

POLÍTICA Y EXCEPCIÓN

Por el Dr. Mario Daniel Serrafiero

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal.

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

ancmyp@ancmyp.org.ar

www.ancmyp.org.ar

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones (www.imagenimpresa.com.ar)
en el mes de abril de 2013.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2011 / 2012**

Presidente Académico Dr. JORGE REINALDO VANOSI
Vicepresidente . . Académico Dr. HUGO O. M. OBIGLIO
Secretario Académico Dr. FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA
Tesorero Académico Dr. CARLOS PEDRO BLAQUIER
Prosecretario . . . Académico Embajador CARLOS ORTIZ DE ROZAS
Protosorero Académico Ing. MANUEL SOLANET

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina nombramiento	Fecha de	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA..	03-08-76	Mariano Moreno
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia

Nómina nombramiento	Fecha de	Patrono
Dr. Jorge R. VANOSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO.....	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI.....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS....	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF.....	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. María Teresa CARBALLO.....	26-10-11	Roque Sáenz Peña
Dr. Héctor A. MAIRAL	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María BIDEGAIN

Dr. Carlos A. FLORIA

Dr. Miguel M. PADILLA

POLÍTICA Y EXCEPCIÓN

Por el académico DR. MARIO DANIEL SERRAFERO

En este trabajo se aborda el problema de la excepción en el ámbito de la política, cuestión que suele presentar distintos matices, no poca polémica y una indiscutible actualidad. Cada vez más los gobiernos recurren a medidas que consideran excepcionales ocasionando un apartamiento del camino de la normalidad jurídica e ingresando en territorio donde el régimen político puede sufrir importantes deslizamientos.

En este estudio se indaga sobre las llamadas situaciones excepcionales, extraordinarias o de emergencia¹, se traen las reflexiones de un clásico de la teoría, Carl Schmitt y se incluyen las perspectivas más recientes de Giorgio Agamben. Estos autores han planteado el complejo sitio que le cabe a la excepción dentro –o fuera– del marco del ordenamiento jurídico y han dado cuenta también de la transformación que ha sufrido el Estado legislativo

¹ Esta temática se ha profundizado y extendido más en la obra: Mario D. Serrafiero, *Exceptocracia. ¿Confín de la democracia? Intervención federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*. Bs. As., Lumiere, 2005..

convirtiéndose en una suerte de Estado gubernativo o administrativo (o demoburocracia). Finalmente, el trabajo vincula el estado de excepción con aspectos y categorías que importan al diseño y funcionamiento de los regímenes políticos, como la gobernabilidad, la división de poderes, los modelos de democracia, el Estado de Derecho y la seguridad jurídica.

Situaciones excepcionales, extraordinarias o de emergencia

En regímenes autocráticos la ley emerge del autócrata, quien decide sobre toda suerte de situación, normal o anormal. Él es la ley. Algo similar ocurre en regímenes emparentados o cercanos como los autoritarismos, las dictaduras o los totalitarismos. En estos regímenes no existe entonces una diferencia sustancial en cuanto al funcionamiento del sistema y sus límites en sus distintos momentos y respecto del funcionamiento del ordenamiento legal².

Las situaciones extraordinarias o excepcionales aparecen contempladas en los ordenamientos institucionales, cualquiera fuera el régimen político. Así, frente al plexo normativo que corresponde a períodos de normalidad institucional, también encontramos una vía que da lugar al llamado estado de necesidad, excepcionalidad o emergencia. Se trata de momentos en los cuales el sistema jurídico e institucional responde frente a los hechos que se califican de tal forma de un modo distinto a las situaciones ordinarias, sea porque el propio orden legal se suspende, porque algunos órganos se revisten de poder incrementado o porque la ciudadanía ve restringidos sus derechos y garantías. El Derecho Público ha contemplado siempre situaciones de anormalidad y en

² Ver Norberto Bobbio, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, México, FCE, 1994,

las distintas constituciones se prevén tales acontecimientos con el fin de habilitar la acción estatal para conjurarlas.

Una de las cuestiones teóricas implicadas en el tema es la eficacia de las leyes para resolver los problemas que ocurren en toda comunidad. Señalaba Rousseau: “La inflexibilidad de las leyes, que les impide adaptarse a los acontecimientos, puede en ciertos casos hacerlas perniciosas y causar la pérdida del Estado en su crisis. El orden y la lentitud de las formas exigen un espacio de tiempo que las circunstancias niegan a veces. Pueden presentarse mil casos que el legislador no ha previsto, y una previsión muy necesaria es darse cuenta de que no se puede prever todo. No se debe, pues, pretender afianzar las instituciones políticas hasta el punto de no poder suspender su efecto...Pero solamente los mayores peligros pueden contrapesar el de alterar el orden público, y no se debe nunca suspender el poder sagrado de las leyes, a no ser que se trate de la salvación de la patria. En estos casos, raros y manifiestos, se atiende a la seguridad pública mediante un acto particular que confiere la misión al más digno”³. Rousseau señalaba la imposibilidad de la ley para gobernarlo todo y admitía, entonces, ciertos atajos que contrapesaran también la lentitud de las formas institucionales. Pero advertía que esta situación de prescindencia de la ley y el orden establecidos sólo estaría habilitada cuando estuviere en juego la “salvación de la patria”, que eran casos “raros y manifiestos”, o sea poco frecuentes e indubitables para la percepción de los ciudadanos.

Locke incluía dentro del llamado poder de prerrogativa las situaciones excepcionales no previstas por la ley: “Este poder de actuar a discreción para el bien público, sin hacerlo conforme a lo prescrito por la ley, y aun contra ella en ciertos casos, es lo que se llama ‘prerrogativa’. Pues como en algunos gobiernos el poder

³ Jean-Jacques Rousseau, “El Contrato Social”, en *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. El Contrato Social*, Bs. As. Hyspamérica, 1984, pág. 149.

legislativo no está siempre en activo, y suele ser también muy numeroso y, por ende, muy lento en despachar sus decisiones al ejecutivo, y como es imposible prever y abarcar con las leyes todas las posibles eventualidades y necesidades que puedan afectar al pueblo; y como es así mismo imposible hacer leyes que no produzcan daño cuando son aplicadas con rigor inflexible en todas las ocasiones y a todas las personas que estén en su camino, hay un margen que es dejado al poder ejecutivo para que éste tome decisiones que la ley no ha prescrito⁴. En la misma línea que las reflexiones de Rousseau, nuevamente aparece el tema de la imposibilidad de prever todo y, también, las deficiencias propias de la asamblea representativa ya sea por su numeroso tamaño o bien por la imposibilidad de sesionar permanentemente. Y el antídoto frente a determinadas situaciones sería el margen de discrecionalidad dejado en manos del Poder Ejecutivo a través del poder de prerrogativa.

El régimen constitucional y el Estado de Derecho establecen las normas y las reglas a las cuales los sujetos deben ajustarse, pero determinadas circunstancias y situaciones parecen no encajar en las soluciones y arreglos que prescribe la legislación. Es así que el propio régimen político y la constitución que le da forma admiten y prevén los recursos institucionales para enfrentar las situaciones excepcionales.

En cuanto a los recursos concedidos, como afirma Romero, tienen una finalidad bien definida: “Los poderes extraordinarios o facultades de excepción que se ejercen en estos períodos, solo pueden perseguir la restauración institucional, la defensa del orden jurídico subvertido o atacado, la vuelta al equilibrio económico roto por presiones o contrapoderes⁵”.

El propio Estado de Derecho reconoce que determinadas situaciones deben ser tratadas más allá del ordenamiento normal y

⁴ John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Bs. As., 1990, pág. 165.

⁵ César Enrique Romero, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Bs. As., Zavalía, 1976, pág. 146.

admiten la solución “excepcional”, pero al mismo tiempo, impone contornos y límites al uso de los recursos institucionales para enfrentar las emergencias y los estados de necesidad. En otras palabras, se trata de normatizar la posible existencia de acontecimientos extraordinarios, los recursos y los límites para enfrentarlos. Y, el fin último, es volver a la normalidad institucional, al menos teóricamente.

¿Quién decide la situación de excepción? Esta cuestión es sin duda importante y ha dado origen a largos debates en la historia de la teoría política y constitucional. Por de pronto, existe siempre una preocupación cuando quien decide tal estado es quien tiene los recursos para conjurarlo pues implica una concentración de poder. Así, se ha expresado por ejemplo respecto del estado de sitio en general —o sea, más allá del regulado en nuestra normativa—: “El acto constitutivo del estado de sitio es una ‘decisión’. El paso de la normalidad al estado de excepción implica dos valoraciones fundamentales: la comprobación del estado de peligro para el orden público y la determinación de la necesidad de reaccionar con medidas excepcionales. Estas dos valoraciones, aun cuando no asuman una relevancia propia desde el punto de vista formal, constituyen elementos bastante delicados; de su completo y equilibrado cumplimiento depende que sean más o menos conjurados los peligros para la estabilidad del sistema constitucional. Esto porque normalmente los órganos a los que concierne la comprobación y la valoración del estado de peligro son los mismos que están legitimados para ejecutar las medidas extraordinarias previstas por el estado de sitio, con la consecuencia de que podría verificarse —como en efecto se ha verificado en la práctica de varios ordenamientos— que la valoración de los peligros para las instituciones se cumpla en función de la actitud de los grupos de oposición”⁶.

⁶ Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI, 1997, pág. 560 y 561.

Los estados excepcionales presentan, generalmente, ciertas características comunes: a) implican una transitoriedad o temporalidad acotada; b) suponen una concentración de poderes y facultades en un órgano determinado; c) importan la restricción de derechos y garantías para los ciudadanos.

En este trabajo no se hacen distinciones entre las diferentes medidas, remedios o recursos que refieren a situaciones extraordinarias o de excepción. Ciertamente existen diferencias, pero aquí lo importante es destacar la existencia de una serie de recursos o dispositivos que se ponen en marcha cuando algún órgano de gobierno determina la existencia de estos momentos de anormalidad que requieren un tratamiento especial y que constituirían lo que alguno teóricos denominan *estados de excepción*. ¿Cuáles son las situaciones excepcionales, extraordinarias o de emergencia? Se ha señalado una extensa variedad que incluye las catástrofes naturales, las crisis económicas, el grave riesgo contra la seguridad pública y la conservación del Estado, las situaciones de peligro social, los casos de fuerza mayor, etc. Se ha advertido, numerosas veces, que el estado de necesidad es fuente del derecho. No escapa al observador atento a las nomenclaturas jurídico-políticas cierta semejanza o contigüidad con lo que se denominaba más asiduamente en otra época *Razón de Estado*. Señalaba Meinecke: “Motivos forzosos de propia conservación y crecimiento del Estado impulsan al político a acciones que llevan en sí un carácter individual y general, a la vez. Un carácter individual en tanto que dichas acciones buscan un camino único, adecuado a la situación del momento, irrepetible, y, en este sentido, traspasan, a veces, las leyes generales éticas y las normas jurídicas vigentes. Un carácter general empero, en tanto que obedecen a un impulso permanente, común a todos los Estados [...] De esta suerte, tanto lo individual como lo general en el obrar, según la razón de Estado se insertan sin dificultad –en un principio, al menos– dentro de la conexión causal del acontecer”⁷.

⁷ Friedrich Meinecke, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág. 4

Emergencia política y emergencia económica

Los remedios de emergencia, las decisiones fundadas en la necesidad y la urgencia, y todas las medidas que exceden el marco de la legalidad establecido para tiempos de normalidad institucional afectan no sólo la zona de los derechos y garantías ciudadanas. Se vinculan íntimamente con el tipo de Estado, de régimen y de gobierno a punto tal que pueden provocar deslizamientos que modifiquen casi imperceptiblemente su naturaleza. Bajo el ropaje del Estado de Derecho y del régimen democrático las vías de excepción pueden significar un ejercicio del poder que traspasa los contornos y límites republicanos para convertirse en instrumentos de acción política más cruda. De alguna manera, esta temática se vincula con el artículo primero de la Constitución Nacional: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

Como han señalado reconocidos juristas, la Constitución de la República Argentina sólo admitía y habilitaba la *emergencia política* tratada en el artículo 23 de la Constitución Nacional. Pero doctrina y jurisprudencia admitieron reiteradas veces el estado de *emergencia económica* que autorizaba el ejercicio del poder de policía del Estado en forma más enérgica en situaciones extraordinarias y anormales, y que requerían la limitación de derechos individuales para asegurar el orden público y la supervivencia del Estado y la sociedad⁸. Sentencias como “Ercolano c. Lanteri de Renshaw”, “Avico c. De la Pesa”, “Angel Russo c. Delle Donne”, entre otras, basadas en la jurisprudencia norteamericana fueron así admitiendo lo que algunos denominaron una suerte de *estado de sitio económico*⁹.

⁸ Ver Carlos E. Colautti, Los derechos patrimoniales durante la emergencia, en *La Ley*, T. 1991-E. Sec. Doctrina, 1359-1366.

⁹ Ver el interesante trabajo de Alberto B. Bianchi, “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, en *La Ley*, T. 1991-C, pág. 141-171.

Entre la jurisprudencia norteamericana profusamente citada cabe mencionar el caso “Home Building v. Blaisdell” que sirvió como fundamento al llamado caso Bustos, para referirnos sólo a uno de los tantos fallos importantes de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina. Según el antecedente americano cuatro requisitos eran necesarios para que la sanción de una ley de emergencia estuviera justificada: “1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunicad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria”¹⁰.

Los elementos tipificantes de la emergencia para nuestra Corte Suprema serían: “a) que exista una situación de emergencia definida por el Congreso; b) la persecución de un fin público; c) transitoriedad de las medidas adoptadas; d) razonabilidad, o sea adecuación del medio empleado al fin público perseguido; e) restricción, pero no frustración de los derechos constitucionales”¹¹. Respecto al encuadre de la emergencia se la ha equiparado con el caso fortuito y el estado de necesidad. Parte de la doctrina enmarca el derecho de emergencia dentro del derecho de la necesidad¹².

¹⁰ Citado en “Bustos, Alberto y otros c/ E.N otros s/ amparo”, sentencia que se expidió sobre la constitucionalidad de la pesificación decidida tras la crisis institucional de finales de 2001 y que se alejaba de los pronunciamientos previos –con otra composición del Alto Tribunal– en las causas “Smith” y “San Luis”. Sobre el caso “Bustos” pueden consultarse las muy pertinentes reflexiones de Gregorio Badeni en “Reflexiones sobre el caso ‘Bustos’”, en *La Ley*, 9 de noviembre de 2004, pág. 1.

¹¹ Ver Ricardo L. Lorenzetti, “Estado de derecho y estado de necesidad. Una reflexión acerca de la Constitución y los derechos individuales”, en *La Ley*, T. 2001-C, Sec. Doctrina, pág. 1382-1395. En este trabajo, el autor enumera las siguientes leyes de emergencia: 23.696; 23.697; 23.982; 25.344; 25.414.

¹² Sagiés distingue en la doctrina del estado de necesidad los siguientes elementos: “a) la *situación de necesidad*, o circunstancia fáctica que exige una respuesta por parte del Estado; b) el *acto necesario* para enfrentar la situación de necesidad; c) el *sujeto necesitado* (Estado), cuyo comportamiento

Asimismo, en el tema, cabe tener en cuenta la apreciación del Juez Roberto Repetto en su voto en el caso “Avico c/ de la Pesa”: “La emergencia, pues, no crea el poder ni tampoco aumenta o disminuye la extensión acordada a una facultad; sólo da causa al ejercicio de los que expresa o implícitamente se hallen acordados en el instrumento constitucional”¹³.

Respecto del caso argentino y, si bien el campo de las leyes de emergencia referidas al terreno económico no es motivo de este estudio, hay una hipótesis cuya formulación no puede soslayarse: la historia institucional muestra un primer y extenso período de despliegue de las *emergencias políticas* y, desde la refundación democrática a esta parte, se ha agregado un incremento sustancial de las *emergencias económicas*. El resultado no es otro que la transformación cualitativa en el tipo de Estado y el poder incrementado de la presidencia. Como ha sostenido Lorenzetti: “Las leyes que declaran la emergencia son acompañadas por ‘decretos de necesidad y urgencia, de los que se ha hecho uso y abuso para legislar todo tipo de situaciones por parte del Poder Ejecutivo, sin esperar la intervención del Congreso y sobre una variedad de aspectos importantísimos”.

Schmitt y Agamben (I)

La normatización del estado de excepción es una creación moderna que apareció en la Francia revolucionaria. Se propagó a otros ordenamientos constitucionales y se aplicó cada vez con mayor frecuencia. En la Europa de la primera guerra el estado de excepción fue lugar común en las decisiones de los gobiernos y,

se requiere para adoptar y ejecutar al acto necesario; d) el *derecho de necesidad*, que atiende a la problemática jurídica de la situación de necesidad (v. gr. si la contempla o no), del acto necesario a adoptar y de la conducta del sujeto necesitado”. Ver Néstor Pedro Sagües, “Derecho constitucional y derecho de necesidad”, en *La Ley*, T.1990-D, Sec. Doctrina, pág.1036-1058.

¹³ Ver en Germán Bidart Campos, *La Corte Suprema*, Bs. As., Allende y Brea, 1982, pág. 158.

desde allí, hecho regular de las administraciones posteriores. El constitucionalismo de la segunda posguerra incluyó la necesidad, la urgencia, la legislación extraordinaria en manos del Ejecutivo como mecanismos institucionales propios del funcionamiento de las democracias. Compañía adicional que potenció el incremento de las facultades ordinarias que tenían los Ejecutivos en aquellas épocas.

A nivel teórico el estado de excepción aparece como punto de intersección entre distintos conceptos y genera por cierto dilemas y polémicas. Schmitt¹⁴ planteó, en los años veinte del siglo pasado, la cuestión en términos contundentes: “Soberano es quien decide la excepción”. Su perspectiva teórica puso al descubierto los agujeros del pensamiento político liberal y abrió el debate sobre los límites y confines del pensamiento que ubicaba en el centro del ordenamiento estatal y jurídico a la *ley*. No por nada retomaba y expandía las argumentaciones de Locke sobre el poder de prerrogativa bajo una lógica por cierto distinta. Las controversias con Kelsen constituyen una muestra de la gramática de una polémica irresuelta y que sólo parece detenerse ante lo que sería el punto crítico de un acto de fe entre la preeminencia de la ley o bien del puro hecho (para Schmitt, la decisión).

Schmitt señalaba que el orden jurídico descansaba en una decisión y no en una norma, cualquiera fuere el régimen político en cuestión y el tipo de Estado. Decía: “El orden y la seguridad pública tienen en la realidad aspecto harto diferente según sean una burocracia militar, una administración impregnada de espíritu mercantil o la organización de un partido la que decide si el orden público subsiste, si ha sido violado o si está en peligro. Porque

¹⁴ Ver entre otros trabajos de Carl Schmitt, *Legalidad y Legitimidad*, Bs. As. Struhart, 1994; *La defensa de la Constitución*, Madrid, Ténos, 1983; *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, ténos, 1990; *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1934; y *Teología Política*, Bs. As., 1985. También resulta de interés confrontar el trabajo de Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Ténos, 1995.

todo orden descansa en una ‘decisión’, y también el concepto del orden jurídico, que, irreflexivamente, suele emplearse como cosa evidente, cobija en su seno el antagonismo de los dos elementos dispares del Derecho. El orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma”¹⁵.

Schmitt distinguía el estado de excepción del caos y la anarquía. Volvía sobre la idea de que su sentido era la propia preservación del Estado y destacaba que norma y decisión formaban parte del ordenamiento jurídico. Decía Schmitt: “Como quiera que el estado excepcional es siempre cosa distinta de la anarquía y del caos, en sentido jurídico siempre subsiste un orden, aunque este orden no sea jurídico. La existencia del Estado deja en este punto acreditada su superioridad sobre la validez de la norma jurídica. La ‘decisión’ se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta, en sentido propio. Ante un caso excepcional, el Estado suspende el Derecho por virtud del derecho a la propia conservación. Los dos elementos que integran el concepto del ‘orden jurídico’ se enfrentan uno con otro y ponen de manifiesto su independencia conceptual. Si en los casos normales cabe reducir al mínimo el elemento autónomo de la decisión, es la norma la que en el caso excepcional se aniquila. Sin embargo, el caso excepcional sigue siendo accesible al conocimiento jurídico, porque ambos elementos –la norma y la decisión– permanecen dentro del marco del Derecho”¹⁶.

Se ha advertido la inconsistencia que implica que, en ciertas condiciones excepcionales, un ordenamiento jurídico habilite el propio apartamiento del sistema legal. El argumento de que, en determinadas ocasiones, la única manera de salvaguardar el sistema jurídico-institucional es evitándolo, además de la inconsis-

¹⁵ *Ibidem*, pág. 43 y 44.

¹⁶ Carl Schmitt, *Teología Política*, Bs. As., 1985, pág. 48 y 49. Una frase ilustrativa de la idea del autor alemán es: “la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho”

tencia implícita –señalada por algunos autores– no garantiza que, ciertamente, sea así en los hechos. Según algunas perspectivas, el estado de excepción constituye el límite o borde entre la norma y el hecho, entre el derecho y la política. Así Agamben ha retomado el tema y ha remarcado la necesidad de una teoría de la excepción, transitando ciertos recorridos de Schmitt. Señala Agamben: “La simple oposición topográfica (dentro/fuera) implícita en estas teorías parece insuficiente para dar razón al fenómeno que debería explicar. Si lo propio del estado de excepción en una suspensión (total o parcial) del ordenamiento jurídico, ¿cómo puede tal suspensión estar comprendida en el orden legal? ¿Cómo puede una anomía estar inscrita en el orden jurídico? Y si el estado de excepción es, en cambio, solamente una situación de facto, y como tal extraña o contraria a la ley, ¿cómo es posible que el ordenamiento contenga una laguna precisamente en lo que concierne a la situación decisiva? ¿Y cuál es el sentido de esta laguna?”¹⁷. El autor da cuenta de la divisoria de aguas que se realiza respecto al locus. Así entre los que incluyen al estado de excepción dentro del ordenamiento jurídico cita a Santi Romano, Harioru y Mortari bajo el arugmento de considerarlo parte del ordenamiento positivo. Otros autores como Hoerni, Ranelletti y Rossiter lo hacen bajo el fundamento del derecho subjetivo del Estado a la propia conservación. Entre los que opinan que el estado de excepción es externo al ordenamiento jurídico menciona a Biscaretti, Balladore-Pallieri y Carré de Malberg.

Sobre la cuestión del locus del estado de excepción afirma Agamben: “En verdad, el estado de excepción no es ni externo ni interno al ordenamiento jurídico, y el problema de su definición concierne precisamente a un umbral, o a una zona de indiferenciación, en el cual dentro y fuera no se excluyen sino que se indeterminan. La suspensión de la norma no significa su abolición, y la zona de anomía que ella instaura no está (o al menos pretende

¹⁷ Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, 2004, Bs. As., Hidalgo, pág. 59.

no estar) totalmente escindida del orden jurídico. De aquí el interés de aquellas teorías que, como la de Schmitt, complican la oposición topográfica en una más compleja relación topológica, en donde está en cuestión el límite mismo del ordenamiento jurídico. En todo caso, la comprensión del problema del estado de excepción presupone una correcta determinación de su localización (o ilocalización). Como veremos, el conflicto sobre el estado de excepción se presenta esencialmente como una disputa sobre el locus que le compete.”¹⁸.

Y Agamben va a sostener una perspectiva que se desmarca de Schmitt y que se abre a una mayor polémica: “1) El estado de excepción no es una dictadura (constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana), sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas– y, sobre todo, la distinción misma entre público y privado– son desactivadas. Falsas son, por tanto, todas las doctrinas que buscan anexas inmediatamente el estado de excepción al derecho; y son por ende falsas tanto la teoría de la necesidad como fuente jurídica originaria como la que ve en el estado de excepción el ejercicio de un derecho del Estado a la propia defensa, o el restablecimiento de un originario Estado pleromático del derecho (los “plenos poderes”). Pero también son falaces aquellas doctrinas como las de Schmitt, que buscan inscribir en forma mediata el estado de excepción en un contexto jurídico, fundándolo entre normas de derecho y normas de realización del derecho, entre poder constituyente y poder constituido, entre norma y decisión. El estado de necesidad no es un ‘estado de derecho’, sino un espacio sin derecho (aun cuando no se trata de un estado de naturaleza, sino que se presenta como la anomia que resulta de la suspensión del derecho). 2) Este espacio vacío de derecho parece ser, por alguna razón, tan esencial al orden jurídico que éste debe tratar por todos los medios de asegurarse una relación con aquél; casi como si para fundarse, debiera mantenerse

¹⁸ *Ibidem*, pp. 59-60

necesariamente en relación con una anomia [...] 3) El problema crucial relacionado con la suspensión del derecho es el de los actos cometidos durante el *institutium*, cuya naturaleza parece escapar a toda definición jurídica. En cuanto no son ni transgresivos ni ejecutivos ni legislativos, parecen situarse, con respecto al derecho, en un absoluto no-lugar”.

No se pretende aquí abordar y menos resolver una cuestión que ingresa en territorio de la filosofía política y jurídica sino, simplemente, advertir los pliegues de un tema por cierto complejo y problemático, y abierto a distintas posiciones teóricas.

Schmitt y Agamben (II)

El concepto de Estado administrativo fue claramente expuesto por Schmitt diferenciándolo del Estado jurisdiccional y el Estado parlamentario ¿Cómo no ceder a la tentación de rotular a ciertas democracias latinoamericanas –incluida la argentina– de la tercera ola de la democratización como sistemas que se acercan peligrosamente a una demoburocracia o a una democracia de administración? La cuestión se entronca íntimamente con el tema del decisionismo, que excede el marco de este trabajo.

Nuevamente conviene traer a Schmitt cuando caracteriza a este tipo de Estado y de democracia: “El *Estado administrativo* puede apelar a la necesidad objetiva, a la situación real, a la fuerza coercitiva de las relaciones, a las necesidades de la época y a otras justificaciones no basadas en normas, sino en situaciones fácticas. En consecuencia, el Estado administrativo encuentra su principio existencial en la conveniencia, en la utilidad, en la adaptación inmediata y concreta de sus medidas, de sus disposiciones y de sus órdenes a las necesidades reales, al contrario que el *Estado legislativo*, que busca su justificación en la elaboración de las normas.

Tanto el Estado gubernativo como el Estado administrativo atribuyen una cualidad especial al mandato concreto que se ejecuta y obedece sin más. Estos estados ponen fin a los alegatos de los abogados propios del Estado jurisdiccional, lo mismo que a las interminables discusiones del Estado legislativo parlamentario, y reconocen un valor jurídico positivo al decisionismo del mandato inmediatamente ejecutorio. Aquí rige el aforismo ‘Lo mejor en el mundo es una orden’.¹⁹

Volviendo a Agamben, en el recorrido teórico e histórico que realiza respecto de la Italia del siglo XIX y el siglo XX, el autor le otorga una especial significación a los decretos gubernamentales de urgencia, llamados decretos-leyes. Dice Agamben que de instrumento excepcional se convirtió en mecanismo ordinario de producción de derecho, incluso en otros países europeos. Más allá de las diferencias con Schmitt respecto de la excepción y su *locus*, el gobierno por decreto que llega incluso a la declaración del estado de sitio, se ha deslizado desde el estado parlamentario a un estado gubernativo. Dice: “Un Estado con gobiernos a menudo inestables ha elaborado uno de los paradigmas esenciales a través del cual la democracia se transforma de parlamentaria en gubernamental. En todo caso, es en este contexto que aparece con claridad la pertinencia de los decretos de urgencia en el ámbito problemático del estado de excepción”²⁰.

Agamben pasa revista a lo ocurrido en la Italia del siglo XIX donde los gobiernos del reino recurrieron permanentemente tanto a los decretos de urgencia como a los estados de sitio. Observa también que del régimen fascista, en 1926, emanó una ley por la cual, previa deliberación del Consejo de Ministros, podían dictarse normas con fuerza de ley en situaciones de “delegación legislativa” y frente a casos extraordinarios, en los cuales razones de urgencia y

¹⁹ Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Bs. As., Struhart, 1994, pág.27-28.

²⁰ Giorgio Agamben, citado anteriormente, pág. 48.

de absoluta necesidad así lo requieran. Asimismo, señala que esta facultad pasó a la Constitución de la República. En efecto, el artículo 77 faculta al gobierno, sin delegación de las Cámaras a dictar decretos con fuerza de ley ordinaria, en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia, si bien la norma dice que deberá presentarlas a las Cámaras ese mismo día para su conversión.

Así, la perspectiva de Agamben es contundente respecto del paso de una República parlamentaria a otra de tipo gubernamental donde es el Poder Ejecutivo quien legisla. Dice el autor: “Esto significa que el principio democrático de la división de poderes hoy se ha devaluado, y que el poder ejecutivo ha de hecho absorbido, al menos en parte, al poder legislativo. El parlamento no es más el órgano soberano al que corresponde el derecho exclusivo de obligar a los ciudadanos a través de la ley: se limita a ratificar los decretos emanados del poder ejecutivo. En sentido técnico, la República ya no es más parlamentaria, sino gubernamental. Y es significativo que una transformación similar del orden constitucional que hoy se da en medida diversa en todas las democracias occidentales, si bien es percibida perfectamente por juristas y políticos, permanezca totalmente inobservada por parte de los ciudadanos. Precisamente en el momento en que se pretende dar lecciones de democracia a culturas y tradiciones diferentes, la cultura política de Occidente no se da cuenta de que ha perdido por completo el canon”²¹.

Como puede observarse la posición de Agamben es categórica respecto a la transformación de las democracias occidentales. Quizá haga falta añadir que la situación planteada por Agamben y referida sobre todo a las democracias parlamentarias es aún más grave en las democracias presidencialistas. En efecto, de algún modo el Ejecutivo parlamentario es una suerte de comisión gubernativa emanada del Parlamento y se sostiene en tanto y en cuanto

²¹ *Ibídem*, pp. 50-51.

aqué le continúe prestando su mayoría. Pero en las democracias presidencialistas el presidente, que goza de legitimidad autónoma en razón de su origen derivado de la votación popular, puede no contar con un Congreso que avale sus decisiones. En América Latina es un lugar común la situación de gobierno dividido y los conflictos entre presidencia y Poder Legislativo y la excepción –en sus distintas versiones– muchas veces se instala sólo por decisión unilateral del presidente.

Schmitt: el soberano, la excepción y la superioridad fáctica

Como se señaló, para Schmitt, “Soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción”²². Pero el tema tiene por cierto sus vueltas y repliegues. Según Schmitt: “La decisión sobre lo excepcional es la decisión por antonomasia. En efecto, una norma general: la representada, por ejemplo, en un concepto normal cualquiera del Derecho vigente, nunca puede prever una excepción absoluta ni dar fundamento cierto a una decisión que zanje si un caso es o no verdaderamente una excepción”²³. En definitiva, el Derecho no puede prever los casos de excepción y, éstos están, de alguna forma, más allá del derecho positivo, aunque para Schmitt norma y decisión forman parte del ordenamiento jurídico. El Derecho no puede decidir cuándo un hecho configura el caso de excepción, la decisión la toma un órgano del Estado frente a la propia realidad política.

Así, la imposibilidad de previsión de la norma sobre todos los hechos precisos y el que actúa sobre el caso extremo es, entonces, realmente el soberano. Dice el autor alemán: “...en la historia de la soberanía no se disputa un concepto como tal [...] Se disputa sobre

²² Carl Schmitt, *Teología Política*, Struhart, Bs. As. 1985, p. 35.

²³ Ídem pág. 36.

su aplicación concreta, es decir, quién sea el llamado a decidir en caso de conflicto, en qué estriba el interés público y el del Estado, la seguridad y el orden público [...] El caso excepcional, el que no está previsto en el orden jurídico vigente, puede tal vez ser calificado como caso de extrema necesidad, de peligro para el Estado o de otra manera análoga, pero no se puede delimitar rigurosamente [...] es este caso el que reactualiza el problema de la soberanía, o sea el problema mismo de la soberanía”²⁴.

Volviendo al caso argentino y en relación con los decretos de necesidad y urgencia introducidos en la Constitución en la reforma de 1994, ¿qué diría Carl Schmitt ante el artículo 99, inc. 3? Probablemente, diría que encuadra en los supuestos que limitan al soberano del cual él habla al existir controles para el ejercicio del dictado de los decretos de necesidad y urgencia. Hasta aquí esta versión de Schmitt coincidiría con aquellos que sostienen que la reforma constitucional de 1994 limitó el dictado de los referidos decretos. Al menos, cabe suponerlo según su propio pensamiento: “La Constitución puede, a lo sumo, señalar quién está llamado a actuar en tal caso. Si la actuación no está sometida a control alguno ni dividida entre diferentes poderes que se limitan y equilibran recíprocamente, como ocurre en la práctica del Estado de Derecho, al punto se ve quién es el soberano”²⁵.

Contrario sensu, al existir una suerte de control que pretende mantener el esquema de división de poderes –el último párrafo del art. 99 inc.3– no estaríamos frente a una apertura o habilitación jurídica del decisionismo, sino a su limitación.

Por cierto la riqueza del pensamiento de Schmitt excede su “Teología Política”. Su perspectiva casi fatalmente inmersa en lo fáctico deviene inevitablemente en un realismo político puro que deja fuera de todo juego a la norma y al derecho. *Pero lo importante*

²⁴ Ibídem pág. 37.

²⁵ Ibídem pág. 38.

para la Ciencia Jurídica es el señalamiento que hace Schmitt de los puntos críticos donde la norma confronta con la realidad de la política y el poder y, lamentablemente, lleva las de perder. Así el etéreo terreno de los controles puede permanecer en las nubes del ordenamiento legal mientras el implacable suelo de lo fáctico impone su propia lógica.

Cabe recordar otro texto del autor. Sobre la consideración del Congreso en relación con decretos y medidas del Ejecutivo, *el recuerdo del “realismo” de Schmitt en relación a la Constitución de Weimar se imponía ya sea a modo de prevención o de oscuro presagio.* Decía respecto del tercer legislador extraordinario —el presidente del Reich—: “El requerimiento de derogación del Reichstag no tiene efecto retroactivo, de manera que el legislador extraordinario puede crear hechos consumados frente al legislador ordinario; y hay verdaderas medidas especialmente efectivas, como, por ejemplo la intervención con la fuerza armada y el fusilamiento de un hombre, que no pueden ya ser dejadas sin vigor. Todas estas cosas son fundamentos de gran importancia práctica y significan una gran superioridad fáctica”²⁶.

En realidad, la decisión del legislador extraordinario es anticipación a otras posibles alternativas de decisiones del legislador ordinario y, sobre todo, *hecho consumado sobre el cual no siempre podrá volverse atrás. Así la fórmula de controles que reclama una supuesta superioridad jurídica puede verse arrasada por la superioridad fáctica.*

Continúa señalando Schmitt: “El Estado legislativo parlamentario, con separación también orgánica entre la ley y la aplicación de la misma, configura todas las instituciones propias del Estado de Derecho que son específicas del mismo desde el punto de vista de la protección frente al ejecutivo. Sin embargo, para el legislador extraordinario del artículo 48, la distinción entre la ley

²⁶ Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Bs. As., Struhart, 1994, pág. 90.

y su aplicación, entre el legislador y el ejecutivo, no constituye un freno, ni jurídico ni fáctico, porque es ambas cosas en una sola persona [...] puede también decretar normas generales y crear por sí solo, para su aplicación e incluso para su ejecución, nuevas instituciones especiales y organismos ejecutivos extraordinarios [...] reúne en sus manos la legislación y la aplicación de la ley y puede ejecutar inmediatamente por sí solo las normas por él establecidas, lo que no puede hacer el legislador ordinario del Estado legislativo parlamentario”²⁷.

A partir de aquí podría darse otra vuelta de tuerca. En realidad, la superioridad no es sólo fáctica, sino también jurídica. Es sólo el Ejecutivo y no el Congreso quien puede reunir en las mismas manos la creación de la ley y su aplicación.

En otras palabras y resumiendo estas observaciones: a) *la mera posibilidad de que el Ejecutivo se convierta en legislador le otorga una superioridad fáctica*; b) *el otorgamiento de competencias legislativas al Ejecutivo implica una confusión de poderes en el mismo órgano –y personal– e implica, también, una relativa superioridad jurídica*; c) *los controles jurídicos pueden ser ino cuos respecto de los hechos empíricos sobre los cuales no cabe la vuelta atrás*.

Excepción, gobernabilidad, división de poderes, Estado de Derecho y modelos de democracia

El estado de excepción, más allá de estar presente en los regímenes políticos actuales y sus constituciones y de los debates teóricos que provoca, implica al menos una suerte de fricción cuando no contradicción con características del régimen demo-

²⁷ *Ibidem*, pp. 91-92.

crático republicano y de conceptos que se suelen utilizar como categorías analíticas.

Respecto de la división de poderes, la decisión política o el hecho que se considera excepcional implicará dejar de lado temporalmente el mecanismo de *checks and balances* y los cuestionadores de la doctrina tendrán más argumentos en su favor. Cabe recordar, por ejemplo, la descalificación total de Althusser por su carácter de “mito político”²⁸. *¿Pero existe alguna duda acerca de las consecuencias que ha acarreado la concentración del poder en la historia del desarrollo de las libertades y los derechos humanos? ¿Hace falta recorrer el espinel de los variados regímenes²⁹ autoritarios, autoritarios y hasta totalitarios para insistir sobre sus perniciosos efectos y los riesgos que los circundan?* Como bien afirmó Carl Friedrich las dificultades de la división de poderes son grandes, pero los resultados de su concentración son desastrosos³⁰. El estado de excepción implica la concentración en el Estado y, más precisamente, en el poder Ejecutivo.

La gobernabilidad podría llegar a convertirse en un concepto que encubre y obra como justificación a un hecho esperable y no siempre saludable de la naturaleza política. En otros términos,

²⁸ Louis Althusser, *Montesquieu: La política y la historia*, Barcelona, Ariel, 1974, 117-129.

²⁹ Sobre estos regímenes existe una extensa literatura. Puede verse, entre otros trabajos, J. J. Linz, “Totalitarian and Authoritarian Regimen”, en F. I. Greenstein y N. W. Polsby (Ed.), *Handbook of Political Science*, Vol. III, 1975, pág. 175-411; Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*, Bs. As., Rei, 1990, pág.225-260; Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982, pág.73-88; Ver Klaus von Byme, *Teoría Política Contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977, pag. 379. Juan Linz, “An Authoritarian Regime: The Case of Spain”, en E. Allardt y Y. Littuned (eds.), *Cleavages, Ideologies and Party Systems*, Helsinki, pág. 196; Giovanni Sartori, “Notas para una teoría general de la dictadura”, en *Opciones*, n° (1987), pág. 184-185. Un trabajo clásico sobre la dictadura es el de Carl Schmitt, *La Dictadura*, (edición en castellano: Madrid, Revista de Occidente, 1960. Una visión que incluye también los procesos psicológicos presentes en las “dictaduras totalitarias” es el trabajo de Franz Neumann, *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*, Bs. As., Paidós, 1957. Autores destacados en el estudio del totalitarismo han sido – entre otros– Hanna Arendt, C. Friedrich, Z. Brzezinski, etc.

³⁰ Carl Friedrich, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México, 1946, pág. 185-186.

la defensa de la *expansión natural* del poder gubernamental hace uso especulativo de una herramienta teórica que premeditadamente incluye más que lo legal para analizar el funcionamiento de los regímenes políticos y sitúa por sobre la legalidad escrita de los procesos la viabilidad de la coexistencia de la comunidad política y los diferentes factores implicados en aquélla. Nótese que el término gobernabilidad se usa cada vez más, si de excepción se habla. Aquí habría que señalar que como concepto teórico no debe ser utilizado sin más para recubrir medidas cuyo fin no es la conservación del orden institucional contra los que lo atacan, sino justificación para aumentar los márgenes de acción y discrecionalidad del poder y sus excesos.

Cabe destacar que cada vez es más habitual la vinculación entre la emergencia, excepción o crisis, con la situación económica relacionándose, de tal modo, el orden jurídico político con el económico. El Estado de Derecho es el requisito elemental para que el régimen político y el económico puedan desenvolverse mínimamente con eficacia. Presupone un orden normativo creado a través de los canales y mecanismos institucionales pertinentes, su cumplimiento efectivo por los poderes públicos y la ciudadanía y, en su caso, las sanciones pertinentes por su violación o incumplimiento. Si las instituciones no funcionan adecuadamente se resiente el Estado de Derecho. Si los órganos públicos no reaccionan frente a los desvíos fácticos en relación con la ley –sean propios o ajenos– todo se va desdibujando y la falta de eficacia de las normas deviene en un estado de anomia.

La tan mentada “seguridad jurídica” sólo se logra cuando el Estado de Derecho obra en plenitud dotando al sistema social, político y económico de previsibilidad. Así, las conductas de todos pueden anticiparse para actuar positivamente y no existe ambigüedad o inseguridad en cuanto a las expectativas sobre el comportamiento de los organismos públicos y de los distintos sectores y grupos sociales pues todos obrarían de acuerdo a la norma vigente.

No es concebible que las reglas de juego cambien todo el tiempo. El Estado de Derecho otorga no sólo previsibilidad, sino también confianza, elemento básico para el emprendimiento de cualquier empresa. Las libertades, los derechos y garantías constitucionales y la legislación promulgada de acuerdo a los procedimientos establecidos por la Constitución son reaseguros indispensables para la continuidad y el reforzamiento del Estado de Derecho. A partir de allí pueden pensarse las reformas necesarias para la transformación que la Argentina necesita. Reformas que abarcan las distintas áreas de las políticas públicas, incluyendo la tan esperada reforma política y del Estado. Apenas hace falta mencionar que la reconstrucción institucional y la vigencia plena del Estado de Derecho requiere de un factor esencial que constituye la clave del éxito de una Argentina distante de un pasado de fracasos y distinta de cara al nuevo siglo: la constitución de *nuevos hábitos sociales*. Una cultura cívica responsable es la otra cara de la moneda para que el Estado de Derecho impere y la reconstrucción institucional obre, nuevamente, como paraguas necesario del crecimiento, del desarrollo y del progreso.

Si bien las medidas extraordinarias y excepcionales fueron previstas en todos los regímenes parece obvio destacar que se advienen más con una de las familias de democracia³¹: *los modelos de democracia ejecutiva donde el presidente se ubica en el centro del régimen político con un poder desbalanceado en su favor*. La gama de formas de esta clase de democracia es variada: democracia plebiscitaria, democracia delegativa, democracia en clave populista, entre tantas otras. En este tipo de democracias es más factible la emergencia de medias extraordinarias pues aparecen *como más fáciles de ser dictadas y más proclives de ser aceptadas por la ciudadanía*. Su dictado resultaría menos dificultoso pues *el nervio del Estado y del gobierno se ubica en el Poder Ejecutivo*,

³¹ Sobre este tema ver Mario D. Serrafero, "Constitución, Democracia y Crisis", en *Constitución de la Nación Argentina*, Tomo II, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, pp. 421-437

los contrapesos tienen relativa significación y el número de *veto players* es menor. Asimismo, la legitimidad más centrada en el poder presidencial coadyuvaría a la aceptación menos problemática y hasta más “natural” por parte de la ciudadanía. En la otra familia de modelos, el acento está puesto en el *carácter republicano, representativo y participativo del régimen*. El poder está más repartido, tiene contrapesos y el papel de las minorías y de la deliberación deberían obrar como limitantes de dictado de estados de excepción decididos por los actores políticos.

Podría decirse, entonces, que *según sea el modelo de democracia en cuestión sería esperable un mayor o menor uso –por parte del poder político– y un mayor o menor grado de aceptación –por parte de la población– de los recursos extraordinarios y de excepción.*

Reflexiones finales

En otro estudio³² se profundizó la vinculación entre política y excepción y se analizaron institutos concretos del régimen institucional argentino. Allí se introdujo el concepto *exceptocracia*, neologismo que pretendió ser una reflexión en voz alta para *enfocar* con una mirada más el estado de excepción.

¿Qué se entiende por exceptocracia? El gobierno de la excepción. Y aquí, importa menos quien es el soberano que lo que un tipo de gobierno representa. Si la anomia concierne a un territorio sin ley o su franco incumplimiento, la exceptocracia menta un sistema legal e institucional que se ve continuamente agujereado no ya por la decisión desnuda de un soberano sin fronteras (jurídicas),

³² Ver Mario D. Serrafiero, *Exceptocracia. ¿Confín de la democracia? Intervención federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*, citado anteriormente.

sino por una práctica regular que se sale del ordenamiento legal y lo justifica racionalmente recreándolo en senderos que se bifurcan y coexisten. Hay un ordenamiento legal, pero este es siempre más provisorio que lo que el cambio de costumbre, contextos y situaciones aconsejarían. *Es más, la excepción puede incluso no responder a la necesidad de la realidad. Podría hasta decirse que a la realidad la construye la excepción.*

Otros conceptos como decisionismo y presidencialismo tampoco enfocan de lleno el fenómeno. Es que una exceptocracia excede la figura del primer mandatario pues envuelve al Estado, sus instituciones y la materia prima sobre la que se asienta: la sociedad. Tampoco la democracia ejecutivista se ajusta plenamente a su contenido. Si bien es cierto que este tipo de democracia parece más permeable a un Estado administrativo de discrecionalidad desarrollada y a la excepción que proviene de la voluntad presidencial —caprichos y antojos incluidos—, lo cierto es que también existe un Congreso que vuelve sobre sus propios pasos, una Corte que puede graciosamente cambiar jurisprudencia y teorías que se superponen para justificar lo que hasta ayer constituía anatema del sistema y violación de principios de larga data.

Aun si se planteara que la distinción no es tan tajante y no amerita, entonces, agitar un nuevo concepto, lo cierto es que pretende poner *foco* en una cuestión que parece substancial: el argumento de la excepción permite el infinito virar de rumbo pretendiendo que es sólo eso, una excepción, cuando en realidad se convierte en *puro acontecer*. *Si el hecho extraordinario, no previsto y que asalta al ordenamiento jurídico estaba en la base de justificación de la excepción, ahora la excepción abarca hechos ordinarios*. En realidad, no se trata de un problema de justificación, *pues la excepción se justifica a sí misma*.

El cambio de reglas es la lógica, no ya como patología de una dirigencia subdesarrollada y de una sociedad que sufre anorexia de cultura cívica, sino como síntoma de una creencia colecti-

va donde la excepción, como excepción, no existe. Y si ello es así, en realidad, no hay reglas, sólo existe la excepción como *supra-norma*. En este marco, la excepción no crea derecho, es Derecho. La excepción barre con la *cultura jurídica* y habilita el territorio de la *pura y cruda política*. La exceptocracia es más que inseguridad jurídica es, sobre todo, inseguridad fáctica.

En la exceptocracia no hay límites, sólo confusión e identidad entre derecho, hecho y, por sobre ellos, excepción. No hay excepciones, *hay excepción*. Y, esta última, ordena y descalabra a un mismo tiempo derecho y hecho. Si englobamos a la sociedad en franca complacencia con la exceptocracia, ¿podríamos decir que sería otra forma de democracia? ¿Quizás sus confines? Si antes teníamos una sociedad complaciente con el incumplimiento de las normas, ahora, lo es con su creación *contra legem*.

Cabe tener en cuenta las observaciones que remarcan la transformación del Estado legislativo en Estado administrativo, pero no para considerarlo como un estadio al cual se llegará inexorablemente casi de la mano de un nuevo tipo de determinismo histórico y por imperio de teorías que desguazan el Estado de Derecho y la República democrática, sino como prevención de un destino que debe y puede ser evitado. Es casi obvio señalar que este tema corre en paralelo a otro debate o discusión acerca del *Estado como cuestión*. Y aquí la problemática se ha convertido en un ya clásico contrapunto sobre las distintas visiones respecto al tamaño y funciones del Estado y, últimamente, a la *calidad institucional* del aparato estatal.

La cuestión filosófica, como se ha dicho, no intenta abordarse ni resolverse aquí. Simplemente se bosqueja una divisoria de aguas –más allá del locus que se le pretenda dar a la excepción de acuerdo a la teoría en juego– y en tal sentido podría distinguirse entre los que valoran más las vías de la legalidad y el orden jurídico y aquellos que remarcan las *ficciones jurídicas* que recubrirían una política institucional comprendida sólo en clave de *realismo*

político. La posición asumida aquí no desconoce que el Derecho recurre a un montaje que puede ser interpretado como *ficción* y que en lo político el diagnóstico más preciso proviene del *realismo político*. Pero por sobre estas cuestiones, casi evidentes para quien escribe a esta altura de la práctica y teorías disponibles, se instala la construcción de una civilización donde el Derecho, las libertades y garantías ciudadanas y el bienestar general se asienten cada día con mayor firmeza. Y el terreno apropiado son las reglas del juego consensuado, el Estado de Derecho y la cultura democrática. *Para lograr estos objetivos el Estado administrativo, la Democracia ejecutiva y la excepción permanente no resultan el mejor atajo.*

