

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Por el Dr. Felipe Seisdedos

I. *Advertencia*

El origen del presente trabajo lo constituyen unas notas que preparamos, hace unos años, para nuestros alumnos de la Universidad de Mendoza. Aquellas estaban destinadas, naturalmente, al “uso interno” y montadas sobre las explicaciones y el desarrollo que hace Bidart Campos sobre el tópico. Lecturas y meditaciones posteriores nos confirmaron en lo expuesto siguiendo al profesor citado y, en alguna medida, nos permitieron engrosar el tratamiento del tema. Esto último y la convicción de las bondades de divulgar la buena doctrina nos llevan hoy a su publicación. Al “manuscrito” hemos añadido el aparato bibliográfico, amén de mentar como contenido del principio de legalidad a la rigidez constitucional y como una de sus principales excepciones a los estados de emergencia.

II. *Concepto*

Se traduce en la gráfica expresión que se atribuye a John Adams: “gobierno de leyes y no de hombres”, como la nota definitoria del sistema americano; también, en la certera fórmula de la Constitución francesa de 1791: “No hay en Francia autoridad superior a la de la ley, el rey no reina sino por ella, y sólo en nombre de la ley puede exigir obediencia”¹.

En un sentido muy general se puede afirmar que el “gobierno de la ley” es algo permanente en la historia de la humanidad. Para quienes

1 GARCIA PELATO. Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", Revista de Occidente, 6º ed., Madrid, 1961, p. 333. BIDART CAMPOS, Germán J., "Derecho Constitucional", Ediar, Buenos Aires, 1966, t. II, p. 110, nota 90.

compartimos el silogismo que trae Del Vecchio —ubi homo ibi societas, ubi societas ibi ius, ibi homo ibi ius— la afirmación precedente no parece discutible. En efecto, todas las sociedades políticas han contado con algún tipo de organización por más rudimentario que fuere, aunque sea en forma embrionaria, regida, lógicamente, por normas de derecho.

Del mismo modo, la máxima es una constante en la historia de las ideas políticas. Para no remontarnos más allá de la polis griega recordemos que en el pensamiento del Estagirita “vale más que mande la ley y no un ciudadano, sea quien fuere, porque cuando manda la ley es como si mandara Dios y la razón, mientras cuando se concede la superioridad a un hombre es como si se la diera a la vez al hombre y a la bestia”. Principio de ordenación que encuentra confirmación en Píndaro: “Nomos es Rey”².

La vinculación y sometimiento a la ley únicamente era posible en el pensamiento clásico “en tanto la ley es una norma con ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia”, etc., ya que ella “no es voluntad de uno o más hombres sino una cosa *general-racional*; no *voluntas* sino *ratio*. Esto vale sin distinción de formas de gobierno para monarquía, aristocracia y democracia. Por eso distingue Aristóteles una democracia en que imperan las resoluciones populares y no las leyes ... También para Santo Tomás de Aquino la ley es una *ratione ordinario* en contraste con una voluntad conturbada”³.

Esta concepción, asentada en la creencia íntima y radical en la existencia de un derecho natural objetivo y de un orden ético suprapositivo, va a ser desplazada paulatinamente hasta reemplazar la “ratio” por la “voluntas”. La senda pasará por Hobbes, primer decisionista acabado y confeso según Cari Schmitt, quien sentenciará “*autoritas non veritas facit legem*”⁴.

2 Citados respectivamente por: Bidart Campos. Germán J., op. y loc. cit., p. 109. SAMPAY, Arturo Enrique. “Cari Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 14.

3 SCHMITT, Cari, “Teoría de la Constitución”, Revista de Derecho Privado, reimpresión, Madrid, s/f, p. 162. (MARTIN, Guillermo Patricio, “Introducción al «Tratado de la Ley» en Santo Tomás de Aquino”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, p. 49. VILLEY, Michel, “El pensamiento jus-filosófico de Aristóteles y Santo Tomás”, Gherzi, Buenos Aires, 1981, p. 85).

4 SCHMITT, Cari, “Estudios Políticos”, Doncel, Madrid, 1975, p. 63. Explicita Hobbes que no es “sino la razón de. Estado, nuestro hombre artificial, y sus mandamientos lo que constituye la ley” y poco antes había definido a la ley del siguiente modo: “aquellas reglas que el Estado le ha ordenado —al súbdito— de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de voluntad, para que los utilice en distinguir lo justo de lo injusto...” (HOBBS, Thomas, “Del Ciudadano - Leviatán”, Antología, selección de textos por Enrique Tierno Galván, Tecnos, Madrid, reimpresión 1976, ps. 194 y 196). El tránsito de la escuela católica a la racionalista del derecho natural en: VILLEY, Michel, “Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural”, Gherzi, Buenos Aires, 1978 y Fray PH. I. Andre-Vincent O.P., “Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico”, Gherzi, Buenos Aires, 1976.

Ahora bien, en el constitucionalismo clásico el principio de legalidad adquiere perfiles mucho más definidos, y distintos, estrechamente ligados al concepto de legalidad y normatividad con que se maneja.

En el fondo, puntualiza García Pelayo, estamos en presencia “de la creencia en la posibilidad de una planificación de la vida política, de una racionalización del acaecer político... la creencia en la identificación sustancial de los diversos casos concretos y diversas situaciones, y, por consiguiente, en su posibilidad de reducción a un mismo módulo y en la capacidad de la razón humana para descubrir ese módulo”⁵.

De ahí surgirán los caracteres que se le atribuirán a esta ley producto o fruto de la razón: impersonalidad, abstracción, generalidad y permanencia, y, por sobre todas las cosas, escrita⁶.

El portador de esa razón será el burgués —medido y tolerante— y aquélla alumbrará a la verdad y, por ende, a la ley. El parlamento se convertirá en el escenario para esta renovada mayéutica⁷.

Desde este punto de vista el principio de legalidad no es común a toda sociedad política, todo lo contrario, es sinónimo de una determinada etapa histórica y de una concreta organización jurídico-política, vale decir, el Estado moderno. No por algo los más caracterizados expositores alemanes de la teoría General del Estado lo identificaron exclusivamente con “el Estado”.

En un primer momento, recuérdese el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la ley topa con una valla infranqueable en los derechos naturales del hombre, elaborados según los postulados de la Escuela Racional del Derecho Natural. Pero a poco andar,

5 GARCIA PELAYO, Manuel, op. y loc. cit., p. 34. No tardará en proclamarse la soberanía de la razón por los “doctrinarlos” franceses y sus epígonos españoles y criollos. Cfme. DIEZ DEL CORRAL, Luis, “El liberalismo doctrinarlo”, Instituto de Estudios Políticos, 3º ed., Madrid, 1973, ps. 274-280. COMELLAS, José Luis, “La teoría del régimen liberal español”, IEP, Madrid, 19612, ps. 23 y ss. y GARRONERA MORALES, Angel, “El Ateneo de Madrid y la teoría de la monarquía liberal”, IEP, Madrid, 1874, ps. 82 y ss.

6 MOUCHET, Carlos, “La legalidad en el municipio”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 30.

7 Sobre el burgués asienta Pernoud: “En compensación, se forma una especie de Idea moral, la del «hombre honesto», cuya norma esencial es la moderación, que «impide el exceso de las pasiones, ya sea para bien o para mal» —así lo define Ménage—” (PERNOUD, Regine, “Los orígenes de la burguesía”. Mirasol, Buenos Aires, 1962, ps. 12 y 130). La tolerancia se considera su virtud más necesaria, Cfme. Von MARTIN, Alfred, “Sociología del Renacimiento”, FCE, México, 3º ed. 1936, p. 77 y SOMBART, Werner, “El burgués”, Alianza, 1979. La estrecha relación entre la mentalidad burguesa, su fe en la razón y el Parlamento “clásico” está breve y correctamente expuesta en LUDER, Italo, “Sociología del Parlamento”, en Revista La Ley, t. 92, ps. 783-787.

ante la ausencia de un inteligible orden ético suprapositivo⁸, el pensamiento jurídico-político se desplazó por un plano inclinado hasta que el predominio de la “voluntas” condujo necesariamente al positivismo. “En efecto, cuando el normativismo jurídico, que puede ser considerado como un método de estudio del derecho positivo, busca apoyo en una filosofía jurídica positivista para no tener que vérselas con ningún contenido ético-jurídico y, de este modo, salvaguardar su pureza, el decisionismo irracional es la solución obligada para fundamentar la validez del derecho positivo”⁹.

Por ello con el advenimiento del positivismo no parecen haber mayores diferencias entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres.

Una de las elaboraciones más acabadas del principio de legalidad se debe a Max Weber, que la formulo para la dominación racional-legal, uno de los tipos de su conocida tricotomía. “Se obedece, no a la persona en virtud de un derecho propio sino a la *regla* estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer. También el que ordena obedece, al emitir una orden, a una regla: a la «ley» o al «reglamento» de una norma formalmente abstracta. El tipo del que manda es el superior, cuyo derecho de mando es legitimado por una regla estatuida, en el marco de una «competencia» concreta...”.

Para perfilar el concepto es suficiente contraponerlo a los otros dos extremos de la tipología weberiana sobre la dominación legítima. El mismo Weber destaca que “en el caso de la autoridad legal se obedece a ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas y a las *personas* por ellas designadas, en mérito éstas de la legalidad formal de sus disposiciones dentro del círculo de su competencia. En el caso de la autoridad tradicional se obedece a la persona del señor llamado por la tradición y vinculado por ella (en su ámbito) por motivos de piedad (*pietas*), en el círculo de lo que es consuetudinario. En el caso de la autoridad carismática se obedece al caudillo carismáticamente calificado por razones de confianza personal, en la revelación, heroicidad o ejemplaridad, dentro del círculo en que la fe en su carisma tiene validez”¹⁰.

8 MARTINEZ VAZQUEZ, Benigno, “El Sufragio y la Idea representativa”, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 64.

9 SAMPAY, Arturo Enrique, op. y loc. cit., p' 22. Jermome Hall, refiriéndose al positivismo, apunta: “Este concepto de la ley y de su validez ha dejado a los Juristas tanto como al pueblo, Indefensos frente a la arbitrariedad, a la crueldad y a la criminalidad de la ley. Ella afirma finalmente la identidad del poder y del derecho: sólo donde se halla el poder se halla el derecho” citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Teoría del Delito”, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 33.

10 WEBER, Max, “Economía y sociedad”, FCE, 24 ed., México, 1954, ps. 172 y 173. Cfme. WEBER, Max, “El político y el científico”, Alianza, 54 ed., Madrid, 1975, p. 85. pueden considerarse “clásicas” las descripciones del Estado de Derecho y del Estado legislativo-parlamentario de Jellineck y Schmitt. JELLINECK, Georg, “Teoría del Estado”, Albatros, Buenos Aires, 1973 y SCHMITT, Carl, “Legalidad y Legitimidad”, Aguilar, Madrid, 1971 (“El Estado legislativo es un Estado dominado por normas impersonales —es decir, generales— y predeterminadas —es decir, concebidas como duraderas—, de contenido mensurable y determinable, en el que la ley está separada

En definitiva, se obedece, como indica el axioma americano, a la ley positiva y no a la persona. Ley escrita, impersonal, general, abstracta y permanente.

Esta obediencia al derecho —reducido a la ley— lo es en un doble sentido. En primer lugar, porque los detentadores del poder acceden a él de conformidad con los procedimientos previos legalmente dados. Seguidamente, porque ellos mismos —los “dominantes”— se encuentran sometidos al derecho, sus mandatos son válidos única y exclusivamente si se emiten dentro de la esfera de atribuciones que el ordenamiento jurídico configura para cada órgano-institución, en palabras de Weber si “mandan” dentro de la “competencia”.

El principio de legalidad tiende a la despersonalización del poder, es una concreción más del proceso de racionalización que define a Occidente según Max Weber. Su finalidad última es eliminar los componentes discrecionales del poder, aventar los sin embargo siempre presentes factores irracionales de la política, para lograr plasmar la seguridad¹¹. Y esto último también en un doble sentido. La seguridad individual, en un principio fundamentalmente frente al Estado, anida dentro del repertorio de ideas que se desenvuelven alrededor del principio de legalidad en el constitucionalismo clásico. Además, el desarrollo del principio de legalidad, entendido en los términos que le confiere la Ilustración, venía impuesto por las exigencias que planteaba la expansión del capitalismo. En efecto, éste —basado en la racionalidad o “cálculo” a lo Hobbes según Cari Friedrich— requería para poder formular sus “previsiones” que la justicia y la administración actuaran de conformidad con un sistema “pautado”.

de su aplicación al caso concreto y en el que el legislador está separado de los órganos de aplicación de la ley”, p. 4). Duverger y Burdeau distinguen, aunque no en forma idéntica, al poder “Individualizado” y al poder “Institucionalizado”. DUVERGER, Maurice, “Instituciones Políticas y Derecho Constitucional”, Ariel, 54 ed., Barcelona, 1970, p. 41. y BURDEAU, Georges, “El Estado”, Seminario y Ediciones, Madrid, 1975, ps. 23-28.

- 11 Ver: SANCHEZ AGESTA, Luis, “La ciencia política y el análisis del proceso de decisión”, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1978, ps. 9 y ss. Enseña Peter Wust que “el hombre escucha las sugerencias diabólicas de su egoísmo y se engaña con el eritis sicur dii, seréis como dioses, presentado como finalidad suprema, cuando quiere ocultar el abismo de su Insecuritas y aspira a una paz perpetua en el campo de la metafísica” y añade “el hombre eterno que lucha siempre de la misma manera por alcanzar una seguridad definitiva y que, sin embargo, es rechazado siempre en su inseguridad natural”, citado por LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, Bosch, 4º ed., Barcelona, 1975, ps. 12-13, nota 4.

En la base del sistema opera una convicción profunda que lord Acton sintetizó magistralmente: “El poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”. Por ello, la obediencia se prestará a la ley y no a los hombres, el poder se despersonalizará, en consecuencia, en un sistema de normas jurídicas. Es lo que expresara Juan María Gutiérrez en la constituyente del 53 al sentenciar: “la constitución es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley, y encerrada en ese código que encierra la tiranía de la ley, esa tiranía santa y única, a que yo y todos los argentinos nos rendiremos gustosos”.

En un mundo donde el hombre marcha hacia la meta obligada del Progreso alumbrado por su razón el tránsito por el principio de legalidad era ineludible. Tras negar someterse a las prescripciones de un Dios providente únicamente se sujetará a los mandatos de quien lo ha reemplazado: la Diosa Razón, también, naturalmente, a su producto, es decir, a la ley. Luego vendrán las tiranías “santas y únicas” de la Idea y de oscuras fuerzas económicas.

En la legitimidad racional-legal, en el sometimiento del Estado con sus órganos —institución y persona— y de los súbditos a la normatividad jurídica no se agota el principio de legalidad. Veamos.

III. *Contenido del principio de legalidad*

La enumeración que sigue no pretende ser taxativa como así tampoco respetar un orden lógico.

1º) La existencia de una constitución rígida se nos antoja es una de las exigencias insoslayables del principio de legalidad, toda vez que aparece como el único arbitrio técnico capaz de sujetar a todos los “dominantes legales”, incluido al legislador, a las normaciones del ordenamiento jurídico. Ello es así en tanto que las constituciones rígidas son las que poseen “una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria”¹². De ahí que el principio de la soberanía del Parlamento —última Bastilla que demoler al decir de Hauriou— resulte poco compatible con el de legalidad, al menos en su formulación más rigurosa, y lo mismo cabría afirmar de la “autolimitación” del Estado. Se imponen algunas precisiones.

12 BRYCE, James, “Constituciones flexibles y Constituciones rígidas”, IEP, 2º ed., Madrid, 1982. La vinculación entre la rigidez constitucional, el principio de supremacía y la limitación del poder fue brillantemente destacada por Marschall en “*Marbury v. Madison*” (Ver: LÍNAIRES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, t. III, ps. 317 y ss.) Biscaretti considera como uno de los Ingredientes esenciales del “constitucionalismo” a la constitución rígida (BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, “Introducción al Derecho Constitucional Comparado”, FCE, México, 1975, p. 54).

Si *toda* la actividad del Estado se encuentra sujeta a normas jurídicas es más que evidente que no puede proclamarse la “soberanía” de ninguno de los poderes constituidos —entre ellos, el legislativo— porque de ser esto último cierto no existiría ningún sometimiento. Sólo excepcionalmente quien dicta las normas jurídicas queda obligado por ellas: así, modernamente, se admite que el autor de una norma jurídica general puede modificarla pero no desconocerla a través de una norma jurídica individual¹³. La única posibilidad que resta, para que los órganos del Estado se sometan al derecho, es proclamar la “soberanía de la constitución” y, a la vez, impedir que ella sea sustituida por alguno de los poderes constituidos a través de un procedimiento ordinario. Corolario: la existencia de una constitución rígida es conditio sine qua non para la plena vigencia del principio de legalidad. Insistimos, de otro modo, es ilusorio el reino del derecho sobre el Estado.

Pero es más, si se admite la existencia de un poder constituyente absoluto e ilimitado, no hay otra cosa en el principio de “autolimitación del Estado”¹⁴, éste podría llegar a convertir en cenizas los pilares del principio de legalidad tal cual lo hemos expuesto.

De ahí, entonces, que originariamente se concibiese al poder constituyente como limitado, reiteramos la cita del art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789.

Ahora bien, con el auge del positivismo tiene plena cabida la “autolimitación” del Estado y es más cabe dar razón a Schmitt cuando tras conceptualizar al Estado legislativo - parlamentario como esencialmente neutralista afirma que “el ethos específico del Estado legislativo, que erige justamente en norma el Derecho justo, con su *legislateur* sabio e incorruptible y su *volonté générale*, siempre buena y justa”¹⁵.

En definitiva, y en resumen, sólo una constitución rígida fruto de un poder constituyente limitado impide, dentro de la concepción más genuina del principio de legalidad, el reino de la arbitrariedad, vale decir, el predominio de la “voluntas” de los dominantes —constituidos o constituyentes— sobre la Razón y su hija predilecta: la ley, sinónimo de derecho.

2º) La ley, ya dentro de los poderes constituidos, es obra del Órgano Legislativo, a quien se lo considera el cuerpo “representativo” por an-

13 Cfme. SANCHEZ VIAMONTE, Juan Carlos, “El constitucionalismo”, Omeba, p. 47, nota 1.

14 Su exposición en JELLINECK, Georg, op. cit., ps. 274-280.

15 SCHMITT, Carl, “Legalidad y Legitimidad”, p. 13.

tonomasia ¹⁶. No vamos a reiterar la fe en el “legislador” ni tampoco insistir en que los burgueses —portadores de la razón— son los únicos que inicialmente tienen cabida en su seno, lo que no extraña atento a que son ellos los que “motorizan” la Revolución ¹⁷.

3º) En la versión clásica del constitucionalismo clásico, si se nos autoriza la expresión, el principio de legalidad aparece emparentado con la teoría de la división de “poderes”. Es lo que se desprende del art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en forma categórica afirmaba el art. XX de la Constitución of the Commonwealth of Massachusetts al disponer: “En el Gobierno de esta República, el departamento legislativo no ejercerá los poderes ejecutivos y judicial o uno cualquiera de ellos; el judicial no ejercerá los poderes legislativos y ejecutivo o uno de ellos: el ejecutivo no ejercerá los poderes legislativo y judicial o cualquiera de ellos, a fin de que pueda tener lugar un gobierno de leyes y no de hombres” ¹⁸.

4º) Otra de las consecuencias es la preeminencia del órgano legislativo sobre el ejecutivo y el judicial que ya venía propiciada por Locke y Montesquieu. La administración y la judicatura ejercen una actividad que es calificada como “sub-legal” y cuya conceptualización, al menos en principio, deriva de su relación con respecto a la ley. Ambas, sintetizando se encuentran sometidas a la “majestad” de la ley.

Por demasiado conocida no insistiremos sobre esta concepción del juez esclavo del texto de la ley y de la interpretación mecánica de ésta. Pero, eso sí, no podemos resistir la tentación de recordar la ironía de Powel: “se complacen —los jueces— en decir que no son ellos sino la constitución la que habla reglando las disputas . . . pero cuando la cons-

16 “La naturaleza de su poder es ser más amplio, más general, más directamente derivado del pueblo mismo, cuya soberanía ejercita más de cerca y en sentido estricto”. GONZALEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, p. 323.

17 Cfr. SAMPAY, Arturo Enrique, “La Filosofía Jurídica de artículo 19 de la Constitución Nacional”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, (Nº 14, ps. 43-46. “El estado del Iluminismo, dice —Hernández Gil—, no quería ser sino un Estado según la Razón y, por consiguiente, el carácter estatal del derecho se afirmaba no en función de todo Estado —no en función del Estado absolutista—, sino sólo para el Estado apoyado en los denominados principios inmortales de la única diosa digna de colocarse en los altares de Notre-Dame, de suerte que en esa ideología la antítesis entre el derecho natural y el carácter estatal de aquél venía superada por la razón misma, fuente de los principios inmortales del Estado moderno y de las modernas legislaciones” (LEGAZ Y LACAMIBRA, Luis, op. cit., p. 93).

18 E texto lo hemos tomado de García Pelayo, Manuel, op. cit., p. 349 y de FERRANDO BADIA, Juan, “El estado unitario, el federal y el estado regional”, Tecnos, Madrid, 1978, p. 33; Cfr. SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, TEA, Buenos Aires, 3º reimpresión, 1978, ps. 117-118; NUNEZ, Ricardo O., “Tratado de Derecho Penal”, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1976, t. I, ps. 93 y 104, nota 164.

titución no es completamente muda, habla con voz tan baja que sólo la mayoría de la Corte la oye”¹⁹.

“De esta preeminencia de la ley deriva que su aplicación es considerada como una misión propia del Estado. No en el sentido de garantizar su cumplimiento a través de los jueces que sancionen su violación y resuelvan las cuestiones litigiosas que su cumplimiento pueda plantear, sino en el sentido, más positivo aún, de instituir una administración pública que asuma directamente la realización de los mandatos de la voluntad popular”²⁰. Las normas impersonales, objetivas, generales, abstractas y permanente le fijan a la Administración los cometidos a llenar —el ámbito de lo administrable— e, inclusive, de ser posible, las reglas o pautas racionales de conformidad con las cuales la Administración debe cumplir su misión.

5º) Una derivación de gran trascendencia del principio de legalidad consiste en que todo lo que no está prohibido en forma expresa —o razonablemente implícita— en la ley se encuentra permitido o, más bien, tolerado. Se fija, de este modo, lo que algunos autores califican del “prius” de la libertad. Corolario que los constituyentes del 53 recogieron en el art. 19 de la Constitución Nacional²¹.

6º) Estrecha e inescindiblemente unida a la consecuencia anterior es la que dispone que los derechos constitucionalizados únicamente pueden ser limitados —“reglamentados”— por leyes en sentido formal. Lo estatuyen para nuestro ordenamiento jurídico fundamental los arts. 14, 18, 19, 28 y 67 inc. 28º. La Corte Suprema desde siempre —“Plaza de Toros” y “Saladeristas de Barracas”— ha admitido la limitación de los derechos constitucionales por vía de reglamentación; así, v.gr.: “La reglamentación que restringe aparentemente el derecho de algunos para garantizar el de todos, no puede considerarse, en principio, como agravante a la Constitución, pues esto importaría negar los altos fines que los constituyentes se propusieron al ordenarla, decretarla y establecerla” y “Todos los derechos enunciados en la Constitución en cuanto comportan el ejercicio de la libertad ordenada al Bien Común, están puestos en un pie de igualdad.

19 LINARES. Juan Francisco, op. cit., p. 72. Beccarla y Montesquieu Inician los embates contra la Interpretación de la ley. El Proemio Corpus Iuris Fridericiani de 1749-1751 prohíbe escribir comentarios sobre sus disposiciones, Idéntica prohibición se halla en la ordenanza del 19 de octubre de 1813 respecto al Código Penal de Baviera (Núñez, Ricardo C., op. y loc. cit., p. 94).

20 SANCHEZ AGESTA, Luis, “Principios de Teoría Política”, Editora Nacional, Madrid, p. 253.

21 Sobre el primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional ver: SAMPAY, Arturo Enrique, op. cit.: RAMELLA, Pablo A., “Los Derechos Humanos”, Buenos Aires, 1980 ps. 155-176 y VALIENTE NOAILLES, Carlos, “La Moral Pública y las Garantías Constitucionales”, La Ley, Buenos Aires, 1906.

Lo que, además de querer decir que a todos ellos los iguala tener una misma raíz, y un mismo fin, significa que ninguno de ellos es absoluto. El goce de todos y cada uno de ellos será conforme a las leyes que los reglamenten”²².

La limitación a los derechos subjetivos, naturalmente, también se encuentra en la propia Constitución: por ejemplo: el orden, la moral pública y los derechos de terceros para la libertad (art. 19), la utilidad de los fines en el derecho de asociación, la licitud en la libertad de industria (art. 14), la temporalidad en relación a los derechos de propiedad intelectual (art. 17). etc.

Por regla general las limitaciones deben provenir de leyes en sentido formal-material, vale decir, normas jurídicas generales emanadas del órgano legislativo, aunque excepcionalmente, se tolera la restricción con origen en leyes meramente formales como es el caso de la expropiación.

Por último, los actos jurisdiccionales y administrativos restrictivos de derechos deben encontrar basamento en una ley emanada del órgano legislativo. Lo dice el art. 17 de la Constitución Nacional para la sentencia y el derecho de propiedad, por más que en realidad el principio tiene el alcance general ya indicado.

7º) Si bien se podría subsumir en el punto anterior la regla “nullum crimen” y sus lógicas implicancias —la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal, su irretroactividad— cobra tal relieve a partir de las formulaciones del derecho penal liberal que merece un párrafo aparte. La regla se levanta como uno de los pilares básicos del edificio jurídico-político, preñando de seguridad al sistema, en franco contraste con el espíritu y la práctica impuesta por la Carolina²³. El círculo se cierra, al tiempo, con la teoría de los tipos penales y, de este modo, el ordenamiento jurídico represivo —o retributivo— llega a ser definido como un sistema discontinuo de ilicitudes²⁴.

22 CSJN, Fallos: 153-187 y 218-260.

23 Constitutio Criminalis Carolina de 1530 que autorizaba a punir conductas no incriminadas en sus disposiciones, su texto en Moras Mon, Jorge R. - Dacianovich, Laura T. A., “Delitos contra la Libertad”, Ediar, Buenos Aires, 1972, p. 52, nota 31. Los Bills of Attainder en Inglaterra fueron durante mucho tiempo el mentís más rotundo a la regla “nullum crimen”. En la Argentina la ley 14031, que privó de la nacionalidad a Walter Beveraggi Allende, es un buen ejemplo de ese tipo de leyes proscriptivas (Cfme. TERAN LOMÍAS, Roberto A.M., “Derecho Penal”, ed. Astrea, Buenos Aires, 1080, t. I, p. 113 y nota 3 y p. 41 nota 9).

24 “La Constitución sólo exige la ley previa pero no que ella esté formulada a través de tipos penales: vale decir que a nivel constitucional no existe prohibición para la analogía como criterio Interpretativo... Sin embargo, con buen criterio propedéutico, la Corte ha entendido que la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal, así como su interpretación extensiva, encuentra fundamento en el principio de legalidad y de reserva penal” (QUIROGA LAVIE, Humberto, “Derecho Constitucional”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, p. 453).

IV. *Excepciones*

Ahora bien, el sometimiento del Estado al derecho no es total. Los poderes constituidos, y fundamentalmente la Administración, se han ingeniado para descubrir los medios de evadir tan pesada carga.

1º) La teoría de los actos de gobierno —“institucionales”— en la versión más restringida de Marienhoff ²⁵ según la cual los órganos propiamente “políticos”, legislativo y ejecutivo, poseen poderes o atribuciones “privativas” exentos de contralor jurisdiccional. Las causas políticas o no judiciales implican que un considerable sector de la vida estatal se desenvuelve fuera de la normatividad, lo que se agrava por la trascendencia intrínseca de los actos de gobierno.

Si bien teóricamente los poderes privativos deben ser ejercidos de conformidad con la Constitución, lo cierto es que, ante la ausencia de control por parte de un órgano distinto, aquéllos se ejercen fuera o contra las normaciones del estatuto fundamental.

La teoría de los actos de gobierno o causas no judiciales importa la subsistencia en el mundo moderno de la añeja prerrogativa absoluta del monarca ²⁶.

2º) La afirmación precedente conduce derechamente a la casi abandonada distinción entre actos de gestión y de imperio, asentada en la doctrina de la doble personalidad del Estado, que constituyó durante mucho tiempo otra importantísima excepción. Los actos “*iure imperii*”, realizados cuando el Estado obraba como persona pública, permitían abrir otra válvula de escape. En última instancia la “soberanía” fundaba el tan conocido principio: “*the king can do not wrong*” ²⁷.

25 MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. n, ps. 684 y ss. y 755 y ss. y su prólogo a DROMI, José Roberto, “Instituciones de Derecho Administrativo”, Astrea, Buenos Aires, 1973, ps. VIII a XXL. Creemos que la teoría de Marienhoff pivotea sobre la existencia de derechos subjetivos, con su correspondiente acción, y que el acto estatal los afecte de modo inmediato y directo, para que sea posible la revisión judicial. De ser así el antecedente puede encontrarse en González para quien “La Constitución ha dado al Congreso facultades limitadas y facultades absolutas y por regla general son absolutas todas las de carácter político. Sobre éstas el Poder Judicial no tendría intervención, sino cuando sus efectos, hiriendo derechos o garantías individuales diesen lugar a algún caso contencioso” (GONZALEZ, Joaquín V., op. cit., ps. 371 y 332).

26 SANCHEZ AGESTA, Luis, “Derecho Constitucional Comparado”, Editora Nacional, 2º ed., Madrid, 1935, p. 109. La evolución de la monarquía medioeval con sus limitaciones jurídicas a la plena aceptación del principio monárquico en la modernidad, con su afirmación de la irresponsabilidad del monarca, está espléndidamente narrada en KERN, Fritz, “Derechos del Rey y Derechos del Pueblo”, Rialp, Madrid, 1955.

27 DROMI, José Roberto, “Derecho Administrativo Económico”, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 668, nota 5 y GORDILLO, Agustín A., “Derecho Administrativo de la Economía”, Macchi, Buenos Aires, 1967, p. 16.

3º) La diferenciación de facultades regladas y discrecionales es otra de las técnicas que sirvieron para debilitar la vigencia del principio de legalidad. En efecto, lo discrecional, se sostiene tradicionalmente, ante la ausencia de límites legales, autoriza al Estado —la Administración— a elegir libremente el contenido de su conducta.

Aquí también a la postre se han achicado las posibilidades del actuar administrativo cuando la doctrina descubre que lo reglado y lo discrecional no coinciden con control de legitimidad y de oportunidad, mérito o conveniencia. Así, al extender el control de legitimidad a los principios jurídicos elásticos —desviación de poder, razonabilidad, equidad, buena fe, etc.—, se afianzó considerablemente el principio de legalidad²⁸.

4º) La denominada reserva de la Administración constituye otra importante limitación. Esto siempre y cuando se acepte, como lo hace el constitucionalismo clásico, que uno de sus contenidos es la preeminencia del legislativo sobre el ejecutivo y, su consecuencia necesaria, el carácter “sub-legal” de la Administración. La reserva de la Administración permite a ésta actuar fuera de los carriles diseñados por el Congreso, si bien no contra sus prescripciones, siendo los reglamentos autónomos su máxima manifestación.

5º) Por último, los estados de excepción o de emergencia desvirtúan en inmensa medida al principio de legalidad. Ello porque durante su vigencia, que debe ser temporaria y destinada a sortear crisis graves y extraordinarias, quedan suspendidas algunas de las normas constitucionales. Obviamente, cuando los estados de emergencia se reiteran casi sin solución de continuidad, como ocurre en nuestros días, tanto mayor es el descaecimiento de la libertad y del principio de legalidad.

Si ello acontece con los estados de emergencia incorporados a los textos positivos por hombres vanamente ilusionados en “normar la anormalidad” —Jiménez de Arechaga—, en “normativizar la excepción” —César Enrique Romero—, ni que decir de aquellas situaciones límites que escapan a toda previsión y que se erigen en los “verdaderos” estados de excepción según Cari Schmitt²⁹.

28 GORDILLO, Agustín A., op. cit., p. 167 y del mismo autor "Procedimientos y recursos administrativos", Macchi, Buenos Aires, 1º ed. p. 56.

29 Jiménez de Arechaga citado por ROMERO, César Enrique, "Derecho Constitucional", Zavalia, Buenos Aires, 1975, t. II, p. 144. Romero caracteriza correcta y acabadamente a los estados de excepción en la normativa constitucional. Cari Schmitt en "Teología Política" apunta "NI se puede señalar con claridad cuándo un caso es de necesidad ni cabe tampoco prevenir rigurosamente lo que en tal razón conviene si el caso es realmente extremo y se aspira a dominar la situación. El supuesto y el contenido de la competencia son entonces necesariamente ilimitados". Lo que justifica que asiente que "soberano es aquél que decide sobre el estado de excepción"

6º) Pero, sin embargo, con prescindencia de todas estas instituciones, la pretensión de un “gobierno de leyes y no hombres” encontrará siempre y en todos los casos una valla infranqueable en el necesario poder discrecional que gozan los poderes constituidos.

Primeramente, en el “arbitrio ordinario”, ineludible ingrediente en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Pound lo expresa en forma muy precisa cuando sostiene que “la interpretación de la ley no importa solamente lógica, sino también una cierta dosis de poder discrecional. Todas las tentativas para eliminar este último elemento y para hacer al derecho puramente mecánico han terminado en el fracaso”³⁰. Lo que es cierto con mayor razón para el plexo jurídico de base dada la “flexibilidad” de las normas constitucionales³¹.

A lo que debe añadirse el poder discrecional propiamente dicho, “arbitrio extraordinario” según Juan Francisco Linares, mediante el cual la ley faculta a que manden los hombres, sea como recurso técnico fuere como exigencia insoslayable de la riqueza de la vida humana fruto de la libertad connatural al hombre³².

V. Conclusiones

Aún con las limitaciones señaladas es viable la vigencia del principio de legalidad siempre y cuando mantenga el sostén que brinda la legitimidad inmanente³³. En líneas generales, siguiendo a Weber, podemos

(SHMITT, Carl, “Escritos Políticos”, ya cit. ps. 35-37. Cfme. del mismo autor “La Dictadura”, Revista de Occidente, Madrid, p. 42). Del mismo tenor es el pensamiento de Donoso Cortés tal cual aparece expuesto en su conocido discurso sobre la dictadura, ideas que barrunta en trabajos anteriores. Ver: DONOSO CORTES, Juan, “Obras Completas”, BAC, Madrid, 1970, 2º ed., “Discurso sobre la Dictadura”, t. II, ps. 305-324 y “Proyecto de ley sobre estados excepcionales presentado a las últimas Cortes por el Ministerio de diciembre”, t. I, ps. 711-712 y 718). NEUMANN, Franz, “El estado autoritario y el Estado Democrático”, Paidós, Buenos Aires, p. 2118, califica a los estados de emergencia normativizados específicamente a la dictadura romana, como “formas de gobierno de crisis”.

30 Cit. por LINARES, Juan Francisco, op. cit., p. 87.

31 Cfme. LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit., t. II, p. 596 y ss. Lo que ha facilitado distintas Interpretaciones de las disposiciones constitucionales y ha permitido el tránsito por los cuatro tipos de Estado que visualiza Oyhanarte en nuestra historia política (Ver: OYHANARTE, Julio, “Historia del Poder Judicial”, en Revista “Todo es Historia”, N° 61 de mayo de 1972, Buenos Aires, 1972, ps. 36 a 121 y “Cambio estructural y desarrollo político en la Argentina”, Paidós, ps. 22-23). SAMPAY, Arturo E., “Las constituciones de la Argentina”, Eudeba, 1975, p. 65: se refiere al carácter “elástico” de las normaciones constitucionales (Cfme. autor cit. “Constitución y Pueblo”, Cuenca, 1974, p. 113).

32 LINARES, Juan Francisco. “Poder discrecional administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 7: “el poder discrecional administrativo no es sino una de las encarnaciones actuales de la «razón de Estado»”.

33 Utilizamos la expresión en el sentido que le adjudica CONDE, Francisco Javier: “Escritos y Fragmentos Políticos”, IEP, Madrid, 1974, t. I, ps. 374-375.

afirmar que la creencia en la legitimidad debe ser común al “dominante legal”, a su “cuadro administrativo” y a los dominados o súbditos. Lo que basta aquí tenemos dicho no pasa de ser algo sabido. Ahora bien, en la dominación racional-legal, en donde rige el principio de legalidad, es fundamental y decisivo para el mantenimiento del sistema, y para su correcta operación, el acatamiento que le presten los detentadores del poder, o sea, los llamados por la ley a gobernar ³⁴ .

Queda, por último, para cerrar el tratamiento del tema, destacar el carácter formalista del principio de legalidad ³⁵ . Es cierto que en sus inicios el constitucionalismo clásico vinculó al derecho positivo con los derechos naturales del “Hombre y del Ciudadano”. Pero, la ciencia y la filosofía jurídicas del siglo XIX y principios del XX, hijas dilectas del idealismo y del racionalismo que habían inspirado a su vez a aquel movimiento, desembocaron en el más grosero positivismo. Ya hemos consignado que la desvinculación del derecho de un orden ético suprapositivo condujo a una posición voluntarista y que de ahí no había sido un paso al “decisionismo irracional”.

Fueron necesarios los brotes totalitarios de entre guerras, la omnipotencia de las mayorías parlamentarias —exacerbadas por los movimientos de masas del siglo XX—, el levantamiento de las cortinas de hierro y de bambú, para que los juristas volvieran a las verdades más elementales que constituían los pilares de la filosofía perenne, para el caso, que el “derecho” dado por los hombres puede ser injusto. Es que la finalización del “sueño del derecho natural”, lanzada como consigna por Windscheid en su discurso universitario de 1854 en Greifswalder, sumió al mundo en la pesadilla del derecho positivo. La presencia de la “hora veinticinco”, con toda su crudeza, confiere contornos trágicos al “*mea culpa*” de Radbruch: “La ciencia jurídica tiene que recordar nuevamente la milenaria verdad de que existe un derecho superior a la ley, racional o divino, frente al cual el entuerto sigue siendo entuerto, aún cuando aparezca revestido de formas legales”³⁶.

34 Es lo que traduce la amarga queja de Núñez: “Nuestras propias experiencias, muy actuales, prueban que sin un aparato político práctico que las preserve de la arbitrariedad —se refiere a la «escritura constitución» o legal de preceptos liberales—, fundado esencialmente en la sana intención de sus aplicadores, esas formas pierden toda su sustancia viva, para convertirse en apariencias políticas engañosas que, por simuladoras, significan su misma destrucción” (NÚÑEZ, Ricardo C., op. cit., y oc. cit., 52 Cfr. SAGUES, Néstor P., “El presupuesto ético de la democracia”, p. 2.

35 BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., y loc. cit., p. 115.

36 Ver: GARCÍA MAYNES, Eduardo, “Positivismo Jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo”, UNAM, México, 1938 y LOPEZ, Justo, “El último Radbruch: arbitrariedad legal y Derecho supralegal”, J.A., 1989, p. 253. Por supuesto que además se ha producido una crisis de la legalidad tal como la entendió el racional-normativismo y

Encuentra así su lugar el principio de razonabilidad como medio de complementar al formalista de legalidad. Por su intermedio el derecho natural y la justicia se enseñorean nuevamente de lo jurídico, aunque en forma expresa y categórica se negara la existencia de un derecho superior al positivo y de una justicia que no fuera la “formal” o “legal”³⁷.

La razonabilidad que se convirtió en el arbitrio técnico para determinar si la ley “altera” —art. 28 de la Constitución Nacional— a los derechos fue el vehículo que posibilitó que el derecho natural condicionara la interpretación de la Constitución, hasta el punto de erigirse él mismo en una suerte de superconstitución. Esto que parecerá abominable para el positivismo, constituye, todo lo contrario, su mejor servicio.

el positivismo, a lo que se suma una “decadencia de la ley” y correlativamente una preeminencia del “poder” ejecutivo (Cfme. GARCIA PELAYO, Manuel, op. cit., ps. 71 y ss.; LOPEZ, Mario Justo en BIDART CAMPOS y otros, “Organización Jurídico-política del Estado”, ps. 23 y ss., ROMERO, César Enrique, op. cit., t. I, cap. X.

37 Cfme. LINARE3, Juan Francisco, “Razonabilidad de las Leyes” y “El derecho natural y la Interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación” en Revista La Ley, Buenos Aires, t. 23, ps. 915-921 y “Control constitucional por Interpretación” en Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1951, II, P. 93; JUSTO, Alberto M., “Esquema de una teoría sobre el gobierno de los jueces”, en Revista La Ley, t. 7, s.d., p. 2. CASIELLO, Juan, “Derecho Constitucional Argentino”, Perrot, Buenos Aires, 1954, distingue entre estado de derecho formal y material o sustancial, el primero que significa gobierno de leyes “supremas” —rigidez constitucional— puede llegar a admitir regímenes como el hitlerista, facista y comunista, en tanto que vacío de contenido ético y axiológico.