

LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA EMERGENCIA

AGUSTÍN GORDILLO

Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO:

I. La seguridad jurídica y el constitucionalismo.- 2. La respuesta frente a la emergencia.

I. La seguridad jurídica y el constitucionalismo

La seguridad jurídica debe vincularse con el valor justicia, lo cual hace necesario remontarnos al constitucionalismo alemán nacido formalmente con la Constitución de Bonn de 1949, que da comienzo en Europa a lo que con los años juristas italianos y españoles, entre otros, vinieran a llamar el neoconstitucionalismo, del cual Pérez Hualde viene a presentarnos un magnífico resumen en el suplemento de derecho administrativo de la revista *La Ley*, vinculándolo precisamente a esta última rama del derecho.¹

Ese movimiento constitucionalista, que hoy se ha impuesto en el mundo, ha recogido también el nuevo planteamiento de la filosofía del derecho que al mismo tiempo hiciera también en Alemania Radbruch, a quien debemos la aseveración fundamental que la ley puede ser contraria a Derecho y que hay un derecho por encima de la ley, en lo que podría ser la traducción aproximada de su *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.²

Ese criterio se emparenta tempranamente con el movimiento universal de derechos humanos, que lleva finalmente a la supranacionalidad y supraconstitucionalidad operativa de los derechos humanos internacionales, tal como lo hemos postulado en 1990.³

También marcan una aproximación fundamental a lo que fuera el viejo y moderno *Common Law* inglés y el constitucionalismo norteamericano, con su énfasis en la justicia natural⁴ y el debido proceso, tanto en sentido sustantivo como garantía de razonabilidad, como adjetivo en tanto *audi alteram partem*, que recibimos desde 1853 por vía del constitucionalismo norteamericano.⁵

¹ PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo," *LL*, Sup. Adm., agosto 2007 1-18.

² RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, traducción de M.I. AZARETTO. Hemos recordado este trabajo desde nuestro primigenio artículo *Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos*, En: *LL*, 106-1187, año 1962, reproducido en *Páginas de Ayer*, La Ley, año 5, número 10, noviembre de 2004, pp. 29-39, que en este aspecto hemos mantenido inmodificado en todas las ediciones de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, desde su primera edición en 1974 hasta la octava edición del tomo 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, capítulo VI, p. 36, nota 5. 18.

³ *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*. En: *La Ley*, 17 de abril de 1990. Reproducido como capítulo III del libro *Derechos Humanos*, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 1990, actualmente GORDILLO-FIAX, sexta edición, Buenos Aires, FDA, 2006.

⁴ Por eso en el Derecho Constitucional alemán posterior a la segunda guerra se ha hablado a veces de la superación de la noción de Estado de Derecho, por Estado de Justicia. La nueva Constitución venezolana agrega a la definición de estado social de derecho el concepto o la noción de justicia, pero ya muchos tribunales de ese país han comenzado a exagerar su visión de la Justicia en detrimento del Derecho. Nos parece obvio que el manejo de estas nociones requiere algunos elementos indispensables de lo que se llama *the rule of law*, democracia, o como fuere, como ser elecciones periódicas, periodicidad de los gobiernos, libertad de prensa, libertad de pensamiento y en general libertades públicas, una judicatura fuertemente imparcial e independiente, control social, un parlamento independiente que controle al gobierno, etc. Cuando estos condicionamientos contextuales faltan, cualquier discusión puede llevar a formalismos carentes de sustento racional.

⁵ Por supuesto, hay tanto similitudes como diferencias con la Constitución de Estados Unidos, y es preciso evitar discusiones "esencialistas" como aquellas en se buscaba la "verdadera esencia" o "naturaleza" de las cosas. Estos presupuestos de filosofía analítica los hemos expuesto en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, *Parte general*, octava edición, Buenos Aires, FDA, 2003, capítulo I, adonde nos remitimos. Por momentos esto parece haberse tornado, en nuestro país, en una discusión algo bizantina, cuánto o cuán poco hemos tomado en nuestra Constitución de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, cuánto o cuán poco hemos incorporado como innovación, cuánto o cuán poco nos parecemos a los Estados Unidos, cuáles son las similitudes y cuáles las diferencias. Ver nuestra visión en el artículo

El derecho universal de pronto se advierte que es uno solo, tal como trato de explicarlo en mi *Introducción al Derecho* publicada en el año 2007 en castellano⁶, y cuatro años antes en inglés y en francés.⁷

Cuando armé mi derecho administrativo a partir del año 1959 lo hice siguiendo esas primeras tendencias de lo que hoy se denomina neoconstitucionalismo, a través de obras como la de Forsthoff, traducida al castellano en 1958, y los demás iuspublicistas alemanes y austríacos de la época como Wolff, Huber, Adamovich, Antonioli, etc. Ya explicaba, con los constitucionalistas alemanes, que los principios estaban por encima de la norma.⁸

Todavía hay quienes citan de segunda mano a Antonioli, sin haberlo leído, como el gran autor "italiano", desconociendo que era austríaco y escribió en alemán, no en italiano, y no fue traducido, y olvidando que se enteraron de él a través mío, y olvidando con ello citar la fuente. Entre ellos están algunos que todavía no entienden el significado de la crítica de Antonioli al poder de policía, pero lo citan sin haberlo leído.⁹ Ese es el iusnaturalismo aplicado al revés, como fuente extranormativa de todo poder del Estado¹⁰, no como fuente axiológica de derechos fundamentales.

En todo caso, ese neoconstitucionalismo y supraconstitucionalismo viene a superar el positivismo del previo siglo XX y parte del XIX y a reconocer que los grandes valores jurídicos están por encima de la norma positiva, sobre todo de la norma legal.

En la Argentina de las continuas emergencias, de las cuales la del año 2002 fue el mejor ejemplo de todo lo malo y todo lo que no debía hacerse, se destruyeron, por decreto y no por ley, tanto la seguridad como la justicia.

No es que para salvar a la república se volviera al romano *Salus publica suprema lex est*, no es que ante el caos se olvidara la justicia a favor de la seguridad pública, aunque se lo ha pretendido presentar así en nuestro medio¹¹, sino que ante la emergencia se crea desde el gobierno el caos, violentando por decreto tanto la seguridad como la justicia.

⁶ "La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?", En: Res Publica Argentina. RPA, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com, Serie de Estudios y sus referencias, entre ellas GARCÍA MANSILLA, Manuel y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Primera edición, 2006; *Las fuentes de la Constitución Nacional y el pecado de disentir (...)*, ED, 19 de junio de 2007, PÉREZ GUILHOU, Dardo, "Las fuentes de la Constitución Nacional" En: *LL, Sup. Constitucional*, 1 de marzo de 2007.

⁷ *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, capítulos II y X.

⁸ *An Introduction to law*. Londres, Esperia, 2003, *Une introduction au droit*, Londres, Esperia, 2003, ambas con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, capítulos II y X.

⁹ Era la primera edición de nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, que luego mantuvimos en todas las ediciones del tratado.

¹⁰ Con todo, lentamente avanza la comprensión de su significado, como se observa en las referencias de la nota 1 de la "Introducción" del tomo 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2007, Novena edición, p. Int-1. Ello se observa *pari passu* con el énfasis en el empleo de otras terminologías más neutras, como regulación económica y social, derechos individuales y sus limitaciones, etc. Un interesante ejemplo, que puede argumentarse tanto en contra como a favor de lo que aquí decimos, en LEGARRE, SANTIAGO, *To be or not to be: ¿fumar o no fumar?* *LL, Sup. Constitución*, 2007, que recomendamos muy especialmente. Se podía en la especie hablar tanto a) del derecho del fumador y del no fumador, como b) del poder de policía o la policía de la salud pública en materia de fumar en público. Nuestra posición es que resulta más claro no introducir la terminología a) que objetamos, y hablar en su lugar simplemente, b) de los derechos en juego y sus limitaciones.

¹¹ Es el mismo fenómeno que explicara magistralmente GENARO CARRIO, a quien recordamos en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2003, octava edición, Capítulo I, parágrafo 2.3., p. 9. *La búsqueda del poder incondicionado*.

¹² Lo analizamos en *La constitucionalidad formal del eterno retorno (...)*, *Loc. Cit.*, también accesible gratuitamente en www.respublicaargentina.com, Serie de Estudios.

Luego, ya lo explicaron Mairal¹² y Pérez Hualde¹³ entre muchos otros, la emergencia se transformó en el argumento autofundante del caos, la inseguridad y la injusticia¹⁴, recreando más emergencia y más poder al gobierno.¹⁵

No que el derecho individual cede ante el bien colectivo de la suprema seguridad pública, como en *Salus publica suprema lex est*, sino que ante la emergencia se reacciona oficialmente creando más inseguridad y caos público, además de profunda injusticia.

La emergencia no terminó en el 2002, y alza otra vez su amenazante cabeza bajo nuevas medidas que siguen socavando nuevamente la justicia y la seguridad, cuando todavía no se superaron las inseguridades e injusticias del 2002.¹⁶ Pero parece que esta vez al menos algunos temas serán tratados con la racionalidad que debe conducir siempre la conducta del Estado, no solamente en la normalidad ni menos en la emergencia.¹⁷

El derecho público interfiere nuevamente en el derecho privado, las relaciones contractuales privadas no garantizan seguridad jurídica recíproca, el intervencionismo regulador estatal en contra de los derechos individuales vuelve a lo que era hace medio siglo, como si el neoconstitucionalismo de Bonn de 1949 no hubiera nacido aún en el mundo.

Es en este preciso momento histórico que recibimos una vez más la respuesta de la comunidad civilizada de naciones, que ha formado un entramado jurídico, político y económico que no es posible desconocer si nos hemos vinculado y sometido voluntariamente a él.

2. La respuesta frente a la emergencia

Tempranamente, en 1956, recurrimos al crédito del Club de París, cuyos mismos socios (habían creado) el Fondo Monetario Internacional al cual se nos invitó a participar en 1946 cuando teníamos grandes reservas resultado de nuestro comercio durante la guerra en que no participamos. Declinamos en ese año participar como socios fundantes del Fondo Monetario Internacional, incumpliendo la obligación moral implícita que el comercio de guerra nos creara, gastamos las reservas en nacionalizaciones, y luego pedimos dinero al Club de París en 1956 y nos sometimos desde luego al Fondo Monetario Internacional, del cual nos libramos, pagándole, en el 2005.

¹² MAIRAL, Héctor, *La degradación del derecho público argentino*, en SCHEIBLER (coordinador), *El derecho administrativo de la emergencia –IV–*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 17-32; otro ejemplo en MAIRAL, *La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas*, en GORDILLO (director), *El contrato administrativo en la actualidad*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 4-18; del mismo autor, *Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina*, en ALANIS, Sebastián D. (coordinador), *El derecho administrativo de la emergencia*, III, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-135.

¹³ PÉREZ HUALDE, Alejandro, *La postergación institucional*, En: LL, Suplemento Administrativo, Octubre del 2006, pp. 1-15, LL, 2006, *La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional*, En: LL, 2006-A, 872.

¹⁴ Hemos ya recogido la opinión de ambos en *La constitucionalidad formal (...)*, Loc.Cit.

¹⁵ Como dice MAIRAL: *cuanto más desordenado es un gobierno, más emergencias crea y, por ende, más poderes tiene*. MAIRAL, *El impacto de la crisis económica en el derecho*, En: Doctrina Pública, XXVI-2, pp. 239-245. En: Circular Letter No. 23, www.revistarap.com.ar.

¹⁶ Ver nuestro artículo *¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?*, LL, 2005-A, pp. 905-921, donde agrega "Se crea así una brutal paradoja: que hoy nuestros derechos zozobran allí donde nos enseñaron que iban a tener tutela. Nuestra inseguridad jurídica actual no es qué dirán los tribunales de grado, sino qué ha dicho o dirá la Corte, igual que nos lamentábamos de algunos fallos de la defenestrada Corte. La historia ha así colocado a esta CSJN en una encerrona apocalíptica, de la que necesitará la maestría o la magia de Houdini para desembarazarse".

¹⁷ Ver nuestro artículo *Si las palabras fueran energía eólica (...)*, LL, 2004-C, 1557, reproducido en Jorge FERNÁNDEZ RUIZ (coordinador), *Derecho Administrativo, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 107-112; también en D'ARGENIO, Inés (director), *Ejercicio de la función pública Ética y transparencia. Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini*, La Plata, Platense, 2007, pp. 35-40. Ha cesado ya la doble indemnización y según trascendidos periodísticos no se renovará la ley de emergencia, se ajustarán tarifas de servicios públicos, etc.

Todavía le debemos al Club de París en el 2007 y este nos exige un acuerdo y monitoreo por el Fondo Monetario Internacional para renegociar nuestra deuda, sin la cual las empresas de esos países no acceden al crédito público europeo blando para inversiones en nuestro país.

Todavía les debemos a los *holdouts*, luego del *default* del 2001 que hemos reactualizado técnicamente en el 2007 con la modificación de los índices de actualización, contribuyendo a un derrumbe del valor de nuestra deuda y consiguiendo aumento de las tasas de interés que se nos aplican para deuda nueva. Son vivezas criollas que nos cuestan mucho más, en intereses de deuda futura, de lo que creemos ganar reduciendo los intereses que pagamos por la deuda que ya tenemos.

Ante un clima universal de juicios y medidas judiciales contra la Argentina ya ni siquiera podemos emitir deuda externa sin riesgo que la embarguen en el exterior. Todavía estamos tramitando juicios arbitrales ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión al cual nos hemos sometido voluntariamente y seguimos renovando automáticamente por un entramado de casi sesenta tratados bilaterales propios, más de mil cien en conjunto en el mundo¹⁸, juicios que estamos perdiendo en montos que finalmente de algún modo deberemos satisfacer.

Ese es el resultado de la falta de seguridad y de la falta de justicia que han caracterizado nuestra respuesta frente a la emergencia, a la que respondemos con más emergencia y en último análisis con caos institucional.

Que esto no sea tomado como una crítica puntual al gobierno actual ni al que le sucederá, pues esas mismas medidas fueron prohijadas desde el gobierno anterior y desde el principal partido tradicional de la oposición. Más aún, se ha sostenido que "*Todos los aspirantes con ciertas pretensiones presidenciales tienen programas económicos del mismo tono que el oficialismo*".¹⁹

Todos clamaron por lo mismo desde mediados del 2001, y lo consiguieron: Ya en aquel entonces se lo veía venir y así lo dijimos en nuestro artículo *El Estado de Derecho en estado de emergencia*, de aquel año.²⁰ Y no se arrepienten precisamente de lo que hicieron, sino que piden más de lo mismo como nos muestran los periódicos de nuestros días.

Para cerrar otra vez con Radbruch, "*En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo lo que al pueblo aprovecha, sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, solo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia*".

Si no creemos en eso, es que no somos abogados en lo más íntimo de nuestro corazón, tengamos o no el título de abogado.

¹⁸ Explicamos el sistema, y proponemos alternativas, en *La defensa del usuario y del administrado*, Op. Cit., Capítulo XVIII, El arbitraje administrativo internacional.

¹⁹ CASAL, Daniel, *Una agenda caliente para dentro de apenas tres meses*, En: El día, Tercera Sección, La Plata, 16 de septiembre de 2007, p. 2. Es el llamado modelo productivo que supuestamente prohijaron conjuntamente Alfonsín y Duhalde desde julio de 2001 hasta el presente, según información pública que reproduce ZULETA, Ignacio, Bs.As.: *oficializan listas con más escándalo*, En: *Ámbito Financiero*, 17 de septiembre de 2007, p.16, tercera columna, arriba.

²⁰ *El Estado de Derecho en estado de emergencia*, En: LL, 2001-F, 1050, reproducido en LORENZETTI, Ricardo Luis (director), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, La Ley, Buenos Aires 2002, pp. 53-64.