

# **EL ESTADO DE EXCEPCIÓN SCHMITTIANO: UNA MIRADA DESDE EL ORDENAMIENTO ARGENTINO**

Lara Benitez

## **I. INTRODUCCIÓN**

En una primera instancia, el presente trabajo tendrá por objetivo profundizar en las implicancias de la aplicación del "estado de excepción" schmittiano. Para ello, explorará las posturas intermedias que han ido emergiendo a partir de su postulado. Estas pretenden aplicar su teoría solo en casos de excepción, puesto que consideran que el normativismo kelseniano es el adecuado para estados de normalidad. En este sentido, nuestro estudio intentará, por un lado, demostrar que la definición vaga de "estado de excepción" que brinda la teoría puede dificultar el hecho de limitar su aplicación a ciertos casos en particular. Por otro lado, pretenderá indagar sobre facultades similares al "estado de excepción" schmittiano en el ordenamiento argentino: los decretos de necesidad y urgencia (DNU). En esta línea, se querrá demostrar que este tipo de estados excepcionales, al igual que los concebidos por la teoría de Schmitt, encuentran dificultades al tratar de ser limitados en su aplicación. En consecuencia, se postulará la imposibilidad de aplicación de las teorías intermedias en regímenes republicanos y, particularmente, en la Argentina. De todos modos, no debe dejar de tenerse en cuenta que la teoría propuesta por Schmitt está pensada, específicamente, para los estados de sitio y es claro que, en esas circunstancias, el modo de aplicación y las críticas o comentarios serán otros. No obstante, los fundamentos propuestos por este autor son válidos para explicar e intentar justificar los DNU, pero generan ciertos conflictos constitucionales que el artículo buscará ilustrar.

En una segunda instancia, el trabajo explorará el valor descriptivo de la teoría, sustentado en fallos de la Corte Suprema que recurren a argumentos schmittianos para decidir ciertos casos. Esto con el objetivo de explicitar la presencia de fundamentos utilitaristas que la sustentan. Frente a esto, se postularán, por una parte, razones utilitaristas por las que la teoría pierde fuerza prescriptiva. Por otra, se propondrán posibles modificaciones a la teoría que,

consideramos, podrían dotarla de un mayor valor prescriptivo en regímenes republicanos y, especialmente, en la Argentina. A modo de cierre, se tratarán de explorar las posibles consideraciones de justicia que la teoría debería tener en cuenta.

## **II. BREVES NOCIONES TEÓRICAS SOBRE EL DEBATE KELSEN-SCHMITT**

Antes de abordar las problemáticas de las que pretende encargarse este trabajo, es pertinente recordar algunos de los puntos más importantes de la discusión teórica que protagonizaron Carl Schmitt y Hans Kelsen.

Para facilitar la comprensión de la crítica schmittiana a la teoría de Kelsen, puede resultar útil fijar dos ejes centrales. Por un lado, las bases que cada uno considera que respaldan y dan sustento a un orden jurídico. Por otro, la posibilidad de aplicación de cada una de las teorías a la multiplicidad de situaciones que pueden presentarse en un Estado.

Para contextualizar ambas críticas, es preciso recordar la visión normativista que Kelsen posee sobre todo orden jurídico. Respecto a esto, el autor sostiene que un ordenamiento jurídico debe ser definido como un sistema de normas cuya validez se halla en otra norma y no en algo externo a ella. Como consecuencia, el fundamento último de todo derecho sería, para Kelsen, la norma básica que otorga validez a la Constitución y nunca un hecho. Por otra parte, no duda en afirmar que el soberano se halla siempre sujeto a las normas, motivo por el que no podría ignorarlas o apartarse del orden vigente, independientemente del contexto en el que se encuentre (Farrell, 2015; Kelsen, 2007).

A partir de estas afirmaciones, Schmitt desarrolla su primera crítica basada en la insuficiencia que, para él, padece esta definición de orden jurídico, dado que eludiría el elemento decisionista presente en la aplicación de esas normas. En efecto, para este autor, la fuente del derecho consiste en la acción soberana de dictar una orden que reviste el carácter de decisión última y, en el caso de las democracias, la decisión política del pueblo previa al establecimiento de cualquier norma (Farrell, 2015; Schmitt, 2006). De este modo, el fundamento último del derecho sería, para Schmitt, un hecho –la decisión– y no otra norma, principalmente porque entiende que “una norma no podría producir por sí misma sus

condiciones de efectución” (Kervégan, 2007, p. 34). En otras palabras, Schmitt no desconoce la función que cumplen las normas; pero señala que no son autoridad por sí mismas, sino que se convierten en tales en virtud de una decisión determinada (Freund, 1860, p, 70). No obstante, esta crítica no es relevante a los efectos de este trabajo. Sí lo es la segunda crítica mencionada dedicada a las condiciones en que cada teoría puede ser aplicada. En este sentido es que se materializa la idea schmittiana –la más conocida quizás–, que sostiene que las normas son útiles en las situaciones normales y homogéneas –aunque se fundamenten en decisiones– pero no lo son en estados excepcionales de caos definidos y determinados por el soberano. Estas situaciones, según su postura, requieren decisiones autónomas de las normas vigentes si se quiere preservar el orden y la existencia del Estado. En esta línea, sostiene que es solo en este momento en el que el carácter de soberano toma sentido, en tanto muestra su autoridad ilimitada luego de suspender el orden vigente. Asimismo, una característica central de esta particular situación es el hecho de que no pueden ser previstas por ninguna norma y, por ello, no se encuentra codificada en el orden jurídico existente (Farrell 2015; Schmitt, 2006; Freund, 1860). Adicionalmente, Schmitt señala que el poder del soberano se encuentra latente siempre, pero se exterioriza en los estados de excepción cuando debe decidir por fuera de la norma.

De esta forma, quedan definidos los preceptos teóricos que son necesarios tener en cuenta antes de abordar la problemática que este trabajo busca desarrollar.

### **III. LAS POSTURAS INTERMEDIAS**

La teoría de los estados de excepción como interruptores del orden jurídico vigente, que dan lugar al poder ilimitado del soberano, fue susceptible de distintas interpretaciones. Sin embargo, nos resulta particularmente relevante una postura que llamaremos “postura intermedia”. Esta postura, en pocas palabras, busca conciliar los postulados kelsenianos y los schmittianos y señala que deben ser usados dependiendo de las circunstancias. De esta forma, insiste en que la teoría de Kelsen resulta pertinente en estados de normalidad y homogeneidad pero que, en presencia de situaciones de emergencia, es imperioso recurrir a los postulados de Schmitt. Esto no solo implica que en casos excepcionales la teoría de Schmitt dará cuenta del derecho de una forma más completa que la teoría de Kelsen, sino también admitir las

facultades que el soberano tendrá al configurarse estas circunstancias. Este segundo punto es el que queremos abordar.

Respecto a lo anterior, debemos aclarar que quienes adhieren a esta postura no estarían dispuestos a aceptar que la teoría schmittiana sea considerada la regla y, por ende, esté vigente también en los estados de normalidad. No obstante, pretender dar por válidas estas facultades solo en los estados de excepción puede hallar serias dificultades en cuanto a límites. En otras palabras, problemas a la hora de determinar qué es y qué no es un estado de excepción y, así, fijar un campo de aplicación. En este sentido, lo que desearían las posturas intermedias que sea la excepción podría convertirse en la regla por dos razones principales: primero, por la vaguedad presente en la noción general de “estado de excepción” desde su formulación en la tesis de Schmitt y, segundo, por problemas en la forma en la que es reglamentado en el ordenamiento argentino.

#### **IV. LA FALTA DE DEFINICIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN SCHMITTIANO**

Como se ha adelantado, el estado de excepción se caracteriza por no poder ser previsto por el ordenamiento ni específicamente determinado ya que “como mucho puede ser descrito como estado de extrema urgencia, de peligro para la existencia del Estado, etc. pero no puede ser fácticamente circunscrito” (Kervégan, 2007). Asimismo, Schmitt no tiene reparos en dar cuenta de la amplitud que caracteriza a esta noción, en tanto sostiene explícitamente la imposibilidad de señalar con claridad cuándo un caso es de necesidad (2006). Cabe advertir, incluso, que el autor no utiliza la palabra “extrema necesidad” ni adjetivos que califiquen qué tan urgente debe ser el caso que faculta al soberano para apartarse de las normas. A pesar de esto, no podemos descuidar que agrega que se configura cuando “apenas ha de crearse la situación en que los preceptos jurídicos pueden valer” (Nosetto, 2015, p. 3). Dada esta indefinición normativa, fáctica y terminológica, tiene sentido encontrar dificultades para determinar a qué se refiere o qué casos busca incluir de modo que sea posible caracterizar el estado de excepción como “cualquier tipo de perturbación política o económica severa que requiere la aplicación de medidas extraordinarias” (Farrell, 2015, p. 4).

En este contexto, es necesario tener en cuenta dos puntos centrales para tomar consciencia de la magnitud del conflicto. Por un lado, nos enfrentamos a potestades ilimitadas que prescinden totalmente de las normas. En este sentido, cabe recordar que la decisión en el estado de excepción se caracteriza por autonomizarse completamente de la norma, apuntar a normalizar la situación y ser personal, dando cuenta de quién es el soberano (Nosetto, 2015). Por otro lado, hallamos un contexto extremadamente amplio e indeterminado que facultaría su desarrollo. Bajo estas dos perspectivas, el conflicto al que queremos referirnos se configura como un temor –fundado, por cierto– a los excesos de poder y avasallamiento de derechos que podría implicar. Ciertamente, su gravedad va a depender de en qué tipo de estado se dé esta situación, volviéndose más problemático en los regímenes republicanos que pregonan la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos para evitar los abusos autoritarios.

## **V. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y SU REGULACIÓN EN LA ARGENTINA**

Para analizar la posible aplicación de la teoría al sistema normativo argentino, hay que partir de la base de que se trata de un gobierno republicano que, como tal, busca garantizar la división de poderes y evitar injerencias o avasallamientos de un poder sobre otro. En esta línea, teniendo en cuenta la existencia de tres poderes –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– cabe preguntarse a quién consideraría Schmitt como soberano. Frente a esto, es aceptable conjeturar que lo más parecido a un soberano en gobiernos de esta especie es el Poder Ejecutivo. Esto por ser el encargado de la administración general del Estado, de las fuerzas armadas, de las relaciones con naciones extranjeras y por el carácter unipersonal del presidente, acorde con lo que Schmitt tenía en mente al hablar del soberano. No obstante, su poder es ciertamente limitado debido al peso que ejercen los otros dos poderes, especialmente por la facultad del legislativo de ser quien, por regla, sancione las normas, y el judicial por ser quien controle la legalidad de los actos. Sin embargo, existe una situación en la que el Poder Ejecutivo es dotado de un poder excepcional de legislar, asemejándose aun más a un soberano propiamente dicho: la facultad de emitir decretos de necesidad y urgencia consagrada en el art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional.

Esta cláusula proclama –como norma general– que no es atributo del Poder Ejecutivo dictar normas de carácter legislativo. No obstante, señala que podrá hacerlo “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”. De esta forma, consagrados los conocidos decretos de necesidad y urgencia, la Constitución parece reconocer esta facultad del “soberano” de tomar decisiones autónomas y personales en situaciones excepcionales. Si tratamos de contextualizarlo en la teoría schmittiana, podemos afirmar que, como esta señala, el ordenamiento puede y ha podido determinar quién tomará las decisiones en un estado de excepción, aunque no ha podido determinar específicamente los preceptos fácticos que hacen a este estado particular. En esta línea, las únicas limitaciones que se imponen a esta facultad del ejecutivo son que se trate de un caso de necesidad y urgencia, que “no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos” y que, posteriormente, sea aprobado por la Comisión Bicameral Permanente. Si bien a simple vista es posible apreciar marcadas diferencias entre esta regulación y la teoría que propone Schmitt, en tanto el soberano encuentra limitaciones, estas se desdibujan considerablemente si se profundiza en la redacción del artículo. En primer lugar, las nociones de necesidad y urgencia no aportan demasiada precisión ni limitan realmente el ejercicio de esta potestad. En efecto, se tratará de una cuestión argumentativa, es decir, de por qué se considera que la situación es de extrema urgencia. En segundo lugar, respecto a la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios de la legislación, la Corte Suprema ha especificado que refiere a que las Cámaras no puedan reunirse por cuestiones de fuerza mayor o que se requiera una solución rápida (Fallo Asociación Argentina de Compañías de Seguros, 2015). Como se puede observar, esta última disposición, que permite la facultad excepcional en caso de necesidad de “soluciones rápidas”, puede configurarse fácilmente en una vía para emitir Decretos. Por último, las limitaciones acerca de la materia sobre la que pueden legislar son, a veces, ignoradas por la Corte a la hora de evaluarlas; ejemplo de esto es el caso Peralta.

Lo que tratamos de señalar con todo esto es que el estado de excepción que faculta al Poder Ejecutivo a ejercer poderes que no le pertenecen, como lo es el de legislar, padece el mismo problema de vaguedad que la definición de estado de excepción brindada por Schmitt en su teoría. Partiendo de considerar los postulados schmittianos únicamente desde una perspectiva teórica, las posibles preocupaciones que podían plantearse al respecto podrían terminar en

meros esbozos teóricos. Sin embargo, al observar cómo su teoría cobra fuerza y entidad desde la redacción de nuestro texto fundamental, los posibles conflictos parecen evidenciarse.

Como se ha adelantado, brindar un campo de aplicación tan flexible para la aplicación de facultades tan excepcionales puede determinar ciertos efectos negativos en cuanto a ideales constitucionales. En términos prácticos, en nuestro sistema, puede implicar distintas cosas. En primer lugar, el uso y abuso de los DNU como mecanismos para gobernar prescindiendo del proceso legislativo pertinente, permite la creación de normas o la *toma de decisiones* rápida y sin necesidad de consenso. Esto trae aparejados daños en el funcionamiento democrático, en tanto prescindir de la legislatura es prescindir de la voluntad popular. Por otro lado, implica claramente una fuerte lesión a la división de poderes consagrada por la Constitución. En efecto, mediante el otorgamiento de atribuciones tan amplias al Poder Ejecutivo hay claramente un poder que está siendo avasallado y relegado: el Poder Legislativo. Por último, y como consecuencia general de la regulación de facultades similares al estado de excepción schmittiano que encontramos en nuestro país, se encuentra el riesgo que adelantábamos: que la excepción se convierta en la regla. Para explicitar esto, las cifras son elocuentes: “durante los primeros meses de gestión Menem dictó 44 DNU, De la Rúa 30 y Kirchner 50” (Sabsay, 2011, p. 629). De esta forma, es acertado afirmar, como distintos autores sostienen, que la vaguedad terminológica del “estado de necesidad y urgencia” importa “una suerte de ‘talismán’ al servicio de todo autócrata que pretenda desconocer a sus súbditos cualquier prerrogativa que importe algún límite al ejercicio de sus propias potestades” (p. 623). Sin embargo, no sería correcto interpretar, en primer lugar, que la transformación de la excepción en la regla es una cuestión meramente cuantitativa. Por el contrario, aunque en cifras aún siga siendo predominante la regulación mediante la aplicación de normas sancionadas a través de un trámite ordinario, lo importante aquí es cómo se desconoce en su aplicación el carácter excepcional del estado de excepción consagrado por Schmitt. Al mismo tiempo, no se debe creer que esto es una consecuencia derivada únicamente de gobernantes autócratas que intencionalmente desconocen los preceptos constitucionales para hacer su voluntad, sino que es el derivado casi lógico de un “estado de excepción” definido en términos especialmente vagos, desde su consagración en la teoría de Schmitt hasta su formulación concreta en nuestras normas constitucionales.

## VI. LA VIABILIDAD DE APLICACIÓN DE LAS POSTURAS INTERMEDIAS

Ahora bien, retomando la postura intermedia de aquellos que pretenden aplicar la teoría de Schmitt únicamente en casos de excepción, cabe cuestionarse si esta sigue siendo viable teniendo en cuenta la señalada imprecisión conceptual que ronda al término “estado de excepción”. En otras palabras, si existe posibilidad de aplicarla *solo* a los estados de excepción, cuando ni el propio Schmitt ni aquellos que se han dedicado a trabajar sus postulados han precisado exactamente de qué hablamos cuando hablamos de un estado de excepción. Más aún, esta imprecisión parece ser parte de la esencia del concepto concebido por el autor. Es así que, teniendo en cuenta la definición teórica junto con la regulación y la práctica institucional argentina, la aplicación del estado de excepción schmittiano parece encontrar límites considerables por la dificultad de limitar las facultades excepcionales a aquel caso excepcional. En efecto, el ejercicio concreto de estas facultades por parte de los gobernantes parece señalar la imposibilidad de que se limiten *solo* a los casos señalados: si el estado de excepción no está correctamente limitado, se actuará como si se estuviera en un caso de excepción, aun sin estarlo. Esto no implica desconocer la potencial utilidad de su teoría, ello en tanto cabe conjeturar que al autor no le preocuparía que el soberano decida aun en casos que no sean excepcionales ya que, para él, la decisión es lo que logra describir más acertadamente los fundamentos del derecho. Sin embargo, sí es una imposibilidad para las posturas intermedias que sí se preocupan por limitar la teoría de Schmitt a los casos de excepción y por dejar regir la teoría de Kelsen en los estados de normalidad. Asimismo, implica un llamado de atención a la aplicación de la teoría en el ordenamiento argentino. Esta no puede ser utilizada sin modificaciones si se quiere seguir respetando el orden republicano. Para su aplicación, es necesario reformularla y definir contextos fácticos del estado de excepción que limiten el ejercicio de las facultades del Poder Ejecutivo e impidan que este use atribuciones que no le corresponden en casos de normalidad. En otras palabras, un contexto fáctico que impida que la excepción se use cuando no hay excepción.

## VII. ANALIZANDO EL VALOR DE LA TEORÍA

Sin perjuicio de lo analizado respecto a las lesiones a nivel constitucional que implica la aplicación de la teoría de Schmitt, nos negamos a concluir sin más que su teoría está

desposeída de valor. Por un lado, es posible que esta tenga un gran valor descriptivo y, por otro, que existan razones contundentes para asignarle cierto valor prescriptivo.

### **A. EL VALOR DESCRIPTIVO DE LA TEORÍA**

Para analizar su valor descriptivo es pertinente recordar que muchos de los DNU son sometidos a un control de constitucionalidad ejercido por el Poder Judicial, luego de que individuos afectados por sus regulaciones los impugnen de inconstitucionales. De esta forma, la eficacia de la teoría para describir lo que efectivamente sucede en nuestro país no estará dada únicamente por lo que el Poder Ejecutivo decida hacer, sino también por la aceptación o no del Poder Judicial. Es así que, para observar si se han configurado situaciones que puedan ser encuadradas en el estado de excepción schmittiano —caracterizado por las decisiones independientes de las normas tomadas por el soberano en estas circunstancias—, no bastará con observar si el Poder Ejecutivo dicta regulación de este tipo, sino también si la Corte le permite apartarse del ordenamiento jurídico por considerar que se configura un estado excepcional. Asimismo, cabe aclarar que será suficiente con hallar algunos casos en los que se haya aplicado la teoría decisionista para poder asignarle valor descriptivo, ya que esta no señala que los estados de excepción se den a menudo. Por el contrario, sostiene únicamente que se configuran en ciertas ocasiones y que dan lugar al ejercicio del poder autónomo de las normas por parte del soberano.

En primer lugar, vale la pena señalar el caso *Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional* (1990). En este se peticiona la declaración de inconstitucionalidad de un decreto emitido por el Poder Ejecutivo Nacional que dispuso que la devolución de los depósitos a plazo fijo que excediesen de determinada cantidad sería realizada en títulos de deuda pública. Los actores argumentan, entre otras cosas, que la disposición resulta violatoria de ciertas normas constitucionales como el derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la Ley Fundamental. Si bien la línea de argumentación de la Corte abordará dos puntos centrales, a saber, si medió la fase legislativa en el DNU y si se configuraron las situaciones excepcionales que lo habilitan, nos concentraremos en este último por resultar más pertinente a nuestro estudio. En esta línea, para fundamentar acerca de la procedencia del DNU debido al contexto, el Tribunal Supremo recurrirá a argumentos del estado de excepción de Schmitt.

En primer lugar, la Corte parece relacionar al encargado del Poder Ejecutivo con el soberano schmittiano, señalando que es este quien posee la responsabilidad de proveer de la manera más inmediata a la continuidad de la vida del Estado. En este sentido, los magistrados sostienen que en momentos de perturbación social y económica u otras situaciones de emergencia, es posible que se ejercite el poder del Estado “de una forma más enérgica”. Para ello, entienden que, de configurarse un estado de emergencia, este puede sancionar normas que no niegan pero sí limitan temporalmente la percepción de ciertos beneficios, especialmente en el caso del derecho de propiedad. Respecto a esto, es necesario aclarar que se configura una diferencia no menor con la teoría schmittiana, en tanto la decisión del “soberano” no se podría apartar totalmente de las normas, *i.e.*, desconocer derechos. Por el contrario, solo estaría facultado para limitarlos temporalmente. De todas formas, la presencia de argumentos de la teoría de Schmitt es evidente. En el caso en particular, la Corte considera que no se configuraría una violación del precepto constitucional en tanto no existen derechos absolutos. Por ese motivo, por contribuir a la supervivencia del Estado y por tratarse de un estado de “emergencia económica” consideran que el Decreto es procedente, aceptando y legitimando las acciones del soberano. Asimismo, en el fallo se evidencian argumentos de la crítica schmittiana a la teoría normativista de Kelsen relacionados con que, a la hora de decidir, los gobernantes no se encuentran totalmente atados a las normas. En esta línea, la Corte señala reiteradas veces que la Constitución debe ser interpretada de forma “flexible” de acuerdo con el contexto. No obstante, el desarrollo de este tema excede los propósitos de nuestro trabajo.

En segundo lugar, puede ser útil hacer una breve mención al fallo Jorge Daniel Cocchia c. Nación Argentina y otro (1993), en el que se pretende declarar la inconstitucionalidad de un decreto que modificó la regulación de los convenios colectivos de trabajo y del marco legal del trabajo portuario, violando, según los actores, el art. 14 bis de la Constitución Nacional. En la argumentación de la Corte, se repite la mención realizada en Peralta de la necesidad de interpretar la Constitución Nacional de forma flexible, teniendo en cuenta “la realidad viviente de cada época”. Asimismo, se menciona la posibilidad de que se materialicen situaciones “de grave crisis o de necesidad pública” que permitan que los poderes ejerzan sus facultades de forma más enérgica, nuevamente acudiendo a argumentos schmittianos. Sin embargo, una sustancial diferencia es que, en el caso, es el Congreso quien amplía sus

facultades, pudiendo legislar acerca de los convenios colectivos por el contexto crítico que se presentaba y, en uso de sus facultades, faculta al Poder Ejecutivo para reglamentar su ley. A su vez, la Corte analiza, acertadamente para nosotros, la razonabilidad de las medidas adoptadas con respecto a la violación constitucional, considerada en el contexto en particular. Así, arriba a la conclusión de que el Decreto es irrazonable y, por ende, no procedente. Sin embargo, este análisis de razonabilidad es también un criterio amplio y poco definido, cargado únicamente de fundamentos fácticos. En este sentido, consideramos que sería útil que se complemente con consideraciones relacionadas a si se trata de una medida justa o no. En otras palabras, si la medida es razonable por sus consecuencias, pero en términos de justicia. Por la profundidad del tema, dedicaremos un apartado especial al tratamiento de este asunto.

Teniendo en cuenta los fallos mencionados a modo de ejemplo, sería aceptable afirmar que la teoría posee valor descriptivo por reflejar con claridad los argumentos que la Corte utiliza, con frecuencia, para legitimar decisiones que implican ampliar las atribuciones de ciertos poderes del estado en situaciones excepcionales.

## **B. EL VALOR PRESCRIPTIVO DE LA TEORÍA**

Ahora bien, respecto a su valor prescriptivo –independientemente de haber señalado razones por las que su utilización es lesiva para el orden constitucional– cabe preguntarse por qué sería útil o beneficiosa la aplicación del estado de excepción schmittiano. Así, es que puede ser correcto señalar que el argumento más fecundo es de tipo utilitarista. En este sentido, un defensor de la teoría de Schmitt podría señalar que, en ciertas situaciones, reporta más utilidad el apartarse de las normas con el fin de subsanar un estado de caos o crisis, que atarse a ellas. Esta forma de argumentación es clara en Schmitt cuando señala que la decisión del soberano autónoma a las normas se fundamenta en preservar el orden (Dotti y Pinto, 2002). Asimismo, está presente en fallos argentinos que recurren a ella. Solo por citar un ejemplo, en el fallo Peralta se hace referencia a la importancia de preservar la “unión nacional” y al deber del Poder Ejecutivo de proveer de la manera más inmediata a la continuidad de la existencia del Estado, como motivos para no desconocer, pero sí limitar ciertos derechos.

Ahora bien, también hay un argumento para refutar su teoría en términos también utilitaristas. En esta línea, puede afirmarse que no es posible indicar a ciencia cierta si el separarse de las normas para decidir o subsanar una situación particular de emergencia reportará más beneficios a corto plazo que los perjuicios que implicará a largo plazo el permitir que en “circunstancias excepcionales” el Poder Ejecutivo altere la división de poderes y desconozca ciertas normas. Más aun, si se tiene en cuenta la ya mencionada falta de precisión respecto a las circunstancias fácticas que configuran el estado de excepción. Con esto, no nos referimos solo a argumentos deontológicos, sino también a las consecuencias concretas relacionadas con la mayor o menor satisfacción de los sujetos gobernados. Sin embargo, determinar concretamente qué reportará más beneficios en términos utilitaristas requiere de un análisis más pormenorizado y de considerar otras cuestiones que aquí no han sido tratadas. De todas formas, observando que el argumento utilitarista que podrían expresar los defensores de la teoría de Schmitt no derrota la posible crítica en clave utilitarista que puede realizársele –aunque tampoco se desvanece frente a ella– y considerando las consecuencias lesivas en términos constitucionales mencionadas, creemos que no cabe atribuirle valor prescriptivo a la teoría en su formulación original.

### **VIII. LA TEORÍA REFORMULADA**

Dado el rechazo al valor prescriptivo que hemos realizado respecto de la teoría original de Schmitt, puede ser útil recordar y agregar ciertas modificaciones que consideramos que harían de su teoría una más valiosa prescriptivamente.

Por un lado, se ha señalado que la vaguedad del estado de excepción, como circunstancia que habilita al soberano a ejercer poderes ilimitados, consiste en una posible falla que genera la imposibilidad o inconveniencia de su aplicación en la Argentina. Esta falla no se basa en un argumento de pendiente resbaladiza que proclama que si se permiten ciertas atribuciones luego no se podrá poner límites. Por el contrario, insiste en la necesidad de fijar los límites de antemano para evitar la desviación y, a su vez, se sustenta en datos fácticos que demuestran el abuso del recurso al “estado de excepción”. Todo esto no implica desconocer que en ciertas circunstancias sea pertinente asignar poderes adicionales al Poder Ejecutivo, con el fin de dar solución rápida a ciertos problemas o subsanar situaciones de emergencia. Lo que sí implica

es destacar la necesidad de imponer límites precisos que delimiten cuándo exactamente se permitirá al Ejecutivo excederse de sus facultades.

Por otro lado, en un orden deontológico, debemos señalar que los poderes ilimitados con ninguna sujeción a las reglas ejercidos por el soberano en la situación de excepción no pueden plasmarse, con ese alcance y con esa fuerza, en nuestro ordenamiento, por resultar extremadamente violatorios de todo el ordenamiento jurídico, de la división de poderes y del Estado de Derecho que debe regir. Como se ha señalado, sí sucede, y en ocasiones puede ser necesario, que ciertos derechos se limiten para poder garantizar otros, lo que no implica permitir el desconocimiento total de las normas y derechos por parte del soberano.

Finalmente, es necesario añadir un posterior control –judicial o legislativo– de las decisiones del soberano, que refrende o derogue sus disposiciones, para que la aplicación de la teoría no resulte violatoria de la división de poderes. Asimismo, para evitar autoritarismos y no desconocer que el gobierno está conformado por tres poderes y no por uno solo.

Con estas modificaciones a la teoría de Schmitt, es posible consagrar una teoría intermedia que señale que en tiempos normales resulta ideal que el soberano se sujete completamente a las normas. No obstante, en situaciones de caos y emergencia –limitadas y definidas por el ordenamiento con la mayor precisión que el tema permita–, se debe posibilitar que el Poder Ejecutivo ejerza más enérgicamente sus facultades, emitiendo disposiciones de carácter legislativo que no desconozcan, aunque quizás limiten o flexibilicen, ciertas normas y derechos.

## **IX. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE JUSTICIA**

A lo largo de este trabajo se ha insistido en la necesidad de fijar límites o especificar qué circunstancias fácticas posibilitan que se configuren los estados de excepción, tanto a nivel de la teoría general como en el caso argentino en particular. Sin embargo, nada se ha sugerido al respecto.

Al abordar el caso Cocchia se ha hecho mención al análisis de razonabilidad realizado por la Corte, entendido este como una meticulosa ponderación de los derechos y normas que se ven limitados o afectados y de los efectos positivos en términos de bienestar general que esto

implicaría; todo considerado a la luz del contexto en particular. Sin embargo, este análisis no hace más que utilizar el análisis utilitarista implícito en la teoría de Schmitt que entiende justificado el accionar del soberano si este posibilita el orden y la supervivencia del Estado.

En contraposición con estos argumentos utilitaristas, consideramos necesario complementar la teoría con fundamentos basados en una justicia no utilitarista. En efecto, puede suceder que una decisión sea utilitariamente beneficiosa –reporte mayores beneficios, en general–, pero desproteja contundentemente los intereses de minorías o de aquellos que se encuentran, en términos generales, en peores condiciones. Cabe aclarar que esto es claramente posible, si se considera que los cálculos utilitaristas no tienen en cuenta la justicia no basada en la felicidad a la hora de atribuir cargas a ciertos grupos para aumentar el bienestar. Para comprender estas objeciones, es pertinente formularse una serie de preguntas. Primeramente, de otorgársele estas facultades al soberano en pos de aumentar la utilidad agregada –la utilidad para la mayoría de la sociedad– ¿quedarían explícitamente relegados los intereses de las minorías? ¿Qué sucede, concretamente, con los más desaventajados? De este modo, cabe preguntarnos específicamente hasta qué puntos puede permitírsele al soberano que empeore la situación de quienes en peores condiciones se encuentran, en pos de aumentar el bienestar general.

En esta línea, consideramos que las decisiones extraordinarias, tomadas bajo una concepción utilitarista, podrían repercutir en detrimento de los más desaventajados o de algunas minorías. Por lo tanto, aquí proponemos un nuevo margen prescriptivo a la teoría schmittiana. Tomado de *Teoría de la Justicia* (1979) de John Rawls, estimamos pertinente extrapolar el principio de diferencia a las decisiones extraordinarias. Dicho de otro modo, afirmamos que, aun en estado de excepción, las vulneraciones legales del soberano o las diferencias resultantes de su decisión, deberían redundar en favor de los más desaventajados. De esta manera, las consecuencias de las decisiones del soberano no solo deberían proveer al bienestar general, en términos utilitaristas, sino evitar aumentar las desigualdades, en términos de justicia. Ciertamente, dada la urgencia intrínseca del estado de excepción, es necesario tener en cuenta que no podrá mejorarse la situación de unos sin empeorar la de nadie. Nuestra propuesta no desconoce esta circunstancia. De forma diferente, lo que se propone es que los daños no deriven irreparablemente en aquellas minorías que queden fuera del cálculo utilitario y de

esta forma tratar de evitar las posibles grandes injusticias que puede implicar el ejercicio del decisionismo evaluado únicamente en términos utilitaristas.

Asimismo, cabe agregar que también es conveniente que las cargas no sean injustamente distribuidas, es decir, que recaigan sobre sectores específicos de la sociedad. No obstante, estas consideraciones se encuentran plasmadas en el principio de igualdad que la Corte suele considerar, como lo hace en el caso Peralta.

## **X. RECAPITULANDO Y CONCLUYENDO**

Frente a lo analizado, es posible extraer algunas breves conclusiones.

En primer lugar, podemos afirmar que la teoría schmittiana brinda una definición claramente vaga, amplia e indefinida del término "estado de excepción". Esta vaguedad es repetida por el ordenamiento jurídico argentino a la hora de reglamentar los Decretos de Necesidad y Urgencia, que guardan considerables similitudes con las nociones schmittianas por ampliar las facultades del soberano (léase Poder Ejecutivo) en situaciones excepcionales y con el objetivo de permitir la supervivencia del Estado. No obstante, dada la definición imprecisa que hemos mencionado, se hace dificultoso aplicar la teoría y también los DNU, únicamente a estados excepcionales. Por el contrario, estos conceptos amplios permiten la ampliación de facultades incluso en épocas de normalidad. De esta manera, la propuesta de aquellos que quieren aplicar la teoría de Schmitt únicamente a situaciones excepcionales parece fallar, debido a la imposibilidad de limitar su aplicación como ellos proponen.

Por otra parte, es pertinente concluir que la teoría de Schmitt se ha constituido en una herramienta a la que los jueces recurren para describir y fundamentar las facultades extraordinarias de legislar, por parte del soberano, en épocas de crisis y emergencia. Esto brinda valor descriptivo a su teoría en Argentina. No obstante, no se puede decir lo mismo de su valor prescriptivo en tanto se han brindado argumentos deontológicos -lesión a la división de poderes y a principios constitucionales- y utilitarios -imposibilidad de afirmar que, a largo plazo, reporta más beneficios subsanar la situación concreta pero quitando legitimidad a las normas- que permiten concluir que el valor para prescribir de la teoría es escaso.

Asimismo, vale la pena tener en cuenta las modificaciones a la teoría que podrían colaborar con su valor prescriptivo, a saber: limitar y definir las situaciones de excepción de la forma más clara posible, considerar que el estado de emergencia no brinda facultades ilimitadas al soberano, sino que solo las amplía, y la necesidad de someter estas facultades a un control posterior del Poder Legislativo o Judicial, para respetar la división de poderes. Finalmente, preguntarse acerca de qué tipos de límites podrían funcionar para hacer de la teoría de Schmitt una más valiosa no solo en términos de utilidad agregada, sino en consideraciones de justicia. En esta línea, la propuesta de la utilización de los postulados de Rawls que realizamos es solo una de las propuestas posibles.

En suma, es necesario considerar que la teoría de Schmitt no es solo un postulado antiguo y abstracto. Por el contrario, constituye, aunque mediante argumentos sutiles, una teoría con bastante aplicación en nuestro ordenamiento. Por ello, resultaría positivo ser críticos y atentos respecto a qué tipo de argumentos está detrás de cada acción de nuestro Estado y, así, poder pensar mejor acerca de sus posibles consecuencias.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

Dotti, J. y Pintos, J. (eds). (2002). *Carl Schmitt, su época y su pensamiento*. Buenos Aires:

Eudeba

Farrell, M. D. (octubre, 2015). Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema. *Revista*

*Jurídica de San Andrés* (2)

Freud, J. (1860). *Vista de conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*. Buenos Aires: Struhart &

Cía. Traducido por María Victoria Rossler

Jiménez Segado, C. (2009). *Contrarrevolución y resistencia. La teoría política de Carl*

*Schmitt (1888-1895)*. Madrid: Tecnos

Kelsen, H. (2007). *General Theory of Law and State*. The Law Book Exchange

Kervégan, J. (2007). *Hegel, Carl Schmitt. Lo político: entre especulación y positividad*.

Madrid: Escolar y Mayo Editores (Traducido por Alejandro García Mayo)

Nosetto, L. (octubre, 2015). Decisionismo y decisión. Carl Schmitt y el retorno a la sencillez

del comienzo. *POSTData: Revista de Reflexión y Análisis Político*, p. 295-319.

Rawls J. (2006). *Teoría de la justicia*. México DF: Fondo de Cultura Económica. Capítulo II.

Sabsay, D. A., Allegretto, M. B. (colab) y García, M. del C. (colab). (2011). *Manual de*

*derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley,

Schmitt, C. (2006). *Political Theology*. Chicago: University of Chicago Press