

## EL PARADIGMA DE LA LEGALIDAD EN LA ARGENTINA<sup>1</sup>

14.03.2002

Dice Huntington en El Choque de las Civilizaciones que la civilización occidental se distinguiría de las otras no tanto por el poder de la técnica ni por el poder económico, que sin duda los tiene en primer grado, sino en todo caso por un carácter encarnado en sus sociedades y que está ausente como tal en las demás civilizaciones, y es el principio de legalidad, lo que entre los pueblos sajones se llama la “rule of law”, la regla de derecho. Este sería el fundamento de la tradición occidental, uno de los pilares que distinguen esta civilización de las otras civilizaciones contemporáneas y probablemente de otras civilizaciones anteriores. ¿En que consistiría este principio, este carácter? Y bien en la aceptación generalizada de que hay reglas legales que tanto el Gobierno como los particulares están obligados a acatar, pero se trata de una aceptación de tal grado intensa que a nosotros los que no formamos parte de esa civilización así entendida, nos asombra sobremanera su puntillosa observancia por lo destinatarios de tales normas. Lo que implica una aceptación que supone un proceso de incorporación del principio a un grado de convicción y compromiso colectivo de tal intensidad que casi podríamos decir que la propia forma social sería diferente sin la vigencia de ese compromiso.

Nosotros no hemos superado en cambio el estadio en que nos dejó en este punto la rigidez de la legislación de la Corona sobre las Indias. Cuando la legislación de las Indias se dictaba en los departamentos centrales de la Corona y llegaban al Río de la Plata, los mundos habían sido probablemente tan distintos que los funcionarios locales de la Corona que tenían que sufrir la resistencia de la realidad y de los intereses locales, inventaron la fórmula perfecta que luego heredamos, “*la ley se acata pero no se cumple*”. Esto es una consigna en el comportamiento argentino. Traducido en bastardo en un “*hecha la ley hecha la trampa*”. Es la misma matriz.

El objetivo que nos proponemos en este artículo es intentar dar alguna respuesta a esta manera de entender la legalidad en la Argentina. Esto nos atañe especialmente en este momento de crisis en el que nuestro comportamiento frente a la ley parece haber alcanzado su grado máximo de decadencia. En otras palabras, ¿qué ha ocurrido en la Argentina para que hoy suframos este déficit extremo de legalidad? Y además, ¿qué características tiene la legalidad en general de modo que podamos comenzar a desarrollarla de manera efectiva entre nosotros?

### La legalidad como paradigma

La legalidad antigua estaba prendida a las relaciones naturales del ser y debían ser descubiertas a partir del ser por la razón entrenada de los hombres de derechos, de los jurisconsultos, los peritos en derecho, por la judicatura (etimológicamente los que decían el derecho – no lo creaban -, lo ponían en evidencia). En ese sentido el derecho positivo – puesto por los hombres – estaba dentro del derecho natural, era un derecho extraído de la naturaleza.

---

<sup>1</sup> Publicado en Revista Valores de la Sociedad Industrial (ISSN N° 0326-3398), mayo 2002.

La legalidad moderna produce un cambio radical. El derecho positivo es ahora producto de la voluntad de algún sujeto, en los contratos los contratantes que tienen poder jurígeno, y en las leyes que pronto comenzarán a sancionarse, los gobiernos. Ahora los hombres verdaderamente crean el derecho que será producto no de la razón “descubriendo” sino de la voluntad “creando”. La relación del derecho positivo con el derecho natural no es interna e intrínseca, sino externa y de tipo jerárquica, el derecho positivo es el que la voluntad crea, y si está de acuerdo con el derecho natural que la razón conoce a priori, mejor, pero sino no lo está igual es derecho, porque es voluntad con poder para imponerse. En el derecho antiguo el derecho injusto es un hecho imposible, en una contradicción en los términos. En el derecho de la “legalidad” eso es posible.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> El principio de legalidad como se lo conoce hoy en Occidente se construyó en el seno mismo de la modernidad en la Civilización Occidental y pertenece a ella como uno de sus paradigmas.

Antes de lo que hoy conocemos como legalidad existía el derecho, pero en un sentido bastante diferente. Los romanos fueron elaborando las reglas del derecho civil a través de siglos, que para ellos era el *ius*, reglas destinadas a regular las relaciones intersubjetivas entre los particulares, entre las personas. Fue evolucionando como un derecho procesal básicamente, es decir a partir de la autoridad de los llamados *praetores* que eran los funcionarios encargados de resolver los conflictos que se planteaban entre los particulares, estos pretores fueron con los siglos elaborando los casos en los cuales las personas tenían *actio* es decir tenían razones suficientes para que pretor conociera su caso y se pronunciara sobre su razón o sinrazón. Los romanos en este sentido desconocían absolutamente lo que hoy se llama el derecho subjetivo, ni que decir de los llamados derechos humanos. Ellos solamente tenían un derecho objetivo alrededor de los casos que eran susceptibles de ser planteados ante el pretor. Como es característica del mundo antiguo, las reglas que así fueron surgiendo no tenían la pretensión de haber sido creadas ex novo por el pretor. El *ius* en definitiva estaba en el ser, en las cosas mismas, de donde el pretor las inducía mediante un proceso de descubrimiento y formulación de reglas. El derecho así entendido es un patrimonio de cualquier comunidad, es tan consustancial a la sociedad como el lenguaje.

Entre otros, la modernidad se distingue del mundo antiguo por un cambio radical de paradigma jurídico.

La modernidad incorpora decididamente como uno de los datos que la definen, al sujeto y al poder de su voluntad. Descartes significó la introducción del sujeto como término de la reflexión consciente y también como sustento de la propia conciencia; esta relación con la conciencia disparó hacia adelante la reflexión sobre el conocimiento immanentista hasta llegar al más depurado idealismo de Hegel. Pero por otros caminos, esta vertiente racionalista de la reflexión sobre el sujeto habría de cruzarse en algún momento con una reflexión sobre la voluntad como potencia sobresaliente del sujeto. La reflexión sobre la voluntad, su descubrimiento como potencia independiente de la razón es un tema moderno cuyas raíces muchos sitúan en la filosofía de la escolástica escocesa iniciada por Duns Scotto (1266-1308) y G. de Ockham 1300-1349<sup>2</sup>.

En rigor la modernidad se ha montado en gran parte sobre la exacerbación independiente de las dos potencias del espíritu, la razón y la voluntad, y en esto han consistido todas las variantes del subjetivismo; immanentismo y voluntarismo, simultánea o alternativamente. Pero lo característico del subjetivismo que impulsa todo el programa de la modernidad - y por supuesto también el derecho -, es la creciente contraposición entre el sujeto y los objetos, que es uno de los datos de quiebre con el mundo antiguo y el mundo medieval. En aquél mundo el hombre está sometido a fuerzas externas sobre las cuales no puede influir, de modo que su acción no puede sino tender a armonizar con un orden establecido y concebido como un mundo racional, al que hay que comprender para adaptarse a él, de modo que la tarea del hombre es contemplar la creación, descubrir sus leyes para integrarse a ése mundo, a ese orden. La modernidad en cambio desencanta ese mundo, irrumpe en esas líneas de fondo que sustentaban un sentido<sup>2</sup> y proyecta a la humanidad a una nueva aventura para la cual el hombre ahora se siente capaz habiendo roto con las antiguas ataduras<sup>2</sup>. La modernidad significa la crisis de la correspondencia entre un sujeto divino y un orden natural y la consiguiente separación del orden del conocimiento objetivo y del orden del sujeto, personificado en Descartes como vimos. Cuanto más entramos en la modernidad más se separan el sujeto y los objetos, que en las visiones premodernas estaban confundidos. Simultáneamente se quebranta la razón objetiva - razón “sustantiva” del orden natural de las cosas, de la *res* extensa - para ser reemplazada por la razón subjetiva - razón “procesal” y formal de la *res* cogito - al tiempo que se afirma la libertad y la voluntad del sujeto que se experimenta en la conciencia del pensamiento<sup>2</sup>.

En definitiva, la época que llamamos modernidad y que hecha raíces en el Renacimiento, se caracteriza porque el hombre se convierte en medida y centro del ente. El hombre es lo subyacente a todo ente; dicho en términos modernos, lo subyacente a toda objetivación y representatividad, el hombre es *subjectum*<sup>2</sup>.

En estos cauces germina lo que podríamos denominar el voluntarismo jurídico, la hipótesis de la voluntad del sujeto - individual o colectivo - como factor jurígeno, como el elemento determinante a la hora de la formación de un vínculo jurídico.

La línea de quiebre se sitúa en Grocio que representa el origen del espíritu moderno en materia jurídica<sup>2</sup>. Antes de Grocio el derecho, el *ius* de los romanos no era la norma sino el resultado de un juicio cuya virtud consistía en descubrir un equilibrio en el seno de las relaciones de alteridad y de los intereses, y ese objeto de conocimiento condicionaba un método para su acceso; el descubrimiento de lo justo es siempre en ese contexto una aporía, y por eso necesita de un método de conocimiento flexible y de resultado probable.

Después de Grocio el derecho deja de ser una cosa, el *ius*, para convertirse en una norma producto de la razón y de la voluntad; ya no se encuentra más en el mundo histórico, sino en el mundo de la propia razón inmanente de los modernos, y por lo tanto al ser su propio producto puede ser objeto de un método de conocimiento al modo racional. El resultado, el desafío ya no es una aporía, sino un posibilidad de certeza.

Precisamente por esta condición es que la “legalidad moderna” debió construirse paralelamente con un sistema de garantías. Porque a partir de la posibilidad humana de crear el derecho *ex novo* era preciso paralelamente establecer los límites a los que quedaba sujeta esta acción humana. Y esos límites fueron de dos tipos.

Por un lado el límite más fuerte que la época podía conceder que fue el ideológico. La teoría del derecho natural racional, el poder de la razón de deducir a priori desde la inmanencia del sujeto un completo sistema de derechos, del que surgieron los derechos naturales del hombre traducidos luego en fórmulas más o menos exactas en la época de la Revolución.

Ese mismo impulso, esa necesidad de establecer límites artificiales en sustitución de los límites naturales que antes confería el mundo objetivo, permite - juntamente con otros factores - el nacimiento del derecho público - constitucional, administrativo y penal -, que es hijo dilecto de la época moderna. La antigüedad no conoció el derecho público como hoy lo conocemos, es decir como un conjunto de reglas de autolimitación del Estado frente a los ciudadanos. Hasta la época moderna no existía entre Gobierno y gobernados una relación jurídica, de derecho, sino una relación de súbditos de la Corona. Las reglas que existían no podían ser invocadas por los particulares contra el Estado.

La ideología del Estado de Derecho es esto, la autolimitación del Estado por reglas jurídicas preconcebidas que él mismo se obliga a cumplir y que los particulares tienen derecho a exigir, tiene en esa época su origen.

Esta semilla fue germinando en el curso de los años y se fue transformando en el nuevo paradigma del derecho en el estado derecho o derecho de la legalidad moderna. No es esta la oportunidad para trazar el itinerario que recorrió esta ideología desde su instauración hasta nuestros días en el marco de la Civilización Occidental, pero sí para destacar sus rasgos definitorios y los lazos de pertenencia a esa forma de Civilización.

Ahora quisiera describir el contenido y el significado de esta legalidad en términos de paradigma.<sup>3</sup> Es decir cuales son sus componentes fundamentales, sus notas

---

<sup>3</sup> Fue Thomas Kuhn el pensador que desde sus reflexiones sobre filosofía de las ciencias utilizó el concepto de paradigma en un sentido que yo quisiera utilizar ahora para referirme a la legalidad como patrón cultural.

Kuhn entiende que lo que se llama “ciencia normal”, esto es la ciencia tal como se entendía comúnmente, se desarrolla dentro de una “paradigma”, en el cual y sólo dentro del cual, parece que se van acumulando los conocimientos; los hombres de ciencia van resolviendo las perplejidades que se plantean y con ello tiene lugar lo que se estima ser un progreso. Lo que no se halla dentro del paradigma es rechazado. (En ciencias sociales diríamos no corresponde al pensamiento política o económicamente “correcto”). La aparición de anomalías dentro del paradigma, no obliga sin embargo a rechazar el paradigma, salvo cuando las anomalías son excesivas que es el punto de evolución donde la comunidad científica comienza a poner en duda el paradigma inconscientemente adoptado. Es entonces cuando tiene lugar una revolución científica que termina por ser en definitiva un cambio de paradigma.

En tal caso los mismos hechos son vistos desde un punto de vista distinto, esto es, dentro de otro paradigma. En esta crisis de fundamentos consisten las revoluciones científicas, que son cambios en la visión del mundo invisible inclusive para los propios científicos que los llevan a cabo.

Puede considerarse que los cambios de paradigmas pueden producirse súbitamente ya que en algún momento debe producirse el desplazamiento de una visión y su sustitución por otra. Sin embargo es indudable que la formación de un nuevo paradigma puede llevar mucho tiempo y naturalmente pueden coexistir inclusive dos o más paradigmas. En esa dinámica las anomalías pueden interpretarse como falsaciones científicas o de repente pasan a ser condiciones para la aparición de un nuevo paradigma o teoría. De esta manera el paradigma puede estudiarse como estructura o como conjunto de supuestos para la posibilidad de una investigación.

definitorias, cuál el núcleo alrededor del cual giran las constelaciones y como se ubica cada astro en el firmamento, cual es la episteme en cuyo suelo se ha desarrollado y por la que ha sido producida, cuales son sus nutrientes vitales sin las cuales sus frutos no maduran y sus retoños no tienen primavera, cuales son los resplandores que destellan sus astros, cual es en definitiva la potencia del sol que le da calor y en que órbita del astro rey debe girar para tener el sentido de la luz que refleja.

*Primero: producto histórico.*

Es un producto histórico nacido en el seno de una determinada civilización. Y por lo tanto es un producto de insondables creencias y modulaciones sociales, de valores morales, producto de consensos obtenidos después de largas y sangrientas guerras. No es por lo tanto un concepto universal aplicable urbe et orbe como un producto enlatado. Esta conectado e imbricado con los pliegues de la civilización que lo gestó de un modo vital y entrañable a través de infinitas e invisibles nervaduras que le comunican la vida en un determinado sentido, y a cuyos códigos responde por razones de simbiosis.

Como producto cultural no es entonces un *commoditie*, no es importable como un producto de consumo. La dificultad para comprender este modo de ser de la legalidad como conjunto de elementos ha provocado episodios de importación aislada de elementos que tenían un determinado sentido dentro de sus paradigma y arrojaron una luz diversa dentro de otro paradigma. Cuando tiene lugar el golpe de 1930 en Argentina, la Corte de Justicia produce un acto legal, una acordada, en relación a un acto político que no tiene antecedentes en los países centrales vigente la legalidad moderna, y por lo tanto el paradigma carece de elementos para construir derecho alrededor de ese hecho. La guardia pretoriana era un poder en Roma, pero no lo fue en los países centrales de la Civilización Occidental. Y la Corte construyó derecho apelando a elementos desarrollados en la doctrina de la legalidad para un acto desconocido en ese sistema. La

---

El concepto y su riqueza tiene relación con el concepto de *episteme* desarrollado por Foucault para la ciencias humanas. Se asemeja a lo que podría ser una estructura profunda e inconsciente de tipo colectiva en la que está contenido el hombre de una determinada época cultural, y a la que de muchos modos quedan condicionadas sus conductas y aún más sus conocimientos y descubrimientos. Dice MF entre otras citas posibles, que *"es más bien la disposición general de la episteme lo que da su lugar, llama e instaura las ciencias humanas, permitiendo constituirse al hombre como su objeto"* (Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas). En esa arqueología se divisa la *episteme* clásica que comienza en el siglo XVII, y la moderna que comienza en el siglo XIX incluyendo a las ciencias humanas como su característica destacada. La *episteme* moderna ha dibujado el perfil del hombre como el que hace su propia historia, pero el hacer su propia historia es algo inscripto en el ámbito de una *episteme*, de modo que no es en realidad el hombre el que hace su propia historia, sino que la *episteme* hace tal hombre.

Una de las consecuencias interesantes de la teoría de los paradigmas científicos y que de alguna manera ha sido aplicada asimismo en la teoría de la episteme, es lo que se ha dado en llamar tomándolo de las matemáticas la *incommensurabilidad de los paradigmas*. Significa que los elementos que componen un paradigma se ubican en un lugar determinado e inconsciente de la comunidad en cuestión, que produce incomunicación entre los datos de los distintos paradigmas, aunque los datos sean los mismos. Kuhn llegó a utilizar la figura del Gestalt de la psicología para referirse a los cambios de percepción que tienen dos sujetos respecto de una misma imagen dependiendo del lugar donde se encuentren, percepciones por lo demás que no son comunicables. Esta condición de los paradigmas no es en todo caso absoluta, sino que se refiere más bien a que términos de significación semejante ocupan en los diferentes paradigmas un lugar diferente en el rompecabezas, de modo que para comprender el otro paradigma es necesaria descubrir las posiciones que las piezas semejantes ocupan en él.

Quisiera aplicar este instrumento de comprensión de realidades al problema propiamente dicho de la legalidad. Lo considero de utilidad para edificar un intento de preservar un auténtico sentido de legalidad y conjurar el torbellino que se está alzando actualmente entre nosotros acerca de la falta de legalidad como causante de todos nuestros males. En tal sentido quisiera transmitir la comprensión de que la legalidad bien podría ser asimilado a un paradigma en el sentido antes expresado, nacido en el seno de la civilización occidental y que como tal mantiene elementos que no son fácilmente trasladables, entre civilizaciones diferentes, sin perjuicio de anotar que ello no significa que las restantes civilizaciones carezcan de una determinada formulación del derecho, de un determinado sistema jurídico.

doctrina de “facto” de Constantineau se desarrolló en la legalidad europea para supuestos de funcionarios dependientes pero no para los órganos poderes, y además se construyó con el fin de defender los derechos de las personas y no para justificar el ejercicio de un poder pretoriano que en el paradigma es usurpador.

*Segundo: pertenece a una civilización dominante.*

Su forma solamente se ha desarrollado y ha prestado sus servicios por decirlo así dentro de una civilización que desde que emergió ha sido dominante. Habrán existido duras y largas batallas dentro de la civilización misma en procura del poder central, pero al menos desde las batallas de Granada en la que los castellanos expulsaron al Islam del territorio de Occidente, es decir ya cinco siglos, la Civilización Occidental mantiene un dominio general. El paradigma de la legalidad ha sido producido en una episteme de tipo dominante, con dominio técnico, económico, militar y religioso.

Lo que significa que las reglas para construir derecho desde el lugar de la dependencia como hubiéramos dicho hacen 20 años, o desde la visión del hombre de Seattle diríamos en la era de la globalización – no son conocidas, no encajan en el paradigma, son una anomalía en la teoría de Kuhn.

En este contexto no se conoce el derecho de la emergencia más que la bélica o la de las catástrofes naturales. De allí que cuando traslado las categoría propias de la legalidad como la teoría de los derechos adquiridos para implantarla en sociedades dependientes, que ocupan diferente escala en el mundo globalizado, carezco de herramientas adecuadas para sostener esa legalidad. Y tienen lugar preguntas y nacen interrogantes que aunque formulados en el mismo léxico gramatical, no son comprendidas y son rechazadas, de nuevo como una anomalía frente a un paradigma diferente. El derecho público de la legalidad no ha formulado nunca un derecho de emergencia así como desde siempre ha formulado para el derecho privado el derecho de quiebras. Porque en la civilización dominante ello es impensable, está fuera del orden de lo real, y no se formulan normas jurídicas para lo que no existe en la realidad. Cuando choca con los contratos parece escándalo contra la legalidad, y en rigor no es así, es otra legalidad, otro paradigma, el derecho de lo contratos fuera de la legalidad moderna es otro, tiene otros condicionamientos y contenidos, la voluntad jurígena de los contratantes no tiene tanta virtualidad.

*Tercero: se corresponde con un determinado sistema estatal.*

La legalidad en lo que hoy son las democracias centrales se ha desarrollado a la par de un poderoso sistema estatal que nuestras pobres democracias no han logrado aún ni cerca. La legalidad moderna esta atada a un puntilloso funcionamiento del *enforcement*, o sistema legal de sanciones.

Nuestro derecho por el contrario carece de sanciones efectivas y mucho menos de sanciones justas. Todo el panorama de las sanciones administrativas que es el instrumento de policía de una administración es pobrísimo en su aplicación práctica, y su desarrollo jurídico aún no ha tenido lugar. El porcentaje de sanciones penales es

bajísimo. Y no obstante los gobiernos multiplican la pasión reguladora acerca de los más diversos temas, y celebran cuanto convenio internacional se glorifica en alejadas Jornadas de encuentro sin que exista la más mínima posibilidad de controlar su ejecución. Esta carencia no se debe tanto a la legislación ya que en todo caso el papel y la tinta dan para todo, sino a la ausencia de un aparato estatal razonablemente eficaz. Es que la legalidad moderna se construyó sobre las bases del Estado Absoluto de la Monarquía europea y funcionó en el nuevo mundo en la medida en que fue posible el desarrollo de una forma política estable y poderosa. Sin una forma política de este estilo, a la legalidad tal como se la conoce le falta una estrella central de la constelación.

*Cuarto: es correlato de un orden social y político determinado.*

La legalidad moderna tal como hoy se conoce es como dijimos un producto histórico que se forjó en el seno de cierta civilización a través de los siglos. No nació por generación espontánea. Quiero decir, no siempre fue así. Porque una de las estrellas que necesariamente la acompañan consiste en un cierto orden político que sustenta las instituciones en las que se asienta. Entre ellas el Estado al que ya nos referimos.

Al respecto hay que distinguir entre la existencia de un grupo social que configura una determinada comunidad política y el orden político que la acompaña. El grupo puede ser más o menos complejo. Mientras menos complejo sea el grupo o la comunidad el orden político que la gobierna tiene muy escasa necesidad de instituciones altamente desarrolladas. Durkheim decía que en tales casos funciona una especie de solidaridad mecánica, casi automática, los sistemas de cohesión social necesitan menos mediación política. Pero cuanto más compleja y heterogénea es la sociedad, la comunidad política necesita instituciones específicas, mucho más complejas y desarrolladas.

Esta observación es especialmente interesante actualmente en la que desde todos los sectores se demoniza a lo que con demasiado mal gusto se llama la "clase política". Yo los llamaré los políticos profesionales. Es un virus profundamente instalado en el espíritu de los hombres el de concebir a la política como una actividad artificial de la que se puede prescindir. Era el sueño de Rousseau, y también la meta escatológica del marxismo ortodoxo. Solamente los grupos primitivos pueden establecer una convivencia sin instituciones diferenciadas que produzcan acción política. Las instituciones políticas son una necesidad que surgen del desacuerdo e interacción entre las fuerzas sociales con el fin de establecer mecanismos para resolver esos desacuerdos. La esencia de la vida en sociedad es que existan desacuerdos varios, y la esencia de la vida política es administrarlos manteniendo la cohesión del grupo.

Las democracias centrales han logrado estas instituciones políticas en las que se asienta la fuerza y la eficacia de su legalidad. Por el contrario, otras civilizaciones están muy lejos de haberlo conseguido, entre ellas, la civilización iberoamericana o la civilización islámica. Algunos rasgos de los que se quejaba Bolívar hacen ya dos siglos no han cambiado entre nosotros: *"No hay buena fé en América, ya sea entre los hombre o entre las naciones. Los tratados son papeles, Las Constituciones libros, las elecciones batallas, la libertad anarquía y la vida un tormento. Lo único que se puede hacer en*

*América es emigrar.” También se ha dicho del Islam que “... carecen de organización, solidaridad, cohesión ... Su espíritu cívico no está desarrollado y su conciencia social es débil. La lealtad hacia el Estado es vacilante y la identificación con los líderes nunca llega a ser firme. Además predomina una desconfianza general respecto de los que gobiernan ... y la desconfianza es internalizada desde muy temprano en el sistema de valores del niño...”. Observaciones similares se multiplican en relación a las características de otras sociedades, he leído algunas respecto de Etiopía, de Irak, de Birmania.*

De cualquier manera, la capacidad de los pueblos para superar la lealtad del grupo pequeño y depositar parte de esa lealtad en la organización social superior, en la comunidad política, es poco frecuente. Con seguridad no es un patrimonio de América Latina.

*Quinto: el paradigma no se agota en la norma.*

El paradigma de la legalidad está integrado por todas estos astros que rondan en su constelación. Y solamente en su compañía adquiere el significado y el sentido que de él se predica con tanta fuerza cual es el de la seguridad jurídica como dato insoslayable, es decir la garantía de que determinadas situaciones jurídicas que se dicen consolidadas a la luz de determinadas reglas, no van a ser modificadas en el futuro por los gobiernos y que en caso de que los particulares pretendan alterarlos, el sistema institucional a través del poder de la jurisdicción determinará las consiguientes sanciones para restaurar esos derechos.

Para ellos las organizaciones políticas avanzadas de Occidente han desarrollado instituciones complejas y diferenciadas, tales como el sistema constitucional, el principio de supremacía constitucional, el control judicial de constitucionalidad, la irretroactividad de la ley, la división de poderes, el bill of right o tabla de derechos, el gobierno alternado, la elección popular, las cortes constitucionales, el estado federal, y el poder judicial independiente del gobierno de turno.

Todas estas instituciones en el contexto del paradigma no son “libros” como decía Bolívar, sino las vías por donde se nutre el sentido cabal y último del estado de derecho. Por otra parte, que sean instituciones no depende de que estén escritas en el papel, sino de que estén escritas en el corazón de la sociedad. Si no logramos instalarlas allí, la norma es solamente norma y no se hace normalidad, no se encarna, no se siente como propia, es una ortopedia que incomoda.

Tomemos por caso el federalismo argentino. El acta de la Independencia de los Estados Unidos con Gran Bretaña esta firmada por cada una de las trece ex colonias. Porque eran trece colonias. Las trece viables como comunidades independientes. Sobre esa realidad se fundó primero una confederación y después un estado federal. Todas esas colonias, cada una a su medida tuvieron la experiencia tributaria por si misma como cualquier estado, y su relación autónoma con la Corona y sus relaciones de comercio exterior independientes. Nuestra provincias eran un departamento administrativo de un virreinato, siempre lo fueron. Jamás tuvieron experiencia fiscal alguna ya que vivían de las rentas que la Corona establecía y recaudaba, y sus relaciones internacionales fueron

a través del virreinato. Su esencia es centralista dependiente. Y no hay federalismo sin responsabilidad fiscal en el marco de la legalidad moderna. Por lo que la música suena diferente en nuestras latitudes.

### **Los paradigmas inconmensurables: conclusiones para la Argentina.**

Parto de aceptar la tesis de Huntington acerca de que coexisten hoy distintas civilizaciones y que nosotros que somos Latinoamérica, estamos en un casillero distinto del que le corresponde al que hoy denominaríamos la Unión Europea y Estados Unidos que es en todo caso la civilización dominante.

La legalidad es un principio nacido en esa civilización occidental hacen ya algunos siglos y que fue modelando sus contenidos y significancias como producto de la *episteme* vigente en la estructura de esa civilización, y que por lo tanto encaja de un cierto y específico modo en esa civilización. Y encaja de un modo tal que trasladado a otra civilización si bien aisladamente el concepto es semejante no puede entenderse del mismo modo porque ocupa un lugar diferente en el rompecabezas, en el armado de todas las piezas con las que se compone una determinada civilización.

No obstante lo cual, como proviene de una civilización dominante, se convierten las piezas sueltas de esa civilización también en paradigmas dominantes y se trasladan sus significados puros a las restantes civilizaciones, entre ellos la nuestra, sin los recaudos de leer las mismas palabras en los distintos contextos. Entonces los desajustes son monumentales y los desentendimientos mayores. Esta enorme composición en la que consiste el derecho moderno corresponde a una episteme determinada a un paradigma de organización social, económica y política determinada y en la que funciona ubicada en un determinado lugar del rompecabezas.

Las notas que las componen nos son transferibles aisladamente entre dos legalidades diferentes. Porque nunca sonará del mismo modo en la melodía y por lo tanto no tendrá en el contexto la misma significación, el mismo sentido, no se acomodará de la misma manera, no tendrá los mismos efectos, ni las mismas modalidades, ni las mismas relaciones con los otros componentes del paradigma. De tal modo que lo que en uno de los paradigmas se presenta como un efecto propio y buscado en el otro puede ser configurar una anomalía. Entre los datos al que pertenece la legalidad como dato esencial de la civilización occidental, deben considerarse una serie de elementos que constituyen su propio paradigma, su propia episteme, datos que en general podrán encontrarse o no en otros paradigmas, pero siempre estarán en relaciones distintas y ocupando otras relaciones, y otros lugares, lo que impide trazar identidades y pedir los mismos resultados.

Nuestras sociedades latinoamericanas presentan una configuración lo suficientemente diferente como para hacer incompatible y a veces no mensurable la significación del sentido que transporta la legalidad moderna en sus aplicaciones concretas.

Argentina se ha caracterizado por la dificultad por atenerse a la forma procesal que se siente tentada a sortear a cada instante. Aquí debiera estar quizá una falla del sistema de organización social . Que por otra parte va parejo con ese carácter si se quiere un tanto esquizofrénico de la sociedad argentina. Mallea decía en aquel importante grito de angustia que fue Historia de una Pasión Argentina, que hay una Argentina de la representación y una Argentina auténtica que llama la Argentina invisible. En aquélla importa sobremanera el parecer, tanto que el ser de esa Nación es el parecer. Esta condición puede predicarse quizá de los individuos mismos. En definitiva en la línea profunda hay en cada hombre argentino dos naciones, dos líneas imperceptibles que circulan simultáneamente y que no termina de unirse nunca, por el contrario, galopan juntas como dos corceles con su hombre con un pie en cada caballo, hasta que un día como formando ciclos, los corceles se bifurcan y el hombre que va sobre ellos se descuartiza.

Lo mismo pasa con el sistema institucional. Por un lado la pretensión y creencia en una legalidad voluntarista al estilo de las grandes democracias actuales, y por otro lado una inmensa debilidad de mantenimiento y definición de la forma procesal. Con lo cual el proceso de deslegitimación es constante y la mirada esta siempre posada en un punto vacío. Partimos de un determinado concepto teórico de ley, desconocemos que exista otra forma de ley que no sea esa, pero cuando la tenemos delante no creemos que tenga la fuerza suficiente, la ponemos a prueba constantemente de un modo casi maniático. En definitiva, no le conferimos en la realidad el valor de la categoría que pregonamos. Esto se debe a la escasa legitimación en el origen. Si la ley vale no tanto por su contenido, sino más bien por su origen, por la autoridad que la sanciona, cuando esa autoridad nunca ha logrado la envergadura legitimante suficiente, sus productos no pueden ser sino espurios y poco creíbles.

Hay un segundo elemento en nuestra tradición patria cuya dinámica contribuye a la destrucción de un cierto sentido de la legalidad, y es el de la tradición autoritaria, modelo que esta encarnado en todas las clases sociales nacionales y en todo el arco geográfico, y que proviene de distintos orígenes, pero termina siendo igual en sus resultados. Esto se vincula con un modelo de dominación del tipo carismático y no del tipo racional legal en la clasificación de Weber. Este elemento fuerte de nuestra conformación cultural conspira permanentemente contra la formación de una legalidad fuerte y trabaja directamente en el fortalecimiento de los polos de poder establecidos alrededor de las personas y no de las legalidades abstractas. No obstante, el lenguaje institucional se traduce en una fórmula más o menos aséptica muchas veces con abundante apelación a los principios, las leyes y las elaboraciones de la jurisprudencia. Y sin perjuicio de ello, en la vida informal y paralela, la comprensión última de estos actos no se hace en función de ese lenguaje expresado – Argentina de la representación en la consigna de Mallea -, sino en los términos de las lealtades personales o grupales o de los intereses en juego. En otras palabras, nadie cree demasiado en la referencia a la racionalidad legal, y más bien todos creen y traducen esa referencia como una fachada que encubre las verdaderas razones de la decisión que se vinculan siempre con posiciones de poder de determinadas personas a las que quedan necesariamente vinculados los autores del acto legal.

Paralelamente como otra pieza del juego en este complejo mecanismo no escrito de las decisiones que se corporizan en actos formales, los autores de las normas emplean la mayor energía y atención, no en la tarea misma para la que existen y a la que se deben, sino en los juegos de poder, que es en definitiva la referencia fáctica que termina alimentando el sentido de todos los actos. La política agonal de construcción de poder se hace eterna y la razón misma de existir para los sujetos, se recicla en una cinta sin fin que no puede detenerse ya que la opción es la construcción permanente de espacios de poder para mantener el que se tiene o la desaparición de todo poder. En esa dinámica casi no queda espacio para la política de arquitectura, es decir aquella que se hace desde el poder conquistado con el fin de transferir poder hacia estructuras institucionales destinadas a perdurar en el tiempo y que trascienden a sus autores.

El poder no se trasciende a si mismo, deja de ser finalista, se hace inmanente y narcisista y el proceso de deslegitimación se profundiza. Y se profundiza en una doble dirección. Por el lado del producto - la ley -, y por el lado de los autores de la ley – los funcionarios ya sean estos jueces, legisladores o administradores (*“que se vayan todos”*) -. Este proceso es el correlato de la interpretación de los actos y de las normas que se hace desde fuera de sus autores, desde los destinatarios que han desarrollado un poderoso instinto para leer detrás de la fórmulas, el verdadero sentido de los actos, que va por lo general en una dirección que no es la que pregonan sus fundamentos y motivaciones. Los fundamentos cantan una legalidad que nadie cree y el sentido va siempre en dirección de un negocio de poder.

Seguramente muchos querrían sostener una crítica contundente sobre el Gobierno actual por su enorme desprecio por la ley. Y al respecto, en la epidermis de la palabra bien podría sostenerse con virulencia comprendida y compartida que durante los últimos tres meses hemos vivido una especie de aniquilamiento del derecho de la propiedad y los contratos y de toda la legalidad que los sustenta, y también podría decirse que en nombre de los gobiernos democráticos acabamos de tener la experiencia del atropello a estos derechos constitucionales y aún al derecho de defensa con el ataque – eso sí por las vías procesales institucionales correspondientes – al Poder Judicial.

Sin embargo, el derecho de propiedad y de los contratos es tan importante como el derecho a elegir el gobierno por el sistema institucional vigente, derecho que está en la base misma de cualquier sistema de estado de derecho, y que ha sido sistemáticamente violentado en la Argentina desde los tiempos de Mitre y muchos otros hasta hoy, y del que no debemos olvidar. No sea que quienes tan fervorosamente defienden los derechos vinculados a la propiedad, se vean tentados de olvidarse de otros con tal de que estos queden intactos. Del mismo modo hay otros derechos como los derechos vinculados al mundo del trabajo y la seguridad social, que en muchos casos se ven completamente vacíos de contenido no tanto por la acción de los gobiernos sino por las dificultades de generación de riqueza por parte de la economía argentina. Y los derechos sociales son derechos en serio y no solamente palabrerío socialista. En el mundo jurídico del derecho nacional estos son verdaderos y auténticos derechos, de tan magna jerarquía como los derechos de la libertad y de la propiedad. Ni que decir del derecho a la vida y a la libertad ambulatoria que tantas a veces ha sido decapitado por

el Gobierno de turno en la historia nacional. También habrá que atender a este punto como una constante en la conducta gubernamental argentina. Hoy nos quejamos por la propiedad y los contratos, pero también hubo un saqueo a todos los derechos y garantías que en conjunto integran un orden jurídico mínimo al que de algún modo aspiramos. No hay originalidad en este gobierno, ni en el atropello, ni el contenido ya que por la tradición de su partido hubiera sido asombroso que pudiera evitarlo.

En suma, la legalidad no es una mera fórmula que funcione sola, desprendida de su contexto. Los derechos tampoco lo son. Se formulan en un marco histórico determinado y deben encontrar su sentido profundo en relación con la realidad en la que se configuraron. Desde allí deben extraerse sus contenidos, sus alcances, sus efectos. Pensar el principio de legalidad en estos términos tiene la ventaja de permitir avanzar sobre los verdaderos problemas, las verdaderas falencias. Y por otro lado tiene la ventaja de poder construir una forma de legalidad mejor articulada en intercambio con sus elementos reales y sin la carga conceptual de un paradigma diferente.

ARMANDO J. ISASMENDI  
ABOGADO

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Mallea Eduardo, Historia de una Pasión Argentina.
- Botana Natalio, El siglo de la libertad y el miedo.
- Ferrater Mora J., Diccionario de Filosofía.
- Huntington S., El orden político en las sociedades en cambio.
- Huntington S., el Choque de las Civilizaciones.
- Feinman José P., Filosofía y Nación.
- Nino C., Un país al margen de la ley.
- Vicent A., Génesis y Desarrollo del voluntarismo jurídico.
- Hayek F., Derecho, Legislación y Libertad.
- Kuhn T., Que son las revoluciones científicas ?
- Libros que se mencionan en las notas