

MATIAS PARMIGIANI

¿Hacia una fórmula objetiva de la emergencia jurídica?

Towards an objective formula of legal emergencies?

ABSTRACT

Ofrezco en el presente trabajo una fórmula que intente consagrar cómo entender la objetividad en materia de emergencia jurídica. En contraposición a buena parte de la doctrina judicial imperante en Iberoamérica, aquí defendiendo la idea de que el control del presupuesto habilitante que toda legislación de emergencia debe satisfacer para ser convalidada no puede practicarse sin apelar a un juicio valorativo, lo cual de ninguna manera implica renegar de la noción de objetividad. Tras exponer de qué manera ella resulta conciliable con lo axiológico, intento sistematizar mediante una fórmula una definición objetiva del presupuesto habilitante que a su vez resulte conciliable con una interpretación integral y coherente de lo que debería suceder entre los actores que intervienen en un ordenamiento jurídico cuando el instituto de la emergencia aflora a superficie.

I offer in the present paper a formula aimed at understanding objectivity in relation to legal emergencies. In contrast to much of the prevailing legal doctrine in Iberoamerica, I defend the idea that in order to control the enabling conditions that any emergency legislation should meet to be passed, value judgments cannot be omitted. However, such an idea by no means implies to disavow the notion of objectivity. After explaining how this notion can be reconciled with a value-laden perspective, I try to systematize in a formula an objective definition of those enabling conditions, better suited to do the job of providing a comprehensive and coherent picture of what is desirable to happen among the actors involved in a legal system every time an emergency crops up.

KEYWORDS

Emergencia, presupuesto habilitante, objetividad, poder judicial, juicio valorativo

Emergency, enabling conditions, objectivity, Judiciary, value judgment

MATIAS PARMIGIANI*

*¿Hacia una fórmula objetiva de la emergencia jurídica?**

1. *Introducción: A results del objetivismo ingenuo en materia de emergencia – 2. ¿Una fórmula de emergencia a la francesa? Subjetivismo y objetivismo en ciencias jurídicas y sociales – 3. Sobre conceptos y consensos en ciencia y política – 4. Lo imprevisible y lo inevitable como notas definitorias de la emergencia jurídica – 5. ¿Hacia una nueva fórmula de la objetividad en materia de emergencia? – 6. Epílogo: Emergencia, democracia y objetividad.*

«[...] ninguna situación es ni puede ser una emergencia por sí misma, sino en comparación con los límites del modelo con el que se la encara»

(GUIBOURG 2003)

1. *Introducción: A results del objetivismo ingenuo en materia de emergencia*

Los ordenamientos constitucionales de Iberoamérica contienen provisiones normativas expresas para lidiar con el instituto de la emergencia jurídica. Además de los requisitos de carácter material y formal que toda declaración de emergencia debe reunir para ser válida, concurre también el denominado “presupuesto habilitante”, el cual captura la exigencia de que a menos que haya un evento, hecho, circunstancia o situación de emergencia objetivamente comprobable, las decisiones de la autoridad política serán revocables. A los efectos de transparentar el control del presupuesto habilitante en sede jurisdiccional, países como Argentina o Colombia desarrollaron una doctrina cuyos principales lineamientos podrían capturarse con la ayuda de la siguiente fórmula abstracta:

(E1) Emergencia 1 =_{df} (Doctrina)

«Para todo sistema normativo SN y ante un hecho, evento, circunstancia o situación P , dotada de N propiedades o modos de ser característicos, P constituye *objetivamente* una situación de emergencia E si y sólo si: *a)* la autoridad normativa X la instituye o declara como tal; *b)* no se constatan vicios desde el punto

* Cátedra de Cultura Jurídica, Universitat de Girona (España) / CONICET (Argentina). E-mail: matias.parmigiani@udg.edu.

** El presente trabajo fue realizado con el inestimable apoyo del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina) y la Cátedra de Cultura Jurídica, Universitat de Girona (España), en el marco del programa sobre “Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica” suscripto entre ambas instituciones. Agradezco a J. Ferrer, D. Papayannis, M. Chahuan, S. Figueroa, P. Rapetti, C. Vázquez, P. Haddad, J. Sendra, M. Zgur, A. Kristan, C. Fernández Blanco, J. Baquerizo, M. Segatti, F. Ferraro, I. Torres, A. Botero, L. Masdevall, A. Costa, M. Taruffo y S. Agüero por el acompañamiento brindado y los útiles consejos.

de vista formal; y *c*) dentro del universo de propiedades o modos de ser característicos que *P* posee, *P* reúne precisamente aquellas propiedades que la ley fija como presupuestos fácticos de la emergencia, más allá de cuáles sean las *evaluaciones* pertinentes de la autoridad normativa *X*»¹.

En *Emergencia jurídica y objetividad* (2015), intenté caracterizar esta fórmula como deudora de una suerte de objetivismo ingenuo, pues pretende arrojar luz sobre la objetividad en cuestión como si ello pudiera concretarse haciendo caso omiso de las consideraciones axiológicas de la autoridad política. Lo que no ofrecí en ese trabajo, sin embargo, fue una fórmula alternativa que determine no ya qué cosa hacen de hecho nuestros jueces cuando apelan a la idea de objetividad, sino qué cosa podrían hacer legítimamente a nivel práctico-normativo sin incurrir en contradicciones flagrantes. El objetivo que persigo en el presente trabajo es el de llenar precisamente este vacío. En particular, estoy interesado en descubrir cómo podría sistematizarse una fórmula capaz de proporcionar una definición objetiva del presupuesto habilitante que a su vez resulte conciliable con una interpretación integral y coherente de lo que debería suceder entre los actores que intervienen en un ordenamiento jurídico cuando el instituto de la emergencia aflora a superficie. ¿Puede y/o debe lo objetivo prescindir de lo valorativo, tal como pretende la doctrina judicial en cuestión? Mi idea es que, aún si pudiera hacerlo, tal exigencia sería absolutamente innecesaria. De todos modos, a fin de probar el punto y – no obstante ello – arribar a la ansiada fórmula, antes deberemos desarrollar una serie previa de pasos argumentativos.

El trabajo consta de cuatro secciones y un Epílogo. En la siguiente sección (*infra* 2) contrapondré el objetivismo ingenuo que se deriva de la fórmula anterior a una suerte de anti-objetivismo o subjetivismo radical, como el que se deriva de la postura de M. Troper. El cometido de esta sección es mostrar que semejantes extremos distan de ser las dos únicas alternativas entre las que estamos obligados a optar. En la sección 3, intento argüir que para terciar entre estas dos alternativas tampoco es necesario abrazar una teoría consensual de la objetividad, que es lo que ciertos planteos parecen sugerir. Para ello, diferencio entre distintos grados posibles de objetividad, relativos a los tipos de materias sobre las que en principio puede descansar una declaración de emergencia. Lo que digo es que aun cuando la objetividad en cuestión alcance el rigor que caracteriza a nuestros conceptos y teorías científicas mejor respaldadas, el camino a fin de delimitar qué se espera de las autoridades que deben velar por el presupuesto habilitante todavía no habrá sido allanado. En la sección 4, por su parte, analizo dos de las notas más características de este supuesto (i.e., las de imprevisibilidad e inevitabilidad), para volver a concluir que ni siquiera por esa vía logra escaparse de la amenaza valorativa que parece trastocar toda pretensión de objetividad. En la sección 5, finalmente, sugiero una fórmula capaz de dictaminar qué entender por la objetividad en materia de emergencia jurídica, y comento por qué habría motivos suficientes para respaldarla.

2. *¿Una fórmula de emergencia a la francesa? Subjetivismo y objetivismo en ciencias jurídicas y sociales*

Dos tesis complementarias suelen esgrimirse en ciencias sociales. En lo que Merton considera «la frase aislada más importante jamás publicada por un sociólogo americano» (MERTON 1976, 208), la

¹ En el ámbito jurisprudencial argentino, véase al respecto Bossio, E. Esther *c/* Caja de Jubilaciones – Recurso de Apelación – Recursos de Casación e Inconstitucionalidad, del 15/12/2009, en MJ-JU-M51906.AR, en <http://ar.microjuris.com>; Punto 9.V. del voto de la mayoría; asimismo, véase el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, encabezado por el voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, del 1/4/94, publicado en L.L. 1996-A-228. Por su parte, en el ámbito jurisprudencial colombiano, véase al respecto la Sentencia C-156/11, de la Corte Constitucional de Colombia, Marzo 9 de 2011, Bogotá DC; además, la Sentencia C-135 de 2009. Tanto en estas sentencias como en otras que podrían citarse parece plasmarse claramente el espíritu de esta fórmula.

primera tesis, conocida como Teorema de Thomas, se resume en la siguiente línea: *Las situaciones que los hombres definen como reales son reales en sus consecuencias* (MERTON 1976, 208). De ella, a su vez, el subjetivismo sociológico más radical, apelando a la conocida ley lógica de refuerzo del antecedente, ha pretendido inferir la siguiente máxima: *Las situaciones que los hombres no definen como reales no son reales en sus consecuencias* (MERTON 1976, 209). Estas dos tesis, tomadas en conjunto, han sido las responsables, según Merton lamenta, de varios de los peores errores cometidos en ciencias sociales. Sólo porque debió ser presa fácil de su influjo se entiende que el prestigioso criminólogo Quinney haya escrito: «No tenemos razones para creer en la existencia objetiva de nada» (QUINNEY 1970, 4). De modo análogo, Beck sostiene en *La sociedad del riesgo* que las emergencias *ecológicas o sanitarias*, por citar sólo dos de sus exponentes más conocidos, pueden estar todo lo «justificadas, minimizadas o dramatizadas que se quiera»; ahora, «donde se *cree* en ellas – agrega –, tienen las consecuencias sociales, económicas, políticas y jurídicas» que todos más o menos conocemos. E infiere contundentemente: «los riesgos *son reales* cuando los seres humanos los viven como reales» (BECK 1986, 86).

En el ámbito jurídico, la influencia de esta doble tesis complementaria también parece haberse hecho sentir. Concretamente en lo que atañe al tema que aquí nos incumbe, el filósofo del derecho M. Troper ha dicho en *L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel* que «el estado de excepción no puede ser definido independientemente de las reglas que se le aplican, que son así constitutivas del estado de excepción» (TROPER 2011, 101). A lo que agrega:

«Desde un punto de vista jurídico, no hay una realidad objetiva, sea ésta natural o social, sino que sólo hay realidades calificadas por el derecho. Por tomar un ejemplo simple, es imposible determinar, prescindiendo de toda calificación jurídica, si una persona está casada o si, por el hecho de estarlo, deben aplicársele las reglas del matrimonio, dado que la única definición que es posible ofrecer de una persona casada es la que dice que está sometida a las reglas del matrimonio, que es como decir que el objeto mismo que se encarga de regular no puede ser definido más que en referencia a las reglas que se le aplican. Lo mismo sucede con el estado de excepción. No hay algo así como un estado de excepción, por un lado, y las reglas que lo rigen, por el otro, porque el estado de excepción es la situación que se ha hecho objeto de las reglas sobre el estado de excepción» (TROPER 102; la traducción es mía).

Muchas cosas podrían decirse en referencia a la posición de Troper en particular. Así, por ejemplo, si pudiéramos reducir sus palabras a una fórmula como la que utilizáramos en la sección introductoria para caracterizar el objetivismo ingenuo imputable a la doctrina judicial imperante en Latinoamérica, ésta quedaría resumida más o menos así:

(E2) Emergencia 2 =_{df}(Troper)

«Para todo sistema normativo SN , P constituye una situación de emergencia (o excepción) E si la autoridad normativa X la instituye o declara como tal, no habiendo nada en P , ninguna propiedad o modo de ser característico que P deba satisfacer *objetivamente* para que X esté facultada a declararla como E ».

Por una cuestión de espacio, aquí tan sólo me permitiré dos breves acotaciones a propósito de esta posición. En primer lugar, ¿a qué equivaldría la P de la fórmula? ¿Acaso no hay manera de caracterizarla con independencia de lo que diga o deje de decir la autoridad normativa? Asumiendo que el predicado “emergencia” (o “excepción”) pertenezca a la clase de los llamados “predicados éticos densos” – como los predicados “cruel” o “generoso”, para los que no es posible ofrecer una definición en términos puramente descriptivos (al respecto, véase ESQUIVEL 1981, 6 ss.; PUTNAM

2002, 54); o, más aún, asumiendo que la situación por él referida equivalga a lo que M. Taruffo denomina un supuesto de “identificación valorativa” – esto es, un hecho que sólo puede identificarse por el valor que aparezca transgredido – (cfr. TARUFFO 1992, 128 ss.), lo que a lo sumo podría inferirse de todo ello es que *P* no sería identificable *en tanto que tal tipo de hecho* sin emitir ningún juicio de valor. Ahora, creer que semejante constatación haya de conducirnos a negar que en efecto puedan existir propiedades no valorativas o fácticas que sirvan igual de bien para caracterizar a *P*, ¿no sería dar un injustificado salto lógico? Proceder en esta liza creo que sería equivalente a partir de la constatación anti-prescriptivista de que “cruel” no puede definirse sin más como “aquello que causa hondo sufrimiento” (cfr. WILLIAMS 1985, 180 ss.), para inferir de allí acto seguido que “cruel” nunca puede hacer referencia a una propiedad que causa hondo sufrimiento².

En segundo lugar, ¿no resulta la fórmula de Troper absolutamente insuficiente para dar cuenta de lo que ocurre en la mayor parte de los sistemas constitucionales de Iberoamérica? Desde el momento en que ignora el lugar prominente que en ellos ocupan los denominados resguardos formales y materiales que limitan la acción legislativa, tal impresión sería acertada. Así, en un sistema constitucional como el argentino, por ejemplo, *P* no podría hacer referencia al aumento de criminalidad entre la población juvenil, ya que la Constitución prohíbe expresamente legislar por trámite de urgencia sobre materia penal (art. 99, inciso 3). No es cierto, entonces, que la fórmula de Troper sea apta para predicar la emergencia de cualquier sistema normativo³.

Dejando de lado, pues, planteos así de radicales, convendría contraponer esta tesis subjetivista en ciencias sociales a aquella por la que finalmente se decantan Merton, Stinchcombe y otros teóricos inspirados en K. Marx. Luego de tomar distancia de la segunda parte del teorema complementario, Merton se detiene a analizar un tercer aforismo, en el que resuenan las palabras pronunciadas en el segundo párrafo del *Dieciocho brumario de Luis Bonaparte*: «Las personas definen las situaciones, pero no las definen como quisieran» (MERTON 1976, 209). Finalmente postula la siguiente tesis: *Aunque los hombres no definan las situaciones reales como reales, éstas siguen, sin embargo, siendo reales en sus consecuencias*, tesis a la que no comprende como contraria al teorema original de Thomas sino como su perfecto par complementario. Y agrega:

² Sobre esto mismo, véase FERRER BELTRÁN 2005, 52. Por otro lado, resulta necesario aclarar que la postura anti-objetivista que adopta Troper para analizar los estados de excepción constituye un derivado directo de su realismo jurídico radical, también denominado escepticismo extremo ante las reglas. Para éste, como no existe *ningún* significado antes de la interpretación jurídica, toda interpretación es creadora de un significado, es decir, de una norma. Ergo, determinar qué establece una disposición normativa será cuestión de averiguar qué dice el órgano al que se le ha concedido la potestad interpretativa de última instancia, como un Tribunal Constitucional o una Corte Suprema, dependiendo el sistema jurídico de que se trate. La norma, en cualquier caso, será el producto no ya de un acto cognoscitivo del juez sino de un acto decisorio y creativo. Una crítica a mi modo de ver acertada de esta postura puede hallarse en GUASTINI 2011, 361 ss.; GUASTINI 2012; asimismo, véase MORESO 1997, 213 ss. En lo que aquí nos incumbe, cabe decir que para Troper la decisión final acerca de qué constituye un estado de excepción recae en la autoridad política, y no en la judicial, por la sencilla razón de que es la Constitución (por caso, la Constitución francesa) la que ha instituido a la autoridad política con esta potestad interpretativa de última instancia. De todos modos, lo que vale para analizar un caso – esto es, la decisión judicial de última instancia – vale también para el otro – esto es, la decisión política.

³ Por cierto, pensada para explicar lo que ocurre en el ordenamiento jurídico francés, quizá resulte suficiente. Escribe Carmona Contreras: «Como se sabe, el artículo 38 de la Constitución francesa de 1958 prevé que el Gobierno solicite al Parlamento la autorización para emanar disposiciones legislativas (ordenanzas) en relación a materias concretas y por tiempo determinado, sin someter dicha solicitud a la concurrencia de ninguna situación fáctica específica. De esta forma, por lo que a su presupuesto de hecho habilitante respecta, la tradicional figura de los decretos leyes se presenta únicamente vinculada a la conveniencia gubernamental de solicitarla» (CARMONA CONTRERAS 1997, 102, nt. 182). Por lo demás, ésta es la razón que ha llevado a la autora, basándose en comentarios de SANTOLAYA MACHETTI 1988, 48, a calificar posturas como la de Troper como un modo de interpretar *a la francesa* el presupuesto habilitante (cfr. CARMONA CONTRERAS 1997, 102).

«Este par de teoremas sirve como continuo recordatorio de una verdad que el sociólogo tiene que reconocer (a pesar de la frase hecha que afirma lo contrario): En la sociedad, como en otros campos, lo que no se sabe (o no se advierte) puede hacerle a uno daño. Es precisamente lo que no se sabe lo que a menudo le hará a uno más daño, ya que no es posible tomar medidas apropiadas contra lo desconocido. Fueran o no socialmente definidas como reales sus causas, la tuberculosis y el cólera asiático consiguieron diezmar muchas poblaciones antes de que Robert Koch descubriera sus agentes patógenos y estableciera las bases para controlarlos» (MERTON 1976, 211).

Según se observará fácilmente, el ejemplo de Merton remite a los clásicos hechos naturales para los que en principio pareciera plausible una interpretación objetivista de tipo realista. Pero, ¿qué hemos de decir de los hechos sociales para los que esta interpretación no se encuentra disponible? Un término como “recesión”, acota Searle, «definido como la caída del Producto Interno Bruto durante dos o más trimestres», originalmente fue introducido para darle nombre a un fenómeno que no sólo carecía de las propiedades intrínsecas definitorias de los hechos naturales sino que también carecía de estatuto institucional, ya que ni siquiera era expresamente reconocido como tal por los actores sociales que lo padecían (SEARLE 2010, 117). En tanto término técnico relativo al analista económico, sin embargo, ¿por qué cabría dudar de su referencia? ¿Acaso no podría ser el fenómeno al que él presuntamente refiere tan real como lo es cada uno de los fenómenos institucionales ontológicamente subjetivos en los que descansa? ¿Y no podría ser tan real como lo es cada uno de los hechos brutos de los que estos fenómenos institucionales a su vez dependen?⁴

A juzgar por el teorema de Merton, la respuesta a estas preguntas no puede ser otra: ¡Por supuesto que sí!, hemos de exclamar. Es más, en tanto término que goza de cierto estatuto privilegiado en el seno de la ciencia económica, el de “recesión” ha podido ser utilizado con cierta uniformidad por los analistas y los actores políticos y sociales, lo cual permitió distinguir con bastante precisión, ante cualquier desacuerdo, en dónde comenzaba a ejercer influencia el sesgo puramente ideológico. Los institutos estadísticos que gozan de cierto nivel de autonomía constituyen para muchos países fuentes altamente confiables de información. De cara a la ciudadanía y/o al Poder Judicial, si este fuera el caso, apelar a información así recebada a menudo le otorgará al Poder Político el crédito epistémico que de otra manera no tendría. Frente a una situación de emergencia económica, digamos, la historia se repite. Si un instituto de estadísticas establece en tantos dígitos los índices de recesión trimestral de un país, y existen otras fuentes informativas confiables que arrojan resultados similares, el Poder Político difícilmente podrá justificar una ley de emergencia apelando a un concepto de recesión que no se condiga con la práctica científica habitual. Aún en estos ámbitos, la objetividad es posible y la acechanza del fantasma valorativo aparece por lo pronto neutralizada.

⁴ Sobre la distinción entre “hechos institucionales”, “hechos sociales” y “hechos brutos”, véase SEARLE 1995, cap. 2. En este contexto, baste con decir que un fenómeno institucional como el dinero es ontológicamente subjetivo en el sentido de Searle puesto que su existencia depende de las actitudes intencionales que hacia él adopten los individuos. Los hechos cuya existencia no depende de ninguna actitud análoga reciben la denominación de “ontológicamente objetivos” y constituyen ejemplos paradigmáticos entre ellos las montañas o las moléculas (*cfr* SEARLE 1995, 27 ss.). Son estos hechos, por otro lado, aquellos a los que cabría imputar en principio, según acabo de reconocer, una interpretación objetivista de tipo realista. No puedo discutir en este sitio el problema del relativismo conceptual suscitado por GOODMAN 1996 y PUTNAM 1987 (Conferencia II), el cual ha puesto en entredicho la clase de realismo externo defendido por Searle. Aunque en general tiendo a pensar con HAACK 1998, 156 ss., y el propio SEARLE 1995, cap. 7, que dependencia o relatividad conceptual no implica dependencia o relatividad ontológica, también considero que los tipos de dependencias y relatividades que pueden trazarse no son agotados por esta distinción. Ahondar en ellos, sin embargo, me distraería en grado sumo del propósito de este trabajo.

3. *Sobre conceptos y consensos en ciencia y política*

Dos inconvenientes, no obstante, permanecerán de todos modos. El primero de ellos está vinculado con el tipo de concepto que se emplee para caracterizar a un hecho social. Con algunos conceptos provenientes de la ciencia económica, según se viera, la credencial de objetividad parece estar asegurada. Pero pensemos en conceptos provenientes de otras áreas del saber. Un ejemplo que para mí resulta muy iluminador es el de “superpoblación”. ¿Cuál es el grado de rigor científico que lo caracteriza? Imaginemos que estamos interesados en evaluar el estado del sistema penitenciario de un país. Según el último informe elaborado por la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), se considera que una cárcel está “superpoblada” si sobrepasa la cantidad de n presos por celda. Supongamos ahora que el nuevo gobierno de un país, generalmente habituado a seguir las recomendaciones internacionales, considera que el umbral mínimo establecido por esta comisión resulta insuficiente. ¿Qué podría privarlo de abrazar un criterio aún más progresista que el de la CIDH y establecer que una cárcel está superpoblada si sobrepasa la cantidad de $n - x$ presos por celda?⁵

Una explicación que en la literatura reciente se ha ensayado de este fenómeno remite al grado de consenso social existente en torno al uso de nuestros conceptos. Paralelamente, también se ha dicho que la mejor manera de reconstruir el concepto de objetividad consiste en hacer de él una función del consenso social reinante (RORTY 1998, 114; KUSCH 2002, 256 ss.). Mientras mayor sea éste, mayor será aquella. Con respecto a los conceptos de “recesión” y “superpoblación”, la explicación no carece de atractivo. Si es verdad que el concepto de “superpoblación” tal como lo entiende la CIDH, pongamos por caso, goza de un grado de consenso relativamente bajo en nuestras sociedades; y si también es verdad, por su parte, que el concepto de “recesión” tal como figura en la definición de Searle (SEARLE 2010, 117) goza de un grado de consenso relativamente alto, pues entonces allí parecería haber una razón sencilla para dar cuenta de la presunta objetividad diferencial que los separa.

Esta explicación, sin embargo, es falaz. Lo que estos planteos consensualistas de la objetividad a menudo olvidan es que mucho más importante que el grado de consenso reinante suele ser el modo como este consenso se obtiene⁶. En el ámbito científico, entender esta diferencia posee una importancia capital.

⁵ El ejemplo – se entenderá – es meramente ilustrativo, y no pretende reproducir de manera literal lo que ha dicho la Comisión. En el informe original (titulado *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas*), del 31 de diciembre de 2011, las recomendaciones revisten un carácter más de tipo cualitativo y establecen desiderata como los siguientes: «erradicar la corrupción implementando medidas preventivas, acciones judiciales, y programas públicos para evaluar y garantizar la gobernabilidad de las prisiones»; «garantizar que las autoridades penitenciarias controlarán la asignación de celdas y camas, y asegurarán que todo recluso tenga un sitio decente para dormir»; «separar adecuadamente a los reclusos por categorías, de acuerdo con su edad, sexo, tipo de delito, situación procesal, nivel de agresividad o necesidades de protección»; «incrementar el personal destinado a la seguridad y vigilancia interior, y establecer patrones de vigilancia continua al interior de los establecimientos»; y otras tantas que podríamos seguir enumerando (cfr. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 64, 95-6). Cualquiera de estas recomendaciones podría servir igual de bien para construir mi ejemplo. No obstante, si aquí he optado por ilustrar mi postura de la mano de un criterio cuantitativo de recomendación, esto se debe a que su simplicidad nos otorgará una perspectiva mucho más nítida para evaluar lo que viene a continuación. Por otra parte, la lista de conceptos que servirían para ilustrar el punto es infinita y ella podría llenarse con conceptos provenientes de las áreas más diversas del sistema social. Pensemos sino en conceptos como los de “pleno empleo” o “libre competencia económica”, tal cual se desprenden de las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas recogidas en los libros Blanco y Verde. Mientras los márgenes definidos por la Comisión pueden resultar imposibles de cumplir para algunos países por su alto nivel de exigencia, para otros bien pueden parecer insuficientes.

⁶ Como dice Haack comentando a Rorty, aunque pueda ser cierto que el de “verdadero” (u “objetivo”, en nuestro caso) sea un término que en efecto aplicamos a los enunciados sobre los que estamos de acuerdo, «eso es porque, si estamos de acuerdo en que las cosas son de tal y cual manera, estamos de acuerdo en que es verdadero que las cosas

Los enunciados que emplean conceptos como “fuerza gravitatoria”, “masa”, “electrón”, “átomo”, “gen” o “molécula”, e incluso conceptos de menor sofisticación técnica como “inflación” o “recesión”, no detentan el grado de objetividad que los caracteriza *simplemente porque* la gente mayoritariamente comparta sus criterios de uso. Si dicho consenso existe, es porque, mucho antes de haberse alcanzado, estos conceptos han debido ganarse su lugar en la comunidad científica. Pero ello no ha sido gratuito. Sin exhibir propiedades tales como capacidad predictiva, fecundidad teórica, adecuación empírica o coherencia inter-teórica, por mencionar tan sólo algunas a las que aluden los filósofos de la ciencia, ninguno de estos conceptos suscitaría hoy el grado de convergencia mayoritaria que se percibe en su uso⁷.

Tomemos, por ejemplo, el concepto de “agua”, tan mentado por los teóricos de la referencia (cfr. KRIPKE 1972; PUTNAM 1975). Comparado con un concepto como el de “superpoblación”, el significado de agua sobresale por el nivel de convergencia que suscita entre los usuarios del lenguaje. El consenso, sin embargo, parece hacer más bien poco por arrojar luz sobre ella. Luego de que la teoría química descubriera la naturaleza molecular del agua, comenzó a resultar cada vez más difícil emplear un concepto que no remitiera a la fórmula H₂O, al punto de que si hoy alguien deseara hacerlo, lo mínimo que le pediríamos es que viniera con una teoría medianamente elaborada y unas pruebas empíricas novedosas que fueran capaces de poner en entredicho lo que la teoría química mejor respaldada sostiene sobre la materia. Además, puesto que el compuesto H₂O remite a los conceptos de “molécula” y “elemento”, entre otros, lo que alguien así debería ofrecer mínimamente como alternativa es una tabla periódica superadora o algún criterio clasificatorio que reemplace al existente. Quizá, a la postre, un nuevo consenso clasificatorio y científico pudiera llegar a nacer a partir de esta propuesta. No obstante, las dificultades que ella deberá atravesar antes de imponerse son mayúsculas.

Con respecto al concepto de “superpoblación”, en cambio, la empresa parece mucho más allanada. Desbancar un concepto como el de la CIDH no requiere ni de grandes elucubraciones teóricas ni de complicadas demostraciones empíricas. No hay dudas de que el criterio de uso que lo gobierna posee la misma objetividad que predicamos de un concepto como el de “longitud”, si por “objetividad” queremos dar a entender que su aplicabilidad a un caso concreto puede determinarse de manera inequívoca. Como tantos otros conceptos que han sido introducidos por vía de definiciones operativas, hablar de superpoblación como lo hace la CIDH seguramente evitará muchos malentendidos. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con otros conceptos no operacionales e incluso operacionales, como los conceptos de reino animal y vegetal empleados en biología, por ejemplo, el criterio que digita su uso está mucho más expuesto al orden preferencial que detente su usuario (cfr. HEMPEL 1952, 81 ss.). Por ello, a veces bastará con que un nuevo usuario rechace las preferencias en cuestión para que su significado ya no sea aceptado, tal como ocurriera con el nuevo gobierno del ejemplo. Ahora bien, tomando en cuenta estas importantes diferencias, cabría formular varias preguntas:

son de tal y cual manera», pero el punto es que «podríamos estar de acuerdo en que las cosas son de tal y cual manera incluso cuando no fuera verdad que las cosas son de tal y cual manera» (HAACK 1998, 19).

⁷ Por otro lado, ¿cabe entender esta convergencia en términos consensuales? Que un cierto tipo de acuerdo debe presuponerse a nivel conceptual para explicar por qué dos personas convergen en aplicar el mismo predicado a un estímulo perceptivo concurrente no significa que todo lo que explica esta convergencia sea dicho acuerdo conceptual. Si las dos personas dicen lo mismo ante idéntico estímulo, entonces están de acuerdo. Ahora bien, esto no significa que estén *consensualmente* de acuerdo. Muchos de los planteos consensualistas de la verdad y la objetividad creo que cometen el error de no ver las diferencias que existen entre el simple acuerdo producto de la convergencia y el acuerdo consensualmente logrado. En relación a los asuntos prácticos en general, pero fundamentalmente en materia política, porque a veces no hay convergencia posible de opiniones – esto es, porque carecemos de un criterio certero de objetividad – es que se requiere del consenso, el cual actuará, como dice Garzón Valdés, proporcionando «un elemento fundamental de estabilidad» (GARZÓN VALDÉS 1990, 22 ss.). En asuntos teóricos y científicos, en cambio, si no hay convergencia, difícilmente el consenso *de por sí* logre subsanar el acuerdo faltante.

¿cuáles son los conceptos que deberían emplear nuestros políticos para construir el presupuesto habilitante de una declaración de emergencia? ¿Deberían limitarse a invocar tan sólo aquellos que cuentan con el respaldo científico adecuado? ¿Qué ha de contar como un respaldo científico adecuado? Hasta que la doctrina judicial no responda acabadamente a estas preguntas, creo que será muy difícil determinar el tipo de objetividad que espera de la clase política.

Pero incluso si lográramos dejar atrás este inconveniente, todavía deberíamos lidiar con el problema mucho más grande que afecta aún a aquellos conceptos sociales que, como el de recesión, parecen haber sacado credencial de objetividad. Determinar la recesión de un país puede que no resulte materia polémica. Por contrapartida, averiguar las causas de una recesión en concreto usualmente será un asunto más delicado, en el que los presupuestos ideológicos y las preferencias valorativas pueden ser determinantes. Así, mientras el economista marxista Mandel explicó la recesión mundial de 1974 como «el resultado de una fase típica de declinación en la tasa de ganancia» (MANDEL 1975, 20), economistas de diferentes vertientes ideológicas adujeron factores causales de otra índole⁸. Desde luego, no siempre la formulación del presupuesto habilitante habrá de incluir una referencia causal. Cuando el piloto de una nave pone en marcha el protocolo de emergencia ante una señal de alarma en su tablero, no siempre conocerá a ciencia cierta cuál es el desperfecto técnico que la ha activado. *Mutatis mutandis*, creo que algo parecido acontece en toda emergencia. ¿Quién podría ignorar, sin embargo, esas obvias circunstancias en las que disponer de al menos una hipótesis preliminar sobre el factor causal operante resulta crucial para declarar una emergencia, ya que esto condicionará el tipo de medidas que se adopten para combatirla? En estas circunstancias precisas, el condicionamiento ideológico y valorativo difícilmente pueda ser neutralizado en su totalidad.

4. *Lo imprevisible y lo inevitable como notas definitorias de la emergencia jurídica*

Como habrá podido apreciarse, tanto las leyes de emergencia como los decretos de necesidad y urgencia que lamentablemente son tan habituales en la realidad política iberoamericana poseen una validez condicionada a la satisfacción de un presupuesto habilitante. Por lo general, este presupuesto ha recibido la calificación de “fáctico” de parte de la doctrina judicial iberoamericana, impulsada por una idea de objetividad rayana en el plano ontológico. En *Norma, coyuntura y emergencia*, R. Guibourg ha dicho que le «parece inútil intentar una definición de la emergencia en términos puramente fácticos» (GUIBOURG 2003, 9) y, a juzgar por algunas de las razones que he dado hasta aquí, cualquiera advertirá que no me faltan motivos para compartir el tono general de su afirmación. No obstante, si se toman en cuenta las advertencias ya formuladas acerca de las dificultades de definir “lo fáctico” prescindiendo de “lo valorativo”, en principio no veo ningún impedimento para seguir aceptando esta calificación⁹. Lo que quisiera argumentar ahora es que esta imposibilidad de formular

⁸ Una lista mucho más amplia e ilustrativa de ejemplos de esta naturaleza puede encontrarse en los trabajos *Neutrality in Political Science*, de TAYLOR 1985, y *The Indispensability of Political Theory*, de MACINTYRE 1983. Aunque personalmente no comparto el tono general de sus propuestas analíticas, los argumentos generales allí vertidos todavía merecen ser estudiados.

⁹ Que algo así tal vez no pueda hacerse ni siquiera “por mor de la argumentación” constituye una posibilidad que he considerado tras repasar *La prueba de los hechos*, de TARUFFO (1992). En el Capítulo 2 de esta obra, destinado a deslindar el concepto de “hecho” y sus distintas clasificaciones, Taruffo analiza el perfil de aquellas normas que individualizan el hecho jurídicamente regulado mediante lo que Wróblewski llama una “identificación valorativa”, tal el caso de aquellas normas cuya prótasis está compuesta por expresiones como “daño grave”, “justa causa” o “conducta reprobable” (cfr. TARUFFO 1992, 128). Según ya lo mencionara en el cuerpo del texto (cfr. TARUFFO 1992), un caso especial de identificación valorativa que menciona Taruffo se presenta cuando la individualización del

una definición del presupuesto habilitante en términos puramente fácticos habría sido implícitamente reconocida por la propia doctrina latinoamericana. Luego de presentar este argumento, formularé algunas sugerencias a considerar si todavía confiamos en contar con una fórmula que aspire a sistematizar lo que debería entenderse por objetividad en el marco de una emergencia jurídica.

Según ha sido reconocido ampliamente en la doctrina y en las innumerables sentencias judiciales que la recogen, la situación en la que una ley de emergencia (o un decreto-ley) debe descansar para resultar constitucionalmente válida ha de poseer al menos una de las siguientes dos características: ha de tratarse o bien de una situación *imprevisible*; o, en caso de que sea previsible, ha de tratarse de una situación *inevitable*¹⁰. Si la situación reúne ambas características, pues mucho mejor entonces. Sin embargo, ello no es estrictamente necesario.

Sea que las tomemos en conjunto o por separado, estas dos características cumplen una función irremplazable a la hora de controlar las acciones del Gobierno. Tal como lo estipula la doctrina iberoamericana, el presupuesto habilitante que debe construir la autoridad política ha de contener una referencia a una situación fáctica realmente existente. Así, una pandemia, una catástrofe natural (como un terremoto) o un hecho social (como una recesión económica), podrán, cada uno a su modo, figurar en calidad de presupuesto habilitante si es que cada uno de ellos realmente existe. Sin embargo, para la doctrina judicial esto no es suficiente. Lo que se requiere, además, es que cada uno de estos hechos pueda ser caracterizado a su vez como una situación imprevisible y/o inevitable. Si el hecho contemplado en el presupuesto no satisface esta condición, la ley de emergencia tampoco podrá ser convalidada.

¿Qué implica, sin embargo, caracterizar a una situación de hecho como una situación imprevisible y/o inevitable? ¿Qué tipo de características son la imprevisibilidad y la inevitabilidad si es que ellas han de figurar en una descripción puramente fáctica de la emergencia? Al inicio de esta sección he

supuesto fáctico sólo se hace por referencia al criterio valorativo, no habiendo identificación alguna, siquiera vaga – nos dice –, referente al hecho que puede ser valorado negativamente. El supuesto de hecho no importa en sí mismo por alguna característica intrínseca, sino sólo en cuanto produce “una consecuencia consistente en la violación de un valor”, como ser “contrario a las buenas costumbres” o “antisindical” (TARUFFO 1992, 129). Si la emergencia jurídica tal cual es regulada por nuestros ordenamientos constitucionales fuera clasificable como un supuesto de esta naturaleza, posiblemente ya no sería necesario agregar mucho más en este trabajo.

¹⁰ Como una confirmación de la uniformidad doctrinaria al respecto, véase en especial GUIBOURG R. (ed.) 2003. *La Emergencia Económica y la Teoría General del Derecho* (suplemento especial de *La Ley*), Buenos Aires, La Ley, y particularmente los siguientes trabajos contenidos en este volumen: GUIBOURG 2003, 5 ss.; BARCESAT 2003, 22; CIURO CALDANI 2003, 51; RUSSO 2003, 66 ss. Véase asimismo LINARES QUINTANA 1992, 907 y MIRANDA 2011. La literatura, sin embargo, es muchísimo más vasta. En cuanto a la jurisprudencia argentina, véase el volumen de la Corte Suprema de Justicia, *Decretos de necesidad y urgencia: Secretaría de Jurisprudencia*, Primera Edición, Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, agosto de 2010. Sobre el caso colombiano, véase una vez más la Sentencia C-156/11 del 9 de Marzo de 2011 (punto 8.2), así como la Sentencia C-216 de 1999, la Sentencia C-122 de 1997 y la Sentencia C-447 de 1992. En todas ellas, se exige que el presupuesto habilitante debe reunir la nota de imprevisibilidad y/o inevitabilidad, pues de lo contrario se estaría ante “situaciones crónicas y estructurales”, las cuales son incompatibles con situaciones de emergencia (cfr. S C-156/11, punto 8.2.3). Por su parte, la presencia de estas notas en la caracterización del presupuesto habilitante no pareciera tener el mismo reconocimiento en la doctrina y jurisprudencia españolas. En la STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5, por ejemplo, más que de la necesidad de que concurren circunstancias imprevisibles, se habla de “circunstancias *difíciles* de prever”, lo que sin dudas establece una exigencia mucho más atenuada. Como dice Carmona Contreras, dado que la constante necesidad de intervención gubernamental para paliar las injusticias de la vida contemporánea está expresamente reconocida por la cualificación constitucional del Estado como «social y democrático de derecho» (art. 1.1 CE), «la aplicación de este parámetro valorativo permite aceptar la regulación por decreto-ley de coyunturas extraordinarias despojadas de un carácter imprevisible» (CARMONA CONTRERAS 2013, 6). En la misma línea, véase DE VEGA GARCÍA 1990, 265 ss. y GÓMEZ LUGO 2013, 107 ss. En este sentido, la STC 11/2002, del 17 de enero, FJ 6, acepta incluso que la urgencia «tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno». Tal como aclaro en el cuerpo del texto, el análisis siguiente pretende estar referido a lo que se defiende desde la doctrina y jurisprudencia *latinoamericanas*.

citado un trabajo de Guibourg y allí quisiera retornar para obtener una respuesta. En términos generales, Guibourg define toda emergencia como «algo malo que sale de lo normal», siendo la norma ni más ni menos que «la descripción de lo que creemos esperable» o previsible (GUIBOURG 2003, 5). Mientras tanto, en el ámbito de lo jurídico no parece haber ninguna peculiaridad relevante. Una emergencia jurídica también sería algo malo, nocivo, imperfecto o que sale de lo normal. Sin embargo, cuando nos disponemos a definir lo que *es norma* allí, un aire de paradoja empieza a contaminar el ambiente, ya que los sistemas jurídicos son siempre, según el propio Guibourg reconoce, «modelo(s) prescriptivo(s) de conductas», y estos tienen por función la *de prescribir lo que creemos posible* – claro, al menos aceptando que “puede” implica “debe” – más que la de *describir lo que creemos esperable* (GUIBOURG 2003, 5).

Por supuesto, Guibourg dispone de una muy buena explicación en relación a qué representa *la norma* o *lo normal* en el ámbito jurídico. Todo modelo prescriptivo de conductas, escribe, «también implica (presupone) un modelo descriptivo, ya que da por sentada la identificación y la delimitación de la situación para la que ella dispone una respuesta» (GUIBOURG 2003, 6). En otras palabras: todo modelo prescriptivo de conductas «presupone el tipo “normal” de variaciones que pueden ser enfrentadas con el tipo de respuestas» que él prevé (GUIBOURG 2003, 6). Lo normal para el derecho, entonces, también está vinculado a una descripción o modelo descriptivo de lo que creemos esperable, sólo que en este caso lo esperable coincide con lo que no debiera suceder (o lo que no sería deseable que suceda), aunque vaya a suceder de todos modos.

¿Qué vendría a ser pues, para Guibourg, una emergencia jurídica? ¿Qué vendría a ser lo «malo que sale de lo normal»? Dado que las normas jurídicas pueden ser vistas como catálogos de remedios pensados para enfrentar determinados tipos de enfermedades y no otros distintos, o bien para solucionar una clase de problemas genéricos circunscripta por ciertos límites (más o menos precisos), cada vez que la realidad exceda estos límites y se ponga en evidencia la «estrechez del modelo» para lidiar con ella, estaremos ante una situación de emergencia jurídica. De allí, en resumidas cuentas, el sentido del epígrafe que dió inicio al presente trabajo: «ninguna situación es ni puede ser una emergencia por sí misma – sentenciará Guibourg – sino en comparación con los límites del modelo con el que se la encara» (GUIBOURG 2003, 6).

Ahora bien, dado que lo esperable o previsible (y lo no esperable o imprevisible) depende de lo que dicte un modelo de normalidad, la única esperanza que nos queda a fin de cumplir con el deseo de la doctrina de lograr una caracterización puramente fáctica de la emergencia reside en concebir este modelo desde la neutralidad axiológica. El problema es que este requisito será imposible de satisfacer.

Tal como lo conocemos, el derecho es uno de los principales instrumentos de transformación de la realidad. Como modelo transformador que es, sin embargo, existen barreras de toda naturaleza que condicionan su accionar. Tan sólo por mencionar lo que sucede a nivel presupuestario, las restricciones con que cuentan los operadores judiciales a la hora de procesar los reclamos que ingresan en sede tribunalicia son especialmente agudas en algunos países. Porque estas restricciones son reconocidas, todo sistema jurídico se impone a sí mismo un principio o deber de selectividad. Sin él, su vigencia y eficacia serían muy reducidas. Específicamente en relación a los sistemas penales, hace tiempo que la sociología jurídica ha descrito al detalle cómo opera este principio (cfr. KESSLER 2010; ZSYSMAN QUIRÓS 2004). Sólo algunos delitos se persiguen. Aún menos delitos se sancionan. Para otros, ni siquiera se dispone del andamiaje técnico y operativo que demandaría su persecución y ulterior esclarecimiento.

En nuestros actuales sistemas jurídicos, éstas son las condiciones de normalidad y son ellas las que imponen, de tanto en tanto, una revisión de las prioridades, una confirmación del procedimiento selectivo. Por cierto, nada de esto puede hacerse con prescindencia de estándares axiológicos. Cada vez que una autoridad acude a su auxilio, son ellos los que decretan, son ellos los que redefinen el modelo de lo esperable y lo previsible. Por ellos, un viejo modelo es desechado y un nuevo modelo

desplaza al preexistente. Una y otra vez se repite este proceso, incesantemente. El equilibrio es siempre provisorio. El criterio que se impone suele ser frágil. Vale hasta nuevo aviso. Pero si éste es el modo como cabe describir el funcionamiento de nuestros actuales sistemas jurídicos bajo condiciones de normalidad, ¿cuántas más razones existen para suponer que su funcionamiento haya de obedecer a una modalidad descriptiva similar en condiciones de emergencia!

Una de las funciones primordiales que desempeñan los modelos de normalidad en cualquier sistema cognoscitivo es la de fijar los límites de la realidad, recortando aquella porción que se considere relevante. Al tiempo que fijan los límites y establecen dentro de ellos el universo de lo esperable, los modelos se diferencian a sí mismos de otros modelos de normalidad, previstos para funcionar sobre recortes de la realidad alternativos. Este principio de clausura o cierre operativo, como se lo conoce en la teoría de sistemas, posibilita un campo temático y ofrece una dirección a sus operadores. Cierre, sin embargo, no debe entenderse como aislamiento. N. Luhmann ha sido enfático en este punto: una cosa es el aislamiento causal y otra muy distinta es la clausura operativa de un sistema y su entorno, que debe ser comprendida en términos semánticos (LUHMANN 1993, 99). Causalmente, ningún sistema está aislado de su entorno. Pero tampoco los sistemas pueden estar completamente aislados desde el punto de vista operativo, pues los *inputs* de información y los insumos de capital humano y económico que requieren para funcionar tampoco son de su propia factura, aunque luego ellos los decodifiquen, operacionalicen y resuelvan según su lógica interna.

En este marco, el sistema jurídico no es la excepción. Si bien su lógica es una lógica propia, lo que allí se procese tanto a nivel legislativo como judicial casi siempre tendrá su origen en el entorno. Por eso, cualquier modelo de lo previsible que se vaya construyendo en la dinámica de un sistema jurídico está obligado a depositar su atención, al menos de vez en cuando, a lo que dicten los modelos alternativos de lo que resulte previsible en su entorno (las ciencias no jurídicas proporcionarán estos modelos). No es, sin embargo, humanamente posible que las autoridades políticas, jurídicas y administrativas que deben hacer su trabajo y velar por *lo suyo*, al mismo tiempo puedan estar al tanto de los cientos de factores causales que operan en él. Hablando de las propiedades emergentes de los fenómenos complejos, Hempel supo decir que ellas no constituyen rasgos ontológicos inherentes a algunos fenómenos sino que más bien han de ser vistos como indicios de la amplitud de nuestro conocimiento en un momento dado (cfr. HEMPEL 1965, 264). Los modelos propiamente jurídicos de lo esperable no son ajenos a esta premisa. Lo jurídicamente imprevisible puede no coincidir con lo que resulta imprevisible en el entorno biológico, ecológico o medioambiental (cfr. GRIMM 1991, 185 ss.). Su imprevisibilidad característica, por ende, es como el dios Jano: tiene dos caras. ¿Cuál de ellas habrá de verse reflejada en el espejo del operador jurídico?

Como quiera se responda esta pregunta, lo que se diga no puede no ser polémico. Si una emergencia constituye un fenómeno imprevisible y es esta imprevisibilidad la que debe evaluar el juez, ¿qué modelo o patrón de normalidad deberá adoptar? Por otro lado, dado que cualquier modelo de normalidad constituye una función de aquella porción de la realidad que se haya elegido aislar como objeto de estudio, también surge el interrogante legítimo de si la autoridad jurídica que procederá a controlar la supuesta imprevisibilidad de la situación de emergencia en cuestión no tiene también que compartir el criterio con el que esta elección se haya efectuado. Lo axiológico, tarde o temprano, condicionará su juicio.

Esta comprobación, contraria a la idea doctrinaria de concebir un presupuesto habilitante ajeno al elemento valorativo, se produce a propósito de la imprevisibilidad, que no es sino aquella de las dos condiciones mencionadas que más parece acercarse a un plano de consideraciones estrictamente epistémicas – según podríamos denominarlas. Por su parte, considerando que la otra condición mentada por la doctrina, i.e. la condición de inevitabilidad, parece estar más próxima a un plano de

consideraciones de naturaleza práctico-normativa, ¿no sería de esperar con mayor razonabilidad aún que todo juicio sobre lo inevitable comportara una inexorable carga valorativa?

La idea de que la inevitabilidad de una situación parece situarse en un plano de consideraciones más práctico que teórico no es en absoluto novedosa. Tras constatar en su *Metafísica* que «la necesidad envuelve la idea de algo inevitable», el propio Aristóteles ofrece como razón explicativa de esta particularidad el hecho de que lo inevitable constituye precisamente «lo opuesto al movimiento voluntario y reflexivo» (Aristóteles, Libro Quinto, Sección V: 1015a, 31-5), que no es sino la noción central sobre la que gira toda forma de razonamiento práctico [πρόαιρεσις]¹¹. Pero lo realmente importante de todo esto es el modo como Aristóteles define, no ya lo inevitable, sino lo necesario [ἀναγκαῖον]. Si bien no deja de reconocer el sentido primordial de la expresión, concedido a todo aquello sin lo cual no se puede vivir o existir (en esta línea, afirmará que «la respiración y el alimento son necesarios al animal»), también le confiere el sentido de necesario a todo aquello sin lo cual el bien [τὸ ἀγαθόν] no podría ser ni llegar a existir, como asimismo a todo aquello sin lo cual el mal [τὸ κακόν] no se podría prevenir o liberar (Aristóteles 1015a, 20). Probablemente guiado por la connotación valorativa de estas expresiones – i.e. bien y mal –, Wiggins se apresta a sugerir que la expresión “vivir” que figura en el sentido primordial de la definición de “necesario” bien podría reemplazarse por la expresión “florecer” (cfr. WIGGINS 1998, 26), con lo cual ya habremos dado el paso más importante al objeto de alcanzar una comprensión valorativa de la inevitabilidad.

Nos seduzcan o no el poder de estas especulaciones, en cualquier caso debe reconocerse que la distinción evitable/inevitable siempre parece relativizable al contexto de un plan de acción diseñado con un propósito práctico-normativo. Considérese el siguiente caso. En el mes de abril de 2013 llovieron en la ciudad argentina de La Plata 400 milímetros de agua durante más de tres horas seguidas. Si semejante caudal de agua cae en una ciudad (no importa cuál) en tan poco tiempo, es probable que algunas consecuencias sean inevitables, como el anegamiento de algunas calles o la suspensión temporaria de algunos servicios. ¿Era inevitable, sin embargo, el hecho de que al menos 89 personas perdieran la vida como consecuencia de los desastres producidos?¹²

Entre los factores causales que contribuyeron al agravamiento de las consecuencias, el arquitecto Roberto Livingston y el ambientalista Osvaldo Guerrica mencionaron la existencia de zonas altamente urbanizadas, emplazadas sobre los propios cauces y zonas aledañas¹³. De no haberse dado estas características estructurales, hoy habríamos de lamentar una cantidad sensiblemente inferior de víctimas fatales. Pues bien, suponiendo que ahora nos preguntemos si estas características eran o no inevitables, la respuesta estará supeditada a cómo nos situemos de cara al fenómeno de urbanización platense, que es un fenómeno complejo por donde se lo mire. Por empezar, intervienen en él múltiples actores, los cuales abarcan – sólo por mencionar a algunos de los más importantes – desde las autoridades municipales que administran los terrenos fiscales y otorgan los permisos de construcción, hasta las autoridades judiciales que convalidan o revocan los permisos otorgados por la autoridad política ante conflictos que se susciten en su sede, pasando por los agentes que intervienen en el mercado inmobiliario. Pero la complejidad del propio fenómeno también se nutre de factores tales

¹¹ He optado en este sitio por seguir la traducción de Patricio de Azcárate (cfr. ARISTÓTELES 1980). Valentín García Yebra, en cambio, traduce «καὶ δοκεῖ ἡ ἀνάγκη ἀμεταπειστὸν τι εἶναι, ὀρθῶς» (1015a, 31-2) por «se cree que la necesidad es algo que no se deja disuadir» (cfr. ARISTÓTELES 1990), prescindiendo del término “inevitable”.

¹² Aunque la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires cifra en 67 el número de decesos, el juez en lo Contencioso Administrativo de La Plata Luis Federico Arias determinó que fueron 89 las personas que murieron en la histórica inundación. Sin embargo, desde la Asociación de Familiares de Víctimas de la Inundación (AFVI) aclararon que la lista no está completa. Al respecto, véase: <http://www.infobae.com/2014/03/25/1552704-un-juez-cifro-89-las-muertes-la-inundacion-la-plata> (última fecha de acceso: 14/09/2015).

¹³ Véase: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12725370> (última fecha de acceso: 14/09/2015).

como el presupuesto que la Nación destina a obras de infraestructura hídrica y su grado de ejecución, la tasa de crecimiento poblacional de la propia ciudad de La Plata, las migraciones internas y externas a nivel provincial y nacional, o las políticas poblacionales y habitacionales que se promuevan desde los estamentos superiores del Estado, entre otros.

Determinar el carácter evitable de un hecho complejo como éste no es tarea sencilla. Sin dudas, en casos así, al Poder Político suele corresponderle una de las cuotas más importantes de responsabilidad. En este hecho en particular, resultan además evidentes cuáles son las omisiones que podrían, si no haber evitado la tragedia, por lo menos sí haber aligerado su impacto. Sobre qué individuos y/o administraciones en particular correspondería deslindar responsabilidades, en cambio, es una cuestión que nunca estará del todo clara. Pero aún si lo estuviera, tampoco resultaría sencillo decir qué consideraciones deberían efectuarse para determinar que el hecho concreto acaecido (i.e. la trágica inundación) era o no inevitable. Si se evalúa el estado de urbanización que presentaba la ciudad de La Plata en la década de los ochenta (que es el que podría officiar aquí de contexto práctico-normativo) y se fijan en ese punto histórico las expectativas depositadas sobre la clase política, será esa referencia la que determine el marco de lo evitable: los planes de acción que en ese momento todavía podían acometerse para evitar fenómenos trágicos como los provocados por la inundación no serían difíciles de concebir. Por el contrario, si se evalúa el estado de urbanización que presentaba la ciudad en una fecha más próxima al diluvio de abril de 2013, el marco de lo evitable habrá de ser muy distinto, como así también los planes de acción concebibles.

En cierto sentido, no hay motivos para negar que esta relativización que domina a los juicios sobre el carácter evitable/inevitable de una circunstancia (y algo parecido podría decirse sobre la que domina a los juicios sobre lo previsible/imprevisible) no respete un criterio estricto de objetividad. El hecho de que en principio asciendan a cientos los contextos práctico-normativos en los que hayan de situarse los fenómenos (y lo mismo cabe afirmar de todo modelo jurídico y no jurídico de normalidad) para que su carácter evitable (o previsible) salga a la superficie no significa que no haya un procedimiento cierto o universalmente disponible para determinar con precisión cuándo algo es evitable (o previsible)¹⁴. De cualquier modo, lo que de ninguna manera podría negarse es que lo que cuente como el contexto práctico-normativo *relevante* (o el modelo de normalidad relevante) siempre dependerá de un juicio valorativo. En tanto la doctrina judicial dominante en algunos de nuestros países de Iberoamérica se

¹⁴ Sobre la compatibilidad entre la objetividad y la relatividad de nuestros juicios, véase en especial WIGGINS 1998, 11: «La relatividad a otra cosa en sí misma no representa obstáculo para la más extrema o perfecta forma de objetividad. De hecho, explicitar abiertamente dicha relatividad a veces genera el efecto de revelar el asunto en cuestión como un candidato a una verdad no calificada o absoluta» (*la traducción es mía*). Véase asimismo la nota al pie n° 16 de dicha página. Por lo demás, si nos dejamos seducir por lo que dice Wiggins en este ensayo con respecto a la posibilidad siempre abierta de relativizar los juicios sobre necesidades, no resultaría extraño que la distinción entre “necesidad absoluta” (vinculada al art. 116 de la CE) y “necesidad relativa” (vinculada al art. 86 de la CE) efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, y recogida en la doctrina, nos parezca ciertamente curiosa (véase al respecto la STC 6/1986, fundamento jurídico 5°, párrafo 2; igualmente, STC 29/1986, de 20 de febrero, fundamento jurídico 5°, A, párrafo 2). Recogiendo esta distinción, Carmona Contreras equipara la necesidad absoluta de una situación a aquélla que ha de considerarse urgente “desde una perspectiva objetiva” y cita como ejemplo paradigmático el caso de las catástrofes naturales (cfr. CARMONA CONTRERAS 2013, 7). En contraposición, la necesidad relativa de una situación sería aquélla que se predica «desde la perspectiva subjetiva y puramente contingente del Gobierno» (CARMONA CONTRERAS 2013, 7). En virtud de las razones antes expuestas, no debería sorprender a nadie que encuentre este modo de abordar la distinción absolutamente injustificado. Razones adicionales para rechazarlo esgrimidas desde una perspectiva pragmatista podrán encontrarse en el brillante ensayo de Dewey titulado *Teoría de la valoración* (DEWEY 1939). Una de las tesis centrales allí defendidas es que en el ámbito de la praxis humana no tiene sentido hablar de fines, valores o necesidades *absolutas*, como si de este carácter dependiera la posibilidad de formular juicios *objetivos*. He analizado de manera más pormenorizada estas ideas en PARMIGIANI 2011.

empecine en negar esta realidad, buscando un tipo de objetividad absoluto y axiológicamente neutro, es de temer que la seguridad jurídica que ella ansía lograr, imponiendo un freno institucional a las pretensiones a veces injustificadas del Poder Político, no sea más que un tigre sin dientes.

5. *¿Hacia una nueva fórmula de la objetividad en materia de emergencia?*

Llegada la hora de convalidar en sede judicial una situación de emergencia cumpliendo con un requisito de objetividad, hemos visto a lo largo de estas páginas que si bien una suerte de subjetivismo o anti-objetivismo extremo a la manera de Troper resulta exagerado, tampoco habría manera de obligar a la autoridad política a construir el presupuesto habilitante prescindiendo de todo elemento valorativo. Este diagnóstico vuelve a repetirse cuando se trata de hallar una fórmula de objetividad no axiológica, dispuesta a rendir cuenta de las notas de imprevisibilidad y/o inevitabilidad que deberían acompañar al mismo presupuesto. Puesto que arribar a una fórmula objetiva que prescindiera de todo juicio valorativo no se avizora como posible, mucho más razonable parecería proceder como lo ha hecho en Tribunal Constitucional Español en su Sentencia 68/2007, del 28 de mayo. Refiriéndose al Real Decreto-ley 5/2002 que pretendía regular por trámite de urgencia la incorporación al sistema contributivo de protección por desempleo de un colectivo como el de los trabajadores eventuales agrarios, hasta entonces excluido de dicho sistema, sostuvo el Tribunal:

«Hablar de la “cambiante situación de la economía internacional” o de “nuevas oportunidades más variadas que... en etapas anteriores” supone la utilización de fórmulas rituales de una marcada abstracción y, por ello, de prácticamente imposible control constitucional. Las fluctuaciones y los cambios en la economía internacional son consustanciales a su funcionamiento, sin que ni el preámbulo de la norma ni el debate parlamentario posterior ofrezcan pista alguna que permita concretar a qué cambios económicos se está haciendo referencia y cuál sea su incidencia en la situación de extraordinaria y urgente necesidad a la que la norma dice dar respuesta. Y del mismo modo, nada se indica sobre cuáles sean esas nuevas oportunidades más variadas ni con respecto a qué épocas anteriores haya de establecerse la comparación, ni, en fin, cuál sea la exigencia de actuación legislativa que la constatación de todo ello comporte» (STC 68/2007, de 28 de mayo, FJ 10).

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional Español parece haber encontrado la clave para conciliar el carácter objetivo de una situación de emergencia con los criterios axiológicos que adopte la autoridad política en su descripción de la misma. En lugar de enfrentar una valoración con otra (sea por caso la valoración del Poder Ejecutivo con la valoración del Poder Judicial), o un interés con otro (sea el interés del Poder Ejecutivo con algún interés comunitario que el Poder Judicial estaría mejor capacitado para entrever), el TC se restringe a constatar que la alusión a las circunstancias extraordinarias realizada por parte de la autoridad política sea – además de verdadera, desde ya – lo suficientemente *precisa* como para que su control sea posible. ¿De qué manera ha de interpretarse esta demanda?

Un par de reflexiones vienen a cuento. Como se ha notado en numerosas ocasiones desde la filosofía y la pragmática del lenguaje, el contenido descriptivo de nuestros enunciados puede ser más o menos abstracto (o más o menos detallado), sin que esto tenga por qué condicionar su valor de verdad (cfr. TOULMIN, BAIER 1952; POTTER 1996, 208 ss.; VERNENGO 1993, 241). Considérense los siguientes enunciados relativos al estado del sistema penitenciario de una comunidad *C*: *p* afirma que “las cárceles se encuentran sobrepobladas”; *q* afirma que “las cárceles contienen el doble de presos por celda de lo recomendado por el Informe de la CIDH; y *r* afirma que “las cárceles contienen un promedio de diez presos por celda, la mayor parte de los cuales provienen de sectores desfavorecidos de la sociedad”. Si efectivamente los hechos se corresponden con lo que describe *r*, cada uno de los

enunciados será igualmente verdadero, aún si no igualmente preciso. ¿Pero qué implica la precisión? Tomados de manera descontextualizada, no hay dudas de que p aparece como el menos detallado y r como el más detallado de los tres, al ser el que predica más propiedades del estado de las cárceles. ¿Es así, pues, como debe interpretarse la demanda del TC?

No realmente. Al objeto de determinar cuál de los tres enunciados se trata del más preciso, este grado de apego al detalle no bastará. Lo que importa es el contexto de enunciación, el cual viene definido, entre otras condiciones, por los intereses en juego y los tipos de preguntas pertinentes que allí se planteen. Supongamos ahora que el contexto de enunciación venga presidido por la pregunta x , relativa a si la situación del sistema penitenciario se aviene a las recomendaciones de la CIDH. En este contexto enunciativo, q será la respuesta precisa, no r . Más aún, si el contexto de enunciación está presidido por la pregunta y , relativa a si las cárceles de C se encuentran superpobladas, será la afirmación p la que arroje la respuesta precisa. En estos casos, lo que determina la precisión del enunciado no es tanto el grado de apego al detalle cuanto su adecuación. Pero aún si p viniera a decir que “las cárceles se encuentran sobrepobladas porque su población, además de exceder lo recomendado por la CIDH, contiene a diez presos por celda”, para que ella sea la respuesta más adecuada, antes habrá de fijarse cuál es el propósito que persigue el interrogador. Sólo una vez descubierto el tipo de interés específico que lo gobierna, podrá averiguarse si ese mismo enunciado ofrecía la respuesta correcta. Imaginemos, en cambio, que el interrogador está meramente interesado en rellenar los casilleros {[] “tolerable” / [] “excesivo” / [] “superpoblado”} tal como figuran en un formulario comparativo sin mayores pretensiones diagnósticas. En este contexto enunciativo, es probable que p no sólo se muestre como la respuesta más precisa sino también como la más adecuada.

En consonancia con estas reflexiones tendientes a exhibir el carácter relativo del predicado “precisión”, la clase de precisión que el Tribunal Constitucional parece reclamar en su sentencia no es simplemente la precisión que intuitivamente acompaña al enunciado r por sobre los enunciados p y q (cfr. *supra*). Lo que reclamaría más bien es un tipo de precisión determinado y relativo, que guarde vinculación con los mismos propósitos que habrían de impulsar a las autoridades políticas a sancionar una ley de emergencia. Más allá de cualquier consideración valorativa que pudiera entrar en consideración, son estos propósitos o intereses netamente políticos e ideológicos los que establecen el criterio mediante el cual medir el grado de precisión descriptiva que debe acompañar a la construcción del presupuesto habilitante. Inspirados en esta manera de leer la sentencia del Tribunal español, creo que por fin estamos en condiciones de ensayar cómo podría versar una fórmula capaz de dar cuenta de la objetividad que se busca en estos confines. Sin pretender que sea la definitiva, y procurando que ella sirva como disparadora de futuras discusiones, permítaseme que a título personal proponga la siguiente:

(E3) Emergencia 3 =_{df}(Precisión)

«Para todo sistema normativo SN y ante un hecho, circunstancia o estado de cosas H de la clase P , presuntamente dotada de N propiedades o modos de ser característicos, H constituye *objetivamente* una situación de emergencia E si y sólo si: *a*) la autoridad normativa X la declara o instituye como tal; *b*) no se constatan vicios desde el punto de vista formal; *c*) del universo N de propiedades o modos de ser característicos de P –sean naturales o sociales –, X elige un número $(N - Y)$ de propiedades, a las que se refiere mediante enunciados descriptivos verdaderos; *d*) estos enunciados descriptivos, además de verdaderos, alcanzan cierto grado de precisión; y *e*) X consigue exponer de manera adecuada y razonable no sólo *(i)* “por qué, a la luz de su concepción de lo inevitable e imprevisible, valora negativamente estas propiedades”, sino también *(ii)* “por qué existen razones para que sean removidas a través de un procedimiento legislativo extraordinario”».

Tal fórmula, como espero se aprecie en primer lugar, contiene todos los resguardos formales y materiales incluidos en las dos fórmulas anteriores (E1 y E2). En segundo lugar, admite que el tipo de propiedades que podrían recubrir a un hecho o situación de emergencia es susceptible de revestir tanto una caracterización natural como social¹⁵. En tercer lugar, incorpora las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad que la doctrina española no reconoce expresamente, aunque, a diferencia del *modus cognoscendi* invocado por la jurisprudencia y doctrina latinoamericanas, realiza una aproximación a las mismas que no es ajena a su relatividad epistémica y práctico-normativa. Por esto mismo, la fórmula se muestra respetuosa de la escala valorativa e ideológica que detente la autoridad política. Finalmente, a tono con lo que sostiene la jurisprudencia mayoritaria (y aquí cabría citar a la mayor parte de la jurisprudencia iberoamericana, incluyendo a la argentina, a la colombiana y a la española por igual), la fórmula añade como novedad adicional una referencia a la razonabilidad constructiva del presupuesto habilitante, lo que simplemente significa que el grado de precisión que se obtenga en la construcción del mismo deberá medirse en función de los objetivos sociales declarados por la autoridad política.

Desde ya, en particular el punto *e*) de la fórmula parece dar por sentado que no habría problemas para facultar a la autoridad judicial a inmiscuirse en valoraciones que son de neta incumbencia política, aun cuando más no sea que efectuando un control de razonabilidad externo sobre ellas¹⁶. Personalmente, siempre me ha parecido que la mejor manera de garantizar que este control no transgreda la naturaleza representativa de nuestros sistemas democráticos de gobierno pasa por dotar al Poder Legislativo – que es, de los tres poderes, el que cuenta con mayores credenciales democráticas, dada su génesis y su modo deliberativo de proceder – con todos los mecanismos y recursos institucionales necesarios para que sea capaz de plantar bandera frente a las a veces desmedidas pretensiones del Poder Ejecutivo y lo obligue a pensárselas dos veces antes de actuar (cfr.

¹⁵ En otro trabajo, siguiendo a Searle, me he referido a estas propiedades con la denominación de “intrínsecas” y “extrínsecas”. Otros autores prefieren hablar, en cambio, de propiedades objetivas y subjetivas de los hechos. En particular la doctrina española diferencia entre lo que depende de la perspectiva puramente contingente de ciertos sujetos (por ejemplo, las autoridades gubernamentales) y lo que no (al respecto, véase la nota al pie anterior). Como se comprobará, la fórmula por la que he optado dista de coincidir con la fórmula que serviría para caracterizar lo que sostiene el TCE a la hora de controlar la legislación de urgencia, el cual parece reservar la exigencia de que el Poder Ejecutivo produzca una caracterización natural de los hechos a los casos en los que estén en cuestión precisamente los supuestos de carácter “absoluto” previstos en el art. 116 de la Constitución Española.

¹⁶ En *Prueba y verdad en el derecho*, Ferrer Beltrán diferencia cuidadosamente entre aquellos enunciados judiciales que participan de la valoración realizada por el Legislador y aquellos otros que simplemente se limitan a constatar que un hecho o situación es valorada por el Legislador y/o la comunidad de cierta manera (por ejemplo, como algo grave, obsceno o urgente, digamos) (cfr. FERRER BELTRÁN 2005, 51 ss.). Siguiendo esta línea, aquí podríamos diferenciar la acción de *constatar* la existencia de una valoración política de la acción de *compartir* o *rechazar* dicha valoración. Pues bien, cuando digo que el punto *e*) de la fórmula parece dar por sentado que no habría problemas para facultar a la autoridad judicial a inmiscuirse en valoraciones que son de neta incumbencia política – lo cual, por supuesto, dista de ser el caso –, me estoy refiriendo fundamentalmente a acciones como las últimas. Si todo lo que pudiera estar en poder del juez fuera una *constatación* fáctica de las valoraciones políticas imperantes en determinado momento histórico (FERRER BELTRÁN 2005, 53), tal vez sería posible arribar a una fórmula alternativa a (E3), capaz de consagrar un tipo de objetividad ajeno a cualquier consideración axiológica. En este caso, sin embargo, ¿cuál sería la función distintivamente limitadora del control judicial? ¿Meramente constatar que el Poder Político valora un hecho como urgente? En caso de ser así, el control judicial casi siempre equivaldría al otorgamiento de una carta blanca para actuar. Por el contrario, si se dijera que la tarea del Poder Judicial consiste en constatar que el carácter urgente de un hecho tal cual es valorado por la autoridad política debe condecirse con las valoraciones que se derivan de la moral social imperante o del estado de la opinión pública, por ejemplo, aquí se abriría un hiato que le permitiría al Juez actuar con menor condescendencia hacia el Poder Político. No obstante, la preocupación por las derivaciones anti-democráticas de una postura semejante sería la misma que la que advierto a continuación en el cuerpo del texto. En virtud de esta razón, la fórmula (E3) finalmente adoptada parece hallarse a medio camino entre lo constataativo y lo propiamente valorativo, aunque es altamente probable que este último elemento no pueda ser eliminado por completo (al respecto, véase la siguiente nota al pie).

PARMIGIANI 2011)¹⁷. En un reciente artículo (2010), C. Rosenkrantz plantea un mecanismo semejante pensado para disminuir la preocupante dosis de hiper-presidencialismo que se verifica en sistemas políticos como el argentino, y algo más diré sobre el mismo en el *Epílogo* de este trabajo (cfr. *infra*). Lo que simplemente deseo destacar por ahora es que si deseamos arribar a una fórmula que nos obsequie la posibilidad de dar cuenta de manera objetiva del presupuesto habilitante que toda legislación de emergencia debe satisfacer, la fórmula (E3) aquí aludida también podría rendir frutos en un plano *de lege ferenda*, oficiando como una herramienta orientativa en manos de aquel legislador realmente interesado en controlar los actos de gobierno del Poder Ejecutivo. Después de todo, en materia de objetividad, ¿quién podría arrogarse una potestad exclusiva de control?

6. *Epílogo: Emergencia, democracia y objetividad*

Como hemos visto en la sección 2 de este trabajo, *L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel* es el título de un polémico ensayo de Michel Troper. Polémica es su tesis central, polémicos son sus argumentos y ciertamente polémico es el realismo jurídico radical que les da cobijo. No obstante, mucho menos polémico resulta a mi juicio el propio título escogido para su ensayo. En efecto, al igual que Troper aunque por otras razones, yo no creo que los estados de excepción tengan nada de excepcional, como tampoco pienso que lo tengan la legislación de emergencia y/o la legislación delegada bajo cualquiera de sus variantes más conocidas. Desde un punto de vista estrictamente procedimental de la función legislativa, resulta evidente que una afirmación como ésta no resistiría el menor escrutinio. En la mayoría de las democracias constitucionales del mundo occidental, las diferencias que separan a la legislación de emergencia de la legislación ordinaria son claras y están a la vista. No es en modo alguno evidente, en cambio, que estas diferencias vayan necesariamente acompañadas de implicancias sustantivas radicales.

Según se ha repetido hasta el cansancio, la legislación de emergencia presenta un déficit de justificación político-deliberativo, lo cual a menudo acarreará decisiones incorrectas o lisa y llanamente injustas. En teoría, una menor calidad deliberativa no sólo tiende a incrementar las posibilidades de errar en el diagnóstico de un problema social, sino que también suele impactar negativamente en la elección de los medios adecuados para hacerle frente y/o en el éxito que alcancemos en la prosecución de cualquier objetivo o valor político que pueda encontrarse en juego. En palabras de González Bertomeu, «cuando se saltea a los órganos políticos se ignora la voz de quienes cuentan con mayores credenciales democráticas, y con ello la de quienes cuentan con buenas posibilidades de llegar a soluciones aceptables» (GONZÁLEZ BERTOMEU 2010, 4). Reconocido este punto, lo que de ninguna manera puede perderse de vista es que los

¹⁷ En este trabajo, al tiempo que defiendo la potestad judicial para controlar los resguardos materiales y procedimentales que debe satisfacer la legislación de emergencia en algunos países, intento argüir en favor de un control eminentemente político del presupuesto habilitante. A las razones que allí expongo, quisiera añadir ahora la siguiente: suponiendo que la reconstrucción del presupuesto habilitante involucre consideraciones valorativas y asumiendo que la aceptación o rechazo de esta reconstrucción también las involucre, ¿por qué dejar en manos del Poder Judicial la tarea de decidir en última instancia qué reconstrucciones resultan plausibles? ¿No sería mejor dejar esta decisión en manos del Poder Legislativo, que es el mejor representante de los intereses y valores de la ciudadanía? Esta sugerencia, desde luego, no debe ir en detrimento de la búsqueda de objetividad que aquí he intentado acometer. Antes de que tenga sentido sopesar los valores o intereses finales que podrían estar en juego a la hora de controlar la legalidad de una medida política, resulta necesario preguntarse por los valores o intereses que la propia autoridad política juzga imprescindibles defender. Si ella no logra exponerlos con la razonabilidad y adecuación que consagra (E3), pues entonces habrá un motivo suficiente para rechazar la medida sin que la instancia que ejerce el control tenga por qué apresurarse a formular consideraciones de naturaleza axiológica.

procedimientos legislativos ordinarios previstos en nuestras constituciones también son proclives a generar decisiones que, aún sin compartir el grado de incorrección imputable a buena parte de la legislación de emergencia, distan *a todas luces* de ser sustantivamente justos¹⁸.

Un ejemplo que pone en evidencia de forma contundente la materialización de esta posibilidad es el representado por las denominadas “leyes Blumberg”, un paquete de medidas en materia penal que fue sancionado por el Congreso de la Nación Argentina y publicado en el Boletín Oficial entre abril y octubre del año 2004. Entre las reformas más importantes incluidas en este proyecto legislativo, se disponía una modificación del artículo 55 del Código Penal, por el cual se elevaba a un máximo de 50 años la sumatoria de penas por distintos delitos (originalmente cifrada en 25 años), se agravaban las penas para la portación y tenencia ilegal de armas – las que pasaron a ser no excarcelables – (Ley 25.886), se restringía la libertad condicional (Ley 25.893) y también se aumentaban las penas para delitos como robo, homicidio, secuestro y violación (Leyes 25.882, 25.928 y 25.893, respectivamente). Aunque estas leyes nacieron del incesante clamor popular originado por el secuestro y asesinato de Axel Blumberg, el hijo de un profesional de clase media que logró sacudir a la opinión pública con su conmovedor testimonio, ellas no se tramitaron por procedimiento de urgencia, ya que esto está expresamente vetado por la Constitución argentina. A pesar, pues, del debate producido en el Congreso, el paquete legislativo que finalmente sería aprobado no produciría ninguno de los resultados previstos. Años después, los índices de delincuencia se mantendrían constantes pero a costas de haber disminuido las garantías con las que contaban los condenados a prisión (cfr. GONZÁLEZ BERTOMEU 2010; asimismo, MURILLO 2008, 171 ss.).

Semejante comprobación no debe llevarnos a pensar que no haya nada encomiable que diferencie a la legislación ordinaria de la legislación tramitada por procedimiento de urgencia. Las leyes Blumberg, si vamos al caso, distan de ser el ejemplo más representativo de leyes ordinarias, especialmente a juzgar por el modo como fueron sancionadas, esto es, al calor de una gran demanda popular y en un contexto en el que la credibilidad de la que gozaba la clase política era prácticamente nula (cfr. GONZÁLEZ BERTOMEU 2010). No obstante, si hay algo que este tipo de legislación populista comparte con la legislación de emergencia es que ambas ponen en un primer plano, y de un modo palpable, el grado de obcecación con que muchas veces actúan los miembros de la clase política. Para evitar esta obcecación, existen dentro del universo de la política al menos dos clases de mecanismos o resortes: una clase de neto corte institucional – según podríamos denominarla – y una clase más propiamente deliberativa. Ambas clases, por otro lado, no son excluyentes en modo alguno, por lo que cabe esperar que en ciertas circunstancias actúen de manera complementaria.

Un típico mecanismo de corte institucional viene representado, a mi modo de ver, por aquél que propone Rosenkrantz en el artículo antes citado, válido para disminuir la dosis de hiper-presidencialismo

¹⁸ La expresión *a todas luces injusto* ha sido tomada de MARTÍ 2006, 140, en donde se aborda con mayor detenimiento la distinción entre justicia procedimental y justicia sustantiva en la toma de decisiones políticas (cfr. MARTÍ 2006, 135 ss.). Martí ilustra la distinción con el ejemplo imaginario de diez naufragos que arriban a una isla desierta situada en mitad del océano. Suponiendo que ellos ya hayan resuelto el problema de la legitimidad de las decisiones colectivas (básicamente, la cuestión de quién va a dominar el grupo y la de cómo se tomarán estas decisiones), él se pregunta «¿qué sucedería si deciden, por ejemplo, sacrificar a los dos naufragos ancianos porque suponen una carga para la comunidad, y más tarde esclavizar a los otros dos obligándolos a cumplir con todas las tareas, mientras ellos disfrutan de las playas de la isla?» (MARTÍ 2006, 140). Más allá de cuáles sean los valores que aparecen aquí vulnerados, resulta claro que el ejemplo pretende ilustrar sobre un caso paradigmático de injusticia sustantiva. En el caso real que analizo a continuación, quizá cabría hablar de incorrección en lugar de injusticia sustantiva. Como sea, la ilegitimidad de la decisión se pone en evidencia no ya en la vulneración palmaria de ciertos valores sustantivos, cuanto en la convicción empíricamente respaldada de que las medidas legislativas adoptadas fallaron en alcanzar los objetivos sociales anunciados.

imperante en Argentina. Inspirado en el instituto romano del *senatus consultum ultimus*, Rosenkrantz recomienda reformular el artículo 99 (3) de la Constitución de manera tal que el Jefe de Gabinete de Ministros, quien por disposición formal de la Constitución vigente tiene la obligación de refrendar cualquier decreto-ley que dicte el Presidente, pueda ser censurado y reemplazado por una persona que obtenga la nominación de parte de la mayoría de la cámara baja, si es que se produce entre ésta y el propio Jefe de Gabinete una discrepancia política insalvable. Puesto que en general los oficialismos carecen de mayorías absolutas en esta cámara, la persona nominada por ella probablemente distará de compartir los propósitos políticos meramente oportunistas – según sería de suponer – del Presidente del Ejecutivo. Además, puesto que la mayor parte de los actos políticos importantes que éste realiza (por ejemplo, la aprobación del presupuesto nacional) debe contar con la aprobación del Jefe de Gabinete, la sola posibilidad de granjearse semejante costo político, piensa Rosenkrantz, obligaría al Presidente a ser más cauto en el dictado de legislación de urgencia (ROSENKRANTZ 2010, 1582).

La observación que me suscita el artículo de Rosenkrantz es que si bien mecanismos institucionales como el que él propone podrían rendir importantes frutos a la hora de evitar la proliferación de legislación de urgencia y contener la fuerte dosis de arbitrariedad que suelen exhibir las decisiones del Poder Político, no son mecanismos de este talante los que necesariamente contribuirán a mejorar la calidad del debate democrático, siendo que es ésta la principal preocupación que nos impulsa a censurar el dictado de ese tipo de legislación. ¿Qué podría evitar, por ejemplo, que los integrantes de la cámara baja impongan una moción de censura contra el Jefe de Gabinete obviando cualquier consideración de su parte que pudiera resultar relevante para determinar el carácter urgente y/o extraordinario de un hecho o circunstancia social?

En contraposición a esta clase de mecanismos, es probable que el tipo de solución aquí propugnado resulte un tanto ingenuo. Cuando digo, por un lado, que la autoridad política debe justificar la legislación de urgencia mediante enunciados descriptivos que, además de verdaderos, alcancen cierto grado de precisión; y, por el otro, que debe lograr exponer de manera adecuada y razonable no sólo (i) “por qué, a la luz de su concepción de lo inevitable e imprevisible, valora negativamente ciertas propiedades de la realidad”, sino también (ii) “por qué existen razones para que ellas sean removidas a través de un procedimiento legislativo extraordinario”, lo que simplemente estoy haciendo es señalar un camino posible para que el acotado debate que ya de por sí supone tratar en sede parlamentaria cualquier legislación de emergencia no se reduzca a un mero choque de fuerzas. Aplicada a un sistema político como el argentino, la solución puede resultar ingenua *in extremis*, especialmente no habiendo allí ningún incentivo para que el Gobierno se adecue a los requisitos impuestos por la fórmula. Más aún, habida cuenta de que las mayorías (tanto oficialistas como no oficialistas) que habitualmente integran la Comisión Bicameral Permanente – que es la que de oficio debe tratar todo decreto presidencial en un plazo máximo de diez días – suelen comportarse de manera egoísta y hasta caprichosa, adecuándose sin más a la disciplina partidaria y/o gubernamental u oponiéndose por el solo hecho de oponerse, sería de esperar que un requisito como el de la precisión, por ejemplo, en el caso de que efectivamente actuara de guía deliberativa para los legisladores, tan sólo fuera convalidado *pour la galerie*.

La fuerza de este reparo es atendible y aquí no pretendo negarla. Sin embargo, reparos del mismo calibre podrían formularse para impugnar cualquier intento de mejorar el debate parlamentario en asuntos de carácter más general y/o menos cortoplacista. A cualquiera que haya podido presenciar un debate parlamentario, a menudo le habrá llamado la atención la calidad realmente pobre de los argumentos ofrecidos por los congresistas. Por desgracia, el carácter multitudinario de las intervenciones, la falta de tiempo para replicar con rigor formal lo que se dice en cada una de ellas, la carencia de formación de algunos representantes, las presiones externas que se yerguen sobre ellos, y otros tantos factores que podrían enumerarse, tampoco contribuyen en nada a salir de la encerrona.

Para peor, el “problema de la argumentación”, como Martí lo ha denominado (cfr. MARTÍ 2006, 97), ha sido “descuidado por completo” en la literatura de la democracia deliberativa en general (MARTÍ 2006, 97). Con lo cual, incluso si aquellos factores lograran neutralizarse, uno tampoco sabría a veces qué esperar exactamente de un argumento.

Contrástese no obstante el cariz abierto, dilatado y hasta desprolijo que suele adoptar la discusión en un pleno parlamentario con el cariz más bien cerrado, concentrado y organizado que puede adoptar en el ámbito más reducido de ciertas comisiones, como aquellas que se encargan de convalidar cualquier legislación de emergencia. Si a estas condiciones institucionales le sumamos requisitos tendientes a mejorar la calidad misma del debate parlamentario, el descuido mayúsculo que advierte Martí en la literatura de la democracia deliberativa habrá comenzado a saldarse. El propósito de este trabajo debe ser evaluado como una humilde contribución en pos de esta tarea. Cuán válido sea lo dicho para reorientar el debate en otros ámbitos y comisiones no es una cuestión que pueda responder aquí. A modo de reflexión final, sólo quisiera sugerir que una propuesta como ésta, destinada a deslindar qué tipo de objetividad puede reclamar el control del presupuesto habilitante de una ley de emergencia, ha sido elaborada de manera tal que pudiera servir claramente de contrapeso al tipo de objetividad pretendido por una parte nada desdeñable de la doctrina judicial vigente en Iberoamérica. Emergencia, democracia, deliberación, compromiso axiológico y objetividad no son nociones que a mi modesto entender tengan que concebirse por separado, *pace* la doctrina.

Referencias bibliográficas

- ARISTÓTELES 1980. *Metafísica*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980 (trad. es. de P. de Azcárate).
- ARISTÓTELES 1990. *Metafísica* (Edición Trilingüe), Madrid, Gredos, 1990 (trad. es. de V. García Yebra).
- BARCESAT E. 2003. *El concepto de emergencia en el derecho. Aportes desde una teoría crítica*, en GUIBOURG R.A. (ed.), *Emergencia económica y teoría del derecho*, Avellaneda, Editorial La Ley, 2003, 22 ss.
- BECK U. 1986. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998 (ed. or. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1986, trad. es. de J. Navarro et al).
- CARMONA CONTRERAS A.M. 1997. *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- CARMONA CONTRERAS A.M. 2013. *El decreto-ley en tiempos de crisis*, en «Revista Catalana de Dret Públic», 47, 2013, 1 ss.
- CIURO CALDANI M.A. 2003. *La emergencia desde el punto de vista jusfilosófico*, en GUIBOURG R.A. (ed.), *Emergencia económica y teoría del derecho*, Avellaneda, Editorial La Ley, 2003, 55 ss.
- DE VEGA GARCÍA A. 1990. *La cláusula “extraordinaria y urgente necesidad” del Decreto-Ley en la jurisprudencia constitucional española*, en «Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)», 68, 1990, 251 ss.
- DEWEY J. 1939. *Teoría de la valoración. Un debate con el positivismo sobre la dicotomía de hechos y valores*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008 (ed. or. *Theory of Valuation*, Chicago, Chicago University Press, 1939, trad. es. de M.A. Di Berardino, Á.M. Faerna).
- ESQUIVEL J. 1981. *Juicios de valor, positivismo jurídico y relativismo moral*, en «Crítica: revista hispanoamericana de filosofía», 13, 1981, 3 ss.
- FERRER BELTRÁN J. 2005. *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- GARZÓN VALDÉS E. 1990. *Consenso, racionalidad y legitimidad*, en «Isegoría», 2, 1990, 13 ss.
- GÓMEZ LUGO Y. 2013. *Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia*, en «Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad», 4, 2013, 102 ss.
- GONZÁLEZ BERTOMEU F. 2010. *Democracia + Garantías*, en «SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers». Paper 90. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/90 (consultado el 15 de marzo 2016).
- GOODMAN N. 1996. *Words, Works, Worlds*, en MCCORMICK P.J. (ed.), *Starmaking. Realism, Anti-Realism, and Irrationalism*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1996, 61 ss.
- GRIMM D. 1991. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006 (ed. or. *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1991, trad. es. de R. Sánchez Burgos, J.L. Muñoz).
- GUASTINI R. 2011. *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 (ed. or. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, trad. es. de S. Álvarez Medina).
- GUASTINI R. 2012. *El escepticismo ante las reglas replanteado*, en «Discusiones: El escepticismo en la interpretación de las normas», 11, 2012, 27 ss.
- GUIBOURG R.A. 2003. *Norma, coyuntura y emergencia*, en GUIBOURG R.A. (ed.), *Emergencia económica y teoría del derecho*, Avellaneda, Editorial La Ley, 2003, 5 ss.
- HAACK S. 1998. *Manifiesto of a Passionate Moderate*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.

- HEMPEL C. 1952. *Fundamentos de la formación de conceptos en ciencia empírica*, Madrid. Alianza Editorial, 1988 (ed. or. *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago, University of Chicago Press, 1952, trad. es. de J.L. Rolleri).
- HEMPEL C. 1965. *La explicación científica. Estudios sobre filosofía de la ciencia*, Buenos Aires, Paidós, 1979 (ed. or. *Aspects of Scientific Explanation and Others Essays in the Philosophy of Science*, New York, The Free Press, 1965, trad. es. de M. Frassinetti de Gallo et al.).
- KESSLER G. 2010. *Sociología del delito amateur*, Buenos Aires, Paidós (Tramas Sociales), 2010.
- KRIPKE S. 1972. *Naming and Necessity*, en HARMAN G., DAVIDSON D. (eds.), *The Semantics of Natural Language*, Dordrecht, Reidel, 1972, 254 ss.
- KUSCH M. 2002. *Knowledge by Agreement. The Programme of Communitarian Epistemology*, Oxford, Clarendon Press, 2002.
- LINARES QUINTANA S. 1992. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1992.
- LUHMANN N. 1993. *El derecho de la sociedad*, México D.F., Herder, 1998 (ed. or. *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp Verlag, 1993, trad. es. de J. Torres Nafarate).
- MACINTYRE A. 1983. *The indispensability of political theory*, en SIEDENTOP L. (ed.), *The Nature of Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 17 ss.
- MANDEL E. 1975. *La crisis*, Barcelona, Editorial Fontamara, 1975.
- MARTÍ J.L. 2006. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MERTON R.K. 1976. *Ambivalencia sociológica y otros ensayos*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980 (ed. or. *Sociological Ambivalence and Other Essays*, New York, The Free Press, 1976, trad. es. de J.L. López Muñoz).
- MIRANDA M. 2011. *Límites al control de constitucionalidad de las normas de emergencia*, en BARBARÁ J. (ed.), *La lucha por la supervivencia de los derechos frente a la emergencia económica*, Córdoba, Alveroni, 2011, 34 ss.
- MORESO J.J. 1997. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MURILLO S. 2008. *Colonizar el dolor. La interpelación ideológica del Banco Mundial en América Latina. El caso argentino desde Blumberg a Cromañón*, Buenos Aires, CLACSO, 2008.
- PARMIGIANI M. 2011. *Ley de emergencia, condiciones de aplicación y fiabilidad epistémica: un argumento pragmatista en contra de la doctrina tradicional de los jueces*, en BARBARÁ J. (ed.), *La lucha por la supervivencia de los derechos frente a la emergencia económica*, Córdoba, Alveroni, 2011, 113 ss.
- POTTER J. 1996. *La representación de la realidad. Discurso, retórica y construcción social*, Barcelona, Paidós, 1998 (ed. or. *Representing Reality: Discourse, Rhetoric and Social Construction*, London, SAGE Publications, 1996, trad. es. de G. Sánchez).
- PUTNAM H. 1975. *The Meaning of "Meaning"*, en GUNDERSON K. (ed.), *Language, Mind and Knowledge*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1975 (reimpreso en PUTNAM H., *Mind, Language and Reality*, Philosophical Papers, Vol. 2, Cambridge, Cambridge University Press, 215 ss.).
- PUTNAM H. 1987. *Las mil caras del realismo*, Barcelona, Paidós, 1994 (ed. or. *The Many Faces of Realism*, La Salle, Open Court, 1987, trad. es. de M. Vázquez Campos, A.M. Liz Gutiérrez).
- PUTNAM H. 2002. *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2004 (ed. or. *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2002, trad. es. de F. Forn I Argimon).
- QUINNEY R. 1970. *The Social Reality of Crime*, Boston, Little Brown, 1970.

- RORTY R. 1998. *Verdad y progreso: escritos filosóficos*, vol. 3, Barcelona, Paidós, 2000 (ed. or. *Truth and Progress*, Philosophical Papers, vol. 3, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, trad. es de Á.M. Faerna).
- ROSENKRANTZ C. 2010. *Constitutional Emergencies in Argentina: The Romans (not the Judges) Have the Solution*, en «Texas Law Review», 89, 2010, 1557 ss.
- RUSSO E. 2003. *Emergencia y propiedad*, en GUIBOURG R.A. (ed.), *Emergencia económica y teoría del derecho*, Avellaneda, Editorial La Ley, 2003, 64 ss.
- SANTAOLAYA MACHETTI P. 1988. *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, Tecnos, 1988.
- SEARLE J. 1995. *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997 (ed. or. *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, 1995, trad. es. de Antoni Domènech).
- SEARLE J. 2010. *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- TARUFFO M. 1992. *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002 (ed. or. *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè Editore, 1992, trad. es. de J. Ferrer Beltrán).
- TAYLOR C. 1985. *Neutrality in Political Science*, en LASLETT P., RUNCIMAN W.G. (eds.), *Philosophy, Politics, Society*, Oxford, Blackwell, 1985, 25 ss.
- TOULMIN S.E., BAIER K. 1952. *On Describing*, en «Mind», 61, 1952, 3 ss.
- TROPER M. 2011. *L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel*, en ID., *Le Droit et la Nécessité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, 99 ss.
- VERNENGO R. 1993. *Descripciones y clasificaciones en derecho*, en «Diánoia. Anuario de Filosofía», 39, 1993, 239 ss.
- WIGGINS D. 1998. *Claims of Need*, en ID. *Needs, Values, Truth. Essays in the Philosophy of Value*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 1 ss.
- WILLIAMS B. 1985. *La ética y los límites de la filosofía*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1997 (ed. or. *Ethics and the Limits of Philosophy*, California, Fontana Press, 1985, trad. es. de Luis Castro Leiva).
- ZSYSMAN QUIRÓS D. 2004. *El castigo penal en Estados Unidos. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente*, en RIVERA BEIRAS I. (ed.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Barcelona, Anthropos, 2004, 251 ss.