tanto, era inevitable sustituirlo por otra persona igualmente soberana. Los hombres de la Revolución creyeron encontrarla en la Nación. Se descoronó al rey para cercenar a la Nación" [31]. Si aquél era "una persona pública, encarnación de toda la Nación" (Bossuet), ésta va en adelante a encarnar mágicamente a la totalidad del pueblo. La idea de Nación —para la cual la patria es antes que nada un ámbito espiritual, inabarcable por los sentidos, y la sucesión de las generaciones una especie de genealogía mística— se constituye así en ideología justificadora de la dominación estatal. Las "oposiciones de voluntad" entre los distintos grupos quedan esencialmente relativizados por la supuesta pertenencia de todos a una comunidad hipotéticamente consanguínea. Esa creencia es, pues, en este aspecto, un dato de la realidad.

5ª) Como expresión de una voluntad política unitaria, la Nación ha reivindicado —y reivindica aun hoy— *el derecho a constituir un Estado independiente y disponer libremente de su propio destino* (principio de la autodeterminación nacional). Esta reivindicación fue la que hizo del nacionalismo decimonónico una fuerza revolucionaria, destinada a quebrantar el *statu quo* y el orden dinástico-estamental. Y ha sido también ella la que, ya en este siglo, ha acelerado el proceso de descolonización y la disolución de los imperios coloniales. Todavía en 1815, Federico Guillermo de Prusia, Alejandro I de Rusia, Castlereagh y Talleyrand recomponían el mapa político de Europa fundándose en la legitimidad monárquica tradicional; un siglo después, en 1919, el Tratado de Versalles consagra —al menos con respecto a Europa: recuérdese, si no, el pacto Sykes-Picot, ese canto de cisne del imperialismo colonial— el principio de la autodeterminación nacional. Incluso el plebiscito —un verdadero triunfo póstumo de Renan— iba a decidir el *status* político de Schlevig septentrional, del Sarre y de la Prusia Oriental. Y lo que vino luego —la descolonización y la consiguiente universalización del principio nacional— es historia de sobra conocida como para que sea de buen gusto que yo me detenga en ella.

6ª) Con esto no se pretende insinuar que la unidad nacional sea anterior al Estado. Comúnmente, la Nación es primero el ideal, la utopía incitativa de una élite que se propone hacer de la unidad política del pueblo —un *desideratum*— una vivaz y concreta realidad. En efecto: aunque ésta aparezca a veces como impuesta por el contorno geográfico o por la inmemorial comunidad de tradiciones, creencias y valores, difícilmente habría podido consolidarse en una unidad estable y duradera fuera del contexto de la autoridad del Estado: únicamente en este contexto y como consecuencia de su activa participación en la vida estatal, el pueblo puede llegar a adquirir autoconciencia política. La Nación exige desligar al individuo de sus compromisos tradicionales para que pueda transferir a ella, incondicionalmente, su lealtad; presupone, pues, un proceso de socialización, de incorporación e interiorización de la idea nacional, que sólo el Estado puede cumplir exitosamente valiéndose, por ejemplo, de la educación y de los medios de comunicación de masas.

7ª) La unidad nacional, para ser cabal, postula *una participación política amplia*, una participación de todos los estratos y áreas de la población estatal y no ya la de una élite o la de una clase o la de los grupos sociales adscriptos a determinadas áreas geográficas. Por su naturaleza misma, la idea nacional es intrínsecamente democrática. Los grupos e individuos marginados, que no participan activamente en la vida estatal, no podrán sentirse jamás consustanciados con la Nación. Esta apacerá, por tanto, como una realidad defitaria y problemática y aquéllos propenderán inexorablemente a desarrollar tendencias separatistas. Y no se trata sólo de participación política, sino también de participación en el desarrollo económico y en la distribución de la riqueza nacional. La coexistencia de áreas geográficas desarrolladas y subdesarrolladas —producto de un desarrollo económico asincrónico— es siempre un obstáculo serio para la efectiva unidad nacional.

8ª) Frente a la idea imperial, exclusivista y absorbente, que alienta en última instancia una resuelta vocación de universalidad (recuérdese el verso célebre de Hernado de Acuña: *un monarca, un imperio y una espada*), la idea nacional hace hincapié en lo que cada pueblo tiene de característico y peculiar. *Implica la existencia de un "pluriverso político"*, la coexistencia de una pluralidad abigarrada de naciones. Y no puede ser de otro modo: la conciencia cabal de constituir una Nación sólo emerge y se desarrolla por oposición a las Naciones "otras", en la medida en que se las siente como distantes y distintas, esto es, como extranjeras.

9ª) La Nación es *una realidad histórica* y, por lo tanto, nada asegura su perennidad. Ni los imperios orientales, ni las poleis griegas, ni la república y el imperio romanos, ni, menos aún, las heterogéneas y discontinuas formaciones políticas medievales asentaron su dominación en una comunidad de base nacional. Esto acaece por primera vez en el marco del Estado moderno. A partir de entonces la Nación va a ser el agente dinámico de todos los grandes cambios históricos. Hasta la propia solidaridad de clase —que se postula a sí misma como cosmopolita y universal: "¡Proletarios de todos los países, uníos!"— claudicará finalmente ante ella según lo mostró la guerra del 14. "En julio de 1914, pese al asesinato de Jaures, los socialistas franceses se levantaron como los demás para defender la patria amenazada. En cuanto a Alemania, Bebel y Liebknecht anunciaron que la clase obrera 'acataría como un solo hombre' la orden de movilización... 'En tiempo de guerra, todo el mundo es nacionalista', diría Kautsky" [32]. Aún hoy, en este mundo escindido en bloques y zonas de influencia, en este mundo en que Breznev proclamó, refiriéndose a la Checoslovaquia de la "primavera de Praga" su absurda y contradictoria teoría de la "soberanía limitada", en este mundo que ha visto surgir el Mercado Común primero y la Comunidad Económica Europea después, la formación de un sentimiento genuinamente supranacional no pasa de ser un *desideratum*, un propósito encomiable. No hay propiamente una comunidad supranacional; sólo existen *organizaciones inter-nacionales*. Para bien o para mal, la Nación continúa siendo el modelo vigente, el prototipo obligatorio y válido de comunidad política. Aun los proyectos menores de crear una comunidad más amplia —por ejemplo, los movimientos "pan", el panamericanismo, el panafricanismo, el panarabismo, etc.— han concluido, por razones que sería largo de explicar, en el fracaso.

NACIONALISMO Y DEMOCRACIA

Tras esta enumeración de las notas que yo considero características de la Nación —las verdaderas notas de la Nación, si se me autoriza a emplear, presuntuosamente, el léxico de Bodin—, voy, como un buen boxeador a entrar al cuerpo del asunto, esto es, a las relaciones entre nacionalismo y democracia.

Pues bien: yendo, como Montesquieu, a "la naturaleza de las cosas", lo primero que salta a la vista es lo siguiente: el genuino nacionalismo es siempre radicalmente antitradicional. Es un programa, un proyecto —un "plebiscito cotidiano", según la fórmula de Renán [33]—, y no una reminiscencia. "La tierra y los muertos", en los que Barrés y el nacionalismo integral de Maurras, veían el elemento constitutivo de la Nación, son sólo artículos de museo. El sentimiento nacional no es en manera alguna necrofilia. El pasado separa: es, por ejemplo, Moreno o Saavedra, Urquiza o Rosas, etc. Una Nación, una verdadera Nación, está hecha básicamente de olvidos —como decía, en una página, olvidada, Renán [34].

Contra lo que creen los nacionalistas "maurrasianos", el nacionalismo —en el sentido en que aquí se lo entiende— ha sido y es una ideología esencialmente modernizadora. Aun en el siglo XIX, en que inspira, sobre todo en Europa Oriental, un vasto movimiento de recuperación y revalorización de la literatura y el folklore vernáculos, su programa político se opone frontalmente a los poderes tradicionales. Estos, sea por inercia, sea por complicidad, veían con desconfianza o desagrado toda modificación del orden de cosas existente, y el nacionalismo propugnaba en definitiva

[31] J. B. Barthélemy, *Précis de Droit Constitutionnel*, París, 1936, pág. 63.

[32] J. B. Duroselle, *Europa de 1815 hasta nuestros días*, trad. de Ana Sallés, Barcelona, 1967, pág. 57.

[33] E. Renán, ob. y lugar citados.

[34] E. Renán, ob. y lugar citados.

Biblioteca del Gioja. UBA. Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

una modificación de ese orden, por más que invocara, como justificación ideológica, el pasado. Análogamente, el nacionalismo desempeña hoy un papel decisivo en la transformación de las sociedades tradicionales y constituye, como afirma Davis, un *sine qua non* de la industrialización" [35].

El nacionalismo elitista y retrógrado es una *contradictio in terminis*, un *quid pro quo*. Es como un hombre que tuviera los ojos en la nuca, incapaz, por tanto, de ver el mundo que lo rodea. Amputa a la Historia su esencial dimensión de futuro, viviéndola como recuperación indefinida de un pasado primordial e irreversible [36]. Es una forma más de la "falacia naturalista", que deduce, en este caso, el *deber ser* de lo que *fue*, lo mismo que el positivismo lo infiere de lo que *es* y el evolucionismo de lo que *llegará a ser* [37]. Ahora bien: cuando una Nación deja de mirar adelante, el diagnóstico es obvio: arteriosclerosis nacional.

Aun en los casos en que el nacionalismo se presenta en atuendo tradicional es preciso ser sumamente cauto antes de formular un juicio sobre la dirección real del fenómeno. Vaya como ejemplo el Japón. En los "principios cardinales del ser nacional japonés" [38] —un manual en que se expone la ideología Meiji— se describe a la Nación como una familia y al emperador como un padre. Al venerar a ambos el pueblo se venera a sí mismo y realiza los propósitos más altos. "La lealtad y los lazos filiales" no son sino mecanismos aptos para "simplificar los problemas de identidad y solidaridad" planteados por una política modernizante que mostró, por lo demás, ser extraordinariamente exitosa [39].

En último análisis, no hay otro nacionalismo vivaz que el nacionalismo de masas. Y éste supone, ante todo, participación. Para movilizar al individuo y desligarlo de los compromisos tradicionales, a fin de que pueda transferir íntegra su personal lealtad a la Nación, es menester que se sienta partícipe de ésta. El principio nacional —y uso este vocablo gastado en el sentido tan denso, tan hondo en que lo utilizaba Montesquieu— no se basa en la exclusión, en el *apartheid*, sino en la inclusión. La Nación —como decía Sièyes, como repetiría después, acaso sin saberlo, Ortega [40]— es fundamentalmente una empresa y nadie puede legítimamente quedar al margen de ella.

Por eso toda Nación es siempre una entre otras, nunca la única o la mejor. A diferencia de Dostoievsky, para el cual "cuando una Nación deja de creer que sólo ella posee la verdad, se convierte en material etnográfico y deja de ser una Nación", yo, por el contrario, creo que cuando sólo ella cree estar en posesión de la verdad —por tanto, da algo definitivo e inmóvil— es porque ya ha dejado de ser una auténtica Nación [41]. Ninguna Nación lo es *sub specie aeternitatis*, ninguna es mejor o tiene un superior derecho a ser que las demás. El Dios del Nuevo Testamento no tiene pueblo elegido y todas las Naciones son iguales ante El.

De ahí que la agresión, en lo exterior, y la discriminación, en lo interior, características de los nacionalismos recientes y actuales, sean en realidad extraños a la idea nacional. En última instancia, los nacionalismos no son sino expresión ideológica —o mítica— de un nacionalismo que aun no existe o que está en crisis. Veamos algunos datos. Poco después de 1300, el abogado Pierre Dubois proclama enfáticamente el derecho de Francia a dirigir la Cuzada "porque la nación francesa tiene más sentido común que las otras" [42]. En el invierno de 1807-1808, en el Berlín ocupado por Napoleón, Fichte expectoraba en un ciclo de soporíferas conferencias su idea de la superioridad cultural alemana [43]. En ambos casos —podrían multiplicarse los ejemplos— se trata de fundamentar un nacionalismo que no existe. Se exonera, se grita, se gesticula para nuclear voluntades erráticas en torno a un "proyecto sugestivo de vida en común" [44]. Para valorar esas actitudes —en especial la de Fichte— no hay más que cotejarlas con el nacionalismo satisfecho de Bismark después de 1870, cuando se convierte en un tenaz defensor del *statu quo*. Otro tanto ocurre con el nacionalismo de las naciones en crisis. Es también, desde el punto de vista psicológico, una compensación, un sucedáneo de la Nación ausente. Sin la derrota de 1928 y el oprobio del *diktatum* de Versalles el nazismo resultaría impensable.

En su *Neo sociología* —una obra injustamente desatendida— Sombart contrapone la familia, que se basa en el principio "con-para" y se estructura hacia adentro, a la comunidad política, que se basa en el principio "con-contra" y se estructura hacia afuera [45]. Si se me permite un uso de estos conceptos extraño al propósito del autor, yo diría, para terminar, que el auténtico nacionalismo es un nacionalismo *con*, integrador, y el nacionalismo a ultranza —el nacionalismo de los nacionalismos— un nacionalismo *contra*, receloso, beligerante y excluyente.

En llegando a este punto, siento como que me he quedado con media conferencia adentro y que me faltan aun por decir las cosas esenciales. Me basta, no obstante, con haber planteado la cuestión. Lo mismo que Renán, a lo dogmático y definitivo prefiero la grácil curva abierta del interrogante.

Que se esté de acuerdo o en contra de lo dicho es cosa de poca monta. Como dijo Barbey d'Aurevilly: "Los amantes de la verdad y de la belleza no tienen por qué ocuparse de política, puesto que la política no se ocupa ni de la belleza ni de la verdad".

[35] K. Davis, "Social and Demografic Aspects of Economic Development in India", en *Economic Growth: Brazil, India, Japan*, ed. por S. Kuznets, W. E. Moore y J. J. Spengler, Durnham, 1955, pág. 294.
[36] M. Eliade, *Lo sagrado y lo profano*, trad. de L. Gil, Madrid, 1962, pág. 71.
[37] G. Radbruch, *Filosofía del derecho*, trad. española, Madrid, 1944, pág. 13.
[38] *Kokutai No Hongi, or Cardinal Principles of the National Entity of Japan*, Cambridge, Massachussetts, 1949, pág. 94.
[39] D. E. Apter, *Política de modernización*, trad. española de E. Molina de Vedia y S. M. Llosa de Molina, Buenos Aires, 1972, pág. 273.

[40] Sieyes, cit. por R. Pernoud, *Histoire de la Bourgeosie en France*, París, 1962, pág. 310 y J. Ortega y Gasset, *España invertebrada*, ed. cit., págs. 35 y sigtes.
[41] Cit. por N. Kohn, ob. cit., pág. 226 y sigte.
[42] Cit. por Huizinge, ob. cit., pág. 101.

[43] J. C. Fichte, *Discursos a la Nación Alemana*, trad. de L. A. Acosta y M. J. Varela, Madrid, 1977.
[44] J. Ortega y Gasset, ob. cit., pág. 45.
[45] W. Sombart, *Neosociología*, trad. de J. Tobío Fernández, Madrid, 1962, pág. 72.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

Dr. GREGORIO BADENI

Profesor Adjunto Interino de Derecho Constitucional I.

Presupuestos de la democracia

I. CONCEPTO DE DEMOCRACIA

Se ajusta a la realidad de los hechos quien afirma que hoy vivimos en la era de la democracia. Esta afirmación que podrá ser cuestionada a la luz de la práctica política o en función del contenido asignado a la democracia, sin embargo conserva plena vigencia en el campo doctrinario que se limita, en este aspecto, a reflejar la idea dominante en la sociedad. En efecto, esa idea política dominante en el mundo contemporáneo nos indica que la deliberación sobre el destino de la nación ya no es función exclusiva de determinadas corporaciones, grupos o estratos sociales, ni tampoco de ciertas personas, sino que incumbe a la totalidad de los destinatarios del poder.

Por de pronto, hoy día es un hecho innegable el éxito alcanzado por la palabra democracia. Todos se declaran partidarios de la democracia, aunque la entiendan de modos muy diversos e incluso contradictorios. Todos se califican como demócratas, tanto quienes participan del ideal expuesto por el movimiento constitucionalista como aquellos que propician la implantación de las llamadas "democracias populares" o se declaran partidarios de una forma de vida democrática bajo los designios de un régimen paternalista. Pero, mientras que para los primeros el contenido de la democracia encuentra su más profunda raíz en el humanismo, para los segundos solamente tiene un valor dialéctico.

Se hace necesario entonces clarificar el concepto de democracia ya que, como señala Linares Quintana "no ha de buscarse un sustitutivo a la palabra democracia porque la emplean quienes no la practican".

Etimológicamente democracia significa autoridad del pueblo, concepto que se traduce en una forma de gobierno en la cual la comunidad es titular del poder, y se gobierna a sí misma en el sentido de ejercer una decisiva influencia en el ejercicio del poder. Esa influencia no es constante ya que, en cada sistema, puede variar su grado de intensidad, de efectividad y de extensión. De todos modos, la democracia se fundamenta en el consentimiento de los gobernados expresado tácitamente por los grupos de opinión y expresamente por el cuerpo electoral, siendo ese consentimiento la fuente de legitimidad para la autoridad de los gobernantes.

El significado histórico primario del concepto de democracia se refiere exclusivamente a una forma de gobierno, a un mecanismo especial por cuyo intermedio se pone en funcionamiento al poder político. A un mecanismo que requiere la participación activa de la comunidad política. Así, un gobierno será democrático cuando quienes resulten afectados por sus decisiones participan, directa o indirectamente, en la adopción de las mismas.

Ese significado primario de la democracia, entraña dos nociones básicas: la libertad política y la igualdad política.

La mayor o menor tipificación democrática de un gobierno está condicionada a que el poder, o la influencia sobre el poder, esté compartida equitativamente. Ese concepto de igualdad política, está acompañado por un concepto de libertad política ya que, dado que no todos pueden gobernar, el ejercicio del poder debe ser encomendado a los más capaces sobre la base de un consentimiento externo formulado por medios objetivos.

Superando ese significado primario, superando el marco jurídico-político que lo encierra, la democracia también consiste en una forma de vida. Es, como destacara el Dr. Botet, "un modo de vivir que consideramos tan vital como lo es el espacio para las aves y el agua para los peces".

El concepto de democracia está integrado por espíritu y materia, por conductas y por instituciones legales. La manifestación aislada de alguno de estos elementos no nos permite verificar una democracia integral. Aunque tengamos una forma de vida democrática, no habrá democracia si el pueblo no participa en el gobierno aunque el pueblo gobierne, no habrá democracia si no hay tolerancia y respeto, libertad e igualdad, si el comportamiento de la población no se canaliza por una determinada forma de vida.

Esa forma de vida que caracteriza a la democracia, está configurada por el reconocimiento y la vigencia de los derechos fundamentales emergentes de la naturaleza humana. Para verificar la existencia de la democracia, no basta con que el pueblo elija y controle a sus gobernantes; también se requiere que a los hombres se les reconozcan todos aquellos derechos que hacen a la dignidad de la persona humana, y que se les brinde la seguridad de que ningún gobierno o grupo social podrán violar impunemente sus derechos.

Ha pasado mucho tiempo hasta que la mayor parte de las naciones se mostró dispuesta a reconocer, a todos los hombres sin distinción, ciertos derechos fundamentales. Sobre el particular, especial significación tuvo la proclama formulada en el año 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en orden a la declaración general de los derechos humanos como también la postura adoptada, en esa oportunidad, por las llamadas "democracias populares socialistas" que se abstuvieron de votar por la moción propiciada por las naciones democrático-constitucionales. Sin embargo, pese a tal declaración, los derechos del hombre distan mucho de haber cobrado vigencia en toda la tierra porque, precisamente, no en todas partes se pretende instaurar un sistema democrático integral.

Como enseña Bidart Campos, la democracia no es simplemente "el gobierno de todo el pueblo, ni de los más, como tampoco radica en un método de elección popular de los gobernantes". La democracia es un sistema revestido con las propiedades necesarias para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales del hombre. Además, su presencia requiere, en forma ineludible, que en mayor o menor grado los gobernados intervengan en el gobierno y que los roles gubernamentales estén integrados con hombres idóneos para gobernar y no para conquistar el poder. Si bien es cierto que el primer recaudo se cumple a través del proceso electoral, también es cierto que la simple vigencia de los actos electorales no asegura la existencia de la democracia ya que se requiere algo más. En las democracias es necesario que exista un contacto directo y constante entre gobernantes y gobernados, basado en la libertad y la igualdad, cuyo objetivo sea la persona humana, su bienestar material y espiritual ya que, como señalara Pio XII, "el hombre como tal, lejos de ser objeto y elemento puramente pasivo de la vida social es, por el contrario, y debe ser y permanecer, sujeto, fundamento y fin".

La esencia de la democracia reside en limitar el poder mediante diversas instituciones afectadas a la defensa de la personalidad individual y de los derechos naturales que, en definitiva, son atributos inalienables de la persona humana. Por tal razón, no son correctas aquellas definicio-

La presentación del disertante fue efectuada por el Dr. Juan Ramón Aguirre Lanari.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

nes que nos presentan a la democracia como el gobierno de la mayoría. Tales definiciones solamente valoran a un elemento externo de aquélla que no la caracteriza ni la agota.

Forma parte de las reglas más elementales de la convivencia democrática que la mayoría no oprima a la minoría. Es propio de los principios auténticamente democráticos que la mayoría tenga la debida consideración para con la minoría ya que, el fin de toda representación, de todo gobierno y de toda política no es el interés de la mayoría sino el bien común. Lo que está en juego no es el interés de una mayoría o de una minoría, sino el bienestar material y espiritual del hombre integrado a la sociedad. Una resolución política no se vuelve correcta por el mero hecho de corresponder a las ideas sostenidas por la mayoría, ni tampoco por tal razón será democrática. Toda acción política en el marco de una democracia debe proponerse como meta el bienestar, tanto de la mayoría como de la minoría. A tal fin, deberá considerar como guía de selección al bien común y a los derechos fundamentales del hombre, y como ejecutor, a un grupo de hombres idóneos que, superando las pasiones y los intereses, posean la virtud de la prudencia política, definida como el arte de lo posible y la realización de lo objetivamente conveniente.

Siguiendo las enseñanzas de Linares Quintana, podemos sintetizar el concepto de democracia a través de cinco características:

1º) La vigencia de los derechos fundamentales del hombre como finalidad suprema y última de la organización política.

2º) El imperio de una idea dominante en la comunidad que le atribuya a la misma el carácter de fuente de todo poder.

3º) La limitación y control del poder por medio de su división y distribución.

4º) La juridicidad, que impone a gobernantes y gobernados el deber de desenvolverse dentro del cauce señalado por la ley.

5º) El principio de legalidad, conforme al cual todo acto estatal que interfiera con la libertad del individuo debe fundarse en una norma legal que jamás podrá tener un alcance tal que importe la desnaturalización de aquélla.

II. ESTABILIDAD DE LA DEMOCRACIA

Históricamente ha quedado demostrado que la democracia constitucional es el menos imperfecto de los sistemas políticos que haya conocido la humanidad, y que todos los intentos practicados modernamente para sustituirla han conducido a la degradación espiritual y material de los pueblos obligados a soportar las lucubraciones de sus teóricos.

Es cierto que la democracia, como todo sistema creado por el hombre, es esencialmente imperfecta y jamás alcanzará esa perfección. Frente a esta realidad, es tremendo el daño que le ocasionan a la democracia tanto aquellos idealistas que nos la presentan como si fuera un sistema perfecto, como aquellos teóricos que pretenden perfeccionarla ideando técnicas e instituciones desconectadas de la realidad.

Sin embargo, la imperfección de la democracia no justifica un tipo pasivo de conducta y así el hombre, impulsado por una fuerza natural inagotable, procura aferrarse a la vida democrática dentro de un marco de tolerancia y respeto, de libertad y dignidad. Esa conducta, si bien puede no conducir al perfeccionamiento de la democracia, estará encaminada hacia su consolidación merced a la educación cívica y a la vigencia del principio de idoneidad en los dirigentes, lo cual posibilitará que esa concepción democrática sea espontánea y no impuesta, permanente y no transitoria. Solamente así se podrá consolidar la democracia, suministrándole los recursos que le permitirán rechazar los embates de aquellos que la repudian o ridiculizan.

La instauración o consolidación de la democracia no es una tarea sencilla ni depende de la voluntad del legislador. Mediante una ley, una reforma constitucional jamás se conseguirá instaurar una auténtica democracia. Para ello, deben cumplirse por parte de los ciudadanos ciertas condiciones, sobre todo, se requiere una cierta cultura general, una adecuada visión de conjunto de la política, del bien común y un elevado sentido de responsabilidad. Pero estas condiciones no siempre están cumplidas. Cuanto más grande sea un país, cuanto más heterogénea sea su población, tanto más difícil resulta la integración de todos los habitantes en el ideal democrático. Y aunque los modernos medios de comunicación permiten a todos los ciudadanos seguir de alguna manera los acontecimientos políticos, los actos democráticos de la población no podrán pasar de elegir a los hombres para ejercer el gobierno.

Hemos dicho que la democracia descansa sobre una intensa homogeneidad social. Si esta no existe, la autoridad debe proceder a fomentarla para que en la vida social imperen la coherencia, el equilibrio y la moderación necesarias. Es que cuando el pueblo y sus dirigentes carecen de una firme convicción arraigada en el humanismo, la debilidad de la democracia es manifiesta y su instauración, o fortalecimiento, no se conseguirá con la fuerza ni con reformas constitucionales inoportunas y desconectadas de la tradición histórico-política del pueblo.

Cabe preguntarse ¿cómo lograr una democracia estable que permita alcanzar la paz y la prosperidad, tanto en su aspecto material como espiritual? Se podría contestar que mediante elecciones y aceptando el gobierno que elija libremente la mayoría. Sin embargo, las múltiples experiencias que por esta vía han acabado en el fracaso, nos hacen ver que no es tan fácil la aplicación de este procedimiento formal, ni mucho menos es seguro que él pueda conducirnos a nuestro objetivo, es decir a la consolidación de la democracia. Tal método sólo puede resultar eficaz si se cumple previamente con una serie de presupuestos como la vigencia del pluralismo social fundado en la tolerancia; seguridad en el respeto a la ley; responsabilidad en el cumplimiento de los deberes políticos y sociales; idoneidad en los gobernantes; preocupación de los partidos políticos por el bien común y no solamente por la conquista del poder; desarrollo económico del cual participen equitativamente todos los sectores sociales. Claro está que la concreción de tales objetivos no puede ser inmediata, pero sin ellos de nada vale preocuparse por los aspectos formales de la democracia que, inevitablemente, conducirán al engaño y a la frustración. Es por ello que la evolución gradual hacia las prácticas de la democracia podrá ser más o menos efectiva según lo permita la aplicación de los principios de la prudencia política.

La estabilidad, que en algunos casos desde hace siglos, gozan ciertos sistemas políticos democráticos, es hoy un ideal que los demás países pueden alcanzar por los medios adecuados. No lo realizarán si tan sólo se adecuan a los aspectos formales externos, pero sí sirviendo a los ideales permanentes de la existencia humana. Es que el mejor sistema jurídico democrático puede fracasar en la práctica si no se suministra previamente a la comunidad la formación cívica y la información elementales que le hagan comprender la trascendencia que reviste el vivir en democracia.

En la vorágine de la vida moderna, con frecuencia el ciudadano común se aparta de las cuestiones políticas absorbido por la necesidad de dar solución a los múltiples problemas que se le plantean diariamente. La mayor ambición de todo espíritu imbuido del principio democrático, es comprobar que los individuos acceden a la vida política guiados por la razón. El ideal reside en que todos los ciudadanos presten atención y se interesen por los problemas políticos. Sin embargo, como no convivimos en una sociedad perfecta, mal podemos exigir de sus integrantes una conducta ejemplar, aunque ello en modo alguno justifica la pasividad frente al problema que genera la indiferencia por la defensa de la democracia.

Las causas de esta insensibilidad política, podemos encontrarlas en siete factores:

1º) Inexistencia de elecciones, generales o parciales, durante prolongados lapsos que impiden a los ciudadanos participar activamente en la vida política y con la continuidad necesaria.

2º) Las frecuentes rupturas del orden constitucional, que generan una sensación de impotencia e inseguridad en los ciudadanos apartándolos de la política y rodeando, a quienes aspiran por gobernar, de valores negativos que se reflejan en la burla y la falta

Biblioteca del Gioja - Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

de respeto hacia el principio de autoridad.

3º) El temor que siente el hombre por asumir responsabilidades. Precisamente, uno de los mayores peligros que enfrenta la democracia reside en el afán que impulsa a los hombres por desligarse de responsabilidades y que caracteriza a la sociedad de masas. Como dice Lipset: "¿qué mejor manera de mantener alguna medida de racionalidad, en estos tiempos, que ignorar los acontecimientos de actualidad relatados por nuestros periódicos y otros medios de comunicación?".

4º) Ausencia de notas representativas en las fuerzas políticas y, en particular, en los partidos políticos.

5º) Ausencia de libertad en el proceso político.

6º) Escasa o incompleta información sobre los problemas políticos.

7º) Carencia de idoneidad en los gobernantes y en los dirigentes de los grupos sociales.

Algunos de estos factores ejercen mayor gravitación que otros, pero en conjunto fomentan un estado de incultura política que genera el riesgo —tal como ha acontecido entre nosotros— que los gobernados seleccionen a los gobernantes aceptando las figuras que les presentan los audaces, sin verificar su aptitud para el gobierno y sin exigir que acrediten tal aptitud. Semejante situación posibilita, como dijera Sartori, que "la frecuencia con que la probabilidad matemática ha llevado a ocupar puestos oficiales a individuos ineptos o irresponsables, puede equipararse a la frecuencia con que las democracias del siglo XX han resucitado el culto del hombre enviado por la Providencia".

Como consecuencia de esta incultura política, se advierte en el proceso político argentino de las últimas décadas, la presencia de dos especies de ciclos cuya brevedad y antagonismo impidieron la formación de gobiernos estables, la expresión de políticas uniformes y la consolidación de la democracia. Precisamente la inestabilidad es propia de aquelos pueblos que carecen de una personalidad política definida, oscilando entre la democracia y el totalitarismo.

El primero de estos ciclos de carácter formalista, se refleja primariamente. Es el fervor por la democracia concebida, no como forma de relación humana, sino conformándose con el aparente funcionamiento de las instituciones democráticas sin detenerse para verificar las fallas que presenta su estructura si se la aísla de su contenido material. Este ciclo expresa simplemente una aspiración, un deseo por ver cristalizadas dichas instituciones, aunque sin hacer referencia a la finalidad perseguida con la institucionalización. Es que la institucionalización no es una meta sino el medio para alcanzar un fin superior: consolidar la dignidad del hombre en el marco de una vida en libertad.

En las últimas décadas, y con la sola excepción de la Revolución Libertadora, no se concretó en el proceso político argentino la existencia de algún movimiento que, como finalidad esencial, enarbolase la bandera de la libertad dentro de los límites fijados por la responsabilidad, es decir la vigencia de una democracia integral. Por el contrario, y tal como lo revela nuestra reciente experiencia, se prefirió acudir a otros lemas como la "soberanía popular", la "institucionalización", la "cultura popular", la "nacionalización", la "verticalidad", la "liberación", la "pacificación" y a la mágica invocación del espíritu de los muertos, todo ello acompañado por agudas notas autocráticas y despovisto de una fundamentación filosófica humanista.

Este ciclo, es generado por una especie que se aproxima peligrosamente al tipo de hombre político descripto por Spranger para el cual, el conocimiento, la educación, la vida, la libertad y todos los valores morales, no son fines últimos sino instrumentos de dominio. Son simples técnicas destinadas a saciar la vasta fantasía y ambición de poder del político, sin perjuicio de la fundamentación social que puedan tener.

El contenido de este ciclo puede ser positivo si sus valores se aplican en forma integral. Es positivo si no se limita a consagrar la vigencia de las instituciones políticas democráticas, sino también a consolidar la democracia como forma de vida. En

cambio, limitado al primer aspecto, está acompañado por el caos, germen que desencadena necesariamente al ciclo opuesto.

El segundo ciclo está personificado por el hombre autoritario. Mientras que en el primero se expresa el hombre formalista, en el segundo se encuentra aquél que, invocando una especie singular de realismo, reniega de los valores democráticos consagrados hasta el momento, procurando ordenar la vida social conforme a reglas ideales del deber ser. Se trata de una etapa dirigida por individuos que se apartan de lo concretado políticamente —tanto de lo negativo como de lo positivo— y que aspiran a aplicar autoritariamente una serie de principios ideales desconectados de la realidad, y con el total convencimiento de que los mismos responden a las aspiraciones del pueblo.

La experiencia resultante de esta inestabilidad política, se manifiesta en dos hechos que deberán determinar, en los próximos años, el comportamiento político de la ciudadanía y de los gobernantes:

1º) La participación política. La necesidad de mantener en vigencia los canales necesarios para que exista comunicación entre gobernantes y gobernados. Para que el aislamiento de unos no impulse a la arbitrariedad a los otros. Aquí se destaca el papel primordial que desempeñan los partidos políticos como instrumentos necesarios para el funcionamiento del mecanismo democrático. Ello no importa asignarles el carácter de panacea democrática. La democracia no comienza ni termina con los partidos políticos, ya que simplemente constituyen una solución técnica para el funcionamiento del sistema democrático. Tras la experiencia recogida sería un grave error suprimir a los partidos políticos, aunque tampoco es conveniente ubicarse en el polo opuesto asignándoles el monopolio de la vida política, particularmente en el proceso de selección y formulación de candidaturas para los cargos públicos.

2º) Idoneidad en los dirigentes. La segunda experiencia alude a los riesgos que ocasiona a la sociedad la desjerarquización de la vida política mediante una errónea selección de los dirigentes. La carencia de idoneidad en los dirigentes favorece el surgimiento, en los grupos de opinión, de una idea negativa que se extiende a todos aquelos interesados en participar activamente en la política. La incapacidad o la inmoralidad de ciertos dirigentes determina, frecuentemente, la generalización del concepto desprestigiado a la función pública. Este peligro, que acecha a la democracia, tiene su cabal remedio en nuestro sistema constitucional a través de la reglamentación legislativa del recaudo de la idoneidad que prescribe el artículo 16 de la Constitución Nacional y que, recientemente, ha sido recogido en la Ley Nº 21.795 de nacionalidad y ciudadanía.

III. EDUCACION CIVICA

Sin embargo, la adecuada selección de los dirigentes y la negación del monopolio en la vida política a los partidos, no son suficientes para asegurar una democracia estable. Como en definitiva el hombre es el artífice de la vida política, y no los sistemas ni las instituciones, de él dependerá que se cumpla aquel recaudo. Tal circunstancia revela la trascendencia que tiene la educación en general, y la específica que es la educación cívica, para contrarrestar uno de los peligros decisivos para la democracia y que Alberdi describió con agudeza al señalar que "El sufragio de la multitud, donde la multitud es incapaz de sufragar porque ha mamado la obediencia inerte, no puede producir otro resultado práctico que poner al gobierno del país en manos de los menos dignos, de los más audaces y más hábiles para arrancarle su voto, por coacciones y artificios finos, que le dan aire de un sufragio libre, pero que en realidad son votos arrebatados por el fraude. Todo país gobernado por la multitud ignorante en las prácticas de la libertad, lejos de tener a su cabeza los mejores hombres del país, tiene infaliblemente los mayores intrigantes y bribones".

Cuando después de la Primera Guerra Mundial se experimentó un fracaso estrepitoso del constitucionalismo democrático en Europa, con el consiguiente surgimien-

Biblioteca de la Facultad de Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

to de los sistemas autocráticos, muchos pensaron que la fuerza avasalladora de estos últimos pondría punto final al ideal democrático. Sin embargo, esa luz que abriga la democracia y la racionalidad de sus principios acordes con la naturaleza humana, hicieron fracasar tales presagios. Las nuevas circunstancias históricas contribuyeron, en casi toda Europa, a un cabal funcionamiento de la democracia incluso en aquellos países donde se había experimentado el fracaso anterior. Ahora bien, tal triunfo más que a las reformas constitucionales se debió a un profundo cambio de mentalidad en la población. Es que las características culturales de la sociedad son determinantes del grado de efectividad del sistema democrático. La más perfecta armazón democrática puede fracasar en la práctica si desconoce las modalidades culturales de la comunidad para la cual fue creada.

Aunque el sistema democrático se encuentra establecido por la constitución de un país para todos los planos de la vida social, no quiere decir esto que la estructuración de la democracia pueda en todos los casos considerarse concluida. En muchos casos la población debe evolucionar paulatinamente para habituarse a las formas democráticas de vida asimilándolas a su idiosincrasia particular. Como la vida política integra la vida social, el sistema democrático no será auténtico sino cuando la comunidad haya aprendido a proceder democráticamente en su vida personal. Debe aprender a escuchar la opinión ajena por diferente que ella sea de la propia, a comprender y respetarla aunque no la pueda compartir. Debe aprender a ser tolerante, pues la tolerancia es una de las virtudes fundamentales del sistema democrático.

Cuando todos logremos tener esa consideración, entonces sí podremos decir que está floreciendo la democracia. Es que solamente puede gobernar en común aquel pueblo que es capaz de convivir deliberando en común. Sin embargo, hay que reconocer que esta deliberación democrática solamente es posible con la participación de aquéllos que están dispuestos a tolerar y a respetar, y jamás con la de aquellos que ven en las instituciones democráticas simples instrumentos para consagrar sus ideas antidemocráticas.

En algunos casos, la formación materialista no hace más que agravar la crisis que aflije al pueblo, dejándolo indefenso frente a la agresividad de las doctrinas mesiánicas. Como consecuencia, los hombres se encuentran divididos y aislados en su pequeño mundo de egoísmo, sensualidad y mediocres ambiciones. En una vida sin fe ni esperanza, de la cual la desunión y el derrotismo son los síntomas más significativos. Por tal razón, la debilidad de la democracia tiene su causa básica en la situación espiritual del hombre y, su fortalecimiento, debe arrancar desde aquí. Todo otro intento de reorganización mediante fórmulas jurídicas mágicas sería como edificar sobre arena.

En la actualidad, las técnicas aplicables en los sistemas democráticos están diseñadas para sociedades en donde el nivel cultural y educacional del pueblo tienden a acrecentarse. Por ello la necesidad de fomentarlas procurando despertar un interés racional, y no meramente emotivo, en los hombres por los fenómenos políticos.

Los móviles que impulsan a los individuos a interesarse por la política no son solamente de tipo económico o sectorial —como pretenden los materialistas— sino también religiosos, morales y políticamente puros. Pero todos ellos generan un elevado grado de responsabilidad en los ciudadanos que caracteriza a las sociedades que encabezan los ciclos culturales a los cuales las demás se adhieren.

Para consolidar esos factores, la tarea educadora no sólo debe consistir en suministrar conocimientos a los ciudadanos, sino también debe procurar que aparezca un interés por la vida política forjando un sentimiento de responsabilidad en la conducta cívica. Por tal razón, la real vigencia de una democracia integral está condicionada a que se le brinde a la comunidad una elemental educación cívica.

La necesidad de educar al pueblo en materia política se manifiesta desde la niñez y su intensidad no debe decrecer con el trascurso del tiempo sino, por el contrario, debe incrementarse para que los educandos puedan apreciar el rol decisivo que desempeñan en una sociedad democrática, para que tengan responsabilidad cívica, para que conozcan y comprendan la importancia de una constitución y de los valores fundamentales que la nutren. Sólo así, a través de la educación, el conjunto de ciudadanos dejará de ser una masa para alcanzar la dignidad de un pueblo ya que, como dice Linares Quintana, "la ignorancia del pueblo —o la semi-ignorancia, quizás más temible que aquélla— genera el clima propicio para el desarrollo del virulento y funesto germen del despotismo. Si los ciudadanos no son educados para la libertad serán siempre masa y nunca pueblo; rebaño que seguirá ciegamente a cualquier mal pastor; serán espectadores pasivos y no protagonistas de la gesta cívica".

La tarea educadora corresponde tanto a los partidos políticos como a las simples asociaciones que posean inquietudes políticas, a la prensa, a la Universidad e incluso a todos los ciudadanos. Pero, en particular incumbe al gobierno que, al disponer de los recursos necesarios podrá desarrollar una campaña eficaz instruyendo e informando a la comunidad sobre las razones históricas, jurídicas y políticas que determinan la imperiosa necesidad de consolidar al sistema democrático.

Sin embargo, nuestra experiencia revela que la participación de los ciudadanos en el proceso del poder no siempre es consecuencia de la educación sino de campañas de adoctrinamiento. Tal es lo que acontece en los sistemas autocráticos donde, deliberadamente, se confunde el proceso cultural con el adoctrinamiento. En tales sistemas, el aparato gubernamental pone en funcionamiento intensas campañas de propaganda a fin de predisponer a los individuos hacia una conducta acorde con el totalitarismo. Se pretende privar a los individuos y a los grupos sociales de la necesidad por verificar un análisis, fundado en el propio discernimiento, imponiéndoles una forma determinada de pensamiento para actuar. El éxito de tales campañas, está supeditado a una endeble educación cívica y a un debilitamiento del carácter colectivo, cristalizado en el surgimiento de líderes que relegan a un plano secundario a los partidos políticos, grupos de interés, de presión, de opinión y restantes fuerzas políticas.

La educación cívica del pueblo, el conocimiento de sus problemas y soluciones, es de la esencia del sistema democrático. La consolidación de la democracia constitucional requiere la capacitación del pueblo para defenderla a través del conocimiento de sus virtudes y defectos, y evitar así su vejación por obra de las doctrinas mesiánicas. Como destacara el Dr. Aguirre Lanari, "No basta pues, para la afirmación de la democracia, con la instrucción, ni siquiera con erigir instituciones formales encuadradas en aquélla. Se necesita una cultura consubstanciada con la misma, para un funcionamiento eficiente que evite despeñarse en dolorosos resultados".

En un sistema democrático cada ciudadano tiene el mismo derecho y la misma obligación de informarse sobre la situación política, formarse una idea cabal sobre las circunstancias que atraviesa su pueblo y sobre los personajes que reclaman su confianza para representarlo. Cada cual tiene el derecho y la obligación de elegir personalidades aptas para intervenir activamente en la política. Cada uno tiene, entonces, el derecho de esperar de esos representantes que tomarán en cuenta los intereses de la comunidad, de sus grupos sociales, y que los unificarán en función del bien común. Dejando a un lado la cuestión de si esos representantes quieren dar cumplimiento a tan justificadas esperanzas, cabe preguntar si pueden hacerlo, lo cual es materia del problema referente a la idoneidad de los gobernantes.

IV. IDONEIDAD

Ha dicho el Dr. Rodríguez Galán que "la idoneidad que requiere nuestra Constitución para la admisibilidad en los empleos es, ante todo y sobre todo, moral. Sólo la conducta moral y la capacitación intelectual da a los dirigentes autoridad para ejercer el gobierno de la comunidad. Si creemos en el pueblo como fuente de poder, debemos exigir y exigirnos en el ejercicio de la acción, idoneidad y responsabilidad".

La sociedad democrática es una sociedad que está ordenada por leyes; empero, las leyes en tal sociedad deben ser elaboradas e interpretadas por individuos que, en último término, son responsables ante la comunidad. Esa comunidad debe ser tal que en ella, las leyes y la igualdad en la posición cívica se funden en el consentimiento libremente otorgado por la pobla-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

ción idónea. En este aspecto, se advierte que el contraste entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres es legítimo, pero tiene connotaciones engañosas. En efecto, por sí mismas las leyes no gobiernan; ya que en todos los casos deben ser aplicadas por hombres. Y estos hombres, no importa cuán profundos sean sus talentos o virtudes, son seres humanos falibles que encuentran diferentes, y a veces antagónicos, significados a una misma serie de leyes. Solamente a través de la idoneidad podrán reducirse esos riesgos que comportan la desnaturalización de los principios democráticos por su aplicación encomendada a los incapaces.

Históricamente, la sustitución de los sistemas autocráticos por los democráticos obedeció a la necesidad de resguardar los derechos fundamentales del hombre, y a la necesidad de guiar a la sociedad por imperio del mérito. Este requerimiento crea una constante en la democracia que impone el deber de seleccionar a los más aptos, no para convencer a los gobernados sino para gobernar. En nuestro caso, esa necesidad no puede partir exclusivamente de la comunidad sino que además debe ser reglamentada legislativamente conforme al principio de idoneidad que consagra la Constiución Nacional, estableciendo exigencias objetivas mínimas que habiliten a los ciudadanos para desempeñar cargos gubernamentales.

De tal modo, se podrá defender a la democracia evitando su ruptura a través de una errónea selección de los gobernantes en el seno de gente incapaz, dotados de audacia y carentes de idoneidad que solamente pueden alcanzar su objetivo mediante el engaño, el fraude y el terror al cual suele abandonarse la comunidad cuande flaquean sus fuerzas.

Como el hombre es esencialmente imperfecto, esa imperfección debe ser tutelada por la ley ya que "nunca se verá libre de Calibán quien se arrodille, con abyecta adoración, ante el canalla borracho que le brinda su botella y le promete liberarle del gobierno paternal del noble Próspero. La democracia, y la idea de libertad que encierra, no consiste sólo en romper las cadenas que oprimen al individuo en una imperfecta organización histórica de la sociedad, sino que consiste principalmente en permitir el libre desarrollo, en toda su plenitud, de la dignidad individual en el marco de una sociedad que se perfecciona y se hace más flexible gracias a la creciente mejora producida por la depuración de sus componentes".

V. CONSTITUCION Y DEMOCRACIA

Frente a la realidad argentina, la vigencia de la democracia requiere clarificar su concepto a la luz de una guía. Para no caer en la abstracción democrática, es necesario clarificar su contenido sobre la base del único y más eficiente elemento real que poseemos. Ese elemento es la Constitución Nacional, de la cual Joaquín V. González dijo que "no debe olvidarse que es la Constitución un legado de sacrificios y de glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir; que ella dio cuerpo y espíritu a nuestra patria hasta entonces informe, y que como se ama la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y al despotismo".

Con semejante guía de conducta se podrán remediar los excesos cometidos en nombre de la libertad y de la democracia para que su idea sea inteligible y se encarne con la comunidad. Para evitar, como dice Sartori, "que la creciente necesidad que tiene el ciudadano común de ideas claras corra paralela a la tendencia cada vez más acentuada de los intelectuales y demagogos a manipular ideas oscuras y difíciles de comprender".

Creo que el conocimiento de las perspectivas y objetivos de los hombres que redactaron la Constitución Nacional es necesaria para comprender las instituciones y las prácticas democráticas. Las instituciones constitucionales fueron elaboradas por hombres notables y sumamente idóneos, que tenían propósitos determinados, un cabal conocimiento de la realidad e ideas claras sobre lo que querían.

La redacción de la Carta Suprema revela que fueron acabadamente valoradas las técnicas de formulación constitucional en la búsqueda de la perdurabilidad de sus normas que permitiera, dentro de las mismas, el desarrollo de instituciones que aún no existían. Se consiguió idear los recaudos para evitar la inestabilidad jurídica que pudiera dejar las normas a la zaga del dinamismo social.

El gobierno enérgico fue uno de los principales objetivos de los autores de la Constitución. Otro de sus objetivos fue la instauración de un gobierno con poder limitado, lo cual se traducía en una fórmula sumamente simple: el gobierno debía ser fuente para consolidar la unidad nacional y la democracia, pero esa fuerza no debía superar los límites resultantes de la vigencia de los derechos naturales del hombre.

Otro de los propósitos fue la creación de un gobierno representativo, un gobierno ejercido por personas idóneas que supieran recoger y plasmar en soluciones concretas las inquietudes y demandas de la población en función del bien común.

Los constituyentes querían un gobierno central fuerte, un gobierno que respetara los derechos y un gobierno que fuese ampliamente representativo. Todo ello, en un marco de autodefensa que permitiera la subsistencia del sistema sin necesidad de apartarse del texto constitucional. Para tal fin, forjaron los instrumentos necesarios con la esperanza que, puestos en manos de hombres idóneos, permitieran la vigencia indefinida del sistema.

Los fundadores del sistema constitucional no abrigaban la ilusión de que la constitución se defendiera o se hiciera valer por sí misma. Por el contrario, crearon un conjunto de instituciones gubernamentales, una maquinaria que, pese a estar manejada por seres esencialmente imperfectos, egoístas y ambiciosos, funcionara para promover los intereses generales ligados al desarrollo económico, a la seguridad nacional y a la protección de los derechos, tanto individuales como sociales.

Estas técnicas reflejaban el pesimismo, o quizás el realismo, acerca de la actuación que cabe esperar de los hombres en la vida política. De tal modo, y por medio de la Constitución, crearon un gobierno vigoroso, lo suficientemente fuerte para asegurar la defensa del país contra sus enemigos y para concretar la estabilidad interna. Esa estabilidad que si bien en el marco de una democracia no es la única virtud del gobierno, sin embargo no deja de ser una virtud. La estabilidad puede adquirirse a un precio demasiado alto pero es indispensable pagarlo, ya que la lucha interna que genera la inestabilidad es mucho más costosa.

La extensión de los derechos políticos, la demanda de participación política y el requerimiento de responsabilidad en los gobernantes y gobernados fueron elementos debidamente valorados por los constituyentes quienes, con agudeza, encontraron las soluciones correctas. De tal modo, y superando el marco jurídico, la Constitución fue concebida como un instrumento de libertad y dignidad para el hombre, modelo de conducta cívica, que permitiera afianzar y consolidar a la comunidad nacional, y le sirviera de guía cada vez que, por dolorosas circunstancias, se apartara del recto camino indicado por ella.

Sobre tal base, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pudo disponer que "el valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento y redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación".

El concepto de democracia está dado por la Constitución Nacional cuando organiza el ejercicio y control del poder; cuando amalgama, en un justo término medio, los derechos y deberes individuales con los sociales. Mal se puede educar al pueblo para la democracia si los dirigentes utilizan figuras emotivas y equívocas, en lugar de las concretas realidades previstas por la Constitución.

Consideremos que tiene plena vigencia la afirmación vertida por Joaquín V. González, en orden a que la Constitución Nacional "es uno de los instrumentos de gobierno más completos, más orgánicos, más jurídicos, sin ser por eso estrecho ni inmóvil, que haya consumado los legisladores de cualquier país y época"; y que le asiste la razón a Linares Quintana cuando destaca que "la Constitución Argentina

Biblioteca del Gioja. UBA
Repositorio académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

es una de las más sabias, humanas, prudentes y perfectas constituciones del mundo".

La democracia argentina no se encuentra en crisis. Las profundas transformaciones que se operan en el seno de su sociedad, no comportan una variación del concepto de democracia sino la búsqueda del instrumento para concretar su vigencia y de modo permanente, no advirtiendo que ese instrumento se encuentra al alcance de su mano reclamando, tan sólo, su reglamentación y cumplimiento.

En el año 1972, se quizo remediar la realidad modificando la Constiución Nacional mediante un procedimiento inconstitucional, en lugar de reglamentar sus preceptos. Se acudió a la vía más fácil y dañina a costa del desprestigio que genera sobre su objeto toda reforma arbitraria. Sin embargo, no se consiguió nada. Ni se mejoró la Constitución ni se evitaron los males que padeció el país. En lugar de bregar por el fiel cumplimiento de la Constitución reglamentando sus preceptos tal como ella lo impone, por el contrario, se optó por la violación de la misma con una serie de enmiendas que, además de no ser cumplidas, allanaron el camino para sumir al país en uno de sus momentos más trágicos y sangrientos. Por eso, cuando hoy se escuchan voces enroladas en la fiebre reformista, constatamos que es cierto que los argentinos tienen mala memoria, y que se olvidan, como señalara José Manuel Estrada, que "las fantasías políticas son pecados que no purgan los teorizadores sino los pueblos". No cabe duda que el mejor remedio para un razonamiento incorrecto es un razonamiento correcto. Si bien es cierto que, en principio, es la constitución la que debe amoldarse al país y no el país a la constitución, tal conclusión no es válida cuando la constitución se eleva sobre los defectos y las malas prácticas señalando un rumbo democrático definido para el progreso.

Estamos convencidos que la consolidación de la democracia argentina está condicionada al fiel cumplimiento del mensaje constitucional a través de la reglamentación de sus preceptos, de la educación cívica del pueblo y de gobernantes idóneos. Estamos convencidos, como enseña Linares Quintana, que "la Constitución Nacional de 1853/60 continúa respondiendo con amplitud a las necesidades y aspiraciones del pueblo argentino. Su parte dogmática, o Declaración de Derechos, protege adecuadamente todos los aspectos de la libertad y la dignidad del hombre, a la vez que promueve el bienestar general, admitiendo las concepciones sociales y económicas más progresistas y adelantadas. Su parte orgánica consagra principios e instituciones que comportan conquistas irreversibles de la civilización democrática occidental, respaldadas por la historia toda de la humanidad, y acepta, asimismo, la más profunda modernización que se quiera hacer en sus estructuras sin necesidad de reforma. La política más adecuada y progresista, dentro del respeto de los derechos humanos y los principios del gobierno democrático constitucional, tienen fácil cabida en la estructura básica, genérica y elástica de nuestro Código Fundamental. Unicamente se requiere —nada más, pero también nada menos— que esa política sea elaborada y puesta en ejecución por los órganos gubernamentales".

Hoy día, superado el caos y el infame proceso en que se vio sumergida la República, sigue siendo verdad que la democracia argentina, con todas sus imperfecciones, posee los instrumentos necesarios que le permitirán avanzar hacia el cumplimiento de la promesa de libertad e igualdad que contiene. En tanto conserve su democrática constitución y ponga en funcionamiento los mecanismos reglamentarios por ella ideados, todo mal social es remediable con el valor, la honestidad, la organización y el trabajo intenso.

Dr. LUIS FEDERICO BOLLAERT

Profesor Adjunto Interino de Derecho Constitucional I.

La crisis de la representación política en el estado democrático constitucional

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Cuando el subdirector del Instituto de Derecho Político y Constitucional Dr. Barneix, nos citó a los que participamos en este ciclo para sentar las bases del mismo, propuso que modificásemos el tema general "Supervivencia de la democracia" por "Supervivencia de nuestra democracia", lo que fue aceptado sin reservas por todos los que concurrimos en aquella oportunidad. Deducimos de allí, y más aún si consideramos la idea primigenia que haría al núcleo central sobre el que versarían las disertaciones, la existencia de una inquietud palpable en todos los estratos de nuestra sociedad por la conformación futura de nuestro régimen político-institucional.

Si reflexionamos, con Loewenstein, acerca de los grandes incentivos que dominan la vida del hombre en sociedad, comprobamos que el amor, la fe y el poder se encuentran extrañamente unidos y entrelazados, mostrándonos la historia cómo el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre, y el poder a su miseria; pues aunque puede aparecer en cualquier tipo de relaciones humanas, el poder tiene una importancia decisiva en el campo sociopolítico, al punto tal que se habla hoy de una cratología. De allí que Bertrand Russell haya observado que entre los deseos infinitos del hombre, los principales son los deseos de poder y de gloria [1].

Ya nos había advertido Hobbes sobre su convicción profunda de que el hombre es un ser fundamentalmente pasional y que dos son los postulados de la naturaleza humana que mueven al hombre en su vida personal y colectiva: el apetito natural y el principio de autoconservación, los que llevan en pos de lo que llama "felicidad", que existe cuando nuestros deseos se realizan con un éxito constante. El poder es la condición *sine qua non* de esta felicidad. Riqueza, ciencia, honor, no son sino formas de poder; hay en el hombre un deseo perpetuo, continuo, incesante de poder que no acaba más que con la muerte. Por ello nos dice Leo Strauss que "la expresión más clara y perfecta de la concepción naturalista del apetito humano es la declaración de que el hombre desea poder y más poder, espontánea y continuadamente, fruto del mismo apetito, y no por razón de la suma de inmersos deseos aislados cuya causa serían innúmeras percepciones aisladas... De este modo, la lucha por el poder puede ser tanto racional como irracional. Sólo el

La presentación del disertante fue efectuada por el Dr. Alberto Rodríguez Galán.

[1] Bertrand Russell, *El poder en los hombres y en los pueblos*, Ed. Losada, Bs. As., 1939, pág. 11.

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

afán irracional, que es más frecuente que el racional, puede considerarse como apetito humano natural. Pues este último no es innato y el afán racional de poder es en sí mismo finito, mientras que el irracional, apetito natural del hombre, se basa en el placer que alcanza éste en la consideración de su propio poder, o sea, en la vanidad. El origen, pues, del apetito natural del hombre no es la percepción, sino la vanidad" [2].

No discutiremos hay las premisas de las que parte Hobbes para construir su *Leviathan*, este Thomas Hobbes "tan temeroso", este individualista que "tuvo miedo" (como escribiera atinadamente B. Laudry) y "que se acurrucó bajo el ala de la autoridad" como certeramente lo describe Jean-Jacques Chevallier [3]; pero sí diremos que la sociedad es un sistema de relaciones de poder de todo tipo, social, económico, político, religioso, moral, cultural o de otra especie, y ciñiendo nuestro análisis al poder político podemos decir, con Karl Loewenstein, que allí donde el poder político no está limitado y restringido, el poder se excede. En contadas ocasiones ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento. El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración, pues cuando no está limitado se transforma en tiránico y en arbitrario despotismo. Por ello el poder sin control adquiere un acento moral negativo que revela lo patológico en el proceso del poder. El profesor del Amherst College nos recuerda que sólo los santos entre los detentadores del poder —¿y dónde se pueden encontrar?— serían capaces de resistir a la tentación de abusar de él. Conviene recordar aquí el epigrama de Lord Acton que patentiza certeramente el elemento patológico inherente a todo proceso del poder: *"Power tends to corrupt and absolute power tends to corrupt absolutely"*.

Pues bien, conociendo los males que pueden derivarse del uso ilimitado del poder político y a fin de evitar ese peligro siempre latente es que se trata de limitar al poder político, controlándolo mediante la división de poderes, que es en realidad una división del poder único y soberano, con lo cual cada poder parcial frena a los demás, siendo el objeto final el mantenimiento de la libertad y dignidad del hombre. Tal es la esencia del sistema de "frenos y contrapesos" que desarrolló Montesquieu, basándose en Locke, mediante los cuales "el poder controla al poder", y es el núcleo de lo que en la historia política aparece como Constitucionalismo; una de cuyas síntesis más acabadas la encontramos en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 26 de agosto de 1789, que estatuía: *"Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni les séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution"*.

Nace así la democracia constitucional, en la cual lo más importante es el control de la actividad gubernamental, en la que el poder se encuentra distribuido entre varios, en sí independientes, detentadores del mismo. Y si hablamos de democracia constitucional, es porque la palabra "democracia" ha sufrido, en el vocabulario político, una perversión que la ha despojado de los caracteres que hacen a la esencia del sistema político que en rápido vistazo hemos dejado esbozado. Ello es así ya que la única legitimidad de origen que acepta el siglo XX es la democrática, conforme nos lo dicen, entre otros, Julián Marías [4] y el historiador italiano Guglielmo Ferrero, aquel de quien Jean-Jacques Chevallier se lamenta de que se encuentre demasiado olvidado, pues fue capaz de evocar, con poder trágico —lo trágico de su tiempo, el del viejo temor resucitado—, a los genios invisibles de la ciudad detrás del aparato de fuerza del poder [5].

De allí que todos los regímenes políticos, aun aquellos que conforman la antítesis de la democracia, y ellos con mayor vehemencia nominal, si fuera posible, pues se autotitulan "democracias populares", quieren cubrirse con el ropaje democrático; de tal manera la autocracia iza hoy con ironía la falsa bandera de la democracia. Quizás podemos decir que las manipulaciones de los modernos detentadores del poder autócratas han transformado a la Constitución, la han convertido, usando las palabras del bardo de Avon en "sólo una rosa para cualquier nombre". Su telos originario, la distribución del poder político entre diversos detentadores con el fin de limitar el poder absoluto, se ha transformado en el efecto contrario. Apenas puede servir de consuelo a la democracia constitucional haber conseguido una victoria pírrica: que ningún sistema político de nuestros días puede permitirse rechazar abiertamente la ideología democrática. Tal es la razón por la que hablamos de democracia constitucional, ya que sometida a un sistema interno de frenos y contrapesos, continúa siendo una democracia. Coincidimos con Marcel Prélot, en que es, incluso, su única manera de existir; en verdad no existe otra [6].

TEORIA DE LA REPRESENTACION POLITICA

Pues bien, esta democracia constitucional necesita imprescindiblemente para su funcionamiento, del principio de "representación", en virtud del cual ninguna autoridad es legítima si no se la ejerce en representación del pueblo que es la fuente originaria de toda autoridad y poder.

Caracterización del tema: representar significa, según Leibholz, hacer presente y operante algo que no está realmente presente ni es, por consiguiente, actuante [7]. Podemos decir entonces, que representación es la acción de representar, o sea que es la relación de los miembros de un grupo jurídicamente organizado (que es el "representado") con un órgano (que es el "representante") en virtud de la cual la voluntad de este último se considera como expresión de la voluntad de aquéllos [8]; se ha dicho así que los representantes reciben por adelantado el encargo y la autorización para actuar conjuntamente en nombre de sus representados y de ligarles por sus decisiones colectivas.

La génesis de esta doctrina aparece íntimamente vinculada con el proceso de transformación histórica operado en determinadas instituciones políticas, aunque las raíces de la técnica representativa no han podido ser todavía esclarecidas totalmente, ya que se han expuesto diversas teorías sobre su nacimiento, de las cuales, quizás la más correcta, en afirmación de Loewenstein, es la que indica su recepción por organizaciones seculares de las técnicas representativas establecidas desde hacía tiempo en la Iglesia Católica y en las órdenes religiosas [9].

La lenta transformación de las instituciones que ha caracterizado a la historia jurídico-política de Gran Bretaña, se pone de manifiesto, una vez más, en la transmutación por la cual, el mandato "imperativo", característico de la representación estamental, que sólo confiere al mandatario la representación del grupo o distrito que lo designa —no de la Nación— y lo sujeta a las instrucciones de su particular mandante, se convierte en mandato representativo, por el cual, conforme al postulado de la representación política, el mandatario no representa fragmentariamente a grupos o distritos aislados, sino a la Nación entera, lo que lleva a la consecuencia de que cada uno de los integrantes del representante no está ligado, en ninguna medida, a las instrucciones de los grupos o distritos que los han designado: con la consiguiente irresponsabilidad jurídica del mismo y con el carácter irrevocable de la designación. Este proceso histórico que comenzó cuando, hacia fines del período feudal, la Corona se encontraba en necesidades financieras, los delegados de los estamentos convocados por el monarca, se emanciparon —probablemente en virtud de los primitivos medios de comunicación— de las instrucciones y mandatos imperativos que habían recibido y tomaron allí mismo decisiones bajo su propia responsabilidad: de tal manera, obligaron y "representaron" a los grupos o asociaciones de personas de los que eran portavoces y mandatarios. Este proceso culmina en 1716 con la "Septennial Act", por la cual los Comunes se autoprorrogan el mandato, disponiendo

[2] Leo Strauss, *The Political Philosophy of Hobbes*, Universidad de Chicago, 1963, págs. 8-21.
[3] Jean-Jacques Chevallier, *Los grandes textos políticos desde Maquiavelo hasta nuestros días*, Aguilar, España, 1972, pág. 66.
[4] Julián Marías, "Sobre la legitimidad", *La Nación* del 16/7/76, pág. 6.
[5] Jean-Jacques Chevallier, *Annales de Philosophie Politique*, Nº 7, Institut Internationale de Philosophie Politique, París, 1967.
[6] Marcel Prélot, *Historia de las ideas políticas*, La Ley, Bs. As., 1971, pág. 712.
[7] Leibholz: *Das Wesen der Repräsentation*, Berlín. 1929.
[8] Mario Justo López, *Introducción a los estudios políticos*. T. II, *Formas y fuerzas políticas*, Kapelusz, Bs. As., 1971, pág. 366.
[9] Leo Moulin, "Les origines religeuses des techniques electorales et deliberatives modernes", *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, Nº 10, París, 1953, pág. 106.

Biblioteca de la Facultad del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

que en el futuro su renovación tendría lugar cada siete años; pudo decir, por eso, Edmund Burke, en su célebre carta dirigida en 1774 a los electores de Bristol: "El Parlamento no es un Congreso de embajadores con intereses diferentes y hostiles, en el que cada uno ha de mantener sus intereses, como un agente, como un defensor, frente a otros agentes y defensores; el Parlamento es la Asamblea deliberadora de una Nación, con un solo interés, el de todos; no existen proyectos locales ni prejuicios locales, ha de actuar para el bienestar general que resulta de la razón general del conjunto. Se elige a un miembro, pero ese miembro, una vez elegido, no es un miembro de Bristol sino un miembro del Parlamento. Si el distrito electoral local ha de tener un interés, o una opinión apresurada, evidentemente opuesta al verdadero bien del resto de la comunidad, el miembro elegido para ocupar ese puesto ha de ser alguien que se esfuerce para conseguir el bien general". Por su parte, en el Congreso Constituyente celebrado en las Colonias de América del Norte en 1787, James Wilson expresó: "Como el pueblo no puede actuar por sí mismo, debe hacerlo por medio de sus representantes. Y, hablando en verdad, no hay diferencia entre lo que es hecho por el pueblo personalmente y lo que es hecho por sus representantes, actuando de acuerdo con los poderes recibidos. Desde el punto de vista práctico hay una pequeña diferencia: porque no existe ninguna ventaja en el sistema de que cada ciudadano delibere y vote en persona, que no pueda ser suplantada por una representación libre y adecuada."

Pero fue en Francia donde la doctrina de la representación política encontró, en el abate Emmanuel de Siéyés, su expositor sistemático y en la Constitución francesa en 1791 su primera aplicación institucional. En su obra *"¿Qué es el tercer estado?"* verdadero manifiesto resonante de las reivindicaciones del estado llano, de extraordinaria difusión en su momento, pues al decir de Chevallier, "las pasiones más ardientes de la época encontraban allí su fórmula de propaganda, su grito de guerra" [10], expone su autor: "Hay que comprender ante todo claramente cuál es el objeto o el fin de la asamblea representativa de una nación; no puede ser diferente del que se propondría la nación misma si pudiera reunirse y deliberar en el mismo lugar. ¿Qué es la voluntad de una nación? Es el resultado de las voluntades individuales, como la nación es la reunión de los individuos. Es imposible concebir una asociación legítima que no tenga por objeto la seguridad común, la libertad común, en fin, la cosa pública. Sin duda, cada particular se propone, además, fines particulares. Pero decir que se reúnen asociados para regular las cosas que les conciernen en común, es explicar el único motivo que ha podido inducir a los miembros a entrar en la asociación... Conocemos el verdadero objeto de una asamblea nacional; no está hecha para ocuparse de los asuntos particulares de los ciudadanos, no los considera sino en masa y desde el punto de vista del interés común. Saquemos de ello la consecuencia natural: que el derecho a hacerse representar no pertenece a los ciudadanos, sino a causa de las cualidades que les son comunes, y no de aquellas que los diferencian". Conforme a ello el objeto de una asamblea representativa es expresar la voluntad de una nación; y debe reunirse, pues, como dice el mismo Siéyés, "los asociados son demasiados numerosos y están dispersos en una superficie demasiado extensa para ejercitar fácilmente ellos mismos su voluntad común. Por lo tanto, separan todo lo que es necesario para velar y proveer a las atenciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional, y por consiguiente de poder a algunos de entre ellos. Pero el cuerpo de los delegados no puede ni siquiera tener la plenitud de este ejercicio. La comunidad no ha podido confiarle de su poder total sino esa porción que es necesaria para mantener el buen orden" [11]. Tal es la raíz de la teoría de la representación política, cuyos conceptos fueron luego afinándose, diciéndose hoy que "la representación puede ser descripta como un proceso por el cual, y a través de él, el poder político, y más concretamente, la influencia que todos los ciudadanos o una mayoría de ellos puede llegar a tener sobre la acción gubernamental, es ejercida por un pequeño número de ellos, con la aprobación expresa o tácita de los demás y vinculante para toda la comunidad" [12], y entre nosotros, Carlos S. Fayt sostiene que la representación es "la situación objetiva por la que la acción de los gobernantes se imputa a los gobernados, siendo para éstos de efecto obligatorio, siempre que se ejercite legítimamente en su nombre y con su aprobación expresa" [13].

[10] Jean-Jacques Chevallier, ob. cit., pág. 181.

[11] Emmanuel de Siéyés, *¿Qué es el tercer estado?*, Ed. Américalee, Bs. As., 1948.

ALTERACION DE LA DOCTRINA

Ahora bien, esta doctrina que en gruesos caracteres hemos bosquejado, y es consustancial al desarrollo del constitucionalismo moderno, no ha resistido incólume el transcurso de la experiencia histórica. De los cuatro factores que indica Finer que han contribuido a cambiar el significado del sistema representativo, a saber: a) Desarrollo de las comunicaciones; b) Desarrollo de los partidos; c) Desarrollo de los grupos de interés; y d) Proyectos de carácter social [14], nos ceñiremos en este análisis al examen de los puntos b) y c).

Los partidos políticos y la teoría de la representación política: conforme a la exposición originaria de la teoría de la representación política, no quedaba otra vía, para expresar y ejercer la voluntad común, que los individuos componentes de una nación designaran representantes, pero de allí no resultaba, como bien lo ha puntualizado Mario Justo López, la necesidad ni la justificación de los partidos políticos [15]. Comenta López que Carl J. Friedrich ha señalado que al fundarse los Estados Unidos de América se consideraba al pueblo capaz de actuar como una unidad y por eso "el reconocimiento de los partidos ha minado el dogma democrático de la unidad del pueblo". Este hecho no fue excluyesivo del país del Norte, sino que en principio, la existencia de los partidos fue mirada en todas partes como una "real desnaturalización del esquema democrático de gobierno".

[12] Carl J. Friedrich, *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, pág. 335.

[13] Carlos S. Fayt, *Sufragio y representación política*, Ed. Omeba, Bs. As., 1966, pág. 91.

[14] Hermann Finer, *Teoría y práctica del gobierno moderno*, Ed. Tecnos, Madrid, 1964.

[15] Mario Justo López, ob. cit., pág. 372.

Por lo tanto, concluye el distinguido politicólogo argentino: "podría afirmarse que el surgimiento y desarrollo de los partidos políticos, aunque convocado por la implantación del régimen democrático representativo, fue un hecho no previsto ni querido por la doctrina de la representación política".

Analizando el fenómeno, Maurice Duverger afirma: "no se trata en lo sucesivo, de un diálogo entre el elector y el elegido, la Nación y el Parlamento: se ha introducido un tercero entre ellos, que modifica radicalmente la naturaleza de sus relaciones. Antes de ser escogido por sus electores, el diputado es elegido por el partido: los electores no hacen más que ratificar esta selección. La noción de elección (selección de los gobernantes por los gobernados) se altera así de manera profunda" [16].

Sin dejar de reconocer la importancia que para el funcionamiento de la democracia constitucional tienen los partidos políticos, y más aún, considerando imprescindible la existencia de los mismos para la viabilidad del sistema, no podemos menos que mencionar la brecha existente entre las funciones del partido político, propugnadas por la doctrina, y la realidad fástica, con especial referencia a lo ocurrido en nuestro país.

Si siguiendo a Linares Quintana conceptuamos al partido político como una asociación de individuos, al margen de la organización estatal, cuyo número de adherentes o afiliados representa una parte de la ciudadanía, que unidos por un conjunto de ideas comunes, tienen por finalidad política la conquista del poder mediante el sufragio para concretar desde el gobierno su programa y en caso de no triunfar en las elecciones, controlar al partido gobernante [17], englobamos en este concepto tanto la faz agonal cuanto la arquitectónica de la política. Continuando con el pensamiento del tratadista citado, podemos, en una breve síntesis, sistematizar las funciones del partido político en las siguientes:

a) *Formulación de políticas*: quizá la más

[16] Maurice Duverger, *Los partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, pág. 376.

[17] Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional e instituciones políticas. Teoría empírica de las instituciones políticas*, t. II, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1970, pág. 335.

Biblioteca del Gioja. UBA. Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

trascendente de sus funciones, pues son respuestas que tendiendo al bien común, cubren la totalidad de los problemas que presenta el manejo de la cosa pública; b) *Designación de candidatos para ocupar los cargos elegidos*: función ésta que analizaremos más detenidamente con posterioridad; c) *Conducción del gobierno y participación en el mismo*: función que corresponde al partido vencedor en los comicios, quedando reservado a los demás el ejercicio de la oposición mediante la crítica constructiva indispensable para el correcto funcionamiento del gobierno representativo. "Los partidos —escribió Jefferson— son censores de la conducta de los otros partidos y útiles guardianes del pueblo" [18]; d) *Educación política del pueblo*: que atañe a lo que Rodolfo Rivarola ha sintetizado como "educar en la conducta cívica", ya que "el partido y su candidato deben realizar la doble función que les asigna racionalmente la acción pública a la cual se entregan, por ejemplo o por la disciplina, y la instrucción por la prédica de sus propósitos" [19]; e) *Canalizar la intermediación entre los ciudadanos y el gobierno*: conforme a ello el partido debe representar el vínculo político que une al gobierno con la opinión pública; f) *Mantenimiento de la unidad en el gobierno*: para facilitar y posibilitar la necesaria armonía y coordinación que debe existir entre los detentadores de las distintas funciones gubernamentales; indicando Linares Quintana como otro de los fines del partido político el *desarrollo y mantenimiento de la unidad nacional*, ya que los grandes partidos contribuyen, conjuntamente con otros factores, a la grandeza de la Nación, operando la aglutinación de fuerzas que de otra manera hubieran obrado como elementos desintegrantes [20].

Confrontemos ahora estos elevados conceptos con la realidad fáctica de nuestros días, y muy especialmente con nuestra última experiencia político-institucional partidaria. ¿Hasta qué punto se observan los postulados de la unidad gubernamental y unidad nacional cuando el apetito de mando hace que los miembros de la asamblea se ordenen en facciones permanentes, sacrificando algo de su personalidad a la cohesión del grupo para la eficacia de la acción conquistadora del poder? Entonces las elecciones futuras no son consideradas ya como una aportación a la asamblea de contingentes nuevos, sino como un refuerzo o un debilitamiento del grupo al cual pertenecen. Por ello, conforme a la "ley de hierro" que enunció Michels, que tiende a la formación de corpúsculos oligárquicos enquistados en funciones de dirigencia política, el grupo hace triunfar a unos candidatos que él mismo ha elegido, menos en razón de su valor propio que por la obediencia que han prometido; y para el caso que no cumpliesen con su palabra, el partido ya les ha hecho firmar las renuncias en blanco, vieja práctica recordada acertadamente por Maurice Duverger [21]. Ello produce un descenso en la asamblea, que no se recluta ya entre los *aristoi*. También de ello resulta un primer envilecimiento para el elector. No se ve en él más que el peso que puede echar en uno u otro de los platillos de la balanza, por lo cual es preciso arrancarle por cualquier medio la voz de que dispone. "Por eso —nos informa Bertrand de Jouvenel— cuando la reforma de 1832 generalizó el derecho del sufragio, la gran preocupación de los dos partidos ingleses fue la de hacer inscribir a los electores que cada uno de ellos creía haber reducido y de ir el día de la votación a buscarlos en coche por temor a que se olvidasen de votar. Esto estaba lejos ya de ofrecer el espectáculo de un pueblo que ejerce orgullosamnte sus derechos de ciudadanos, para ser, en cambio, el de dos bandos que recogen por todos los medios posibles los sufragios que pueden conducirle al poder. El envilecimiento del elector y el rebajamiento del elegido no son todavía más que accidentales, progresivamente se convertirán en sistemáticos. De los sindicatos de intereses y ambiciones saldrán los que, considerando a la legislatura como un poder aparente y al pueblo como un sencillo proveedor de la asamblea, se ingenien en captar los sufragios para investir a diputados dóciles que traerán a sus dueños

[18] Thomas Jefferson, Carta a Henry Lee, 1824, *Works*, Nueva York, 1898, t. 10, pág. 317.
[19] Rodolfo Rivarola, *Diccionario manual de instrucción cívica y práctica constitucional argentina*, Bs. As., 1928, pág. 60.
[20] Segundo V. Linares Quintana, ob. cit., pág. 353.
[21] Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1970, pág. 118.

el resultado de toda la operación: el mando de la sociedad" [22].

Cuanto más se organizan los partidos, tanto más la propaganda y la llamada "máquina política", cuya génesis algunos atribuyen al americano Martín van Buren, contribuyen a asegurar la elección. El parlamento ya no es más una asamblea soberana donde hombres independientes y distinguidos comparan opiniones libres, llegando a una decisión razonable; ya no es más que una cámara de compensación, donde los partidos comparan entre sí sus paquetes de votos. Cuanto más poderosa sea la máquina, tanto más disciplinados son los votos y menos importancia tiene la discusión. Con punzante estilo nos señala Bertrand de Jouvenel, que ésta no afecta ya al escrutinio; los golpes sobre los escaños hacen de argumentos; los debates parlamentarios no son ya la academia de los ciudadanos, sino el circo de los papanatas. La máquina ha comenzado a alejar a las inteligencias y a los caracteres. Ahora éstos se alejan espontáneamente. El tono y el aire de la asamblea va bajando de diapasón y pierde toda altura [23].

Conteste con dicho pensamiento, escribía aquél que fue calificado por un distinguido tratadista argentino como uno de los fundadores de la ciencia política, Lord James Bryce, al finalizar la primera guerra mundial: "El talento oratorio, el tono y las maneras han desaparecido; los ciudadanos más capaces se muestran cada vez menos dispuestos a formar parte de la legislatura: los periódicos acortan la relación de los debates parlamentarios, debates en los que el pueblo se interesa cada vez menos; la calidad del miembro del Parlamento no inspira ya ningún respeto y finalmente, por una razón u otra, las Cámaras no gozan ya de la consideración del público" [24].

¿Guarda semejanza el cuadro descripto, con nuestra cercana experiencia político-institucional? El enfermo estaba grave. ¿Es temerario aventurar que el cuerpo representativo de la Nación no cumplió con el sagrado deber de velar por los supremos intereses de ésta cuando en mayo de 1973 votó por unanimidad una ley de amnistía irrestricta, algunos de cuyos beneficiarios, luego, en vesánica apología del crimen, se vanagloriaron del asesinato de un ex primer magistrado de la República? Conocemos las explicaciones que varios de los integrantes del cuerpo ensayaron con posterioridad. No nos convencen. La violencia que sedicentemente pretendieron apagar con ese acto, volvió a encenderse luego, con mayor fragor aún. Se nos dirá que no puede enjuiciarse un sistema por un hecho, pero, ¿el desarrollo posterior de los actos que directamente incumbían al cuerpo representativo, salvo las dignas excepciones —que las hubo—, mejoró en el trayecto que culminó cuando, anarquizados los grupos, corroídos por la demagogia y la obsecuencia los más, no supieron o no quisieron dar la solución que, prevista por nuestra Constitución, el país más que pedir, exigía para salvaguardar su identidad nacional, amenazada de disolución? ¿No recordó alguien en esos momentos las palabras que el poeta, con precisión, colocó en boca del sombrío príncipe de Dinamarca y que, hecha la necesaria trasposición de tiempo y lugar, dicen que "algo olía a podrido en la Argentina"?

Dijimos que el enfermo estaba grave. Es necesario entonces la cirugía mayor. Hundamos el escalpelo acerado del doctrinario francés quien nos informa que fundada en una psicología empírica, la máquina reduce a la nada y al ridículo las pretensiones de la filosofía política. Divisas absurdas, pero bien rimadas y que se repiten con gusto; canciones que exaltan a los "amigos" y que se burlan de los "enemigos": esto es lo que hace falta. Eso y un poco de doctrina, pero muy poca, reducida a simples frases. Y continúa: "Para los oficiales y suboficiales de la nave hay recompensas sólidas. Los largos y útiles servicios les valen, al fin, un puesto administrativo apropiado a su importancia, en el que les son permitidas algunas sustracciones de fondo que no constituyan un escándalo excesivo. La atribución de estos puestos es tanto más cómoda desde el momento en que, según antigua tradición, muchos puestos son electivos, y en cuanto a los otros, es usual revocar a los titulares colocados allí por el partido vencido, ya que los «frutos de la victoria son para el vencedor»" [25].

[22] Bertrand de Jouvenel, *El poder*, Editora Nacional, Madrid, España, 1974, pág. 336.
[23] Bertrand de Jouvenel, ob. cit., pág. 340.
[24] James Bryce, *Las democracias modernas*, París, 1929, t. II, pág. 371.
[25] Bertrand de Jouvenel, ob. cit., pág. 338.

Biblioteca del Cuerpo Académico. UBA. Prof. Dr. Raúl Gioja.

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

¿Se cumple con uno de los más nobles deseos de los iniciadores de la democracia, cual es que las campañas electorales sean una época de educación popular por medio de la exposición controvertida de las tesis opuestas?

No se suscitará, en cambio, en favor propio la confianza, la esperanza, el amor, y contra el adversario la indignación, la cólera, el odio; lo cual conducirá al éxito, siendo éste tanto más completo cuanto el público aplaude un discurso que no comprende y patea la réplica del adversario. Para instruirle en su deber se le da ejemplo en la asamblea nacional misma. Lejos de despertar la capacidad ciudadana entre aquellos que no la poseen todavía, se procura extinguirla entre los que ya la tengan. Basados en su maquinaria de propaganda embrutecedora, que pulsa los resortes de la emoción y la irracionalidad; que reduce sus doctrinas a términos aún más sencillos y, por lo tanto, más falsos; que sobrepasa a sus adversarios en injurias, en mala fe, en brutalidad; que se hace con la presa apetecida y, una vez lograda, no la deja escapar: he aquí el totalitarismo.

Si hemos acentuado los aspectos negativos de "Tammany Hall" no ha sido por afán peyorativo o por disminuir la importancia que dentro del régimen democrático constitucional les cabe a los partidos políticos. Nada más lejos de nuestro ánimo. Muy por el contrario, mi intención al señalar los defectos es extirparlos, en la medida de lo posible, para no incurrir en los errores del pasado, en el cual los hechos significantes ocurridos han marcado indeleblemente al cuerpo social. Pasado del que, se ha afirmado recientemente desde una alta tribuna, nos separa una frontera de sangre. Pasado que no debemos olvidar. Que no queremos olvidar.

LA SELECCION DE LOS CANDIDATOS PARA OCUPAR LOS CARGOS ELECTIVOS

Cumpliendo con lo enunciado, creo llegado el momento de analizar una de las ya citadas funciones, quizá la esencial, que corresponde a los partidos: la designación de los candidatos para ocupar los cargos electivos.

Porque consideramos —y la realidad se ha encargado de demostrarlo— que los candidatos que se presentan ante el cuerpo electoral para que éste opte por alguno de ellos, no han sido escogidos entre los mejores por sus cualidades intelectuales o morales, es que propugnamos un sistema de selección de los candidatos. Ello es imprescindible para evitar que el hombre-masa, aquel de cuya rebelión nos alertara lúcidamente el pensador español, continúe como hasta nuestro reciente pasado ocupando los puestos dirigentes, desplazando de ellos a quien realmente debiera detentarlos: el hombre excelente, aquel que, conforme al pensamiento orteguiano, no está conforme consigo mismo, reconoce las limitaciones inherentes a la condición humana y pugna, en un esfuerzo que abarca toda su vida, por tratar de superarlas; por eso es el hombre en continua superación, en constante tensión por perfeccionarse: de allí que su ideal sea la vida esforzada, la vida exigente. En cambio, el hombre-masa no se exige nada, se contenta con lo que es y está encantado de sí mismo; carece de un "dentro", vacío de destino propio, no siente que existe sobre el planeta para hacer algo determinado e incanjeable; pero lo que es característico del momento, puntualiza Ortega, es que el alma vulgar, sabiéndose vulgar, tiene el denuedo de afirmar el derecho a la vulgaridad y lo impone dondequiera. Quien no sea como todo el mundo, quien no piense como todo el mundo, corre el riesgo, cuando menos, de ser apartado. En esta rebelión de las masas, el hombre-masa y las muchedumbres donde se acumula se creen autorizados a teorizar, opinar y juzgar sobre todo lo que antes estaba reservado a los más capaces. No hay cuestión de la vida pública donde no intervenga, ciego y sordo como es, imponiendo sus opiniones; el hombrecia de su propia limitación [26].

No olvidamos que el art. 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Alberto Rodríguez Galán en la ilustrada disertación que pronunciara en esta misma sala en noviembre del año pasado, nos aclara el concepto de idoneidad constitucional, es aptitud, y aptitud es poseer los conocimientos adquiridos que le otorguen al habitante o al ciudadano de la Nación en su caso, la seguridad de desempeñar el empleo con eficencia. El principio de igualdad consiste en posibilitar a todos la capacitación necesaria para esos fines, capacitación que debe acreditarse objetiva y no implícitamente... La idoneidad que requiere nuestra Constitución para la admisibilidad de los empleos, es ante todo y por sobre todo moral" [27].

Pues bien, dicha idoneidad que comprende de capacidad técnica y habilidad ética [28] es la que debe exigirse a aquellos que se postulen a los cargos electivos, para evitar que sean ejercidos —con la salvedad debido a los márgenes de error en los asuntos humanos— por incapaces, deshonestos, improvisados, mediocres o aventureros. Por eso Rodríguez Galán propuso la incorporación a la ley orgánica de los partidos políticos de una disposición que obligue a los candidatos a cargos partidarios a acreditar, como mínimo, haber cursado y aprobado estudios en la enseñanza media o su equivalente, y que análoga disposición deberá regir para poder integrar y proclamar públicamente las listas de candidatos para cargos electivos nacionales, cuyo registro y oficialización se solicite al juez electoral [29].

Adherimos sin reservas a las premisas del doctrinario argentino, y agregamos que, en nuestra opinión, todas las candidaturas a cargos electivos, que podrán presentar los partidos políticos o asociaciones reglamentadas por la ley respectiva, tendrán que someterse al control que, conforme a las pautas legales que se establecerán, llevará a cabo un organismo técnico y especializado —ajeno a todo partidismo— y que muy bien podría ser, ampliando su competencia, la justicia electoral.

Para las más altas dignidades nacionales y provinciales, senadores y diputados nacionales, gobernadores y vicegobernadores de provincia y presidente y vicepresidente de la Nación, los órganos superiores de la justicia electoral deberían integrarse, además de sus funciones de carrera, con eminentes personalidades de la Nación representativas de todos los órdenes componentes del cuerpo social: culturales, económicos, religiosos, científicos, militares, industriales, laborales, etc. Huelga decir que en estos casos a los requisitos mínimos enunciados, se les agregarán aquellos que se consideren necesarios conforme al cargo a cubrir, pero no se podrá dejar de lado la exigencia de haber desempeñado funciones más modestas con idoneidad y vocación republicana. Se lograría así que los candidatos debiesen acreditar un *"cursus honorum"* a la manera de los senadores de la República Romana, lo que implicaría una doble ventaja: para los electores, de conocer la trayectoria y capacidad del candidato y para éste, de poder volcar en la función pública, con verdadera vocación de servicio, la experiencia acumulada.

INTEGRACION Y PARTICIPACION DE LOS INTERESES SOCIALES

Dijimos que la facultad de presentar candidatos para los cargos electivos también podía ser ejercida por asociaciones de todo tipo, que operen dentro del ordenamiento legal a establecerse. Puntualizamos ahora que dicha potestad debe quedar limitada a los cargos correspondientes a la función legislativa.

Entramos así en uno de los temas más debatidos por la moderna ciencia política y que quizá a mayores malentendidos se presta en la actualidad: la institucionalización de los "intereses sociales", llamada técnicamente "representación funcional".

Estamos persuadidos de la existencia de la "crisis" que afecta al sistema de la representación política, que quizás no sea más que un aspecto de la que Friedrich llamó "la perversión de la representación política en relación con el interés general", consistente dicha "perversión" en la intromisión de intereses particulares que han obstaculizado y hasta impedido el logro de la finalidad de "bien común" hacia el cual debe estar orientada la actividad gubernativa, basamento en el que se apoya la doctrina de la representación política.

No podemos dejar de considerar, por otra parte, que en toda sociedad global existen distintos grupos intermedio que surgen de la división del trabajo social, lo cual se traduce, a través del proceso de

[26] José Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, Espasa-Calpe Argentina, Bs. As.-México, 6ª edición, pág. 19.

[27] Alberto Rodríguez Galán, "El requisito de idoneidad para el ejercicio de la función pública representativa", conferencia pronunciada el 3/11/77 en la Facultad de Derecho de Bs. As., págs. 6 y 7.

[28] Germán J. Bidart Campos, *Las élites políticas*, Ediar, Bs. As., 1977, pág. 158.

[29] Alberto Rodríguez Galán, ob. cit., págs. 25 y 26.

Biblioteca del Gioja - UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

industrialización creciente, en una extraordinaria multiplicación y diversificación de tales grupos; quienes los integran tienen idéntico interés como consecuencia de desarrollar la misma actividad y es en defensa de ese interés que intervienen en la vida política. Estimamos entonces necesario otorgar a dichos grupos intervención franca y directa en la acción de gobierno a través de su integración en la función legislativa.

Porque creemos, con Alexis de Tocqueville, que el pluralismo social es soporte del político, y que el desmoronamiento del primero significará el fin inevitable del segundo; alentamos la formación de toda clase de asociaciones espontáneas, con propósitos diversos, con considerable grado de autonomía y sin ingerencia estatal. De tal manera esta capa intermedio entre el Estado y el individuo dará protección a éste contra los abusos del primero.

En ese lúcido análisis de la vida política norteamericana que constituye su obra señera, nos dice Tocqueville: "Independientemente de las asociaciones permanentes creadas por la ley bajo el nombre de comunas, condados y ciudades, hay una gran cantidad de otras más que no deben su existencia y su desarrollo sino a las voluntades individuales. El habitante de los Estados Unidos aprende desde su nacimiento que hay que apoyarse sobre sí mismo para luchar contra los males y las molestias de la vida; no arroja sobre la autoridad social sino una mirada desconfiada e inquieta, y no hace un llamamiento a su poder más que cuando no puede evitarlo... En los Estados Unidos asócianse con fines de seguridad pública, de comercio y de industria, de moral y religión. Nada hay que la voluntad humana desespere de alcanzar por la acción libre de la potencia colectiva de los individuos" [30].

Favoreciendo el desarrollo de las asociaciones y permitiendo su representación, ampliamos y democratizamos el ámbito político, al permitir una mayor participación de los integrantes de la comunidad política en los asuntos públicos. Sabemos que el gozo de la felicidad pública y las responsabilidades por los asuntos públicos son compartidos por aquellos pocos hombres de todos los grupos sociales que tienen el gusto por la libertad pública y que no pueden sentirse "felices" sin ella. Juzgamos, con Hannah Arendt, que desde un punto de vista político, éstos son los mejores y constituye la tarea de un buen gobierno y la señal de una República bien ordenada asegurarles su puesto en la esfera pública [31].

Y si he empleado la expresión "felicidad pública" lo he hecho en el sentido que le otorgaban los doctrinarios norteamericanos del siglo XVIII, plasmado en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776, que enumeraba, entre los derechos inherentes del hombre, el de "... perseguir y obtener la felicidad" (Sec. II) y que consistía en el derecho que tiene el ciudadano de acceder a la esfera pública, a participar del poder público, a ser "partícipe en el gobierno de los asuntos", según la notable frase de Thomas Jefferson [32]; aquello que nos enseña Sófocles, por boca de Teseo, que es lo que podía dar esplendor a la vida: la *polis*, el espacio donde se manifiestan los actos libres y las palabras del hombre; lo que hace decir a René Char en nuestra época, que la liberación de la ocupación alemana y el fin de la guerra lo harían volver a la "depresión estéril" de los años anteriores a ella, porque ya no podría ocuparse de los asuntos públicos: "Si sobrevivo, sé que tendré que prescindir de la fragancia de estos años fundamentales, que tendré que renunciar a mi tesoro" [33].

Señalamos ya nuestra convicción de la necesidad de partidos vigorosos y orgánicos para el funcionamiento de la democracia constitucional. Conocemos también el desarrollo autocrático de los regímenes donde se reemplazó la representación política por esa especie de la representación funcional llamada corporativismo, aunque no podemos dejar de mencionar que no están exentos, ni mucho menos, de los peligros del totalitarismo, los regímenes de representación política exclusiva. Por eso, y como ya lo afirmáramos en otra oportunidad, consideramos que, a fin de mejorar el funcionamiento político de las sociedades pluralistas actuales, es necesario insertar en las mismas alguna forma de participación de los intereses sociales que se manifiestan en ellas dándoles cabida en la toma de decisiones, sin pretender sustituir de tal manera las estructuras políticas que hacen a la legitimidad del sistema. Deploramos, en consecuencia, que el gobierno que asumiera en 1973 dejase de lado el intento que en tal sentido habíase puesto en marcha con la creación por ley 19.569 de abril de 1972, del Consejo Económico y Social.

Sin perjuicio del valor que debe atribuirse a este organismo como órgano consultivo, conceptuamos que no es suficiente para obtener la integración que propiciamos. Ella debe instrumentarse, como presupuesto básico, en la participación de estos grupos sociales en el quehacer legislativo, integrando con voz y voto las comisiones en que se dividen las Cámaras del Congreso. No sabemos qué conformación tomará el Poder Legislativo del futuro, y según su desarrollo, podrá adecuarse esta participación, incluyendo la separación en distintas salas o asambleas, conforme a las competencias especificas que se les atribuyan. De tal manera se consultará el interés general, encarnado en la representación política, que deberá conservar mayoría cuantitativa en las Cámaras, y los intereses sectoriales caracterizados, para que de la confrontación y discusión de las tesis expuestas resulte la necesaria aproximación al bien común.

Consideramos asimismo beneficioso para la democracia constitucional la participación de los grupos de interés en el proceso gubernamental para conjugar el poder del que fácticamente disponen con la responsabilidad de la toma de decisiones, tratando de evitar con ello que estos grupos ejerzan lo que Linares Quintana ha llamado "un verdadero gobierno invisible, y como tal irresponsable y clandestino, al margen de las instituciones creadas y delimitadas por la Constitución" [34].

Sin dejar de reconocer que la idea de la institucionalización de los grupos pluralistas se encuentra desvalorizada con motivo de su utilización por regímenes autocráticos y aún totalitarios para ejercer un control más férreo sobre los destinatarios del poder, con espíritu constructivo y buena fe debemos propender a ello ya que la libertad de las fuerzas pluralistas, de los partidos políticos, no menos que de los grupos de interés, es el problema fundamental con el que se enfrenta el arte de la política en la segunda mitad del siglo XX [35].

Y de que ello es así, lo testimonian los distintos procedimientos utilizados para dicha integración, desde los citados Consejos Económico-Sociales hasta la ley federal de Estados Unidos dictada en 1946, regulatoria de la actividad de los "lobbysts", pasando por el Senado del Eire y por el sistema de Suecia —y en menor grado de Suiza—, en que los grupos de interés son oficiales y aunque sin una regulación legal expresa están incorporados al proceso de decisión política, ya que los diferentes consejos y comités en los que están representados los grupos de interés y los ministerios del gobierno se ocupan de la elaboración común de los proyectos legislativos, siempre y cuando los grupos de interés sean afectados por las medidas en cuestión. La fama de Suecia de ser un modelo de democracia pluralista se basa en el hecho de que las organizaciones pluralistas más importantes —empresarios, industria, agricultura, profesiones libres y aún la Iglesia— participan igualmente en la preparación de la legislación. El subsiguiente proceso parlamentario pone tan sólo el sello oficial a las leyes que anteriormente fueron acordadas entre el gobierno y los grupos pluralistas [36].

Y en esta sucinta revista no podemos dejar de mencionar el original antecedente que nos señala nuestra historia constitucional, cuando en la primera mitad del siglo pasado la Constitución de 1819 en su art. 10 estatuía que el Senado estaría formado por senadores de las provincias, cuyo número era igual al de éstas, y además, tres senadores militares, un obispo y tres eclesiásticos, un senador por cada Universidad y el Director de Estado concluido su término.

[30] Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México-Bs. As., 1963, pág. 206.

[31] Hannah Arendt, *Sobre la revolución*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, España, 1967, pág. 292.

[32] Thomas Jefferson, Carta a Joseph C. Cabell del 2/2/1816, citado por H. Arendt, ob. cit., pág. 137.

[33] René Char, *Feuillets d'Hypnos*, París, 1946.

[34] Segundo V. Linares Quintana, ob. cit., t. II, pág. 413.

[35] Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1964, pág. 467.

[36] Karl Loewenstein, ob. cit., pág. 437.

Biblioteca del Gioja. UBA. Archivo académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

NECESIDAD DE CONTROL PROGRAMATICO

Como complemento necesario de la selección de los candidatos y la integración de las fuerzas pluralistas, consideramos ineludible, a fin de defender la democracia constitucional, establecer recaudos legales que impidan la participación en la competencia por ejercer el poder político, de los partidos o asociaciones que contradigan, sea abiertamente o bajo conceptos eufemísticos, el *telos* ideológico de nuestra Constitución, aquello que una parte de la doctrina menciona como los contenidos pétreos de nuestro ordenamiento fundamental: el federalismo como forma de estado, la democracia constitucional como forma de gobierno, la justicia como premisa para la consecución del bienestar general y la filosofía política de la libertad como pauta para salvaguardar la integridad física y moral, así como la dignidad esencial de todos los gobernados [37].

Ya la ley 16.652, que promulgaba el estatuto orgánico de los partidos políticos, establecía en el art. 3º, inc. b) que la doctrina de aquéllos debía propugnar expresamente el sostenimiento del régimen democrático, representativo y republicano, y el de los principios y fines de la Constitución Nacional.

Deben mantenerse las exigencias de tales disposiciones en el futuro ordenamiento legal, y facultarse a la autoridad de aplicación no solamente a denegar la autorización para el funcionamiento del partido o asociación que viole en su carta orgánica dichas prescripciones, sino que debe autorizársela a declarar la disolución de los mismos en caso que en los hechos actúen quebrantando los principios constitucionales, con prohibición absoluta a sus miembros de ejercer funciones gubernamentales. Juzgamos un deber de la democracia constitucional usar métodos preventivos para evitar que aquellos que expresa o implícitamente propugnan su destrucción, puedan acceder a funciones estatales. Se ha dicho que la democracia es generosa porque es el único sistema que acepta a quienes no la aceptan. Es generosa sí, pero no debe ser suicida.

[37] Germán J. Bidart Campos, *Manual de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Bs. As., 1975, pág. 33.

Y NUEVAMENTE, LA LUCHA CONTRA LEVIATHAN

Señores:

Hemos aportado algunos conceptos que consideramos fortalecerán nuestra futura democracia constitucional: ella necesita del pluralismo y de los partidos políticos, pero revitalizados, vigorosos y que permitan la manifestación de los mejores, de los hombres excelentes. Si ello no se cumple y continúa en la tendencia a formar lo que R. Capitant llamaba "máquinas de pensar en común", un grupo, obedeciendo a una orden si se ha prestado juramento a su jefe, conformando entonces la muerte del pensamiento, continuará el proceso de desvalorización en que han caído y se profundizará la tendencia a que sean reemplazados como intermediarios político, pues creemos, conforme lo explica Loewenstein con respecto a las Constituciones nominales, que una de las maneras más precisas de erosionar una institución es no observar en los hechos el cumplimiento de sus postulados, con lo cual éstos quedan convertidos en lo que en jerga lasallana se denominan simples "hojas de papel".

Nuestras propuestas no son las únicas ni configuran, ciertamente, un sistema integral. Son simples sugerencias, abiertas al debate científico y de buena fe que debe privar entre los hombres de buena voluntad. Si con ellas puede perfecionarse nuestra democracia constitucional, enhorabuena; lo que hemos visto hasta ahora se ha acercado peligrosamente a lo pésimo; ensayemos nuevos caminos; quizás sean menos malos.

Pero no dudamos que lo que debe robustecerse en grado eminente, por constituir el basamento de la democracia constitucional, es la "virtud política" —que ya señalara Montesquieu como el elemento informante de la República— conjugada con la "virtud moral". La democracia, escribió Aranguren, no es *status* en el que pueda un pueblo cómodamente instalarse. Es una conquista ético-política de cada día que sólo a través de una autocrítica siempre vigilante puede mantenerse. Es, como decía Kant de la moral en general, una tarea infinita en la que, si no se progresa, se retrocede, pues incluso lo ya ganado ha de reconquistarse cada día. La democracia, como forma institucionalizada de moralización del Estado, no es nada fácil de hacer durar [38]. Por lo tanto, ya nos alertaba Estrada que ninguna forma política reclama una moralidad tan severa como la democrática, y asimismo Ferrero, quien nos pusiera en guardia contra los revolucionarios, esos "taumaturgos irresponsables", señalaba que la base fundamental de la subsistencia de un régimen democrático, se encuentra en el cumplimiento de ciertas virtudes morales: "corrección, lealtad, tolerancia, sinceridad; en suma, *fair play*" [39].

Allí debe verse la verdadera crisis que abate a nuestro mundo; la crisis política que aflige a la humanidad no es sino la exteriorización en el ámbito institucional de la profunda crisis de orden ético y espiritual que carcome al mundo. Comenta Bertrand Russell que sin moralidad cívica las comunidades perecen [40] y nos ha prevenido recientemente un conspicuo exiliado ruso de que "hemos vuelto la espalda a lo espiritual y abrazado cuanto hay de material con afán desenfrenado. Esta nueva manera de pensar, que ha impuesto sobre noostros su tutela, no admite la existencia de mal intrínseco en el hombre ni cifra empresa más alta que la de conseguir la felicidad en la Tierra. Coloca los cimientos de la civilización moderna en la peligrosa tendencia hacia el culto del hombre y de sus necesidades materiales... Hemos recifrado demasiadas esperanzas en las formas políticas y sociales, tan sólo para darnos cuenta de que nos estaban despojando de nuestra posesión más preciosa: nuestra vida espiritual... Esa es la verdadera crisis" [41].

Hemos comenzado nuestra disertación señalando cómo el amor al poder guía al hombre a su perdición. La democracia constitucional pretende protegerlo contra ese peligro, pero reclama de él una dura presión sobre sí mismo, exigiendo del ciudadano un constante esfuerzo, que acredite en el fondo una inspiración "heroica" y todo lo contrario de epicúrea.

¿Se emprenderá ese camino? Hoy hemos analizado el perfeccionamiento de algunas técnicas para su concreción. Estimamos que ello es indispensable en esta época en que por doquier renace en el mundo ese "gran animal de cuerpo enorme y pequeñísima cabeza" que no puede ya removerse sin aplastar algo, ese gigante Leviathan que parece acentuar el sarcasmo de su extraña sonrisa. ¿Ningún nuevo Teseo exterminará al moderno minotauro? No lo sabemos, pero debemos insistir en la lucha contra el Poder, lucha del espíritu contra Leviathan, lucha, como el mar, siempre recomenzada. Esfuerzo en el que debemos persistir para no olvidar lo que la filosofía oriental nos trasmite en este breve pasaje de la vida de Confucio, pleno de un sentido trascendente: "Al pasar junto al monte Thai, Confucio avanzó hacia una mujer que lloraba amargamente junto a una tumba. El Maestro se apresuró y llegó rápidamente hasta ella; entonces envió a Tze-lu para que la interrogase. "Tus lamentos —le dijo— son de quien ha sufrido un dolor tras otro". Ella replicó: "Así es. Una vez el padre de mi marido fue muerto aquí por un tigre. Mi marido fue también muerto y ahora ha muerto mi hijo del mismo modo". El Maestro dijo: "¿Y entonces porqué no dejas este lugar?". La respuesta fue: "Aquí no hay un gobierno opresor". El Maestro dijo entonces: "Recordad esto hijos míos: el gobierno opresor es más terrible que los tigres".

[38] José Luis L. Aranguren, *Etica y política*, Obras, Ed. Plenitud, Madrid, 1965, pág. 102.
[39] Guglielmo Ferrero, *El poder*, Ed. Sudamericana, Bs. As., 1947.
[40] B. Russell, cit., por Linares Quintana, ob. cit., t. II, pág. 627.
[41] Alexander Solyenitsin, Conferencia pronunciada en la Universidad de Harvard, 1978, publicada en *La Nación* del 30/7/78, 3ª Sección, pág. 6.

Biblioteca del Gioja. UBA
acervo académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

Dr. CARLOS COLAUTTI
Profesor Adjunto Interino de Derecho Constitucional I.

La idoneidad de los funcionarios de la administración como característica del sistema republicano

Deseo iniciar esta conferencia del ciclo "Supervivencia de nuestra democracia" haciendo mías palabras vertidas por mi presentante, en este mismo ciclo, el año pasado, el día 3 de noviembre. Dijo el Dr. Alberto Rodríguez Galán: "Tiene esta participación un sentido de compromiso y de servicio en su más alta expresión. De servicio para con nuestros alumnos a quienes debemos lo mejor de nosotros mismos. De servicio para nuestros conciudadanos porque hemos adoptado una disciplina que nos ha exigido esfuerzo, equilibrio y prudencia. Finalmente esta participación tiene un sentido de compromiso y de servicio para con el país, porque a él nos debemos, y porque en él debemos realizarnos para ofrecer a la generación que nos suceda testimonio de lo que hemos sido capaces de hacer para alcanzar su grandeza, dentro de un estilo de vida compatible con nuestra tradición de hombres iguales y libres."

Una aproximación aún esquemática a este tema nos hace advertir dos circunstancias. En primer lugar la extrema tensión que existe en la materia entre el deber ser normativo y la realidad fáctica. En segundo lugar y enlazado con esto, la profundidad, con que las prácticas del Estado y la aplicación administrativa de las normas pueden desvirtuar criterios constitucionales.

Si, de alguna manera, siguiendo a Toynbee entendemos que Occidente en "nuestra época vive bajo el dominio de un sistema político al que llamamos democracia como abreviatura de gobierno representativo, parlamentario responsable, en un estado nacional independiente", es evidente que el cumplimiento del requisito de idoneidad como presupuesto para el ejercicio de la administración de los negocios públicos es un elemento imprescindible para la supervivencia de la democracia.

El tema que nos preocupa presenta dos fases: el requisito de idoneidad para la admisión y el derecho a estabilidad para aquellos que han acreditado idoneidad. Y es evidente que ambos temas están interrelacionados, puesto que si el Estado ajusta los criterios de admisión se incrementarán las posibilidades de permanencia de aquellos que hayan mantenido la idoneidad acreditada en ocasión de su ingreso.

Quiero retomar aquí el hilo de una idea que ha desarrollado Ernesto Palacio en su *Teoría del Estado* sobre el carácter de las estructuras gubernamentales. Entiende que toda democracia debe contar para su correcto funcionamiento con un grupo sólidamente preparado, capaz de manejar el aparato del Estado y llevar a cabo las políticas trazadas por la conducción. Es en este sentido que acuña el concepto de regímenes mixtos, es decir, una democracia que cuenta con una élite dirigente. En otras palabras y utilizando un pensamiento de Bidart Campos, las élites siempre deben existir. Cuando decimos, en un lugar y momentos dados, que ellas no existen, simplemente queremos describir que la que existe no cumple adecuadamente sus funciones. Siempre y necesariamente, en una estructura democrática existe un grupo más o menos extenso que acompaña a los más relevantes detentadores del poder.

Tengo la convicción de que, por múltiples motivos que estimo innecesario describir, el momento presente es uno de los más adecuados para que el Estado, sin pérdida de tiempo y sin pausa, reforme las prácticas sobre admisión en los cargos y empleos públicos de tal modo que se asegure el cumplimiento del requisito de idoneidad dictando las reglamentaciones mínimas y haciéndolas cumplir, para que, luego de un período más o menos extenso de estricta observancia se sancione la legislación de fondo necesaria.

Una vez que se cumplan cabalmente los criterios constitucionales para la admisión ésta será la mejor salvaguardia para la efectiva observancia de la garantía de estabilidad en el empleo público. Entiendo, en concordancia con la posición sustentada por Rafael Bielsa, que los procedimientos que el Estado emplea para reclutar, preparar o requerir los funcionarios administrativos son materia de la ciencia de la administración, pero sus problemas deben ser vistos a la luz del derecho constitucional.

A pesar de que la sinonimia entre funcionarios y empleados es duramente criticada en nuestra doctrina y que considero más correctos los agrupamientos que reconceptan los estatutos que rigen la carrera administrativa, es decir, la distinción entre personal superior, profesional, de maestranza, etc., quiero advertir que a efectos del enfoque constitucional y dado que el texto de la carta no realiza distinciones, utilizaré estos vocablos, funcionario y empleado, indistintamente.

Diversos principios constitucionales se hallan en juego en el problema de la admisión. No sólo el requisito de la idoneidad del artículo 16, sino también —como lo advierte Bartolomé Fiorini y veremos más adelante— el principio constitucional de la moralidad administrativa.

El artículo 16 de nuestra Constitución tiene sus antecedentes mediatos en el derecho revolucionario francés y sus inmediatos en el derecho patrio.

En el inciso 1º de las Disposiciones Fundamentales de la Constitución francesa de 1791 se afirma "La Constitution garantit comme droits naturels et civils: 1º Que tous les citoyens sont admisibles aux places et emplois, sans autre distinction que celle des vertues et des talents".

El principio, con otro desarrollo se reitera en la Constitución de 1793 (art. 5º) "Tous les citoyens sont egalement admisibles aux emplois publics, les peuples libres ne connaissent d'autres motifs de preference, dans leur elections que les virtues et les talents".

En la Constitución Argentina de 1826 aparece de la siguiente forma, concordante con la última parte del artículo citado y vinculado con la igualdad republicana (art. 180) "A ningún hombre o corporación se concederán ventajas, distinciones o privilegios sino los que sean concedidos a la virtud y los talentos". Es decir, que en el derecho patrio, desde sus orígenes, el principio se interpreta vinculado a la igualdad civil y por tanto, no como derecho exclusivo de los ciudadanos, tal cual aparece en el derecho francés, sino de todos los habitantes.

El artículo 10 de la Constitución republicana de 1848, que traduzco literalmente, es más semejante a nuestro texto actual: "Todos los ciudadanos son igualmente admisibles a todos los empleos públicos sin otro motivo de preferencia que su mérito y de acuerdo con las condiciones que serán fijadas por las leyes."

Alberdi en el acápite de los derechos "De igualdad" propone en el artículo 17 del Proyecto: "La ley no reconoce diferencia de clase ni persona. No hay prerrogativas de sangre ni de nacimiento, no hay fueros personales, no hay privilegios, ni títulos de nobleza. Todos son admisibles a los empleos. La ley civil no reconoce diferencia de extranjeros y nacionales".

De estos antecedentes surge el artículo 16 del Proyecto elaborado por la Comisión Redactora de la Constitución Nacional. Dicho texto se aprobó por mayoría en la sesión del 25 de abril de 1853. La discu-

La presentación del disertante fue efectuada por el Dr. Atilio J. Barneix.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

sión no se centró, desde luego, en el párrafo referente a la admisión de los empleos, sino en la supresión de los fueros eclesiásticos establecida por la primera parte del artículo. Más tarde un texto idéntico al de 1853 fue aprobado por unanimidad y sin discusión por la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires y por la Convención Reformadora de 1860.

Pero, como hemos dicho, en nuestro sistema el principio de admisión del artículo 16 está enriquecido por el artículo 19 que incluye a la moralidad administrativa como precepto constitucional.

El artículo 19 de la Constitución afirma dos principios, el de reserva y el de legalidad. "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden o a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe".

Las fuentes de este dispositivo se encuentran en los primeros momentos del desarrollo de esa magnífica construcción racional que hoy denominamos constitucionalismo. En efecto, ya en el *Espíritu de las Leyes*, en el libro XI, capítulo IV, Montesquieu después de afirmar el principio de que para que no haya abuso de poder es necesario que el poder controle al poder, acuña el axioma de que "una constitución debe ser tal que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda ni a no hacer lo que la ley no prohíbe".

Este principio fue incluido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano con el siguiente desarrollo: "La ley no tiene el derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena."

Este precepto que pertenece indudablemente al derecho francés, puesto que no se encuentra, por lo menos en la letra, en ninguna de las Declaraciones de América del Norte, fue adoptado en los documentos constitucionales anteriores a la Carta de 1853 con una fórmula en la cual se establecía "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden público ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados". Con esta redacción la encontramos en el Estatuto Provisorio de 1815, el Reglamento de 1817 y las Constituciones de 1819 y 1826, en las que la influencia del pensamiento doctrinario francés tuvo particular relevancia.

Esta fórmula fue también la que propuso la Comisión redactora de la Constitución de 1853. No obstante, en la sesión del 25 de abril al tratarse el proyecto, el convencional Pedro Ferré propuso que en vez de decir "al orden público" se incluyera "a la moral y al orden público". Con esta adición, el principio de reserva se cristaliza en nuestro derecho con un contenido más rico que en sus antecedentes nacionales y del derecho francés.

Este precepto, como bien lo observa Bartolomé Fiorini, limita la actividad individual ante valores que por ser patrimonio de la colectividad se presuponen como superiores. La moral pública, en nuestro sistema es uno de ellos y el princípio cubre, desde luego, la moral administrativa y en este sentido actúa también como directiva de interpretación o afirmación del requisito de idoneidad. Entiendo, por tanto, que su comprobación como requisito previo al acceso al cargo está exigida por la moral pública, dado que la idoneidad de acuerdo con el principio constitucional es el resultado de los méritos personales, con exclusión de prerrogativas o fueros.

Si revisamos la teoría de nuestros constitucionalistas clásicos, Joaquín V. González, Estrada, Rivarola, advertimos que para ellos el requisito de la idoneidad significa la abolición republicana de un privilegio aristocrático. En el mismo orden de ideas, Bielsa, en 1937, expresaba que este concepto constitucional sustituyó al de lealtad propio del feudalismo y debía sustituir al de caciquismo político, que entendía vigente en ese momento. El Estado moderno —agregaba— no tiene libertad de elección de sus agentes, pues éstos deben reunir condiciones de carácter jurídico y moral. Estas condiciones importan una limitación de las facultades de la administración establecida en su propio interés.

En el Estado moderno, estas condiciones se determinan según los principios de igualdad y democracia que rigen la organización política. Todo miembro de la sociedad tiene, en principio, derecho a intervenir en el gobierno de la misma, pero

en la Administración los requisitos o condiciones personales se determinan atendiendo al servicio que es el objeto y fin de la función.

La Constitución consagra el principio de la igualdad civil; consecuencia de ello es la igualdad ante la ley. Este principio jurídico político y social garantiza, como afirma Joaquín V. González, un derecho republicano que es "la natural aspiración de los ciudadanos a tomar parte en la administración de los negocios públicos".

La única condición general que la Constitución exige es la idoneidad, es decir, un presupuesto para garantizar el cumplimiento de los deberes de la función pública. Ella no se presume, debe probarse de acuerdo con las formas legales, que deben prevalecer sobre las facultades discrecionales de la autoridad que considera o juzga la idoneidad.

Este requisito, así como la estabilidad, desde el punto de vista jurídico, significan reconocer la existencia de un principio fundamental en todo Estado de derecho: la juricidad de los actos administrativos como forma de desterrar la arbitrariedad. Por eso, la idoneidad debe significar una valla contra la admisión fundada en cualquier razón que no sea estrictamente de carácter técnico adminitrativo.

Quiero recordar el criterio de Linares Quintana, que afirma que "la idoneidad es requerida por la ley suprema para toda clase de servicio u ocupación, ordinaria o extraordinaria, permanente o transitoria en la administración pública, desde la más modesta hasta el Presidente de la República". El requisito es genérico para todos los cargos y empleos, las distinciones se realizan exclusivamente con referencia a los medios para acreditar la idoneidad.

En este sentido será preciso deslindar entre idoneidad para cargos electorales, idoneidad político-administrativa e idoneidad técnico-administrativa.

No me referiré sino muy brevemente al tema de la idoneidad para los cargos electorales, pues éste fue ya desarrollado, con excepcional versación y brillantez en este mismo ciclo, por el Dr. Rodríguez Galán.

En estos cargos, la idoneidad reviste características específicas, dado que los requisitos mínimos positivos y negativos están establecidos por las constituciones nacional y provinciales y por la legislación complementaria. Algunas de las posibles soluciones han sido aportadas en la disertación citada y otras, también en este ciclo, fueron propuestas por el profesor Luis F. Bollaert. Concuerdo plenamente con ellos en que a los efectos de dar cumplimiento cabal al concepto constitucional de idoneidad, la legislación deberá imponer requisitos más dificultados y específicos que aquellos contenidos por la legislación vigente en los últimos comicios.

Entiendo que, en última instancia, este es un problema de imaginación, prudencia y decisión de aquellos que han asumido el poder, pero debo afirmar que es también un deber inexcusable.

Cumplidos los requisitos que imponga la legislación y los que pueda proveer una más adecuada inteligencia del artículo 56 de la Constitución, que establece como privativo de cada Cámara el juicio sobre los derechos y títulos de sus miembros, el último juez de la idoneidad de los representantes reside en el principio de la soberanía popular contenido en el artículo 33 de la Carta.

Indudablemente, existen en la administración, cargos no electivos que son políticos y no técnico-administrativos. Respecto a ellos la adhesión a los principios y fines del grupo gobernante podría significar una condición para su más eficaz desempeño.

Estos cargos, ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, secretarios de la Presidencia y asesores del Gabinete, están correctamente determinados en nuestros instrumentos normativos de orden nacional.

En la provisión de ellos rige el principio de discrecionalidad del inc. 10 del artículo 86 de la Constitución y, desde luego, no están protegidos por la garantía de la estabilidad. La discrecionalidad, en este encuadre, tiene sus límites en el principio de la razonabilidad de los actos del poder administrador. La inobservancia del requisito genérico de idoneidad —necesario en todos los cargos y servicios de la administración— puede engendrar responsabilidad política de acuerdo con el artículo 45 de la Carta, pero, es materia que se encuentra fuera del control judicial, es decir, no justiciable.

No obstante, parece oportuno advertir que sería conveniente, en lo posible, restringir, aun dentro de este estamento po-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

lítico-administrativo, el número de funcionarios ajenos a la carrera, sobre todo en lo que se refiere a la categoría de asesores.

En los demás casos, el Estado, en cumplimiento de expresos criterios constitucionales, deberá proveer las medidas conducentes para que la mayor cantidad de cargos sean provistos por concurso.

El concurso, como bien lo advierte Bielsa, constituye una autolimitación administrativa respecto a la discrecionalidad en el reclutamiento y promoción. Esta limitación —puesta por el artículo 16— debe ser asumida por el poder administrador en la presente etapa de reorganización.

No sería conveniente que se reiteraran experiencias recientes, en las que las normas de ordenamiento del personal civil se sancionaron cuando el proceso militar se hallaba prácticamente agotado e inclusive estaba decidida la fecha de la transmisión del mando a las autoridades elegidas por medio del sufragio. Por otra parte, en estas dos experiencias, el Estado se limitó a normativizar, pero no creó prácticas ni antecedentes fácticos imprescindibles para la subsiguiente ordenación.

El artículo 3º del Estatuto de 1957 —que dispuso que el ingreso se efectuara por el puesto menor de la carrera— prácticamente no tuvo vigencia, pues su aplicación fue suspendida pocos meses después de su sanción por el decreto-ley 13.769/57 y fue derogado de hecho en forma definitiva por la ley 19.165. Por tanto, el poder administrador, ha asumido en nuestro sistema la facultad de efectuar discrecionalmente designaciones en todos los grados del escalafón. Este mismo fenómeno se ha reiterado en las jurisdicciones provinciales.

Si tenemos en cuenta la magnitud de las dotaciones de la administración pública en sus tres niveles, nacional, provincial y municipal, al que debemos sumar el personal de las empresas y entes autárquicos y descentralizados y el elevado porcentaje del Producto Nacional generado por el Estado, esta discrecionalidad del Estado aparece como una lesión arbitraria y no razonable al requisito contitucional de la idoneidad.

Aún aquellos agentes que no forman parte de los cuerpos estables como son los regidos por contratos especiales y el personal superior de las empresas del Estado, deben ser admitidos en sus empleos sobre la base del antecedente del concurso.

En nuestro país, en general, la idoneidad en el momento de la admisión se ha presupuesto. De allí la institución del período de prueba que contempla los distintos Estatutos. Este principio debe ser revertido. Es necesario establecer la comprobación previa de la idoneidad mediante concursos en los diversos niveles.

Así entendido el requisito constitucional, que es una consecuencia de la garantía de la igualdad y de la forma republicana de gobierno, debe ser exigido para cubrir todos los empleos de la administración pública y empresas y entes autárquicos y descentralizados. Es necesario en consecuencia distinguir la garantía constitucional de la estabilidad que está restringida a un número menor de empleos, con el requisito de idoneidad que debe ser acreditado para el acceso a todos los cargos.

Expresé con anterioridad, que el acabado respeto de la garantía de estabilidad está íntimamente interrelacionado con las condiciones para la admisión.

En los hechos, casi desde el mismo momento en que se dictó el Estatuto para el personal civil de la administración pública, norma pocos meses anterior a la reforma constitucional de 1957, se ha sucedido, casi sin interrupción, en todas las jurisdicciones, regímenes de excepción, prescindibilidad, disponibilidad y puestas en comisión.

En el orden federal se manifiesta de inmediato un desconocimiento paulatino, pero siempre creciente de las normas garantes de la estabilidad. En mayo de 1958, tres meses más tarde del decreto reglamentario del Estatuto, comienzan las excepciones al régimen de estabilidad para diversas reparticiones, Municipalidad de Buenos Aires, Dirección General Impositiva, Administración Nacional de Aduanas. Finalmente en enero de 1959 se faculta al poder ejecutivo para reducir funciones o empleos en la administración central, organismos descentralizados, empresas del estado y obras sociales, prescindiendo del personal "en la medida que sea neceesario" (art. 13, ley 14.749-19-A-35).

En los presupuestos nacionales para los ejercicios 1960/61 y 1961/62 se autoriza al Poder Ejecutivo para prescindir del personal, reducir empleos y suprimir funciones, por motivos de racionalización administrativa o necesidad de realizar economías. Finalmente en julio de 1967 se establece un régimen de prescindibilidad amplio por motivos de "transformación racional-administrativa" o de "ponderación de las aptitudes personales del agente".

Este régimen de inestabilidad, prescindibilidad o control de la idoneidad con posterioridad a los nombramientos, se ha prorrogado sin interrupción hasta la fecha. La norma hoy vigente es la ley 21.274 del 29 de marzo de 1976 que sin eufemismos autoriza ampliamente a "dar de baja al personal por razones de servicio".

Es decir que rige desde hace once años, sin interrupción, un régimen de inestabilidad que en los hechos ha suprimido la carrera administrativa. Durante estos años el Estado ha dimensionado, redimensionado, e intentado racionalizar sus cuadros, sin que podamos afirmar que el proceso de fondo se haya aún iniciado.

Este lapso de once años perdido en marchas y contramarchas es el mismo transcurrido —por ejemplo— en nuestra historia desde el triunfo de Caseros hasta la completa organización de los tres poderes de la República cuando el 15 de enero de 1863 el Presidente Bartolomé Mitre toma juramento a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Durante un lapso equivalente, el estado en los últimos años no ha logrado poner en marcha un proceso durable de organización administrativa y de observancia paulatina del requisito de idoneidad.

Dentro de este marco de referencia, la Corte Suprema, revocando en muchos casos criterios de Tribunales inferiores, ha realizado una extensa construcción jurisprudencial, que sin duda ha tenido que contemplar la realidad vigente en la estructura de la administración.

La doctrina de la Corte se ha basado fundamentalmente en dos principios susceptibles de ampliar las facultades del Ejecutivo. Primero la aserción de que "no son materia justiciable, ni la revisión de la política administrativa, ni la ponderación de las aptitudes personales de los agentes". "Tanto en una como en otra hipótesis juegan apreciaciones que escapan por su naturaleza al poder de los jueces". Esta discrecionalidad en materia de medidas que posibilitan prescindibilidades ha quedado mitigada por el principio de que "la declaración de prescindibilidad no puede encubrir una medida disciplinaria de cesantía con omisión del sumario donde se acrediten los cargos y en el que medie oportunidad adecuada para ejercer el derecho de defensa".

Segundo, desde las primeras leyes que autorizaron al Poder Ejecutivo a prescindir de agentes públicos sin que medien motivos disciplinarios, la Corte ha declarado, en forma reiterada, la constitucionalidad de estas normas y convalidó las medidas tomadas, siempre que mediara una adecuada compensación para el agente separado de su cargo. "Razones de un buen gobierno —ha afirmado— impiden calificar dicho resarcimiento como reglamentación arbitraria del derecho a la estabilidad".

Es decir que la Corte ha interpretado que el dispositivo del artículo 14 bis de la Constitución garantiza la estabilidad denominada impropia, o sea que la cesantía queda subsanada con el pago de una adecuada compensación. Esto implica entender que la estabilidad del agente público tiene la misma naturaleza que las de los agentes de la actividad privada.

Pienso, por el contrario, que es necesario insistir sobre las profundas diferencias que existen entre ambas instituciones y el peligro que para el orden jurídico involucra su confusión.

En primer lugar, la estabilidad del derecho privado, se resuelve constitucionalmente en el derecho a una indemnización justa. O sea, se llega al resarcimiento del daño por la imposibilidad de restituir en especie el bien. En derecho público, la sanción contra el acto ilegítimo se resuelve en la nulidad del acto, que significa la restitución lógica a la vigencia plena del orden público.

En segundo lugar, la estabilidad en el empleo público es consecuencia de los caracteres de necesidad y continuidad de la actividad de la administración, notas que no se dan en la actividad privada.

Por último, es imprescindible tener en cuenta que —a pesar de la redacción de la cláusula del inciso 10 del art. 86— al funcionario lo nombra el Estado, no el individuo que gobierna, por tanto la voluntad

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

generadora de la relación de empleo debe observar todos los requisitos de legalidad que sustentan el acto administrativo.

En resumen, el Estado debe juridizar la función pública. Este proceso debe iniciarse en la actual etapa de reorganización y como paso hacia la instauración de un sistema republicano representativo. La función pública en sus niveles más altos no puede ser monopolio de ningún grupo profesional, universitario o no universitario.

En consecuencia debe concretarse un conjunto de normas por las cuales el Ejecutivo limite su discrecionalidad. Este es el presupuesto de la cabal observancia de la estabilidad en la función; por tanto subsecuentemente se deberá estructurar un sistema normativo que asegure esa garantía.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Dr. GASTON DASSEN

Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Constitucional II.

La reconstrucción del Estado

I

Es muy frecuente en estos días, en nuestro país, oír denuestos contra el Estado. Se oyen quejas sobre la ineficiencia del aparato estatal; se señala la superfetación del sector público y la necesidad de que el Estado se desprenda del manejo de un elevado número de empresas. A la vigencia de una mentalidad estatista se le atribuyen todos los males de la Argentina, el marasmo político y económico que nos sofoca desde hace ya muchos años.

Se dice, asimismo, que el Estado debe dejar de intervenir en la economía o, por lo menos, que debe reducir el papel adquirido durante períodos en que rigieron gobiernos con tendencias totalitarias, o que prepararon el advenimiento de ese tipo de gobiernos. Se recomienda el abandono de todo tipo de planificación, el desmantelamiento de organismos de control. Se predican las ventajas de la gestión privada en el ámbito de la economía, la eficiencia de las empresas privadas, los beneficios efectos de la plena vigencia de la economía de mercado, etc., etc.

Sin embargo, hacia fines de 1975 y principios de 1976, los argentinos experimentamos la angustia que provocaba la sensación de que el Estado se estaba disolviendo; que las notas características del poder estatal habían caducado o estaban en trance de desaparición. Los argentinos sentimos que los resortes supremos del Estado habían quedado en manos de personas carentes de toda noción de bien común; que trataban como propio el patrimonio del Estado. El episodio de la confusión de las chequeras, aunque menor en el proceso de apropiación privada del erario, tuvo sin duda la fuerza de lo simbólico. Asimismo, que la actividad de las bandas terroristas no era combatida con el ejercicio responsable del poder estatal, sino por medio de aparatos en organizaciones tan clandestinas como aquéllas; que se consideraba preferible esta suerte de guerra privada a la represión orgánica y responsable a través de los instrumentos legítimos de la violencia en manos del Estado. Además, la violencia criminal parecía haberse incorporado a la sociedad argentina como uno de los medios para la solución de toda clase de conflictos, desde la elección interna de un sindicato, hasta una disputa puramente privada. Las invocaciones ideológicas, que habían adquirido valor justificante de las atrocidades, proporcionaban el camouflage.

Una macabra contabilidad compensaba las muertes de hombres de diversas ideologías: al asesinato de Saccheri le siguió el de Silvio Frondizi.

Todo ello en medio del caos económico

La presentación del disertante fue efectuada por el Dr. Atilio J. Barneix.

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

y de la inflación más grande de nuestra historia. La moneda ya no servía como instrumento de cambio y medida de los valores. En ese momento, para decirlo con palabras de Carl Schmitt, los argentinos sentimos que nadie era capaz de decidir en el estado de excepción [1].

El poder soberano se esfumaba. Si seguíamos refiriéndonos al Estado era como resultado de la inercia de los conceptos.

II

Guarda estrecha relación con el nacimiento del Estado moderno o, si se prefiere, con el Estado a secas, la figura de Federico II de Suabia y las instituciones del Reino de Sicilia.

Lo temprano de su conformación, su carácter de creación personal de acuerdo a un plan racional, permiten apreciar en el Reino de Sicilia, mejor que en otros ejemplos históricos, los rasgos típico-ideales del Estado.

En forma deliberada y minuciosa, Federico II construyó una forma política con las características del Estado absolutista: soberanía, centralización, racionalidad, burocracia y legalismo [2].

En este tema seguiré las exposiciones que, sobre él, han realizado Ernesto Kantorowics y Manuel García Pelayo. Desde su nacimiento mismo, Federico aparece signado por la idea de lo público. La emperatriz Costanza, su madre, dio a luz en una tienda, armada en la plaza abierta del mercado, a la vista de todo el mundo para aventar los rumores que su tardío y único embarazo habían suscitado [3].

Federico enfrenta a una población heterogénea que hablaba tres lenguas: italiana, griega y árabe. El grupo dominante era el de los normandos, poco numeroso pero titulares de los señoríos feudales. Los longobardos, que conservaban algunos feudos, habían sido asociados al gobierno por los normandos. Los musulmanes ocupaban en la sociedad lugares que iban desde la servidumbre hasta el desempeño de cargos en la corte, artesanado y actividades intelectuales. Los bizantinos desempeñaban algunos cargos locales y los judíos tenían la condición habitual en la época [4].

Para rectificar los apoderamientos territoriales realizados a expensas de la autoridad real en los treinta años de confusión que siguieron a la muerte del último rey normando, ocurrido en 1189, Federico sancionó una ley por la que se declararon nulas todas las concesiones, donaciones, privilegios y confirmaciones de títulos efectuados en esos treinta años. Los documentos justificativos de los títulos deberían someterse a la cancillería imperial donde, luego de estudiados, podían ser renovados [5].

Otra ley dispuso que todos los castillos y plazas fuertes, erigidos por los vasallos en los últimos treinta años, debían ser sometidos a la corona o destruidos. El derecho a la fortificación era una prerrogativa real [6].

Las fuerzas de combate de la nobleza, aunque incrementadas, eran puestas de inmediato a disposición del emperador. Se prohibió a los vasallos casarse sin un permiso especial del emperador. Los hijos de un feudatario sólo podían heredar el feudo de su padre con el consentimiento imperial [7].

Los débiles lazos del reino feudal serán reemplazados por "la firme arquitectura del Estado" [8].

En las Constituciones de Melfi se refleja la nueva concepción de la justicia aportada por Federico II y la idea de que corresponde al Emperador, o sea al Estado, hacer y abolir las leyes. Frente a la concepción medieval del derecho, las Constituciones de Melfi disponen que "quedan abolidas en dicho reino las leyes y costumbres contrarias a estas Constituciones, por antiguas que sean. [9] El derecho nuevo prevalece sobre el derecho viejo. Dice García Pelayo, al destacar la significación decisiva de esta concepción:

> "Supone, por lo pronto, que el poder político no queda limitado por el derecho establecido sino que, por el contrario, está dispensado, en principio, de la sumisión a él, si bien, como veremos más adelante, el emperador decida, por su propia voluntad quedar vinculado a las normas jurídicas positivas. Además, al tener el poder político la posibilidad de establecer permanentemente nuevas normas jurídicas, puede, a través de ellas, modificar la realidad social rompiendo las estructuras establecidas por la costumbre y sustituirlas por otras de su propia creación. Resultado de ello sería que, mientras que en la etapa anterior el poder político se confundía con los poderes sociales, en cambio ahora no sólo adquiere autonomía, sino preeminencia con respecto a la sociedad. En la idea jurídica que irrumpe con Federico está, pues, precontenida la moderna tensión dialéctica entre el Estado y la Sociedad, entre las relaciones y estructuras creadas por la ley y las emergentes del proceso social espontáneo" [10].

Con Federico II queda así, prefigurado, el Estado soberano al que Hobbes llamará, en el *Leviathan*, "dios mortal que asegura, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa" [11].

III

La realización de la unidad jurídica y política del Estado, obra de la monarquía en el continente europeo, que implicó la liquidación del orden social estamental y el surgimiento de la sociedad civil, generó la distinción entre Estado y Sociedad.

Con la instauración del orden político liberal, la distinción se hace oposición, tensión dialéctica. El Estado, racionalmente estructurado, se presentará como una organización, enfrentada a la Sociedad, y ésta, como una ordenación con una legalidad propia, autónoma y natural. El liberalismo exigiría del Estado la preservación de y la no interferencia en esa legalidad, espontánea e inmanente.

De acuerdo con la ideología liberal, el poder político será legítimo en cuanto se oriente racionalmente hacia ciertos valores, cuya enumeración incluirá en las constituciones escritas, y se estructure de manera tal que preserve y garantice la vigencia de esos valores: la libertad, la propiedad, la seguridad. Su principio orgánico será, pues, la división de los poderes, principal garantía de la libertad.

Locke dirá, refiriéndose al Poder Legislativo, que "su poder en sus últimos alcances, esté limitado por el bien público de la sociedad. Se trata de un poder que no tiene otro fin que la preservación y, por tanto, no puede nunca tener el derecho de destruir, esclavizar, o deliberadamente empobrecer a los súbditos" [12].

Esta legitimidad racional de acuerdo a fines se expresa en el plano institucional por primera vez en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, en 1776: "Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales; que a todos les confiere su Creador ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad y la persecución de la felicidad; que para garantizar los derechos los hombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios y a organizar sus poderes en aquella forma que a su juicio garantice mejor la seguridad y la felicidad" [13].

La ideología nos presenta a la sociedad, como el reino espontáneo de la libertad, frente al orden jerárquico caracterizado por relaciones de supra y subordinación, propio del Estado.

La legalidad inmanente de la sociedad produce el mejor orden posible. La misión del Estado no puede ser otra que la de preservar ese orden, asegurando que no lo alteren acciones o fenómenos patológicos. Ello supone, obviamente, que las leyes que rigen la ordenación, como las leyes de la economía, por ejemplo, son cognoscibles, captables por la razón huma-

[1] Carl Schmitt, "Teología política", en *Estudios políticos*, Doncel, 1975.
[2] Manuel García Pelayo, "Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado moderno", en *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, pág. 142.
[3] Ernest Kantorowics, *Frederic the Second 1194-1250*, Frederick Ungar Publishing Co., New York, 1967, pág. 5.
[4] García Pelayo, "Federico II...", pág. 162 y sigtes.
[5] Kantorowics, loc. cit., pág. 112.
[6] Kantorowics, loc. cit., pág. 115.
[7] Kantorowics, loc. cit., pág. 118.
[8] Kantorowics, loc. cit., pág. 119.
[9] García Pelayo, "Federico II...", pág. 180.
[10] García Pelayo, "Federico II...", pág. 181.
[11] Hobbes, *Leviathan*, II, 17; cit. por García Pelayo en "Federico II...", pág. 143 y pág. 180, nota 64.
[12] Locke, *The Second Treatise of Government*, XI.
[13] García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1950 (1ª edición), pág. 246.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

na. Ello permite apreciar cuándo una patología altera la armonía social, interfiere en la operación natural. Esa apreciación marca los límites de la acción estatal.

Sin entrar al tema de las críticas que se formularon en el plano ideológico a estas tesis liberales, las experiencias históricas muestran al Estado interviniendo en la regulación de las relaciones sociales. Como señala García Pelayo, "la política estatal lleva a cabo directa o indirectamente una acción estructuradora de la sociedad en los países industrializados y posindustrializados que se manifiesta en múltiples aspectos como, por ejemplo, en su contribución a las modificaciones de la estratificación y movilidad sociales, creando, si no nuevas clases, sí nuevas categorías sociales, promoviendo el potencial científico tecnológico a través de los programas de investigación y desarrollo, abriendo el disfrute de bienes materiales e inmateriales mediante el crecimiento de los servicios sociales, especialmente de salud y educación, creando por sí misma o promoviendo la creación de nuevas fuentes de trabajo, reduciendo por medidas jurídicas y económicas el ámbito y la intensidad de la lucha de clases, etc. En una palabra, la sociedad actual no sería tal como es sin la permanente y sistemática acción del Estado.[14].

El impulso por el intervencionismo estatal ha partido, a veces, de las estructuras del Estado; otras, de las filas de la sociedad. Así, como también lo señala García Pelayo, si la sociedad tiende a estatizarse, el Estado tiende a socializarse. Asistimos a lo que los norteamericanos llaman "complejo público-privado", en el cual muchas de las funciones del Estado se llevan a cabo por entidades privadas a la vez que éstas no pueden cumplir sus fines privados sin participar en las decisiones estatales.[15].

IV

En nuestra historia, el ejemplo de la Generación del 80 es particularmente representativo del esfuerzo para transformar la sociedad desde el Estado. A partir del acceso al poder del general Julio Argentino Roca un grupo de hombres ejecuta un proyecto de expansión del país, aprovechando una determinada situación internacional. La acción del Estado fue relevante en la incorporación de nuevas tierras para la explotación agropecuaria y en la apertura y estímulo del comercio exterior. El mantenimiento por el Estado de una extensa línea de fronteras fue un factor fundamental.[16].

La respuesta a la escasez de población fue la promoción de la inmigración masiva. Dice Germani que "el significado de la inmigración aparecerá todavía más claro cuando se recuerde que ella resultó de un esfuerzo consciente por parte de las *élites* que dirigieron la organización del país para sustituir sus viejas estructuras, heredadas de la sociedad colonial, con una estructura social inspirada en los modelos de los países más avanzados de occidente. Se trató, para decirlo en términos contemporáneos, de promover el desarrollo del país y para ello se formuló lo que podríamos denominar un verdadero plan basado en tres fundamentos: (1) inmigración masiva; (2) educación universal y obligatoria; (3) importación de capitales y desarrollo de formas de producción modernas con la creación de una agricultura, una ganadería y una industria y con la implantación de una red adecuada de transportes.[17].

El Estado se puso en forma para realizar el objetivo de fondo del desarrollo económico desde la Campaña del Desierto hasta las reformas jurídicas (federalización de Buenos Aires, creación del Registro Civil, Ley de Educación Común nº 1420, Ley de Matrimonio Civil, etc.). Son actos de gobierno que tienden a la grandeza y modernización. Las reformas institucionales y jurídicas —conviene destacarlo en esta Facultad de Derecho— no son fines en sí mismas, sino meros instrumentos de objetivos político-sociales. El Estado no se inhibió ni tembló ante la Sociedad y promovió su cambio. Aquí no hubo manos invisibles.[18].

[14] García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, pág. 23.

[15] García Pelayo, *Las transformaciones...*, pág. 25.

[16] Roberto Cortés Conde y Ezequiel Gallo, *La formación de la Argentina moderna*, Paidós, Buenos Aires, 1973, pág. 22 y sigtes.

[17] Gino Germani, *Política y sociedad en una época de transición*, Paidós, Buenos Aires, pág. 180.

[18] Cortés Conde y Gallo, loc. cit., pág. 87.

V

Incumbe al gobierno de las Fuerzas Armadas la fundamental tarea de reconstruir el Estado. Pero, para ello, debe evitar caer en la frustrante tarea de la reforma de la Constitución y en la tentación de las piruetas institucionales.

Debe consolidar el monopolio de la violencia legítima. Max Weber, en 1919, en su famosa conferencia "La Política como oficio" caracterizó el "Estado contemporáneo como una asociación humana que, en los límites de un territorio determinado ... reivindica con éxito para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo que es propio de nuestra época —dijo Weber— es que ella no acuerda a todos los otros grupos, o a los individuos, el derecho a apelar a la violencia sino en la medida en que el Estado lo tolera: éste resulta así la única fuente del "derecho a la violencia".[19].

El ejercicio responsable de la violencia —único compatible con la actuación del Estado— exige la máxima centralización y debe procurarse, así, la eliminación de todo resabio de "feudalización" en el sistema represivo.

Debe rescatarse la institución presidencial. En la historia política argentina, el presidente —lo mismo en períodos de jure que en períodos de facto— ha sido siempre jefe del Estado y jefe del Gobierno. Ha sido el presidente el principal motor de la legislación, aun cuando ha funcionado el Congreso, y la posesión de la plenitud de las atribuciones ejecutivas constituye la condición necesaria para que el Estado no se paralice.

No puede verse sino con preocupación la distribución de facultades entre el Presidente y la Junta Militar, tema que suscita tantas preguntas dirigidas a los más altos funcionarios del Estado. Una situación crítica, como la que vive la Argentina, exige un Estado dinámico, capaz de resolver con rapidez los complejos y graves problemas que plantea la sociedad. Un presidente limitado en sus atribuciones tradicionales no podrá lograr el dinamismo en el aparato estatal requerido por las circunstancias.

La terminación de la lucha contra el terrorismo y la guerrilla exige el restablecimiento pleno e irrestricto de las garantías constitucionales de la persona y, en especial, las relativas a la seguridad personal. El sometimiento a proceso judicial, con todas las garantías que ello importa, de las personas detenidas y la liberación de aquellas contra las que no haya imputación debe ser la consecuencia ineludible del cese de la situación de excepción. El respeto de los derechos individuales, el *status* jurídico de la persona constituye el aporte vigente y más lozano del liberalismo y es una conquista definitiva de la civilización.

El Estado es el gestor de los intereses generales. En ese sentido sigue en pie el mandato de la generación de Alberdi de constituir la unión nacional y, más concretamente, de proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, promover la industria y la introducción y establecimiento de nuevas industrias, como reza el inc. 16 del art. 67 de la Constitución Nacional. En términos actuales, esto se llama impulsar el desarrollo económico del país. Esta es una misión inexcusable del Estado.

La categoría de la Nación resulta hoy irreemplazable para dar contenido, a la altura de los tiempos, al interés común o interés general. Carecemos de otra noción que nos permita captar esos intereses comunes. Además, ella resulta tanto más indispensable frente a la acción de grupos económicos trasnacionales y de las ideologías al servicio de los intereses nacionales de otros países. Ambos coinciden en atacar al Estado nacional, buscando destruir las fronteras y conducir a nuestros gobernantes a la toma de decisiones adecuadas a la expansión de sus intereses, que no tienen por qué coincidir con los de nuestra sociedad.

No puede dejar de preocupar que, mientras por un lado altos funcionarios del Estado anuncian la próxima formulación de un Proyecto Nacional para la Argentina, desde el sector de la conducción económica se lleva a cabo una política a la que la categoría de nación parece resultarle ajena.

Hace pocos días el señor ministro de Economía ha dicho públicamente que, con 25.000.000 de habitantes, no podemos pretender tener una actividad económica,

[19] Max Weber, "Le métier et la vocation d'homme politique", en *Le savant et le politique*, Plon, París, 1959, pág. 112.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

y mucho menos una actividad industrial fuerte y pujante. Agregó que este país "sólo puede alcanzar la economía de escala que exige el mundo moderno si integra su propia económía al sistema mundial, ampliando fronteras y mercados de consumidores" [20].

Esta concepción implica la renuncia a llevar a la Argentina a la categoría de nación desarrollada, marginándola de la historia. Implica, de alguna manera, mirar nuestra comunidad como un mero conjunto de personas sin idiosincracia, situadas sobre un determinado territorio rodeado de molestas fronteras. Si, según la idea de García Pelayo "la nación es un orden de participación en los bienes culturales y materiales", la concepción del señor ministro implica, por lo menos, la exclusión de sectores mayoritarios de nuestra sociedad de participar en el disfrute de esos bienes [21].

Lejos de mi ánimo negar las realidades del sistema mundial ni predicar políticas románticas que intenten dejar de lado las fuerzas económicas trasnacionales, como si ellas no existiesen o fuesen obra del Maligno. Pero no puedo menos que lamentar la ausencia del espíritu que animó al patriciado de la generación del 80 que, a partir de la idea de construir la Nación, aprovechó las circunstancias internacionales y enfrentó las dificultades que le planteaba la propia realidad política, social, económica, geográfica y demográfica.

Es indispensable que, en la Argentina, el Estado recupere su carácter de "centro de decisión y acción" [22]. Está claro que, sin ciertos actos de decisión política, la Argentina no saldrá de su estancamiento, de la mediocridad y del "quiero y no puedo" en que se debate. Por eso he querido poner el énfasis en el Estado como centro del voluntarismo político, a quien le incumbe ser motor del progreso, constructor de la Nación, promotor del desarrollo, reformador de la sociedad, a la que debe impulsar hacia formas superiores de convivencia.

Toda la angustia, todo el dolor, toda la tragedia que convoca la reflexión sobre el terrorismo que se abatió sobre la Argentina, no puede impedirnos ver que nuestra sociedad, liberada a sus tendencias espontáneas, puede volver a cargar las baterías donde se acumula la violencia y que éste puede nuevamente desgarrarnos. Por eso propongo que ella sea reformada desde el Estado, racional y reflexivamente y con los sacrificios que se requieren.

El Estado debe restañar las heridas que el terrorismo y la acción para eliminarlo han dejado en nuestra sociedad. La desaparición de personas, sin que se sepa si están vivas o muertas, obliga al máximo esfuerzo de las autoridades para lograr el esclareciminto y castigo de los delitos cometidos. La sociedad tendrá que hacer el duelo por sus muertos. El Estado deberá extremar su esfuerzo para eliminar la angustia de la incertidumbre. Sólo con la justicia podrá evitar o eliminar el resentimiento.

Los ciclos argentinos que importan no son, en definitiva, la sucesión de gobierno civiles y gobierno militares. En los últimos lustros pocas cosas se parecieron tanto entre sí como un gobierno militar a un gobierno civil. Lo que interesa es interrumpir la secuela de frustraciones. Para ello es condición necesario contar con un Estado fuerte y eficiente.

Después de la violencia parricida de la guerrilla es obligación primordial pensar en el futuro de la juventud del país. Hace muy pocos días un profesor ha señalado que un gobierno incapaz de inspirar a la juventud tiene sobrado motivo para preocuparse y que más se debe preocupar si no le da la oportunidad de aplicar sus energías para encarar con generosidad la superación de dificultades colectivas [23]. En esa tarea el papel de la Universidad Nacional reviste la mayor importancia.

Es decisivo que el conocimiento y el debate se dirijan a los problemas de fondo y se abandone el formalismo y la discusión sobre lo instrumental y accesorio.

Por la generación de nuestros hijos y por nosotros mismos sólo puede pensarse en consolidar, enriquecer y fortalecer a la Nación. Lo demás nos será dado por añadidura.

[20] Semanario *El Economista*, Nº 1479, 1º de diciembre de 1978, pág. 1.
[21] García Pelayo, *Las transformaciones...*, pág. 41.
[22] Hermann Heller, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1947, pág. 255 y sigtes.
[23] Julio Cueto Rúa, "Las jóvenes generaciones y el futuro político", diario *La Prensa*, Buenos Aires, 3 de diciembre de 1978.

Dr. MIGUEL M. PADILLA
Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Constitucional II.

El poder legislativo del futuro

I

En este ciclo de conferencias en torno a un tema central, "La supervivencia de la democracia", he decidido referirme al poder legislativo con el objeto de exponer algunas ideas vinculadas a las reformas que un eventual ejercicio del poder constituyente —dentro del proceso institucional que vivimos— podría introducir en las cláusulas constitucionales determinantes de la organización y funcionamiento del Congreso Nacional. De ahí el título.

Sería ocioso, sin duda, detenerse a mostrar la esencial función que al Parlamento toca cumplir en la indeclinable empresa de construir y preservar un sistema democrático auténtico, fuerte y estable.

No sobra recordar, sin embargo, que desde hace muchos siglos el progreso de la democracia y del parlamentarismo han seguido caminos paralelos, cuando no confundidos; que desde mucho tiempo ha, tanto en la conciencia popular como en los escritos de los publicistas, el reconocimiento de la imprescindibilidad de la existencia del órgano legislativo y de su actuar sin trabas se estimaron condiciones absolutamente necesarias para la cabal vigencia de un régimen democrático, tanto más auténtico cuanto más extendida la participación de los gobernados en la designación de los legisladores; que en todos los tiempos y en todos los lugares las restricciones a los poderes de los parlamentos e incluso su misma supresión —cuando tuvieron carácter definitivo— han sido uno de los primeros objetivos de quienes intentaban implantar diversas formas de despotismo.

La comprensión de estas realidades no es difícil si paramos mientes en la íntima unión que existe entre los conceptos de "democracia" y de "representación".

La democracia eficaz, la única que tiene posibilidades de perdurar exitosamente, es aquélla conducida por órganos representativos de la entera sociedad, elegidos por el cuerpo electoral. La doctrina y la realidad de la representación política, en consecuencia, constituyen una característica esencial de las democracias modernas, afirmación compatible sin embargo con la creencia en la aptitud de ciertos procedimientos de la democracia semidirecta para perfeccionar sus modos de expresión.

En este entendimiento, y por supuesto que sin desconocer calidad de representantes a los titulares de las jefaturas del Estado y de Gobierno, e incluso a quienes desempeñan la función jurisdiccional, parece innegable que la calidad representativa asume relieves especialmente definidos en el cuerpo legislador: en ese sentido, se diferencian de los demás in-

La presentación del disertante fue efectuada por el Dr. Atilio J. Barneix.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

tegrantes de la estructura del poder. El Parlamento es, por lo tanto, el órgano representativo por excelencia.

Partiendo de esta base es permisible sostener que una clave fundamental para asegurar "la supervivencia de la democracia" radica en la existencia de una representación legislativa a cuya autenticidad se llegue mediante adecuados regímenes electorales y de partidos políticos, cuya idoneidad como cuerpo se sustente sobre severas exigencias para quienes aspiren a pertenecerle y cuya eficacia resulte de la utilización de modernas técnicos: este es "el Poder Legislativo del futuro" a que deseo referirme.

II

Pero la aceptación y defensa de la institución parlamentaria, cumpliendo principalmente sus tradicionales funciones de legislar y de controlar, no significa cerrar los ojos a las fallas que afectan su desempeño, disminuyen la eficacia de su labor y, en definitiva, desprestigian al régimen democrático.

No me es posible hoy detenerme a enunciar las críticas y acusaciones de que ha sido objeto, hoy como ayer y tanto aquí como afuera. Recordemos simplemente que abarcan un amplio espectro, partiendo de los reproches de incapacidad y hasta los cargos de corrupción, demagogia y baja política.

Quienes adhieren a formas totalitarias de poder se complacen en denunciar y magnificar esos defectos, porque de esa manera piensan justificar la supresión del parlamento o su transformación en un virtual sello de goma destinado a avalar las iniciativas impuestas por el dictador, o si callan, lo hacen con la intención de aprovechar para esos mismos repudiables fines el deterioro paultino de la institución.

Por su lado, aquellos que continúan creyendo en la indispensabilidad de un cuerpo legislativa dotado de reales poderes, tampoco titubean en hacer oír su voz apuntando las limitaciones, los errores y los abusos en que frecuentemente incurren los representantes de la comunidad en el Parlamento, tanto en su obra individual como en el conjunto.

Pero en este último caso, las críticas a la institución parlamentaria no representan el hiriente ataque a un adversario que se busca eliminar, sino el afectuoso reproche a un amigo cuyos errores es preciso ayudar a que enmiende.

Atendamos cuidadosamente a esta distinción, para evitar que coincidencias alcanzadas desde contrarios presupuestos oscurezcan las fundamentales diferencias existentes entre partidarios y enemigos: los primeros denuncian para reconstruir; los otros, para destruir.

Es que, señores, la alternativa en esta materia es simple y drástica: o apoyamos la existencia de un órgano que legisle para que otro actúe, controlándolo al mismo tiempo en su desempeño, o debemos resignarnos a que su ausencia conduzca a una concentración de poder de tal magnitud que solamente pueda desembocar en el totalitarismo destructor de esenciales libertades.

Por mi parte, me enrolo en las filas de quienes ven en el Parlamento una institución esencial para la subsistencia de la democracia; una institución cuyas funciones no deben ser asumidas por ninguna otra so pena de abrir las puertas al despotismo; una institución, en fin, que como toda creación humana, si adolece de muchos defectos, es siempre susceptible de mejoramiento.

Al mismo tiempo, no podemos ignorar que por virtud de graves circunstancias, desgraciadamente frecuentes en bastantes Estados, ocurre a veces la transitoria desaparición del órgano parlamentario.

Sería impropio desconocer lo que de lesivo para el cabal funcionamiento de un régimen democrático encierran tales situaciones. Sin embargo, cuando emergen —pongamos por caso— como la última opción posible ante la anarquía, el caos y, en definitiva, la aniquilación de todos los valores sobre los que se sustenta ese mismo régimen, cuadra aceptarlas como un extremo remedio destinado a permitir más adelante, lo antes posible el resurgimiento de aquél.

En este entendimiento, el acercamiento al objetivo de organizar un Parlamento moderno y eficaz coadyuva en importante medida a prevenir el descrédito de la democracia y de este modo a reducir las posibilidades de que su decaimiento y distorsión en grados máximos tornen inevitable el quebrantamiento de sus instituciones.

III

Abocados a la empresa de meditar en los cambios que sería preciso introducir en el esquema clásico del Poder Legislativo, con las finalidades expuestas, parece un adecuado punto de partida el de tomar conciencia una vez más sobre ciertos datos de la presente dinámica político-institucional, dotados de innegable importancia y gravitación.

En su conjunto —y me excuso por reiterar conceptos harto conocidos pero que estimo convenientes para enhebrar la exposición —esos datos consisten en que como fruto de un ininterrumpido proceso iniciado a mediados del siglo XIX, se ha producido un extraordinario incremento en el repertorio de los fines asignados al Estado y, en consecuencia, de su campo de acción. Prácticamente no existe hoy en día ningún aspecto de la vida humana que escape a las regulaciones emanadas del poder público y el otrora vasto campo reservado a la iniciativa y decisión individuales es hoy poco menos que inexistente.

Este proceso se ha evidenciado tanto en regímenes autoritarios o dictatoriales como en aquellos que no lo son: se le agrega como factor que multiplica su efecto el constituido por la ayuda que la revolución tecnológica ha suministrado al Estado, proveyéndole de poderosos instrumentos que facilitan su actuación y le permiten cumplirla con una eficacia desconocida hasta el siglo actual; finalmente, es visible que el resultado de esa ampliación de atribuciones no ha beneficiado por igual a todos los órganos de la estructura gubernamental sino que, gradual e incesantemente el centro efectivo del poder ha ido desplazándose desde la institución parlamentaria hacia el poder administrador. Retengamos la información siguiente: en las tres cuartas partes de los Estados, más del cincuenta por ciento de la legislación es iniciada por el gobierno, porcentaje que se eleva al noventa y hasta el cien por ciento si sólo tomamos en cuenta la mitad de los países.

Esta ilimitada invasión del poder estatal —y desde su sector menos representativo— hacia el campo de lo privado configura, en acto o en potencia, una inexorable amenaza al fundamento mismo de la sociedad política, a saber: que ella no representa un fin en sí mismo sino solamente un medio destinado a que sus miembros encuentren las mejores condiciones para alcanzar su plena realización.

Ante este panorama, la cuestion a resolver se dibuja casi por sí mismo: consiste en el urgente y vitalísimo problema de encontrar el camino más adecuado a fin de mejorar y fortalecer la vigilancia que ha de ejercerse sobre la actividad estatal con el objeto de preservar la irrenunciable vigencia de las libertades. Al propio tiempo, es necesario evitar que resulta trabada la flexibilidad de acción que a los gobernantes contemporáneos exigen el ritmo febril de la vida colectiva y la multiplicidad y complejidad de los problemas sometidos a su decisión.

En una palabra: el desafío consiste en producir una conciliación entre la necesidad de lograr que las decisiones políticas por adoptarse sean "acertadas" y "oportunas" —esto es, que resuelvan rápidamente el conflicto o problema de que se trate y que lo hagan eficazmente— y la de asegurar un permanente y efectivo control sobre una administración pública dotada de amplias atribuciones y de extensos medios para cumplirlas.

Para ello, y en lo que atañe al Parlamento: reformulación de la competencia de legislar, distribuida entre ambos poderes políticos; extensión y acentuación de la función de control a cargo de aquél. He ahí el doble objetivo de los ajustes a nuestra normativa constitucional que he de proponer a continuación.

IV

Delineado así el amplio planteo de los términos de la cuestión puedo ya entrar de lleno en la presentación de respuestas viables, concretadas en instituciones, técnicas y procedimientos cuyo empleo permitirá un acercamiento a las metas recién señaladas.

Nada particularmente novedoso se habrá de escuchar, puesto que las referencias a los medios que podrían detenerse y revertir el proceso de la decadencia parlamentaria son abundantísimas y bien conocidas. Lo que intento, en consecuencia, es su sistematización y su adopción a nuestros antecedentes y a nuestras vigencias. Aclaro, por otra parte, que sólo por excepción citaré antecedentes y normas constitucionales.

Biblioteca del Gioja. UBA. Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

Para hacer más clara la exposición, he agrupado las proposiciones en tres áreas: composición, competencia y organización y funcionamiento del Congreso.

a) En cuanto a la composición del Congreso

Paradójicamente, el primer punto que voy a tratar no consiste en una reforma sino en una *no* reforma, o sea, en el mantenimiento de las actuales disposiciones de la Constitución.

Concierne esto al polémico tema de la representación funcional o de intereses, según los términos a que se acude habitualmente para significar que además o en lugar de la representación por vía de los partidos políticos, se institucionaliza y articula en el Parlamento la representación de intereses sectoriales, preferentemente los socioeconómicos, aunque sin descartar del todo los que revisten otra naturaleza.

Estimo oportuno, como dije, pronunciarme sobre esta cuestión aunque omita propuestas que la conciernan, porque sobre ella se ha opinado y sin duda se continuará opinando al esbozar soluciones para el futuro institucional de la República.

Mi posición es la misma que hace ya ocho años expuse en un trabajo sobre la reforma constitucional: no creo ni conveniente, ni posible, ni necesaria la representación de intereses a nivel nacional, o provincial para el caso.

No la estimo conveniente porque en su esencia, la cámara baja representa —cualquiera sea el alcance que se asigne a este término— a los habitantes de la Nación conceptualizada como una totalidad ideal y en todo aquello que los une, no en lo que los divide. Ese común denominador está dado por creencias y tradiciones, por aspiraciones, requerimientos y fines que en general compartimos, por encima y más allá de lo que podamos sentir como miembros de grupos de índole cultural, económica, social, etc.

Por consiguiente, el reemplazo de la representación cabalmente política por la de intereses, o su coexistencia en un mismo ámbito parlamentario, traería consigo la polémica y el enfrentamiento entre grupos orientados cada uno a la consecución de sus propios objetivos, buenos sin duda para ellos mismos, pero justamente por ser parciales, frecuentemente ajenos a la idea del bien colectivo e incluso lesivos para ella.

Sin duda, los partidos actúan muy a menudo como facciones, en pos de ambiciones locales o personales, pero al menos tienden por definición a integrar y conjugar los diferentes y opuestos intereses.

No creo posible, además, la representación funcional porque obligaría a inventariar con gran aproximación todos los intereses merecedores de representación en el órgano legislativo: difícil, casi imposible tarea en un país de relativamente alto desarrollo y afortunadamente pluralista como lo es el nuestro.

Aún de poderse hacer, el Estado estaría obligado a un permanente y engorroso control de las condiciones en que se desenvuelve la vida interna de centenares de asociaciones y entidades, a fin de asegurarse que se ajusta a pautas democráticas y republicanas, *condictio sine quae non* para aceptar la legitimidad de los voceros que envíen al parlamento. Falta añadir que los mismos estarían seguramente ligados por un mandato imperativo, lo que obviamente dificultaría su labor.

Por último, no la creo necesaria, porque el aporte —sin duda indispensable y valioso— que los representantes de los intereses podrían efectuar durante el proceso legislativo, es plenamente factible de materializarse, por ejemplo, mediante técnicas que admitan su participación en el quehacer de las comisiones parlamentarias. De otro lado, cotidianamente somos testigos del incesante actuar de los grupos de intereses —convertidos así en grupos de presión— sobre los poderes públicos para hacerles llegar sus iniciativas, sus críticas, sus puntos de vista, en suma, respecto de aquellos problemas que a cada uno conciernen.

Esta participación de hecho en el proceso de la toma de decisiones satisface en amplia medida la exigencia de reconocimiento del papel de los grupos de interés, sin que se advierta la indispensabilidad de darles cabida en la creación formal de las leyes.

El *segundo punto* vinculado a la composición del Congreso consiste en el reconocimiento constitucional de que las bancas pertenecen a los partidos políticos, salvo cuando no han sido obtenidas a través de ellos, como lo señalaré más adelante.

Se objetará, y con razón teórica, que en el mecanismo de la representación política el vínculo debe establecerse entre representados y representantes, siendo los partidos políticos meros intermediarios cuya función —en este aspecto— se limita a facilitar la realización del proceso electoral cuando en él participa un elevado número de ciudadanos.

Pero la realidad se nos muestra muy distinta, y de sus datos surge que, como regla, el electorado en general e incluso los mismos simpatizantes de las agrupaciones políticas, desconocen por completo la personalidad, las virtudes y los defectos, y hasta los nombres de los candidatos: de este modo, su decisión es determinada según otros motivos, tanto racionales como irracionales. Me refiero, desde luego, al orden nacional, no a lo que pueda suceder en provincias o municipios de corta población.

En estas condiciones, los elegidos no llegan a sus bancas en virtud de méritos propios —salvo muy excepcionalmente— sino por el hecho de su pertenencia a un partido.

Parece justo, en consecuencia, a fin de que no ocurra lo que cabría calificar como "contrabando electoral", que cuando los legisladores se sientan en la obligación moral de discrepar con la línea partidaria en temas de importancia y con carácter definitivo, renuncien a posiciones que en la generalidad de los casos no han alcanzado por derecho propio.

La práctica contraria implicaría indisimulablemente un engaño al electorado, que ha votado por un partido y no por sus hombres.

Guarda coherencia con esta proposición, aunque a primera vista no lo parezca, la propuesta de que la presentación de candidatos a cargos electivos deje de ser monopolio de los partidos y se atribuya asimismo directamente a un determinado número de electores. De esta suerte, y sin desconocer la indispensable función que en la materia cumplen las agrupaciones políticas, se brinda a los ciudadanos independientes con inquietudes políticas la posibilidad de hacerse conocer al margen de las estructuras partidarias y llegar eventualmente a una función legislativa.

No incurro en contradicción con lo dicho antes postulando esta alternativa: simplemente, al asumir una realidad incuestionable y sosteniendo por ello que las bancas logradas como candidatos de un partido a el pertenecen, destaco al propio tiempo la importancia de permitir que la ciudadanía se exprese en forma independiente y acuerde su apoyo a figuras que, sin estar vinculadas a partido alguno, considere de valía.

El *tercer punto* de esta primera parte se relaciona con las condiciones de eligibilidad y las incompatibilidades de los legisladores.

Nuestra Constitución es parca sobre este punto, y su laconismo ha sido causa a lo largo de los años de numerosas situaciones reñidas con principios éticos y nocivas para el bien público. Urge, pues, completar las cláusulas pertinentes.

El objetivo perseguido apunta, por de pronto, a realizar el más efectivo cumplimiento de la exigencia constitucional de la idoneidad para aspirar a cargos públicos, sobre cuyo tema distinguidos colegas, en este mismo ciclo, han hecho valiosos aportes. Es preciso, entonces, cerrar el acceso al parlamento a quienes carezcan de suficientes condiciones morales e intelectuales, y encuentro inexplicable que nuestro sistema normativo aplique mayor rigor para determinar la aptitud de elegir que la de ser elegido.

Además, es indispensable procurar que los miembros del Congreso resulten invulnerables a cualquier tipo de presiones o tentaciones, siendo una de las vías más aptas para lograrlo la de afianzar su independencia respecto del Poder Ejecutivo y de los poderes de hecho.

En orden a las inelegibilidades, pienso que deben alcanzar a los que hubieren desempeñado cargos directivos en asociaciones gremiales o empresarias, hasta cumplirse dos años de haber cesado en los mismos; a los militares hasta pasado igual lapso de su ingreso a la situación de retiro efectivo; a quienes ocuparen altos cargos en la administración pública o en entes o sociedades del Estado, o en empresas que tuvieren permanente relación con el, hasta transcurrido un año de su cesación en los mismos; por último, a quienes hubieren sido condenados por delitos comunes a penas corporales. En cuanto a la idoneidad intelectual, el mínimo

Biblioteca del Gioja. Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

que hoy puede requerirse a los candidatos es la posesión de un título secundario.

Por lo que se refiere a las incompatibilidades, cabría sumar a las existentes aquellas que resulten del cumplimiento de funciones privadas o públicas, incluso actividades profesionales, cargos electivos, opiniones emitidas respecto de los temas etc. Y haciendo excepción de la docencia.

b) Examinaré a continuación las propuestas relacionadas con la *competencia del Congreso*.

La más trascendental consiste, invirtiendo el principio tradicional, en proceder a la delimitación del dominio de la ley, de manera que las restantes materias, todo lo no expresamente definido, revestirá natualeza reglamentaria.

Tal es el sistema de la Constitución Francesa de 1958 —que invoco haciendo salvedad a mi intención de omitir citas doctrinarias o legales—, cuyo art. 34 dice que la ley "fija" las "reglas" o "determina los principios fundamentales", en cada caso respecto de las cuestiones que taxativamente allí se indican: todas las demás pertenecen a la órbita reglamentaria.

De alguna manera, puede descubrirse el empleo de parecido criterio en los mecanismos creados por el Estatuto para el Proceso de la Reorganización Nacional y normas complementarias, al establecerse que la Comisión de Asesoramiento Legislativo determinará si los proyectos de ley recibidos merecen o no la calificación de significativa trascendencia, para en esta última hipótesis devolverlos al Poder Ejecutivo a efectos de su inmediata sanción y promulgación.

Esta propuesta significa alterar profundamente el concepto clásico de la función legislativa —creación de derecho nuevo— encomendada con exclusividad al Parlamento.

Sin embargo, lo que pudo ser valedero en tiempos cuyas características no requerían del poder público sino relativamente pocas reglas configurativas de ese derecho nuevo, más adelante dejó de serlo cuando en forma muy activa intervino aquél en casi todos los aspectos del desenvolvimiento humano, incluso en campos sumamente técnicos. Veámoslo en nuestro país: mientras entre 1862 y 1890 —cuarenta años en que se cumplió íntegramente el proceso de organización nacional— el Congreso dictó casi cuatro mil leyes, en las cuatro décadas siguientes sancionó cerca de nueve mil, a las que desde 1942 en adelante se les han agregado otras tantas.

Ante semejante inundación legislativa, es razonable preguntarse si realmente resulta necesario que el Parlamento continúe dedicando su tiempo al estudio superficial y al debate politizado y no jurídico de preceptos de secundaria importancia, más propios de la faena del poder administrador, cuando de ello no derive menoscabo o deterioro para las libertades fundamentales.

No hay que ver en esta proposición un escándalo jurídico, pues desde mucho tiempo ha, y aún dentro de los cánones del constitucionalismo clásico, existe potestad legislativa atribuida a órganos que no se encuentran específicamente a cargo de tal función, y esto sucede —por ejemplo— tanto con la competencia para dictar reglamentos autónomos como a través de los institutos de la delegación legislativa y de los decretos-leyes.

Pero retengamos que lo propuesto innova radicalmente en el actual estado de cosas, al establecerce como regla lo que en él constituye excepción.

Un segundo tema cuya puesta en práctica supone, como el anterior, disminución de la función legislativa del Parlamento, aunque siempre con la finalidad de acentuar la de control, consiste en la introducción de algunos mecanismos de la democracia semidirecta, especialmente el referéndum.

Varios constitucionalistas nacionales los han objetado, alegando ser el de la Constitución un régimen de democracia representativa y solo eso, por obra de sus artículos 1º y 22.

Disiento con este criterio, pues en el fondo, aquellas técnicas no implican que los gobernados se reúnan, deliberen y, como un todo, adopten decisiones —que ésa es la democracia directa— sino que se expresen como hasta ahora, a través del cuerpo electoral, pero no ya solamente para designar a sus gobernantes sino además para tomar resoluciones de naturaleza jurídica. Por otro lado, y como ha sido señalado por un destacado profesor de esta casa, el propósito del artículo 22 no era el de vedar técnicas poco analizadas en ese entonces sino el de repudiar "formas tumultuosas de cuestionar a los representantes".

No han de ser tan inconciliables estas instituciones con el texto y el espíritu de 1853 pues que varias provincias las han incorporado en sus Constituciones sin que haya debido conocer la Corte Suprema de impugnación alguna a los preceptos que las consagraron.

Pero tengan o no razón quienes adhieren a la opinión adversa, correspondería que para eliminar la polémica normas constitucionales establecieran en forma expresa al menos una de estas técnicas, el referéndum, consignando los aspectos fundamentales de su funcionamiento.

Mucho se ha dicho y escrito en favor y en contra de estas instituciones: creo oportuno mencionar algunas de las más críticas, expresando en cada caso la correspondiente refutación.

a) Se alega que disminuye la importancia de los órganos parlamentarios, máxime cuando va unido a la iniciativa, puesto que se apela al electorado por encima de sus legítimos representantes, situación que redunda en detrimento del prestigio y autoridad de los cuerpos que ellos integran.

Este resultado puede ser cierto, pero téngase en cuenta que la decadencia del Parlamento, como órgano legislativo, no ha sido en general efecto sino origen del desarrollo de las técnicas de democracia semidirecta y obedece a múltiples razones, como he comentado ha poco.

b) En la práctica, se han comprobado altos niveles de abstención, lo que demostraría el desinterés de los gobernados respecto de este método de participación política.

Pero aún si ello fuera generalmente exacto, es justo señalar que cuando el ejercicio del sufragio no es imperativo, en todos los países se han verificado, en ocasión de elegir autoridades, importantes porcentajes de abstenciones. lo que cuadra resolver, por tanto, es si se impone o no al electorado la obligación de sufragar.

c) Las experiencias recogidas han evidenciado que con bastante reiteración, las opiniones emitidas respecto de los temas planteados mediante el referéndum se muestran adversas al cambio, a las innovaciones.

En realidad, no alcanzo a advertir cuál es el mérito de esta crítica, pues si los electores optan por el rechazo de innovaciones —cualquiera fuere su valor— sin duda expresan así su real sentir, y en definitiva, tal es la meta de los procedimientos de participación política.

d) El referéndum es susceptible de ser manejado con presiones y propaganda más fácilmente que el procedimiento de una votación por asambleas representativas, y por ello ha sido y es empleado por regímenes autocráticos en busca de legitimidad.

A este argumento puede responderse diciendo, en primer término, que la experiencia parlamentaria de numerosos estados ha demostrado lamentablemente, que los legisladores no son en absoluto inmunes a las presiones de cualquier naturaleza que sobre ellos quiera ejercer un gobernante autocrático. ¿Es necesario recordar ejemplos, propios y ajenos?

Además, el mal uso que de una institución pueda hacerse —ésta como cualquier otra— no es motivo suficiente para excluir su utilización en el marco de regímenes políticos democráticos.

e) El elector medio no está capacitado para emitir opiniones racionalmente fundadas —esto es, no emocionales, sin prejuicios— sobre materias trascendentes, técnicas o complejas.

Debo reconocer que este argumento es de peso, e incluso que se apoya en un hecho no necesitado de demostración.

Pero, y sin perjuicio de que parecido cuestionamiento podría hacerse respecto de las decisiones meramente electorales, y yendo aún más allá, en lo que concierne a la capacidad media de los legisladores, la respuesta más indicada consiste en advertir que todo dependerá de la índole de las cuestiones sometidas al referéndum y de la forma en que sean presentadas al electorado.

En definitiva, las objeciones opuestas a estas instituciones son rebatibles y queda así en pie el argumento fundamental que milita a su favor: si se reconoce en el pueblo la titularidad del poder político —o de la soberanía, para quien prefiera este vocablo— de tal principio síguese sin hesitación que corresponde atribuirle el mayor grado posible de participación en el proceso de la toma de decisiones, a tra-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

vés del prudente empleo de dichas técnicas.

En tercer lugar, propongo ampliar las atribuciones del Congreso asignándole la de crear entidades autárquicas y sociedades o empresas del Estado y dictar las normas para su funcionamiento, ya con carácter general, ya en cada caso.

No se me escapa que se restringiría así la competencia que en orden al manejo de la administración general del país encomienda al Poder Ejecutivo el artículo 86, inciso primero, de la Constitución Nacional.

Pero es preciso hacerse cargo de que en el panorama de los congresales de 1853 no se avizoraba ni remotamente el moderno fenómeno del intervencionismo económico, presente en diverso grado en todas las naciones del orbe.

Como fruto del mismo, nuestro estado maneja una amplísima proporción del quehacer material del país, sea mediante la prestación directa de numerosos servicios públicos, sea interviniendo además en otros sectores de la industria, el comercio y los servicios.

No parece prudente, pues, que el enorme poder involucrado en estas actividades se encuentre ejercido casi discrecionalmente, mediante entes cuyo nacimiento y capacidad sean determinados por solo uno de los poderes políticos.

Por iguales razones, el Senado debe intervenir en la designación de los titulares de esos entes autárquicos y empresas o sociedades estatales, prestando el acuerdo correspondiente. Y aún más; cabría preguntarse si no sería del caso dar intervención al Congreso en la aprobación de los presupuestos, programas y balances de dichas entidades.

En este mismo orden de ideas, encuentro conveniente que el Senado preste acuerdo para el nombramiento de los integrantes del Tribunal de Cuentas de la Nación y de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. Se trata de organismos cuya misión primordial consiste en ejercer el control externo de la marcha general de la administración y la fiscalización de las Empresas del Estado, y la de promover la investigación de los funcionarios de esas mismas áreas. Es importante, por consiguiente, que el Poder Legislativo tenga ingerencia en la designación de quienes están llamados de modo ocasional o permanente a vigilar desde distintos ángulos la actividad económico-financiera de la Administración y el comportamiento de sus integrantes.

Finalmente, y siempre en lo tocante a la competencia del Congreso, sostengo que debe substraérsele la atribución de acusar y juzgar en juicio político a los jueces, salvo los integrantes de la Corte Suprema, así como la facultad senatorial de prestar acuerdo para su designación y promoción. Estas funciones deben asignarse a un Consejo Superior de la Magistratura.

Sabemos todos que en la vital empresa de proteger los derechos y libertades la única garantía digna de este nombre reside, en último instancia, en la pronta e imparcial actuación de órganos judiciales a salvo de cualquier tipo de coacción. Por eso, es preciso no esperar demasiado de expresiones constitucionales tales como: "se declara la inviolabididad de éste o aquél derecho", o "se garantiza tal libertad": son, sin duda, necesarias, pero por sí solas de poco sirven.

Conviene, por ello, recoger todas aquellas proposiciones que contribuyan a fortalecer la independencia del Poder Judicial, y en este orden de ideas, procede reducir al mínimo la intervención de los otros poderes en lo relativo a la integración de los tribunales.

c) Toca, por último, enunciar las proposiciones de reforma constitucional concernientes a la *organización y funcionamiento del Congreso*. Insistiendo nuevamente que en su conjunto, buscan facilitar el ejercicio de la función legislativa —creación de derecho nuevo— por parte de ambos poderes políticos, y otorgar al Parlamento nuevas formas de control o mejoramiento de las existentes. Cabe además reiterar que estas sugestiones pueden hallarse en algunos modernos textos constitucionales, de donde se tomaron para el estatuto fundamental de 1972.

Entre ellas, una de las más significativas consiste en el "procedimiento abreviado" para la sanción de las leyes, vale decir, la delegación por las cámaras en sus comisiones internas de la competencia de discutir y aprobar las leyes.

Con este mecanismo se apunta a una doble finalidad: por un lado, que las iniciativas de ley sean tratadas y aprobadas por los legisladores especializados en cada materia, con evidentes ventajas para el fondo y la forma de las mismas; por el otro, una apreciable reducción en el tiempo que demandarían esas sanciones si hubieren de ser discutidas por el pleno de las Cámaras.

Nada encuentro que sea objetable en una reforma de esta índole, a condición de que —como establece la Constitución Italiana de 1947—, se enuncien con precisión las leyes no susceptibles de someterse a este trámite y que hasta el momento de su aprobación definitiva el proyecto pueda ser tratado en plenario si así lo decide la Cámara o una mayoría de la comisión. Desde luego, el debate en las comisiones debe recibir la misma publicidad que si tuviera lugar en la Cámara.

Una segunda innovación, emparentada con la anterior por su finalidad, es el trámite de urgencia para la sanción de los proyectos legislativos, conocido también como de aprobación ficta de los mismos.

De acuerdo a este sistema, el Poder Ejecutivo puede enviar a las Cámaras proyectos con pedido de urgente tratamiento, que se tendrán por aprobados si no son desechados dentro de un determinado plazo.

El instituto, usado con razonabilidad, es apto para solucionar situaciones en las cuales la inercia del Congreso, incluso intencionada, demora excesivamente sanciones necesarias para la implementación de un plan de gobierno. No comporta un injustificado recorte de las prerrogativas del órgano legislativo, puesto que le queda siempre la facultad de expedirse en tiempo oportuno aprobando o rechazando expresamente la iniciativa.

Dentro de este mismo propósito de urgir el proceso legislativo, convendría autorizar al Poder Ejecutivo para obtener prioridad en el orden del día del trabajo parlamentario a favor de los proyectos que indique.

Una sugerencia más: la fijación del quorum para sesionar, no para resolver, en la cuarta parte del número de miembros de cada Cámara, con lo cual se prevendría la frustración de numerosas reuniones parlamentarias.

Las propuestas que acabo de enunciar buscan por diversos caminos la consciente y reflexiva aceleración del trámite legislativo: toca ahora indicar aquellas que propenden a tornar más efectiva la función de contralor sobre el Gobierno que al parlamento compete ejercer.

Nuestra Constitución contiene mecanismos de control que el Congreso puede utilizar: el juicio político, la comparencia de los ministros para dar explicaciones e informes. Además, la práctica parlamentaria ha incorporado las comisiones investigadoras y los pedidos de informes por escrito.

Son los mismos que dentro del derecho constitucional comparado, encontramos en los regímenes presidencialistas, ya que en los parlamentarios existe al menos uno más, de trascendental importancia: el voto de censura, que puede acarrear la caída del Gobierno.

Pero aún sin este último, aquellos otros medios son en principio suficientes para permitir un eficaz desempeño de la misión de control, a condición —desde luego— de que se recurra a ellos con seriedad y oportunamente. Y digo en principio, porque existe una magistratura cuya adopción estimo esencial y a la que luego me referiré.

Aparte de ella, son pocas las modificaciones que en esta materia encuentro necesarias.

Por de pronto, correspondería reconocer explícitamente la facultad congresional de investigación, fundada en los poderes implícitos del Congreso y orientada a la realización de alguna función propia del mismo: obtener elementos y datos para promover legislación; investigar posibles defectos en la aplicación de las leyes a fin de procurar su reforma; finalmente, establecer la posible responsabilidad política de los funcionarios públicos para, en su caso, acudir el pertinente juicio político. Institucionalizar asimismo los pedidos de informes por escrito, fijando un plazo para su contestación; por último, reconocer a las Cámaras la facultad de autoconvocarse para sesiones extraordinarias, a iniciativa de sus autoridades o de la quinta parte de sus miembros.

He dejado para lo último referirme al instituto que presenté como de gran relevancia en el ámbito de la función de contralor del Congreso: se trata del *Ombudsman* de origen escandinavo, cuya incorporación propuse hace años con la designación de Comisionado del Congreso.

Partiendo de la inevitable conclusión de que los medios y procedimientos legales

Biblioteca del Gioja UBA
uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

existentes en nuestro país no resultan suficientes para solucionar de modo satisfactorio los conflictos de toda índole surgidos entre los particulares y la Administración Pública, estimé y estimo muy conveniente la creación de dicha magistratura.

En lo fundamental, su misión consistiría en la competencia para investigar —por denuncia o de oficio— hechos, actos u omisiones de los funcionarios públicos nacionales que aparezcan *prima facie* como ilegales, arbitrarios, abusivos o simplemente negligentes. Para ello recurriría a un procedimiento informal y expeditivo, susceptible de permitir la reunión de suficientes elementos de juicio vinculados al caso. Si de su análisis surge la veracidad de la denuncia, el funcionario podrá solicitar la instrucción de un sumario en sede penal o administrativa, o en ambas, para la aplicación de eventuales sanciones; formular propuestas y recomendaciones; proponer medidas legislativas o reglamentarias; sugerir la reparación de los perjuicios sufridos por los particulares, etc.

El ejercicio de estas competencias en modo alguno importa una invasión en los ámbitos propios de otros dos poderes, pues en puridad no constituye sino un sistema de control interorgánico.

V

Las propuestas que se han escuchado, señores, no agotan el repertorio de medidas que en orden a mejorar el proceso legislativo y la función parlamentaria de contralor podrían considerarse, con miras a su posible inclusión en la carta magna: son, sin embargo, las que a mi juicio revisten mayor significación.

No representan experimentos poco prudentes ni innovaciones improvisadas, pues que numerosa doctrina propia y ajena las recomienda y son aplicadas con buenos resultados en modernas estructuras constitucionales. Por eso dije al comienzo y reitero ahora que las ideas expuestas no pretendían novedad.

Pero es preciso traer a colación una advertencia, no por repetida menos válida: la bondad de las instituciones y de los procedimientos legales no es en modo alguno garantía contra su mal uso, o su no uso. Una vez más, la respuesta final la tienen los hombres y no las normas.

De ahí la urgencia en promover en quienes se sientan llamados a la *res publica* —la cosa pública—, el afán patriótico, las inquietudes intelectuales, un alto sentido de integridad y de responsabilidad, una fuerte conciencia de laboriosidad. Y esta esencialísima tarea de formación cívica debe extenderse, en las apropiadas dimensiones, a todos los miembros de nuestra comunidad: el quehacer político, en efecto, no es patrimonio ni moponolio de los profesionales sino obligación de todos los ciudadanos.

Señores:

Pocos años ha, un distinguido parlamentario francés y conspicuo miembro además de la Unión Interparlamentaria, escribió un libro que tituló así: *Un parlamento ¿para qué?*

Felizmente, tan inquietante título no denota ninguna duda, como a primera vista pudiera creerse, sobre la imprescindibilidad de la institución parlamentaria, sino que, un poco retóricamente, apunta a mostrar cuáles son los caminos que hoy debe seguir a fin de cumplir a satisfacción un doble empeño: legislar y vigilar.

En escala mucho más modesta, sobra decirlo, he intentado hoy dar una respuesta a esa indagación, de modo tal que cuando alguien —bien intencionado o no— inquiera, ¿Un parlamento, para qué?, pueda yo, podamos todos los que compartimos una misma fe en los altos principios que sustentan la libertad y la dignidad humanas, responder: queremos la permanencia de un Parlamento eficaz y responsable, ágil en su función de legislar y puntilloso en la de controlar, porque así remozado, constituye un elemento vital para la supervivencia de la democracia.

Dr. DANIEL FUNES DE RIOJA

Profesor Adjunto Interino de Derecho Constitucional I.

Interpretación dinámica del federalismo

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Es común en nuestros días escuchar enfáticas afirmaciones sobre la necesidad de que nuestro país tenga una democracia fuerte, estable, eficiente y moderna. Debemos —al respecto— dejar a salvo nuestra opinión en relación a que se trata de un verdadero contrasentido utilizar tales calificativos para adjetivar un sustantivo que si no tiene todas esas cualidades, no es tal.

García Pelayo, al referirse al tema de la democracia, dice que:

> "Si el liberalismo es la contestación al problema de cómo se ejercen las funciones del Estado, la democracia responde a la cuestión de quién las ejerce. Mientras que el primero es un intento de realización de la libertad, la segunda lo es de la igualdad... Desde el punto de vista político, el sistema democrático se caracteriza por las siguientes notas:
>
> a) La voluntad y actividad del Estado es formada por los mismos que están sometidos a ellas;
>
> b) Por consiguiente, el 'pueblo', a quien se dirige el poder del Estado, es al mismo tiempo sujeto de este poder; su voluntad se convierte en voluntad del Estado sin apelación superior; el pueblo es, pues, soberano. De este modo, nos encontramos aquí con un sujeto político: el pueblo, cuyo nacimiento está estrechamente vinculado al fenómeno antes aludido de la separación entre Estado y Sociedad. En efecto, para que exista pueblo como sujeto unitario del poder del Estado se precisa que exista una voluntad conjunta, y, por consiguiente, que la pluralidad estamental, el antiguo *esprit de corps*, haya sido sustituida por una homogeneidad social, por unas vivencias y por un espíritu comunes. Por eso, el nacimiento de la democracia está históricamente vinculado a la idea de nación en sentido moderno." (*Derecho constitucional comparado*, pág. 169.)

A la luz de estos elementos, que no dejan lugar a dudas sobre los reales contenidos de la democracia, se ha generalizado el uso de dicho término en forma indiscriminada, a veces para dar una simple máscara a regímenes nítidamente totalitarios, mientras que en otras ocasiones ocúltase —tras la denominación aludida— el peor de los despotismos, la más grave de las distorsiones de la sociedad política occidental contemporánea: *la demagogia*.

La presentación del disertante fue efectuada por el Dr. Juan Ramón Aguirre Lanari.

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

En esencia, la soberanía del pueblo exteriorizada por la participación ciudadana y la garantía de los derechos fundamentales del hombre, van a ser los dos perfiles que caractericen a una democracia, pero que sí deberá ser estable y moderna. Si no, tendrá ínsito el germen de su propia destrucción.

Es evidente que no ha de ser cualquier tipo de participación ciudadana la requerida, pues la democracia presupone una participación responsable para elegir gobernantes idóneos. De lo contrario asistiremos al sufragio irresponsable, ilusionado por algún "canto de sirena".

El otro parámetro aludido, o sea el respeto de los derechos individuales, es también fundamento inmutable y permanente del régimen político argentino y las garantías consagradas en la Constitución Nacional, constituyen el incuestionable punto de partida para cualquier discusión sobre el futuro institucional argentino.

Por ello, es que hemos preferido volcar nuestra preocupación para abordar uno de los aspectos más importantes y trascendentes de la organización de la República, cual es la forma federal de nuestro Estado. No cabe duda que al interrogante sobre si existe o no realmente tal sistema, se agrega la actual preocupación sobre si en el futuro de la República tiene cabida dicha fórmula, habida cuenta de las necesidades económicas y sociales que el país presenta, de la influencia del concepto de región y de los desequilibrios demográficos que nuestro territorio ofrece.

Como premisa mayor que ha de guiar las reflexiones que sobre el tema formulamos, debe destacarse que nuestra organización nace por la voluntad soberana de las provincias que habiendo integrado el antiguo virreinato del Río de la Plata, asumieron formalmente el compromiso de constituirse en Nación independiente, bajo el principio federal.

Esta decisión repudió las fórmulas semánticas que lejos de interpretar la voluntad nacional, habían precipitado al país casi a su disgregación y a la anarquía. Pero dentro de esa crisis, floreció el espíritu inspirado de quienes asumiendo la realidad imperante, revirtieron la tendencia aludida y construyeron sobre la más pura base democrática —la de la soberanía popular— un sistema vertebrado en provincias autónomas que se funden en una Nación soberana.

Por ello, es que resulta del caso dejar establecido que la elección de este tema no ha sido casual dentro de un ciclo destinado a tratar la problemática de la supervivencia de la democracia, ya que la forma de gobierno depende directamente de la organización del Estado. No hay para la Nación Argentina, otro modelo que el que se encuentra sintetizado en la cláusula primera de la Constitución Nacional.

Cuando es frecuente escuchar voces que se alzan criticando la vetustez o caducidad de nuestras instituciones federales o a quienes pregonan la necesidad de una reforma constitucional profunda en cuanto al tema, inmediatamente surge la inquietud de meditar sobre las impugnaciones efectuadas y valorar los cargos que se formulan a nuestro sistema federal.

El Dr. Juan R. Aguirre Lanari en la conferencia que pronunciara el 18.7.78 sobre el tema "Trascendencia histórica e institucional de la Constitución Argentina" ya nos advertía que:

"La Constitución fue resumen de experiencia y sabiduría, aplicadas bajo el crisol del patriotismo. Ello sujetó la pasión y la arbitrariedad que es su consecuencia, al imperio objetivo de la ley. Así nació la seguridad jurídica que abrió nuestras fronteras al trabajo y a la fe de los hijos de la tierra argentina y a la de todos los hombres del mundo que, al conocerla, supieron amarla como propia.

Con tales presupuestos se atrajo la inmigración y se venció al desierto. Bajo el auspicio de su espíritu abierto y progresista, la educación derrotó al analfabetismo, el trabajo fundó un optimista bienestar y el hombre argentino, rico en cultura y en humana generosidad, concitó respeto y hasta admiración por sus virtudes y su ritmo sostenido de progreso.

Cuando con designio liberticida se comenzó a impugnar los fundamentos filosóficos de nuestra ley fundamental, alentándose el cuestionamiento de sus virtudes y valores, nacieron nuestros actuales problemas y se agudizaron los desencuentros, concitando horas amargas en el ya abrupto sendero de la República.

El problema no radica por ende en la Constitución, sino en el olvido de sus principios, negados por extremos de opuestos signos pero unidos en la repulsa a sus metas que por ser generosas, civilizadoras y libertarias, son por ello expresión de las más hondas creencias de Argentina.

Cuando se habla de la necesidad de su reforma, cabe un toque de atención hacia tal designio. Nadie, sin pecar de fetichista, puede negarse *ab initio* a la reforma por la reforma misma.

La propia Constitución, en su artículo 30 prevé la posibilidad y la mecánica de dicho evento. Lo que cabe preguntar en cambio es el "por qué" y el "para qué" de tal reforma. Si estos interrogantes no estuvieran previa y asertivamente dilucidados en sus fundamentos y objetivos, sería como decretar la muerte de la Constitución sin ser juzgada, poniendo el carro delante de los caballos".

Para evitar "poner el carro delante de los caballos" es que se nos hace necesario primero, contestarnos sobre el origen y fundamento del federalismo argentino, para luego determinar si el mismo se mantiene vigente, si es dinámico, adaptándose a los tiempos y circunstancias que nos tocan vivir, si ha caducado y necesita ser remozado o, por el contrario, si como nos indicaba Alberdi "la verdadera sanción de las leyes reside en su duración" proponiéndonos que remediemos sus defectos no por la abrogación sino por la interpretación.

Este último aspecto que como se aprecia lo consideramos de una relevancia fundamental y —por tanto— justifica el propósito de esta exposición, nos obliga a atender no sólo los aspectos meramente jurídicos, sino a los condicionantes políticos, económicos y sociales que inciden sobre la interpretación judicial, pues la misma —como Bidart Campos afirma— "integra el derecho constitucional federal con el mismo rango que la Constitución escrita, porque es la Constitución judicialmente interpretada".

Agregando que: "el derecho judicial se coloca al lado de la norma interpretada, se incrusta en ella porque es la misma norma que ha pasado por el filtro de la interpretación judicial" (*El Derecho*, 22.9.78).

No cabe duda que coincidimos con esa realidad, pero es conveniente señalar que la hermenéutica constitucional no debe exceder el espíritu que condicionó la sanción de la Constitución, sino acompañarlo. Caso contrario, se abandonaría la verdadera filosofía de la Carta Magna, trascendente e inmutable.

Vale decir, que esta función integradora de derecho que la Justicia realiza, no sólo se corresponda con la realidad política que es su contexto sino que también se compadezca con los principios esenciales que dieron vida a la organización institucional.

En consecuencia, así como adherimos fervorosamente al criterio de que el Poder Judicial es el encargado de dar vida a la letra constitucional mediante el proceso de interpretación y aplicación de las normas, también reafirmamos que so pretexto de interpretar no se puede desnaturalizar ni destruir la ideología fundamental que nutrió a la voluntad constituyente.

Hemos reiteradamente escuchado apólogos y apóstatas del federalismo argentino y en muchas casos, quienes asumieron tales actitudes, lo hicieron más guiados por finalidades políticas circunstanciales que, admirados o desengañados de los méritos reales de nuestro régimen.

También se advierte la crítica fundada en el anacronismo de nuestra distribución de competencias que, señalan, da rigidez al sistema y empaña la posibilidad de un desarrollo sostenido y armónico de la Nación toda.

Frente a ello, creemos que debe alzarse la reflexión y el análisis de nuestro sistema constitucional para desentrañar los alcances del federalismo argentino.

Para encarar la tarea propuesta corresponde, en primer término, realizar algunas breves reflexiones en cuanto a la caracterización del Estado federal. Partiendo de la premisa que la relación poder-territorio, puede adoptar la forma unitaria o federal, es necesario precisar que dicha diferenciación no tiene contornos rígidos sino que se define por una tendencia la centralización o descentralización.

Se impone remontarse a Estrada, cuando con claridad de criterio nos recuerda que la diferencia entre Constitución unitaria y federal radica en la distribución de facultades del Estado, reconcentrados en un solo foco de autoridad —si es unitaria— y federal "cuando sus atribuciones son repartidas", en un centro general de gobierno encargado de manejar los intereses comunes y encabezar las relaciones exteriores y en centros seccionales responsables de presidir el orden civil y los in-

Biblioteca del Gioja. UBA
Repositorio académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

tereses parciales de cada grupo histórico o jurídicamente circunscripto y con capacidad de gobierno propio (*Curso de derecho constitucional,* t. II, 167).

Es por ello que, Linares Quintana recuerda que el reparto de competencias es esencial en la doctrina jurídica del federalismo, por lo que el acierto o desacierto de dicha distribución condiciona el éxito o el fracaso del sistema (*Tratado de la ciencia del derecho constitucional,* t. VI, 215), siendo sumamente importante también tener en cuenta a otros autores que emplean fórmulas que en esencia coinciden, pero poniendo un especial énfasis en aspectos determinados en dicha forma de Estado. Así, Bidart Campos considera que es "una tendencia doctrinaria de fundamento filosófico, antes de convertirse en una forma de Estado dentro de la organización constitucional".

Mientras, Dana Montaño, afirma que constituye un verdadero principio o doctrina política, y Zavalía anota que "el sistema federal consiste en la armonía de poderes entre dos soberanías y el juego normal y coordinado entre estas dos entidades es lo que revela en la práctica la bondad del sistema".

Pero amén de la mención de estos contenidos del federalismo, no puede omitirse recoger alguna formulación más conceptual que complemente las opiniones antes vertidas.

Al respecto, Burdeau, refiriéndose a la forma de Estado en tratamiento lo caracteriza como aquel en el cual una pluralidad de ideas de derecho concurren al establecimiento del poder estatal federal, al mismo tiempo que fundan, sobre materias constitucionales determinadas, el poder estatal de las colectividades particulares (*Tratado de la ciencia política,* t. II, 451).

Sin embargo, tampoco la cita del autor francés caracteriza en forma completa y exhaustiva la noción de federalismo, circunstancia por la cual debe ser articulada sobre la base de las relaciones entre el Estado federal y los Estados miembros.

En relación a este tema, creemos merece ser citada la opinión de García Pelayo, que nos señala que: "El Estado federal, en cuanto basado en una constitución y no en un tratado, es decir, en un acto de soberanía de un pueblo y no en una relación entre Estados, es un sujeto jurídico-político al que, por lo demás, convienen todas las notas que caracterizan al Estado: su *substratum* es un pueblo o nación por debajo de las diferencias específicas de sus componentes, tiene territorio y población propios y su poder es soberano hacia dentro y hacia afuera, pues su autonomía constitucional es incondicionada, y posee la competencia de las competencias. Se trata de un Estado en el que la unidad y la diversidad, la centralización y la descentralización se resumen en una unidad dialéctica caracterizada por una específica conexión de las relaciones de coordinación de tal manera que todas ellas se condicionan y complementan recíprocamente. Las solas relaciones de coordinación disolverían la unidad del Estado; las de supra y subordinación disolverían la unidad del Estado centralizado puro, y no sería posible la coexistencia entre ambos grupos de relaciones más que gracias a la idea de inordinación, la cual, por sí sola, es incapaz de fundar una entidad política" (*Derecho constitucional comparado,* pág. 233).

No ignora el autor citado las causas que han motivado que esa "síntesis dialéctica de dos tendencias contadictorias" tienda a quebrarse en favor del aumento de competencias federales, realidad que es palmariamente comprobable en la mayoría de las experiencias históricas contemporáneas que han adoptado la fórmula federal.

Específicamente, al estudiar los antecedentes argentinos, pueden advertirse los matices que condicionan una mayor o menor centralización y que obviamente implica ello la resignación de potestades locales a favor del poder central. Es indudable que la dinámica histórica demuestra la presencia de esa acción centrípeta, concentradora en el poder central de mayor cantidad de atribuciones, a la que se opone la reivindicación de las provincias de sus propias autonomías.

Este problema está ligado íntimamente con una actitud y una filosofía que caracterizó al régimen político argentino de las últimas décadas "una centralización estatizante y una absorción de poderes por el gobierno central, que no se compadece ni con la letra de la Constitución, ni con la funcionalidad del sitema".

Cierto es que este fenómeno ha ido acompañado de una llamativa inacción de los gobiernos locales, quienes olvidando la responsabilidad inherente a la jurisdicción provincial, cedieron por comodidad y falta de idoneidad, los atributos que eran primigeniamente exclusivos de las provincias.

Pero este estado de descomposición no es solamente una característica de la distribución de competencias entre el Estado nacional y las provincias, sino que ha sido una constante de toda la actividad del y en el Estado, que fue impregnado ideológicamente por orientaciones totalitarias, que concibieron al Estado como sumo hacedor, avasallando derechos esenciales, no escapando las provincias a este tan particular como infausto fenómeno.

Sin embargo, tal estado de cosas debía y debe resolverse por aplicación de los sabios principios que animaron la sanción de nuestra Constitución: armonizar individualidad con la generalidad, o en otros términos, la libertad con la asociación.

Es así como los que tenemos la vocación por el derecho, debemos rescatar los principios y valores que justificaron la adopción del régimen federal bajo la vigencia de dos pautas o parámetros fundamentales: inviolabilidad de las autonomías provinciales y supremacía del Estado federal.

Así lo entiende Bidart Campos cuando destaca que "la ideología constitucional se consolida después de Caseros y se vuelca en los principios que solemnemente declara la carta de Santa Fe. La decisión política suprema que ocupa el vértice de la Constitución es, de este modo, una toma de posición ideológica. Y una toma de posición que se valora como definitivamente incorporada al estilo de vida política que hemos adoptado. Hace, pues, a nuestra idiosincracia y nos identifica como pueblo. Este sustrato ideológico encuentra su expresión resumida en el preámbulo que encabeza a la Constitución, y que es la síntesis del plan político que ella propone a las generaciones de su tiempo y a las sucesivas. La recepción que la Constitución hace de esta ideología nos permite sostener que, por el origen y significado de la misma, no puede ser alterada o suprimida sin destruir la esencia de nuestra comunidad y de su régimen. O sea, que los principios básicos que exterioriza a la ideología constitucional, configuran un contenido pétreo de la Constitución" (*La Constitución Argentina,* página 9).

Este contenido pétreo de la Constitución, esa ideología fundamental que nace de los llamados pactos preexistentes, constituye el pilar esencial del orden jurídico y político argentino, tal como nos recordara alguna vez aquel brillante constitucionalista que fuera César Enrique Romero (en su artículos "Pactos preexistentes y voluntad constituyente", *La Ley,* 99-869), de lo que se infieren las siguientes consecuencias:

1) Las provincias argentinas fueron los titulares del poder constituyente nacional en virtud de la voluntad política soberana exteriorizada en los pactos anteriores a la Constitución de 1853, limitando —de tal manera—el poder constituyente ejercitado en 1853;

2) Tales limitaciones aún hoy mantienen su vigencia porque pertenecen al poder constituyente originario y por ende no podrían ser vulneradas las instituciones federales en ejercicio de una potestad meramente reformatoria, o sea, poder constituyente derivado.

Por ello, la coexistencia e interacción de los poderes nacional y provinciales se definió sobre la base de principios de unidad y autonomía, debiendo adicionarse el análisis de una serie de elementos que limitan, amplían y adecuan la interpretación constitucional.

Las limitaciones derivan del fundamento filosófico de la distribución de competencias entre la Nación y las provincias, mientras que la ampliación y adecuación de las potestades son una consecuencia lógica de la evolución del hombre, de sus medios y objetivos, su desarrollo técnico y económico que deben no sólo implementarse jurídicamente sino que necesariamente tienen que integrarse dentro del marco constitucional, a cuyo efecto debe precisarse el sujeto —nación o provincia— que es titular del derecho a legislar en la materia.

El fundamento de la distribución de competencias aludida tiene origen constitucional y dicho cuerpo normativo es dictado por la nación que: "es necesariamente libre de toda traba legal porque su voluntad es siempre la ley suprema fuente de todo poder, su derecho a elaborar su propia Constitución política es originario,

Biblioteca del Gioja. UBA. Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

imprescriptible e incontrolable. Se trata, en efecto, del origen de toda legalidad positiva, del poder de establecer la primera conformación normativa, que no puede, sin contradicción, concebirse a su vez sujeto a norma. Esto, sin embargo, no significa todavía la inexistencia de todo límite. Ocurre, en efecto, que el punto de partida es la libertad individual, que se ha resignado sólo en la medida necesaria para su preservación. La organización estatal no puede, pues, establecerse para destruir esa libertad ni para atentar contra aquellas prerrogativas esenciales afines que reconoce a los hombres de derecho natural y que no depende en consecuencia, de la voluntad de los poderes delegados" (conforme Esteban Ymaz en su artículo "El poder constituyente", *La Ley*, t. 28, p. 971).

Entendemos que tal como no puede cercenarse o anularse la libertad individual, tampoco es posible destruir las provincias invocando el poder soberano de la nación, pues las mismas poseen como atributo esencial su individualidad histórica e identidad.

Debemos tener en cuenta que las provincias, siguieron, a este respecto, el mismo proceso a que se somete el individuo en sociedad, al delegar una parte de sus derechos en favor del Estado nacional, con determinados propósitos.

Discrepamos, en esta materia con la opinión de Jellinek cuando expone que: "si el Estado federal es soberano, no hay límite alguno respecto a la extensión de su competencia frente a los Estados miembros. Esta puede extenderse hasta la supresión del carácter del Estado particular y, por lo tanto, hasta llegar a transformar el Estado federal en unitario" (*Teoría general del Estado*, págs. 587/8).

Creemos que las provincias como entidades anteriores y en virtud de cuyo concurso y por delegación expresa de facultades nace el Estado federal, no pueden ser suprimidas por decisión de este último.

Por ende, la distribución de competencias también se ve restringida en la medida en que no puede aniquilar la autonomía de las provincias.

En ese orden de ideas, podemos recordar que el artículo 5º de la Constitución reviste suma importancia en el examen de la materia, porque en dicha cláusula se establecen los principios a que ha de sujetarse el régimen provincial, circunstancia que ha motivado se la titule "Cláusula de garantía de las instituciones provinciales" o "Cláusula federal", pues de tal forma se preserva el orden federal instaurado.

A partir del principio de que las provincias son autónomas, se deriva el derecho de darse sus propias instituciones locales y de regirse por ellas, eligiendo sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios sin intervención del gobierno federal y sancionar su propia Constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º.

El dictado de la Constitución provincial respectiva, respetando los lineamientos que le establece la Carta Magna nacional, a la vez que asegurando la administración de justicia, régimen municipal y educación primaria dentro de su ámbito jurisdiccional, es el recaudo bajo el cual "el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

Tal como se afirma al respecto en el *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires*, "cada provincia debe tener el derecho de usar de su soberanía en el límite que le es propio, dándose aquellas leyes que juzgue más conveniente para su felicidad ya que, sólo si esas leyes pueden estar en contradicción con la Constitución general, caen bajo el veto del único poder que tiene autoridad para anularlas, que es la Corte federal; poder establecido para definir los límites de las dos soberanías" (pág. 98 y ss.).

Correlativamente a ello, se hace necesario tener en cuenta que para preservar en mayor medida la autonomía provincial, la reforma constitucional de 1860 —apartándose del sistema norteamericano— hubo de suprimir la facultad de revisión de la constituciones provinciales, contenida en el artículo 5º del texto aprobado en 1853. Al respecto, en la misma fuente aludida precedentemente, se destaca que: "Tal prescripción es atentatoria a los principios fundamentales de la asociación federativa, en la que la personalidad política de los pueblos no puede ser eliminada, sino en todo aquello que corresponda al modo de ser exterior de cada Estado; ya sea respecto del extranjero o de otro Estado, o respecto de la nación" (op. cit. pág. 99).

En consecuencia, la fusión de las voluntades provinciales en el acto constituyente federativo, garantiza a sus componentes el respeto por determinadas instituciones, pilares de esa voluntad conjugada, pero —a la vez— ese Estado federal resultante cobra vida propia y adquiere el compromiso de respetar dichas instituciones.

Es así como se constituye un régimen que garantiza el sistema federal en su más pura expresión. No sólo se protege la forma federal, sino también los compromisos constitucionales en cuanto a forma interna de gobierno de cada provincia. Es decir, en forma indirecta, es ésta una manera adicional de preservar la estructura impuesta a la nación por los constituyentes.

Se hace necesario, pues, llegar a determinar las bases que condicionan la normativación plasmada constitucionalmente, para dilucidar el espíritu que ilumina el federalismo argentino.

Por ello, no debemos olvidar las palabras de González Calderón, al sostener que: "la cuestión de los derechos de los Estados dependerá, claro está, del criterio con que se encare la correlativa sobre la naturaleza y los propósitos de la organización constitucional y del concepto sobre lo que ha de ser la esfera de acción del poder federal, y también de la manera de comprender los límites que le están impuestos por la coexistencia de los gobierno de los Estados con poderes indefinidos" (*Derecho constitucional*, pág. 83).

Teniendo en cuenta esta circunstancia, merecen ser mencionadas las reflexiones de Alberdi.

Al respecto inquiere en sus *Bases*, cuáles objetos y hasta qué grado serán sometidos a la acción del gobierno general y expone que: "Para la solución de este problema debemos acudir a nuestra fuente favorita: los hechos anteriores, las condiciones de la vida normal del país, los antecedentes. Si los legisladores dejasen siempre hablar a los hechos que son la voz de la providencia y de la historia, habría menos disputas y menos pérdidas de tiempo. La República Argentina no es un pueblo que está por crearse; no se compone de gentes desembarcadas ayer y venidas de otro mundo para constituirse recién. Es un pueblo con más de dos siglos de existencia, que tiene instituciones antiguas y modernas, desquiciadas e interrumpidas, pero reales y existentes en cierto modo. Así muchos de los que han de ser objetos del gobierno general, están ya generalizados de antemano, por actos solemnes y vigentes".

Es decir, que para el preclaro autor que ya nos había propuesto la abnegación de las pasiones que generaron el enfrentamiento entre los unitarios y federales, no cabía duda alguna sobre la necesidad de conferir al Estado federal una serie de potestades, lo que por otra parte no constituía sino la ratificación de un estado de cosas que la Constitución no podía ignorar y mucho menos alterar.

Tampoco el análisis efectuado, deja de tener en cuenta la amplia gama de poderes que inexcusablemente han de ser resorte exclusivo de los gobiernos provinciales, dándole una extensión similar a la que en virtud del artículo 19 de la Constitución Nacional se prescribe con respecto a los derechos individuales. En efecto, al principio de que "todo lo que no está prohibido, está permitido", se puede agregar que "todo lo que no está delegado a la nación, es potestad de los estados provinciales" (Art. 104 de la Constitución Nacional).

Sin embargo, no debemos dejar de admitir que esta fórmula no es tan sencilla en el plano de la aplicación práctica, pues tal como nos advertía Alberdi: "este gobierno general y local a la vez, será complicado y difícil, pero no por ello dejará de ser el único gobierno posible para la República Argentina. Las formas puras y simples son más fáciles, pero todos ven que la República Argentina es tan incapaz de una pura y simple federación, como de una pura y simple unidad. Necesita, por circunstancias, de una federación unitaria o de una unidad federativa" (*Bases* págs. 110 y ss.).

Hay una idea evidente de equilibrio dentro de esta proposición que recoge la fórmula que el preclaro constitucionalista ensaya párrafos después al decir que: "Dar una parte del gobierno local y pretender conservarlo íntegro, es como restar de cinco dos y pretender que queden siempre cinco. Según esto, pedir un gobierno general, es consentir en el abandono de la parte del gobierno provincial que ha de servir para la formación del gobierno general; y rehusar esa porción de poder bajo cualquier pretexto, es oponerse a que exista una nación, sea unitaria o federa-

Biblioteca del Gioja. Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

tiva. La federación, lo mismo que la unidad, supone el abandono de una cantidad de poder local, que se delega al poder federal o central" (Alberdi, *Bases*, capítulo XXIII, pág. 117).

En resumen, como alguna vez sostuviera nuestro más alto tribunal de justicia: "el federalismo tiene su origen y desarrollo en un designio claro y preciso. La unión nacional. Por ende, dicha forma federal podrá ser invocada para fortalecer la unión aludida y jamás destruirla, lo que exigirá a no dudarlo, al máximo las habilidades legales y políticas de los gobiernos y los jueces" (*Fallos*, 266:408).

La fórmula que haga viable la premisa de "tender al desenvolvimiento armónico" de los poderes respectivos, deberá sujetarse a los parámetros siguientes:

1) Los poderes del Estado nacional y los de las provincias, aunque coexisten y actúan dentro del mismo arco territorial, tienen esferas de acción separadas o independientes. Los de la nación se ejercen dentro de todo el territorio, pero los de las provincias sólo dentro de sus propios límites territoriales.

2) Los poderes no delegados o reservados por las provincias sin los cuales no se concibe el federalismo argentino no pueden ser transferidos a la Nación. La absorción de poderes no delegados hecho por el gobierno central es repugnante al sistema federal instituido en la Ley Fundamental (*Fallos*, 239:343).

3) Las provincias, dada su calidad de Estados autónomos adheridos en el acto constituyente federativo, tienen dentro de sus poderes no delegados y reservados, la plena potestad normativa, correspondientes a su calidad de estados y no de meras divisiones administrativas de la Nación. Pueden darse sus propios instituciones y regirse por ellas y legislar sobre sus bienes públicos (*Fallos*, 240:311).

La atribución de competencias en lo que hace a la asignación de las referidas a la Nación y a las provincias, no constituye materia que pueda ser tratada en esta exposición. Sin embargo, merece un detenido análisis lo referido a la posibilidad de una acción concurrente entre los dos órdenes que coexisten en el Estado federal, pues discernir los límites y campos de las facultades concurrentes dependerá del criterio de interpretación del espíritu y la letra de nuestra Constitución Nacional.

Esta "zona gris" que se contrapone, tanto a la existencia de poderes expresamente delegados —y por ende vedados a las provincias— como los que corresponden primigeniamente a los Estados locales o que los mismos se reservaron —y por ende son suceptibles de regulación por el gobierno federal— nos brinda una realidad distinta que exige al máximo una interpretación que armonice en su verdadera dimensión la finalidad que se persiguió al consagrar la concurrencia aludida.

Discrepamos con Zavalía, cuando afirma que: "los poderes del gobierno central han sido definidos y enumerados limitativamente en tanto que las provincias han conservado una porción considerable de facultades que no pueden definirse ni enumerarse, por cuanto dependen y se refieren a cuestiones suscitadas en el curso ordinario de los sucesos, esto es, a todo aquello que forma el orden natural de la vida de los pueblos... sólo cuando la resolución a adoptar se refiere a cuestiones que interesan por igual a todas las provincias, vale decir a la república, recién entra a actuar el poder central. Los constituyentes creyeron, sin duda, que estas cuestiones de interés general, cuya legislación competía a la nación, eran fácilmente previsibles y las enumeraron en el art. 67". (*Derecho federal*, t. I, pág. 19).

Si nos atuviéramos a tal concepto, no encontraría explicación la inserción en el texto constitucional del inciso 16, en el referido artículo 67, cláusula de prosperidad y verdadera válvula para darle al sistema la flexibilidad de acción e interpretación que la política como proceso dinámico exige.

He aquí el gran instrumento técnico para posibilitar no sólo una acción alternativa sino incluso conjunta. Caben dentro de su marco, las obras comunes, los programas regionales, la complementación entre la Nación y las provincias.

Mientras González Calderón nos habla de que esas facultades contenidas en el inciso referido, son resultado de la armonía de conjunto, de la unidad de fines y concordancia de propósitos entre la Nación y las provincias, Bielsa alude a fuerzas combinadas para un mismo fin común, en tanto que la doctrina en general precisa una característica substancial de estas materias de acción concurrente y es que cuando alguno de los poderes haya empezado a ejercitar la facultad en cuestión, ésta desaparezca para el otro, o sea, que son concurrentes mientras estén en potencia y no hayan sido puestas en ejecución. (Véase al respecto: Segundo V. Linares Quintana. en su obra *Gobierno y Administración de la República Argentina*, t. II, pág. 23 y ss.).

Es evidente que en este campo de acción, las variables económico-sociales e históricas aparecen determinando y adaptando el sistema federal de gobierno y el fiel reflejo de ello es la exteriorización de las facultades de acción concurrente.

Cada gobierno, dentro de este ámbito, ya sea en lo nacional o provincial, busca imponer sus propias pautas, reivindicar para sí potestades y reclamar el derecho de organizar y legislar en tales materias.

También dependerá del criterio centralista y/o estatizante o de la aplicación de conceptos de descentralización y/o subsidiariedad en que se desenvuelva en cada período gubernamental subexamen, el proceso político.

No podemos hablar en el caso de "imprecisión legislativa" o de "imprevisión de los constituyentes", ya que fue merced a una cabal comprensión de las modificaciones eventuales que podrían surgir, así como también para no aferrarse a cánones extremadamente rígidos que conspiraran contra la flexibilidad de las relaciones dentro del Estado, que se aceptó la posibilidad de esa concurrencia, por lo que *discrepamos* con Ramón F. Vázquez, cuando en su obra *Poder de policía* (pág. 163), señala que:

"En vano la corte ha insistido en la tesis de que los poderes federales son enumerados y expresos; en vano ha declarado que las provincias se hallan investidas de todas las atribuciones no delegadas al gobierno federal y en vano, ha reiterado con aparente rigor, el principio de que los poderes generales de policía son privativos de los estados particulares, por que, por sobre todo ello, la interpretación liberal de los textos constitucionales, en lo concerniente a las atribuciones del Congreso de la Nación, ha permitido a éste debilitar la consistencia de aquellas conclusiones mediante intromisiones encubiertas" titulando de tal modo a las materias de acción concurrente.

En tal sentido, no puede hablarse de intromisión sino de necesaria colaboración y decimos necesaria, pues sólo mediante la legislación uniforme en toda la Nación de determinados asuntos, se defiende el interés nacional y también el de todas y cada una de las Provincias.

Así también lo entendió la Corte Suprema al sostener que en este tema hay una:

"Perfecta compatibilidad de dichas facultades en el juego armónico de los poderes locales y nacional, sin peligro del abuso derivado de la supremacía de las leyes nacionales, por cuanto esa supremacía supone leyes constitucionales y no lo serían las que anulasen una contribución establecida por la autoridad de un estado, toda vez que, según la regla constitucional y básica de la independencia y soberanía de la Nación y los estados, las leyes nacionales no pueden derogar la facultad impositiva de las provincias, como no pueden las leyes provinciales derogar esa misma facultad nacional" (*Fallos*, 137:226).

Podemos destacar que los Dres. Boffi Boggero y Aberastury, como integrantes de la Corte Suprema en un pronunciamiento de fecha 19 de septiembre de 1960 sostuvieron que:

"El art. 67, inc. 16 de la Constitución Nacional debe interpretarse cuidando que sus efectos sean compatibles con los demás derechos constitucionales, sean de la Nación o de las provincias, o bien se trate de derechos individuales" (*Jurisprudencia Argentina*, 1960-V-447), mientras que el Dr. Oyhanarte en voto como miembro del mismo tribunal sostuvo que:

"La Corte Suprema ha admitido que una potestad legislativa nacional y una provincial pueden ejercerse conjunta y simultáneamente sobre un mismo objeto de una misma materia, sin que de esa circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno y ha declarado que para la coexistencia de esas potestades sea constitucionalmente posible, es preciso que se cumpla el requisito de que no medie incompatibilidad directa e insalvable" (*Fallos*, 249:292).

Tales atribuciones, evidencia, pues, el verdadero objetivo y naturaleza que se les asignaron: *una acción que no fuera en detrimento de ninguna de las partes* —Es-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

tado nacional o provincias— pero que posibilitara el desarrollo integral de la República, en beneficio común.

No podía hacerse una enunciación taxativa de tales materias porque necesariamente el transcurso del tiempo modificaría cualquier esquema rígido trazado al efecto.

Por ello, sabiamente se abren las puertas a tal acción conjunta, en colaboración, donde se interpreta cabalmente el desinteresado propósito de organización, unión y prosperidad nacional que signara la creación constitucional por los constituyentes.

Habiendo precisado en grandes líneas los alcances y contenido del sistema federal y de los factores que condicionaron el régimen argentino, cabe preguntarse cómo ha de aplicarse el principio federal ante los eventuales conflictos de jurisdicción que puedan suscitarse entre la Nación y las provincias, pues no cabe la menor duda que en el desenvolvimiento normal de la acción de gobierno, se presentan en forma habitual situaciones que requieren la definición de los roles respectivos con la consiguiente necesidad de precisar los límites de la acción concurrente entre ambas esferas de poder.

Ha sido ya remarcada la tendencia observable desde hace varias décadas que acentúa la preponderancia del gobierno central en detrimento de las autonomías provinciales. Hoy, en cambio, parecería revertirse dicha tendencia en nombre del principio de subsidiariedad, de tal modo que se aprecia que las provincias recuperan parte de sus potestades hasta entonces declinantes. De cualquier modo, también se plantea el interrogante en cuanto a cuál es el límite de dicha tendencia y si en nombre de la misma, el Estado federal puede desentenderse de las atribuciones que le fueron delegadas constitucionalmente.

Allí, es donde la interpretación que los jueces hagan será trascendente y relevante en pro de asegurar la conservación de la fórmula constitucional en su integralidad.

También de tal actividad judicial depende mantener vivo o no al federalismo, convertirlo en los hechos en ese sistema posible que visualizaran los constituyentes.

¿Cómo ha de efectuarse esa interpretación? Al respecto, la primera cuestión a tener en cuenta es que conforme señalara Linares Quintana en su obra *La Constitución interpretada* (Editorial Depalma, 1960, pág. XVIII), "la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico y orgánico en el cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes, ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas partes de la ley suprema".

Amén de ello, la interpretación constitucional no puede agotarse en la norma aplicable de acuerdo a "moldes" o estructuras rígidas, ya que ello implicaría divorciar al derecho de la realidad, con la consecuente pérdida de vigencia del orden jurídico.

Así lo ha entendido nuestra Corte Suprema que ya viene cumpliendo desde hace tiempo la función interpretativa aplicando el método dinámico.

Dinamizar la interpretación de la Constitución, obliga a analizar convenientemente las fuentes y elementos normativos que permitan compenetrarse del sentido y alcance de la cláusula en cuestión, en función de los antecedentes históricos del equilibrio institucional de la garantía federal, de los fines y propósitos de la Nación y las transformaciones socio-económicas y culturales.

En función de ello, la interpretación constitucional trasciende la letra originalmente plasmada para adaptarse a las nuevas circunstancias témporo-espaciales, dentro de un espíritu filosófico que se perpetúa y que radica esencialmente en el mantenimiento del sistema federal como marco de referencia dentro del cual la necesidad político - institucional impone soluciones manteniendo congruencia con el objetivo primordial que es la preservación institucional del Estado nacional y de las provincias. Al respecto, la Corte ha dicho que:

"El federalismo supone una unidad superior pero también una fuerza que se opone a las extralimitaciones de la potestad que es la base de sustentación de autonomías provinciales" (*Fallos*, 147:239).

Así lo entiende también Edward H. Levi en su obra *Introducción al razonamiento jurídico* (Eudeba, Bs. As., 1964, p. 79), cuando indica que: "la interpretación constitucional no puede ser tan coherente como el desarrollo del derecho jurisprudencial o la aplicación de las leyes. La interpretación constitucional se va desplazando; ocasionalmente se registran cambios súbitos de dirección. Durante algún tiempo y con relación a un tema habrá alguna consistencia. Los jueces están adiestrados en razonar mediante ejemplos en cualquier supuesto, y dentro de ciertas áreas los casos eran comparados y desarrollados. No es posible prescindir por completo de la coherencia".

Luego de unos ejemplos sobre las virtudes y defectos de ese cambio en la interpretación, advierte que:

"Una Constitución no puede impedir cambios; en verdad, al permitir que se la invoque se aumenta la discrecionalidad de los Tribunales y se hacen posibles los cambios. El resultado de esto, en algunos campos, puede llegar a parecer alarmante. Es solo una advertencia, empero, de que en última instancia la protección se halla en el pueblo mismo".

Así como la interpretación no puede ser pétrea e inmutable porque la letra impuesta sólo traduce parcialmente las motivaciones generadoras, y, en consecuencia, la exégesis constitucional debe adaptarse a ese espíritu que por características propias de todo proceso humano, es eminentemente dinámico, debe ser razonable y congruente con el principio de supremacía de la Constitución, consagrado en el artículo 31 de la Carta Magna.

Razonabilidad que debe entenderse como la regulación "necesaria y adecuada para el cumplimiento de un objeto dentro de la órbita del poder de policía. No debe ser opresiva. Debe estar sancionada de buena fe para la promoción del interés público y no para la hostilidad o sometimiento de una clase o raza determinada. No puede interferir arbitrariamente con el goce de los derechos personales o de propiedad garantizados por la Constitución. No puede tomar la propiedad de individuo y dársela a otro..." (Samuel P. Weaver, *Constitutional Law and its Administration*, p. 493).

Por otra parte, cabe destacarse el alcance del art. 31 de la Constitución como elemento para dilucidar —en última instancia— los conflictos planteados, ya que dicha cláusula consagra el principio de la supremacía de la Constitución y de las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, debiendo las provincias someterse a las mismas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan.

Es decir que para evitar la anarquía del sistema impuesto, a través de interpretaciones disímiles o antojadizas, se consagra como principio fundamental para la aplicación del régimen instituido, la supremacía del orden federal y como único intérprete del mismo a la Justicia.

Vale decir, que, por tradición histórica, necesidad geográfica e ideología política, la forma federal es incuestionable en la Argentina y la misma no ha caducado o perdido vigencia por las distorsiones habidas sino que configura la necesidad de retornar al respeto y sumisión al espíritu que definió a la República bajo la forma federal en el artículo primero de nuestra Carta Magna.

Ello implica en sí, una reafirmación de valores y una adhesión permanente a quienes supieron instrumentar un régimen que —siendo perfectible como toda obra humana— es históricamente válido y demuestra que sus posibilidades exegéticas no se agotan en el tiempo.

Sirvan estas reflexiones como homenaje a sus inspiradores y artífices y para quienes, con encomiable equilibrio y sabiduría, mantuvieron no sólo su vigencia sino que dinamizaron su interpretación, conscientes de tal función evolutiva sin deteriorar —a pesar de ello— su permanente ideología.

La hicieron pensando no en una fórmula utópica o en el mero calco del sistema norteamericano, sino nutriéndose de nuestra realidad, buscando la concreción de un federalismo posible, practicable, cualesquiera fueren los cambios que el devenir histórico impusiera. Lo hicieron con el valor de un clásico, cuya permanencia y vigencia son indiscutibles. Lo concretaron, en fin, cumpliendo un mandato imperativo emanado de los llamados "Pactos preexistentes".

Nos cabe —como hombres de Derecho— la responsabilidad para que ese espíritu y sabiduría pueda ser recogido revigorizando la premisa mayor que iluminara al Congreso Constituyente de 1853: *"El anhelo de que la Constitución fuera «¡La Nación Argentina hecha Ley!»"*.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

Dr. JUAN OCTAVIO GAUNA
Profesor Adjunto Interino de Derecho Político.

El control judicial de los actos de la Administración Pública

El tema que vamos a encarar es doblemente sugestivo para nosotros pues pone en juego importantes y distintas parcelas del Derecho Público en general (Político, Constitucional y Administrativo) y porque además está ligado a nuestro cotidiano profesional quehacer. Encontramos asimismo el tema como hito fundamental de meditación con miras a un perfeccionamiento de la forma de gobierno democrática, al estilo de vida democrático en relación íntima con el controvertido principio de la separación o división del poder.

La problemática del control judicial de los actos de la Administración Pública está insertada fundamentalmente como un capítulo del Derecho Administrativo por lo que puede no verse con claridad cómo es que se encuentra hoy formando parte de un ciclo de conferencias que organiza el Instituto de Derecho Político y Constitucional sobre la supervivencia de la democracia.

Ello merece una primera reflexión aclaratoria. El Derecho Administrativo tiene sus raíces en problemas esenciales de la ciencia política, como son las relaciones del Estado y el ciudadano, la autoridad y la libertad, la sociedad y el individuo y así Prosper Weil, utilizando una licencia terminológica, señala para caracterizarlo que más que un derecho jurídico es un derecho político.

De ahí el íntimo contacto que existe entre las instituciones del Derecho Administrativo y las del Derecho Político y Constitucional por lo que si bien el tema del control judicial de los actos de la Administración Pública metodológicamente por razones didácticas puede estar bien encuadrado en el Derecho Administrativo no le pertenece en exclusividad y como tantos otros temas no puede quedar circunscripto a esa rama del Derecho Público interno en particular, sino que debe abordarse el problema en relación con principios e instituciones del Derecho Político y Constitucional, que hacen a la savia de la cual se nutre, es decir en definitiva tomándolo en su perspectiva global como un capítulo importantísimo del Derecho Público todo.

Para lograr un entendimiento acabado de la complejidad que conlleva el tema que nos ocupa, debe partirse puntualizando que la actividad de los particulares está regulada por un derecho que se les impone externamente y el respeto de los derechos y obligaciones que lleva consigo está bajo la autoridad y la sanción de un poder exterior y superior: el del Estado. Pero resulta extraño que el Estado acepte voluntariamente considerarse obligado por la ley.

La presentación del disertante fue efectuada por el Dr. Héctor R. Orlandi.

Pareciera que está en la naturaleza de las cosas el que un Estado crea, de buena fe, estar investido del "imperium" necesario para decidir discrecionalmente sobre el contenido y las exigencias del interés general. Es necesario que se violente a sí mismo para considerarse sometido al ordenamiento jurídico que le preceptúa determinadas formas de conducta y la prohíbe otras. Mas aún debe reputar como poco normal que sus decisiones puedan someterse a la revisión de un hombre investido de la calidad de juez.

Si bien hoy estamos acostumbrados a ver al Estado limitado por el derecho y sometido al control jurisdiccional para comprender la dimensión de ello en su justo valor no hay que olvidar las sabias lecciones de la historia política que permitieron se llegara a esto.

La conquista del Estado por el Derecho es relativamente reciente y no está aún universalmente alcanzada, los más importantes progresos en este sentido no se remontan más allá de un siglo y aún quedan, como se verá zonas en la que la acción gubernamental se despliega fuera del control jurídico, y es lógico, la "razón de estado" no se rinde de un día para otro.

Esto que es cierto del Estado en general se ve aún con mayor claridad respecto a aquel de los tres poderes al que ha sido atribuida la parte más importante del Gobierno.

Se ha dicho reiteradamente que la separación de poderes no es esencialmente una distinción de funciones que se corresponda con una división del trabajo sino una repartición de atribuciones del poder de autoridad. De los tres poderes es el Ejecutivo quien sin duda se ha beneficiado en el reparto con la porción mayor: es el único que directamente dispone de la fuerza pública en la acepción más amplia del vocablo, es el llamado a tomar en forma inmediata las innumerables decisiones que exige la vida diaria del Estado, siendo en la actualidad el que indudablemente más se ha beneficiado con la extensión que desde aproximadamente hace medio siglo ha experimentado el Estado en sus atribuciones y competencias porque el intervencionismo económico y social, la planificación y el incremento del poder de policía en nada o casi nada han modificado las tradicionales atribuciones del legislativo y del judicial. Es por ello que teóricamente hablando no existe fuerza capaz de obligar materialmente al ejecutivo a someterse al ordenamiento jurídico, a la sentencia del juez ya que en cualquier momento si se le antoja puede poner fin a la autolimitación que consiente.

Como dice Weil la limitación sigue ocurriendo por milagro, un milagro que deba reproducirse diariamente a fin de que dure y para ello tienen que darse condiciones fundamentales que tienen que ver con la forma de Estado, el prestigio del derecho y de los jueces y el espíritu que anime a la comunidad toda.

Aún con la Revolución Francesa, donde se exaltan los derechos individuales por encima de las potestades estatales (reacción contra el absolutismo) se dictan normas como la del 24 de agosto de 1790 en que claramente se dice: las funciones judiciales son distintas y permanecerán totalmente separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán so pena de traición interferir por ningún medio la actividad de los cuerpos administrativos ni citar a juicio a los administradores con motivo del cumplimiento de sus funciones. Cinco años después, el 16 de fructidor del año II se reitera la prohibición de que los tribunales conozcan de actos de la administración de cualquier clase que sea bajo las penas que sean de derecho.

Como se ve aún en la inauguración misma de la que se va a denominar Estado de Derecho Constitucional el Poder Judicial, cuya misión natural es la de resolver las controversias precisando el derecho aplicable, salía debilitado y disminuido en la organización del poder de autoridad.

Empero vamos a ver cómo esta singular óptica de la separación del poder deviene de problemas históricos específicos que hacen exclusivamente a Francia y que llevan a la peculiar interpretación que en aquel Estado se ha dado al principio de la división del poder que por su importancia ocupará la primera parte de nuestra exposición.

SEPARACION DEL PODER

Pocas instituciones como la división o separación del poder se encuentran en la

Biblioteca de la Facultad de Derecho del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

teoría y en la práctica constitucional expuestas a tantas diversas interpretaciones como aplicaciones contradictorias. La organización de los Estados contemporáneas es una adaptación más o menos reflexiva de ese principio de la división del poder, con la excepción de los Estados autocráticos. Tal permanencia en el campo jurídico de este principio por encima del continuo sucederse de teorías, instituciones y tendencias políticas revela una indiscutible solidez sustancial.

Para no hacer un extenso relevamiento histórico vamos a comenzar mencionando a Locke como quien propugna ya con claridad la necesidad de que el poder ejecutivo y el legislativo se separen colocándolos en distintas manos.

Esta separación del Ejecutivo y Legislativo propugnada por Locke no nace con motivo o teniendo en miras el principio de la división del trabajo sino que tiene sustento en la estructuración de un sistema que garantice la libertad de los hombres de donde surge la preeminencia del Legislativo frente al Ejecutivo.

Con Montesquieu y su *Espíritu de las leyes* queda perfilada más nítida y científicamente la teoría.

Se postula el reino de la ley como piedra fundamental que sirva de base a la construcción del edificio de la libertad. En la medida que es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él, se plantea en concreto que el poder contenga al poder para a partir de allí establecer los lineamientos de la relación entre esos poderes. El que hace la ley no la ejecuta ni la juzga, el que ejecuta la ley no la hace ni la juzga ni quien juzga hace o ejecuta la ley.

Es decir, insisto, que la institución se plantea como un régimen de garantías de las libertades no por un concepto de división del trabajo. Así continúa Montesquieu: "no hay tampoco libertad si la potestad de juzgar no está separada de la legislativa y la ejecutiva, si está en el legislador será arbitrario, pues el juez será el legislador, si está en el ejecutivo, el juez tendrá la fuerza de un opresor".

Siguiendo en el punto la tesis del profesor Jorge Tristán Bosch en su clásico libro *Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar la Administración Pública*: debe señalarse como en Francia su constitución 1789/1791 hizo una falsa aplicación del principio enunciado por Montesquieu ya que estructuró un estado constituido por órganos independientes y desvinculados entre sí, al mismo tiempo que especializados en forma absoluta en el ejercicio de funciones materialmente distintas. Ello tiene su explicación en que los "parlamentos judiciales" en manos de la nobleza de toga había interferido con sus decisiones grandemente en las políticas que pretendieron desarrollar Luis XV y Luis XVI por lo que los revolucionarios intentaron salvar ese escollo con las leyes que hemos mencionado al comienzo de nuestra exposición que prohibían en forma terminante a los jueces inmiscuirse en la marcha de la administración.

A ello hay que agregar que en Francia también se distinguen dos clases de leyes, las "civiles que regulan las relaciones entre los particulares" y las "políticas" que regulan las relaciones entre los particulares y la Administración, de donde van a derivar la función judicial en la aplicación de las leyes civiles y la función administrativa en la aplicación de las políticas.

Por tanto en Francia el proceso de la función jurisdiccional en materia contenciosa administrativa se va a cumplir dentro del propio poder administrador, pues los actos de la Administración en virtud de esa interpretación de la división del poder en órganos desvinculados entre sí, únicamente pueden ser revisados por el mismo poder que los dicta: aceptar lo contrario, es decir, su revisión por el judicial, por ejemplo, sería la invasión de ese poder en el otro con lo que se violentaría el principio de la división tan peculiarmente interpretado.

Surge el Consejo de Estado como órgano asesor, va ampliando sus funciones, retrocede con la caída de Napoleón y la restauración borbónica hasta que entre 1870 y 1889 se convierte definitivamente en el órgano competente en forma exclusiva para entender en las contiendas administrativas.

Es decir, que la función jurisdiccional contencioso administrativa se organiza dentro del poder administrador pero a fin de satisfacer la tendencia a independizarse siempre latente en cuanto se refiere a la potestad jurisdiccional se divide la Administración en dos mitades, una de las cuales tiene por función controlar la legalidad de la actividad desplegada por la otra (Administración pasiva o jurisdiccional, falsa administración y administración activa o verdadera administración).

Si repensamos que el principio de la separación del poder tuvo como objeto esencial el instaurar un sistema de garantías de la libertad de los hombres, no cabe duda que en Francia por razones específicamente políticas de momento desvirtuó el principio y estableció un sistema *sui generis* en materia de control, en donde la propia administración se erige en juez de los litigios en que interviene como parte interesada.

El éxito logrado en Francia por el Consejo de Estado a través de su independencia de criterio en la protección de los derechos individuales no desvirtúa en lo más mínimo la afirmación de que la doctrina de la seperación del poder se interpreta en forma distinta a la que propugnaran sus voceros, pues al controlar la administración sus propios actos el esquema de frenos y contrapesos para equilibrar el poder se ha desnivelado a favor de uno de esos poderes.

Inglaterra por el contrario se aferró al concepto de unidad del derecho, a la existencia de una sola calidad de normas, de un sólo derecho común al cual el Estado, sus organismos y otras personas públicas están sometidas al mismo título que los particulares, derivando necesariamente de ello un solo tipo de órgano destinado a cumplir la función de control, los tribunales ordinarios dotados del monopolio de la función jurisdiccional. El *common law*, ley ordinaria y tradicional de la tierra, es la que impera, lo que excluye la idea de cualquier excepción con los funcionarios para con el deber de obediencia a la ley que rige para los otros ciudadanos o con respecto a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

La separación de los poderes en Inglaterra se consuma en un sistema de frenos y contrapesos en el gobierno, órganos no aislados ni confinados en el ejercicio de una función específica, sino coordinados recíprocamente merced a una inteligente distribución entre ellos de las tres funciones básicas de modo que cada órgano ponga algo de cada una de ellas y puede influir sobre los otros en la medida necesaria para asegurar el mantenimiento de la separación y el equilibrio de las diversas posiciones en que queda organizado el poder de autoridad en el Estado como garantía de la libertad.

La independencia de la justicia administrativa se cumple en Inglaterra hacia afuera del Poder Administrador.

Las trece colonias inglesas en América del Norte y los constituyente de Filadelfia al constituir la nueva nación también consagran el sistema de frenos y contrapesos y ponen en manos del Poder Judicial toda la función jurisdiccional del Estado.

No cabe duda que nuestros constituyentes tuvieron como modelo la Constitución de Estados Unidos, por lo que aquella tradición anglosajona fue la que fundamentalmente se tuvo en mira al organizar el gobierno de la Nación y ello se reflejó en los preceptos consagrados en los arts. 95 y 100 de la Constitución Nacional histórica de 1853/1860.

El art. 95 tiene su fuente en el art. 108 de la Constitución chilena de 1833, que también se tuviera a la vista para la concreción de nuestra Ley Fundamental. Allí se prohibía tanto al Ejecutivo como al Legislativo las funciones judiciales, pero limitando esa prohibición al conocimiento de causas civiles y criminales. Esta limitación no la incorporaron nuestros constituyentes que también tuvieron en cuenta los reglamentos de 1810 y 1811 que negaba a la Junta el ejercicio de funciones judiciales, pero que por disposiciones complementarias excluyeron de la prohibición lo que hoy denominaríamos causas contencioso administrativa y fiscales. El art. 95 establece la prohibición y no hace excepción alguna por lo que nuestros constituyentes afirmaron la potestad del órgano judicial para conocer en todo tipo de causas.

Para ellos entonces toda contraposición de derechos puede dar lugar a un juicio, a una "causa" que sólo puede ser resuelto por un juez natural con jurisdicción suficiente. La Administración reglamenta, dispone, ordena pero jamás juzga.

Empero este panorama que es claro tiende a desvirtuarse al querer trasvasar soluciones franceses que como vimos no se compatibilizan con el esquema esencial adoptado por nuestra Constitución Nacional.

Se comienza a decir que realmente lo

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

que el art. 95 prohibió al presidente de la Nación es el conocimiento de funciones judiciales que es solamente una especie de un género más amplio de función jurisdiccional que puede subdividirse en función jurisdiccional administrativa y función jurisdiccional judicial. Es decir, que comienzan lo que denominamos tortura de normas para que digan algo que nosotros queremos que diga a fin de constituir una teoría propia que consideramos útil y eficaz pero que realmente choca con lo que debe ser la interpretación natural, no tortuosa, de los preceptos jurídicos.

Para nuestros constituyentes no cabe duda qué función judicial en sentido lato y expreso era equivalente a jurisdiccional, porque esa es la única interpretación que teniendo en cuenta la tradición anglosajona y el sistema de división del poder garantizador de la libertad adoptado de acuerdo a los antecedentes mencionados, se compadece con la arquitectura orgánica del poder de autoridad que consagraran.

Se sigue en la desvirtuación, pues al tropezar con el inconveniente de que tal vez sea cierto que al Presidente, titular del Poder Ejecutivo le está vedado la función jurisdiccional, se comienza a entender que tal prohibición es específica para esa persona pero que no está dada para otros órganos administrativos. No entendemos como ello se puede desprender del art. 95 de la Constitución Nacional, pero además es necesario hacer resaltar que tal posibilidad rompe todo el esquema elaborado alrededor de la estructuración del órgano ejecutivo como jefe de la Administración Pública Nacional con su consecuente potestad jerárquica y de autocontrol que por ende debe tener la actividad administrativa, control que se le cercena con esta función jurisdiccional otorgada a órganos administrativos de especialización específica, pues de sus resoluciones se recurre directamente ante el Poder Judicial, ya sea por ante Tribunales de 1ª Instancia o de 2ª Instancia.

Como característica de la existencia de tales órganos especializados con competencia jurisdiccional brindada por ley formal se dice que deben ser independientes, que debe rodearse a sus integrantes de garantías de estabilidad, remuneración, lo que se contrapone también con aquella potestad jerárquica de impartir órdenes para el mejor cumplimiento de la actividad adinistrativa, nombrar y remover los empleados de la Administración y realmente si los mal denominados jueces administrativos para ser tales tienen que tener las mismas características de los magistrados judiciales ¿para qué crearlos? ¿cuál es la necesidad? si ya existe el órgano imparcial e independiente cin garantías de inamovilidad y remuneración protegida, que hace a la esencia de nuestras instituciones.

Creemos que *no* se puede tener fragmentos de administración con apariencia judicial, pues de acuerdo a la estructura jerárquica que como regla directriz preside la organización del Poder Ejecutivo tales organismos pocas posibilidades tienen de ser independientes, por el contrario no pareciera posible que puedan ser distintos a dependientes ¿de qué? De los vientos políticos cambiantes del momento que sople por el Ejecutivo, por lo menos en la realidad de nuestro país y eso *es peligroso*.

La jurisdicción es la función estatal dirigida a hacer efectiva la sanción que la norma jurídica contiene cuando lo que ésta dispone no ha sido voluntariamente cumplida por las partes. Esa sanción, que en último término significa restablecer el derecho violado o desconocido no puede ser aplicada por una de esas mismas partes porque ello abriría el camino a la ley de la selva, al desorden, la arbitrariedad, el abuso del más fuerte. De allí que esos conflictos entre particulares deben resolverse por un tercero (lo que es característico de la jurisdicción, y por lo que ese establecimiento de la sanción que restablezca el derecho tiene que estar en manos del Estado y dentro del poder en el Estado, poder de autoridad, en el Poder Judicial. No hay en esto pareciera discrepancia alguna.

Entonces si, se reconoce la necesidad de ese tercero para resolver el conflicto entre los particulares, cuando el problema se plantea entre un administrado y el poder administrador —¿necesariamente no debe también existir ese tercero?

Decimos que sí, sigue siendo válida y necesaria la existencia de ese tercero. ¿Quién dentro del Estado tiene conferida claramente —sin torturar norma alguna— la atribución genérica pero específica al mismo tiempo de dirimir los conflictos con fuerza de verdad legal?: el órgano judicial, el Poder Judicial integrado por los jueces naturales de la Constitución. Por ende, dentro de nuestro razonamiento, se disipan las dudas en cuanto a que en los conflictos entre un particular y la Administración Pública centralizada o descentralizada es también el órgano judicial el encargado de conocer, revisar y juzgar la contienda, pues si le encargamos la tarea a la propia administración se la estamos entregando a una de las partes en conflicto y como ya hemos dicho, ello no está permitido en el concepto de jurisdicción que ineludiblemente lleva la necesidad de la existencia de un tercero que desde afuera de la contienda reconozca, aplique el derecho vigente pertinente al caso.

Esta función jurisdiccional se cumple ante los jueces del Poder Judicial, es función de los tribunales de justicia de acuerdo a nuestro ordenamiento institucional, es allí donde la reclamación da lugar al nacimiento del verdadero proceso, siempre condicionado a que la pretensión se deduzca ante un órgano imparcial, independiente, supraordenado al interés de las partes, circunstancia que explica con claridad la diferencia entre el proceso judicial y lo que se cumple en sede administrativa aún ante los denominados Tribunales Administrativos.

El juez del Poder Judicial aplica la ley para el restablecimiento del orden jurídico perturbado, en tanto la Administración la aplica para el mejor funcionamiento de su actuación en aras del interés general.

Administración y jurisdicción pertenecen no sólo a funciones de distinta naturaleza, sino que arrancan de poderes u órganos constitucionalmente diferenciados.

Se ha creado un mundo de teorías. Pareciera que desde algún oculto lugar un pequeño gnomo se pasa el día elaborando nuevas palabras, nuevas frases y a pesar de ello es evidente que no se pueden superar sistemas que no por antiguos continúan siendo los marcos correctos para el libre desarrollo del hombre.

Debemos partir de la base que el derecho exige una precisión terminológica que ahuyente las controversias y discusiones que surgen precisamente de la confusión y duda sobre los términos.

La pobreza en el léxico jurídico se aviene mal con la necesidad de emplear en las disciplinas jurídicas la palabra adecuada a cada institución, a cada concepto, a cada situación jurídica a las cuales debe corresponderle un distintivo terminológico claro e inequívoco.

La incorrección de la expresión tribunales administrativos acarrea una interminable serie de confusiones porque en primer lugar el término administración tiene ya un sentido propio y técnico dentro de nuestro derecho público como también lo tiene la expresión tribunales.

Sin desmedro de lo foráneo, como dice Bosch, en esta materia es preciso atenerse a lo vernáculo, pues así se evitarán muchos equívocos que a veces comienzan a introducirse en el lenguaje y luego terminan por provocar una confusión de conceptos que lleva a oscurecer la comprensión natural de nuestras propias institucional.

SISTEMAS

Concluido el esquema anterior debe puntualizarse que la fiscalización de los actos de la Administración Pública puede ser de tres clases: política, administrativa y jurisdiccional.

La política normalmente se considera ejercida por el órgano legislativo, pero suele tener poca eficacia, pues como expresara Duez los parlamentos son organismos cuyos miembros están principalmente guiados por preocupaciones de partido o grupo y por otra parte su propia actividad, la legislativa, no les permite hallarse constantemente en funciones de censores de la Administración.

Sin perjuicio de ello y tratando de buscar una solución del problema en el derecho comparado es muy actual la institución escandinava del *Ombudsman*, una personalidad designada por el Parlamento que actúa bajo la protección del mismo y que tiene la función de examinar e investigar las quejas presentadas por los ciudadanos sobre la manera en que son tratados por los agentes públicos, así como recomendar las medidas que procedan.

La fiscalización administrativa se efectúa dentro de la propia administración a través del sistema de los recursos de reconsideración, reposición o revocatoria para que la propia autoridad que dictó el

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

acto la deje sin efecto, jerárquico o de alzada basado en el principio de la jerarquía propio de la organización administratativa que posibilita el autocontrol por el cual la autoridad superior confirma, anula y en ocasiones reforma la resolución del inferior. Estos recursos pueden constar de varios grados y la utilización total de los mismos por el particular se dice que agota la vía administrativa.

La fiscalización jurisdiccional —para algunos tribunales administrativos— Consejo de Estado en Francia— de acuerdo a su particular entendimiento del principio de la separación del poder, es una experiencia que entendemos no puede transferirse a nuestro país pues lo impide nuestra concepción del principio de separación del poder tal cual está organizado el gobierno de la Nación según nuestra Constitución y el cual, además, no podría cuajar en países como el nuestro donde la tradición, la política y la cultura operarían como factores de desvirtuación del sistema como señala Oyhanarte.

Asimismo, el desjudicializar el control sobre la Administración Pública generalmente no condice con un sistema de ejecutivo fuerte como el nuestro, por lo que el administrativizar el control pareciera un retroceso lamentable en cuanto a la protección de los derechos del individuo y el sistema de garantía de la libertad.

Nos inclinamos siendo coherentes con toda nuestra postura por la fiscalización jurisdiccional por jueces del Poder Judicial especializados en la materia. Sustentamos esta tesitura pues estamos convencidos que ofrece una innegable superioridad sobre los otros medios de control.

La mentalidad del juez no es la del hombre político ni la del administrador activo. Por formación profesional el juez pone en primer lugar de sus preocupaciones el respeto al derecho y a la legalidad. Somete objetivamente a fiscalización la regularidad jurídica de los medios utilizados por la Administración, en tanto que el político y el administrador ven por sobre todo el objeto o la finalidad que tratan de conseguir con su actuación.

El proceso judicial ofrece mayores garantías para el particular y por obra de la especialización el juez también conoce y sabe ponderar las necesidades de la Administración, tratando de conciliar así el interés general con el interés privado.

Si además el juez goza de una independencia de derecho y de hecho y si los particulares pueden fácilmente utilizar los medios jurídicos de control, podemos decir que estamos dentro de las mejores condiciones para preservar la libertad de los individuos sin obstaculizar caprichosamente la esencial actuación administrativa en aras del proceso social.

Dejar el control en manos de la Administración, teniendo en cuenta la experiencia con que nos ha dotado la realidad nos pone en el peligroso camino de redondear y robustecer una actividad administrativa que puede estar partidistamente encaminada a imponer un totalitario y sectario concepto del interés social o interés general.

La técnica de la jurisdiccionalización de la administración nos lleva por reacción inversa a una administrativización de la jurisdicción, lo cual significa a nuestro criterio la sepultura del Estado de derecho.

La conciencia jurídica del país debe repudiar tanto los sistemas que niegan el bienestar de los hombres como los que pretenden edificarlo sobre el desprecio y derrota de nuestras instituciones.

TRANSFORMACIONES

Efectuado el planteo teórico que nos ubicará ya en el centro del problema e incluso adelantada nuestra posición, debemos pasar revista a nuestra realidad de hoy.

Aquel Estado liberal, individualista y abstencionista se encuentra frente a una nueva dinámica social, compleja, conflictiva, densa y cambiante. A ello debe hacer frente —surge la tesis social de lograr un poder eficaz que requiere un órgano fuerte encargado de la realización de esa finalidad social.

La preocupación por la eficacia y el simultáneo aumento de finalidades públicas ha ido redondeando el deseo de concentrar el poder para que puedan ejercitarse las políticas tendientes al logro de esas finalidades sin mayores retaceos.

Frente a esto ¿qué es lo que ha ocurrido con nuestro trajinado principio de la separación del poder? ¿Qué es el Estado? Hasta los novelistas se inquietan. Morris West en la novela *La Salamandra* hace decir al personaje principal: "Soy un servidor del Estado, excepto que no estoy muy seguro de lo que es hoy en día el Estado. El Estado es todo y aterroriza pensar lo que puede ser mañana".

En primer lugar a medida que los Estados han ido asumiendo la dirección y el protagonismo de la vida económica y las tareas de asistencia vital, ha habido muchas materias que han ido escapando a la iniciativa del Congreso, porque en tales materias de política económico social se exige un saber especializado del cual normalmente la generalidad de los parlamentarios carecen.

Carece el Poder Legislativo, también en muchos casos de la información suficiente para llegar a decisiones racionales. Aún cuando la lleguen a poseer, por las características mismas de la institución (elevado número de miembros, reglas de actuación, carencia de servicios de asesoramiento o apoyo), el Congreso o Parlamento en todos los países se ha mostrado incapaz de asumir o dirigir las nuevas tareas.

Se han invertido así los papeles. El Ejecutivo ha pasado de ser el ejecutor de la política, a ser el formulador de la misma sin límites de campos o materias, mientras el Congreso se reduce a otorgar amplias y constantes delegaciones en blanco. La proliferación de la legislación delegada, reglamentos delegados, de habilitación o integración es impresionante.

Esta es una realidad universal. Dice el profesor de Derecho Administrativo Davis de la Universidad de Chicago que aún la asamblea legislativa considera más fuerte, activa, flexible y dotada del mundo que es el Congreso de los Estados Unidos ha tenido que hacer uso constante de tales delegaciones que en muchos campos es un verdadero cheque en blanco a favor del Ejecutivo. Los *standards* directrices o límites de tales delegaciones que inicialmente se exigieron para que estas no fueran anticonstitucionales han llegado a ser tan vagos e imprecisos que su diferencia con las delegaciones en blanco es más o menos cero.

En todos los países está ocurriendo que lo que el Congreso hace es decirle al Ejecutivo: aquí hay un problema; resuélvalo o lo que es peor, como no sabemos cuáles y cuántos son los problemas actuales o los que puedan venir, descríbalos, identifíquelos cuando surjan y resuélvalos.

El traspaso del poder es evidente.

Puede decirse que los parlamentos siguen desempeñando su labor de emitir reglas jurídicas, normas de conducta social, en aquellos campos que pertenecen al orden de las convicciones o que regulan el comportamiento individual o que establecen procedimientos de actuación o reflejan las decisiones jurídico-políticas importantes que afectan a la estructura del Estado (regulación de las libertades, leyes civiles, penales, etc.) pero en materias económicas sociales que son las que constituyen el núcleo de la actividad estatal asistimos a un desplazamiento del poder de decisión desde el Legislativo al Ejecutivo.

Otra causa que ha servido para invertir los papeles constitucionales tanto en los países de régimen parlamentario como presidencialista es la adhesión más que a los principios de la doctrina partidaria al líder partidario.

Esto significa que para un diputado o senador el hecho de retirar su apoyo al Ejecutivo que es generalmente el jefe del partido, o se transforma a partir de allí en el jefe, o comparte por lo menos la conducción del partido, constituye un suicidio político pues pasa a ser un violador de la disciplina partidaria, un traidor al partido que sufrirá las consecuencias por su falta de solidaridad.

De ahí entonces que el legislativo representa la voluntad del Ejecutivo más que la del propio Poder que integra.

El resultado es el mismo en todas partes, el Ejecutivo no sólo lleva a cabo la toma de decisiones, maneja la legislación a través de sus iniciativas. El resultado final es claro: en la determinación de la política nacional el esquema del Ejecutivo fuerte controlando al poder legislativo deriva naturalmente y generalmente en una Administración avasallante, rígidamente jerárquica, autoritaria con afición al secreto o reserva de actuaciones que hace al misterio de sus razones, excesivamente politizada, sumisa al mando político de turno, con un sentido exclusivista e iluminista de lo que sea el interés público, que se considera en posesión de la verdad y que tiene poco respeto por el ciudadano que dice servir.

Si a ello le sumamos la desvirtuación apuntada en cuanto al nacimiento y proliferación en todos los países, aún en los anglosajones, de tribunales administrativos justificados en su existencia por el

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional Nº II
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979

"mito" de la eficacia y complejidad técnica de las relaciones engendradas por la vida social contemporánea, cada uno con un procedimiento específico, con plazos distintos, con control ante el Poder Judicial limitado por vía de los recursos ante 1ª y 2ª Instancia según los casos ante jurisdicciones judiciales distintas, con agotamiento de vías administrativas o reclamos administrativos previos, luchando contra el silencio de la Administración, luchando permanentemente con áreas que se levantan para ser inmunes a la fiscalización judicial (actos discrecionales, actos de gobierno, regulación del instituto del amparo restringiéndolo, etc.) nos encontramos con que para llegar al control judicial se ha creado un laberinto de jurisdicciones, una estructura inorgánica difícilmente entendible aún por los especialistas que impide comprender cuál es el verdadero sistema jurisdiccional implementado por el Estado, todo lo cual lleva cada vez a hacer más ardua la reacción contra los actos de esa Administración, pues el itinerario desanima hasta el desistimiento.

Este apretado panorama debe hacernos entender que no existe en la práctica el principio de la separación del poder, con las implicancias que de ello deviene. Consciente o inconscientemente vamos nuevamente a la concentración del poder en una sola mano y ello repercute en el individuo, invalida la democracia.

Mientras la Administración sólo tenía un deber ordenador frente a una sociedad que podríamos calificar de autónoma, que se movía por sí misma, el individuo se enfrentaba con la Administración como un ser libre e independiente sin temores y por ende podía arriesgar un conflicto con ella.

Mas hoy las circunstancias han cambiado. En tanto la Administración sirve a la existencia vital, administrando trabajo, vivienda, materias primas, prestando servicios permanentes que el individuo precisa, que hacen a su desarrollo pleno, ha dejado de ser independiente por el contrario se ha convertido en un ser dependiente en forma continua de esa Administración omnipotente. Es el tiempo de las cosas grandes, empresas grandes, sindicatos grandes, ejecutivos fuertes y grandes frente a las cuales el hombre parece hacerse cada vez más pequeño.

Prefiere abstenerse de tensiones y conflictos con ella, tiende a sacrificar su derecho en algunos casos y piensa dos veces antes de poner en movimiento el proceso administrativo en sede judicial. Teme que la protesta de hoy le deje sin bienestar mañana. Cuenta Boquere Oliver que en un Ayuntamiento de una provincia española un imprentero por un problema de impuestos inicia acción judicial contra el municipio. Dicho imprentero había provisto normalmente y durante mucho tiempo el papel necesario al Ayuntamiento, lo que significaba la entrada mayor de su negocio. Notificada la demanda, fue eliminado de la lista de proveedores. Sigue diciendo Boquere: la Administración conoce esa debilidad en que el individuo se encuentra y en ocasiones sigue caminando sin preocuparse demasiado si está obrando dentro de la legalidad.

Como dice el profesor español Entrena es incómodo recurrir contra la decisión de un Alcalde cuando muchas cosas dependen del certificado de buena conducta que al Alcalde le corresponda otorgar.

El individuo, por cierto, siente sobre sí esa incidencia del poder fuerte. Se dice que se le otorgan medios y vías legales para defender sus derechos pero las más dentro de la misma Administración llámense o no tribunales administrativos. Es tanta la complejidad y variedad de los organismos y procedimientos, son tantos los requisitos que se le exigen para cuestionar judicialmente el acto que lo violenta y eso siempre y cuando no se considera que el acto es discrecional, o de gobierno o político, o de la zona de reserva de la Administración, que realmente comprende que la libertad individual se ha restringido de manera tan alarmante que si siempre la libertad ha sido difícil de vivir, cada día que pasa le resulta más y entonces piensa: si esto es el sistema de la democracia, pues así se le sigue llamando, ella no me sirve, sin comprender que cuando el fenómeno de la división del poder se desvirtúa en la forma expuesta llegando a la concentración del poder se ha desdibujado en sí la democracia y ya no funciona ni como estilo de vida. Es necesario que la sociedad se eche a sí misma una buena, larga y reveladora mirada.

¿Es nuestro sistema de justicia arcaico e incapaz de afrontar las condiciones y presiones modernas? Edificios, nuevos juzgados, pero a pesar de eso hay que contestar decididamente que no en la medida que se asuman plenamente las atribuciones que nuestra Constitución Nacional le ha otorgado.

A ello hay que agregar la actualización de medios simples y directos de contralor y revisión que aparece ya como ineludible. La maraña selvática de requisitos, recursos, seudo tribunales en la Administración, debe despejarse para preservar al hombre de los posibles abusos de un poder cada vez menos limitado en su desarrollo y accionar.

El difícil equilibrio entre lo individual y lo social es la meta que desesperadamente debe la doctrina iuspublicista encontrar pues los gobernantes en las situaciones descriptas tienen más medios para ampliar su poder, de aumentar las prerrogativas estatales que los gobernados de frenarlas.

La solución del dilema no está en detener a la Administración, esterilizarla en lo que tiene de beneficiosa sino encauzarla debidamente para que no padezca tanto la libertad.

No es, dijimos, la intención de nuestra postulación que la Administración se repliegue, que quede como espectadora muda del desenvolvimiento social, pero sí que emplee los modos de actuación menos restrictivos de la libertad individual, que ejercite sus prerrogativas con respeto por los derechos constitucionales y si se excede que exista una vía suficiente, simple, amplia por ante el órgano que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico es el encargado de controlarlo, es decir el Poder Judicial. La libertad evoluciona, se desarrolla y amplía a través de los procesos judiciales. Si la libertad es la sangre viva de una democracia el gobierno del cual los tribunales forman parte es la arteria por la que fluye esa sangre viva.

La contemplación de los logros jurídicos conquistados por el hombre en su larga y cruenta lucha contra la arbitrariedad y el abuso del poder, puede hacer pensar a los juristas que cualquier retoque es innecesario pero si realmente sabemos dimensionar este incontenible y arrollador avance del proceso intervencionista estatal con su consecuente fenómeno de concentración del poder, distorsionador de la democracia, vemos que las relaciones del hombre "situado de hoy" con el poder han tomado un nuevo curso que hace imprescindible colocar a escala del poder de hoy el sistema de garantía que se ha creado y desarrollado en el mundo del ayer a fin de llegar a preservar los valores básicos de paz, libertad, dignidad, seguridad y justicia que permita plasmar una sociedad plena, fuerte y mejor —presidida por el bien común—.

La democracia está indisolublemente ligada a esos valores; por ello incluye en la relación política de mando y obediencia la libertad propugnando como fundamento del orden político la dignidad del hombre libre. Para ello se necesita salir de la concentración del poder encontrándole un nuevo equilibrio, un nuevo y acertado juego de frenos y contrapesos a fin de que el sistema democrático no se desfigure en detrimento del hombre y la justicia. La existencia de un Poder Judicial independiente, con un amplio y claro control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos dictados por la Administración puede ser útil como un factor de reconstitución de la fe de los ciudadanos en el sistema democrático, pues sabrá que las potenciales prepotencias y excesos que puedan producir los otros dos órganos integrantes del poder de autoridad van a ser revisadas y sancionadas en el caso por el órgano judicial de control como bastión garantizador de los derechos y libertades que hacen a la vida digna del hombre lo que permitiría mejorar el funcionamiento de la democracia dando mayor continuidad a nuestra vida institucional.

El falaz argumento que normalmente se levanta a tal posibilidad es que terminaríamos en el "gobierno de los jueces", expresión que con pretensión peyorativa tuvo nacimiento en Francia. Ya hemos hablado de este problema con relación a Francia y lo ha explicado magistralmente el Dr. Boffi Boggero.

En nuestro país lo que hay que entender como lo ha dicho nuestra actual Corte Suprema de Justicia de la Nación es que los jueces forman parte del Gobierno del Estado pues así lo tiene ordenado nuestra Constitución Nacional y que ejercen las facultades que en forma exclusiva y excluyente le otorga esa misma Ley Fundamental. Por tanto en el ejercicio de sus funciones frente a alguien que tiene un derecho subjetivo lesionado, conoce, revisa y decide sin que ello signifique invadir esferas de poder pertenecientes a otro u otros ór-

Biblioteca del Giojа. UBA
Uso académico

ganos ni inmiscuirse en políticas de contenido general que no le conciernen, pues decide en el caso concreto.

Los jueces-promedio en la Argentina, en las más distintas épocas se han desempeñado con serenidad, prudencia e intuición política con un pronunciado sentido del equilibrio que debe jugar como requisito esencial de los buenos magistrados.

El peligro de la exorbitancia de los jueces no puede conjurarse mediante el drástico recurso de privarlos de independencia o circunscribiendo y/o minimizando la función de control que ejercen, sino que se podrá superar con una adecuada política judicial.

Por cierto que ni tal sentido del equilibrio ni el ponderado *self restraint* pueden llegar a producir la declinación de sus debidas competencias que deben ser siempre ejercidas con fortaleza y humildad.

Este resurgimiento del Poder Judicial que postulamos hoy aquí uniéndolos a otras muchas voces comienza a ser denotado también en distintos países. Se comprende que debe ser creciente el peso del Juez en la vida pública compleja de una sociedad democrática como órgano de concreción del orden de valores que necesariamente se manifiestan como un haz de conceptos jurídicos indeterminados.

Sin una total y plenaria resolución de este grave tema de la justicia administrativa el Estado de Derecho es literalmente nada pues como vimos la concentración del poder en el órgano ejecutivo con desmedro del legislativo y el judicial nos colocan en una situación de innumerables roces que no ayuda para una mejor solución de nuestros problemas.

Es en esta tesitura que cobra sentido esta defensa ardorosa del sistema de control judicial de los actos de la Administración Pública que no se hace desconociendo que los tiempos cambian; sabemos que significaría falta de sentido histórico seguir operando en el plano técnico jurídico como si nada hubiese ocurrido, pero echar todo por la borda demuestra aún más esa falta de sentido histórico. El hombre ha llegado a la Luna y creemos haber descubierto el mañana, pero el mañana está aún creciendo de todos nuestros ayeres. Todos aquellos que sostienen que debemos destruir la sociedad para reformarla son o ciegos o charlatanes y en cualquiera de los dos casos constituyen un peligro real para todos los hombres que desean seguir siendo libres. Necesitamos desesperadamente abogados capaces, jueces capaces, legisladores capaces y funcionarios públicos capaces. Ningún sistema es perfecto y por cierto la democracia no lo es, nuestra tarea diaria es perfeccionarla en un empeño sin fin. Dentro de ello hay que pensar qué sería del hombre sin tribunales libres, jueces independientes, abogados libres. Para hallar la respuesta sólo tendremos que mirar aquellas naciones en que los tribunales están al servicio del Estado en lugar de hallarse al servicio del hombre.

La tesis que dejamos expuesta del control judicial pleno de los actos de la Administración es acusada de vetustez, por ser una rémora de una etapa histórica perimida. Vetustez por vetustez la preferimos antes que retroceder trescientos años en el tiempo para instalarnos nuevamente en el absolutismo olvidando el trajinado y cruento andar de la humanidad con el fin de llegar a ser libre con dignidad y en justicia.

Impreso en *Ronaldo J. Pellegrini, Impresiones*, San Blas 4027, (1417) Buenos Aires

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico