

Nº4

OCTUBRE 2020

REVISTA de la ESCUELA del CUERPO de ABOGADOS del ESTADO

ISSN 2718-6946

Registro DNDA
en trámite

[www.argentina.gob.ar
/procuraciondeltesoro/ecae
/revista-electronica](http://www.argentina.gob.ar/procuraciondeltesoro/ecae/revista-electronica)



Escuela del Cuerpo de
Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina

Nº4

OCTUBRE 2020

REVISTA de la ESCUELA del CUERPO de ABOGADOS del ESTADO

ISSN 2718-6946

Registro DNDA
en trámite

[www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar/procuraciondeltesoro/ecae/revista-electronica)
[/procuraciondeltesoro/ecae](http://procuraciondeltesoro/ecae/revista-electronica)
[/revista-electronica](http://procuraciondeltesoro/ecae/revista-electronica)



Escuela del Cuerpo de
Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina

AUTORIDADES

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

DR. ALBERTO A. FERNÁNDEZ

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

DRA. MARCELA MIRIAM LOSARDO

PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACIÓN

DR. CARLOS ALBERTO ZANNINI

SUBPROCURADORES DEL TESORO DE LA NACIÓN

DR. HORACIO DIEZ

DR. SEBASTIÁN SOLER

DIRECTOR DE LA ECAE

DR. GUIDO LEONARDO CROXATTO

SUBDIRECTOR DE LA ECAE

DR. PABLO OCTAVIO CABRAL



EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

DR. GUIDO LEONARDO CROXATTO

EDITOR EJECUTIVO

DR. PABLO OCTAVIO CABRAL

SECRETARIO DE REDACCIÓN

DR. JOSÉ IGNACIO LÓPEZ

EDITORES ASOCIADOS

PROF. JULIA CONTRERAS

DRA. AGUSTINA IGLESIAS SKULJ

DRA. AYELÉN TOMASINI

DR. ALEJANDRO ANANIA

DR. HORACIO GOETT

EDITORES DIGITALES

DRA. GRACIELA ETCHETTO

CORRECTOR GENERAL

DR. DAVID KRONZONAS

DIRECCIÓN PEDAGÓGICA

LIC. GABRIEL BRENER

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

LIC. JAVIER F. LUNA • ESTUDIO MELHIBE

CONSEJO EDITORIAL

Prof. Robert Alexy

Universidad Christian-Albrechts de Kiel • Alemania

Prof. Alberto Filipi

Universidad de Roma • Italia

Prof. Víctor Abramovich

Universidad de Buenos Aires • Argentina

Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires • Argentina

Prof. Raúl Gustavo Ferreyra

Universidad de Buenos Aires • Argentina

Prof. Patricio Sammartino

Universidad de Buenos Aires • Argentina

Prof. Isaac Damsky

Universidad de Buenos Aires • Argentina

Prof. Carlos Aymerich

Universidad de A Coruña • España

Prof. Pablo Gutiérrez Colantuono

Universidad Nacional del Comahue • Argentina

Prof. Gabriela Stortoni

Universidad de Buenos Aires • Argentina

Prof. Analia Elíades

Universidad Nacional de La Plata • Argentina

Prof. Graciana Peñafort

Universidad de Buenos Aires • Argentina

Prof. Carlos Raimundi

Universidad Nacional de La Plata • Argentina

Prof. Jimena Zicavo

Universidad Nacional de La Plata • Argentina

Prof. Nicolás Cendoya

Universidad de la República • Uruguay

Prof. Rafael Valim

Pontificia Universidad Católica de San Pablo • Brasil

Prof. Olivia Blanca Capcha Reymundo

Universidad San Marco • Perú

Prof. Sara Spuntarelli

Universidad de Camerino • Italia

Prof. Andry Matilla Correa

Universidad de La Habana • Cuba

ÍNDICE

EDITORIAL 13

Presentación. Abogados/as de trinchera..... 15

Por Guido Leonardo Croxatto

DOCTRINA 253

Intervención de la Dirección General de Acceso a la Justicia
del Ministerio Público Fiscal (ATAJO) y la garantía de acceso
a los Derechos de la Seguridad Social 255

Por Julián Axat y Carolina Ibarra

Maquiavelo y sus lectores argentinos. Interpretaciones
de juristas y profesores de derecho, 1920-1940 284

Por Leandro Losada

Leo Strauss: La justicia y el bien 299

Por David Kronzonas

El 9 de Junio de 1956. El General Valle y la “Proclama”
del Movimiento de Recuperación Nacional. La resistencia
y la lucha por restablecer la vigencia de la Constitución
Nacional de 1949 348

Por Jorge Francisco Cholvis

Voltaire y Federico II, lectores de Maquiavelo 391

Por Adrián Ratto

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA Y DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN .. 405

El cuerpo de Abogados del Estado y su escuela. Apuntes
históricos, conceptuales y normativos sobre sus orígenes,
la necesidad de la capacitación que brinda y su futuro 407

Por Horacio Goett

“Artigué” o la vida desnuda 443

Por José Martocci

Hacia la unidad de criterio de los servicios jurídicos
del Estado. La discusión de 1946 en torno a la creación
del Cuerpo de Abogados del Estado 475

Por Viviana Kluger

INVESTIGACIONES 483

Responsabilidad Indirecta del Estado por la vulneración
del Derecho a la Vivienda. Estudio del caso del barrio de
La Boca durante el período 2007-2015 485

Por Flavia Amoroso

Los bienes de dominio público del Estado Nacional
Argentino adquiridos por expropiación. Su tutela
administrativa ante situaciones de desposesión, frente
a los vacíos legales de la Ley Nacional de Expropiaciones ... 503

Por Julieta Amato

EXPERIENCIAS Y DOCTRINAS DEL CUERPO DE ABOGADOS/AS DEL ESTADO 527

Las instituciones democráticas frente a la pandemia.
La decisión de la CSJN frente a la sesión virtual del
Poder Legislativo 529

Por Alejandro Anania

El Derecho Ambiental Administrativo. Procedimiento de Impacto Ambiental: Estudio de caso a partir del Aeropuerto El Palomar - I Brigada Aérea	542
<i>Por Alejandro Julio García</i>	
Derecho de acceso a la información pública y contratos administrativos.....	575
<i>Por Pedro Facundo Zurita</i>	
Finanzas Públicas, Crédito externo y fortalecimiento de la capacidad de la abogacía pública.	590
<i>Por Héctor Mazzei</i>	
Las injusticias que (todavía) no vemos	597
<i>Por Eugenio Raúl Zaffaroni y Guido Leonardo Croxatto</i>	
NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS	603
La potestad sancionadora de la Administración: breves notas a partir del libro Tipificación de la infracción administrativa de Andrés Ascárate	605
<i>Por Joaquín Badoza</i>	
DOSSIER. COVID-19 Y DERECHO ADMINISTRATIVO .	634
Mundo infeliz	635
<i>Por Raúl Gustavo Ferreyra</i>	
Pandemia y división de poderes (A propósito de los DNU dictados por el PEN en el marco de la emergencia sanitaria desatada por el nuevo Coronavirus, COVID-19)	656
<i>Por Gustavo E. Silva Tamayo</i>	
Las libertades individuales en tiempo de COVID-19. La constitucionalidad de su restricción	673
<i>Por Manuel Gonzalo Casas y Daniela López Testa</i>	

Covid-19, responsabilidad del Estado y arbitrajes de inversión	690
<i>Por Juan Pablo Bohoslavsky</i>	
Suspensión de plazos administrativos y contratación pública	700
<i>Por Álvaro Bautista Flores</i>	
La actividad administrativa de fomento en el contexto del Covid-19: en defensa de la renta básica universal	716
<i>Por Rafael Valim</i>	
Estado y sociedad ante la pandemia. Apuntes para la regulación de un Contrato Social Humanista	726
<i>Por Gabriela Stortoni</i>	
La responsabilidad del Estado frente a las políticas públicas del Gobierno Argentino ante la pandemia del Covid-19. <i>Ollis salus populi suprema lex esto</i>	754
<i>Por Pablo Octavio Cabral</i>	



EDITORIAL

GUIDO LEONARDO CROXATTO

PRESENTACIÓN

ABOGADOS/AS DE TRINCHERA¹

GUIDO LEONARDO CROXATTO²

Universidad de Buenos Aires - Argentina

¹ Quisiera dedicar con mucha humildad este texto al Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF). A la memoria de Luis Elenzvaig, abogado y poeta asesinado por el Proceso, y de Tomás Sinovcic, un joven cineasta asesinado por la dictadura en 1976, y cuya obra experimental recupera Claudio Caldini en su film *Un nuevo día*. Caldini hace con las películas de Sinovcic lo que Axat hace con la poesía recuperada. No sólo documentan. También testimonian. Dejan —ambos— que lo que fue arrasado, hable.

No sería justo no decir que debo el enorme título de este trabajo, “abogados de trinchera”, al subprocurador Horacio Diez, quien me indicó desde el día uno de la nueva gestión (de la ECAE y de la PTN) que nosotros éramos eso: no grandes luminarias, sino abogados que están en la trinchera trabajando con sobriedad y sin aspaviento por el desarrollo y la igualdad de los argentinos, no desde las grandes cumbres literarias, sino desde la trinchera, que es nuestro lugar de trabajo. Nuestro modesto “puesto” de combate en la construcción republicana. Quiero agradecer pues especialmente al subprocurador Diez su paciencia para con mis infinitas inquietudes y permanentes demandas, sobre todo vinculadas a la historia latinoamericana, limeña, que profundicé con él en sucesivas charlas, en las que me maravillé al aprender que Roque Sáenz Peña, que introdujo el sufragio entre nosotros (el más lúcido de nuestros conservadores), había batallado del lado peruano (que también represento) en la batalla de Arica, donde fue tomado prisionero. Agradezco también los comentarios y la lectura atenta de Javier F. Luna, diseñador de esta revista; Valeria Wegh Veis, colega que vive, como Karina Theurer, (abogada del ECCHR), quien también me ayudó a recortar este texto extenso, en Berlín; Miguel Vedda y de Angela Urondo Raboy, compañera hija de Paco Urondo, (*yo fundamentalmente cada una de mis causas, aprendí tanto de mis amigos bogas, fueron los albañiles de cada reparación*). Al final, todos somos eslabones, como dice bien Pedro Mouratian, de una gran cadena, que sólo sirve si los eslabones no se cortan. Sergio Mariano Chodos, parte del equipo de abogados que renegoció nuestra deuda externa, es un modelo directo de estas páginas.

² Abogado. Director Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.

La virtud ciudadana es el fundamento del Estado.

Jaeger, Paideia

¿Quién no se ha estremecido ante esta revelación súbita de los abismos sobre los que vive la sociedad, de las frágiles barreras que la separan de ellos, de las legiones destructoras que de esos abismos surgen en cuanto esas barreras se entreabren?

François Guizot, *De la Democracia en Francia*

Ni con razón se debe llamar desordenada a una república donde hubo tantos ejemplos de virtud; porque los buenos ejemplos nacen de la buena educación, la buena educación de las buenas leyes, y estas de aquellos desórdenes que muchos inconsideradamente condenan. Fijando bien la atención en ellos, se observará que no produjeron destierro o violencia en perjuicio del bien común, sino leyes y reglamentos en beneficio de la pública libertad. [...] Las aspiraciones de los pueblos libres rara vez son nocivas a la libertad, porque nacen de la opresión o de la sospecha de ser oprimido. Y cuando este temor carece de fundamento hay el recurso de las asambleas, donde algún hombre honrado demuestra en un discurso el error de la opinión popular. Los pueblos, dice Cicerón, aunque ignorantes, son capaces de comprender la verdad, y fácilmente ceden cuando la demuestra un hombre digno de fe. Conviene, pues, ser parco en las censuras al gobierno romano, y considerar que tantos buenos efectos como produjo aquella república debieron nacer de excelentes causas. Si los desórdenes originaron la creación de los tribunos [de la plebe], merecen elogios, porque a más de dar al pueblo la participación que le correspondía en el gobierno, instituyeron magistrados que velaran por la libertad romana, como se demostrará en el siguiente capítulo.

Nicolás Maquiavelo,

Discurso sobre la primera década de Tito Livio

Cap. V. Dónde estará más segura la guardia de la libertad, en manos de los nobles o en las del pueblo, y quienes serán los que den más motivo de desórdenes, los que quieren adquirir, o los que desean conservar³

³ Dice Maquiavelo en el comienzo del citado (y notable, de obligada lectura para cada abogado del Estado argentino) Capítulo V: “Los que prudentemente han organizado repúblicas, instituyeron, entre las cosas más necesarias, una

INTRODUCCIÓN. EL TIEMPO DE LOS DERECHOS. NO VOLVER A DUNKAN KENNEDY

los que siempre pagan, para que otros hagan

León Gieco, Santa Tejerina

Dijo bien Sarmiento (que admiraba a Cicerón) que “la exclusión de toda idea política (produce) la saciedad de las pasiones egoístas”⁴.

guardia de la libertad, y según la eficacia de aquella, es la duración de esta. Habiendo en todas las repúblicas una clase poderosa y otra clase popular, se ha dudado a cuál de ellas debería fiarse esta guardia [...]. Acudiendo a las razones, y para tratar primero de lo que a los romanos concierne, diré que la guardia de toda cosa debe darse a quien menos deseo tenga de usurparla, y si se considera la índole de nobles y plebeyos, se verá en aquellos gran deseo de dominación; en estos de no ser dominados, y, por tanto, mayor voluntad de vivir libres; porque en ellos cabe menos que en los grandes la esperanza de usurpar la libertad. Entregada, pues, su guardia al pueblo, es razonable suponer que cuide de mantenerla, porque no pudiendo atentar contra ella en provecho propio, impedirá los atentados de los nobles” (p. 69). En la edición alemana del texto, los discursos citados toman el título “Los Discursos: la esencia de una fuerte República (Consideraciones políticas sobre la antigua e italiana historia)”. Ernst Cassirer entiende que Maquiavelo estaba fundado aquí una “ciencia nueva”: la “ciencia” del Estado. *La razón de Estado*. Véase Berlin, I. “La originalidad de Maquiavelo”, en *Contra la corriente. Ensayos sobre historia de las ideas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

⁴ Sarmiento, D. F., *Recuerdos de provincia*, Kapeluz, Buenos Aires, 1966, p. 135. Sarmiento era un escritor en una época previa al modernismo, una época en que el político no era aun un “profesional”, como tampoco el periodismo era “profesional”, separado del resto de actividades (Lugones, Storni, Sarmiento, Ramos Mejía, Ingenieros eran también “periodistas”). Eran todos ámbitos de pertenencia y actividad “humanista”, de “humanismo”. Esto es lo que se ha ido perdiendo, “especializando” y separando cada vez más. Pero el resultado de este proceso de “especialización” y autonomización de distintas esferas (antes comunes, ahora privadas, con la pérdida de “sentido común”) no ha dado un resultado positivo, de mejoramiento (tampoco en el Derecho), sino más bien lo contrario: pérdida de peso en el rigor periodístico, pérdida de nivel de nuestros debates políticos; y esta falta de debates luego impacta en el nivel de nuestra dirigencia política, también empobrecida. En la época en que Sarmiento, Storni o Lugones eran periodistas y políticos, además de grandes escritores, el nivel “cultural” (y político) era mayor que el presente. El debate era más profundo, consistente y sincero. Hoy es más pobre. La banalización (farandulización) de la política argentina como un “espectáculo” (lo mismo que Rousseau, citado

Harrington, en sus disputas con Hobbes (estandarte del liberalismo jurídico; todos nuestros estudiantes de abogacía saben bien quién es Hobbes, nadie sabe quién fue Harrington⁵; todos leyeron, en Teoría del Estado, disciplina antes llamada Derecho Político, *El Príncipe*, de Maquiavelo, pero pocos, o ninguno, habrá leído o conocido su obra “republicana”, *Discurso sobre la primera década de Tito Livio*⁶), no lo hubiera dicho mejor que el sanjuanino, aunque abrevan en fuentes semejantes. No es un accidente para nada menor que en las últimas dos o tres décadas nuestra historiografía política e institucional —y jurídica— (Pocock, Skinner⁷, Pettit, Palti, entre otros), cansada de navegar sin rumbo claro,

y defendido por Sarmiento, ya vaticinaba en su *Carta contra D'Alambert*) deteriora el nivel de nuestra dirigencia y aumenta la desigualdad (de la que la farandulización cultural y política es producto): es un círculo vicioso, menor debate político, menor rigor periodístico, menor calidad narrativa, menor “nivel” (académico) en la dirigencia política, menor “humanismo” (cívico, Pocock). Decadencia generalizada. Falta de ideas. Falta de instrumentos (*republicanos*). Este es el proceso que queremos contrarrestar desde la ECAE, otorgando a los abogados argentinos “mejores armas” para hacer cada vez mejor su trabajo, que es defender los intereses de la Nación. Este proceso sólo se puede afrontar con ideas. Con instrumentos que son también conceptuales. Con conceptos.

⁵ El vocabulario del Derecho está casi por completo ausente en el discurso de Harrington. Hobbes argumenta, en cambio, jurídicamente.

⁶ Berlin, I., “La originilidad de Maquiavelo”, en *Contra la corriente. Ensayos sobre historia de las ideas*, FCE, Madrid, 1983. Después del libro sobre Maquiavelo, de Leo Strauss (un pensador conservador), no parece que haya mucho que decir sobre Maquiavelo, asegura Isaiah Berlin, que también le dedica un libro al pensador florentino. Observa Berlin: “Maquiavelo ni siquiera menciona la ley natural, la categoría básica en términos de la cual (o más bien en términos de cuyas muchas variedades) cristianos y paganos, teleologistas y materialistas, juristas, teólogos y filósofos, antes y desde luego durante muchas décadas después de él, discutieron los mismos temas a los cuales aplicó su inteligencia”. No es casual que el padre de la ciencia política moderna no nombre siquiera este concepto: *derecho natural*. También Pocock sostiene que Maquiavelo “no tiene ninguna relación con el paradigma del Derecho Natural”. Pocock, J. A., *Historia e Ilustración. Doce estudios*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

⁷ Los tres libros fundamentales de Quentin Skinner en la materia son *La libertad antes del liberalismo* (que sostiene la teoría neorromana de la libertad), *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, y *Hobbes y la libertad republicana*. Pocock cuestiona la mirada de Skinner en su obra cumbre, que es *The Foundations of Modern Political Thought*.

vuelva sus ojos, como ya advirtió bien Gargarella en 2002, al discurso republicano⁸.

Hobbes hoy es un autor cuya visión del Estado (tanto en *De Cive* como en *El Leviatán*) está muy de moda. Pero “el mismo Hobbes subrayó siempre que uno de los propósitos que tenía para exponer su análisis era desacreditar y desplazar a otra tradición intelectual enteramente distinta, en la que el concepto de libertad civil aparecía asociado al ideal clásico de la *civitas libera* o del Estado libre. Esta otra visión había tenido un lugar prominente en el discurso legal y moral romano y había sido posteriormente revivida y adaptada por los defensores de la *liberta* republicana en el Renacimiento italiano, sobre todo por Maquiavelo en sus *Discorsi* sobre la historia de Roma de Tito Livio”⁹. Nuestro propósito es explorar un poco esta otra tradición (“clásica”) romana, volver a reivindicarla, en la estela de Pocock (que recupera, con Maquiavelo, a Cicerón), tanto tiempo después: explorar en todo caso una segunda o una tercera reivindicación¹⁰. O como dice muy bien el

⁸ Gargarella, R., La política del republicanismo: vida pública y libertad de expresión, *Revista Lecciones y Ensayos*, N. 77, Buenos Aires, 2002.

⁹ Skinner, Q., *La libertad antes del liberalismo*, Taurus, Madrid, 1999, p. 19.

¹⁰ Hasta podría proponerse una refundación (para el caso de que se pueda *refundar* un partido) del Partido Republicano. Ningún escenario fue más oportuno que el actual, donde las categorías republicanas empiezan a cobrar un sentido social, ético y político de vital importancia (casi de supervivencia); escenario crítico que trasciende el eslogan (o el *marketing*) sobre la “república”. El pensamiento republicano consistente es la única forma de afrontar la pandemia. Es la única salida “filosófica” (de Teoría del Estado) para abordar esta crisis sanitaria global. Es la única herramienta de “concientización” (discursiva) de fondo que tiene el Estado. No existe otra vía “liberal” más apta o más útil en el mediano plazo (que será extenso, sin dudas) para afrontar este escenario. El atomismo (hobbesiano, que viene ya de Epicuro, como recuerda Norberto Bobbio; el liberalismo moderno individualista, centrado en el comercio) no funciona. Funciona sí el pensamiento colectivo sobre el tejido social visto como un cuerpo conjunto (un cuerpo social “libre”), donde todos son co-responsables por el destino (¡y la salud!) del otro. No es sólo una cuestión de “solidaridad”. Es un *deber* y un compromiso con la salud (la vida) pública, nada menos. La salud pública es la principal bandera del pensamiento republicano. La salud y la libertad de un colectivo, no de unas personas (átomos) libres en sentido aislado (Epicuro) atomista, sino de un *cuerpo* social. De un Estado libre. Donde todos están in-corporados. Donde nadie queda excluido. El republicanismo no

título del trabajo de Quentin Skinner: explorar un poco la historia de la libertad *antes del liberalismo*. La pandemia es un escenario crítico para volver a reflotar la noción de deber republicano. De ciudadanía “responsable”. De madurez “cívica”. Esta “responsabilidad” tiene unas raíces. No es un eslogan. No es una mera campaña de “concientización”. No funciona de esa manera la “responsabilidad” ciudadana. La generación de una ciudadanía “responsable” en serio demanda bastante más que eso. Demanda mucho más que una mera campaña de “concientización” en los medios. El primer problema que tenemos que abordar de frente es, entonces, por qué esa “conciencia” (o esa “responsabilidad”) se ha perdido¹¹. No está.

En su lúcido escrito (del siglo XIX) *El Pueblo* (traducido al castellano recién en 2005), el historiador francés y ferviente republicano Jules Michelet, contemporáneo de Benjamin Constant (célebre por su discurso sobre la libertad moderna y antigua, que tomará Isaiah Berlin para instalar un debate en rigor pobre y maniqueo, como le impugna Pettit), sostiene que el pueblo no puede ser abarcado “por las estadísticas

le suelta la mano a nadie. A diferencia del neoliberalismo económico (por oposición al viejo liberalismo político, de Locke), que descrece de la noción misma de justicia social (Friedman), o que sostiene que las políticas sociales conducen a un “colapso” económico (Hayek). El republicanismo se conduce con otro ideario inclusivo, y justo, que reivindica no sólo la “solidaridad”, sino sobre todo el *compromiso*. Finnis diría: el deber... y no sólo el Derecho... Por eso la historia del liberalismo (como muestra Pocock) es la historia del Derecho. Pero a su lado falta otra historia, la historia del “deber” (republicano, la historia de la virtud). De los “deberes” civiles, hoy desdibujados. Ya nadie se acuerda de sus deberes cívicos. Todos defienden solamente sus derechos. Nadie habla de su “deber” (dirá Glendon) con la sociedad. A lo sumo es “solidario”. No comprometido. No se concibe la solidaridad como un “deber”, sino como una cuestión de “voluntad”. Una cuestión “voluntaria”. De trabajo “voluntario”... Rousseau se sorprendería de que existan carreras incluso de “trabajo” social. Como si eso no fuera un deber cívico espontáneo de cada persona. Un mandato de “humanidad”. De Humanismo “cívico” (Pocock). Tanto se ha desdibujado nuestra sociedad, tanto se ha vaciado la *res pública*.

¹¹ Lipovetsky, G., *El crepúsculo del deber: la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Anagrama, Madrid, 2006. Este crepúsculo del deber se asocia sin dudas a las “alusiones perdidas” que denuncia Carlos Monsiváis. A la pérdida de espacio de lo “común” (de un sentido *común*). De la *res pública*. Del pensamiento republicano. Del humanismo cívico.

ni por la economía, ni tampoco por los políticos”¹². Michelet, con algún eco roussoniano en esta postura¹³ (un eco que también está presente en la obra de Sarmiento, sobre todo en sus *Recuerdos de Provincia*, cuando no sin inteligencia cuestiona a los cardenales que despotrican desde el púlpito contra Rousseau¹⁴; Rousseau era un crítico de la representación política¹⁵, un drama irresuelto en la Revolución Francesa, elogiada con devoción por Michelet; Furet dirá que esta falta de resolución fue decisiva en el derrotero crítico de la revolución), que tampoco defiende (Michelet) el romanticismo popular de Alemania (que se solaza en lo turbio, en las prisiones y en la enfermedad y en el desorden, misma crítica que le lanzaba Goethe a Kleist en Alemania), entiende que *lo popular* es la base final de cualquier construcción teórica firme. Quiere decir que existen en los estratos “bajos” (los llamados “vulgares”) lo que él denomina “atributos soberanos”. La sociedad existe para Michelet: el pueblo no es una “abstracción” retórica de la sociología. No es una apelación sin sentido del “populismo” chauvinista. El pueblo existe. O por lo menos existe tanto como existe, para el conservadurismo (burkeano), la “tradición”¹⁶.

¹² Michelet, J., *El Pueblo*, FCE, Buenos Aires, 2005. No es casual, como expondré seguidamente, que haya sido precisamente un ferviente pensador e historiador republicano como Michelet (con obras célebres, como *Les Soldats de la révolution*) quien extienda y consolide en la historiografía occidental el uso del término *Renacimiento*.

¹³ Michelet, J., *Histoire romaine: république*, París, 1839.

¹⁴ “Hízome dudar de su sinceridad el espectáculo de una de esas farsas que le habían valido su celebridad. Terminaba una prédica dentro de la iglesia ensañándose contra (Juan Antonio) Llorente, a quien llamó impío, viborezno, por haber calumniado al santo tribunal de la inquisición, asegurando al auditorio que había muerto comido por gusanos en castigo de sus inequidades. Seguía yo con avidez en aquellas imprecaciones destilando veneno, sangre, maldiciones, y ultrajes contra Rousseau y otra retahíla de nombres, para mí desconocidos...” (Sarmiento, D. F., op. cit., p. 213).

¹⁵ Rousseau, J. J., *Carta a D’Alambert*, Alianza, Madrid, 1998.

¹⁶ Burke, E., *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, Alianza, Madrid, 2003. Thomas Paine responderá desde Estados Unidos las diatribas conservadoras de Burke, un crítico del igualitarismo “abstracto” (crítica que repite el íntimo amigo de Isaiah Berlin, Michael Oakeshott, en su célebre ensayo *Rationalism in Politics and other essays*, Liberty Fund, 1991).

Afirma Owen Fiss (célebre también por su trabajo sobre libertad de expresión, que impugna la visión liberal clásica defendiendo el lugar del Estado, capaz de regular el mercado de telecomunicaciones, permitiendo que donde hoy se escuchan muy pocas voces más voces se puedan escuchar, igualando y desconcentrando la palabra, ampliando en serio el acceso a una esfera central de la participación democrática¹⁷) que, desde que en los Estados Unidos se derrumbó el *Critical Legal Studies* (CLS), desde que muchos de esos abogados críticos y comprometidos se terminaron “vendiendo”, por decirlo de alguna manera (rápida), al sistema, lo único que queda en pie en su lugar es el feminismo. Es fuerte lo que Owen Fiss está diciendo, ya no hay escuelas críticas en el interior del Derecho. Sólo queda una: el feminismo. Coincidió con esta posición¹⁸.

Asistimos hoy a la muerte de la Convención de Ginebra. Martha Nussbaum, en su libro *La Fragilidad del Bien* (y sin dudas el Bien, llamemos a lo que llamemos hoy nosotros en el siglo XXI y en medio de una pandemia y de Estados de moral dudosa que encarcelan personas comprometidas como Scott Warren o Carola Rackete, *el Bien*, parece cada día más frágil, *el Bien* en el rostro de Marielle Franco masacrado en Río, o de Berta Cáceres en Honduras, también es frágil en la Europa civilizada que envía a migrantes desesperados a morir ahogados en Malta, *llame a Malta*¹⁹, chicos que aparecen flotando en el Mar Mediterráneo con sus notas del colegio cosidas a la ropa para que Europa los “acepte”, para que vean que son “buenos estudiantes”), nos invita a reflexionar sobre la importancia superlativa de Aristóteles para el Derecho²⁰. Queremos convocar a esta reflexión. El Bien es frágil. Cada día más frágil. Más acotado.

¹⁷ Fiss, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Madrid, 1999.

¹⁸ Puede verse al respecto Mackinnon, C., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1998. Mackinnon es una destacada profesora de Derecho constitucional de la Universidad de Harvard y asesora de género de la Corte Penal Internacional. Fue traída muchas veces por la exdecana de la Facultad de Derecho de la UBA, Dra. Mónica Pinto, a brindar clases de Género y DDHH en la facultad de Derecho.

¹⁹ “Llame a Malta. Emergencias de Italia deja morir a 268 refugiados”, *Diario la Sexta*, Madrid, 26 de enero de 2018.

²⁰ Nussbaum, M., *La fragilidad del Bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Gredos, Madrid, 2015.

No se equivoca Nussbaum, que tiene el mismo apellido de un profesor alemán que recuerda en el frente de la facultad de Derecho de la Humboldt Universität el sitio exacto de la quema de libros. No nos gusta el mundo que tenemos. Menos a los abogados en DDHH. Aristóteles (cuya lógica ha sido dejada de lado) considera la justicia como la suma de todas las virtudes humanas, y por ello la más importante (Ética a Nicómaco). Él nos enseñó que las virtudes no son sólo ideales, sino que deben ponerse en práctica. La práctica de la justicia es la equidad. Estamos escandalosamente lejos de cualquier noción mínima de equidad. De cualquier noción de “justicia”, por mínima que sea. Nuestro mundo es sobre todo injusto. Y los abogados lo sabemos claro desde el primer día de clase. Nuestro “bien”, el *bien público*, nunca fue tan frágil como lo es hoy.

En una escueta carta de marzo de 1958 dirigida a su amante Paul Celan, la autora de *Ondina se va*, la escritora austríaca Ingeborg Bachmann, sostiene: “Estoy totalmente vacía de Berlín, totalmente agotada de correr de una oficina a otra porque en mi pasaporte falta un sello, y se supone que tengo que irme, que me van a ‘expulsar’ en abril. Pero hoy ‘intervino’ la radio y tal vez todo salga bien. ¡Qué vocabulario y qué mundo!”²¹.

La crisis sanitaria ha expuesto con crudeza algo muy grave y que ya sabíamos por la emergencia de doctrinas de seguridad nacional: la crisis del paradigma humanitario. La crisis no sólo de la diplomacia global (la falta de coordinación, y de cooperación entre países) y el Derecho internacional, sino la más básica y seria crisis de la ayuda humanitaria. Desfinanciar a la OMS (o atacar a miembros de la Corte Penal Internacional, como la fiscal Fatou Bensouda) es parte de este proceso. Se trata hoy como criminales a quienes buscan ayudar a salvar vidas. Lo que en otro tiempo fue una obligación ética hoy es un crimen en muchos Estados. Tal es la magnitud de nuestro retroceso jurídico y ético, y de nuestra ingente tarea “jurídica”. Nos olvidamos del otro (Levinas). En este mundo, Scott Warren es visto como un criminal peligroso. Se le abre un proceso a él. Por querer ayudar. Por dejar agua y abrigo a chicos en una frontera. Chicos que son separados de sus papás por cuestiones

²¹ *Tiempo del corazón. Correspondencia. Ingeborg Bachmann. Paul Celan*, FCE, Buenos Aires, 2011, p. 105.

“migratorias” formales. Por decisiones “administrativas” de un gobierno. El Derecho, por ridículo que parezca decirlo, se aleja cada día más de la Justicia. Como en la Alemania nazi era un crimen ayudar a los judíos, esconder chicos judíos, darles alimento o abrigo (pienso en la estatua de bronce de Frank Meisler, que recuerda a los niños judíos deportados en la estación Friedrichstraße, en Berlín). Hoy vemos la lenta muerte de la Convención de Ginebra. La caída estrepitosa de lo que alguna vez fue el Derecho internacional. Y nos falta Bidart Campos para decirlo claro. Esto puede parecer un tema “fuera de foco”. Pero es la lógica que puede emerger en otras disputas por venir. La vacuna o los tratamientos médicos muy “caros” para salvar vidas, la más próxima. La Argentina no es Alemania. Entender dónde estamos es determinante. Cuál es nuestro lugar. Cómo defendemos nosotros, en esta coyuntura compleja, con diferentes facetas, a los argentinos. A los hijos e hijas de los argentinos. Como garantizamos, cómo defendemos (o cómo hipotecamos) su futuro.

En la Carta Encíclica *Caritas In Veritate*, 2009, el Sumo Pontífice Benedicto XVI advierte: “Hay formas excesivas de protección de los conocimientos por parte de los países ricos, a través de un empleo demasiado rígido del derecho a la propiedad intelectual, especialmente en el campo sanitario”²². Los debates de Joseph Ratzinger con Jürgen Habermas (crítico de Robert Alexy, mi maestro en Kiel) no pueden ni deben pasar desapercibidos para quienes teorizamos el Estado social y constitucional del siglo XXI. Cada palabra importa.

Partiendo de esta observación de una encíclica, podemos pensar que es hora de regular con mayor detalle el derecho de los pueblos al acceso a todo conocimiento que permita resguardar la salud y la vida de las personas, sin que ello implique, como ha sucedido históricamente para nuestros países sumergidos en la pobreza y “en vías de desarrollo”, asumir deuda financiera que pueda comprometer, y de hecho compromete, como expresó el presidente, la salud y la vida que se buscan proteger. No es casual que a la vez que se reestructura una deuda de legitimidad hartamente dudosa, que no generó desarrollo alguno para el castigado pueblo argentino, que tiene a sus propios hijos con hambre, se enfrente a su vez el debate sobre el estatus de las vacunas como un *bien público global*. La salud como un negocio o como un derecho.

²² Benedicto XVI, *Caritas in Veritate*. Encíclica Papal, 2009.

Las autoridades sanitarias insisten hoy en que “resulta más necesario que nunca volver a una disciplina colectiva.” Auto-disciplina. Se lanzan campañas “seamos responsables”, pero lo cierto es que hace tres décadas que vivimos en un sistema que promueve el hiperindividualismo y el egoísmo, donde cada uno se “salva solo” e incluso aprovechándose de los demás. Pedirle “responsabilidad” a esta sociedad es, por momentos, un contrasentido²³. La ética —republicana, nuestro ideario— se construye. Pero es un proceso y toma tiempo. En la Argentina hace décadas que rige una ética antipública. Anti sector público. Y esa ética (que ya Borges vio bien) no genera individuos “responsables”²⁴.

El tema de este número de la Revista de la ECAE no es ajeno a la situación penosa que atravesamos como sociedad. Sin embargo, me ha parecido importante, incluso en medio de semejante emergencia, detenerme a pensar cuestiones que entiendo que son “de fondo”, aunque a muchos lectores y abogados administrativistas puedan acaso parecerles fútiles. Pretendo “filosofar” un poco. Hacerme cargo del impacto negativo que este tono peyorativo sobre una disciplina fundante y medular tiene en la formación de nuestros abogados y en su capacidad de argumentación y de pensamiento. Filosofar es sinónimo —para los abogados “técnicos” de hoy, que dialogan más con los economistas— de perder el tiempo en algo inútil, que no “sirve” de nada “concreto”.

²³ Pocok, J. A., *Historia e Ilustración. Doce estudios*, Marcial Pons, Madrid, 2002. Skinner, Q., *La libertad antes del liberalismo*, Taurus, Madrid, 2004. Pettit, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Madrid, 1999. También puede verse, para una revisión de ese debate liberales-republicanos (nosotros adoptamos aquí la mirada republicana) desde el Derecho constitucional argentino: Gargarella, R., La política del republicanismo: vida pública y libertad de expresión, *Revista Lecciones y Ensayos*, N. 77, Buenos Aires, 2002. También Croxatto, G. L., La libertad no es sólo un derecho, *Diario Perfil*, Buenos Aires, 29 de julio 2020.

²⁴ Hoy se ha vuelto a hablar un lenguaje que parecía sumido en el olvido político: el lenguaje republicano, el lenguaje de la responsabilidad colectiva, el lenguaje de la responsabilidad ciudadana, el lenguaje de la “madurez cívica”, el lenguaje que convoca no desde el eufemismo vano, de una bandería inconsistente, falsamente unificadora, sino el lenguaje que convoca en serio a la responsabilidad con el otro (cuidarse es cuidarnos, cuarentena “responsable”, responsabilidad con uno y con otro). La mitad de los fallecidos en todo el mundo murieron por no disponer de atención médica. Esta fue la premisa de la cuarentena estricta: prevenir esto.

El desafío que siempre nos hemos propuesto es salir de la “urgencia”. Salir de la “emergencia”²⁵. Lo repetimos siempre. Pero nunca lo hacemos. Hagámoslo. La urgencia hoy es enorme, mueren cientos de personas cada día: amigos, compañeros, familiares nuestros. El escenario no podría ser, para pensar la Justicia y la filosofía, más crítico, o menos “oportuno”. Es cierto. Pero también es enorme la necesidad que tenemos los argentinos, aunque el colega Roberto Gargarella piense lo contrario, de detenernos a pensar un poco. Nunca es “el momento”. Y nunca lo será. Así que abordamos el momento que nos toca. Con todas sus dificultades, que no son pocas²⁶.

²⁵ Juan B. Justo solía repetir que en la Argentina hubo una época en que los ministros de economía no eran economistas, eran abogados, porque detrás de ese trabajo ministerial debía haber una visión concreta de justicia, que hoy ha desaparecido en aras de autorreferentes programas “técnicos” cuyo único objeto funcional es la eficiencia en apariencia “técnica” y políticamente “neutral”: mera “gestión” pública “práctica” y eficiente. La economía presentada así como una ciencia técnica sin “valores” (ni grandes ideas “políticas”): esto se ha llamado nueva gestión pública. *Gobernanza*. Este lenguaje tiene su apogeo en los noventa y proviene del sector corporativo, privado. Un lenguaje que nace en el sector empresario. En la Administración de Empresas.

²⁶ Nos hemos propuesto, como pide Roger Chartier, *escribir las prácticas*. Escribir cómo actuamos. Pensar como escribimos. Y decir lo que pensamos. La extensión de un texto también es un hecho simbólico. Para abogados que ya no se toman nunca el tiempo de hacer filosofía. Hay que tomarse un poco de tiempo para pensar. Tomarse un momento para hacer filosofía. Hemos pasado de extensos tratados de Derecho (pienso en Llambías, en Borda, hasta en Soler, de quien nos separa un abismo político), con acápites previos de extensas reflexiones generales, principios “generales” del Derecho, reflexiones teóricas de fondo, a escuetas y casi telegráficas “guías de Estudio”. Este empobrecimiento progresivo en la formación jurídica “técnica” amenaza luego la práctica profesional. La aspiración de “justicia” queda desdibujada. Nuestros abogados no leen. El Derecho termina siendo un fenómeno pobre. Demasiado “técnico”. Esto sucede también en Alemania, cuna de la filosofía legal. Cuna de la dogmática penal y cuna del idealismo. No es un fenómeno argentino, la tecnificación del Derecho (“administrativo” global...) es un fenómeno global. No es una redundancia inocente. Todos los campos del Derecho (incluido el Derecho penal) tienden hoy a la *administrativización*. Esto no es un aspecto menor. Teodoro Adorno diría, con Bauman: es un corolario de nuestra metafísica “técnica”, instrumental y “eficiente”. Bauman, Z., *Modernidad y Holocausto*, Sequitur, Madrid, 1998. No es accidental el auge instrumental del Derecho *administrativo*. De la reducción administrativa (sin filosofía) de todo Derecho.

Dice ese hombre complejo y lúcido que fue Domingo Faustino Sarmiento, en sus *Recuerdos de Provincia* (donde despotrica contra Rosas, se reconoce unitario y donde también confiesa su admiración por Franklin y por Cicerón: “Desde aquella época me lancé a la lectura de cuanto libro pudo caer en mis manos, sin orden, sin otro guía que el acaso que me los presentaba, o las noticias que adquiriría de su existencia en las escasas bibliotecas de San Juan. Fue el primero la *Vida de Cicerón*, por Middleton, con láminas finísimas, y aquel libro me hizo vivir largo tiempo entre los romanos. Si hubiese entonces tenido medios, habría estudiado el derecho para hacerme abogado, para defender causas...”²⁷): “Durante las vicisitudes de la guerra, siempre me mantuve

²⁷ Sarmiento, D. F., *Recuerdos de Provincia*, Kapeluz, Buenos Aires, 1966, p. 215. En este libro, Sarmiento celebra la figura (olvidada bien pronto por los “ejecutivistas” de Córdoba y de Buenos Aires, dice Sarmiento) del deán Funes (rector de la más conservadora Universidad de Córdoba), al lado de Bolívar, San Martín y Moreno (que viajó a estudiar a Chuquisaca, con Monteagudo, y como Belgrano) como un “reformador de las ideas coloniales”. Deán Funes dedica a Bolívar su refutación de un proyecto de constitución religiosa, escrito por el sabio español Juan Antonio Llorente, cura (“liberal”, hasta donde puede ser liberal un cura, aunque esto no es un detalle sin implicancias, como vio bien Hegel) admirado y citado repetidas veces por Sarmiento. Sarmiento se anticipa aquí de manera notable. No es menor tampoco el “recuerdo” de Sarmiento, de que Rivadavia encargó al deán Funes la traducción de un escrito de Pierre Claude Daunou, miembro de la Academia de las Letras de Francia, cuyo título, aun hoy, tanto tiempo después, nos pesa e interpela, todavía en el siglo XXI: *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad*. Ya era una preocupación del “ilustrado” presidente Rivadavia sostener las garantías como base del Estado moderno de Derecho. Sin garantías individuales, no hay democracia. El “garantismo” (no sólo procesal) es la base de cualquier República. Es difícil no estar de acuerdo. El antigarantismo ha avanzado tanto en los medios de comunicación que el garantismo parece arrinconado hoy en una discusión de “forma”: la defensa del debido proceso. Sin embargo, es menester devolver el garantismo a la discusión grande, a la discusión de fondo, sobre la importancia de defender todas las garantías, no sólo las procesales, obvias y básicas (en cualquier república sería), sino también las garantías sociales, educativas, alimentarias, humanas (laborales, culturales) en sentido pleno. El garantismo no es sólo una acotada doctrina o filosofía procesal, como parece hoy muchas veces (en parte, debido a que el antigarantismo ha avanzado mucho, se han avasallado y conculcado tantos derechos constitucionales —vivienda, trabajo, salud, alimento— que al garantismo le queda sólo ese último y acotado margen, esa última trinchera, casi una bandera blanca en medio de tanto

en el servicio militar, y jamás quise admitir empleo en la lista civil, como se interesaban muchos, no obstante que, en los campamentos, no había más sueldo que la ración y los sufrimientos, y en las oficinas holganza, honorario y comodidades. Durante la administración de don Jerónimo Rosas, secretario actualmente del intendente de San Fernando, se tiró el decreto de mi nombramiento de oficial segundo de la secretaría de gobierno, que rehusé aceptar, porque mis ideas sobre los servicios a la patria y a la libertad eran tan sublimadas y quijotescas que creía deshonroso estarme en una oficina...”²⁸.

En este trabajo “quijotesco” de Sarmiento, que escribe contra “la prostitución de la cátedra” (sin dudas debía estar fresca en su memoria la muerte aciaga de Roberto Sánchez, un joven sanjuanino estudiante de Derecho, recomendado por él, que se había quitado la vida luego de una arbitrariedad docente —prostitución de la cátedra— en el entonces Departamento de Jurisprudencia de la UBA, con cuya muerte nace el movimiento 13 de Diciembre, antecedente menos conocido pero directo, como recuerda Tulio Ortiz, de la reforma universitaria en Córdoba), rescata la vocación inherente, personal, que debe regir toda capacitación: no debe esperarse todo de “afuera”. Se me ocurre que hoy en las facultades de Derecho —ante la avanzada de la tecnificación, la administrativización “eficiente”, el economicismo jurídico (Coase²⁹,

retroceso: el debido proceso). Por eso el garantismo “parece” muchas veces una defensa cerrada de aspectos meramente procesales (no prisión preventiva, defensa en juicio, presunción de inocencia, no inversión de la carga de la prueba, etc.; son tantos los derechos que se mancillan, que el “garantismo” se reduce hoy a operar esa defensa básica, procesal, pero son muchas otras las “banderas” sociales que el garantismo, como teoría igualitaria, defiende). Es una teoría igualitaria del Estado y un proyecto (o segunda ola neo) constitucional. El garantismo es mucho más que un enfoque sobre las garantías procesales. Es un proyecto constitucional igualitario, que trasciende —y por mucho— la mirada penal. Por eso desconfía de la respuesta punitiva. Es menester, en definitiva, sacar al “garantismo” de la acotada discusión procesal donde hoy el antigarantismo (que es una rémora del Proceso) parece haberlo (o habernos) arrinconado.

²⁸ Sarmiento, D. F., op. cit., p. 56.

²⁹ Coase, R. H. “El problema del costo social”, disponible en castellano en <https://www.cepchile.cl>. Este trabajo inicia lo que será un prolífico derrotero: el de percibir —en la estela de la libertad “negativa (Berlin-Constant)— todo compromiso social (político, intersubjetivo), como una “carga”, como un “costo”

Posner) y la falta de cualquier atisbo de “humanismo” cívico (Pocock dirá “la falta de virtud en el Derecho”; John Finnis dirá “hablamos sólo de nuestros derechos, pero muy poco, o nada, de nuestros *deberes*”), no está de más volver a Cicerón (en tanto republicano, pero también en tanto humanista y orador), volver a escuchar a Maquiavelo, a Harrington. A Sarmiento. Sarmiento quería ser como Franklin. Nosotros

(como una “interferencia”, como una “perturbación”, como una “externalidad”, porque ahora el compromiso social y político no es algo propio, *positivo*, de la vida en sociedad —la virtud—, sino algo *externo*): el “costo” social, que queda por “fuera” (externo, por eso se habla de “externalidad”; Coase no puede ignorar que su trabajo adhiere a una tradición de pensamiento). Esta es la retórica empleada por quienes impugnan, habitualmente desde el sector empresario, los derechos laborales, representados como un “costo”. Y a su fuero, como una “industria”: la “industria” del “juicio”. Casi una “mafia” (afín al “garantismo” social). No es un vocabulario que nosotros compartamos. Tratamos de entender sus raíces, que cruzan la visión negativa de la libertad moderna (Isaiah Berlin) con el avance del economicismo en el Derecho (Posner). La suma de estas tradiciones determina el enfoque técnico que hoy es predominante en las aulas de Abogacía. Uno viene de la teoría política; el otro, de la teoría económica y legal. Pero ambos se cruzan. Más fácil sería hablar de utilitarismo a secas. Pero el enfoque *Law and Economics* tiene particularidades que lo distinguen. Coase y Posner son dos referentes de este campo, de fuerte impacto en la escuela de leyes de Chicago, precisamente. Este es el “marco teórico” del llamado (por oposición al “viejo” liberalismo político) “neo” o nuevo liberalismo económico (Hayek-Friedman). El segundo impugna derechos sí defendidos por el primero. Por eso necesita diferenciarse ya desde el nombre. Porque representa una “novedad” (de recorte de derechos y de recorte de garantías sociales “costosas”, de no defensa de la intervención del Estado, de la igualdad o de la solidaridad) frente al (ahora) “viejo” liberalismo “político” (que sí los defiende, por eso se dice que el garantismo es genuinamente “liberal”, como la Constitución de Alberdi). El neoliberalismo sostiene ser un enfoque “técnico” y centrarse sólo en la mirada económica, no mezclándose con la “política” (acaso para no justificar lo que se ha hecho *políticamente* en su nombre: el Chile de Pinochet, un ejemplo pragmático próximo). Lo que para el republicanismo es o era un “honor” (la virtud cívica), para el economicismo es y representa una “carga”, una “externalidad” (Berlin dirá una *interferencia*), esto es: un “costo” social. Algo “externo”. Algo que queda “afuera”. Esta es la inversión conservadora que propone el “neo” liberalismo. Por eso su teoría política y del Estado es más próxima al conservadurismo (crítico del igualitarismo de Francia, Constant, Berlin, Burke, Oakeshott), que al pensamiento republicano, igualitario, ilustrado, racionalista, garantista, universalista y (por ende) “abstracto”. Poco “concreto”. Demasiado “liberal”. Los argentinos hemos inventado un oxímoron: el liberalismo “conservador”.

podemos querer ser un poco, con todos sus aspectos “quijotescos”, como él reconoce, como Sarmiento³⁰, compartiendo su devoción, su vocación y su osadía. Su ser un hombre de letras. Sarmiento y Alberdi eran románticos en muchos de sus argumentos. No compartiremos ese antiformalismo (cuyo exponente más destacado en Alemania fue Carl Schmitt). Pero lo entendemos en el marco de la crítica a Rivadavia. (“Era comerciante en el año 28, y demasiado joven todavía, no me interesaba el movimiento de los partidos, cuya existencia ignoraba. *Tomas Paine y la Revolución de los Estados Unidos*, que cayeron en mis manos por ese entonces, me hicieron ocuparme de los principios constitutivos de los gobiernos y de los derechos de los gobernados³¹; pero todo esto era teóricamente y sin aplicación ninguna en mi país”³²).

Sarmiento reivindica al cura Juan Antonio Llorente, un sacerdote y escritor español destituido y condenado a reclusión hasta 1806 por sus ideas liberales y racionalistas. Esto muestra que la lectura “romántica” no es lineal. Sarmiento y Alberdi lo que no quieren es “copiar”.

³⁰ La anécdota que cuenta Sarmiento en sus *Recuerdos de Provincia*, cuando narra el interés que le despertaba de chico la figura de Franklin (además de narrar su devoción por Paine), cómo él se sentía *un franklincito*, me recuerda que mientras cursaba el ingreso de Derecho en la UBA, por UBA XXI, a la par con el colegio, un chico que lavaba los platos en el bar Bricco, en la esquina de Juncal y Larrea, donde yo me pasaba tardes enteras leyendo cualquier libro que estuviera a mi alcance, pero sobre todo los del ingreso de la UBA, solía llamarme “sarmientito”. Recuerdo su mirada, detrás de la plataforma de metal donde se apoyaban los platos y vasos con comida o para ser lavados. He pensando mucho en este chico trabajando en la cocina mientras yo estudiaba. Porque ese chico con su uniforme blanco, recluso en el fondo de un bar, desde donde me miraba (sólo recuerdo su ojos y su sonrisa recortados entre estantes de metal, bandejas que iban y venían todo el tiempo) estudiar tardes enteras, me dio un apodo (“sarmientito”) por verme ir a leer todos los días, pero ese chico, cuyo nombre ignoro, no tuvo nunca la oportunidad de ser un “sarmientito”, como yo. Ya esto marca un fracaso. Una inequidad intolerable. Una “brecha” “digital”.

³¹ No debe olvidarse la importancia decisiva de Paine, que replica las críticas de Edmund Burke a la revolución igualitaria en Francia, por ser “abstracta”, por denotar un ideal (la dignidad humana universal...) demasiado “abstracto”.

³² Sarmiento, D. F., op. cit., p. 55. Sarmiento también cuestiona el “ultraliberalismo” de Manuel Montt.

Nuestro ideario y nuestra historia se empobrecen. Las maestrías se parecen cada vez más a capítulos de Netflix³³. Nuestros próceres no pueden competir con YouTube. Caminamos a diario por cuadras con nombres (Mariscal Ramón Castilla, Ayacucho, Pacheco de Melo, Junín, Pasco, Arenales, Riobamba, Alvear, Larrea, Berutti, Posadas; Quilmes denota una marca de cerveza; Homero, un ridículo personaje)³⁴ cuyo sentido real nuestra generación desconoce del todo. Ese desconocimiento no es un juego. Van vaciando de contenido nuestra disciplina. Nuestra Historia (Pocock diría: nuestros *deberes*, nuestros lazos vivos con la Historia grande). Poco a poco ese desconocimiento impacta también en nuestra práctica profesional. En nuestro ejercicio cotidiano del Derecho. Por eso es un error ver a nuestros próceres como figuras de bronce. Bustos de mármol apilados y olvidados en un pasillo. No vivos. Que no reflejan una historia todavía por construirse. Si hay algo que nuestros próceres no fueron nunca (San Martín, Moreno, Belgrano, Castelli, Sarmiento, Monteagudo), eso es ser figuras de “ceremonial y protocolo”. No eran figuras “protocolares”. Sarmiento reconoce no serlo. (Podría valer como ironía su frase —cuando estaba muriendo en Asunción, a donde llegó escapando del frío de Buenos Aires— *ya siento subir el bronce*: el bronce es la muerte³⁵). Nuestra historia no es una historia de bronce³⁶. No es una historia muerta. Esto equivale a decir: no es una historia que esté terminada. Es una historia

³³ “Otra forma de estudiar”: así como a fines de los noventa la Universidad de Palermo promocionaba sus cursos con este eslogan durante la emisión de *Los Simpson* en el canal Fox, hoy muchas maestrías de negocios se promocionan en Instagram diciendo que la cursada es una experiencia similar a “mirar un capítulo de Netflix” (“Estudia una maestría como si vieras una serie de Netflix. The Power MBA”). La banalización de la educación tiene mucho que ver con el retroceso del humanismo.

³⁴ La calle José Evaristo Uriburu, quien fue también procurador del tesoro designado por Sarmiento. Hoy son sólo “calles”.

³⁵ “Son tan fuertes los aplausos que no puede oírse su voz; tantas las estatuas, que se ha extraviado entre ellas el hombre que conmemoran. Los argentinos tenemos que rescatarlo, porque necesitamos de él” (Rodolfo Walsh, sobre San Martín).

³⁶ “Fue el cerebro más poderoso que haya producido la América”. Coincidimos con esta apreciación final, dicha frente a su tumba, en Recoleta, de Carlos Pellegrini.

(sobre independencia y libertad, los dos nombres que escogió Belgrano para dos baterías defensivas en una guerra) que se sigue escribiendo³⁷.

A tal punto hemos retrocedido en nuestro ideario (*res publicano*) que cualquier deber es visto hoy como una “carga”; cualquier servicio comunitario, como un “costo” (social, “externo”, Coase), como una externalidad, como una “imposición”, o incluso como una “multa”; se castiga con horas de “trabajo comunitario”; el trabajo social es visto ahora como un “castigo”, como una “pena” (no sólo como una intromisión) para un sector; no es visto ya como un “deber” civil, como una virtud (de ayuda para el otro), sino como una “carga” pública, como una “imposición” que nos viene de afuera; no como una tarea que se asume con felicidad. En Aristóteles la felicidad va de la mano de la virtud; en cambio hoy, a la inversa, la felicidad es “privada”, no pública; lo público ahora es una “carga”, la felicidad es para cada individuo aislado, que puede ser feliz solo (hedonismo de Epicuro, retiro al jardín

³⁷ La bandera argentina se izó por primera vez el 27 de febrero de 1812 durante la inauguración de una de las baterías defensivas del Ejército que combatía las tropas realistas. La flota realista era una amenaza constante en el río Paraná. Los barcos españoles, muy poderosos, navegaban libremente asediando las costas de Buenos Aires, Rosario y Santa Fe. El gobierno encargó a Belgrano la tarea de vigilar el río y frenar, en lo posible, el avance de los realistas. En febrero de 1812, Belgrano llegó a Rosario. Cerca de la ciudad se construían dos baterías por encargo del Primer Triunvirato: una sobre la barranca del río y la otra en una isla vecina. Eran fortificaciones defensivas provistas de artillería pesada. Belgrano les dio los nombres de Libertad e Independencia. Estos nombres deben estar vivos. Sus actos valientes no deben pasar a conformar un panteón de bronce. El nombre de Lucio Norberto Mansilla tampoco. No está de más recordar que en 1868 Napoleón III renombró una calle de París como Rue d'Obligado (Rue d'Argentine, a partir de 1948), en reconocimiento a la heroica defensa de la soberanía argentina realizada por Mansilla y sus hombres en la Batalla de la Vuelta de Obligado, donde estuvieron, como Belgrano en Paraguay, y San Martín en Lima, siempre en desventaja numérica. Esta desventaja no terminó. Cobra formas nuevas. Todo esto nos enseña una cosa: la independencia no se conquista de una vez y para siempre. Es una tarea constante. Un trabajo difícil. Y para los abogados del Estado argentino, una vocación. Un mandato. Y un horizonte. Belgrano murió muy pobre. Pagó a su médico con lo último que le quedaba: un reloj de oro. Estos hombres y mujeres dieron en serio todo lo que tenían por conquistar nuestra independencia y libertad. No son palabras vacías. Los próceres nos legaron una historia viva. No una historia muerta o terminada. Una historia para que nos hagamos cargo.

ante la crisis de la polis griega), aunque fuera de su barrio cerrado y *privado* —no *res pública*— se amontonen los pobres (que pueden llegar a “interferir”, en expresión de Berlin, con la vida de uno... que es “feliz”: aunque haya chicos pobres afuera, no es un “asunto mío”). Los chicos con hambre, esta es la ruptura “moderna” de la felicidad, que se separa de la virtud “antigua”, clásica (común), lo público (el otro, el conciudadano; *mit mensch*, dicen los alemanes) ahora va quedando atrás, el Estado “se achica”, para los pobres muchas veces, que no pueden pagar otra cosa: salud o educación privada. Friedman entiende que no existe en rigor la idea de “solidaridad”: el Estado no puede, o no debe, para él, como para Hayek —en su libro *Camino de servidumbre*—, beneficiar a unos a costa de otros. “Carece de sentido la búsqueda de justicia social”, dijo Friedman. Hayek entiende que los Estados “colapsan” cuando aplican políticas sociales³⁸. La crisis de la pandemia deja esta pérdida grave (de sentido “común”, de “deber republicano”) sobre la mesa. La falta de “responsabilidad” social e individual en el cuidado del otro... (de madurez “cívica”) es un síntoma de esta falta de espíritu “republicano”, de humanismo “cívico” (Pocock), de “republicanismo”, de “deber republicano”, al margen de lo que digan las leyes, los deberes que traza la “humanidad”: el “humanismo”. Esto es lo que se ha ido perdiendo: el rostro de lo humano³⁹. De Nussbaum a Levinas, pasando por Teodoro Adorno, parece haber una coincidencia en esta crítica, que abarca sobre todo al Derecho “administrativo”, que parece ser la rama del Derecho que más ha crecido en los últimos años, lo cual

³⁸ No parece tampoco casual el intertexto entre Hayek (*Camino de servidumbre*) y Etienne de la Boetie (*Discurso sobre la servidumbre voluntaria*), quien fue (como Constant, recuperado por Isaiah Berlin) un crítico del igualitarismo “abstracto” de la Revolución Francesa. Igualitarismo que sí defiende Thomas Paine, citado por Sarmiento, que también defiende y cita a un autor que nosotros —con Moreno, que lo tradujo— también defendemos: Rousseau.

³⁹ El plan de la carrera de Filosofía (UBA, 1985) dice en sus considerandos “que la facultad citada manifiesta que el plan de estudios se propone, por un lado, afirmar el carácter humanista que es propicio de la reflexión filosófica y enfatizar la relación íntima de la filosofía con sus raíces históricas clásicas y modernas. Por otro lado, el plan propone lograr que el estudio de la filosofía no constituya una actividad apartada de la realidad, sino integrada con los problemas que afectan el mundo contemporáneo y con las disciplinas que intentan abordarlos”.

tampoco es casual: este es el Derecho más técnico y más moderno de todos, el más burocrático, un “ejemplo” que todas las otras ramas del Derecho “deben seguir” (para ser eficientes, con la lógica de Coase de la “externalidad” “negativa”). Todos los campos del Derecho parecen acercarse poco a poco a ser Derecho “administrativo”, un asunto de mera “administración”, nada que ver con la “virtud”, sin lugar ya para nociones “humanistas”, republicanas... “filosóficas”, de “justicia”, una palabra que queda grande en este derrotero de especificación creciente, de pérdida de todo “humanismo cívico”, de toda “responsabilidad” social o personal más allá de las “leyes”, que, paradójicamente, padecen también este proceso: se multiplican tanto las normas que ya nadie las respeta, han perdido su fuerza, su suelo firme, acaso por el abismo existente, denunciado por Vettiol, entre el lenguaje republicano y el lenguaje acotado de la jurisprudencia “eficiente” que pretende regular y ordenar el mercado “libre”. Pensemos la inversión que padece el Derecho actual: se encarcelan personas que ayudan. El corolario de este proceso antirrepublicano es que se persigue y procesa a activistas de derechos humanos, como Scott Warren, preso por dejar bidones con agua. La crisis del paradigma humanitario —la lenta muerte de la Convención de Ginebra a la que asistimos en la actualidad, la falta de cooperación entre países, la crisis de lo público y colectivo también a nivel global, a nivel internacional— se ve expresada también —es acaso otra de sus caras— en la falta de lenguaje *respublicano*. De *Res pública*. La república no puede ser sólo una etiqueta. Debe volver a ser una categoría propia de pensamiento. No podemos ser sólo “republicanos” de nombre. La Argentina no es ni aspiró nunca a ser una “república” en sentido “formal”. Debe ser republicana en su ejercicio cotidiano. No sólo de nombre.

El cruce de *Poesía y Derecho* no es una veleidad, y puede ser no sólo justificado desde el humanismo cívico, base del republicanismo “clásico” (Pocock, Cicerón, Maquiavelo), que hace pie, como recuerda Pocock, en la retórica de los dictadores (la teoría neorromana de la libertad, dirá Skinner) y humanistas (Protágoras enseñando amor a la polis en el recitado de los poemas, antes que en el conocimiento técnico o formal de las leyes de la ciudad, un conocimiento que venía después, casi secundariamente, porque el “espíritu” público y civil “humano” real se generaba en los poemas que se aprendían de memoria), sino

también desde el vocabulario teórico que emplean nuestros campos “técnicos” y científicos: el vocabulario de la Economía o del Derecho no nacen del aire. No son lenguajes formales. No surgen solos. Nacen con la filosofía y la poesía *concreta*. Humana. Rousseau lo advierte en su breve *Ensayo sobre el origen de las lenguas*⁴⁰.

Hoy en la Economía se habla, por ejemplo, de “intereses creados”: se hacen largas teorías (en apariencia técnicas, prolijas, “puras”) al respecto. Todo parece muy original. Pero lo cierto es que este concepto nace mucho antes, en el teatro clásico español, en medio del romanticismo (con José Echegaray y Eizaguirre, quien era, no casualmente, ingeniero, economista y político, además de poeta y autor de obras de teatro, porque en ese entonces las esferas —el humanismo o sentido “común”— no estaban separadas en “campos” autónomos, aislados), hace más de un siglo, en la obra de Jacino Benavente, hoy desconocida⁴¹.

⁴⁰ Rousseau, J. J., *Ensayo sobre el origen de las lenguas*, Universidad Nacional de Córdoba, Grupo Editor, Córdoba, 2008.

⁴¹ Benavente, J., *Los intereses creados*, Kapeluz, Buenos Aires, 1967. Keynes dijo muy bien (y el texto de Benavente, dramaturgo español, nos lo muestra) que la mayoría de los empresarios y economistas *ignoran que son hijos de un filósofo muerto*. El vocabulario de la poesía, del teatro, de la literatura, de la filosofía (el vocabulario del humanismo clásico, del sentido “común”, de las alusiones perdidas, diría Monsiváis) es el suelo sobre el que se edifica después el conocimiento “científico”. Sobre todo el conocimiento jurídico. José Echegaray y Eizaguirre fue Premio Nobel de Literatura, eximio dramaturgo y poeta, y fue Ministro de Economía de España. Hoy esto nos resultaría impensable. ¡Un poeta como Ministro de Economía! Nada menos. Hoy el ministro de Economía debe sobresalir como cuadro “técnico”. No por su saber “humanista” o humano. José Echegaray y Eizaguirre es un perfecto ejemplo humanista de lo que ya entre nosotros advertía Juan B. Justo en sus reflexiones sobre el socialismo, ética y política. Un poeta como ministro de Hacienda. Hoy la poesía parece una extravagancia, una pérdida de tiempo. Algo de gente a quienes les “sobra tiempo”. (Guzmán Tapia en Chile, el abogado que procesó a Pinochet, que es hijo de un reconocido poeta, dirá: una “pendejada”). Tal es el avance de la tecnocracia: nos ha impuesto su lenguaje “técnico”. Que resigna a los poetas al olvido. A un último lugar. A sentir “vergüenza”, como Guzmán Tapia, de hacer algo que es de “maricones” (Nestor Perlongher). La crítica a la poesía como algo “rosa” tiene mucho que ver con la homofobia del Proceso. La palabra “afeminada”. Del “corazón”. Además de poetas, muchos abogados en los juicios de lesa son cuestionados por hacer cosas de “putos”. Porque lo que hacen, al reconstruir desde el olvido una voz diferente, es —para los imputados— una

Con el vocabulario del Derecho financiero sucede algo parecido. Hoy se habla de “sustentabilidad” de la deuda. Es un vocabulario apropiado por los economistas “técnicos”. Parece “nuevo”. Pero lo cierto es que ese vocabulario económico no nace en la Economía. Nace en el Derecho medioambiental y en el lenguaje de la teoría de la dependencia (en Brasil, con Cardoso). En la Declaración de Río, en 1974, inspirada en la teoría de la dependencia, que responde a la declaración Sueca, que soslayaba las fuertes asimetrías que padecen las periferias (económicas y medioambientales). En ese entonces, Cardoso y Schwarz, entre otros, ponen de moda este concepto: el concepto de “sustentabilidad”; de generar un crecimiento “sustentable”, por referencia al crecimiento compatible con el resguardo del medioambiente, no de las finanzas. Esto era lo que designaba la nota de “sustentabilidad”: el economicismo ha ido absorbiendo y desdibujando (vacando, anulando) este sentido originario. Este lenguaje. Hoy cuando se habla de crecimiento económico “sustentable”, de “sustentabilidad” de la deuda, se habla estrictamente del largo plazo financiero (pero sólo eso), y no del cuidado medioambiental (entre nosotros tan crítico, pensemos en la Amazonía brasilera), que ya no se menciona. De este modo, el espectro financiero absorbe y desdibuja el lenguaje jurídico referido al medioambiente. Estos movimientos “retóricos” (poco “humanistas”, poco “protectores”) no son casuales. Expresan una “lógica”. La lógica de la “eficiencia” “administrativa” *privada* (trasladada luego al sector público) que tan duramente cuestiona Adorno. Bauman también⁴². Es la lógica prolija, “eficiente” —y administrativa— de los campos. No es un accidente (“poético”). La marginación de la poesía como género es la punta de un iceberg enorme. Sólo vemos la punta. Los libros de poesía ya no se leen. No sirven de “nada”. No imaginamos todo lo que hay debajo. No

“mariconada”. “Poesía”. Humanismo cívico. Cicerón. Retórica. *Res pública*. Por eso Maquiavelo y Sarmiento admiran tanto a Cicerón. No es un accidente “retórico” ni “poético”.

⁴² En el seminario *Cómo defender al Estado* (2020), nos hemos propuesto pensar: ¿Qué es la teoría de la dependencia? Cruces entre la economía y el Derecho medioambiental. La evolución y migración del concepto de “sustentabilidad” (medioambiental, devenida en sustentabilidad financiera). Análisis del texto de Fernando Henrique Cardoso y Enzo Faletto, *Dependencia y Desarrollo en América Latina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1977.

pensamos que eso se vincula al republicanismo. A la retórica. A las alusiones perdidas. Al sentido “común”. Al discurso público. a la participación ciudadana. Al humanismo “cívico”. A la responsabilidad “colectiva”. A la *Res* pública. A la cosa pública. A la Palabra. A la poesía “marginal” en un mundo de intereses y negocios “privados”, de libertad “negativa”. Coase. No Cicerón. Sarmiento defiende a Rousseau. Constant, Berlin, Oakeshott, lo cuestionan. Ganaron ellos. Ese “ellos” es el antecedente directo (el antecedente burkeano, el marco teórico antiliberal político) de Friedman. El neoliberalismo conservador. Crítico de toda “justicia social”. Para Friedman esta categoría no “sirve”. Es un error (que surge con el pensamiento cristiano, igualitario, ya que las almas son iguales ante Dios). Para Hayek, los Estados que la aplican, sencillamente, “colapsan”. Este es el lenguaje de las International Financial Institutions (IFI), este es el lenguaje del mundo financiero. Un lenguaje poco humanista. Muy eficiente. Poco “poético”. *Técnico*. Poco humano. Un lenguaje “idóneo” para la “Administración” técnica-eficiente. Para la burocracia. La poesía enfrenta todo este edificio. Expresa la tendencia contraria (a la tendencia de la “administración”). Por eso el poeta “incomoda”, “molesta” (Nussbaum dirá *subvierte*). Por eso la deformación del concepto “bardo”. Hacer bardo es (en este mundo que encarcela a Warren) hacer poesía⁴³. Pero entre nosotros significa “causar problemas”. El poeta “molesta”. El poeta “incomoda” con sus gestos humanistas, con sus actos demasiado “humanos”, poco “administrativos”, con sus actos tan poco “formales”, que no respetan —como las frazadas y el agua que dio Warren en un desierto, como Rackete, que salió con su barco a rescatar chicos en el océano— las “formas” “institucionales”, que son sin embargo tan crueles. Artaud dirá: el poeta está para eso⁴⁴. Para interrumpir un “proceso”. Para desordenar lo que se dice “ordenado”. Jura Soyfer se puso a hacer poesía en los campos de exterminio⁴⁵.

⁴³ Cuando decimos o pedimos sobre todo a los más jóvenes que no “hagan bardo”, pedimos otra cosa, vinculada, sin embargo, a la poesía. Poesía y política se cruzan, porque la poesía encarna, como decía Urondo, *la palabra justa*, que debe ser nuestra palabra como abogados.

⁴⁴ Artaud, A., *Carta a los poderes*, Argonauta, Buenos Aires, 1999.

⁴⁵ Soyfer continuó criticando el régimen nazi durante todo su encarcelamiento en Dachau.

Miguel Vedda, una de las figuras más destacadas del pensamiento argentino contemporáneo, no se equivoca al rescatar su figura. Es una de las pocas que quedan. Una de las últimas voces. Frente al edificio enorme de la “administración global”. Frente a la emergencia (antipoética) del Derecho administrativo “global”, tenemos la otra cara, la otra “emergencia”: la crisis del paradigma humanitario, la crisis de la ayuda humanitaria más básica (¡vista como un delito!, como “bardo”, como “subversión” de un “orden...”)⁴⁶. Más “poética”. Con sus gestos más “humanistas”. Más “humanos”. Menos “formales”. Menos “administrativos”. Soyfer hoy es Warren. Los dos fueron acusados por “criminales”⁴⁷. Tratados como tales.

Por eso Lyotard propone que les cambiemos el nombre a los derechos humanos⁴⁸. Que cambiemos de categoría. Que los comencemos a llamar de otra forma: “los derechos del otro”. No se equivoca Lyotard. Porque lo humano es muy vago. (Hasta Hitler podía decir que operaba en defensa de los derechos de los que él llamaba o consideraba “humanos”; lo que Hitler no podía decir nunca es que actuaba en defensa de los “otros”, porque todo su plan apuntaba a anular a cualquier “otro”, era un mundo sin “otredad”; por eso Levinas apoya esta idea, la diferencia, la otredad como base de cualquier ética⁴⁹). Lo que representa el “otro” (migrante, desclasado, el que no es como “yo”) es mucho más claro. Mucho más preciso que el ideal de la “humanidad”. Más convocante. El “otro” nos interpela. La “humanidad” no tanto. El otro está ahí. Delante de mí⁵⁰.

⁴⁶ Esto también expresado en el lenguaje cotidiano, demostrando la discriminación y opresión a las minorías, como “Qué quilombo”, “Qué bárbaro”, “Se le salió el indio”, “Qué villero”, “Qué maricón”.

⁴⁷ No se equivoca el diario *The New York Times* cuando advierte contra el fascismo creciente en la capital mundial de la democracia y las libertades civiles.

⁴⁸ Esta es la secuencia que parece haber seguido este concepto. Derecho humano. Derecho fundamental. (*Grundrechte*) Derecho básico. Derecho del “otro”.

⁴⁹ Levinas, E., *Ética e infinito*, Antonio Machado libros, Madrid, 2005. Tampoco es un accidente que Emanuel Levinas rescate la figura de Paul Celan, en su discurso *El Meridiano* (1960) al recibir el premio Büchner.

⁵⁰ *Others*. En muchos aeropuertos del mundo (sobre todo de Europa) se divide aún a la gente de la “no gente”, se divide a la gente de los “otros” (*UE citizens* y “*others*” hacen dos “filas distintas”). No es sólo un problema menor o de “palabras” en un aeropuerto. En “otro” contexto, esa línea (es la lógica administrativa que

Donde hay (como proyecta UNICEF para la Argentina) 8 millones de chicos con hambre, revolviendo la basura para vivir (en el “granero del mundo”), no puede hablarse ya de un país con “doctrina”⁵¹. Tenemos que redefinir a qué llamamos *doctrina*.

Sostiene Pocock: “No pretendo utilizar la historia como modo de explorar esta crítica normativa, pero voy a investigar algunas consecuencias historiográficas del descubrimiento de que junto a la historia del liberalismo, que es un asunto de leyes y derecho, existió a lo largo de todo el período moderno una historia de humanismo republicano, en el cual la personalidad era considerada en términos de virtud”⁵². Esta distinción de Pocock tiene como contrapartida la asimilación (y yo agregaría: la reivindicación moderna) de la libertad negativa, que se inicia en autores “antirrepublicanos” (liberales, muy críticos de Rousseau) como Benjamin Constant. Como dirá Philipp Pettit en su trabajo sobre republicanism, Isaiah Berlin prosigue esta “tradición” de pensamiento (ciertamente maniquea), que descalifica cualquier aspecto “antiguo” de la libertad (como virtud... positiva-activa-participación) como algo “totalitario” y “comunista”, ya “pasado de moda”, como un ideal “viejo”.

En una revisión somera de la tesis de Pocock, parto del presupuesto inverso, entendiendo que gran parte de esta libertad “antigua” bien puede volver a reivindicarse hoy, en nuestra modernidad inacabada como “proyecto” ilustrado⁵³, sobre todo en tiempos de emergencia

divide personas “buenas” de “malas”, propias de “extrañas”) es la que organiza (en filas “distintas”) la vida y la muerte. Por eso parece tan importante la re-categorización que propone Jean-François Lyotard: cambiarle el nombre a los derechos humanos y empezar a llamarlos (porque no alcanza ya con llamarlos “derechos humanos”) “derechos del otro”. Poner al “*other*” en el lugar protagónico.

⁵¹ Por eso nos parece correcta y suscribimos la afirmación de la Dirección Nacional de Dictámenes de esta PTN, cuando sostiene en un documento reciente: “la búsqueda afanosa de una armonía entre el fundamento individualista de la libertad y las pretensiones igualitarias del Estado Social”. No podemos abandonar esa búsqueda ni solazarnos, como ha sido tradición entre nosotros, sólo en uno de sus extremos.

⁵² Pocock, J. A., *Historia e Ilustración. Doce estudios*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 330.

⁵³ Habermas, J., La modernidad, un proyecto incompleto, en *La posmodernidad*, coord. por Hal Foster, 2002.

sanitaria, cuando el lenguaje que apela a la “responsabilidad civil” (que parecía olvidado) ha vuelto, por las circunstancias extremas de la pandemia que vivimos, a escucharse en el discurso público y político: hoy se apela nuevamente a la madurez cívica, a la responsabilidad colectiva (e individual), al cuidado del “otro”, a la responsabilidad civil, aunque también se reconocen las limitaciones de esta apelación⁵⁴. A la “responsabilidad” de la ciudadanía. Hacía mucho que no se escuchaba este lenguaje. Hacía mucho que no se enfatizaba el compromiso con el otro como un “deber” de cuidado (republicano) y no sólo como una mera (y aislada, voluntaria, privativa de cada cual) cuestión de “solidaridad”. No estamos hablando de “solidaridad”. Estamos hablando de enorme *responsabilidad*. Estamos hablando de un deber irrenunciable en el que se juega la vida de otro. No es un juego. Sólo que no teníamos un “lenguaje” listo (lo contrario, más bien: *nuestro pobre individualismo*, en la expresión de Borges) para abordar este escenario crítico: el neoliberalismo nos había dejado sin defensas. No sólo sin sistemas sanitarios (desfinanciando la salud pública perdimos nuestra “libertad”), sino también sin un “lenguaje” real y capaz sobre lo colectivo, y lo público como un “compromiso” real. No teníamos ni un lenguaje (a lo sumo tenemos una cultura de la “solidaridad” fragmentada). Hasta eso había desarmado el neoliberalismo. Nos dejó sin camas en los hospitales (gestionados de modo “eficiente”). Pero también nos dejó sin Palabras. Sin sentido “común”. Sin *responsabilidad*. (A lo sumo nos dejó con la “responsabilidad social empresarial”). Creo que esto es lo que se juega en el fondo del “humanismo cívico”, que no por casualidad remite a Cicerón y a los albores de la retórica: de la palabra, de la poesía genuina. Del canto de amor y cuidado concreto hacia un otro. La palabra es, en rigor, otredad. Nace para otros. No para uno. Por eso en un sistema hiperindividualista (donde el otro desaparece, donde nos aprovechamos de los otros, donde el otro es un “recurso” humano, una cosa, un sujeto explotado) desaparece también la palabra, la poesía, la retórica, bases de todo humanismo. Por eso el sistema neoliberal (poco humano) que desfinancia la salud pública (como “coste”) descarta también esta palabra (la poesía), como un preciosismo “vano” y, además, “antiacadémico”. La poesía social es la base del pensamiento

⁵⁴ “Los límites de la apelación a la responsabilidad individual”.

republicano serio. Es su primera manifestación. Su primer “relato” épico. Su voz. Su guía. Aristóteles⁵⁵. La marginalidad de la poesía es cualquier cosa menos un “accidente”.

Esta apelación es una forma discreta de volver a poner sobre la mesa no la libertad negativa, como mera *no interferencia* moderna, sino la libertad positiva, centrada en la forma de participación ciudadana *activa* en el *cuerpo social* (la metáfora de cuerpo social, a su vez, como recuerda Skinner, es una metáfora típicamente republicana). Precisamente porque ya no importa sólo el individuo (moderno, con su consumo o negocio “privado”, que se defiende ante la “interferencia” del Estado...), sino que pasa a importar de nuevo lo colectivo, que se vuelve a priorizar sobre el individuo, el discurso republicano vuelve a emerger, precisamente en medio de una pandemia, en que la sociedad se ve forzada (por cuestiones de salud pública) a ser tratada como un “todo” y no como un mero rejunte de “átomos” aislados, individuales, “privados” (diríamos, átomos “liberales”⁵⁶).

Pocock entiende que hay dos vocabularios para el pensamiento político que son discontinuos entre sí, aunque a veces se los asimila (en exceso): el vocabulario jurisprudencial y el lenguaje republicano. Tratemos (y tratamos) de no confundirlos.

Pocock interroga “el papel del Derecho en la formación de los aspectos políticos de la mentalidad occidental”⁵⁷. El acontecimiento central en esta historiografía reciente, que Pocock quiere indagar, y abordamos aquí de modo breve, ha sido el papel crucial que se le ha otorgado a lo que, según distintos términos, se llama humanismo cívico o republicanismo clásico, en las obras de autores como Hans Baron y Quentin Skinner.

Pocock quiere colocar el humanismo cívico al lado de lo que denomina humanismo filosófico y jurídico, sin confundirlo con este último. Precisamente el término “republicanismo” podría ayudar a aunar estos

⁵⁵ Nussbaum, M., *La fragilidad del bien: fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Machado Libros, Madrid, 2015.

⁵⁶ Bobbio, N., “El modelo iusnaturalista”, en *Thomas Hobbes*, FCE, Buenos Aires, 1998.

⁵⁷ Pocock, J. A., op. cit., p. 321.

conceptos. Pocock intenta impugnar a quienes pretenden trazar una discontinuidad profunda entre el republicanismo (vida civil) y el humanismo filosófico. Pero quiere precisar las distinciones entre el lenguaje legal, de la jurisprudencia (“moderna”), frente al lenguaje republicano, que es, ante todo, un lenguaje civil, no legal, o no primariamente *jurídico*. Aparecen, pues, en este derrotero, afirma el autor, dos lenguajes: el lenguaje de la virtud republicana y el lenguaje de la jurisprudencia.

Lo que nosotros podríamos decir es que el lenguaje de la jurisprudencia no sólo no es ya (hoy) “republicano”, sino que, a la vez, y dándole toda la razón a Pocock, tampoco es por momentos un lenguaje siquiera “humanista”⁵⁸. Esto le da —por la negativa— la razón a la tesis de Pocock: no parece haber una “discontinuidad” radical entre ambos lenguajes. Pero tampoco parece haber ya lugar alguno para la virtud en el Derecho (“administrativo”). El Derecho parece haberse “administrativizado” en exceso. En todas sus esferas. Ninguna parece haber escapado a este fenómeno de reducción “eficiente” y administrativa. Por eso la filosofía ya no importa, tampoco (o mucho menos) la poesía. Porque están muy lejos de este fenómeno. También la literatura. Y las ciencias sociales. Parecen ya “sapos de otro pozo” frente a un mundo que se parece cada vez más a lo “administrativo”. Un mundo que se parece cada vez más a la prosa de Kafka. A los procesos oscuros (sin garantías) en los que ya

⁵⁸ Nussbaum, M., *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life* (Alexander Rosenthal Lectures), Beacon Press, Cambridge, 1998. La tecnificación del campo jurídico (de todo derecho “administrado” y “administrativo”) ha ido recortando cualquier aspecto poético-humanista y esto se asocia a otra demanda: la falta de “justicia” en nuestra sociedad tan “técnica” y fría... tan indiferente. Como diría Nussbaum: una sociedad incapaz de sentir “emociones”. Precisamente esa sociedad fría, indiferente (que Bauman y Adorno retratan tan bien), es la sociedad de individuos aislados (donde todo se instrumenta) sin deberes recíprocos, “republicanos”. Es la sociedad donde no hay sujetos “responsables”, sino consumidores aislados. Privados y solos. Individuos. No comunidad. A lo sumo se habla de comunidad “de negocios”, de comunidad “Movistar”. No hay otro sentido para la palabra “comunidad”. Es un sentido privado. No público. Un “negocio”. A eso queda reducida la “república”. La *res* pública. A una mercancía. No es casual que muchos bancos privados (como el HSBC) promocionen en Pinamar y Cariló un “verano epicúreo”. Epicuro era el filósofo del hedonismo privado (atomista) antiparticipación pública, de “retiro” de las esferas de participación colectiva a los “jardines privados”; mientras la polis griega se derrumba. Se desintegra la “política”.

no se sabe dónde nada termina. Lo kafkiano refleja, de hecho, lo administrativo. Esa es la imagen actual del Derecho administrativo. Sólo que nos referimos al Derecho administrativo no como una “rama” o “parte” o campo dentro del Derecho. Sino como fenómeno de administrativización genérica, que es muy diferente. Es allí donde entra la filosofía. Para advertir esta reducción administrativa. Esta “administrativización”. Por eso Adorno sitúa a Kafka en el pináculo de nuestra era. Nuestro mundo es su literatura, una prosa que Brod salvó del fuego.

Maquiavelo, según Pocock, no era inocente ni podía serlo. Su silencio sobre “el lenguaje de la jurisprudencia” (o el Derecho natural), entonces (sobre todo en su obra más “republicana”), es deliberado. Allí radica lo esencialmente “moderno” de su pensamiento político. Su ruptura. Maquiavelo, como observan Pocock y Berlin, ni siquiera menciona ese concepto, recuerda Losada en este número, que es tan determinante para el pensamiento jurídico: el Derecho natural. Me parece importante este aspecto, ya que el Derecho natural podría vincular las dos tradiciones: republicana y liberal. Ya desaparecido, podemos darle a ambas tradiciones relativa autonomía. Una es civil; la otra, judicial y jurídica. Una se expresa (la liberal), con Hobbes, mucho mejor a través del Estado. La otra, la republicana, parte del compromiso ético de cada ciudadano —del amor de cada uno— con su ciudad y las demás personas, trascendiendo por mucho al Derecho, que queda, en todo caso, como una ética de mínima. Casi “formal”.

Había una diferencia profunda, afirma Pocock, entre el contexto jurídico y el contexto humanista para entender el concepto de libertad. No son idénticos los significados de “libertad” que se desprenden de ambos. El autor recupera a Hexer, que divide libertad positiva de libertad negativa, algo que también recupera Pettit, citando (y también cuestionando) la distinción de Isaiah Berlin.

El Derecho pertenece más al imperio que a la República, dice Pocock. Una frase admirable. En la república predomina el humanismo cívico: no la imposición “jurisprudencial” para el hombre “civil”, para quien que le impongan “sus deberes” (hoy hablamos de “cargas... públicas”, del “costo” o presión... del Estado que “interfiere” en mi “vida” privada) no deja de ser una afrenta (en la antigüedad, quien se concentraba en lo privado, de espaldas a la participación pública, donde estaban los honores, era llamado “idiota”). La libertad del “burgués” no alcanza o

no basta para hacer de él un ciudadano en sentido griego⁵⁹, es decir: para entender la implicancia de *la libertad* que tenía (mucho de lo que hoy llamamos “costo”, “carga”, “interferencia”, “molestia”, “perturbación”, “presión”, era antes un “honor” y un “compromiso” ciudadano “humanista” cívico básico, elemental) un ciudadano griego, dice Pocock.

Se dice que Rousseau era un pensador “conservador”. Podría tener este sentido: él defiende la libertad positiva, “jacobina”, “populista”; Constant dirá la libertad en sentido “antiguo”. La libertad en el sentido “griego” (Jaeger, en *Paideia*, ya nos muestra cómo los antiguos aprendían antes “retórica” que legislación; en esta misma estela republicana se manejan los autores contemporáneos que reivindican la retórica, incluso la poesía, que es la base de cualquier humanismo cívico). De ciudadano griego (los niños griegos aprendían primero a recitar las poesías de Homero, sólo después comprendían las leyes y aprendían a repetirlas⁶⁰). No de mero “burgués” que hace sus negocios privados y “modernos” (individualismo desigualitario: pensemos bien en los jardines de Epicuro, en el retiro de lo público, un autor atomista equívocamente ponderado por Séneca. No deja de ser una curiosidad este elogio. No puede haber más distancia entre Séneca y Epicuro).

“La presentación jurídica de la libertad era, por consiguiente, negativa, distinguía entre *libertas* e *imperium*, libertad y autoridad, individualidad y soberanía, privado y público”⁶¹. En cambio, el vocabulario republicano contrasta con la “presentación jurídica de la libertad”. El vocabulario republicano, humanista (empleado por los dictadores antiguos, por los “retóricos”⁶²), articulaba la concepción *positiva* de la

⁵⁹ Pocock, J. A., op. cit., p. 323.

⁶⁰ Hoy, a la inversa, el “sofisma” es visto negativamente, como la retórica.

⁶¹ Pocock, J. A., op. cit., p. 324.

⁶² Hoy también la retórica es vista como sinónimo de una mentira, de una farsa, de un engaño: tiene una connotación peyorativa. Una defensa “retórica” se asocia a una defensa falaz, sin sustento. Lo mismo sucede con el concepto “verso”, que no asocia ya a poesía, sino a engaño, mentira, falta a la verdad. Un “verso” es decir un engaño. No una poesía... Hacer “bardo” no es ya defender la poesía como base humanista del sentido “común” (Protágoras, base de cualquier humanismo cívico, previo a toda ley), sino causar un “problema”; contaminarse con ideas “políticas”... Todo esto tiene un corolario negativo, y conduce a ver a la política, a la participación pública en la polis (base de la *res*

libertad: sostenía que el hombre sólo se realizaba como tal (Aristóteles sostiene este argumento) en la vida *activa* en el interior de una comunidad (cuerpo libre, Estado soberano, vida justa: tres pilares que Aristóteles vincula a la noción misma de Palabra; el hombre es el único animal que puede decir con palabras lo que es justo y lo que no, sostiene el estagirita). Libertad de restricciones a esta participación política activa. Eso es la libertad republicana. La libertad jurídica, en cambio, moderna, es una regulación del comercio privado y no mucho más (misma tesis de Constant). La primera es comunitaria, colectiva, libre; la segunda, en cambio, es individual, privada. Son dos “libertades” distintas. Una (para Constant) es “antigua”. La otra (la jurídica... que favorece el comercio privado) es “moderna”.

VIRTUD COMO FORMACIÓN CIUDADANA. LA EDUCACIÓN CÍVICA

La virtud republicana comportaba relaciones de *igualdad* que de hecho planteaban exigencias “extremadamente severas” sobre el individuo (pero presuponiendo que el individuo estaba *formado* para participar de tal ciudadanía).

Esta *formación* (pienso en la *Paideia*, de Jaeger), precisamente, cierra el círculo planteado por Pocock: no es el Derecho (tampoco la jurisprudencia, incluso en el mundo anglosajón) el que “forma” a los ciudadanos: es, por el contrario (y es allí de donde emerge esa “formación” civil), la virtud republicana. Y esa virtud —y ese humanismo clásico y cívico— tenían que ver, como recuerda ya Protágoras en

pública, de lo común) como algo negativo: la política como algo malo, como terreno de la “corrupción”. La política en sí misma como una actividad “corrupta”. Este es el pensamiento del Proceso, que nos quería salvar de los males “políticos”, los males (y peligros...) de la participación en “política”. Donde hacer poesía es, a su vez, como cualquier sofisma, hacer “bardo”. Donde es mejor que “no te metas”. Y que te calles la boca. Toda esta deformación conceptual (antirretórica, antihumanista, técnica, de despolitización del Derecho y de la Economía, ya que desaparecen en esos años oscuros tanto la Economía “política” como el Derecho “político”, que se remplaza por la más formal “Teoría” del Estado...) está lejos de ser un accidente antipoético. Antihumanista. Antiparticipación en la “polis”. Jóvenes callados. No jóvenes que hagan “lío” en la política. Jóvenes sin voz. Sin poetas (*res-publicanos*).

Grecia, con la poesía (la retórica... republicana, antigua) antes que con las leyes, que aparecen en un segundo lugar. No en el primero, donde aparece la base de todo “humanismo” cívico: la Poesía. la Palabra. La virtud. No la ley. Por eso, acaso, Maquiavelo, un republicano (en su *Discurso sobre la primera década de Tito Livio* y en sus obras), no se detiene tampoco en ese concepto tan determinante para la historia del pensamiento político: la ley natural. La modernidad de Maquiavelo radica en que ha dispensado al análisis político del vocabulario “legal”. El Derecho “no forma” a los ciudadanos. Al contrario: “recepta” esa formación, que precisamente el naturalismo historicista presupone “previa al Derecho” (conocido por todos), porque ya estaría ubicada en algún lugar más profundo y más real de la “conciencia” o de la Razón de cada persona autónoma. Pero si esto fuera así, entonces no haría falta un lenguaje “republicano” para reforzar lo que cada persona ya sabe o sabría *per se* (conciencia jurídica personal; lo que Feuerbach padre llamó “razón práctica jurídica”). Precisamente, como ese Derecho “natural” no existe, Maquiavelo se detiene en un análisis netamente político (y netamente *republicano*) del Estado (formador de *ciudadanos responsables*, comprometidos con la defensa de su misma ciudad). El Derecho aparece, frente a este discurso (*res publicano*), como un vocabulario diferente, más “técnico”, pero que no “forma” ciudadanos, porque de hecho, históricamente, el Derecho es *consecuencia* más que *causa* de esa formación “inherente” (*res publicana*). El Derecho positivo simplemente traslada al papel y ordena preceptos “naturales”. Pero si ese Derecho “inherente” y “natural” desaparece —se desdibuja—, entonces la participación social debe pensarse y edificarse sobre nuevas bases sociales y políticas: el único camino que nos queda, entonces, para un análisis realista, es el vocabulario de la República. No el lenguaje del Derecho o de la jurisprudencia (que además están, como muchos discursos liberales, ubicados siempre muy por encima del pueblo). Con esto quiero decir que precisamente Maquiavelo, como en su análisis realista *no considera* el concepto de Derecho natural, no puede no convertirse, al final, en un pensador republicano.

Sólo entonces puede entenderse esta expresión de Pocock: “Empieza a parecer como si la tendencia característica de la jurisprudencia fuera rebajar el nivel de participación y denegar la premisa de que el hombre

es por naturaleza político”⁶³. (Algo que Aristóteles, que defiende el ideal comunitario en la polis griega, daba por descontado: sólo se es autónomo en la polis, sólo se es “hombre” en la ciudad... nunca “fuera” de ese “cuerpo” social, nunca “solo”, como “individuo”-átomo). Algo semejante a lo que afirma Benjamin Constant, en su célebre discurso sobre las libertades modernas y antiguas⁶⁴.

La frase de Harrington sobre los buenos órdenes y sus leyes recuerda la frase de Rousseau sobre la necesidad de forzar (y enseñar) a los hombres a ser libres (“los buenos órdenes hacen a los malos hombres buenos...”). Precisamente, como se parte (como afirma Skinner) de la metáfora no individualista (de átomos libres) de “cuerpo social”, es que la ley no es un mero instrumento de “resolución” arbitral de conflictos (privados... como es hoy, en el Derecho comercial y “moderno”, al decir de Constant), sino “órdenes” imperativas para el ejercicio colectivo o comunitario de la virtud cívica.. El Derecho (contemporáneo, neo-liberal) como “resolución o arbitraje” de conflictos privados, es un Derecho técnico volcado hacia lo comercial, que deja de lado cualquier atisbo o recuerdo lejano de lo que fue algún día la “virtud” (cívica). El Derecho contemporáneo, tan atado a la mediación privada y al arbitraje (de sectores con acceso a estas instancias formales), parece reforzar la tesis de Pocock. El abismo entre república y Derecho, entre Derecho y virtud, entre *res* pública y comercio privado, es cada vez más grande. Por eso hace falta volver a abordar, ante esta sociedad “atomizada” (de átomos libres, que tanto gustaría a Epicuro) y ante este Derecho (técnico), el ideal del “humanismo cívico”, que va de la mano de recuperar, frente al imperio de lo individual (hedonismo atomista de Epicuro), la importancia de lo “colectivo”, de la salud “pública”, comunitaria, no sólo individual. Nuestro Derecho, que se parece tanto a este Derecho “comercial” (o administrativo, que resuelve “disputas privadas”, comerciales las más de las veces), se parece demasiado a este medio “técnico” (eficaz...) sin ningún registro “cívico” ni social de ningún tipo, sin ninguna vinculación —como dice Galanter— con el

⁶³ Pocock, J. A., op. cit., p. 327.

⁶⁴ Constant, B., *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, París, 1819.

“humanismo” o —peor o más paradójico aún— con la “justicia”⁶⁵. Con cualquier noción de Justicia. (Por algo se puso de moda en las aulas de Abogacía el enfoque “económico” del Derecho, *Law and Economics*, Posner, Coase, etc.; esta moda no es un “accidente” liberal, pero sí es un accidente “poco republicano”). Nuestro Derecho ha seguido este camino “eficiente” (privado, arbitral, de mediación) que se ha alejado de todo “humanismo cívico”, de todo candor “republicano” colectivo. De toda “literatura” (de todo “humanismo”, de toda “retórica” vista como cosa de “dictadores” totalitarios... de toda “poesía” peligrosa, vista ahora ella también como un “bardo”, como “problema”, de toda virtud). En rigor, como expresa Pocock, nunca lo tuvo. Expresan dos tradiciones diferentes. Esto para los abogados representa en cierto sentido una “novedad”: porque solemos pensar que el Derecho “perdió” eso que —como nos muestra agudamente Pocock, en rigor, o tal vez— el Derecho nunca tuvo: virtud republicana. La virtud *trasciende*, en consecuencia, a las leyes. El bien común, la virtud, no se inventan ni se generan (ni se enseñan, ni se transmiten, como los griegos sabían bien) “por decreto”. No se construyen desde la jurisprudencia. Se construye desde el humanismo. La diferencia entre Ética y Derecho entra así en un terreno complicado: separados por un abismo que se hace cada vez más difícil de franquear. Y que acaso no pueda ser (legalmente) franqueado. Por eso el Derecho moderno, en la línea de Constant, es cada vez más “técnico”, cada vez más “económico”, cada vez más parecido al “arbitraje”, menos virtuoso. El Derecho mismo es algo cada vez más privado. Poco “público”. Lo “público” queda del lado del humanismo cívico, no del lado de la *ley*. Queda del lado de la tan denostada (injustamente denostada) “política”. Que se parece cada vez más a una ley (no como pensó Rosas el título de su último libro, recuerda Ernesto Quesada) privada, no pública. Lo público queda, pues, del lado republicano. No del lado de la jurisprudencia. La *res pública* trasciende así a las leyes. Y se acerca, como quiere Martha Nussbaum (que recupera a Aristóteles), a la palabra, a la poesía antigua, al discurso “humanista” (retórica) originario. Previo a cualquier norma legal. Previo a cualquier ley. La poesía (Aristóteles dirá,

⁶⁵ Galanter, M., *Loweing the bar. Legal jockes and legal culture*, Wisconsin University Press, 2001.

secamente, *la palabra*), base de toda *res* pública. La oratoria⁶⁶. Base del tejido social “comprometido” recíprocamente. Sólo así se generan individuos y ciudadanos “responsables”. Con sentido de “comunidad”⁶⁷. Con sentido “común”.

“La ley de una república [...] era mucho menos *regulae juris* o modos de resolución de conflictos que *ordini* u ‘órdenes’: eran la estructura formal dentro de la cual la naturaleza política se desarrollaba hacia su fin inherente”, nos indica Pocock. El eco de Aristóteles es claro.

“Dado que la ley pertenece más al imperio que a la república, su atención está dirigida al *commercium* antes que a lo *politicum*. A medida que la polis y la *res* pública declinaron hacia el nivel de la municipalidad, sucedieron dos cosas: el universo quedó impregnado por la ley (cuya soberanía tenía un lugar extra-cívico) y el ciudadano vino a ser definido no por sus acciones y virtudes, sino por sus derechos en y sobre las cosas”. La jurisprudencia tiene mucho que ver con este proceso (de “comercio” creciente, de privatización, donde lo individual y privado —los “negocios” personales— se imponen poco a poco al “discurso público” y republicano, humanista, que hacía eje en lo colectivo, es decir, en la virtud... en la poesía, vista ahora como veleidad sin sentido concreto). La tesis de Pocock no es muy distinta de la tesis de Constant. Pero también se aproxima a las críticas de John Finnis o Mary Ann Glendon cuando impugnan el excesivo uso del “lenguaje de los derechos” y la práctica y total (o progresiva, pero compatible con lo que venimos analizando) ausencia, como contracara, de cualquier noción básica o mínima de “deber”, hoy del todo inexistentes. Este “vacío” se explica, precisamente, por una ausencia: la ausencia de un discurso que trasciende la jurisprudencia y el Derecho (liberal, centrado en lo individual, anulando cualquier atisbo “colectivo”), el discurso republicano (“discurso comunista”), de donde emergen no sólo derechos, sino

⁶⁶ Foucault. M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1996.

⁶⁷ Sentido “común” que se desdibuja poco a poco con el individualismo exacerbado, desenfreno hedonista del consumo privado. El voto político (la lógica de la polis, que era una lógica *pública*, donde el otro importa tanto como yo), incluso en la retórica contemporánea, se asimila a la lógica privada del voto-consumo en el mercado. Así el interés (privado) se impone a cualquier ideal (público y político).

también, o sobre todo, *deberes*. Deberes colectivos. Deberes “defensivos” (Maquiavelo), deberes de “participación” colectiva, de “virtud” cívica y social. Hoy todo ese lenguaje parece perdido. No se escucha. Lo que era un deber, una “virtud”, un “honor” antiguo, “clásico”, hoy es una “carga”, un “costo”, una perturbación, una intromisión, una interferencia: una “molestia”. Porque el individuo aislado ocupa ahora la cúspide. Y todo lo que lo “moleste” o lo “perturbe” (sean compromisos, voluntariado, impuestos) no queda, como sí queda(ba) en la “madurez republicana y cívica”, justificado. Parece mera “poesía”. (Como palabra sin valor... una nota de “color”, que denota algo negativo, fútil, no importante, sino un “verso”, un “chamuyo”). Se ha invertido el orden de los factores. Por eso se deforman los conceptos (¡un verso denota una mentira; hacer bardo, causar un problema!). Ahora la prioridad no es de la sociedad. Es de cada “individuo” aislado y solo. Al margen de cualquier “cuerpo social”. Este discurso se quiebra con la crisis de la salud pública, que pone en evidencia las graves fallas —falta de cimientos— de este modelo neoliberal atomista, centrado en el comercio privado (antipoético, antihumanista, retiro de la sociedad “pública” que queda “afuera” del barrio cerrado) como base de todo “progreso” social. Hoy ese modelo, en una crisis de salud pública (la desinversión “eficiente” en salud pública), ha jaqueado, paradójicamente, nuestra *libertad* personal. Por eso es importante volver a recuperar nuestros deberes. Volver a recuperar nuestra *palabra*. Nuestra *poesía* social. Nuestro “relato”, nuestra “épica” republicana. Por algo Piglia reivindicaba este concepto de los ataques infundados contra la Memoria. Nada es casual. Piglia era un gran escritor. Entendía lo que jugaba en el “medio” de esa crítica. Había leído y entendido a Lucács en sus debates sobre realismo con Adorno, que defendía a Paul Valéry. Piglia entendía lo que se jugaba en estos debates “literarios”. Sobre “Literatura”. Sobre “notas de color”.

En sus *Ensayos políticos*, donde analiza (negativamente) la herencia de Bismarck en Alemania (ya que este habría dejado un país sin parlamento y sin cultura política), Max Weber sostiene: “Sin embargo, lo específico del capitalismo moderno —en contraposición a todas esas formas arcaicas de lucro capitalista—, es decir, la organización rigurosamente racional del trabajo sobre la base de una técnica racional, no ha surgido, ni podía surgir tampoco, en ninguna parte,

en el seno de un sistema estatal construido de manera tan irracional. Pues estas formas de explotación modernas, con su capital inmovilizado y su cálculo exacto, resultan demasiado sensibles a cualquier irracionalidad del derecho y de la administración. Sólo podían surgir allí donde, o bien, como en Inglaterra, la configuración práctica del derecho se hallaba realmente en manos de los abogados, que idearon para sus mandantes, esto es, para su clientela capitalista, las formas jurídicas apropiadas de gestión comercial, y de entre los que salieron luego los jueces que se ceñían estrictamente a los ‘precedentes’, o sea, a esquemas calculables, o bien donde el juez, como ocurre en el Estado burocrático con sus leyes racionales, es prácticamente una máquina automática de artículos jurídicos, en la que se introducen por arriba las actas y los costes y demás tasas, y sale luego por abajo la sentencia acompañada de los argumentos más o menos sólidos en que se basa; el funcionamiento es, en todo caso, en general calculable”. Para Weber el Estado moderno se gestiona como se gestiona cualquier “empresa” (las comillas son del autor).

Más representativa para nuestro trabajo (que contrapone en última instancia Derecho y Virtud) es, en consonancia con lo anterior, una elocuente nota al pie que desliza Weber, en la que, en su afán por explicar y legitimar la evolución racional del comercio moderno, defiende una tradición jurisprudencial diferente a la elogiada por Maquiavelo y Skinner, que rescatan, como vimos, la importancia del Derecho (y del ideario cívico) romano. La técnica económica es afín a la idea de burocracia moderna. “Está a la altura de la escuela de párvulos la típica idea diletante de los ‘intelectualoides’ de que el Derecho romano propulsó el capitalismo. Cualquier estudiante está obligado a saber que todas las instituciones jurídicas características del capitalismo moderno, desde las acciones, los títulos de renta fija, el Derecho hipotecario, la letra de cambio y toda clase de documentos mercantiles, hasta las formas de asociación capitalista en la industria, en la minería y en el comercio resultaban absolutamente desconocidas en el Derecho romano, proceden de la Edad Media y son en gran medida de origen específicamente germánico, además de que el Derecho romano nunca consiguió arraigar en Inglaterra, la madre patria del capitalismo moderno”. (Esta acotación avala, por la vía negativa, lo que Pocock reivindica positivamente, separándose de Constant y Berlin). La ausencia de grandes

gremios nacionales de abogados —que en Inglaterra se opusieron al Derecho romano— y, por lo demás, la burocratización de la actividad judicial y de la administración estatal allanaron en Alemania el camino al Derecho romano⁶⁸. Para Weber —como para Coase, medio siglo más tarde— todo —o casi todo— se basa en un “cálculo de costes”. El Derecho queda, como vemos hoy (con Posner) reducido a ser parte de ese “cálculo”. El Derecho se muestra incapaz (en parte por carecer de una filosofía propia; el *tecnicismo* nos ha privado, como abogados, de detenernos en esto) de trascender esa lectura económica⁶⁹.

Respondiendo a Max Weber, podemos decir, sin ser “intelectualoides” ni “párvulos”, que al rescatar el Derecho romano (precisamente que “no está en la base del capitalismo moderno”), rescataremos no el capitalismo moderno, sino una idea de libertad republicana que trasciende la eficiencia acotada. Es decir, se pondera al Derecho romano por no ser eso que Weber alega que (para rescatarlo) se confunde. La confusión quita el mérito al ideario romano sobre la vida civil. No al revés.

El incisivo texto de Ronald Coase (*El problema del costo social*) es una piedra fundacional de una corriente fuerte que debe ser —como la división libertad positiva/negativa de Constant a Berlin, impugnada con razón por Philip Pettit— discutido y puesto sobre la mesa. Todos estos núcleos temáticos van de la mano. Impregnan y condicionan nuestra coyuntura política. Orientan nuestros discursos públicos. Construyen un marco teórico. Delimitan lo que podemos decir. Delimitan, incluso, lo que podemos pensar. Cuesta romper un marco teórico (un cerco, dirá Ricardo Levene). Cuesta mucho pensar por afuera. Se nos empiezan a acabar las palabras y los parámetros cuando lo hacemos. Pero es la única forma de no repetir siempre los mismos errores. Discutimos con el economicismo jurídico de Coase y de Posner porque entendemos que el “humanismo cívico” (republicanismo, dirá Pocock) ha perdido mucho terreno. Y en parte lo ha perdido so pretexto de construir un Derecho más “eficiente”. Para millones de argentinos, esa “eficiencia” ha significado pobreza. No desarrollo. Menos “humanismo”. Menor

⁶⁸ Weber, M., *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 130-131.

⁶⁹ En la estela de Max Weber, que inicia el análisis estadual de la burocracia moderna, se suele hablar, como hacía Rafael Bielsa, de Derecho administrativo y de “Ciencia de la Administración”.

“humanidad”. Menos palabra. menos “retórica”. Menos Nussbaum. Menos poesía. Menos Justicia: menos Aristóteles. La “poesía” (frente al Derecho administrativo) deja de ser una “veleidad”, como vemos. La reivindicación de la poesía tiene de pronto un costado estrictamente “analítico”. Netamente teórico. La retórica y el humanismo cívico y republicano van —como Coase, Posner, Constant y Berlin— de la mano. Tratamos de mostrar mejor esas uniones. No siempre las vemos. No siempre se muestran. Berlin es a Coase lo que Aristóteles a Nussbaum: lo que el “humanismo cívico” (literatura, poesía, Derecho unidos) es con la retórica (Cicerón) y el republicanismo: el discurso republicano no se “separa” entonces de la poesía épica (la oratoria de Cicerón es la base de toda *res* pública y de todo humanismo cívico). Por eso Pocock separa este discurso precisamente de las normas jurídicas. Hay dos lenguajes. Uno es el lenguaje de la jurisprudencia, nos dice Pocock (el lenguaje liberal), otro es el lenguaje de la virtud. Entonces, acaso, no es que el Derecho haya ido “perdiendo” cotos de justicia o humanismo (como repetimos a menudo), sino que, acaso, diría audazmente Pocock, nunca los tuvo. ¿Le estamos pidiendo algo al Derecho que no puede dar?

Pocock subraya que era en la república —y no en el imperio— donde retórica (insistamos, con Nussbaum, en este punto “secundario”, ya que Retórica se asocia a Poesía, y ambas a “humanismo cívico” más que a Derecho positivo, un proyecto deshumanizado, y una ley deshumanizada, como dice la autora, la *res* pública es la base —el foro— de la “palabra”, de la retórica, de los sofistas, del “estilo”, previo a toda “ley” fija, antidiscurso, como dice George Steiner, citando a Savigny, un jurista romántico, crítico de cualquier codificación civil estrecha) y jurisprudencia solían convertirse en “enemigas”. Esta observación de Pocock parece tal vez menor. Pero nos resulta fundamental. Porque la retórica es la base (como dicen Cioran, Baudelaire, etc.) del humanismo “cívico” y social. De la libertad “antigua” (dirá Constant). Del humanismo o la virtud “clásicos”, hoy desdibujados (a medida que se “privatiza” y tecnifica el Derecho⁷⁰). Por eso, leyendo a Pocock,

⁷⁰ Por eso Nussbaum (entre nosotros, Enrique Marí) impugna, en su reivindicación “literaria” de las emociones en la práctica profesional del Derecho, el enfoque predominante y técnico (afín al positivismo “ciego”): el análisis

percibimos que cuando se plantea volver a “humanizar” el Derecho actual (poco “humano”, tan “administrativo”, tan dado al “comercio” de la “res”, de cosas materiales, no de la “res” pública, que tenemos hoy), percibimos que esto que pedimos puede ser, o implicar, en el fondo, una *contradicción*. Podemos preguntar, entonces, si existe realmente, a la inversa, un modelo distinto para el Derecho que no sea el Derecho administrativo. El Derecho “eficiente” y “técnico”. ¿Qué diría Adorno sobre esta escueta palabra, sobre este “modelo” para todo el Derecho, sobre este “Derecho administrativo”? Adorno fue y vino precisamente con una pregunta paralela: si era posible —o ya no— la poesía. La contracara de la poesía puede ser lo que representa en grado sumo el Derecho “administrativo”. Es el mejor ejemplo de lo que Adorno llegó a temer tanto. La administrativización de todo el Derecho. Por eso escoge —y no por otra razón— a Kafka. Kafka es un “paradigma”. Procesos interminables. Donde ya nadie sabe ni qué se debate ni de qué se lo acusa. La caída en el “proceso” es la condena misma. Algo muy presente para los argentinos. Con un poder judicial que ya tampoco condena. No se siente capaz de hacerlo. Pero que procesa en procesos que duran décadas, y que se instrumentan sin garantías, mancillando (de modo muy poco “republicano”, mancillando la Constitución liberal de Alberdi, que tiene un capítulo sobre Derechos y Garantías) el debido proceso. La reducción “administrativa” se observa, con todos sus riesgos, también en el campo penal. La “administrativización” es funcional al antigarantismo. Es otra de sus caras. Una de sus manifestaciones. Todo parece terminar siendo *Derecho administrativo*. Adorno escoge a Kafka. Y anula el lugar de la poesía por esto. Porque en el mundo kafkiano, donde Scott Warren es un criminal por llevar agua, no hay lugar para los poetas. No hay ningún lugar para la poesía. El “bardo” termina siendo algo “subversivo”. Hacer “poesía” en este mundo (hacer “humanismo cívico”) expone a que a uno lo traten, paradójicamente, o no tanto, como a un criminal. Como a un ser peligroso. Sarmiento dice *quijotesco*. La inversión no podría ser más grave. (*Hacer bardo* es y significa literalmente poesía; estas deformaciones conceptuales no son

económico del Derecho, presentado (con Posner a la cabeza) como único enfoque “eficiente”. Técnico. Y digno de “fe”. Nussbaum, M., *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Beacon Press, 1997.

accidentales, dicen mucho; pedir justicia es hacer “poesía”, es hacer, como dice Lemebel, retórica, oratoria, es salir a reclamar, alzar la voz, en la plaza, en la calle, es hacer “bardo”, causar problemas, poesía popular o social: ¿Qué otra cosa es el Derecho? ¿Cómo nace sino así?). Pero este es un Derecho que se aleja cada vez más de la Justicia (es decir, de su origen retórico, poético, “político”, de movimiento social “impuro”, del barro de la historia civil; es un Derecho que se formaliza, que se vuelve “lógica”). Por eso es un Derecho cada día más “técnico”, más “administrativo”. Más “eficiente”. Más frío. Más “puro”. Poco “humano”. Con poca retórica. Con poca “poesía”. Con poca “palabra”. La palabra “contamina” el razonamiento que se dice “lógico”. Un Derecho sin ningún humanismo “cívico”. Sin palabra. Sin lugar. Como dice Adorno: sin poesía. Sin poetas. Ya sabemos y hemos visto bien dónde termina —y cómo termina— este Derecho “administrativo”. Jura Soyfer. Paul Celan, cuya poesía rescata en último término Adorno, como la única posible. Pero Celan muere. Se quita la vida. Ese es el único poeta que queda en pie.

El encuentro entre Martin Heidegger (el maestro alemán, como lo llama no sin ironía Rudiger Safransky) y Paul Celan en Selva Negra, según Steiner, fue el encuentro capital en la historia del pensamiento, o al menos en la filosofía, del siglo xx. Muchas veces he pensado lo que nos deja en concreto a nosotros, como nueva generación (y no tan nueva ya), ese encuentro capital, tan trascendente⁷¹. Nos deja un filósofo, un gran pensador, acaso el mayor filósofo del siglo xx, que calla. Y un poeta que se suicida. Eso nos “deja” el encuentro más importante de la historia de la filosofía del siglo pasado. Nos es poco. (Por algo Paul Celan arranca así su discurso de 1960, *El Meridiano*, al recibir el premio Georg Büchner: “El arte es, ustedes lo recuerdan, un ser marioneta, yámbico-pentápodo, y —esta propiedad está refrendada también mitológicamente por la alusión a Pigmalión y su creatura— falto de hijos”⁷²). Hay muchísimas cuestiones por resolver en el amplio campo

⁷¹ Steiner, G., *Lecciones de los Maestros*, Siruela, Madrid, 2003.

⁷² Celan, P., *Der Meridian*, en *Gesammelte Werke in sieben Bänden*, Frankfurt am Main/München, Suhrkamp, 1986, pp. 187-203. (Se pregunta Celan: “*Und Dichtung? Dichtung, die doch den Weg der Kunst zugehen hat? Dann wäre hier ja wirklich der Weg zu Medusenhaupt und Automat gegeben! Ich suche jetzt*

del Derecho administrativo. Muchas. Sobre la *falta de hijos*. (En el final de este extenso y desordenado trabajo, y reivindicamos, en cierto sentido, su “desorden”, hablaremos de las implicancias de otra palabra alemana, la palabra “reconciliación”, tan usada en la Argentina para deslegitimar procesos de justicia en lesa humanidad, ya que en alemán esa palabra significa nada menos que “hacerse uno con los HIJOS” robados. Nada menos. Esa es la raíz etimológica de esa palabra repetida, reconciliación, *Versöhnung*⁷³). Los administrativistas pensarán naturalmente que no es un “asunto suyo”. Se equivocan. Que pueden llevar con orgullo el título de “administrativistas”. Esto tampoco es tan así. El Derecho *administrativo* expone —como pocos— sus falencias. Es un Derecho crudo. Un esqueleto. Es el exponente filosófico más crudo del mundo (y la metafísica) que Adorno está cuestionando.

Alexis Leger (más conocido como Saint-John Perse) fue un diplomático y abogado francés antinazi. En su exilio, como asesor de una Biblioteca en el Congreso norteamericano, se dedicó a escribir poemas. Se lo recuerda sobre todo por eso. Su poesía fue parte de su *exilio*. No sólo de la Francia colaboracionista de Vichy. Se nos hace muy difícil pensar que para todos estos hombres (Saint-John Perse, José Echegaray, Bidart Campos, Sarmiento, Ingenieros, Alberdi, que eran, además de académicos y funcionarios, presidentes o ministros, poetas eximios) este es el sentido final —el sentido republicano— de lo que Pocock llama el “humanismo cívico”. Gestos de humanidad. Gestos a un otro. A cualquiera. Retórica. Poesía. *Res Pública*. Humanismo civil. Virtud. Hoy la burda farandulización (antipoética) de la vida política-espectáculo (la cultura reducida a escombros) es la parte externa de una degradación que nos arrincona. Que es parte de la “administrativización” antipoética (antihumanista, anti “cívica” republicana, dirá Pocock, antilenguaje de la “virtud”) de todo nuestro “Derecho”. La farandulización no es un accidente ajeno al Derecho “técnico” deshumanizado y formal. No son

keinen Ausweg, ich frage nur, in derselben Richtung, und, so glaube ich, auch in der mit dem Lenz-Fragment gegebenen Richtung weiter. Vielleicht - ich frage nur -, vielleicht geht die Dichtung, wie die Kunst, mit einem selbstvergessenen Ich zu jenem Unheimlichen und Fremden, und setzt sich - doch wo? doch an welchem Ort? doch womit? doch als was? - wieder frei?, p. 193).

⁷³ Jaspers, K., *Die Schuldfrage: Von der politischen Haftung Deutschlands*, Piper Verlag, Berlín, 2012.

procesos separados. Cuesta subrayar, y cuesta ver, cuesta entender, la unidad. Pero el hilo se encuentra ante nosotros. Lo tenemos delante. Tan cerca a veces, como bien dicen los psicólogos, que no lo vemos. Lo más evidente es lo que más nos cuesta asumir. Lo más evidente es lo que no podemos ver. (El formalismo ruso dice por eso que la misión primaria, o central, del arte es quebrar el automatismo. Tinianov diría: la mecanización de los abogados “autómatas”. Eso queremos romper con la poesía: ver lo que hacemos con nuestra profesión “mecánica”, “administrativa”, “eficiente”, tan “técnica”, de abogados, para la cual la poesía es un “horror”, un “desorden”, una fuente de “contaminación” del pensamiento “puro”, “lógico” y “formal”, sin emociones, sin cuerpos, sin sentidos, donde la corporalidad, vista como una mácula “política” desaparece: es desaparecida⁷⁴). Hay que ser “soldados de metal” (Jünger). No “cuerpos” frágiles, que sangran. Que se conduelen. Que sienten. Que alzan la voz.

Como bien dice Aberto Guillermo Ranea, también Ernst Mach escribió una historia de la mecánica (refutada por Lenin), para que los científicos pudieran entender mejor su disciplina. Todos estos “científicos” hacían filosofía (no podían sospechar que luego iba a venir un giro teórico, un círculo⁷⁵, que iba a decir que todo lo que ellos hacían

⁷⁴ La reivindicación de la poesía (en el Derecho) se vincula también a un giro en la antropología filosófica. Al paso del dualismo cartesiano moderno (que trata recursos, que divide “hombres” de “cosas”: hombre/animal, hombre/mujer, razón/emoción, abstracto/concreto, poesía/ciencia, sujeto/objeto, concreto/abstracto) al monismo actual, que reivindica los cuerpos largo tiempo negados (impuros, desaparecidos). Mujeres. Niños, indígenas, naturaleza vista como “recurso” “separado” del “Hombre” puro. Del “dominio” europeo y blanco de “cosas”. El avance hacia el monismo antropológico explica la reivindicación creciente de la corporalidad en diferentes esferas: feminismo, derechos de la niñez, protección de la naturaleza y medioambiente, todo lo que antes era visto como un “recurso”, como “objeto”, como “cosa”. No como “subjetividad”, título que estaba reservado —el sujeto de derecho— al hombre blanco joven europeo y propietario, como advierte Nussbaum. Los demás (indios, mujeres y niños) eran “cosas” para “tutelar”, no personas. Por eso muchas veces la denigración pasa por “exhibir” los cuerpos, la corporalidad como “vergüenza”. Como bajeza. Como cosificación. Como “cuerpo”. La mujer es “cuerpo” (Olsen, E., *El sexo del Derecho*).

⁷⁵ El primer nombre del Círculo de Viena fue Unión Ernst Mach (*Ernst Mach Verein*).

o decían era “superfluo” para la “ciencia”). Por eso escribían tratados de historia. En nuestro campo concreto, todos los juristas destacados dedicaban también un cierto espacio a escribir tratados de filosofía. No importa(ba) si eran penalistas, civilistas, procesalistas, internacionalistas o constitucionalistas (como Alexy) (pienso en Lino Palacio o Bidart Campos), todos escribían libros de historia o de filosofía, porque eso los ayudaba a entender mejor su disciplina. Hasta Kelsen lo hacía. No se concebía que un abogado no supiera (mucho) de Filosofía y de Historia, o que no fuera, como en esos ejemplos, un “hombre de letras”⁷⁶. Bidart Campos era poeta. Hoy se ha empobrecido notablemente la formación de nuestros abogados. Se nota hasta en nuestra escritura. Los abogados leen —leemos— cada vez menos (y escriben o escribimos cada vez peor). Hoy ni siquiera nuestros filósofos escriben libros de filosofía del Derecho. Ni siquiera ellos leen *filosofía*. Todos son (o somos) “especialistas”. ¡Hasta los filósofos! Lo más que escriben son “*papers*” especializados y “académicos”. Escritos técnicos. La filosofía del Derecho no está ya paradójicamente en manos de filósofos. No hacemos ya sistemas integrales (quedó sí el miedo moderno a hacer ontología, pensamiento duro, filosofías de Estado, dirá Hegel, por temor al derrotero autoritario, frente al triunfo cultural —incluso en Berlín— de la filosofía aliada, que es la filosofía analítica, una parte angular de lo que se denomina, con la caída de los grandes relatos y el crepúsculo del deber, el “fin de la historia”), como entiende Augusto Comte mismo al término “filosofía”, del que se quiere, sin embargo, como ya vimos, despegar. Por eso mismo —porque rehúye el término “filosofía” (demasiado genérico, demasiado “vago”)— es que le agrega un adjetivo: filosofía *positiva*. Contra esa “vaguedad” de la filosofía a secas y de la literatura se lleva adelante una “depuración” profunda del conocimiento “científico”⁷⁷.

⁷⁶ El primer filósofo analítico argentino (Tomás Moro Simpson, profesor de Filosofía del Lenguaje en Puan, que además, como tantos grandes hombres, es poeta) le dedica en la actualidad un trabajo analítico al lenguaje jurídico en la obra de Genaro Carrió. El Derecho no está dispensado tampoco de pensar el lenguaje que emplea.

⁷⁷ En una carta de 1837, un profesor de Cambridge, teólogo anglicano (William Whewell), que estaba harto de que se llamaran “filósofos” los meros “técnicos” y artesanos que no hacían mas que cosas (experimentos) “puntuales”

El problema de esta depuración (positivismo lógico, filosofía analítica, pragmatismo, antirrealismo, “observabilidad”) que se dice y cree *profunda* es que nos deja un conocimiento a fuer de “técnico” y “especializado”, también desarticulado (las alusiones perdidas, dirá Carlos Monsiváis, un sistema muy compacto y seguro pero que terminó ardiendo en los escombros de Auschwitz; un saber “eficiente” dirá Adorno, crítico de toda nuestra extensa metafísica occidental, cenizas, cuerpos muertos de a miles en fosas comunes donde el Saber no Habla; a Beckett se le hacía un nudo en la garganta, y no es que Beckett no tuviera palabras para decir, es que de repente no había ninguna palabra real, una palabra humanista, humana, sincera, genuina: posible), sin una malla o sistema “común” detrás que lo sostenga (y de un “sentido”, una aspiración, o un objeto): sin una cosmovisión “pública” (un sistema) del Saber: un “saber público”, un “sentido” común. Jura Soyfer. (Kelsen mismo, luego de “enjuiciar” al Derecho natural ante el inmisericorde *tribunal de la ciencia*, hace pender todo el complejo edificio del Derecho *positivo* de una simple y llamada por él mera “hipótesis de trabajo”; toda la teoría “pura” del Derecho no se sostiene sin un “presupuesto” autorreferente; tanto la “depuración” del Derecho como la “depuración” del lenguaje son hijas

en sus talleres (medir, pesar, calcular), para que dejaran de bastardear el término *filósofo* inventa el término *scientist*. La palabra que nosotros traducimos por “científico” es una palabra que fue de hecho inventada para dejar de bastardear las preguntas más importantes de la Filosofía. Esa palabra, aunque hoy nos parezca lo contrario, nace para demarcar y para preservar a la Filosofía. Algo semejante podemos decir hoy de la “Filosofía del Derecho”, que está reducida a intentar acercar al Derecho a las preguntas “técnicas” y analíticas (formales y lógicas, incidencia del Círculo de Viena) de la ciencia, en general de la ciencia económica. El Derecho (argentino) está cada vez más lejos de las preguntas de la Filosofía. (*Scientist* es un filósofo que cree que puede resolver los problemas pesando, midiendo y calculando: algo semejante hacen muchos “filósofos del Derecho” en la actualidad: “pesan, miden y calculan” como si el Derecho fuera una mera rama técnica de la economía: *Law and Economics*). En el siglo XIX, filosofía y ciencia estaban tan unidas —hasta las primeras dos décadas del siglo pasado— que parece difícil trazar una separación. Hoy, a la inversa, lo que resulta difícil es justificar ese vínculo, que parece —como el cruce de poesía y Derecho— un cruce demasiado “forzado”, petulante, una veleidad. (La mayoría de los científicos no aceptaron que se los llamara “científicos”; siguieron llamándose a sí mismos “filósofos naturales”).

—ambas, pues— del positivismo lógico⁷⁸). Una filosofía (de Estado o no). El positivismo (cuyo ideario puede terminar siendo conservador, como dirá Leopoldo Zea en México, aunque Bunge lo defienda como un ideario “progresista”, y creo que en esto Bunge no se equivoca, el positivismo es progresista, o lo fue hasta cierto punto) se muerde así la cola. Todo lo que hace en contra de la “política”, de la filosofía y del arte (el humanismo metafísico “vago”), logra “depurar”, sí, pero no permite ni logra “sostener” el sentido de todo ese enorme (aunque desarticulado) edificio de conocimientos. Ni Kelsen lo logra. La articulación de los saberes no la dan los propios saberes. Por eso hace falta la *filosofía*.

Heidegger va dos pasos más allá, y dice que ni la filosofía puede llegar a hacer eso: sólo la poesía puede hacerlo. Heidegger dobla la apuesta de Comte. Por eso Mario Bunge, un filósofo argentino de la ciencia (dedicado a pensar desde Canadá el fundamento de la ciencia), era tan crítico del pensador alemán que termina su vida recluido en un bosque. Pero Bunge no logra explicar la falta de fundamento de nuestras disciplinas teóricas o técnicas (que él se cuidaba muy bien de llamar siempre *científicas*⁷⁹), cada vez más desarticuladas y aisladas entre sí⁸⁰. En esto, Heidegger tenía razón. El Derecho no escapa tampoco (aunque tiemble de pensar que tiene o que debe volver a hacer “filosofía”) a este fenómeno crudo. Es parte de él. Los abogados estamos forzados a pensar esto. No pensarlo sólo nos garantiza una cosa: limitaciones cuyo razón última no entendemos⁸¹. No tenemos

⁷⁸ La autorreferencia teórica (Hart-Kelsen) es una consecuencia de aislar demasiado el saber “técnico”. Al Derecho “puro” lo asalta así poco a poco el mismo problema que asalta a la lógica formal: la trivialidad, la tautología formal.

⁷⁹ Cuando Mario Bunge recibió, en junio de 2001, el doctorado *honoris causa* de la UCES, evitó llamar “ciencias” a las llamadas “ciencias empresariales”, a las que objetó que en rigor son meras “técnicas”, no “ciencias”. Es un error, dijo Bunge entonces, llamar a ese “saber” empresario técnico “ciencia empresarial”.

⁸⁰ La especialización y privatización del conocimiento (sin filosofía, un conocimiento “científico” puro, un conocimiento “técnico”, un conocimiento ya sin “poesía” pública —sin “bardo”— en las plazas, dirá Wisława Szymborska, que recitaba sus poemas en las plazas de Cracovia) van de la mano.

⁸¹ Frustración y falta de herramientas, falencias que se traducen siempre en pérdidas onerosas para el Estado, que es hoy el único sostén que tienen

que tener miedo de discutir con Heidegger, con Bunge o con Adorno. La discusión que daban ellos, tal vez con un grado de abstracción al que no estamos acostumbrados, tiene mucho que ver con nuestro trabajo. El Derecho (también el Derecho administrativo⁸²) es parte de este “debate”, por llamarlo de alguna manera⁸³. No podemos no formar parte de él.

EL POSITIVISMO LÓGICO

Frege, cuya teoría realista es cuestionada por Searle, trata a la poesía como meras “notas de color”⁸⁴. Cualquier libro de humanidades que

millones de argentinos en medio de una pandemia cruenta y que está muy lejos de terminar cuando se escriben estas líneas.

⁸² Adorno diría con plena razón: sobre todo el Derecho *administrativo*. Adorno, T., *Dialéctica Negativa*, Editora Nacional, Madrid, 1998.

⁸³ Balkin, J. M. y Levinson, S., “El Derecho y las humanidades: una relación incómoda”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, N. 9, 2008. Se podría citar la defensa firme de Umberto Eco, Kundera, entre otros, de Grecia y de Italia, dos países menospreciados en Europa muchas veces (por su “desorden”), en un menosprecio cultural no accidental, por la dictadura “de las finanzas” y del equilibrio fiscal “técnico” germano (“orden”), aunque son esos dos países tan destratados la “cuna de nuestra cultura” humanista más firme. No se equivocan estos autores (poetas muchos) en su defensa renacentista (acaso haga falta hoy un nuevo Renacimiento), frente al discurso fiscal estricto de ciertos países del norte europeo, del humanismo (griego clásico o italiano) frente a la hegemonía del discurso financiero y fiscal que se dice “estricto”. Es parte del reduccionismo económico y financiero de la cultura occidental. De la pérdida de valores. De ideario. De horizonte. (No es casual que haya sido un pensador republicano fervoroso como Jules Michelet el que puso en circulación este concepto: *Renacimiento*).

⁸⁴ Pero en ambos casos hay —aun presupuesto— un conocimiento de “sentido” (en Frege y en Searle) para poder hablar de un modo “competente”. En ambos casos se exige “conocimiento” para poder hablar. Kripke va a cuestionar ambas concepciones. En el fondo, son ambas platónicas y realistas. Realismo metafísico. Kripke va a atacar la concepción descriptivista de ambos, de Frege y de Searle. De Frege: el hablante competente debe captar primero el “sentido” para poder comunicarse. De Searle: debe captar, de modo más flexible, un cúmulo de descripciones para poder hacerlo. Para poder *comunicar*. En ambos casos (Frege y Searle) hay un conocimiento de “sentido” previo a la comunicación. Esto es lo que podríamos denominar —y de hecho lo hacemos

se precie debe comenzar hoy —si quiere decir algo nuevo— por refutar ese famoso opúsculo de Frege, *Sobre sentido y referencia*. Tampoco es un accidente la devoción de Frege por el idealismo. El Derecho está muy preocupado siempre por demostrar, como otras ramas sociales (pienso en la Psicología), que es una “ciencia”. Lo reconfirma diciendo muy a menudo, por supuesto, lo que no es: el Derecho *no es poesía*. No es, como diría Frege, meras “notas de color”. Frege no se interesó nunca por el *lenguaje natural*. Le parecían cuestiones menores, secundarias. “Notas de color”: el lenguaje que habla la gente.

La filosofía analítica, si bien nace en Alemania, se desarrolla principalmente en Inglaterra y los Estados Unidos, en el campo anglosajón (donde luego se daría un giro pragmático a la filosofía, que se centra en el “uso” de nuestro lenguaje, fueron los compañeros socialistas de Wittgenstein en Cambridge los responsables reales de este cambio o de este “giro”⁸⁵). La filosofía analítica le dio mucha importancia al análisis del lenguaje. La filosofía analítica empezó de hecho siendo filosofía (dedicada a ingratas tareas “lógicas” de formalización y especificación) del lenguaje⁸⁶, nuestro lenguaje “vulgar y corriente”. Disección analítica

de modo vulgar e inconsciente— un “sentido común”. El desafío es preservar este espacio, este *sentido*. No reducirlo. Que no desaparezca poco a poco. Este “sentido” es la base de cualquier construcción *pública*. Lenguaje (público): sentido común. Lenguaje “técnico”: sentido —y saber— privado. Un saber para pocos. Y un lenguaje “técnico”, para “pocos”. Un lenguaje que las mayorías “no hablan”. No “entienden”. Un lenguaje (a diferencia de la poesía social, popular, el lenguaje “vulgar”) que las mayorías no conocen. Kripke se opone al descriptivismo con sus “cadenas de comunicación”. Es un autor importante porque cuestiona la concepción descriptivista de Frege y de Russell. Propone un modelo histórico-causal de la comunicación.

⁸⁵ El significado lingüístico no tiene que ver con la relación lenguaje-mundo, sino con la práctica, con el uso: con la acción. El significado para el segundo Wittgenstein (no el autor del *Tractatus*, sino el de investigaciones filosóficas) es explicado por el uso del lenguaje. Nacen teorías que van a ver al lenguaje como un tipo de acto (Austin, Searle, que quiere flexibilizar la teoría realista de Frege, Grice), insertas en una comunidad donde ya hay prácticas establecidas. Para ellos hablar un lenguaje es “actuar” de una cierta manera. En esta segunda mirada, centrada en el uso, la poesía recupera un espacio. Recupera un lugar. Wittgenstein, L., *Investigaciones filosóficas*, Trotta, Madrid, 2015.

⁸⁶ Especificadores se llamaban a sí mismos los *formalistas* rusos. La tarea que tenemos nosotros por delante como abogados en la Argentina, donde

del lenguaje “natural”, tratando de encontrar el hueso de un lenguaje más “puro” (técnico, formal, lógico). En el siglo XIX, el interés pasó a ser el lenguaje. En parte por la influencia del positivismo lógico⁸⁷, movimiento filosófico asociado al empirismo (inglés, precisamente), que pretendía que el objeto de la ciencia fuera algo observable y no algo oculto (lo que es “observable” también será puesto en cuestión, sin embargo, en la filosofía de la ciencia del siglo XX, por ejemplo en Peter Achinstein, lo “observable” termina siendo tan “inobservable” y tan “metafísico” como los derechos demasiado “abstractos” que cuestionaba Edmund Burke desde la tradición “concreta”). Por eso el “análisis” que desarma en partes “concretas” unidades demasiado grandes, unidades demasiado “abstractas” (el defecto lógico de la objeción de Burke a los abogados “de provincia” franceses, que nosotros reivindicamos, es muy parecido al defecto que marca Achinstein al empirismo clásico, por eso crece luego el realismo metafísico en la filosofía de la ciencia,

predomina un discurso chato y de superficie pero decididamente “antigarantista” (rémora discursivo-mediática del Proceso, que también cuestionaba el “garantismo” como un “exceso” de los abogados “políticos” que defendían los derechos humanos de los “delincuentes”, hay un hilo que subsiste, una continuidad no democrática, antigarantías procesales y de fondo, garantías sociales y laborales), es una tarea semejante: una tarea de “especificación” de nuestro lenguaje jurídico. De claridad. Aportar transparencia a nuestro lenguaje. Rigor técnico constitucional. Alberdi era “garantista” (su Constitución lo es) y reivindicaba la importancia de la *poesía* en el Derecho. No son dos accidentes “románticos” (Alberdi era un romántico, como Sarmiento, críticos ambos del proyecto de Rivadavia). Friedrich Spee era un poeta jesuita de la Edad Media. Y escribía, desde la criminología “humanista” (“garantista”), en contra de la caza de brujas. Tampoco es fortuito. Nada es casual. La poesía está detrás del “garantismo” “abstracto”. Pensamos equivocadamente que la poesía es lo opuesto al “formalismo jurídico” moderno con sus derechos universales. Este es un equívoco romántico (no todo acaba en Burke, no todo termina en Oakeshott) que pretendemos salvar en estas páginas. Se puede reivindicar la poesía y a la vez defender sin contradecirse el positivismo jurídico moderno, base del constitucionalismo liberal y “garantista” “abstracto” (cuestionado por Burke). La conjunción de estos “extremos” (poesía y positivismo “formal abstracto”, “garantismo” social y procesal y humanismo “clásico”, virtud republicana, suelo de la modernidad) es uno de los cometidos de estas páginas.

⁸⁷ Movimiento filosófico que resalta la importancia de la comprobación científica de los conceptos filosóficos y cuyo principal tema de preocupación es el análisis de la significación por medio de un análisis lógico del lenguaje.

con autores como el holandés Bas van Fraassen) para tratar de “ver” algo “concreto”. (Esa búsqueda termina siendo imposible sin el lenguaje “poético abstracto”, sin el lenguaje “corriente” y “vulgar”, malla que termina siendo, con todos sus supuestos defectos, el único lenguaje que permanece en pie, el único lenguaje que tenemos, el único que en rigor se “usa”). Se enfoca así esta filosofía en el significado. Nace como una teoría del significado. Como una teoría semántica. Significado es la relación entre el lenguaje y el mundo (que ilumina el significado lingüístico). Acercamiento semántico a la noción de significado.

El origen de esta corriente filosófica que nace en Alemania se da, como dije, con Frege, que a su vez sigue a Platón (que denuncia a la poesía). Frege usa nociones matemáticas para explicar el lenguaje natural. Luego se buscó reemplazar el lenguaje natural por un “lenguaje perfecto”. Este lenguaje “perfecto” debió ser claro, lógico, formal, sin ambigüedades, técnico, cuanto menos vago, cuanto menos ambiguo, “mejor”. Porque para ellos (que querían idear un lenguaje “perfecto” y puro) la función esencial del lenguaje no es la transmisión de valores, o de ideas, no es la comunicación humana plena, con su faceta performativa y de pertenencia: es la transmisión de un conocimiento “puro”. El lenguaje debía ser un lenguaje perfecto (sin historia) para poder ser un transmisor claro y perfecto (*científico*) de conocimiento. Función que no desempeña de modo tan “perfecto” el lenguaje “oscuro” o “natural” (degradación política, parcialidad del sujeto, “contaminación” emotiva del lenguaje “técnico”). Un lenguaje artificial (lógico, perfecto, un lenguaje “ideal”) en reemplazo del lenguaje “imperfecto” que era (y es) el lenguaje “natural”. El lenguaje “común”. (*Poesía es sangre*). Frege desprecia, como Platón, con argumentos semejantes, a la poesía (y quiere, como él, un rey filósofo). El lenguaje “corriente”. Se opone un lenguaje “formal”, un transmisor más adecuado del conocimiento (jurídico también). Por eso para estos filósofos del lenguaje la lógica era y es tan importante. El lenguaje poético es, a fin de cuentas, un lenguaje “oscuro”. *Natural*. Por eso esta filosofía no se desarrolla (aunque se origina) en Alemania, donde imperaba el romanticismo, esto es, la “oscuridad” poética. El caminante sobre el mar de nubes (*Der Wanderer über dem Nebelmeer*). Estos pensadores parten de un error (derivado de su oposición lógica a toda *práctica poética*): de pensar que hay lenguajes “artificiales”, lenguajes de “laboratorio”. Pensar que se puede inventar

un lenguaje “formal” desde cero. La lógica formal es tautológica. La poesía no. Si Kelsen no logra resolver nunca —del todo— el drama de su norma fundamental es porque no asume este carácter retórico, casi poético y épico, performativo (Hart) de toda construcción jurídica. Gran parte de la autoridad normativa descansa en la confianza civil. Y esa confianza popular no se debe sólo a *lo que dice* el Derecho. Sino a *cómo* lo dice. Con qué palabras. Con qué espíritu de Justicia se dirige el Derecho a sus ciudadanos (Aristóteles). Cuando el presidente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación alega que se ha perdido “la fe en el Derecho”, no se equivoca. Tiene razón. Pero esta pérdida no es, sin embargo, una mera cuestión “normativa”. No es algo que se resuelva —que el Derecho académico pueda resolver— en un aula. Es que el Derecho reducido al tecnicismo parece haber olvidado algo relevante: que las normas en su conjunto deben ser la *expresión* colectiva (y poética, diría Poe) de una aspiración palpable y realista. La pérdida de “fe” se debe a que esa “expresión” (filosófica-equitativa básica) ya no se percibe en el Derecho⁸⁸. Que el Derecho ha perdido, para millones de argentinos que revuelven la basura junto a sus hijos, mensaje: ha perdido, dentro de la telaraña rimbombante de leyes, *sentido*⁸⁹.

⁸⁸ “¡Ciencia!, ¡verdadera hija del tiempo tú eres! / que alteras todas las cosas con tus escrutadores ojos. / ¿Por qué devoras así el corazón del poeta, / buitres, cuyas alas son obtusas realidades?”. Poe, E. A., Soneto a la Ciencia, en *Poemas* (prólogo de Rubén Darío), Aula de letras, Sevilla, 2012. La literatura fantástica crece como resguardo romántico (alemán, sobre todo) frente al avance imparable del racionalismo moderno, que escruta (dese Francia) con las “luces de la razón” (y sus leyes naturales, científicas y jurídicas), sin dejar ya ningún rincón a salvo del “cálculo” y la medida “eficaz”. La literatura fantástica es una reacción romántica (antimoderna, anticapitalista, antiburguesa) contra el avance científico liberal (contra el “progreso”). Todorov lo explica como una vacilación o un instante de “duda”, donde la explicación racional material no nos satisface del todo. Allí es donde emerge lo fantástico o sobrenatural, aunque también, diremos (Todorov se opone a esto, esta ya no es su tesis clásica, que distingue y precisa bien lo fantástico) la poesía.

⁸⁹ La ambigüedad de este concepto tampoco parece accidental. Sentido (amén del sentido formal, el sentido vívido) es precisamente lo que Rousseau denomina como base del sentimiento de la injusticia: la piedad, que es la repugnancia innata a ver sufrir a un semejante. Cuando se dice que algo no tiene “sentido”, aplicado esto a nuestro caso, se revelan por lo menos dos acepciones. Un Derecho técnico que carece de “sentido” (moral y conceptual) es un

LA BANCARROTA MORAL DE LA CIENCIA

La complejidad, que nos encantaría soslayar rápido, radica en que la discusión iusfilosófica que aquí proponemos no es lineal. Nos gustaría que lo fuera, pero no lo es. No se puede impugnar el positivismo lógico (que aquí hacemos) sin rescatar a su vez, casi contradictoriamente, los méritos del positivismo jurídico, que son enormes. El positivismo (también en filosofía de la historia) es una doctrina medular del Derecho liberal. No es casual que todos los pensadores del Círculo de Viena fueran judíos. O que la reivindicación del positivismo haya venido de ellos. El positivismo formalista fue una doctrina moderna que hoy se convierte en metodología jurídica del constitucionalismo “garantista”, nada menos.

Derecho que ya no es “sentido” (internamente) como tal, lo cual tampoco es casual, agregaría Nussbaum, que cuestiona el proyecto positivista de un Derecho “antiemociones”, en el que “sentir” (tener un cuerpo que se emociona, que sufre, que siente emociones, además de inteligir razonamientos y aplicar normas) es visto como algo malo, como un pecado, como una “bajeza” (como una “mariconada”, dirá Perlongher), porque el mandato es ser “máquinas imparciales” y ciegas (como pide Lon Fuller), frías máquinas de juzgar, de aplicar mecánicamente las leyes, incapaces de “sentir” nada (el cuerpo debe quedar escondido, disimulado como cetro: ese “cuerpo” que encarnan sobre todo las mujeres, pero también las y los cuerpos desaparecidos en tanto tales, en tanto cuerpo), sin empatía, compasión, pena, dolor, angustia, miedo, lo cual es percibido (toda emoción, todo “sentido” del cuerpo) como una debilidad y como “contaminación” del razonamiento jurídico lógico (que se asume deductivo). La emoción nubla el pensamiento. El sentimiento no es fuente sólida de saber. Descartes. Rousseau es sin dudas un pensador romántico frente a este racionalismo cartesiano que cosifica todo salvo al hombre europeo blanco propietario. Nussbaum, que advierte esto, prefiere jueces capaces de ponerse en el lugar del otro. Jueces capaces de sentir y advertir (no negar) en su fuero interno la “piedad” y la empatía (simpatía, dice Hume) de la que nos hablaba Rousseau. Esa piedad básica es el núcleo de cualquier construcción jurídica. Su pérdida es la que da origen al Derecho moderno “técnico”, “eficaz”, “administrativo” (represor de los cuerpos, represión cartesiana maquinaica que conduce a tratar a los animales y a la tierra —también a los indios y a las mujeres— como *res extensa*, como recursos “útiles”, como cosas; el cartesianismo ha hecho mucho, aunque no lo sepamos, en este sentido cosificador de mujeres, de animales, de indígenas, de tierras, de países enteros, regiones que no conforman identidades “validables”). La pérdida de *sentido* tiene, como vemos, dos implicancias. Véase respecto del vínculo entre Moral y Derecho: Fuller, L., *Positivism and Fidelity to the Law. A Reply to Professor Hart*, *Harvard Law Review* 71, N. 4 (feb., 1958), pp. 630-672.

En suelo de las garantías “abstractas”. El nazismo era (como el movimiento romántico alemán, antiilustrado, antiliberal, antiigualitario y antisemita, con Savigny a la cabeza) enemigo del positivismo (jurídico y científico “abstracto”). Tenemos que pensar bien a quién le molestaban antes y a quién le molestan también hoy las “garantías”. El exceso de garantismo “abstracto”. Este discurso nos suena conocido. No es nuevo⁹⁰.

Por eso la figura de Alberdi es central. Alberdi no es cualquier romántico. Por más que cite a Savigny, por más que impugne el legado “ilustrado” (“abstracto” de Rivadavia), por más que rescate, como Heidegger, el valor de la poesía y del “talento”, Alberdi no es Savigny: Alberdi redacta nuestra Constitución.

En 1929 se publica el primer manifiesto oficial del Círculo de Viena (que había nacido ocho años antes, en un congreso de Filosofía en Praga), titulado “La visión científica del mundo”, en el que el Círculo propone a la filosofía como principal instrumento o principal herramienta para generar un lenguaje común (luego emerge en esta línea la filosofía analítica, el logicismo, etc.) a las diferentes disciplinas científicas, aunque relegando la filosofía únicamente a esta función. La filosofía, sin embargo, no ha conservado siquiera, como hemos visto penosamente en las últimas cuatro décadas, esta última función, casi de formalización. También se ha visto privada de ella. Incluso de ella. Cada rama del saber corre hoy de manera casi autónoma, por su cuenta⁹¹. Ya no se trata de encontrar un lenguaje “común”. Se trata de encontrar a lo sumo un saber *eficiente*. La articulación última de nuestro saber —fragmentado y posmoderno— ya no la otorgan los filósofos. La definen en todo caso los economistas y (diría con ironía el poeta portugués Fernando Pessoa) los banqueros. El único saber “válido” es el saber que “sirve”⁹². Nada más inútil, en este marco financierista, que

⁹⁰ La crítica al positivismo no es una crítica “garantista”. Al contrario.

⁹¹ A lo sumo es una tarea de la lógica formal, de creciente predicamento en el Derecho.

⁹² Precisamente la filosofía o la poesía, tan ponderados y con razón por Alberdi, encabezan hoy el ránking de saberes “inútiles”, poco “prácticos”. Ningún joven abogado en la actualidad considera, tampoco en Francia o en Alemania, que la filosofía —o mucho menos la poesía— tengan algo que ver con su “profesión” o que le aporten nada a su trabajo.

la poesía. Pero atención: que detrás de ese ataque a la futilidad “rosa” del poeta, del ejercicio “poético” de la ciudadanía, hay un ataque velado a todo derecho subjetivo, presentado como futilidad “ineficiente”, como “costo”. Como trivialidad de la “política”. Como “mafia”. Como una “industria del juicio”. Así se empieza a degradar y horadar el derecho de los trabajadores. El derecho de las “garantías” laborales. Sociales. Y Humanas. Así se ataca, en definitiva, el *garantismo*. Entre la Poesía y las Finanzas. Entre la especulación y la Palabra. Adorno: Celan. Amapola y Memoria. Al Derecho se le bifurcan hoy estos caminos “académicos”. Ningún diseño institucional —ningún programa de estudio en Derecho “eficiente” (anti “coste”)— es inocente en este punto. Adorno. Celan.

LA RUPTURA DE UN CERCO

Ricardo Levene (padre), que había sido profesor adjunto de Ernesto Quesada (fundador del revisionismo), creó la primera cátedra de

Levantar la moral. “En marzo, en la presentación de la segunda etapa de la DIPLOMATURA Abogados del Estado, estuvo presente el Director de la ECAE Dr. Guido L. Croxatto. Entre sus palabras nos habló como ABOGADOS DE TRINCHERA de cambiar la concepción de defensa del Estado, ya que todos los libros que tenemos y son nuestra base son de autores que se hicieron a costas del Estado. Esa charla fue muy inspiradora y motivadora. Con algunos colegas presentes decíamos, ¡vamos a trabajar YA! Hay que defender al Estado. Abogados de trinchera... cuando lo escuché igualmente en el seminario y el porqué de esa denominación —finalicé por adorarla—, me sentí identificada, un fiel reflejo de nuestro trabajo —pensé—. Estas palabras de la Dra. Celia Marisa Fiorella Vispo, integrante del Cuerpo, pueden obrar como rápido resumen del cometido de las páginas que siguen. El objetivo central de estas páginas no es otro más que levantar la moral del cuerpo de Abogados del Estado: es reivindicar su tarea. La expresión “hay que levantar la moral” no es ambigua por que sí: porque hoy esa “moral” está por el piso. Porque el Estado estaba “por el piso” y porque los abogados y abogadas que lo defendían también estaban destratados. No reconocidos. No valorados. Desestimados. Subestimados en su trabajo. Desde la ECAE queremos hacer lo que esté a nuestro alcance para invertir y combatir este deterioro, este abandono: queremos reivindicar la abogacía pública. Lula dijo en Berlín una vez que “no es casual cómo nos han hecho dudar de nosotros mismos”. Deteriorar la moral de un colectivo es fundamental para luego asediar y expropiar o robar sus recursos. Lula se refería a que Brasil había “recuperado el orgullo”. Nosotros, como abogados del Estado, estamos ante un desafío semejante. Queremos recuperar la moral, “levantarla”, como forma de volver a recuperar y a dignificar el rol del Estado. Nuestra tarea.

Historia de la Ciencia en nuestro país; historiador reconocido, quería, sin embargo, evitar la “profesionalización” del historiador de la ciencia y también del historiador del Derecho. Como un verdadero adelantado a su tiempo, Levene, que tiene una cuadra que lo recuerda en Recoleta, decía que había que formar (en los doctorados) no especialistas, sino *universitarios*. Hay que detenerse un momento en esta preocupación.

Ricardo Levene proponía esta “humanización” para los estudiantes de Farmacia y Bioquímica de la Universidad Nacional de La Plata, es decir, para los técnicos de *ciencias duras*. El daba por descontado que los abogados ya tenían o teníamos una vasta formación humanista. Se agarraría la cabeza si viera que un siglo más tarde estamos proponiendo, desde la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, sus mismas ideas pero no para investigadores en Farmacia, Química o Física, sino en Derecho. Le parecería algo difícil de creer, inverosímil. Esa es la magnitud de nuestro retroceso. Volver a *humanizar* el Derecho es como volver a humanizar el humanismo. *La humanidad es todavía algo que hay que humanizar*, decía Gabriela Mistral, poeta chilena.

La fundamentación que aporta Levene cuando crea la cátedra de Historia de la Ciencia en La Plata (que es precursora en el mundo, previa a la UBA, aunque la UBA la acreditó un par de años antes), hace exactamente un siglo (1920), para que los científicos terminen su doctorado, es que para ellos son importantes “las viejas humanidades”. La Universidad, con sus doctorados (Física, Farmacia, Química), en lugar de promover técnicos o especialistas (“científicos”), debía promover antes que nada *universitarios*. Esta fundamentación que daba Ricardo Levene es medular para entender el empobrecimiento gradual de nuestros campos de estudio cada día más “técnicos”: especializaciones ya “sin filosofía”. Levene quería la “profesionalización” (y el encierro), de la actividad intelectual y científica. Y lo dice respecto de lo que se llama ciencias “duras”, no disciplinas “blandas”, como el Derecho. No podía pensar Levene que justo un siglo después, en 2020, desde la ECAE, íbamos a tener que recuperar sus ideas humanistas “clásicas” pero para advertir contra el deterioro en la formación “técnica” no de los físicos, farmacéuticos, o químicos, sino de los abogados, que se caracterizaban, frente a los primeros, por tener, precisamente, esa formación (que se concebía como “base” cultural e histórica de todo *Derecho*). Esto le hubiera parecido absurdo a Levene, y a Alberdi.

Y lo es. Pero es la situación que tenemos: el empobrecimiento académico (“cultural”) al que hemos llegado (en el Derecho) en nombre de la “eficiencia”. (*En 40 segundos ¿Qué es una Constitución? Cápsula informativa de la plataforma “Aprende sobre el Proceso Constituyente” elaborada por @facdeh.ucen / @ucen.cl*). Así se enseña y aprende hoy Derecho —de modo eficiente—, se habla de este modo: todo debe ser explicado y todo debe ser entendido —como si la Filosofía y el Derecho compitieran con YouTube— en “40 segundos”⁹³. En Curitiba se empiezan a abrir cursos para “tecnólogos” en Derecho, en Alemania, dado que los *Staatsexamen* finales no contienen cuestiones de filosofía, también allí la disciplina se degrada, se segrega, y es vista como un conocimiento “inútil”, como una “pérdida de tiempo”, ya que no es “materia de examen”⁹⁴). La práctica profesional se aleja cada vez más, también en Alemania, de cualquier *fundamento*. Carece de cualquier “filosofía”⁹⁵.

⁹³ “La constitución económica”, la Pontificia Universidad Católica de Chile promociona en la actualidad la reforma de la Constitución chilena.

⁹⁴ Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Alalysen, Empfehlungen. Wissenschaftsrat. Drs. 2558-12. Hamburg, November 2012. B.I. I.3. Die Rechtswissenschaft als akademische Disziplin. También B.III.2. Empfehlungen zur Beförderung der Reflexionskompetenz im Rechtswissenschaftlichen Studium.

⁹⁵ Se habla, sobre todo en algunas universidades privadas, como la Di Tella, de *filosofía práctica*, no sólo para enfatizar que es la rama de la Filosofía dedicada, desde Kant (que también escribe una aguda antropología en sentido pragmático, próxima a su filosofía de la Historia), a la Ética, sino también para remarcar que es una rama “útil”. *Práctica*. Que puede “servir”. (Las universidades públicas, en vez de hablar de filosofía práctica, suelen hablar de Ética a secas y de *filosofía política*, como Dotti en Puan). En la Di Tella descolla en Filosofía Práctica y Teoría *General* del Derecho (términos positivos formales que denotan una formalización “académica”, una “depuración” “política” “práctica” y técnica, precisamente en esos espacios académicos se propone hoy el Análisis Económico del Derecho, *Law and Economics*) el Prof. Horacio Spector, quien me introdujo (en mi calidad de ayudante docente en Filosofía del Derecho) en la lectura de autores clásicos. Debo a Horacio Spector el nombre y lectura de Martha Nussbaum, entre otros valiosos. Spector fue quien puso en mis manos el libro *La fragilidad del bien*. Spector recomienda a sus estudiantes no sólo a Rawls, la lectura de autores clásicos, como las tragedias de Esquilo, de Sófocles, obras de Shakespeare, poemas de Kavafis, de Celan. Esto también sirve para ampliar nuestra comprensión jurídica.

Hoy también hace falta volver a formar, como advertía hace un siglo Levene, *universitarios*. Hace falta volver a formar abogados *humanistas*. Él quería conservar la ciencia (el Derecho, diremos nosotros) con las puertas abiertas, de cara a un saber universal-universitario y universalista, de aspiraciones universales, que fomente en serio el desarrollo social. Hoy este concepto (el sentido mismo de lo universitario moderno, de lo universal ilustrado, como veremos seguidamente, la “Universidad” misma como espacio público de acceso “universal”) se ha ido perdiendo y confundiendo. Hasta contradecirse. Y esto no es casual: el saber “privado” no promueve el desarrollo social en sentido colectivo y pleno, sino en sentido “técnico” eficiente y privado, concentrando el conocimiento (como los recursos) en muy pocas manos. Esto termina generando un saber para pocos. Un saber privado: no público. Espacios de conocimiento “empresario”, como ironizaba Bunge⁹⁶.

Para volver a discutir nociones (*teorías*) de Justicia. Resulta emblemático que la Filosofía del Derecho desaparezca de los programas de estudio y a la vez surgen materias (en apariencia “técnicas” y “prácticas”) como “*teorías* de la Justicia”. Como si la justicia fuera en definitiva una teoría (como la ley natural, intentos de reificación realista, aunque la “teorización” es una forma de dispensar o evadir la palabra que se quiere evitar a toda costa: la palabra “filosofía”, filosofía “moral” o del Derecho, reemplazada precisamente en las carreras “técnicas” de abogacía por el concepto positivo y más “científico” de *Teoría General* del Derecho). *Teorías* de la Justicia. Por eso se habla de técnica “administración” de Justicia. El discurso de la “administración” técnica (“eficiente”, “moderna”, la “gestión” de “expedientes”, el énfasis en el proceso) no siempre favorece al discurso de fondo sobre la Justicia. La forma (“el proceso”, dirá Kafka, lo “administrativo”) se impone *al fondo*. Por eso la filosofía (que se ocupa del “fondo”, dirá Heidegger, que hurga en la etimología del término *fundamento*) desaparece. Sencillamente, en un mundo “administrativo”, no hace falta. En este mundo ya no tiene sentido “filosofar”. Perder el tiempo “filosofando”. No deja de ser una paradoja, por otro lado, en un autor como Horacio Spector, discípulo de Carlos S. Nino, que pondera sobre todo la filosofía analítica. Spector también me acercó el trabajo de Richard Posner (centrado en el análisis económico del Derecho) sobre el cruce *Law and Literature*, publicado (en 1988) por la Universidad de Harvard. Sobre filosofía práctica, precisamente, Nino tiene un libro célebre: *Introducción a la filosofía de la acción humana* (Eudeba, Buenos Aires, 1987), recuperado por Rafecas en su último trabajo. Stanley Paulson, norteamericano que investiga con Robert Alexy en Kiel, le dedica a Carlos Nino su libro sobre normativismo.

⁹⁶ La objeción de Mario Bunge a la educación empresaria (como “ciencia”, como saber) sin dudas (UCES, UADE) tiene reminiscencias del debate *laica o*

Como vemos, recuperar a Alberdi hablando de la poesía (citando a Savigny), y recuperar a Ricardo Levene en la fundamentación que brinda en su cátedra de Historia de la Ciencia en La Plata hace un siglo no es un disparate. No es “exagerado” (aunque no tengamos afinidad política con Levene). Es lo mínimo que podemos hacer desde una Escuela que intenta formar abogados. No es sólo un homenaje tardío a dos personas que han sido determinantes en nuestro derrotero jurídico, aunque Levene era un hombre muy conservador y el revisionismo ha crecido impugnando su visión de la Historia argentina. Pero sí es una forma de volver a situar el diálogo jurídico sobre el Derecho argentino en el nivel moral y “científico” que le corresponde y que desde la ECAE le queremos dar: una discusión en serio. Sobre pilares firmes y claros. Nuestros interlocutores son ellos.

Cuando en el siglo pasado la ciencia se separa del resto de los campos de estudio establecidos o saberes tradicionales, esto sucede en un contexto de crisis (genérica, una crisis del Saber, una crisis de paradigma epistemológico), a la cual el Círculo de Viena intenta dar una respuesta. La respuesta que da es negativa para el humanismo y la filosofía (la poesía). Todo esto “contamina” el saber “científico”. Somos —lo sepamos o no— herederos de este giro del Círculo de Viena⁹⁷. Allí aparece Kelsen.

libre. Bunge formó parte de una generación de pensadores y científicos, como Lauretche (que propone llamar a ciertos institutos privados no con el nombre equivocado de “universidades”, sino de “clubes” o “centros” privados) para la cual la educación universitaria debía ser siempre universal-pública-gratuita y de excelencia, como en Finlandia, que está en la vanguardia de este proceso de construcción real de lo “público”. Para todos. Sin restricciones. Porque la universidad (universalidad, universo “universal”, no recortado) es el espejo público (moderno-ilustrado-racional) de una sociedad libre donde el acceso es libre: es pleno, es universal, no se limita ni se recorta. No se selecciona ni se discrimina para “entrar”. Como en la sociedad misma. Este ideario ha hecho grande a la universidad argentina. No se equivoca en este punto Popper en su crítica a Platón. Muchos siguen creyendo aún en un conocimiento “para pocos”. En un rey filósofo. Platón impugna precisamente la tarea noble y “democrática” (y liberal) de los sofistas, que Baudelaire como Cioran, entre muchos otros, reivindican.

⁹⁷ La cuarta facultad. La universidad alemana es la primera que crea una facultad dedicada a la investigación. Fue un proyecto de Guillermo de Humboldt, hermano de Alexander, que crea, con ideas de Fichte, la Universidad de Berlín. Allí se crea lo que se llama, poco ampulosamente, como recuerda

Guillermo Ranea, la “cuarta facultad”, que era o es la facultad de Filosofía. Esa facultad va a ir incorporando áreas de conocimiento que en los siglos XIV y XVII se llevaban adelante en forma particular (no “universal”), en Academias, Cortes, o talleres artesanales. Este fenómeno marca el inicio de la ciencia moderna. Se incorporan a la universidad saberes que antes eran “técnicos”, privados, aislados, desarticulados, sin un tejido o enfoque común: universitario o filosófico. Esta universidad alemana luego tendrá enorme incidencia en la universidad de Londres. Lo que es curioso es que la filosofía “absorbe” estos avances, para articular su sentido, pero luego estos saberes técnicos mismos se vuelven a emancipar, con la filosofía “positiva” o “natural”, de la filosofía a secas, dejando atrás, nuevamente, ese “intento” por articular conocimiento desde la filosofía. La evolución del conocimiento no es lineal. Hay marchas y contramarchas, pero la filosofía siempre estuvo en el medio. Desde la ECAE pretendemos que la filosofía “vuelva a estar” en el radar o en la mesa de los abogados. La filosofía es determinante para desarrollar pensamiento original. Para desarrollar doctrina. Precisamente esta “cuarta facultad” es la que explica que aun hoy en los Estados Unidos los doctorados en ciencia se llamen “Doctorados en Filosofía”. Porque no eran de la facultad de Medicina, ni de Derecho, ni de Teología. La cuarta facultad de investigación era la facultad de “Filosofía” (en la estela alemana del idealismo de Fichte, es cierto), donde todos los campos “científicos” y técnicos (de investigación) estaban, sin embargo, *integrados*. Se articulaban. El idealismo llevaba adelante esa tarea. Fichte fue un precursor kantiano de la filosofía de Hegel, de enorme peso en la universidad de Berlín. La falta de filosofía nos deja hoy una amenaza: la desarticulación progresiva de nuestro conocimiento, carencias graves de nuestra filosofía. La desarticulación progresiva de los saberes, contracara de la especialización, y desventaja de esta.

El conocimiento “civilizador” no era la ciencia hasta bien entrado el siglo XX, era la filosofía. Hoy la filosofía no es algo incorporado a la tarea científica. La filosofía es algo que hacen “otras personas” por los científicos. Es algo que hacen los “filósofos”. Como si el resto estuviera dispensado de pensar su propia disciplina. Como si su rol fuera sólo ser “técnicos”, “especialistas”, “científicos”, “profesionales” asépticos: cuando el Derecho (por ej., penal) se dice “ciencia”, entonces, lo que esta diciendo, en el fondo, en la actualidad (pienso en la dogmática penal alemana contemporánea, funcionalista) es esto: no queremos “filosofar”. No nos dedicamos a la “filosofía”. La filosofía empieza a designar algo peyorativo. Como si no poder medir nada “concreto” pasara a ser ahora un demérito y una prueba irrefutable de la futilidad (literaria, “poética”) de la filosofía. Pero tampoco el penalismo es una “ciencia”. La palabra ciencia juega allí un rol de corta muros. Pretende dividir y aislar discusiones “específicas”, a las que ven como más “científicas” que las otras discusiones (de los “filósofos”). Pero el penalismo no fue siempre esto. En el último tercio del siglo XIX, en el ámbito alemán, todo profesor, de cualquier rama del conocimiento “científico”, estaba obligado a tener una posición “filosófica”. No podía dejar de tenerla para

LA FILOSOFÍA, LA POESÍA Y EL DERECHO

Desde la ECAE nos hemos propuesto generar un espacio federal, dinámico y sobre todo participativo, para que los abogados y abogadas de todo el país puedan pensar a fondo su trabajo, puedan encontrarse e intercambiar experiencias. Queremos abogados que entiendan y se sumerjan en la filosofía. Discutir desde la filosofía los temas medulares del Estado Nación es saber y poder desarrollar la capacidad de discutir *con fundamento*, cosa que sin dudas Kelsen también hacía. Esta fundamentación es determinante en momentos críticos como los actuales. No hay transformación posible sin una fundamentación razonada y expuesta (dirá Habermas) en forma de argumentos en una esfera pública. Nuestra sociedad pierde día a día esa capacidad de diálogo y argumentación (esa esfera), sobre la que se construye la democracia. Sin embargo, es fundamental para *legitimar* decisiones. Sin un discurso público consolidado, las consignas legales terminan desdibujando y absorbiendo (más que coordinando) la vida democrática, como observa John A. Pocok, también Ann Marie Glendon, Jeremy Waldron o, entre nosotros, Gargarella⁹⁸.

Hoy queremos discutir desde otro lugar con las facultades, que cada vez dejan menos espacio y menos tiempo a materias como Filosofía, Historia, Sociología, Derecho romano (latín, griego, dice bien Sarlo), al pensamiento crítico, formando abogados cada vez mas “técnicos” (tecnólogos del Derecho, como los han comenzado a llamar en

sostener y para poder justificar su trabajo. Hoy parece que ese trabajo se justifica “solo”. Que ya no necesita de la filosofía. Esto es un equívoco importante, más para los países de la periferia, como el nuestro, que además tampoco se “benefician” tanto con este estado disciplinar de cosas. Con estos recortes por disciplina: perdemos visión de conjunto. Nos quedamos sin un horizonte genérico para nuestro trabajo “específico”. La mayoría de estos pensadores (como Mach) tenían una filosofía que solía ser contraria a la filosofía oficial del Imperio alemán. Había entonces también una “filosofía oficial”. En el siglo XIX había *filosofías de Estado*. Sólo después empezamos a hablar de “doctrinas”. La filosofía del Imperio solía ser idealista hegeliana. Por eso los profesores críticos del Imperio solían presentar sus ideas (físicas, por ej. Mach), en este caso, sostenidas en una filosofía contraria al idealismo materialista.

⁹⁸ Esto es lo que conduce a estos autores (Waldron, Gargarella) a ser críticos de la idea (“elitista”) de tribunal constitucional, idea que nosotros defendemos.

Brasil, aportando o convirtiendo al Derecho en una “carrera corta”). La carrera de Derecho es, no sólo en la Argentina, una carrera cada vez más pobre y vacía de contenidos (de fondo), lo cual no es un accidente político, pero justifica el lugar cada vez menos preponderante que juega la “justicia” como valor o principio u horizonte en nuestra sociedad “eficiente”. Vaciar el Derecho de contenidos (“filosóficos”; historia del Derecho romano, por ej.) no es casual. Es una decisión metodológica que impacta de manera directa y categórica en la cantidad de “justicia” que tenemos. Por eso no es casual que los abogados escriban, como se dice, cada vez “peor”. Este deterioro en su escritura es un resultado (el signo más visible, acaso) de un largo proceso. Gargarella lo dice de la escritura “oscura” de Linares Quintana. Tiene razón. No se trata sólo de cómo escriben los profesores de Derecho constitucional. Se debe a cómo se forma a nuestros abogados y para qué. Y en efecto, la formación que reciben es cada vez más pobre, no sólo cada vez más “técnica”. Y ese empobrecimiento “técnico” se nota después también en su escritura. Llega a ella. No es un accidente. Es un resultado. Esto se advierte también en la capacidad (o incapacidad) para desarrollar argumentos. Los abogados tienen —tenemos— cada vez menos “talento”, menos “palabra”. Por eso la circunspección con que Alberdi trata a la poesía. Y a la filosofía, otra “mala palabra”. Los abogados hoy huyen (huimos) de donde ven (vemos) “filosofía”. Porque se los (nos) ha formado para eso: para rehuir el pensamiento *de fondo*, de cuestiones centrales de la propia carrera. No quieren “filosofar” (pensar). No quieren que hagamos “bardo” (poesía). Les parece algo difícil. Pero también algo inútil. Desde la ECAE entendemos, por el contrario, que la filosofía es decisiva para construir, es el suelo de cualquier pensamiento. No se puede desarrollar una doctrina concreta para el Estado sin un suelo firme para que esta crezca y se desarrolle. Y ese suelo es el pensamiento. Es la filosofía.

Vivimos en la sociedad de la inmediatez, donde todo tiene que ser “ya”. La filosofía (el conocimiento) no es compatible, sin embargo, con este modelo de la urgencia. Pero la democracia tampoco. La democracia también necesita tiempos. Tiene procesos largos. Nada se desarrolla de la noche a la mañana. Los debates sociales tampoco. La falta de debates (y la degradación intelectual de nuestra dirigencia) se vincula también a esta “urgencia” permanente que no nos deja pensar cuestiones de mayor trascendencia o de fondo. Vivimos sumergidos

—inútilmente sumergidos— en la “primicia”. La filosofía del Derecho nos convoca a otra cosa. A otro lugar. A un debate más de fondo, que toma distancia, a una deliberación de ideas que si los medios locales (degradados muchas veces a un mero concurso de descalificaciones pueriles, a un show que está muy lejos ya de toda “tribuna”, de “doctrina”) no agencian, tendrá que encontrar otros canales democráticos. Más democráticos y plurales. Más abiertos todavía. Canales más robustos. Donde *lo público* sea un ejercicio concreto. No una etiqueta. Nuestra democracia lo requiere. Hoy nuestra democracia argentina padece la ausencia de estos canales capaces de canalizar y promover debates más serios. La falta de seriedad es la norma.

Bien entrado el siglo XIX había filosofías de Estado. Cada profesor de cualquier disciplina científica tenía a su vez una cátedra, aparte, de Filosofía. Hoy esa costumbre (o esa necesidad) se ha perdido. Esto es el resultado de un proceso muy “técnico”. (Muchos profesores eran a su vez críticos de la filosofía del Imperio; no se trata de “adoctrinar” a nadie, sino de poder pensar y debatir con argumentos; una capacidad que nuestra sociedad parece haber perdido). La palabra “ciencia” incluso —que hoy designa algo positivo—, en sus inicios, fue creada para separarla (negativamente) de la “filosofía”, y para no manchar a la filosofía con los saberes “especializados”, que se concebían menos relevantes, porque no eran saberes de “fondo”, trascendentales. El derrotero histórico ha llevado a que estos saberes “científicos”, especializados, técnicos, pasaran a ocupar el papel principal, dejando de lado, de modo cada vez más evidente, a la filosofía, que en un principio se quiso preservar en su importancia de las “limitaciones” estrechas de ese nuevo saber “específico” que era la “ciencia”. Hoy no se le pide a la ciencia grandes “respuestas”. Hoy se le pide que desarrolle enseguida (“ya”) una vacuna. Pero no siempre fue así. En un momento determinado, la “ciencia” era el modelo de nuestro desarrollo, filosóficamente fundado. Por eso la crisis de la ciencia fue, como observa Husserl, una crisis de “cimientos” en la cosmovisión europea. Una crisis de Europa⁹⁹. No un fracaso puntual (*no encontramos la vacuna*), sino la caída de un

⁹⁹ Edmund Husserl era un matemático y filósofo que investigó los fundamentos matemáticos y lógicos de su disciplina. Husserl, E., *La crisis de las ciencias europeas*, Prometeo, Buenos Aires, 2009.

enfoque o filosofía o paradigma (una fe) sobre el mundo. (Lo que Kuhn llamaría acaso un paradigma, aunque Kuhn fue inconstante en el sentido que le otorga a este término, hasta casi desdecirse en sus últimos trabajos de la visión originaria, que le valió una fama justificada). La palabra “ciencia” se crea para separar el saber acotado, especializado, técnico (más pobre), del saber más grande, que es el saber filosófico, que mirá —es capaz de mirar— “más allá”. Esta tendencia hoy se ha invertido. Hoy los abogados, y especialistas de otros campos también, escapan de la filosofía, la rehúyen. Escapan de esa reflexión “grande” o de “fondo”. No quieren hacer epistemología. No quieren pensar el suelo bajo sus pies. No les “interesa”. Se limitan a su saber “particular”. A su reflexión “acotada, estrecha, delimitada y profesional”. No quieren salir de allí. De esas cuatro paredes. Tienen miedo de hacerlo. Parece haber un cerco que no vemos. Desde la ECAE pretendemos que “salgan”. Salir del táper, como dicen los chicos. Romper el cerco disciplinario que nos han metido en la cabeza, como decía Levene, que de esto entendía y mucho.

El abogado —hoy técnico, supuestamente más “profesional”— antes era *un humanista*¹⁰⁰ (un filósofo; no podía no serlo si pretendía aspirar a algo “real”, como la Justicia o la Equidad, sobre las que se funda el Estado, con una visión de progreso mayor, trascendente, algunos agregarían: idealista y hegeliana, antes de la acotada visión gerencialista, de “*management*” del Estado, de “gestor” de negocios, hoy predominante). Los abogados eran sobre todo hombres que sabían escribir —por lo menos— bien, eran hombres de letras, poetas muchos de ellos (de hecho, la legislación, pensemos en Francia, de enorme tradición en poesía y en Derecho civil, es un corolario de un proceso retórico; ya desde la antigüedad la ley y la poesía no estaban tan separadas como lo están hoy, iban juntas, o paralelas, y hoy parecen dos disciplinas o artes separadas por un abismo, hablan idiomas distintos, dos cosas ajenas —poesía y Derecho— que casi no tienen nada

¹⁰⁰ Alguien podrá decir que estas ideas ya han quedado “viejas”; se escucha esa vocabulario, que Levene ya es un autor “viejo”. Nosotros pensamos, por el contrario, que estas ideas, como las ideas románticas de Alberdi, son nuevas en un mundo avejentado y premoderno, que disfraza, esconde o disimula sus retrocesos.

que ver entre sí). Antes los abogados (los sofistas) eran principalmente poetas. La poesía épica (el “relato”, no por accidente denostado¹⁰¹) es la que marca el camino al final de todo el proceso “retórico”. Hoy es al revés¹⁰². Hoy la profesión del Derecho se ha ido deshumanizando y degradando tanto (se ha “profesionalizado”) que los abogados “no saben escribir bien”, y a veces no pueden escribir nada. Porque no se les enseña directamente a escribir (algo semejante sucede con el periodismo; antes del modernismo, no era una profesión aparte, separada, “profesional”, técnica: Lugones, Storni, García Marquez, ¡Sarmiento!, Moreno, Alberdi, Norberto Bobbio, eran “periodistas”: esta profesión también ha sufrido un deterioro, basta leer la redacción de cualquier

¹⁰¹ Por algo Ricardo Piglia, en la estela de G. Lucáks (que debatía esto con Adorno), reivindicaba este concepto. No es cualquier concepto. El término “relato” está vinculado al realismo literario. A la aspiración de “justicia” (y a la creación de conciencia, a despertar la conciencia crítica del lector) que en la Argentina se dio sobre todo con los procesos de Memoria, Verdad y Justicia, contra los cuales se empezó a usar el término despectivo de “relato”: este término se emplea primero contra las políticas de la Memoria y Derechos Humanos. Un “relato” sobre el pasado que presupone una aspiración de Justicia.

¹⁰² George Steiner dice, en su análisis sobre Savigny (un jurista romántico recuperado por Alberdi, otro romántico), que el avance de la codificación (de la Ley) fue dejando de lado o atrás, poco a poco, la preminencia del discurso. De la oratoria. Del saber argumentar. (De la poesía). El avance del Estado Legislativo conduce a mecanizar cada vez más la profesión del abogado, que se limita —cada vez más— a citar normas. No a pensar el Derecho. Ya Lasalle, como recuerda Eduardo Angel Russo (en su libro *Teoría General del Derecho*), advertía contra este peligro. Hoy ese “peligro” temido por Lasalle es la norma. Los abogados, en su inmensa y larga mayoría, repiten. Rehúyen la filosofía. Esquivan el pensamiento. No quieren (o no saben) argumentar. Este es un mal que debe evitarse, sobre todo en la abogacía del Estado. La poesía en sentido genérico sirve para contrarrestar este proceso “mecánico”. El formalismo ruso (de donde bebía incluso el primer Todorov, un crítico contradictorio de las políticas de la Memoria argentina) propone esta des-automatización como el sentido primordial del arte. El arte está (nosotros diremos, con Axat, que la poesía está en el Derecho) para romper el *automatismo*. La burocratización kafkiana que anula todo sentido de Justicia. La “administrativización” de todo el *proceso* jurídico. Como suele escucharse decir a muchos fiscales, “yo los corro con el procedimiento”. La justicia queda así —cuando queda— en un discreto segundo plano. La forma se impone al *fondo*.

diario para advertir este proceso creciente de “profesionalización” y autonomización “profesional” del periodismo, que no siempre supone una jerarquización de la escritura¹⁰³). Pero escriben como piensan. Y piensan poco (o mal), porque los han privado de disciplinas que antes eran su punto de apoyo para el pensamiento: Filosofía, Letras, Historia, Sociología. Humanismo. Poesía. ¿Qué se puede pensar sin este suelo firme para el pensamiento? No es casualidad que los abogados “escriban cada vez peor”. Esas falencias son el resultado unívoco de un largo proceso que busca también que piensen poco, o que no piensen nada, como decía Cossio, que se limiten a su tarea “profesional”. Desde la ECAE queremos contrarrestar esta tendencia. Queremos un cuerpo de abogados capaz. Porque de esa capacidad pende luego la Justicia como ideario del Estado. Como *filosofía*. Algo que se debe tratar con la misma “circunspección”, en palabras de Alberdi en su fragmento premilinar, que la *poesía*. No se equivoca Alberdi. Sabía bien —muy bien, como Levene en otro plano— lo que estaba diciendo. Entiende el proceso que estamos viviendo, la degradación “jurídica” que estamos atravesando. No es sólo que los abogados “escriben mal”, es que la escritura del Derecho, sus leyes mismas, no expresan ya debate concreto alguno. Y ese empobrecimiento social (esas carencias) luego se trasladan al Derecho. Como la falta de debates impacta en el nivel de nuestra dirigencia, la falta de formación de nuestros abogados impacta luego en la normativa. La descodificación progresiva tampoco es un

¹⁰³ Muchos medios gráficos ahorran cada vez más en redactores. Los errores de sintaxis, antes excepcionales, hoy son habituales en la prensa. El deterioro de la escritura no es una casualidad ni es una particularidad de los abogados (ni del periodismo). Pero se vincula (deterioro *público*) sin dudas a que la Poesía y la Filosofía, antes predominantes (esferas del cuidado de la Palabra, la Retórica era una rama de la Filosofía, desde Aristóteles, que personalmente inventa nuestras disciplinas), sean hoy dos campos extravagantes, cada vez más olvidados, marginados e “inútiles”. El cuidado del “estilo” no es un juego de escritores, según Cioran y Baudelaire, opinión que suscribe Octavio Paz en un discurso: sobre estas cuestiones de “estilo” se sostiene nada menos que la Democracia. El deterioro de la escritura, el deterioro de la palabra (mucho más grave que la falta de “poesía”, aunque es un síntoma de lo mismo, la decadencia o degradación del lenguaje) es a su vez síntoma de un deterioro mayor del pensamiento sobre el que se construye —o destruye— un “sentido común”. Sobre esta grave “corrupción” no se habla. Monsiváis, C., *Las alusiones perdidas*, Anagrama, Madrid, 2011.

accidente. Aunque en términos de legalidad es un peligro. Este *desorden* no es un accidente. Se debe a la falta de pensamiento *sistemático* detrás de la técnica legislativa: la falta de filosofía¹⁰⁴.

Nos hemos propuesto jerarquizar la ECAE. No puede ser, tampoco, dicho coloquialmente, con el lenguaje “natural” poco “lógico” que no le gustaba a Frege, que la escuela que forma a los abogados del Estado no tenga, además de una bandera y una placa en su ingreso, lo que cualquier universidad privada del mundo (también en la Argentina) ya tiene: una plataforma virtual como la gente para que accedan sus estudiantes, que son todos abogados del Cuerpo de Abogados del Estado. Esa carencia hablaba por sí sola sobre las prioridades que tenemos o teníamos desde el Estado Nacional. El abandono de esta escuela es un hecho simbólico y performativo para desarmar lo público. El Estado es la encarnación ideal de lo público. Precisamente esta encarnación política (ideal) demanda una doctrina y una filosofía útil para el Estado. No puede haber Estado si no hay filosofía. El quiebre de la filosofía, su deterioro, su marginación (su “inutilidad” fregeana, son meras y pobres “notas de color”) de los programas de estudio de Derecho (como la “poesía”, un campo marginal, una “veleidad” del todo estéril para la filosofía analítica) no es un accidente. Es parte de un proceso “técnico” de reducción y limitación (“científica”) de los saberes “públicos”¹⁰⁵ que conforman los mercados “privados”. No sólo se privatiza el conocimiento (“científico”, dirá Heidegger con ironía), también se privatizan los espacios (donde la “poesía” se expresa): lo público, la plaza, lo social, la calle. También eso se limita; también esto es “inútil”. (Una sociedad sin veredas, sin plazas: sin poetas, sin poesía, sin jóvenes haciendo “bardo”, sin arte callejero, sin protesta, sin voz pública, sin deliberación ciudadana, sin “subversión”, dirán Nussbaum, Derrida, Marí). No es sólo la palabra (humanista, la poesía) como voz pública la que se coarta. El conocimiento se vuelve más “profesional”. Más técnico. Más pobre. Menos “poético”. Más corto.

¹⁰⁴ Feuerbach padre, redactor del Código de Baviera de 1813, que Carlos Tejedor toma entre nosotros (en la versión francesa y defectuosa) como fuente de nuestra codificación penal, era ante todo, precisamente, un filósofo del Derecho.

¹⁰⁵ El economicismo (Posner) y el auge de la filosofía analítica están emparentados “técnicamente”. Caminan juntos. No casualmente se desarrollan al mismo tiempo.

Con menos “talento”, en palabras de Alberdi, que no separa aún filosofía de ciencia, como sí hacemos nosotros, en detrimento de la primera. Para nosotros, hablar de Poesía y Derecho es hablar de campos excluyentes. Pero Alberdi todavía no es víctima de este achicamiento técnico de la mirada intelectual. Por eso, en el mismo párrafo donde trata a la filosofía y a la ciencia como sinónimos, reivindica también, al final (como haría Levene), a la Poesía, a la que compara —en el refinamiento de su elaboración doctrinaria, al cuidado con que debe tratarse— con el Derecho. No lo dice Rimbaud. No lo dice Verlaine. Lo dice Juan Bautista Alberdi. El autor de nuestra Constitución.

Dice el autor de nuestra Constitución liberal, en su célebre *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*: “La jurisprudencia es pues altamente científica y filosófica [no había todavía contraposición entre filosofía y ciencia]; el que la priva de estas prerrogativas, la priva de la luz; y de una ciencia de justicia y verdad hace un arte de enredo y de chicana. [...]”.

Así pues, los que pensando que la práctica de interpretar las leyes no sea sino como la práctica de hacer zapatos, se consagran a la jurisprudencia sin capacidad, sin vocación, deben saber que toman la aptitud más triste que puede tenerse en el mundo.

El derecho quiere ser concebido por el talento, escrito por el talento, interpretado por el talento. No nos proponemos absolver el vicio, pero no tenemos embarazo en creer que hace más víctimas la inepticia, que la mala fe de abogados.

Que no se afanen pues en desdeñar el derecho los jóvenes que se reconocen fuertes, y lejos de merecer el desdén de los talentos de primer rango, el derecho quiere ser abrazado con tanta circunspección, tal vez, como la poesía”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Con Julián Axat, abogado, HIJO y poeta, hace tiempo que coordinamos en la Facultad de Derecho de la UBA, a contracorriente de las tendencias economicistas en auge, que menosprecian la importancia de la filosofía humanista (como una “pérdida de tiempo”, una futilidad, una veleidad sin futuro) un ciclo semestral de Poesía y Derecho. Este ciclo comenzó a instancias de Eduardo Luis Duhalde, que nos presentó en un auditorio de ATE, un viernes de lluvia de marzo, cuando se presentaba un libro de poemas de Rosa María Pargas (*Hubiera querido*) y Julián dijo una frase que me marcó definitivamente: *no*

La frase de Alberdi no es un error, tampoco un desliz. No es una veleidad rimbombante de quien estimaba el Derecho positivo, precisamente. Alberdi sabía bien que la conexión entre Poesía y Derecho (y entre Filosofía y Derecho) es muy íntima, directa, original, y sólo el gradual proceso de especialización positivista moderno (profesionalización, privatización del Derecho como una sola cuestión de “abogados” profesionales, el repliegue técnico del humanismo clásico y de la virtud como idea, la caída del Derecho natural ante el kelseniano y positivo —puro— “tribunal de la ciencia”¹⁰⁷) los ha ido separando, dejando Poesía y Derecho (Poesía y Ciencia, dirá Heidegger) como dos mundos del todo ajenos, contradictorios, antagónicos, dos universos categóricamente separados; al punto que hoy se piensa que el abogado y el poeta no tienen nada que ver entre sí (por eso se habla de Poesía y de Derecho como dos cosas para juntar; lo curioso es ver estos dos conceptos juntos, lo natural es verlos separados, aunque la poesía nace *como* derecho, y *es* derecho, la palabra en sentido primigenio, comunitario, aristotélico, es identidad, reconocimiento, correspondencia: justicia, cuando se ataca el derecho de una persona, se ataca la Palabra): uno se piensa sistemático, frío, objetivo, imparcial, completo, un edificio “científico”, consistente, riguroso y “especializado”; en tanto la poesía

somos mercenarios. Lo hacemos (la poesía con el Derecho, la Poesía como Derecho) porque estamos convencidos, con Enrique Marí (que discutía con Vernengo), de que la poesía conforma el ultimo reducto “humano” donde el Derecho argentino aún puede ser escuchado con una voz diferente, no prearmada y ajena: casi una estética de la Resistencia, dirá Peter Weiss. La justicia como ideal “viejo” pende de un hilo.

¹⁰⁷ Este firme “tribunal de la ciencia” (de Kelsen para el Derecho natural) se parece demasiado a los *Principios de Filosofía Positiva*, de Comte. La filosofía positiva, dice Comte, viene a destruir “serios obstáculos”, pero también debe o quiere construir un conocimiento capaz de “servir a la humanidad”. E. Littré, en marzo de 1864, en el prefacio al *Curso de filosofía positiva* (concepto semejante a la *filosofía natural* de los ingleses), de Comte, inicia separando la nueva “filosofía positiva” (de importancia para el devenir del conocimiento científico, crítico de la metafísica y la religión, pero también más genéricamente) de la “filosofía y la literatura”. Esta división sólo se ha reforzado en el siglo xx (arrinconando cada vez más a la filosofía y a la literatura, a la poesía como “mal”, como forma de hacer “bardo”) sobre todo a partir del Círculo de Viena, del que Kelsen, con su teoría pura del Derecho, fue parte. Comte, A., *Curso de filosofía positiva*, Punto de encuentro, Buenos Aires, 2008.

es subjetiva, emotiva, genérica (“común”), desordenada, juvenil (inmadura), parcial, incompleta, “poco seria” (“romántica”, “política”, o como diría Platón de los sofistas, reivindicados por Baudelaire, con los que nace la libertad: una imitación falsa, una imitación *mentirosa*). Poesía y Derecho son un espejo de otro debate (mentira y verdad, emoción/razón, cuerpo/mente, hombre/mujer): el debate Memoria/Historia. (La poesía es atacada por diferentes flancos, por ser “cosa de mujeres”, cosa de “putos”¹⁰⁸). Ambas devuelven algo que había sido marginado

¹⁰⁸ Juan Guzmán Tapia nos cuenta en Chile que en su época de juez leía a Kipling y temía que, mientras procesaba a Pinochet en Santiago, sus colegas jueces conservadores tomaran esto, su devoción por la poesía épica, como una “pendejada”. En la Argentina, muchos militares procesados en juicios de lesa cuestionan a los abogados argentinos que, además de ser “zurdos” que defienden “los derechos humanos” de los “delincuentes” y la Memoria, además de “comunistas”, son, con su reivindicación de la palabra “rosa” (“poesía”), “maricones”. Una “mariconada”. No se equivocaba Néstor Perlongher desde San Pablo cuando decía que en el fondo del Proceso genocida estaba también la homofobia. No sólo el robo de los cuerpos. No sólo el robo de los HIJOS. El robo de los *escudos humanos que usaban las parturientas al momento de combatir*. Además de abogados zurdos que defienden la memoria, ahora se empieza a escuchar (en esos procesos) ese nuevo insulto: abogados *putos*. De hecho, fue una de las primeras críticas de parte de medios conservadores (*Ámbito financiero*) que recibió la nominación de Eugenio Zaffaroni a la Corte Suprema de Justicia en 2003. Que era homosexual. Que era un defensor de los derechos humanos homosexual. Como Néstor Perlongher, que redactó en 1983 los primeros panfletos de la CHA, que fueron repartidos en los bares de Plaza de Mayo. La poesía es cosa de “putos”. Es cosa de “maricones”, como Lemebel. Otra crítica semejante (desde el militarismo probélico, que favorece la carrera armamentística y militar) se ha lanzado contra el hippismo, contra los pacifistas norteamericanos de los setenta (contra las ecologistas mujeres de hoy, como Berta Cáceres, Lesbia Yaneth, pero sobre todo contra los varones que las apoyan y defienden), que también serían en su forma de vida “maricones”, poco “hombres”. “Poetas”. La poesía contrasta, resiste y protesta (por eso hace “bardo”) con su orden crítico. Reflota el valor de toda Palabra en sentido original (no mercancía, no propaganda, no producto de consumo, como dice Heidegger), reflotando el sentido primigeno comunitario (Aristóteles) de la comunicación humana, base de cualquier Derecho justo (redundancia que no haría falta mencionar, si el retroceso de divorcio no fuera tan grave y tan amplio, tan “técnico”, tan “instrumental” nuestro Derecho contemporáneo y economizado). Base de la *comunidad* misma. De lo social. Lo social se desarticula donde la palabra —a esto llamamos Poesía (no hagan “bardo”)— pierde predicamento. Se pierde lo común. El “sentido” común, que se transforma

del Saber técnico y puro del Derecho. La Academia (de la Historia, de las Ciencias Morales, la Academia del Derecho Constitucional Argentino) no quiere “memoria” ni quiere nada de “poesía” cerca. No quieren “poetas” (no quieren jóvenes que hagan “bardo”), como dice Apollinaire¹⁰⁹. La poesía “contamina” —es una mancha—, con su subjetividad y emociones (y mentiras, poesía es “cuerpo” material, vívido, cuerpo-presente), al Derecho frío, científico, imparcial y “puro” (verdadero...) ¹¹⁰.

poco a poco en un sentido más “eficiente”, de recorte creciente de garantías “sobrantes”, “ineficientes” y “políticas”. El economicismo llega al Derecho (y lo pervierte) por muchas vías. No todas evidentes ni obvias.

¹⁰⁹ Más allá de los juicios de derechos humanos, existe algo que el Derecho mismo —la “Justicia” en sí misma— no puede reparar. En esos márgenes y vacíos de lo que la Justicia (argentina) no repara, aparece la poesía (Heaney compara la labor del poeta con el antropólogo forense que horada el suelo buscando un cuerpo, separando con cuidado y devoción porciones de barro seco en la tierra, huesos apropiados, robados). Con su “subversión”. (Cuando se les pide a los jóvenes que “no se metan”, que “no se politicen”, que no hagan “bardo”, se nos está pidiendo que no hagamos “poesía”, que no pensemos, que no nos volvamos “subversivos”, que no hagamos —de nuevo, recuperando la palabra subversiva, poética, que no pudo ser desaparecida— “subversión”. La palabra de los desaparecidos que se recupera en las colecciones de poemas que edita Axat no es una palabra muerta: es una palabra viva. Una palabra que está más viva que nunca. Que es más “subversiva” que nunca. Una palabra que nos quema las manos, que dice, que grita. La poesía lucha contra los silencios (y contra los eufemismos) que emplean los abogados. El Derecho calla. La poesía no. Por eso el título del poema (en forma de preguntas) que Julián Axat escribe para su papá desaparecido se llama *Hamlet hubieras*. Es un poema-pregunta (todo poema es una pregunta). “Y vos qué hubieras hecho padre de no haber desaparecido?”. Ser o no ser, esa es la cuestión final para el poeta, pero también lo es para todo abogado que se precie de “justo”: ser o no ser, todos los días se debe tomar esa decisión difícil: elegir “ser” implica riesgos. Implica decisiones. Implica palabras. Muchos abogados eligen no ser. Para los poetas, la decisión posible es una sola. Hacer justicia, hacer poesía, elevar la voz, hacer palabra, tener valor. Correr un riesgo. Enfrentar un peligro. Subvertir un (el) orden que nos mantiene —y nos quiere— callados. (Véase Croxatto, G., *Hamlet hubieras*, en *El niño rizoma*, Buenos Aires, 7 de septiembre 2015).

¹¹⁰ Que no sólo desapareció cartesianamente los cuerpos de la “teoría”. La desaparición de los cuerpos corpóreos “putos”, travestis, la mujer es ante todo “cuerpo” (del Derecho, el “cuerpo” del “delito” y el cuerpo *como delito*) se hizo carne. Se hizo práctica. Nussbaum, M., *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Katz. Buenos Aires, 2015. En los genocidios se mata sobre todo a aquellos colectivos que exhiben su —y se exhiben

(Nussbaum¹¹¹). Aristóteles, sin embargo, sabía bien que la poesía va (analíticamente, no sólo de forma emotiva, sino *científica*) de la mano de la Justicia. El Derecho viene mucho después de los poemas. Hereda ese camino (de la Palabra que hace a la comunidad Justa donde el hombre es autónomo, su palabra cuenta sólo en la comunidad). Recordemos que los chicos griegos aprendían a repetir de memoria a los poetas y sólo después repetían y aprendían las leyes de la ciudad. Primero los “humanizaba” aprender de memoria (recitar juntos; la Ley Pública es hija de este recitado) la poesía de Homero. Nuestro Derecho se ha “deshumanizado” porque perdió la base. Perdió el sentido *poético*. Se quedó sin horizonte “épico”. No es casual que todo el Derecho se torne poco a poco Derecho “administrativo”. Lo “administrativo” no es sólo una rama puntual del Derecho (que permea a otras, como al penal en Francia: administrativizando el Derecho penal se recortan garantías), es un modelo de enseñanza y práctica profesional, al decir de Nussbaum, des-humanizado¹¹². Anti-poético. Sin arte. Sin valor. Sin vocación. Sin “talento”, en palabras de Alberdi. Esto es lo que hoy es mayormente el Derecho: una técnica desprovista de ideas. Una técnica desprovista de *lenguaje*. Hace dos siglos, en Francia, el abogado era ante todo “un hombre de Letras”. Hay que pensar qué ha cambiado. Por qué tenemos hoy un Derecho tan pobre. La poesía intenta resistir este proceso. Por eso el ciclo de *Poesía y Derecho* en la UBA que coordinamos con Julián Axat. Es una forma —estética— de la Resistencia, de promover el acceso a la Justicia promoviendo también el acceso a la Palabra vedada. No otra cosa es la abogacía pública. El acceso a la Palabra es el acceso a la Justicia: reconocimiento es tener por fin derechos

como— corporalidad. Por eso el genocidio nazi masacró migrantes, mujeres, homosexuales y judíos, vistos todos ellos como “parásitos” que “corrompen” el otro cuerpo (“puro”) de los alemanes... El cuerpo de “metal” del soldado (Ernst Jünger). La máquina “eficiente”.

¹¹¹ Nussbaum, M., *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Beacon Press, 1997.

¹¹² Muchos autores de la Escuela de Frankfurt (Adorno, en su *Metafísica Negativa*, Horkheimer) y después (Bauman, Hulsman y Zaffaroni) han subrayado la importancia superlativa del genocidio nazi como modelo de “administración eficiente”. Modelo técnico de Derecho “administrativo”. De ciencia “administrativa”.

operativos. El derecho a la *personalidad* (Kant) es el derecho a tener, ante todo, Palabra¹¹³.

Quisiera subrayar, frente al romanticismo de Alberdi, la no siempre advertida importancia del racionalismo (sin por eso convertirme en un admirador de Rivadavia, crítico despiadado de San Martín, ni dejar de ser tampoco un aliado filosófico —crítico— de Heidegger, que también reivindicaba la poesía como conocimiento, aunque no supo qué hacer ni qué decir cuando tuvo a Paul Celan, un Hölderlin reencarnado, un Hölderlin de verdad, no un Hölderlin “abstracto”¹¹⁴, sentado en su casa¹¹⁵). Cuando Friedrich Carl von Savigny se opone en el siglo XIX a la codificación civil en Alemania (la escuela histórica del Derecho se desarrolla precisamente en Alemania, contra los avances de la codificación racionalista, ilustrada, moderna y “abstracta”, proveniente de Francia), estaba participando de una reivindicación romántica de la tradición concreta que hacía eje literario (como reconoce Alberdi, que lo cita en un ensayo sobre poesía y Derecho¹¹⁶) en las

¹¹³ Las formas en que construimos el conocimiento siguen siendo hegemónicas. La interdisciplinariedad, que aporta la voz de la poesía, que cruza todos los planos, quiere romper estos formatos rígidos. Estos esquemas concentrados de Saber eurocentrado, logocéntrico. A diferencia de la filosofía europea presuntamente “universal” (traducida a todas las lenguas, importada y extendida como si nada, como si Berlín o Bruselas fueran Lima o Buenos Aires), la poesía supone sí una reivindicación particular, concreta, *intraducible*, una voz propia, de cada pueblo, de cada cultura, que no se quiere borrar. Kusch opone aquí el hedor del salvaje (*incapaz* de tener un pensamiento “abstracto”) a la falsa pulcritud del hombre “civilizado”. No es casual tampoco la crítica de Sartre, que prologa un libro de Fanon, al estructuralismo. *Las estructuras no salen a la calle*, como dice Sartre: en definitiva, las que deciden salir son las personas.

¹¹⁴ No es casual que el romanticismo y el idealismo alemán vayan, como en Hölderlin, tan admirado por Heidegger, de la mano. Se suele imputar el idealismo al racionalismo: es un error. El racionalismo “abstracto” está más cerca de la crítica a la modernidad técnica instrumental. No del idealismo.

¹¹⁵ Heidegger, M., *Carta sobre el humanismo*, Alianza, Madrid, 2018.

¹¹⁶ Alberdi y Sarmiento lanzaron críticas “románticas” al diseño institucional ilustrado de Bernardino Rivadavia, acérrimo enemigo de San Martín. Los publicistas argentinos son mucho más optimistas con el Estado que en la sociedad, desde los albores de nuestra tradición republicana: Alberdi y Sarmiento. Por eso se critica a Alberdi y a Sarmiento por ser “románticos”. Porque critican que Rivadavia diseñaba instituciones, pero las pensaba “en abstracto”,

costumbres de cada suelo, más que en la codificación universal “abstracta” basada en meras “ideas”. Pero estas “ideas”, que no le gustaban a Savigny (tampoco a Burke antes que él, tampoco a Michael Joseph Oakeshott, mucho más tarde que ambos; para todos ellos la ilustración y la codificación “encorsetaban” el “espíritu” vivo y cambiante del pueblo...) no eran otras más que la idea demasiado “abstracta” de dignidad humana universal, el ideal demasiado “abstracto” (populista... garantista...) de los derechos universales del Hombre: de todo hombre. (Nunca he visto a un “hombre”, ironizaba Burke. “Nunca he visto al Hombre caminando, sólo veo hombres concretos, vestidos de tal o cual manera, pero *al Hombre* de los Derechos Universales de los franceses jamás lo he visto pasar en la calle”, solía decir Edmund Burke, quien sin dudas ironizaba con Hegel, que decía haber visto “pasar al Espíritu de la Historia” por la ventana de su casa, en Unter den Linden, frente al Museo de Pérgamo, el día que pasó frente a su casa en caballo Napoleón, pero podríamos responder con el mismo tenor que nunca hemos visto a la Tradición —inglesa y empirista— caminando en la calle, que la Tradición que él defiende, como Thomas Carlyle, también es hija de un recorte “abstracto”¹¹⁷). No era más que eso. Pobres “ideas”. Ideas antes impugnadas como “demasiado abstractas”. Hoy se diría que la dignidad humana es hija de un “populismo demagógico” y “garantista”. Una idea demasiado “exagerada” o “extrema”. Una idea racionalista. Una idea muy “garantista”. Una “formalidad cartesiana” abstracta. Un “formalismo” vacío francés (republicano) de la “grasa

olvidando las concretas condiciones de nuestro suelo particular. Alberdi y Sarmiento son “liberales”, pero es un liberalismo poco esquemático: es una sociedad “liberal” que se construye desde el Estado, no desde sí misma. La sociedad sola no puede. Por eso Alberdi y Sarmiento confiaban más en las “instituciones” para ordenar la sociedad “liberal” que en la sociedad misma... La mayor confianza para ordenar la sociedad estaba depositada, en ellos, en el Estado. Alberdi, J. B., *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*, publicado por Instituto de Historia del Derecho Argentino (dirigido entonces por el Dr. Ricardo Levene), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales “Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino III”, Buenos Aires, 1942. Prefacio.

¹¹⁷ Burke, E., *Reflections on the Revolution in France: And on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event*, James Dosley, London, 1790. Carlyle, T., *Historia de la Revolución Francesa*, Joac Gil, Barcelona, 1931.

que sobra”. Gente que se había hecho la “ilusión” vaga (y resentida...) de que tenía derechos (¡los mismos derechos!) que al parecer no les corresponden (porque son, ellos, “grasa sobrante”¹¹⁸). La misma crítica que aplican los nazis al pueblo judío: como son un pueblo apátrida (grasa que sobra) y sin “tradiciones” ni suelo —dirá Heidegger, en su célebre curso sobre Nietzsche en Friburgo, publicado en dos tomos (el último, ilegible)—, inventan esta “abstracción universal” (populista/garantista “abstracta”) de los Derechos Universales del Hombre... los derechos humanos “de los delincuentes” (judíos). La crítica de Heidegger a la modernidad (francesa “abstracta” y “garantista”) es cualquier cosa menos un accidente. Los argumentos se repiten. De hecho Heidegger no dijo una sola palabra cuando pudo, en una última entrevista, haberlo hecho. Prefirió callar.

La retórica del pensamiento conservador no ha cambiado mucho en el mundo del Derecho. No ha cambiado nada. Aún se mantiene viva y emplea casi las mismas cosmovisiones y estrategias románticas anti-liberales. Bebe del mismo odio a lo popular como encarnación jurídica de algo “degenerado” (la corrupción es una palabra que emplea por primera vez la aristocracia francesa de fin de siglo, precisamente contra

¹¹⁸ Gente que —para seguir la idea de un presidente del Banco Nación— creía que con su sueldo (había sido engañada) tenía derecho(s) a tener un televisor, a comprar una moto, a irse de vacaciones con sus hijos. Que le alcanzaba para eso, cuando al parecer no es ni debe ser, para un tornero mecánico o una indígena colla, así. Eso se desveló al final como una “ilusión”. No como un derecho. Porque esta gente —los trabajadores asalariados— sería gente que “sobra”. Grasa sobrante. Un “costo”. Gente sin “formación”. Recursos humanos. No personas. Planillas. Un número más en un balance. Este es el corolario final de la tecnificación. De la tecnocracia. Desde que François Quesnay hizo en Francia (la Ilustración, la planificación racionalista llega también a la economía, nacen los bancos centrales) la primera *tabla económica*: la tabulación ha sido la panacea de los cultores de la eficiencia formal. Quesnay era, además de un economista, un cirujano. Se observa en su mirada fisiocrática su profesión de base. El cruce de cirugía médica y racionalismo cartesiano dan pie a ese pensamiento tan específico, que ha tenido un devenir técnico muy amplio. Mucho antes de que existiera Excel con sus planillas, estaba Quesnay (con su *Tableau Économique*). Keynes no se equivoca cuando sostiene que detrás de todo empresario, detrás de toda mirada económica, hay un filósofo muerto. Por eso es importante salir al rescate de la filosofía. Salir al rescate del pensamiento. También en el campo judicial y jurídico, donde la repetición mecánica de normas es más usual que el pensamiento.

el avance “degenerado” de la igualdad “abstracta”, una idea “abstracta” que “corrompe” las bases sociales del “orden” “concreto”, frente a un nuevo, más justo y “abstracto”, menos “tradicional”: la irrupción de las masas en la Historia, los descamisados). Debatimos aún con el mismo sector tradicionalista, clerical (Bonald¹¹⁹, De Maistre, Chateaubriand), antirrepublicano, elitista y conservador (anti “garantías” sociales y procesales) que debatían Marat, Paine y Moreno. Cambian los actores, mas no cambia el debate. Por eso el constitucionalismo garantista (a diferencia del neoconstitucionalismo de autores como Robert Alexy) aplica como metodología propia el *positivismo jurídico* moderno (que es un ideal ilustrado, como la legalidad es un ideal o principio de la modernidad jurídica liberal): el apego positivo y estricto a la ley codificada, expresión de la legalidad. El respeto a la norma “abstracta” (igualitaria y moderna) más que a la tradición “concreta”. Si con Burke nace —con su antiigualitarismo declarado, su antirracionalismo antiliberal, antifrancés, antimoderno (romántico, un Kleist), que pide más del espíritu y la tradición que de las leyes escritas para él “racionales” en exceso... (hoy se dice garantistas en exceso; de ambos lados está la raigambre liberal ilustrada y moderna contra la que lucha el conservadurismo romántico no igualitario, más próximo a la tradición empirista inglesa “concreta”)— el pensamiento político conservador (Bobbio), su retórica se mantiene vigente desde entonces¹²⁰. El hilo rojo, que impugnaba la

¹¹⁹ Bonald, L., *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile, démontrée par le raisonnement et par l'histoire*, Librairie D'Adrien, París, 1843.

¹²⁰ En *El haya de los judíos*, ya en la primera página de la *nouvelle*, cuando el narrador establece una antítesis entre los antiguos tiempos y los más recientes, y señala que, en aquellos, “las formas se guardaban poco, pero el fondo era más sólido”, por oposición a un presente gobernado por el Derecho formal (*das äußere Recht*), el pasado se regía por el “sentimiento interior” del Derecho (*das innere Rechtsgefühl*). Este contraste entre la nueva prioridad de las formas jurídicas y la antigua preeminencia de los contenidos (*innere Gesinnung*, dirá Giuseppe Bettiol en Italia; Bettiol cuestiona la absurda proliferación normativa, la multiplicación cotidiana de normas, tratados, declaraciones de derechos) no puede pasar desapercibida a la hora de pensar en el Derecho contemporáneo. Estamos repletos de normas “administrativas” (el vicio de normativismo) en un mundo cada vez más burocratizado, pero no cada día más justo (la forma del Derecho se impone al fondo de la Justicia). Droste-Hülshoff estaba interesada en algunos aspectos de la discusión jurídico-penal de su tiempo. En primer lugar, en cuanto a la discusión sobre la culpa: si esta debía ser inividual

o colectiva. En cuanto a la oposición entre “Derecho externo” y “sentimiento interno de la justicia”: son expresiones que aparecen en la narración: *Denn wer nach seiner Überzeugung handelt, und sei sie noch so mangelhaft, kann nie ganz zugrunde gehen, wogegen nichts seelentötender wirkt, als gegen das innere Rechtsgefühl das äußere Recht in Anspruch nehmen*. Estas palabras citadas por Vedda, para un abogado penalista o administravista, resuenan el doble. Este pasaje aparece al final del tercer párrafo de la *nouvelle*. La defensa de un sentimiento interior de la justicia/el Derecho, en oposición al formalismo (al carácter meramente “externo”) del Derecho burgués, es un componente del pensamiento conservador, al que se encontraba estrechamente vinculada la autora. El pensamiento conservador alemán (romántico) asocia el avance del capitalismo (modernidad) al mal metafísico: la cosificación y descomposición de los lazos sociales auténticos. El Romanticismo de Heidelberg, como observa lúcidamente Miguel Vedda, al que estuvo laxamente vinculada Droste, estaba intensamente influido por la teoría del Derecho conservadora; particularmente, por las ideas de Savigny (cfr. el cuento de Brentano “Historia del bravo Kasperl y de la bella Annerl”). Allí es donde se cruzan pensamiento conservador y Derecho. En mi libro *Constitucionalismo y democracia, de la tensión al falso dilema*, precisamente, reivindico el formalismo, el positivismo, y las “abstracciones” (igualitarias-francesas-ilustradas) de la modernidad, contra los críticos conservadores, muchos empiristas, no racionalistas “abstractos” (como Burke, Oakeshott, etc., que también defendían la idea de interioridad concreta frente a la ley demasiado “abstracta”, cuestionan sobre todo el nuevo ideal igualitario “abstracto” y positivista, administrativo: un ideal mecánico, racionalista, moderno y muy “artificial”). Sobre este telón de fondo debe pensarse a Savigny y sus debates con Thibaut y con Ihering. Hace muchos años, en un seminario jurídico penal, Zaffaroni se puso a criticar a Savigny en Frankfurt. Muchos progresistas del Derecho no entendieron (sí lo entendió Naucke) la defensa cerrada que, como Luigi Ferrajoli (o Habermas o Klaus Gunther) hacía Zaffaroni del positivismo jurídico, y la crítica desplegada por él al movimiento del Derecho “libre”. El movimiento del Derecho libre (historicismo en Alemania, como nos muestra Vedda) nace asociado al pensamiento conservador, crítico de la igualdad demasiado “abstracta” de los franceses (de su “racionalismo” ilustrado... “abstracto” moderno, donde nace el ideal “abstracto” de la Dignidad Humana Universal: el ideal “abstracto” de los Derechos Universales del Hombre tomando el Hombre “en abstracto”). No se equivoca Pierre Rosanvallon en Francia cuando defiende el carácter “abstracto” (las “abstracciones”) del pensamiento jurídico liberal. El positivismo jurídico —la legalidad como principio moderno— parte de aquellas. La Literatura puede (debe) enseñarle mucho al Derecho. Este es un arduo camino que comparto con los abogados-poetas Julián Axat y Karina Theurer. Puede parecer una contradicción teórica defender el racionalismo “abstracto” con sus ideales ilustrados y modernos (la dignidad humana “abstracta”, la igualdad universal “abstracta”, igualdad

igualdad de derechos, la igualdad de las personas, no se ha cortado. Sigue allí. Hoy también se expresa de ese modo el pensamiento jurídico y político conservador (también anticristiano; el cristianismo ya pone sobre la mesa la “abstracta” igualdad de las almas) contra el “exceso” de las garantías. Maurras también criticará el exceso de “republicanismo”. Como si en países tan lacerados por el hambre y la infinita miseria de nuestros hijos (como Perú, donde el 80 % de los hogares no tiene heladera; como en Bolivia, donde una encuesta concluyó que la palabra más bella para los niños de ese país es *milanesa*), el problema fuera el “exceso” y no la absoluta carencia, la falta atroz de garantías y derechos humanos muy básicos. Como si lo que sobra y no lo que falta fueran derechos y garantías. Contradicciones de un discurso que se pretende republicano. Que emplea el nombre de *República* con curiosa (pero históricamente poco fundada) insitencia. Pareciera que en un país como la Argentina, con millones de chicos pobres, de personas que juntan cartones cada noche para vivir, el problema es el “garantismo”. El exceso de derechos, el exceso de los “derechos humanos” de los “delincuentes”. No es un problema en Noruega o Dinamarca (donde al menos la crítica tendría sentido lógico). Pero en la Argentina tal crítica es, como observa el sociólogo brasileño Roberto Schwarz, una “idea fuera de lugar”. Una rémora del Proceso, que también cuestionaba a los “garantistas” que defendían —como defendemos nosotros— el debido proceso. La idea “vieja” de que hay “garantías”. El garantismo es un pilar del Estado¹²¹. Savigny no es Edmund Burke. Pero su crítica

abstracta ante la ley...) y a la vez cuestionar el normativismo como vicio filosófico. Quien mejor puede expresar esta tensión es el pensador Hans Kelsen, con su Teoría Pura del Derecho. Kelsen, estandarte del positivismo jurídico contemporáneo, no abandonó nunca, pese a su formalismo, la reflexión sobre la justicia. Kelsen, H., *Qué es la Justicia*, Ariel, Barcelona, 2008.

¹²¹ El garantismo no es sólo (como parece hoy, arrinconado como está mediáticamente por el avance del antigarantismo, que es un discurso predominante) una filosofía sobre el debido proceso. Es una teoría constitucional e igualitaria (Ferrajoli). El antigarantismo ha logrado, sin embargo, generar la idea difusa o contraria de que el garantismo es ante todo (¡o apenas!) una filosofía procesal (una discusión de forma, sobre garantías procesales, defensa en juicio, principio de no culpabilidad, no prisión preventiva), rehuendo de este modo la discusión constitucional *de fondo* sobre la *operatividad* social de los derechos (que hoy no son, para las mayorías, operativos). El antigarantismo busca por

todos los medios evitar o rehuir la discusión de fondo. Por eso arrinconan al garantismo en la discusión mediático-procesal, última trinchera de batalla (es tanto lo que se ha perdido, tantos los derechos que han sido avasallados, pisoteados, el hambre, la miseria, la desigualdad, el abandono, las cárceles degradantes, cruentas, hacinadas como pozos que en modo alguno resocializan, que el último rincón que queda a los abogados de derechos humanos es la defensa mínima —¡al menos!— del debido proceso, que al menos se respete, donde no se respeta ya nada, ese mínimo derecho, ante la ausencia de todos los otros derechos: a la salud pública, a la vivienda digna, al trabajo real). Lo curioso es que aun así se impugna el exceso de “garantías”, el exceso de “garantismo” como escollo en el combate supuesto a la “inseguridad”, como si el problema de nuestros países atrasados fuera el “exceso” de derechos humanos, y no exactamente al revés: su total ausencia, su falta procax, como postula el constitucionalismo garantista, que es ante todo una teoría igualitaria del Estado. En nuestros países no sobran derechos ni garantías. No sobra nada. Al contrario. Lo que falta, para generar una democracia deliberativa en serio (no una democracia de forma, como repetía Osvaldo Bayer), es derechos humanos y equidad. (Precisamente, con derechos de fondo operativos, bajaría drásticamente la respuesta penal, punitiva, la discusión de “fondo” se impondría finalmente a la discusión procesal, de forma, que opaca a la primera en Estados subdesarrollados que apuestan —y llaman mano “dura”— a la circular y tosca represión de la pobreza, que es una criminalización estéril de consecuencias remotas, no de causas medulares, que quedan siempre veladas y no puestas sobre la mesa, como advierte Naucke). El garantismo, a pesar del intento por reducirlo y acotarlo, es una mirada constitucional (y social, y una teoría igualitaria del Estado) que invierte la selectividad y que trasciende al debido proceso. Es una filosofía de fondo, que incluye pero no se limita en modo alguno al debido proceso, como parece muchas veces. La reducción se explica —o se debe— a que el recorte de derechos ha sido entre nosotros tan apabullante y tan masivo que la defensa de las mínimas garantías procesales es la “última trinchera” que nos queda, de la filosofía igualitaria y garantías, la última bandera que hoy queda en pie a los “garantistas” y defensores de los DDHH. Todo lo otro está roto. A los que aún se atreven a defender, cumpliendo con su profesión legal, los derechos más básicos, incluso a riesgo de ser vituperados (por “garantistas”). Todo lo otro ya ha sido aplastado y la sola mención de la “igualdad” como bandera política garantiza a sus cultores (liberales, cristianos o republicanos) el epíteto vacío de “comunistas”. El antigarantismo es entre nosotros una forma remozada pero muy vigente de macartismo. Una rémora discursiva de las dictaduras latinoamericanas, de seguridad nacional, enemigas acérrimas de toda garantía procesal. De todo debido proceso. Y de toda filosofía igualitaria “garantista”. De todo derecho “humano” de los “delincuentes” (*enemigo interno*). Es a partir de este recorte que crece el Derecho penal del enemigo (Jakobs). Un Derecho de excepción (de autor, no de acto, donde a las personas se las procesa y juzga

por lo que “son”, y nunca por lo que efectivamente hacen, “son” corruptos, “son” delincuentes y lo que “son” ya no lo deciden los jueces tampoco), devenido norma. Una norma inconstitucional, pero norma al fin. El antigarantismo (mediático) es parte de este deterioro institucional “realista”. De este grave retroceso (no positivista). Al defender las garantías (positivas, Derecho escrito) lo que se defiende en definitiva es la república. Es la Constitución garantista de Alberdi. Con sus garantías constitucionales. No otra cosa es el denostado “garantismo”. (Cap. 1. De la Constitución Nacional: Declaraciones, Derechos y Garantías). Las garantías constitucionales no son un invento “ideológico” y extremo del “garantismo”. Están escritas en la Constitución. Por eso la metodología del constitucionalismo garantista —que aquí defendemos— es el positivismo jurídico (el apego a la legalidad, en línea con Feuerbach padre). Por eso el realismo jurídico y judicial (activismo judicial conservador, tan de moda entre nosotros) se proclama abiertamente seguidor del principalismo (Robert Alexy), cuyo método es, no por accidente, el *no positivismo jurídico*. Esto no es casual. Es una filosofía que horada las garantías (en nombre muchas veces de la República...). Habermas (y también Klaus Gunther, su discípulo, desde el campo penal) ya han advertido sobre los riesgos de este “principalismo” jurídico en Alemania. Nosotros podemos advertir sobre el riesgo que implica su avance creciente en nuestra jurisprudencia “realista”. Son diferentes registros que se solapan. No es el responsable un ignoto profesor en Kiel de semejante dinámica. La recepción corre por nuestra cuenta. No es culpa de Alexy que entre nosotros su “no positivismo” se entronque con el no garantismo penal, que a su vez sigue a otro alemán: Jakobs. No es casual que se repitan estos nombres. La recepción no es su responsabilidad: es la nuestra. Pero no es casual la enorme influencia e incidencia del pensamiento de Robert Alexy en los jueces de América Latina, que han pasado de atenerse al Derecho escrito (positivo) a desarrollar “argumentos”, a ser activistas, pero de un activismo judicial muchas veces conservador, denegador de garantías, que apresa masivamente personas; a realizar decenas de cursos y posgrados en “argumentación jurídica”: este apogeo o moda se debe a que la norma positiva va perdiendo poco a poco su peso, los jueces ya no aplican, sino que ahora “interpretan”, y además de eso, “crean” Derecho. El viejo temor del positivismo jurídico (que pedía jueces máquina por temor al desvío, jueces que aplicaran el Derecho, no jueces que lo “interpreten”, no jueces que hagan hablar a su “espíritu”), defendido por Ferrajoli, garantista cultor de la legalidad, a diferencia de Alexy, con cuyo no positivismo principalista Ferrajoli —como Habermas— confronta. Porque ambos ven riesgos en este proceso. En el no positivismo del constitucionalismo principalista, que también tiene (Alexy tiene) un fuerte sesgo argumentativo-creativo. Como si ya no bastara con citar normas, como si ahora hiciera falta, además, ante la crisis del positivismo normativo, “crear buenos argumentos” jurídicos. Por eso están tan de moda los cursos y posgrados de argumentación jurídica. Esto es paralelo a la crisis del positivismo jurídico (como escuela

al racionalismo igualitario moderno “abstracto” (que se materializa en la codificación francesa ilustrada, esto es, en la Ley Pública, título que Rosas —no por accidente, como recuerda Ernesto Quesada— le iba a dar a su último trabajo, la apelación al Derecho “libre”) se le parece demasiado¹²².

Así como Droste-Hülshoff opone la ley formal (apariciencia externa) al sentimiento “interno” de Justicia, en Kafka se opone la “fachada” (de éxito...) a la condición de “desprotección” del yo puro, precisamente sobre cuyo “realismo” el conservadurismo (empirista...) pretende fundar tradiciones legales, mucho más concretas (realistas y duras) que la “fachada” “abstracta” (meramente racional, sin “arraigo”; de hecho, en *El haya de los judíos*, no es casual que la ley se exprese en un árbol: arraigo a un suelo) de la modernidad en el Derecho, con su legalismo extremo (formal, el conservadurismo romántico en el Derecho combate el formalismo racionalista francés ilustrado, también a la codificación que lo expresa, de allí el movimiento de Derecho libre, con Savigny al frente, que impugna la codificación civil en Alemania, en un debate con Thibaut), con su enorme “muro” de normas legales... (apariciencia externa) de una “justicia” (formal...), que Kafka ha retratado con ironía en muchos de sus trabajos... En *Vor dem Gesetz* hay una ironía

y como metodología), y a la crisis del garantismo penal y social (que expresa la crisis del Estado legislativo y la crisis de la Ley como instrumento central, primordial, del Derecho). Este es el riesgo que expresa o, mejor dicho, evidencia el auge del realismo jurídico (Axel Hägerström, realista sueco, incidió mucho en el pensamiento de Alexy), del no positivismo “realista”, como advierte Luis Prieto Sanchís. Véase Ferrajoli, L., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N. 34, 2011.

¹²² Pienso ahora en el debate sobre la educación laica o “libre”, y en cómo el epíteto “libre” se emplea muchas veces para defender la desigualdad y los estatutos (no, paradójicamente, las libertades de todos, sino la desigualdad de muchos). No la justicia “abstracta” (de los abogados “franceses”, como despotrica Burke, a quien Paine le responde magníficamente desde los Estados Unidos, sobre la importancia de sostener el pensamiento “abstracto”). La codificación es un estandarte de este avance concreto, igualitario, moderno, “abstracto”, ilustrado y liberal. Por eso el garantismo es metodológicamente una filosofía de cuño positivista. El garantismo defiende la legalidad estricta. Las leyes escritas. Públicas. Conocidas por todos. No la arbitrariedad o la discrecionalidad creativa y no positivista de los jueces.

directa contra la figura misma del abogado como guardián o representante de la “justicia”. El abogado es ese guardián ambivalente que más que franquear el acceso del pobre campesino, lo intimida para que no entre. Para que se quede afuera. Severa contradicción (o reproche) contra los “guardianes” de la Justicia.

LA LIBERTAD REPUBLICANA

La libertad no es (solamente) un derecho. Este es un presupuesto básico de la tradición republicana. La pandemia nos muestra la posibilidad concreta de volver a construir una libertad republicana. De volver a entender el modelo civil republicano, que depende de la “madurez cívica” y el compromiso recíproco (la solidaridad intergeneracional e intersubjetiva concreta), que en esta pandemia se han vuelto esenciales. Lo colectivo ha vuelto a ocupar un lugar discursivo importante. La reponsabilidad con el otro, intersubjetiva: comunitaria. Civil, reaparece. Esto es la virtud cívica clásica.

La libertad no es sólo un derecho. O no lo es para la cosmovisión republicana (de Harrington, Rousseau, Cicerón o Maquiavelo, todos autores, diría Constant, “antiguos”, autores que están en la base de nuestra emancipación americana, de nuestra independencia como país: se construía libertad construyendo sujetos iguales, sin diferencias, estamentos, ni privilegios: los criollos pedían “igualdad”, no sólo *libertad de comercio*).

El ministro de Salud de la Nación, el Dr. Ginés González García, afirmó (luego de decir que la imagen de los corredores de la ciudad fue una “fea imagen” para el resto de ciudadanos del país, imagen que trasunta un mero rejunte de “intereses privados”, con ningún interés ni representación valiosa sobre lo colectivo) que “hay que buscar un mensaje colectivo”, que es lo que allí, precisamente, falta o falla. La libertad *positiva* (como responsabilidad colectiva, no sólo individual) es ese mensaje de reivindicación de lo público, que contrasta con la reivindicación mezquina e individual del interés privado (como libertad negativa). La mano invisible —la idea de que si cada uno busca lo mejor para sí nos beneficiamos todos a la larga (presupuesto que Nash ya dio de baja, pero que aún defienden los neoclásicos, inspirados en Smith y el derrame)— demostró, en este caso concreto de salud pública, no ser

así. El liberalismo individualista no funciona. El egoísmo —el descuido, el desinterés colectivo, el mero interés privado, la libertad meramente “negativa”, cerrada, individual, y como no interferencia de lo “público” (del interés público... quiero “salir”, soy “libre...”, es “mi vida”, el Estado “no tiene derecho” a meterse, a “interferir” *negativamente*) en la (mi) propia vida— puede conducir, sencillamente (en nombre de la libertad individual...), a una catástrofe sanitaria (anular la vida de muchos otros, muy lejos de todo supuesto “beneficio” residual de la iniciativa personal y egoísta, como creía Friedman). Esta crisis nos muestra la importancia superlativa de (volver a defender) la otra libertad: la libertad positiva, pública, esto es, la libertad republicana. La libertad pública (también la importancia de esa “interferencia...” o “molestia” o costo que es para algunos la regulación del Estado, esa “carga”, esa “externalidad”), no privada. Las llamadas “cargas” públicas. La libertad como compromiso (cívico y social, con el otro) en la participación con lo colectivo no puede ser visto (ahora) como una “carga”. O como un costo. La virtud republicana (elogiada por Maquiavelo, por Skinner, con matices, por Pettit). La libertad como compromiso —como virtud— con el otro (la sociedad civil como comunitarismo, como comunidad no de negocios, sino de intereses públicos, no privados). La libertad misma como interés público. No como interés negativo, personal (comercial), egoísta, privado, aislado o financiero: la libertad como ganancia. Esa mirada no construye libertad(es). Construye barrios amurallados *privados*. Cerrados. Seguros... (ahora lo público queda “afuera”, no adentro; ahora lo público, el afuera social, es una “amenaza”, no un compromiso republicano, sino una “interferencia”, una “molestia”, una “externalidad” negativa, una cosa “externa”, no propia y civil, republicana...). Esta mirada no construye *res* pública. Construye una *res* privada. Por eso parece curioso que sus cultores (hombres de negocios, que aspiran al beneficio privado) hablen a veces en nombre de la cosa pública, de la *Res* pública. Porque hablan de las libertades privadas, no públicas. De la libertad negativa. Del interés privado y comercial, corporativo, no del interés público. Parece una contradicción que se pronuncien luego desde *countries* cerrados, seguros, desde espacios privados (que no son para todos, sino para pocos) en nombre de la defensa de lo público, la *Res* pública y sus instituciones. Que son públicas. El discurso político argentino (¡el discurso republicano!) está atravesado por estas desviaciones.

No construye *res* pública. Construye, en todo caso, una *res* privada (la libertad republicana, no la libertad neoliberal). Contra lo público.

Decimos, en este punto, como bien señala Sarlo (y en esto Sarlo coincide con Zaffaroni), *cualquier cosa*. El “cualquierismo” se ha hecho discurso (Benjamin lo explica como parte de una esquizofrenia urbana, de la incapacidad creciente de pensar, de detenerse a reflexionar un momento, un segundo; vivimos sometidos al “shock”, a la “noticia”, a la primicia de “último momento”). El “cualquierismo” ha reemplazado así —poco a poco— al discurso republicano. Al discurso público, que trasciende —pero incluye— al Estado. Lo paradójico es que este discurso (sobre los intereses “negativos” del Estado —es decir, lo público—, visto ahora como una “interferencia”, como una carga, o como un “costo” molesto que se padece) ha generado *cualquier cosa*, para seguir con la expresión de Sarlo, menos libertad.

Al defender sólo la libertad personal (privada), no somos realmente libres. Esto es lo que estamos aprendiendo con esta pandemia. No nos alcanza para ser libres —como estamos viendo— con esa libertad. Necesitamos la otra. Por eso se ha vuelto a hablar con un lenguaje que parecía olvidado: se vuelve a hablar de la “madurez cívica”, de la “responsabilidad colectiva”, de la “virtud ciudadana” (del compromiso real de cada uno con la salud y la vida del otro). Se vuelve a hablar, en definitiva, el lenguaje republicano, el olvidado (y público, lenguaje “antiguo” dirá Benjamin Constant) de la libertad pública concebida no sólo como un *derecho*, sino también como un *deber* con el otro¹²³. La libertad como compromiso cívico y social no puede ser vista como una “carga”. Como un costo. Como una molestia. O como una “intromisión”. Es un deber republicano.

Para los republicanos, las leyes hacen posible la libertad, no son una “interferencia” ni un “obstáculo”. Las leyes incentivan el civismo, y

¹²³ Libertad republicana. No neoliberal. En defensa de la Libertad pública. No privada. Una libertad para todos: en un estado libre. No para pocos, que es lo que suele suceder en un estado “mínimo”, donde lo público como concepto y como ideario, se desdibuja. Pierde sentido, y pierde sentido esa *responsabilidad cívica*. La virtud civil “antigua” (ironizando con Constant, y con Berlin: lo que ellos llaman “viejo”, es lo mas “moderno” y lo mas necesario que tenemos; es la única manera de recompensar nuestra sociedad “civil”, hoy diluida en un pobre individualismo, al decir de Borges, de átomos concurrentes y cerrados).

eso es lo que nos hace libres. La ley es una causa de la libertad. No un “costo” al que tenemos que someternos. Para un republicano, hay una relación mucho más estrecha entre la ley y la libertad. Para el liberal, la ley es un “obstáculo”. Maquiavelo es un republicano que defiende una relación muy estrecha entre ley y libertad, por eso Maquiavelo es visto como un autor republicano, no liberal. Quienes impugnan las medidas de la cuarentena, en definitiva, dicen que lo hacen en nombre de la Constitución y sus libertades (frente a las cuales la Administración pública “interfiere”), pero no lo hacen —no pueden hacerlo, como vemos— en nombre de la República.

Otro aspecto republicano implícito (para construir un “cuerpo” social) es el pedido de “unidad” a la ciudadanía... para que funcione como un “cuerpo” social donde todos son responsables porque pueden contagiar a otros si no se cuidan, donde lo que importa es un bien que está entonces (visión no neoliberal) más allá del bien de cada uno (el estricto bien individual): lo que importa ahora es el *bien público*. El bien republicano. Este es el (olvidado) lenguaje de la libertad *pública*. El lenguaje republicano. La sociedad como un “cuerpo” social, conjunto, donde todos se “incorporan” al cuerpo social: no hay excluidos. La metáfora del cuerpo es una metáfora republicana. El liberalismo político, base del contractualismo moderno, prefiere, como recuerda Bobbio, la metáfora del átomo “libre”. Del individuo solo, aislado. Este es un pensamiento muy poco aristotélico. Muy poco “ético” para sostener conceptualmente el rol del Estado, que necesita un costado idealista. No puede prescindir conceptualmente de una filosofía pública. Es impracticable un Estado sin doctrina. De hecho, no es un “Estado”. Es un reunte de oficinas sin una visión orgánica y un fin último que los articule. Este fin no es sólo material. Es teórico.

LA CONSTRUCCIÓN DE UNA DOCTRINA JURÍDICA EFICAZ

Fichte. Kant. Hegel. El idealismo alemán. Las filosofías de Estado del Imperio alemán (*Deutsches Reich*). Esta tradición del siglo XIX está en la base de la creación de *la cuarta facultad*, como vimos (aunque los pensadores “científicos” desarrollen una filosofía materialista y mecánica, no se trata de repetir, sino de debatir). Esta facultad alemana

buscaba articular el conocimiento. Ese conocimiento expresa(ba) lo público en grado sumo y universal. Nosotros entendemos por “doctrina” algo más que la emisión de dictámenes¹²⁴. Entendemos que desarrollar una “doctrina” jurídica nacional consistente, en serio, implica primero volver al viejo concepto —hoy diluido— de filosofías de Estado. Esto no implica imponer pensamientos. Implica, en todo caso, demarcar bien las diferencias profesionales que nos abarcan: la abogacía pública tiene sus principios, sus objetivos, su horizonte, sus postulados. Sus valores. No es asimilable a la abogacía privada (al ejercicio liberal de la profesión del Derecho). Son mundos diferentes. Objetivos distintos. A veces contrapuestos. No pueden compartir el mismo “manual”. El pragmatismo nos muestra que la doctrina se ve en los resultados, no sólo en las palabras o en los libros. Por eso el pragmatismo filosófico (de Pierce, Dewey, James, Rorty,) se centra en la noción material de *consecuencia*, no de Verdad rimbombante. La “consecuencia” para millones de argentinos es la marginalidad.

Cuando decimos que “no hay doctrina”, queremos decir, aunque incomode (y en parte nuestra tarea pasa precisamente por empezar a “incomodar” a nuestros profesores), que no alcanza con la que tenemos, con la doctrina que desarrollamos hasta aquí. Sin duda hay elementos que son valiosos. Pero necesitamos desarrollar ideas nuevas para enfrentar el siglo XXI. Nuestra generación enfrentará desafíos nuevos, impensados poco tiempo atrás, en un universo cada vez más articulado y complejo, que demandarán capacidad, vocación y entrega¹²⁵. La única forma de no repetir errores es volver a las fuentes del pensamiento. Si no tenemos “doctrina”, es porque hemos dejado de lado la fuente crítica de todo pensamiento. Es fundamental resaltar la importancia de devolverle al Derecho la discusión grande con los filósofos. Esto puede parecer poco “técnico”, poco “útil”, poco “eficiente”, pero a poco de andar, vemos que es la única forma de sobrepasar los laberintos que

¹²⁴ Por eso la ECAE ha reforzado su área de investigación, para consolidar este proceso de desarrollo de argumentos y doctrina.

¹²⁵ La puja internacional por el litio —el oro blanco— en Bolivia (mineral que también tiene Salta) es un ejemplo. La Argentina es un país muy rico en recursos naturales que, sin embargo, no siempre sirven para paliar las necesidades básicas de su propia población.

hoy nos aprisionan. Las herramientas que tenemos muchas veces no nos sirven. Y eso se debe en parte a que hemos estado buscando en el lugar equivocado. Le hemos dado la espalda a esa gran caja de herramientas legales que es la Filosofía. Por eso hacemos una defensa sostenida de la importancia de la filosofía en el Derecho. De la filosofía en la abogacía pública. De la filosofía para formar funcionarios realmente “eficientes” para el Estado. Verdaderos abogados de Estado, sin miedo a la filosofía, sin miedo al pensamiento. Hay que poder pensar. Y hay que atreverse a pensar. La visión gerencialista del Estado “eficiente” ha descartado esta importancia, que nosotros sí defendemos.

Muchos profesores y colegas de Buenos Aires pueden estar justificadamente enojados, molestos incluso, porque repetimos desde la ECAE que no hay doctrina, pero lo vamos a seguir sosteniendo. Creemos que es así. Es una exageración que entraña un núcleo verdadero. Falta mucho para tener una verdadera “doctrina” jurídica en la Nación. Desde una visión pragmática, anclada en los derechos humanos (eje transversal del Estado, de cada oficina pública), un país con la mitad de su población hambreada, que junta cartones en Diagonal Norte, es un país sin “doctrina”. No puede tener una “doctrina” mientras pasa eso. Esa “doctrina”, si existe, no funciona. Necesitamos otra. ¿Cómo le decimos a los pibes que duermen en la calle que el Estado argentino tiene, pese a todo, una “doctrina” para ellos? No la tiene. Es falso. No hay doctrina real, doctrina de fondo. Por eso terminamos *tercerizando* muchas veces la defensa misma del Estado (que es parte inherente de la “gestión” pública) en estudios privados. Incluso se ha tercerizado de manera implícita la formación de nuestros abogados, poniéndola en otras manos, con otros enfoques y otros intereses, lo cual no es sólo una *tercerización*: es una claudicación doctrinaria¹²⁶. Es un error que explica la falta de doctrina. El Estado necesita desarrollar una. Un

¹²⁶ El abandono del edificio (público) de la ECAE es una contracara de esta tercerización educativa (impartida muchas veces en espacios privados) en Derecho administrativo. La tercerización de esta formación impacta a su vez en la ausencia de doctrina propia para el Estado. Se educa siempre para defender intereses determinados, que no siempre son compatibles entre sí. Una administración “eficiente” no es siempre una administración realmente *pública*. Se termina asimilando el Estado *eficiente* a una administración de empresas (“nueva gestión pública”).

Estado sin doctrina propia es un Estado que pierde juicios millonarios. No es un juego. Un estudio jurídico privado no defiende con pasión nuestros intereses. Eso sólo lo puede hacer el Cuerpo de Abogados del Estado argentino. Sólo esas abogadas y esos abogados saben y sienten en su fuero interno, en lo más íntimo, lo que se juega en esa defensa¹²⁷. El resultado social de una *mala defensa* del Estado, de una muy mala “gestión” de lo público, está penosamente a la vista. No alcanza con sostener que no se “respetó” una “doctrina”. Queremos replantear desde el pragmatismo filosófico a qué llamamos “doctrina”. A qué llamamos constitucionalismo. A qué llamamos derechos sociales. Entendemos que hay determinados conceptos jurídicos que deben ser revisados, porque su falta de “operatividad” deja a las grandes mayorías en la postergación real. Digan lo que digan nuestros “tratados”. Nuestras “doctrinas”. La realidad cruda es la falta de derechos “operativos”¹²⁸.

La escuela histórica del Derecho (que le gustaba a Savigny, a quien, a su vez, cita Alberdi) terminaría por establecer una jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*, en alemán), réplica academicista (y progresista), a la que se opondría otro gran jurista de la época, el también alemán Rudolf von Ihering (autor del libro célebre *la Lucha por el Derecho*), quien defendía una vuelta a la realidad social en su denominada jurisprudencia de *intereses concretos*. No es que Ihering fuera menos progresista que Savigny. El debate entre Savigny y Ihering, o el contrapunto entre ambos, es mucho más revelador para nosotros que el debate académico de Savigny con Thibaut en Alemania, porque muestra que no hay conceptos —ni códigos jurídicos, leyes públicas, normas, resoluciones, tratados— neutros, puros o sin intereses. Muchas

¹²⁷ Doctrinas puede haber muchas, sí. Las hay, sí. Lo que no hay es una doctrina para defender eficazmente siempre al Estado. Por eso muchas veces hay que tercerizar en los mismos estudios extranjeros que han hecho grandes negocios litigando contra el Estado, para que ahora lo defiendan. Es una contradicción fortuita que expone nuestras flaquezas doctrinarias. Tenemos que recurrir a estudios corporativos muchas veces para defender bien al Estado. Esto indica algo. Tal vez haya muchos libros, sí. Pero nosotros tenemos el desafío de *escribir las prácticas*, como decía Roger Chartier. Dejar en unos años una doctrina concreta. No libros. No me gusta, por otro lado, la palabra “tercerizar”. Creo que no tenemos que “tercerizar” nada. Tenemos que hacer bien nuestro trabajo.

¹²⁸ Se puede reeditar la crítica de Alberdi a Rivadavia.

veces nos vemos tentados de caer en la jurisprudencia académica, en la jurisprudencia libre de los conceptos, en el normativismo. El normativismo es un juego constante de la academia. Nuestra propuesta es intentar, desde la ECAE, que cuenta con un área de investigación, generar un pensamiento jurídico concreto —útil, un pensamiento soberano— que trascienda el idealismo académico (ideas progresistas con claros efectos conservadores; ya Bakunin habla del dualismo que genera la filosofía idealista, por eso proponemos su reemplazo por una filosofía realista, no dualista, que reconoce los derechos operativos directamente, sin paternalismo académico¹²⁹). Un pensamiento que no rehuya lo propio (Belgrano estampó el sol de los incas en nuestra bandera, el sol inca es el Sol patrio, el Sol de Mayo), pero que tampoco crea que la reivindicación del Derecho “libre” (antiabstracto, antiliberal, antifrancés, antipositivismo codificado estricto, concreto) es ventajosa en países donde se cuestiona el exceso de “garantías” constitucionales escritas. El movimiento del Derecho libre —como observan Filippi y Zaffaroni— puede ser una trampa en nuestroamérica¹³⁰. El positivismo jurídico, legal, el constitucionalismo garantista “abstracto” (Ferrajoli,

¹²⁹ Paradójicamente, el academicismo (progresista, eurocéntrico) suele impugnar el “elitismo” garantista. Cuando el academicismo da forma a un saber cerrado (idealista, y dualista) que termina generando y alimentando una mayor desigualdad. Por eso los pobres no entran en la vida académica, aunque sí ingresan en las universidades del conurbano (y por eso el academicismo va de la mano de la colonización teórica de nuestros saberes y de nuestros países). En la vida académica, que es una vida de elite elegante, de congresos en universidades europeas. Allí no llegan los chicos con los zapatos rotos. Por eso las universidades del conurbano (Avellaneda, Lanús, Quilmes, José C. Paz, Lomás de Zamora, UNICEN) intentan dar forma a un saber no colonial. Apuestan por una no colonización de nuestros saberes. En esa estela, hay una fuerte apuesta por la recuperación histórica.

¹³⁰ Del mismo modo, en filosofía de la historia, no defendemos el narrativismo (White, Ankersmit), sino el duro positivismo jurídico, defensor de los hechos concretos duros: de cada HIJO robado. La memoria no quiere ser “literaria” ni “ficcionalizar” la narración de la historia. Es al revés. Quiere conocer cada hecho concreto. La ficción está del lado de los enemigos de la Memoria, no a la inversa, como se propugna —con recortes— desde la historiografía oficial, muchas veces “cómplice” detrás de su supuesto “rigor” académico “objetivo”. La memoria no es revisionista, en rigor, el “reivisionismo” es de quienes han recortado la historia oficial, vendiendo ese recorte (cómplice e impune) como

verdad de la Historia académica. Como única válida. Nada es más duro, más concreto, que la búsqueda de la verdad, que la ruptura de los pactos de silencio que aún hoy impiden reconstruir la historia argentina “completa”. También en términos de filosofía de la historia (y en la filosofía jurídica), defendemos el *positivismo estricto*. El positivismo jurídico es la doctrina del constitucionalismo garantista moderno (Ferrajoli, que sigue a Feuerbach padre, cultor de la legalidad como principio penal en Alemania, por eso Ferrajoli contrasta con Alexy, un no positivista, seguidor de Kant), es la doctrina científica de la Ilustración. Es la doctrina académica moderna. También en términos de filosofía de la historia. La memoria como filosofía no quiere hacer historia “novelada”, al contrario, quiere recuperar cada pedazo concreto de la historia cruda, robada, torturada. De allí el apoyo al Equipo Argentino de Antropología Forense. Cada hueso. Como se verá, defendemos el positivismo en diferentes niveles: como filosofía de la historia, como filosofía del Derecho, como metodología jurídica y como filosofía de la ciencia, como doctrina epistemológica moderna: esta es la base de la modernidad (jurídica). De la ilustración francesa igualitaria con sus “abstracciones” racionalistas igualitarias. Cartesianas. Que tanto incomodaban al romanticismo alemán antimoderno, que habría de escribir en la Alemania del siglo pasado, un capítulo oscuro. Antiliberal en extremo. Antiigualitario. Anti “racionalista”. Antifrancés. Heidegger nunca defendió a la democracia liberal. Nunca se sintió a gusto el rector con la modernidad “burguesa”. Nosotros defendemos el ideal “abstracto” de esta modernidad francesa, cuyo ideal jurídico —base del principio de legalidad— es el positivismo. No el movimiento del Derecho libre. Tanto en términos de filosofía de la historia como de filosofía del Derecho, el “progresismo” no parece ser en América Latina idéntico al que es en Europa (ese salto implica una degradación teórica). Tiene otras coordenadas académicas. El progresismo europeo es un mero academicismo entre nosotros. Un idealismo desapegado. Funcional a los proyectos más conservadores. Por eso suelen muchos escritores constitucionalistas “progresistas”, académicos, publicar sus columnas de opinión en los medios más conservadores, que han denostado y todavía denuestan las políticas de la Memoria. En tribunas conservadoras que han sido cómplices del horror del Proceso. En tribunas que no han informado con *información completa* a la sociedad, que luego replica sí las columnas de opinión de Tzvetan Todorov sobre los supuestos “abusos de la memoria”. Que no han cumplido con ese decisivo deber de informar. Que siguen calificando, en febrero de 2019 la estatua del chico Pablo Míguez, asesinado por la dictadura, como un “misterio” que da la espalda en el Río de la Plata. (“El misterio de la estatua del río que da la espalda a la ciudad”). El destino de Pablo Míguez no es, por desgracia, un “misterio” para nadie. O no lo fue para quienes lo informaron debidamente. Para quienes cumplieron con el deber de informar en forma *completa*. Algunos han pagado demasiado caro el cumplimiento de ese deber democrático. Rodolfo Walsh, el primero.

Klaus Gunther, Habermas), parece un suelo mucho más firme. Más concreto¹³¹. No se equivoca en este sentido el profesor Andrés Rosler, en su reivindicación constante del positivismo jurídico, tesitura minoritaria, que compartimos. Son mayores los riesgos jurídicos que representa en nuestra jurisprudencia el “no positivismo” de autores principalistas, como mi estimado maestro el Prof. Robert Alexy, profesor en Kiel, cuyo pensamiento tiene una enorme influencia e incidencia en los abogados de América Latina, sobre todo en los jueces latinoamericanos, que aplican (o replican) su teoría de la ponderación de principios. Estos son los debates que enfrenta hoy la Filosofía del Derecho. El no positivismo jurídico está de moda. No es una “moda” exenta de dificultades.

Desde que Armand Gaston Camus redactó sus *Lettres sur la Profession d'avocat* (*Cartas sobre la Profesión de la abogacía*, publicadas por André Dupin medio siglo más tarde)¹³² cuestionando la desigualdad social reinante en Francia, el Derecho liberal, en calquiera de sus ramas, ha encontrado en esta desigualdad un obstáculo civil. (Entre

¹³¹ Véase Rosler, A., *La ley es la ley*, Katz, Buenos Aires, 2019.

¹³² Camus, A. G. y Dupin, A., *Profession d'avocat*, Vol. 2, Alex Gobelet, París, 1832. Todos ellos pensaban el estilo y la retórica (el humanismo literario) como una parte esencial de la defensa jurídica técnica (técnica, otro término desdibujado, viene de *areté*, que significa *arte*; en alemán Kunst mantiene vigente esta ambivalencia entre arte y técnica). En Alemania, Hermann Kantorowicz, amigo de Radbruch, cuyo retrato está en la sala de doctorado de la Universidad de Kiel (CAU), donde es profesor Robert Alexy, intentó algo semejante a sus colegas franceses, en esos mismos años: proponer medidas de estilo literario y edificar —Savigny también se preocupaba por eso— la metodología humanista de la ciencia jurídica. Un suelo humanista para pensar el Derecho *científicamente*. Por eso lo cita Alberdi, autor de nuestra Constitución. No había entonces contradicción o separación técnica tajante (modernista, especialización) entre ciencia y humanismo, entre metodología jurídica, retórica y poesía, como sucede hoy (mucho menos en Francia, donde la poesía es tan importante). La separación abismal entre poesía y Derecho, que nos lleva a pensar a ambos como extremos irreconciliables, antagónicos incluso, con poco y nada que ver (cuando en rigor la poesía es Derecho, pensado aristotélicamente), es una “victoria” ilustrada de la modernidad científica. Un corolario del positivismo comtiano, antimetafísico, que produjo una “depuración científica” y “técnica” (antimetafísica) de los saberes sociales. Esto produjo a su vez una retracción de la filosofía y su cristalización en la filosofía analítica.

André Dupin y Armand Gaston Camus hay una relación semejante a la que hubo entre Danton y Camille Desmoulins, dos abogados). Por eso es importante pensar la deformación de un concepto. El Derecho “liberal” no siempre fue pensado como *profesión liberal* (el sentido actual, peyorativo, individual, “profesional”, de lo liberal empobrecido), sino como parte de una doctrina liberal y política amplia (por ej., la igualdad ante la ley, la administración moderna, el Estado no absoluto, sin estamentos), donde la igualdad de derechos era un pilar determinante, hoy olvidado. La igualdad es un eje de nuestra disciplina que hay que recuperar. Pensamos que es menester volver a pensar este presupuesto clásico, que hoy es una etiqueta vacía: la igualdad ante la ley.

Veamos lo que pensaba al respecto (de la no especialización, del humanismo que integra filosofía jurídica y filosofía de la Historia, como Kant) el autor de nuestra Constitución. Escribe Juan Bautista Alberdi en su texto *Fragmento premilinar al Estudio del Derecho*: “Yo ensayaba una exposición elemental de nuestra legislación civil, conforme a un plan que el público ha visto enunciado en un prospecto, y no podía dar un solo paso sin sentir la necesidad de una concepción neta de la naturaleza filosófica del derecho, de los hechos morales que debían sostenerle, de su constitución positiva y científica. Me fue preciso interrumpir aquel primer estudio, para entregarme enteramente a este último. Abrí a Lerminier y sus ardientes páginas hicieron en mis ideas el mismo cambio que en las suyas había operado el libro de Savigny. Dejé de concebir el derecho como una colección de leyes escritas. Encontré que era nada menos que la ley moral del desarrollo armónico de los seres sociales; la constitución misma de la sociedad, el orden obligatorio en que se desenvuelven las individualidades que la constituyen. Concebí el derecho como un fenómeno vivo que era menester estudiar en la economía orgánica del Estado. De esta manera, la ciencia del derecho, como la física, debía volverse experimental; y cobrar así un interés y una animación que no tenía en los textos escritos, ni en las doctrinas abstractas. El derecho tomó entonces para mí un atractivo igual al de los fenómenos más picantes de la naturaleza. Así es como el derecho quiere ser concebido por nosotros; así es como su estudio honra a la mejor cabeza. Así es como Savigny, esta gran celebridad contemporánea de la jurisprudencia alemana, lo hace comprender a su nación, y como el elocuente Lerminier lo enseña a Francia. Así es,

sobre todo, como su estudio es una exigencia viva de toda sociedad. Una vez concebido de este modo, queda todavía por estudiar la ley que sigue en su desarrollo, es decir, la teoría de la vida de un pueblo: lo que constituye la filosofía de la historia. Otra ciencia nueva que nos es desconocida, y cuya inteligencia nos es tanto más precisa, cuanto que su falta ha sido y es la fuente de los infinitos obstáculos que ha encontrado nuestro desarrollo político, desde la caída del antiguo régimen. Cuando esta ciencia haya llegado a sernos un poco familiar, nos hará ver que el derecho sigue un desenvolvimiento perfectamente armónico con el del sistema general de los otros elementos de la vida social; es decir, que el elemento jurídico de un pueblo se desenvuelve en un paralelismo fatal con el elemento económico, religioso, artístico, filosófico de este pueblo: de suerte que cual fuere la altura de su estado económico, religioso, artístico y filosófico, tal será la altura de su estado jurídico”¹³³.

Ein Urteil fällen. Así se dice en alemán “emitir una sentencia” (tomar una decisión). Esta simple expresión judicial indica mucho. No hace falta ser Kafka —que era abogado en una empresa de seguros— para ver (y Kafka vio mucho, en sus cuentos cortos *El Nuevo Abogado* y también en su cuento *Ante la Ley*, también en el relato sobre la construcción de la muralla china¹³⁴, que forma parte a su vez de su famosa

¹³³ Alberdi, J. A., op. cit., 1942. Véase también Piglia, R., Las actas del juicio, *Página 12*, Buenos Aires, 26 de diciembre de 2010. A veces la historia nos muestra sólo una parte de los hechos. Urquiza fue el que más entendió, tras la caída de Rosas, la necesidad de una Constitución. La historia no ha sido del todo justa con él. La prensa porteña (que lo calificaba de loco, traidor, salvaje y unitario) tiene mucho que ver con ese olvido.

¹³⁴ “Para comprender la especificidad de esa crítica convendría retomar algunos aspectos del tratamiento kafkiano del conflicto entre la antigua ley y la nueva, tal como lo encontramos, ante todo, en ‘Durante la construcción de la muralla china’ (1917) —que incluye el célebre relato ‘Un mensaje imperial’— y en una serie narraciones compuestas entre agosto y diciembre de 1920: ‘La negativa’, ‘Sobre la cuestión de las leyes’, ‘El escudo de armas de la ciudad’, ‘El reclutamiento de tropas’ y ‘Una página antigua’. De estas obras es posible extraer la imagen de un orden premoderno cuyos ideales de comunidad y justicia contrastan con los del mundo burgués. La instalación de este último se funda en el desvanecimiento del antiguo impulso idealista de la humanidad; también en la imposición de un conformismo cuya encarnación histórica más conspicua es el moderno burócrata y cuya expresión alegórica más extremada podría ser el personaje del hombre de campo que, indolente y sumiso, se sienta

novela *El proceso*, lectura obligada en los tiempos que corren) que esa expresión esconde una jerarquía: un pueblo que está “debajo” y una Justicia elevada, que está siempre “por encima” —arriba— del hombre “común”, por encima del pueblo, por encima de todo pobre campesino que no entra (nunca, en *Ante la Ley*) a las puertas grandes y pesadas de la Justicia, puertas que son imposibles de franquear, custodiadas por enormes guardianes (esos guardianes ambiguos, de los que Kafka se ríe, en la estela de la obra de Johannes Jensen, somos nosotros, los abogados, que “preservamos” y “representamos...”, y supuestamente “defendemos” la Justicia, custodiamos duramente la entrada, como si esta necesitara

durante años a esperar que lo autoricen a ingresar a la Ley. En el Oriente atávico al que se remonta el narrador de ‘Durante la construcción de la muralla china’, los hombres tenían, en cambio, el ambicioso propósito de construir la Torre de Babel con vistas a alcanzar al cielo. Sólo que este proyecto fracasó a causa de la debilidad del fundamento (*an der Schwäche des Fundamentes*), y así fue que los hombres postergaron la tarea de edificar la torre celestial y se dedicaron a construir la muralla terrena. Pero tenían aún al menos en vista el objetivo idealista: según un erudito, la muralla china ‘proveerá por primera vez, en los tiempos humanos, un fundamento seguro para una nueva Torre de Babel. Así pues: primero la muralla y luego, la torre’. El problema es que, con el tiempo, los hombres dedicaron tanta atención al proyecto terreno que olvidaron por completo el temprano impulso utópico; se circunscribieron, entonces, a la concreción de objetivos terrenales. A estos se refiere el narrador de *El escudo de armas de la ciudad*, que explica en qué medida los hombres antiguos, confiados en la realización de sus proyectos, no imaginaron que la humanidad pudiera perder de vista sus fines más elevados”. Vedda, M., Teórico N. 10. Literatura Alemana, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, junio 2020. El Dr. Miguel Vedda es prof. titular de Literatura Alemana de la UBA. Estas reflexiones sobre la obra de Kafka bien puede servir para contrapesar críticamente la división de Benjamin Constant (proseguida y defendida por Isaiah Berlin) sobre la libertad moderna y la libertad de los “antiguos”, siendo esta (la libertad “Antigua” y republicana, como virtud civil) la que nosotros, en este trabajo, defendemos: la libertad positiva. La libertad “rosseauniana” (“jacobina”, y “populista”, al decir de Berlin y Oakeshott, dos conservadores, críticos del ideario emancipador igualitario racionalista y “abstracto”. También Arendt, en la estela de Raymond Aron, tan leído en la Argentina por la historiografía conservadora de autores como Natalio Botana, critica el ideario “violento” de la Revolución Francesa, como si la opresión y el hambre masivos, también defendidos con violencia, no lo fueran. Como si sólo fuera violencia la violencia de los pobres, denominando a las otras violencias institucionales, con su carga histórica de represión y racismo, “orden público”). Kafka es un buen espejo para mitigar la división de Constant sobre las libertades.

mucha “defensa”, como si la misma *Justicia* necesitara “guardianes”); la justicia desde “arriba” lanza sus sentencias al pueblo deshauciado que la espera y la recibe abajo: la sentencia “cae” desde arriba, la lanzan desde lo alto del Saber (jurídico). El saber cae, se derrama, destila entre la plebe, como el “fallo”, desde arriba (*fallen*, sin diéresis, significa ‘caer’, no creemos que la diéresis importe una diferencia semántica de peso). Arriba están siempre los jueces, los que saben. Abajo el vulgo ignorante, el pueblo descamisado, roto y con hambre que ignora el Derecho (que a su vez, paradójicamente, la modernidad le reputa conocido, cuando ni los jueces conocen a fondo los meandros legales actuales en tiempos de enorme y simbólica proliferación normativa, donde ya ningún ser humano puede saber a ciencia cierta en cada momento qué supone o dice o en qué consiste el Derecho; este es el símbolo de la “administración” gris, de la burocracia con procesos interminables, regidos por normas y voluntades desconocidas; ningún autor parece más característico y adecuado para pensar el Derecho administrativo que Kafka). Caer de una “sentencia” a los que están “abajo”. Estas son las imágenes de nuestra justicia formal. De nuestros grandes Palacios grises. Sentencias que caen de lo alto de nuestros tribunales de abogados. Los pobres no entran al Palacio. Lo miran de afuera. Y en parte esto es así porque estos Palacios (el gigantismo de las facultades de Derecho tampoco es un accidente arquitectónico, contrasta la “grandeza” de la Justicia hegeliana con sus columnas blancas, paredes de mármol, de los abogados y jueces elegantes con sus togas oscuras, frente a la pequeñez del individuo desalineado y a menudo desconcertado en el proceso) cuentan con cientos de “guardianes”, como ironiza Kafka. Kafka no lo dice. Pero la ironía es clara. La referencia somos nosotros: los abogados “guardianes”. Los guardias. La Justicia no necesita tantos “guardianes”. O no debería. Si los tiene, es por algo. Es una paradoja que haya que “custodiar” tanto al Derecho. Una especie de contradicción literaria o de trampa. El Derecho no debería necesitar de tantos abogados. De tantos “guardianes” apostados en la puerta. Demasiados abogados, y muy poca justicia, como decía Pier Paolo Calamandrei. Demasiados expedientes, demasiados papeles, demasiados “guardianes”. Demasiado proceso. Sellos. Pocos derechos. Muy pocos. Con ver a cada chico con sus zapatillas rotas llenas de barro en el tren es suficiente para constatar el abismo entre lo que el Derecho *dice* y lo que el Derecho *hace*.

El republicanismo no tolera más esta división. La teorización tiene que empezar por exponer con lenguaje certero y decidido y duro las muchas miserias del academicismo. Un pensamiento crudo. Serio, como decía Brecht. Pero no académico. Del saber de las Academias de Historia, de Ciencias Morales o de Derecho Constitucional. El Saber no puede vivir (mucho menos crecer) encerrado en la Academia. Mucho menos el saber jurídico¹³⁵. El pragmatismo norteamericano —en este punto al menos— no se equivoca. Importa menos la Verdad que las consecuencias. Y las consecuencias, para millones de almas empobrecidas en nuestro continente, que revuelven la basura para vivir, que deambulan por las estaciones, son duramente claras. Digan lo que digan nuestras constituciones y tratados. Lo que impera es el hambre. La exclusión predomina. La calle. Una desigualdad tan abismal y tan cruda (los caballos tirando carretones frente a barrios caros, privados, con guardianes apostados) que pone en jaque a cualquier democracia. Osvaldo Bayer lo repitió muchas veces. Una democracia no puede tolerar ya estos indicadores alarmantes de pobreza. No es democrático. No es ético tampoco. Y además, no es lo que prometen nuestras constituciones. No es lo que dice el Derecho.

En alemán “tener razón” y tener “derecho” son sinónimos. Se dicen igual: *Recht haben*. (Tener razón, a su vez, tiene dos sentidos, uno retórico o discursivo, y otro, no separado del primero, o cuya separación poscolonial ha sido lenta, progresiva y no siempre terminada, todavía se ve, antropológico y cultural). Claro que no todos tienen “razón” a lo largo de la historia, como enseña Emmanuel Chukwudi Eze, muchos han sido privados de ese derecho. El derecho a “tener razón”. A que sus razones fueran escuchadas¹³⁶. (*No puedo respirar*). Como no tenían “razón” (indios, negros, homosexuales, niños, mujeres, judíos, pero también los animales, la naturaleza vista como un vasto recurso para explotar), no tenían derecho. Lo que Kant llama *derecho a la personalidad*. Parece un derecho abstracto y filosófico, pero es el primero,

¹³⁵ Eduardo Luis Duhalde, entonces secretario de DDHH de la Nación, quería crear (estaba entre sus proyectos, así como la creación del Centro de estudios en Semiología y Filosofía del Derecho Enrique Marí) una Academia Nacional de Derechos Humanos.

¹³⁶ Viñas, D., *Indios, ejército y frontera*, Siglo XXI, México, 1982.

por sobre el otro, el derecho a la libertad de expresión, que el constitucionalismo liberal sitúa en la cúspide. El republicanismo entiende que hay derechos previos a esa libertad. Precisamente quienes son privados de ese primer derecho (a la personalidad, como categoría) son luego privados de todo. Incluyendo la libertad de expresión. La libertad de expresarse o exponer razones. La libertad de *respirar* mientras son pateados en el piso. Por eso la primera libertad es la vida. La *personalidad*. El derecho (kantiano) a la personalidad. La expresión viene después de que la vida es garantizada como un derecho¹³⁷. No como un derecho a revolver la basura. Sino como un derecho en serio. Como un derecho pleno a la personalidad, como ejercicio cívico. Al desarrollo de las propias capacidades (Nussbaum-Sen)¹³⁸. El que revuelve la basura no tiene libertad. El que junta cartones con sus hijos tampoco. El que tiene miedo porque es negro tampoco. Estas personas están fuera de la democracia. La tarea republicana que se impone hoy es volver a *incorporar* al cuerpo social a estos sectores. Esta metáfora también es relevante para el pensamiento republicano moderno: el “cuerpo” social es el Estado libre, pero la metáfora del “cuerpo” (Quentin Skinner) también nos llega a nosotros, que conformamos un *cuerpo*: el cuerpo de abogados del Estado. Los conceptos —todos— tiene una historia. En nuestro caso —cuerpo de Abogados, cuerpo social (la ECAE misma, inspirada en la ENA francesa)—, una historia *republicana*. Francia es un país de fuerte tradición republicana. Esa es una tradición muy importante para los argentinos. Es una tradición que ha marcado a fuego nuestra cultura política y legal. Por eso definiendo, en este extenso (y por momentos desordenado) trabajo la tradición republicana. El republicanismo. El pensamiento republicano en torno del Estado y la sociedad como cuerpo libre y autogobernado (comprometido) que aspira a la virtud cívica y donde ya no se tolera que haya excluidos. El liberalismo ha tolerado, con cualquier excusa atomista contractual (no se equivoca Gargarella cuando afirma que los

¹³⁷ Gargarella, R., La política del republicanismo: vida pública y libertad de expresión, *Revista Lecciones y Ensayos*, N. 77, Buenos Aires, 2002.

¹³⁸ El derecho al desarrollo tiene dos caras, una individual y otra colectiva. Naturalmente, ambas caras se entrelazan. Nadie puede (bajo la óptica republicana al menos) prosperar ni desarrollarse en soledad.

republicanos sospechamos mucho del “mercado libre”), la exclusión social en exceso¹³⁹. El republicanismo no tolera ya ni un excluido. Ni uno solo. Esto da la pauta del enorme camino que tiene por delante el republicanismo, en la medida en que es un pensamiento cívico igualitario que fomenta la participación. Los ciudadanos no pueden mirar para otro lado. Todos tienen un fuerte compromiso con los demás. No somos átomos egoístas y aislados, privados, desentendidos del otro. Sino un *cuerpo social* donde entran todos. Donde nadie queda afuera. El republicanismo no tolera la exclusión ni el olvido (en otro sentido, defiende la Memoria, como defiende los derechos humanos *universales*). Al liberalismo, al parecer, no lo incomoda. No lo molesta. No lo perturba. Cuestionaremos la noción de libertad negativa (“moderna”) de Constant y Berlin como mera “no interferencia” en la vida privada civil de las personas. Donde lo público —antes un compromiso, un derecho, un deber, una virtud y un honor— hoy es presentado muchas veces como una “carga”. Una “carga pública”. Un “costo” social. Una “intromisión” indebida... Una “interferencia”. El costo de esta supuesta libertad negativa, acotada (que descalifica cualquier “carga” pública y social, cualquier exigencia como una “intromisión” del Estado) es la exclusión creciente de las mayorías con hambre. Golpean las puertas de los supermercados. Es el pensamiento que conduce a la evasión tributaria y a la des-identificación con el Estado, que representa una mirada mayor de la sociedad, donde el eje no es la ganancia privada (el repliegue privado: Epicuro), sino la Justicia (Aristóteles). El eje de la Administración Pública —el horizonte de su actuación y el sentido de sus “cargas” (cargas que muchos, con cualquier argumento, evaden, prefieren evadir)— es la Justicia. Separaremos aquí la libertad negativa (Constant, Berlin) de la libertad positiva, republicana, única compatible con una ciudadanía consciente no sólo de sus derechos, sino también de sus deberes y obligaciones. Sus deberes con los demás. Con los conciudadanos. No se les puede dar la espalda civil. El atomismo liberal desdibuja la idea republicana de cuerpo social. Genera la falsa idea de que cada individuo puede ser libre solo, de que puede ser y vivir en un mundo aislado. Sin mayores compromisos con los demás.

¹³⁹ Bobbio, N., *Thomas Hobbes*, FCE, Buenos Aires, 1998. El modelo iusnaturalista. Cap. 1.

Por eso, en esta mirada liberal, el Estado es una “carga”. Un “costo”. Un sinsentido. Friedman dirá una “tiranía”. Una intromisión. Este lenguaje —no siempre perceptible— es el fondo (antirrepublicano) sobre el cual debatimos. La abogacía pública necesita aclarar este debate político. Si vivimos el “crepúsculo del deber” (Adorno diría “el imperio del olvido” y la indiferencia con los demás, como egoísmo extremo, base de la modernidad industrial), el fin del “deber” (dirá John Finnis), el abuso del lenguaje de los derechos (dirá Glendon) es porque detrás de este enorme aparato discursivo hemos descuidado los pilares de esta estructura: la Argentina adopta desde el inicio el sistema representativo, republicano y federal. Hemos olvidado la honda implicancia (los compromisos que implica para cada ciudadano argentino, el compromiso cívico, que no es solidaridad; el civismo es otra cosa) del republicanismo como filosofía política y como teoría del Estado. Recuperarlo es la única manera de no ser una república sólo de palabra. Para que la República no sea una etiqueta vacía, es menester recuperar el ideario republicano que la sostiene y le da sentido. De Cicerón, de Maquiavelo, de Aristóteles, Harrington (en *Oceana*): el ideario de Rousseau¹⁴⁰.

La teoría del Estado es Sociología. El eminente teórico constitucional y del Estado alemán, Herman Heller, solía decir que la teoría del

¹⁴⁰ Berlin (como su amigo Michael Oakeshott) denuesta la libertad de Rousseau como una libertad “populista” y “jacobina” (*sic*). Como se ve, el ideario conservador no es nuevo. El lenguaje (desde la tradición concreta) que emplea para denostar el igualitarismo republicano “abstracto”, tampoco. El igualitarismo es denostado en Francia como una forma racionalista de hacer política republicana (Burke, Chateaubriand, etc.) Como un exceso de “cartesianismo” ilustrado. De mecanicismo. Si algo nos muestra la crisis actual, es la decidida importancia, para la abogacía del Estado, de volver a las fuentes del Derecho, para poder pensar mejor: la imperiosa necesidad de volver a hacer filosofía. De volver a pensar en grande a la sociedad y al Estado, y también a las relaciones internacionales, hoy enflaquecidas y en crisis, como advierte la OMS. Hoy se padece en muchos debates jurídicos la falta de filosofía (pensamientos de fondo, estructurales, históricos) y teoría del Estado. Desde la ECAE entendemos que es muy importante formar (volver a formar) a los abogados del Estado argentino en Historia y en Filosofía del Derecho. Estas disciplinas han sido marginadas de los programas de estudio, muchas veces percibidas como un costo inútil o una pérdida de tiempo. Desde la ECAE entendemos, por el contrario, que filosofía e historia son el suelo que necesitamos para pensar. Para enmarcar nuestro pensamiento.

Estado *es sociología*, “y, como tal, ciencia de la realidad, y no ciencia del espíritu”¹⁴¹. Esta breve indicación de Heller, que murió sin terminar su libro, y que buscó renovar las fuentes no formales de tal teorización política e histórica en Alemania (sin seguir ni el formalismo liberal de Kelsen ni el decisionismo de Carl Schmitt, separados de ambos, tanto del decisionismo antiparlamentario de este, crítico de Weber, como de la teoría pura del Derecho del jurista austríaco), nos da una pauta importante para (volver a) teorizar el Estado en medio de una crisis global de salud pública, que ha expuesto fisuras que ya conocíamos de sobra, pero que han quedado ahora muy dolorosamente en evidencia. Perlongher volvería a repetir desde San Pablo: hay cadáveres. Y los hay cada vez más. La teoría del Estado no puede escapar a esto. Son sus cadáveres. Son sus fosas comunes. Fosas comunes improvisadas también en el mar mediterráneo, donde los chicos se ahogan sin que nadie haga nada. Uno murió ahogado llevando cosidas a su ropa las notas del colegio para que Europa viera que era un buen estudiante. Que quería estudiar. La civilización no lo dejó entrar. Su cuerpo quedó flotando en el océano. Es el Estado. Es su *teoría*. Su visión de la *soberanía*. Su noción de “frontera”. También la ya indisimulable, en este campo y otros (la crisis migratoria y la crisis del Covid-19 tienen elementos en común), incapacidad de los organismos globales. Su silencio. hay una falta de coordinación global. Es un aspecto del fin del humanitarismo. La ayuda humanitaria como un “crimen”. Scott Warren recibiendo cargos criminales. Activistas en Brasil o en Noruega que defienden el medioambiente son —cuando no directamente asesinados (Berta Cáceres, Lesbia Yaneth, Marielle Franco, ¿cuántas más tendrán que morir?)— vistos y tratados como delincuentes, como terroristas. Son expulsados. Encarcelados. Como si los “enemigos” fueran ellos. Los que defienden los derechos más básicos.

El paradigma humanitario está hoy, como decíamos, en retroceso, el fracaso de la coordinación global está a la vista de todos, el vacío de la “gobernanza” como lenguaje de gestión “eficiente” de lo global, la parálisis de las instituciones internacionales (base de la seguridad colectiva, eje de la cooperación) nos fuerzan a renovar, otra vez, la Teoría del Estado. La ONU muchas veces parece quedar reducida a un mero rol

¹⁴¹ Heller, H., *Teoría del Estado* (trad. y prólogo de Gerhart Niemeyer), FCE, México, 1968, p. 53.

testimonial. Simbólico. Sin consecuencias (parece casi una ONG declarativa de Derechos Humanos, sin fuerza para unificar acciones colectivas acordadas). Por eso nos vemos forzados a hacer el movimiento que ya hizo Herman Heller hace ya ochenta años en Alemania (en apoyo de la socialdemocracia europea): repensar, repolitizar y volver a hacer filosofía de peso donde hoy apenas si predomina la filosofía analítica, el tecnicismo de mercado y el análisis económico del Derecho y el Estado (con sus instituciones eficientes). Son marcos demasiado estrechos para pensar *lo público*. Por eso lo público está en retroceso: porque se han agotado los lenguajes que lo justifican. Que lo expresan. Que le dan sentido. Su resultado está a la vista: es la criminalización y persecución de la ayuda humanitaria. Es ver a los que salvan vidas —arriesgando la propia— como criminales. Este retroceso no escapa tampoco a la teoría del Estado. Es parte de ella. Atendamos a Heller (1934): “Antes de intentar su solución, trataremos de darnos cuenta de la actitud intelectual que caracteriza a todos aquellos investigadores que sólo ven en la cultura un objeto espiritual. O. Spann, por ejemplo, al considerar a todo lo social como espíritu y a la Sociología como ‘ciencia pura del espíritu’, se encuentra, en este respecto, en la misma línea que Kelsen con su teoría pura del derecho, y, en ella se hallan también las tesis de Spranger. Y otro neokantiano caracteriza, asimismo, lo social como ‘forma de sentido de la relación de espíritu a espíritu’. [Heller anticipa todas las críticas contemporáneas del progresismo constitucional.] Basta la breve referencia anterior para darse cuenta de que la Metafísica del espíritu de Hegel —por lo demás, considerablemente realista— hace tiempo interrumpida en su tradición, difícilmente pudiera incluirse en la doctrina que trata de eliminar de la cultura a lo real. Los motivos de la Sociología del saber a que tal doctrina responde se desprenden, tal vez, de las palabras de Dilthey, quien, admitiendo que la historia nos habla también de trabajo económico, de colonizaciones, guerras, fundaciones de Estados, etc., declara, sin embarbo, que lo que a nosotros —es decir, a los intelectuales alemanes— principalmente nos mueve es lo ‘inaccesible a los sentidos’, lo que puede ser vivido y comprendido; ‘en torno a ellas gira todo el alboroto de la historia’ (*Mundo Histórico*, p. 102, y análogamente Rickert). Esta conversión de la realidad social y política en ‘espíritu’, encuentra, acaso, su explicación psicológica en la actitud contemplativa de los eruditos, distante de la realidad apolítica

y burguesamente saturada, que se sumerge con fruición en el reino de las estructuras significativas, de las formas ya creadas, y alejadas, por eso, del ruido de la historia y que, frente al peligroso devenir de nuevas formas, muestra indiferencia, sino aversión”¹⁴². *Statu quo*.

El antirracismo está llamado a tener, frente a esto, un enorme predicamento en el rediseño de nuestras disciplinas académicas y nuestros campos de estudio¹⁴³. En nuestra forma de aprender. Y de estudiar (y pensar el) Derecho. Es un camino que recién comienza. Porque gran parte de nuestros campos de estudio tradicionales (formales, nuestras “carreras” de estudio, nuestra forma de “enseñar”, por ejemplo, Derecho penal, Psicología, Economía, Sociología, Filosofía, Teoría del Estado) estuvieron diseñados más por motivos de control social e intereses de colonización y dominio (europeo) que por sanos e ímpolutos intereses —no represivos— altruistas de “estudio” o de objetivo y desinteresado “conocimiento” científico. Como referimos más arriba, Mario Bunge dijo algo muy cierto en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales: no existen tales *ciencias*, que dan nombre a esa universidad¹⁴⁴.

¹⁴² Heller, H., op. cit., 1968, p. 57.

¹⁴³ No es exagerado pensar que la nueva Teoría del Estado tiene (debe tener) dos pilares: el antirracismo y el feminismo. Ambos tienen el mérito de haber llevado adelante el antiesclavismo. Y, si creemos a Thomas Carlyle, incluso la Revolución Francesa, tan decisiva para la modernidad, fue una revolución predicada por abogados varones (Danton, Marat, Robespierre, Desmoulins), pero hecha por mujeres.

¹⁴⁴ Llevando a fondo el argumento de Bunge (y pensando también en lo que vimos al comienzo que afirmaba el Dr. Ricardo Levene, citado por Ranea), podría decirse que, técnicamente, sólo representan genuinamente el término “universidad” (que proviene del acceso “universal”, para todos) las universidades públicas, no las universidades privadas. La modernidad aspiraba a una construcción realmente “universal” de saberes (y derechos) que trajeran libertad y paz para todos. Por eso la “Universidad” debe ser un espacio “universal” público donde todas las posturas y sectores entren y estén debidamente representados. Sin recorte. Sin privatización. Sin molinetes ni barreras en la puerta. Ese es el sentido básico de lo universal: la universidad es el espacio donde ese libre acceso “universitario” quiere ser una expresión *universal* (universitaria como expresión y preparación en el ejercicio) de valores *universales*, suelo de todo progreso (de la “civilización” pública y universal). Universitarios. La universidad es ese lugar “universal” con ese acceso “universal” y para todos. (Esa libertad genuina, igualitaria, genera a su vez paz universal, otro lema de

(A lo sumo son técnicas). La antropología nace para conocer más de cerca a los colonizados. La sociología indaga (y la psiquiatría racista proesclavista) —en un mundo perfecto, en el “sueño americano”, donde todo era o debía ser perfecto y hermoso (un mar de oportunidades)— el comportamiento “desviado” (de allí el conductismo norteamericano). Porque cualquier crítica o problema social debía explicarse no en términos políticos de reclamo o de protesta frente a un sistema (que no falla), sino en términos de una “desviación” particular de la persona “desviada” (enfermo, loco, negro, delincuente, incapaz, migrante “ilegal”, desviado, etc.). La etnografía es una rama de la colonización. También la filosofía jurídica. No muy distinto es el caso del Derecho. El antirracismo está llamado a pensar más a fondo estas disciplinas de estudio que tenemos hoy: no tanto los programas, las diferencias menores de orientación, sino la estructura curricular misma: los tipos de campos. La forma de nuestras “carreras” y “profesiones”. Nuestro campo profesional¹⁴⁵. Fanon lo vio bien. También Emmanuel Chukwudi Eze, que cuestiona la idea de raza en la antropología en apariencia neutral y universal de Kant.

la modernidad ilustrada, que expande las luces igualitarias de la Razón). No se puede recortar ni impedir el acceso a la universidad. Por eso es tan decisiva la educación pública gratuita y de calidad: como derecho. Y como paso previo al ejercicio cívico... y republicano. La privatización de la educación terciaria va a contramano de ambos procesos (cívicos-republicanos, poniendo en su lugar una ética individualista del “progreso”, también el educativo, incluyendo el avance de la ciencia, como un producto que ya no es público... Así los estudiantes, pierden poco a poco esa vocación universal, “universitaria”, suelo de toda *res* pública, de toda virtud clásica, no individual, no privada, todo compromiso cívico y social, no de su personal “carrera”). Desarrollamos mejor este punto en otro escrito que integrará el próximo número de esta revista, escrito en coautoría con Valeria Wegh Veis, donde defendemos no la libertad negativa (“moderna”, Berlin-Constant), sino la libertad *republicana*. La privatización del conocimiento es una forma de retroceso en los valores republicanos, que presuponen la igualdad en el acceso a la universidad y a los saberes, herramientas de participación y libertad: de autonomía civil. De no tutela.

¹⁴⁵ En la Universidad Nacional de Lanús no se enseña a partir de *disciplinas* (carreras tradicionales, como Derecho), sino a partir de problemas. Por eso no existe la carrera de Abogacía, pero sí se imparte una licenciatura en Justicia y DDHH. Porque eso es lo que le falta en rigor al Derecho: Justicia. Hay demasiados abogados, pero hay muy poca justicia, decía Pier Paolo Calamandrei, citado por Ana Jaramillo, rectora de la UNLA. Jaramillo, A., *Justicia y dignidad humana*, UNLA, Buenos Aires, 2018.

(*El color de la razón*, la “naturaleza humana” kantiana presentada como un dogma universal incuestionado, como base de la modernidad; pensemos en los haitianos masacrados cuando quisieron ser libres, los primeros de América en querer la libertad, en querer dejar de ser esclavos¹⁴⁶, encabezados en su insurrección por Toussaint L’Ouverture)¹⁴⁷. La filosofía de Kant es el suelo de nuestra mejor filosofía jurídica, mucho mejor que el economicismo, tan de moda (Posner). Y sin embargo tampoco esa filosofía es perfecta ni es en modo alguno inocente. Menos para quienes, como los negros, han padecido sus consecuencias menos visibles, identificados siempre con el hedor salvaje y el atraso (Kusch), frente a la pulcritud de la sociedad civilizada y moderna: sin olores “malos”. Dicho esto, sigamos con nuestra presentación antes del brutal asesinato de Floyd en los Estados Unidos. En la mayor democracia de América, los activistas en DDHH son procesados como criminales peligrosos. Ayudar se ha vuelto un delito. Salvar vidas se ha vuelto un

¹⁴⁶ (1793) “Hermanos y amigos. Soy Toussaint Louverture; quizás el conocimiento de mi nombre haya llegado hasta vosotros. He iniciado la venganza de mi raza. Quiero que *la libertad y la igualdad* reinen en Santo Domingo. Trabajo para que existan. Uníos, hermanos, y luchad conmigo por la misma causa. Arrancad de raíz conmigo el árbol de la esclavitud. Vuestro muy humilde y muy obediente servidor, Toussaint Louverture, General de los ejércitos del rey, para el *bien público*”. Veamos el eco republicano (la libertad, como sinónimo de igualdad) de estas palabras. La libertad sin la igualdad es lo que Constant llama liberalismo “moderno”. Un (neo)liberalismo no igualitario. economicista, esclavista, donde todo debe ser —incluyendo la mano de obra esclava— “eficiente”. En términos de esclavitud, hemos vivido un retroceso “económico” pretendidamente liberal y libertariano, aunque su resultado no ha generado (pensemos en Haití hoy) sujetos más libres. Más emancipados. Haití es un espejo atroz, un espejo cruento y roto de nuestras democracias enflaquecidas y pobres. Nuestra miseria. La bandera del Primer Imperio de Haití decía, en bandas azul y rojo (1804-1806): *Liberté ou la Mort*. Es una expresión de los colores de la bandera francesa, con una salvedad: sin el color blanco, que fue quitado de la bandera, al mismo tiempo que se terminaba con la esclavitud de los negros de Haití.

¹⁴⁷ Chukwudi Eze, E., *Postcolonial African Philosophy: A Critical Reader*, Cambridge, 1997. Derecho se refiere a un objetivo. Hacia el cual nos orientamos “rectamente”. Ese objetivo puede ser la Justicia. Sin ese norte, el Derecho pretendidamente “recto” pierde sentido. Pero ese camino no es neutral tampoco a la hora de pensar o describir la naturaleza humana. Una descripción tan básica (*lo humano*) puede tener connotaciones racistas.

crimen. Scott Warren enfrenta cargos criminales por dejar bidones con agua y frazadas en una frontera. También Carola Rackete (*Sea-Watch* 3). Este es nuestro mundo. ¿Podemos mirar para el costado mientras estas cosas suceden? No podemos ser sólo abogados de escritorio. No puede ser que sean profesores de geografía —y no de Derecho— los que dejan bidones con agua o salen a rescatar personas desoladas. Algo falla en nuestra disciplina. En nuestra concepción del Derecho. (Adorno diría: es nuestra metafísica misma, nuestra forma de pensar la que conduce a esos lugares, a los turistas tomando sol frente a cadáveres). En nuestro campo de estudio. En nuestra mirada que es racista aunque no lo veamos (de eso se trata la colonización: de no ver lo que nos rodea, la violencia normalizada, “normal”). No hace falta hablar de Floyd: nosotros tenemos a nuestras Ramonas Medinas. El antirracismo recién se levanta. Impactará en el mundo académico: en la división de Saber en “ramas” de “estudio”. En la configuración de un nuevo conocimiento. De una mirada distinta del Estado y de la sociedad¹⁴⁸. Nuestros conceptos jurídicos y económicos (desde la trata de “blancas” a la economía en “negro”, lo negro como sinónimo de lo informal y lo malo, *negreros*, trabajo en negro, poner en “blanco” a los empleados) son en su mayoría hijos del racismo. La depuración de la palabra no es una tarea sencilla. El lenguaje inclusivo busca ampliar este horizonte. No es fácil: hablamos como pensamos. Y los pensamientos no se cambian de un día para el otro. Alemania quiere quitar la palabra *Rasse* de su Constitución. Pero el racismo no se quita borrando una palabra de un texto jurídico.

Los conceptos —cada uno— tienen una larga historia detrás, que no ha sido siempre lineal. Pero existe y puede servir conocerla (ya me referí reiteradas veces al concepto de “bardo”). El Ministro de Salud de Nueva Zelanda renuncia, luego de romper la cuarentena para visitar una playa con su familia, afirmando que fue una decisión “idiota”. Este

¹⁴⁸ El INADI, por ejemplo, pone el racismo en última instancia, porque entiende en función de una visión liberal (el país como crisol de razas) que en la Argentina no existe el racismo (como problema central o estructural), sólo o sobre todo la *discriminación* de personas. No comparto esta postura liberal. El racismo entre nosotros cobra forma. Cuando a Fernando Báez Sosa le pateaban la cabeza en el suelo, por ejemplo, le decían “negro de mierda”. No le decían otra cosa. Eso no es discriminación individual ni es sólo “violencia”. Es racismo.

concepto es preciso. Pero no siempre lo vemos. Lo abstraemos de la tradición republicana a la que pertenece. Perdemos de vista lo esencial. El concepto “idiota” (bien empleado por el exministro de Nueva Zelanda) en Grecia significaba directamente ‘el que no participaba de lo público’, del compromiso republicano (en ese caso, en la polis), es decir, el que se recluía, como un idiota (diría Epicuro), en el propio interés personal, individual, privado (mezquino, egoísta, negativo), dejando de lado lo “público”, lo colectivo: lo social (positivo), que debe —en toda república— primar sobre lo individual. Este ejemplo sencillo nos muestra una cosa: cada palabra cuenta. Más cuando hablamos de *salud pública*, tema de nuestro número, en una *res pública*. El desafío es saber qué palabra elegimos. Qué decimos cuando elegimos un término, cuando decidimos usar un concepto y no otro. El concepto que atraviesa esta presentación (por cuya extensión me disculpo con los lectores) es el concepto de República.

Kafka ha ironizado mucho con las puertas no siempre fáciles de encontrar de la Justicia. Esa puerta siempre se mueve. Lo hizo en *Ante la ley*, pero también en su cuento corto, “El nuevo abogado”: “Hoy dichas puertas están en otra parte, más lejos, más alto; nadie muestra el camino; muchos llevan espadas, pero sólo para blandirlas, y la mirada que las sigue sólo consigue confundirse. Por eso, quizás, lo mejor sea hacer lo que Bucéfalo ha hecho, sumergirse en la lectura de libros de derecho. Libre [y resaltemos la ironía, ya que el caballo debe resignar su “libertad” para ganar una “libertad” nueva, más “apacible” y tranquila, menos comprometida y batalladora], sin que los muslos del jinete opriman sus flancos, a la tranquila luz de la lámpara, lejos del estruendo de las batallas de Alejandro, lee y relea las páginas de nuestros antiguos textos”. Esa “calma” sosa en un caballo de guerra es una ironía: ha perdido el “nuevo” abogado todo “antiguo” compromiso con la virtud. Todo brillo firme con la “batalla” por la que lucha. Ahora lee libros a la “tranquila luz de la lámpara”.

El desafío de los abogados del Estado puede reducirse en esa ironía de Kafka, que traigo a colación porque expresa un contraste con los que insisten en que San Martín o Belgrano son figuras de “protocolo” (no lo son): no terminar siendo abogados de escritorio moderados. No ser simples burócratas grises que ponen sellos y que releen “las tranquilas páginas de un texto antiguo”. La justicia (la Constitución

con sus garantías, la Declaración de derechos del hombre, en un mundo que mata a nuestras mujeres —como Berta Cáceres, Marielle Franco, Ramona Medina—, que ve morir a miles de personas en el océano sin inmutarse) no pueden ser —o acabar siendo— ese “texto antiguo”. Aunque hoy muchas veces lo parece. Volver a ser abogados comprometidos es volver a confiar en que lo que hacemos tiene algo que ver con la Justicia. Imprimir de nuevo un ideal real a la profesión del Derecho. No ser como esos “falsos guardianes” con que Kafka se burla de los abogados “guardianes” de la “Justicia”, como un privado palacio en el que ya casi nadie entra. La justicia no puede ser eso. Aunque su puerta, como dice Kafka, “se mueva”. La justicia —sobre todo su puerta— parece moverse. No está nunca quieta¹⁴⁹.

EL CARTÓN Y EL ACADEMICISMO

Donde se vuelca el tasajo. Este tipo de carne seca recuerda al cartón, y era, como puede leerse en cualquier enciclopedia virtual, una parte de la dieta que se suministraba a los esclavos oprimidos hasta fines del siglo XIX en las Antillas, centroamérica y en Brasil. Los pobres de nuestros países no han dejado de comer cartón. De juntar cartón. De vivir o dormir sobre cartones. El cartón sigue siendo nuestra realidad. Nuestro hecho crudo. Nuestro pan de cada día. No existe un solo barrio caro donde el cartón no tenga protagonismo. El cartón abruma nuestra veleidad y nuestra elegancia. El cartón desmiente nuestro “progreso”. Lo desmiente rápidamente, a cada paso. El cartón se almacena y se entrega en los locales, como muestra de “solidaridad” a los “cartoneros”, que buscan el cartón junto a sus hijos. El cartón es el pan. El cartón es carne. Es el derecho. El cartón es para muchos argentinos la vida. La cama. La frazada. La casa. El trabajo. El sueldo. Un lugar. Un espacio. Una frontera. Una delimitación. Una idea.

¹⁴⁹ Kafka, F., Un nuevo abogado, en Compilación de textos *Un médico rural*, Madrid, Alianza, 2016. En la visión de Hector Zabala: “Bucéfalo, sin Alejandro Magno ni otro caudillo militar que esté a su altura, carece de un empleo digno de sus méritos y sólo le queda leer y releer libros de Derecho. Es decir, un caballo de guerra —reencarnado en un hombre moderno— no tiene otra opción que moderar su espíritu belicoso y ocupar su tiempo en un burocrático empleo de oficina”.

El palacio de justicia de Perú, donde funciona hoy la Corte Suprema, es una copia exacta, una réplica perfecta, neoclásica, del palacio de justicia de Bélgica. Pero la historia de Lima —donde fue asesinado Montegudo, secretario lúcido de San Martín—, tan vinculada a la nuestra, no es —ni debe ser, ni quiere ser— la historia de Bruselas. Ni mucho menos. No se pudo copiar. Estas copias se perpetúan e inciden. Es un decorado. Copiamos edificios, pero no sólo copiamos edificios. También nosotros aspiramos a construir una historia del “primer mundo”. Una historia blanca de “progreso”. (Alberdi pidiendo inmigración europea, gente “industriosa” que hablara inglés; nuestra Constitución aún emplea un lenguaje impropio¹⁵⁰, sigue hablando de “reos” en el siglo XXI, no de personas presas, pide promover la inmigración europea, esto es: desalentar cualquier otra inmigración *de segunda*, como si la integración latinoamericana, que pensaron nuestros próceres, no fuera una prioridad). Otra historia, porque no nos gusta la nuestra, nuestra historia concreta. Nuestro suelo lleno de cartones. Nuestra cultura (que sí defendía Belgrano, que puso en nuestra bandera el sol ondulado de los incas: Inti). A Fabián Báez Sosa le decían “negro de mierda” mientras lo mataban a patadas en el piso. El racismo no es un problema alejado del Río de la Plata. El resultado de este proceso ha sido siempre la desconexión, la vergüenza y el colonialismo. Alemania se debate hoy en quitar la palabra *Rasse* de su Constitución. Nosotros no podremos esquivar mucho tiempo más debates parecidos. Salvo que la Constitución pase por ser una formalidad simbólica, cuyas garantías carecen de algún contenido. Darle la espalda a lo que tenemos frente a nuestras narices (“piel negra, máscaras blancas”, dijo Franz Fanon, con Césaire, poeta de la negritud azotada) para ser aceptados. Cartones. Cartoneros disfrazados de “recicladores urbanos”. (Denostando a los jueces “garantistas” que ponen en cuestión la ausencia atroz de derechos, celebrando, sin embargo, como republicanos a aquellos jueces que se alejan de la legalidad constitucional, contradicción o paradoja que es entre nosotros una rémora discursiva del Proceso, un aspecto

¹⁵⁰ El artículo 25 de la Constitución Nacional establece que “El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes”.

que todavía perdura: la crítica constante a las garantías constitucionales y la presentación de su defensa como un “exceso”). Chicos buscando comida en la basura en la puerta de los Teatros Colón, sinónimos de la alta cultura. Pozos de oscuridad. Eufemismos. Hambre y alta cultura apostados frente a frente, como testigos defintivos pero también como extremos irresolubles (aunque Echeverría piense que el matadero no fuera el de los chicos que perseguían a las africanas que se robaban las achuras para comer, eso no le parece a Echeverría violencia, eso es parte de un orden normal) de nuestra contradicción. *Son y han sido siempre esclavos*. Chicos revolviendo la basura en Diagonal Norte no tienen, pues, que ver con ninguna “tiranía”. Pero están viviendo en la calle. Y el Estado no puede hablar más con eufemismos¹⁵¹.

NO MÁS ROMINAS TEJERINAS

La sentencia que condena a Romina Tejerina es una bisagra en la historia del movimiento de mujeres argentino. Me he preguntado muchas veces qué sucedería si ese fallo vergonzante hubiera sido hoy. Es probable que las mujeres hubieran incendiado la Corte. Hubieran tomado el Palacio. Con razón. No está de más recordar que es sobre todo ante la indignación masiva que produjo esa sentencia que condena a una mujer pobre, excluida (que denunció haber sido violada por un vecino) —para colmo con una Corte Suprema renovada y con enfoque de género y derechos humanos, integrada por dos juezas mujeres por vez primera en su historia (Carmen Argibay y Elena Highton de Nolasco), que se organiza y visibiliza con fuerza en las calles de Buenos Aires el movimiento de mujeres, una de cuyas principales banderas es precisamente la legalización del aborto, una asignatura aún pendiente. Tejerina es la bandera. Cientos de mujeres autoconvocadas se encontraron esa tarde en el teatro Odeón.

Es interesante observar a su vez la disidencia de Fayt y Zaffaroni en ese fallo. Fayt, que había votado en soledad en disidencia en el caso “Simón”, apenas dos años antes, en un voto cuestionable (ya que con ese fallo se declara la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia

¹⁵¹ “Elevar los niveles de desempeño de la función pública” no puede ser (ni nosotros pretendemos que sea) un eufemismo.

debida y de punto final, que habían clausurado los juicios de derechos humanos), tuvo, sin embargo, el decoro —que se le debe reconocer— de no condenar a Tejerina, junto con Zaffaroni¹⁵². Tampoco se puede dejar de mencionar el muy valioso voto en disidencia de Juan Carlos Maqueda, acaso el voto más trascendente del fallo. Probablemente no haya pesado tanto en ellos el enfoque de género, sino su tradicional posición en favor de los más vulnerados del sistema. De no hacer caer “todo el (supuesto) peso de la ley” sobre los más pobres y excluidos, como Romina Tejerina, una mujer pobre y maltratada de Jujuy, condenada en 2005 a catorce años de prisión por nuestra Corte “Suprema”: todo el peso de “la ley” sobre ella.

Mientras tanto, nuestra estética política juega o quiere jugar, todavía, a ser lo que no somos. París del Sur¹⁵³. Nuestra realidad más visible son los cartones. Los chicos que duermen en un cartón para justificar después las ínfulas de los críticos. Que se tapan con cartones, porque

¹⁵² Puede verse Zaffaroni, E. R., *Infanticidio: Informe a la Comisión de Legislación Penal de la H. Cámara de Diputados de la Nación con motivo del proyecto de restablecimiento de la atenuante*, *Revista Jurídica de Criminología y Derecho Penal*, La Ley, Buenos Aires, 2011.

¹⁵³ No es que pensemos que el academicismo *tiene algo o mucho que ver* con la colonización, sino que el academicismo mismo *es* la colonización, por eso da lugar a un saber cerrado, marcadamente endogámico, que no sale nunca de la facultad, sin contacto alguno con la realidad local (convive perfectamente con cualquier realidad social, precisamente por eso, porque no sirve a esos intereses, allí es donde el academicismo culto —y progresista las más de las veces— entronca con la *dependencia*) sino que son, nuestros grandes “académicos”, meros interlocutores delegados locales del saber europeo, con el cual solamente dialogan y al cual citan, denegando toda otra fuente como fuente de “Saber” o de conocimiento “científico”. Por eso reproducen la dogmática jurídica (penal alemana) en estos países del “tercer mundo”. Cuando trasladamos algunas ideas de izquierda de Europa a América Latina (pensadas para Francia, no para el conurbano), pierden todo ese supuesto halo de progresismo, como observa bien Roberto Schwartz en Brasil: termina siendo un pensamiento conservador, que favorece el status quo. El academicismo es la única manera en que pueden sostenerse determinados discursos. Hay discursos que no pueden sostenerse por fuera la Academia. Sólo adentro. El academicismo es como una jaula dorada, de la que no se puede salir. Lo contrario del academicismo, es el activismo en derechos humanos. Por eso Boaventura de Sousa Santos entiende que el Derecho es, en el mejor de los casos, un discurso de la *retaguardia*. No como una vanguardia. El Derecho va detrás de los hechos. No va delante.

la humedad y el frío les cala los huesos. El cartón es nuestra esencia pobre. El cartón de los que duermen afuera. Es nuestra cara visible. Todas las noches vemos personas que abrazan un cartón. Porque es todo lo que tienen. La democracia entra en un cono de sombras frente a tales escenas normalizadas. Frente a este paisaje urbano habitual, tan poco democrático. En la pobreza extrema (ni tan extrema) no hay democracia. Tampoco hay libertad de elegir.

Owen Fiss entiende que desde la caída de los *Critical Legal Studies* (CLS) en los Estados Unidos, la única teoría verdaderamente “crítica” que le queda en pie al Derecho, la única corriente o grupo que en verdad le plantea preguntas incómodas al Derecho, preguntas movilizadoras, observaciones corrosivas, es el feminismo. Es la teoría feminista del Estado¹⁵⁴. Coincido con esta visión: el feminismo y el antirracismo se constituyen en dos enfoques preminentes que la abogacía pública no puede soslayar o seguir soslayando. El feminismo de las mujeres negras (el feminismo villero del conurbano) es un ejemplo. Tal vez el más importante¹⁵⁵. Nuestra voz quisiera expresar estas tensiones. Estas demandas. Un hito en el movimiento de mujeres fue la ya mencionada infausta sentencia contra Romina Tejerina (mujer del empobrecido norte argentino, no una mujer de Recoleta). Ese fallo se hubiera esperado de cualquier otra Corte. Pero no de la Corte Suprema de los Derechos Humanos. El movimiento de mujeres hoy no toleraría una sentencia semejante. No aceptaría —con justa razón— esa condena.

Cuando Norberto Bobbio, uno de los grandes teóricos del Estado del siglo pasado, visitó la Argentina en 1983 para inaugurar en persona,

¹⁵⁴ Fiss, O., “Qué es el feminismo”, *Revista Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N. 14, 1993, Madrid, pp. 319-336.

¹⁵⁵ Sánchez, S., *Ninguna mujer nace para puta*, La vaca, Buenos Aires, 2011. Sánchez también quiere cambiar el lenguaje. No quiere hablar de “clientes”, sino de prostituyentes. No quiere hablar de “trabajo sexual”, sino de sometimiento: violación paga. Comparto la posición de Sonia Sánchez, compartida a su vez por el feminismo radical norteamericano —esencialista de género y abolicionista— de Catherine Mackinnon, crítica también de la pornografía, percibida como un discurso de odio, que replica violencia. No podemos seguir sosteniendo que la prostitución o el sometimiento son “trabajo”. Tampoco que la pornografía es un “arte” o una forma de “libertad” de expresión. Expresan vejamiento. Esclavitud moderna. Mackinnon, C., *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge M., 1991.

junto a Raúl Alfonsín, electo presidente, la carrera de Ciencia Política en la UBA, estaba dando un paso importante¹⁵⁶ y simbólico en la dirección trazada por su libro *El tiempo de los derechos*¹⁵⁷. Ese paso era una respuesta a la des-politización creciente de la Economía y también del Derecho argentinos, ya que en esos años oscuros, de alambradas culturales¹⁵⁸, se prohibió hacer política o hablar de política —hacer “bardo”, causar problemas era tener “ideología”— en la Economía y también en el Derecho. Por eso desaparecen poco a poco de los programas de estudio (en aras de la eficiencia) tanto la Economía *política* como el Derecho *político*, donde descolló entre otros Carlos Fayt (recordado más por su valiosa disidencia en el fallo “Romina Tejerina” que por la disidencia del caso “Simón”), dos campos diríamos “peligrosos”, poco a poco separados prolijamente de la currícula académica formal, en un vano intento de “despolitización” y formalización (en planillas de cálculo de costo-beneficio) de la sociedad y de la academia argentinas, algo a lo que parcialmente la apertura de la carrera de Ciencia Política, ya en democracia, sin dudas responde: porque no hay democracia sin vida política, sin debate político, sin participación activa en la “polis” (“política”) no hay democracia donde la participación política y social —el canto popular, el pueblo que canta, diría Pierre Sané — se percibe como algo “corrupto”, como corrupción, como un “escollo” degenerado, un gasto, o como un “problema” (“hacer bardo” pasa de connotar la poesía a referir algo parecido a la subversión política; coinciden Nussbaum, Marí, Derrida en esta impresión antipolítica de la deformación de los conceptos, sobre todo republicanos), o como un

¹⁵⁶ Tan importante como la decisión de Alfonsín de volver a llamar Scalabrini Ortiz a la avenida que la dictadura cívico-militar había renombrado con el nombre de un ministro inglés: George Canning (secretario de Relaciones Exteriores del Reino Unido). Irónico, pues Scalabrini se dedicó a denunciar precisamente la injerencia británica en el Río de la Plata. El debate *Canning o Scalabrini Ortiz* trasciende el nombre de una avenida céntrica de Buenos Aires. Es un debate que no está terminado.

¹⁵⁷ Bobbio, N., *El tiempo de los Derechos*, Akal, Madrid, 1991. Bovero, M., “La intransigencia en el tiempo de los derechos”, *Revista Isonomía*, N. 13, oct. 2000.

¹⁵⁸ “Alambrar” es una expresión penosa de la jerga de inteligencia que aún se emplea, pero se debe desterrar definitivamente de una República. Necesitamos construir una democracia sin “alambres”. Cortázar, J., *Años de Alambradas Culturales*, Barcelona, Muchnik, 1984.

“obstáculo” para la “eficiencia” pura del libre mercado... en la retórica de los emuladores neoliberales del Chile “eficiente” y “moderno” de Pinochet¹⁵⁹, poco democrático. Naturalmente, sus defensores suelen decir que ellos no hablan de “política”, sino sólo de la pura “economía” (por eso desaparece la economía *política*, porque desmontaba esta falacia neoliberal “moderna”), precisamente separando prolijamente ambos campos, como si la economía fuera una parte separable y separada, una “técnica” muda, eficiente y neutral, “apolítica”, una ciencia pura de laboratorio, como quiere la fisiocracia que continuamente renueva sus embates al “costo” excesivo y exagerado de la “política”, al “costo” excesivo de hacer “tantas elecciones”, de *molestar a la ciudadanía*, de “robarle tiempo”, de *interferir en sus planes*. Esta es la expresión final que se permea de la gobernanza¹⁶⁰, el costo de la democracia política,

¹⁵⁹ Augusto Pinochet fue procesado precisamente por Juan Guzmán Tapia, que además de abogado y lector de Kipling, es el hijo de un destacado poeta chileno. Sané, como director de Amnistía Internacional en Londres, hizo mucho en los noventa por procesar a Pinochet por graves violaciones a los Derechos Humanos. Viajó a ver a Garzón en Madrid, cuando Pinochet fue detenido en Londres, a instancias del primero, entonces juez (que aplicó la jurisdicción universal). Sané y Garzón se re-encontraron en el congreso de Filosofía desarrollado en la UNLA en marzo de 2019, cuya mesa jurídica tuve el honor de presidir, y cuya lectura de apertura estuvo a cargo de mi amigo y colega, el Dr. Daniel Rafecas.

¹⁶⁰ El concepto de gobernanza (*governance*, nueva gestión pública) adquiere cada vez más trascendencia en los debates teóricos y en la práctica política a partir de los años noventa, con la caída del muro de Berlín, la emergencia de la “posmodernidad”, la relativización y caída de los grandes relatos histórico-políticos y morales (Lyotard-Habermas) y la emergencia del “fin de la historia” (Fukuyama). Al respecto, puede verse Zubriggen, C., “Gobernanza: una mirada desde América Latina”, *Perfiles latinoamericanos*, Vol. 19, N. 38, México, jul.-dic. 2011. La noción de “gobernanza” (asociada a la buena gestión de “empresas”) se define como una “técnica” eficaz para tiempos de bajos conflictos políticos: por eso la noción de gobernanza —ante el declarado (o pretendido) “fin de la historia”— reemplaza poco a poco a la noción de “gobierno”, concepto asociado, como recuerda Ranciere, al conflicto político que debe ser administrado. La noción de gobernanza es para una era de sociedades poco politizadas: poco generadoras de “conflicto”, que sólo aspiran a una gestión “eficiente” y “pragmática” (gestión técnica) de sus gobiernos, vistos ahora como meros gestores (de empresas). Por eso en muchos textos —incluyendo los de la Procuración del Tesoro— en los últimos años se reemplaza la expresión “defensa de los intereses del Estado”, por el concepto más apolítico

el costo de la *res* pública, el costo de la República, el costo de tener “tantos políticos”, tantos representantes, tanto costo público¹⁶¹. Tenemos que pensar con atención en estas definiciones: “costo” político, “riesgo” político, “incertidumbre” política. Son categorías que poco a poco permean nuestro discurso. No son significantes vacíos. Tienen un extenso recorrido. Y un interés concreto, que no siempre es compatible con la defensa de lo público¹⁶². Con la mirada de la *Res* pública. La polis cuesta. Tiene un costo. La democracia no sobrevive sin un compromiso “cívico”. La burocracia, por eficiente que sea, no reemplaza nunca a la gestión “política” de nuestros Estados. Ni la participación política —expresión real de la “madurez cívica”— de la sociedad. La virtud republicana.

(donde la soberanía pierde peso) de “gestión de intereses del Estado”. Ya no se defienden tales intereses, ahora se “gestionan”. El político es así reemplazado, también él, por el buen “gestor” (de negocios). De esta manera, el lenguaje corporativo de la Administración de Empresas termina de sar el salto, en los noventa, al sector público: permea al Estado. Este es el marco teórico y político sobre el cual la normativa analizada aquí debe ser entendida. La creación de la ECAE tuvo por meta central capacitar de manera eficiente, concentrando la formación de los abogados (de otro modo, sería una formación dispersa, desorganizada y tercerizada) y optimizando los recursos (“humanos”, en la jerga económica) del Estado. El Estado toma así en sus manos la formación y capacitación de sus abogados, en función de sus propios intereses y sus estrategias jurídicas.

¹⁶¹ Informe del Banco Mundial, octubre 2018. Cuando las IFI (WB, IMF, entre otros) advierten sobre “turbulencias” y nuevos “peligros” derivados de la “incertidumbre” política, que luego magnifican en “costos”, no se refieren básicamente a los “nubarrones” en el “horizonte” que el fracaso económico repetido (por aplicación de los planes macroeconómicos y financieros de ajuste) provoca, sino, paradójicamente, a la reacción social generada (en toda la región) ante el constante avance de (es lo único que avanza y se “derrama” cuando estos países se endeudan en dólares) la desigualdad, el desempleo y el hambre, que implica un “costo” nuevo: que haya elecciones cuyo resultado genera, lógicamente, alguna “incertidumbre” en los mercados financieros... Por eso se habla del “costo” de la política... El “costo” (la externalidad...) de que haya elecciones *políticas*. Elecciones que trascienden al “libre mercado”. Que no siempre pueden ser condicionadas por (los intereses concentrados aunque en general muy bien disimulados de) este. Allí es donde se juega precisamente la *soberanía* como concepto y como práctica política y social republicana. Como ideario.

¹⁶² Entrevista a Sebastian Abad, “Se reactivó el mito de que el Estado es una máquina oscura, corrupta y fea”, *Infobae*, Buenos Aires, 26 de noviembre 2017.

Sacar el Derecho a la calle. En el trabajo *El tiempo de los derechos*, Norberto Bobbio sostiene que ya no es tiempo de “debatir”, que ya ha pasado la hora de *fundamentar*. Ahora es el tiempo de *defender* los derechos humanos y sociales. Ya ha pasado la hora de la violencia en el debate jurídico, la hora de la confrontación ideológica profunda. Como Rorty, como Eduardo Rabossi en la Argentina, Bobbio cree que los derechos humanos se imponen como una cultura definitiva, como un paradigma de cualquier democracia. Y esto altera profundamente al Estado. A cualquier teoría de la administración (pública). No hay política pública que no esté atravesada por esta corriente de derechos, por esta mirada. No hay rincón del Estado, dependencia pública, ajena a este nuevo concepto, a este nuevo lenguaje. A esta nueva corriente o marea. A este nuevo fenómeno (no exento naturalmente de desafíos y escollos¹⁶³). Los derechos son un nuevo paradigma, una nueva cultura, una nueva mirada, un nuevo y potente lenguaje que permea todo el debate político. Hablamos de otra manera. Y pensamos diferente. Impugnamos hoy la desigualdad y el racismo. Entiende bien Bobbio que ya es hora de dar el siguiente paso: defender los derechos en la práctica. Sacar los derechos a la calle. Convertirlos en una materia viva. No ya declamada. Hacerlos realidad. Con la posguerra, los derechos humanos ya no son un “programa” (como eran antes). Pasan a tener lo que se denomina, en el neo-constitucionalismo (por eso se habla ahora de “nuevo” constitucionalismo), “eficacia directa”. (Para el constitucionalismo clásico, previo, podían ser una aspiración, un programa, un derecho “programático”). La dignidad humana ya no es una veleidad o un horizonte *político*. Ya no es un “programa”. Un “norte” alejado al que con esfuerzo nos dirigimos. Ahora, desde la Ley de Bonn, es un derecho. Un derecho positivo. Un derecho (a secas). Un derecho constitucional. Un derecho efectivo, plenamente *operativo*. No *programático*. Un derecho ejecutable. Por eso Bobbio afirma que ha llegado “el tiempo de los derechos” (por eso algunos entienden que esto supone a su vez un “gobierno de los jueces”, el riesgo de un activismo judicial, que de todos modos sucede, aunque no siempre como queríamos: hay

¹⁶³ Glendon, M. A., El lenguaje de los derechos. Capítulos 1, 2 y 7 (“The Land of Rights”, “The Illusion of Absoluteness” y “Refining the Rethoric of Rights”), en *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Nueva York, The Free Press, 1991.

un activismo judicial conservador en América Latina, paradójico, pero muy efectivo¹⁶⁴). Ese es nuestro tiempo. Esta es nuestra tarea medular como abogados del Estado. Ningún pibe con hambre. Ningún pibe sin derechos básicos *operativos*. Ninguna persona sin dignidad. No más Rominas Tejerinas condenadas. Nadie revolviendo la basura. Si algunos hablan de volver a Dunkan Kennedy, nosotros entendemos que nuestra tarea es volver, en todo caso, a poner los pies en el barro. Volver a Ramona Medina, volver a Marielle Franco, volver a Berta Cáceres es más consistente (y más valiente) que *volver a Dunkan Kennedy*¹⁶⁵. El Derecho constitucional —como diría Bobbio— ya no se juega en la teoría (constitucional blanca progresista y académica). En la teoría ya se definió que las villas, el hambre, la exclusión *negra* de miles de chicos, son inaceptables en una democracia. Son “inconstitucionales”. Aunque

¹⁶⁴ Un Poder Judicial (no me atrevo a decir una “Justicia”) que encarcela a dirigentes sociales, como Lula o Milagro Sala, pero deja libres siempre a los grandes delincuentes de guante blanco, cuya criminalidad sofisticada (*White Collar Crime*) y muy difícil de probar resulta tan onerosa y tan grave para nuestros países: determinante para el sub-desarrollo. Tal criminalidad (y no el crimen tosco urbano, consecuencia del primero, aunque se lo ataca como si fuera la verdadera criminalidad, lo que no es; tampoco es una “causa” de la inseguridad ciudadana, sino, como decimos, una consecuencia social directa de la impunidad de los crímenes estructuralmente más graves) encarna la mayor peligrosidad para nuestro no allanado desarrollo económico. Como eso no se puede (y muchas veces no se quiere) probar (y si se prueba, tienen tales sectores económicos recursos suficientes para comprar voluntades, no sólo abogados de grandes estudios, sino jueces y dirigentes, espacios en los medios, etc.), Lula o Milagro Sala, por citar dos ejemplos, están presos. Son paseados como símbolo de la “corrupción”, como sujetos encadenados, viles, “corruptos”. (Bobbio también cuestiona el empleo acrítico de esta categoría, que asocia a la retórica del fascismo italiano, que quería un cuerpo social “sano”, no “corrupto”, sin “corrupción”. Puro. Sin torneros mecánicos ni indígenas collas. Eugene Weber también rastrea en la aristocracia francesa del “fin de siglo” el embate contra la “corrupción” de una sociedad “degenerada”, y popular... donde el “derecho” —social— se vuelve masivo. Cuando la aristocracia impugna la “corrupción”, muchas veces detrás de este ataque —que presupone un cuerpo social no corrupto, un cuerpo “puro” en su organicidad por estamentos— está implícita o presupuesta una crítica a la igualdad republicana, que la aristocracia percibe como amenaza de *degradación* social, de “corrupción” peronista, la “corrupción” igualitaria. Las patas en la fuente).

¹⁶⁵ Gargarella, R., “Volver a Dunkan Kennedy”, en Kennedy, D., *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.

las toleremos. Aunque sigamos dando “debates académicos” (blancos). El debate ya está definido. Lo que falta es pasar a la acción. Defender la dignidad en la práctica. No en la teoría. Muchas veces me he preguntado si nosotros no nos contradecimos. No sólo Linares Quintana dando, vestido de traje, clases de garantías constitucionales en pleno Proceso, mientras los aviones con desaparecidos por ser arrojados al río volaban por encima nuestro, encima de su cabeza, encima de nuestra facultad. Pablo Míguez no es un “misterio”; su estatua de hierro de espaldas a la ciudad tampoco lo es, como algunos medios todavía hoy se atreven a titular, no sin descaro¹⁶⁶. Pablo no fue un “misterio” (constitucional... no fue ningún “misterio” de la historia). Nos contradecimos también ahora, que damos clase con aulas que dan a la Villa 31, un “barrio” mal llamado “vulnerable”. Tenemos contradicciones. Por eso, más que *volver a Dunkan Kennedy*, pienso que adonde hay que volver es a Ramona Medina¹⁶⁷.

¹⁶⁶ “Misterio en el Río de la Plata: la historia detrás del niño que camina de espaldas sobre el agua”, *La Nación*, Buenos Aires, 8 de febrero 2019. Podríamos responder que mayor “misterio” fue la instalación de arte, Obelisco de Pan Dulce, el pleno centro porteño, en 1979, cuando los paseantes se “comieron” el simbólico número de 30 mil muestras de pan dulce. ¿Qué es lo que esa sociedad argentina en realidad en ese momento tan duro, en ese lugar, estaba *comiendo*? es una pregunta “artística” de primer orden. Se estaba comiendo a sus HIJOS, diría Néstor Perlongher (“El Obelisco de Pan Dulce, de 30 metros de alto y 30.000 panes dulces que el público pudo llevarse”, *La Nación*, 1 de septiembre 2009).

¹⁶⁷ Nosotros tenemos que terminar con el ideario “piel negra, máscaras blancas” (para emplear la expresión de Fanon), que permea a nuestro constitucionalismo latinoamericano “progre”, que mira más de cerca las aulas de Harvard que las de La Matanza, José C. Paz o Lanús, olvidando a sus “negros”, su negritud, olvidando a (masacrando a) sus indios. A sus Milagro Sala arbitrariamente presas. A sus Rominas Tejerinas. A sus indias negras y pobres (puestas por fuera de la Historia) condenadas por una justicia patriarcal que las mata a diario con su indiferencia cómplice. La condena a Romina Tejerina (el “misterio” de Pablo Míguez) marca el inicio formal del movimiento de mujeres por la legalización del aborto seguro. Fue la condena de un tribunal “supremo” (con las honrosas excepciones de Fayt y Zaffaroni) a una mujer del norte argentino excluida y víctima de una violación la gota que rebalsó el vaso. El nombre de su hija lo decidió el guardia del hospital, que conocía a Romina Tejerina: la llamó Milagros de los Socorros, porque era un “milagro” que la beba estuviera viva, pero necesitaba “socorro” urgente para seguir viviendo. Hasta el nombre de esa pobre alma producto de una violación (el acusado por Romina Tejerina denunció también a León Gieco por su canción *Santa Tejerina*) no fue decidido por Tejerina, fue

Esta es, como se ve, una *introducción* sólo de forma. Vayamos directo y rápido a lo que importa, que son las largo tiempo olvidadas ideas¹⁶⁸. En el capítulo V de su notable trabajo *Discurso sobre la*

decidido por los varones. (*Los que siempre pagan, para que otros hagan. Aunque nos quemem en la hoguera, como fue una vez*, canta Gieco).

¹⁶⁸ “Las ideas no se matan” (*on ne tue point les idées*) fue una frase de Voltaire, que Sarmiento escribió en una pared camino al exilio en Chile. Sarmiento lo cuenta al comienzo del *Facundo*. Las ideas no se matan y la historia no se borra. Pero nuestra democracia con su pensamiento “débil” (Vattimo) y su crepúsculo del deber y de toda forma sería de compromiso cívico (Finnis, Lipovetsky) ha arrumbado largo tiempo en un placard viejo, como un trasto estéril, a las ideas republicanas (y a la virtud “clásica”, acotaría Maquiavelo, en desmedro de nuestros muchos y nuevos liberales económicos, con ideas “nuevas”, ideas “neo” liberales, ideas pobres, individualistas, ideas “light”, que miran al liberalismo político con recelo, creador de la idea de Derecho natural inherente, como algo “viejo”), como algo que ya no cuenta o no sirve (no es “eficiente”) para preparar a los abogados. Pero el abogado del Estado argentino no puede caer nuevamente preso de la lógica del pensamiento “débil”, del crepúsculo del deber (Lipovetsky, Finnis, Badiou, Rosler). En tiempos de *marketing* (defender las ideas “viejas”), las ideas parecen algo “viejo”. (Por eso nace, con el “fin de la historia” política, la disciplina anglosajona: *historia de las ideas*, de la mano de la filosofía analítica, cuyo correlato es la caída y el desarme “analítico” de los grandes relatos, entrada en la posmodernidad, dirá Lyotard, un tiempo de relativización *democrática*). Algo pasado de moda. Algo “antiguo” (Constant). Nuestro objetivo inmediato es invertir, o revertir, este proceso (que ve a las ideas como algo “viejo” y a la filosofía como algo inútil). (Y pensar este lenguaje, que emplean no por accidente colegas respetados y reputados como Gargarella; él, no sólo el senador Lousteau, entiende, como Constant dirá de Maquiavelo, que defendemos, al defender la virtud clásica, la libertad y la virtud republicanas, ideas “viejas”, ideas “antiguas”, no ideas “modernas”, que serían las ideas liberales, procomercio “liberal”, de Constant, donde lo público es ahora una “interferencia” y un “costo”). Como podamos. Desde el lugar que nos toca. La ECAE quiere ser un espacio de ideas, de libertad, de pensamiento. De compromiso. Quiere convocar a un debate serio, que hoy no tenemos. La mejor formación es el debate. Las mejores repúblicas de la historia lo atestiguan. La formación sólida es la que cada uno se procura, y en general se la procura para comprometerse en la polis, para la cosa pública. Para generar una *res pública*. Generar ciudadanía. No sólo consumidores (privados), sino ciudadanos para lo público, para la cosa pública: para la *res pública*. No son juegos de etimología. Cada palabra tiene una raíz. Con la raíz viene el concepto. Viene, como dice Gargarella, con Lousteau, una idea “vieja”. Antigua. Sin dudas la etimología —rescatada por Heidegger— lo es. Nada más “viejo”, nada más antiguo, nada más “inútil”, que la filosofía, que la etimología.

primera década de Tito Livio, Nicolás Maquiavelo (más conocido por otro de sus trabajos), defensor de la libertad republicana (la que Constant luego llamará libertad “antigua”, como si la virtud republicana

Que pensar (rescatar y emplear) cada palabra como un horizonte. En nuestra democracia de baja intensidad (política, donde el pensamiento es débil y el compromiso muy laxo; la política misma es una mala palabra, casi sinónimo de un orden corrupto) no predomina la *palabra* ni predomina el compromiso político. No predomina ya el discurso. Predomina la imagen. Predomina la falta de pensamiento. (Por algo Rousseau, el tan admirado escritor republicano, era un iconoclasta, y un crítico de la idea de representación, de tener tantos “representates”, que justifican desde el escenario —el teatro— la apatía —el no compromiso, la no participación cívica— de sus *representados pasivos*). Naturalmente, reivindicar las ideas “viejas” (reivindicar la igualdad en serio, la participación activa, comprometida, firme, que fuerza y recrea la libertad) es una forma de estar “por fuera” de un “orden” del discurso predominante. El predominante, que es un discurso comercial que impugna toda forma de participación “política” (toda interferencia del Estado, todo “costo” como una “carga” pública... social, inversión antirrepublicana), tener toda idea, como “ideología”, todo compromiso como sospecha, como problema político, como foco de “conflicto” ideológico, como una forma de “bardo” social, como una forma, en suma, de “hacer bardo”, de causar problemas. Matar ideas es matar la palabra. Matar la palabra, anular el lenguaje, disgregarlo analíticamente (en pos de la eficiencia analítica, base de enfoques económicos “útiles”, no como la poesía o la filosofía, dos inutilidades, dos pérdidas “humanistas” de tiempo “eficiente”), es lo que hace esta sociedad de predominio visual masivo, de *shock* de consumo, como dice Benjamin, de primicias permanentes pero vacías, donde ya no tenemos ni siquiera un segundo para pensar. Mucho menos para la palabra poética. Para hacer “bardo”. Para que la juventud se inspire, y tenga ideas en serio (piense, salga del “crepúsculo del deber” cívico y republicano, Finnis): haga “poesía”. Pida cambio. Pida derechos y pida igualdad. Porque hacer “bardo” es hacer “poesía” (no como pedía el Proceso: “no te metás”). Crear palabra. Negritud. Palabra comprometida. Ser negro. Luis Elenzvaig fue un abogado poeta de la UBA desaparecido, recordado por mi amigo Julián Axat, coordinador de ATAJO. La poesía le importa mucho al Derecho. Poner el cuerpo, donde el cuerpo era —fue— desaparecido. Perseguido. Era poner la palabra. La palabra “corrupta”; la palabra “subversiva”. (Es, dirá Nussbaum, también Derrida en el Cardozo Law School, la palabra poética). Porque era un cuerpo “político”. Politizado. Ideologizado. Ideológico. Poético. Un cadáver. Un cuerpo que habla, que hacía “bardo”, como el cuerpo de Luis Elenzvaig. Estas son ideas “viejas”. Ideas que se quieren muertas. No vivas. Huesos. (Nussbaum, M., *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Alexander Rosenthal Lectures, Beacon Press, 1999. Nussbaum, M., *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Visor, Madrid 1995).

podría ser una “antigüedad”, algo viejo, que ya no es “moderno”, algo que ya ha pasado de “moda”, como si lo público —la defensa de lo público, la participación en la polis, en la cosa pública, en la construcción cívica, deliberación y defensa civil activa de la *res pública*— fuera no ya un honor, un compromiso, un derecho y un deber, sino un “costo”, una “carga” externa, una “externalidad” económica, algo que “molesta”, una burda “interferencia”, una ajena y curiosa “intromisión”), se plantea una pregunta maravillosa y muy vigente para los abogados del Estado y también para la ciudadanía que no concuerda con la clasificación maniquea que nos propone Isaiah Berlin, iniciada por Constant en su crítica a Rousseau: *¿Dónde estará más segura la guardia de la libertad, en manos de los nobles o en las del pueblo?* Pregunta incómoda.

Queríamos modestamente aportar aquí algunos elementos para empezar a (o volver a) pensar o bosquejar entre todos una respuesta, varios siglos más tarde. Maquiavelo, Constant, Rousseau, Guizot, muchos nombres nos anteceden en ese largo camino. Pero cada generación vuelve a preguntar. Y tiene el derecho a hacerlo¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Como he debatido con el Dr. Roberto Gargarella en las páginas de *Tiempo Argentino*, en 2013, en torno de la reforma constitucional argentina. Pueden buscarse en ese medio las distintas columnas de Gargarella y quien suscribe. El eje de mi argumentación de entonces era que ciertos derechos (como plantear una reforma constitucional) están para ser *ejercidos*, no para ser “argumentados”. Que la argumentación es una tarea del legislador (y eventualmente de los jueces), no un requisito para el ejercicio concreto de derechos; quien *ejerce libremente* (no “argumenta” sobre) sus derechos. Jefferson entendía que cada nueva generación tiene el derecho objetivo a pensar (y cambiar, si lo entiende pertinente) su Constitución (digan lo que digan los *profesores*, guardianes de la Constitución argentina). Con lo cual mi respuesta a la objeción de Gargarella era que su nota titulada “Requisitos antes de tocar la Constitución” hablaba de requisitos extrajurídicos, que en todo caso deciden o ponen los “profesores” de Derecho constitucional. Pero esos “requisitos”, en la medida en que no están en la Constitución, son o confirman un elitismo poco democrático (“progresista” y extrajurídico), ya que el pueblo no puede tener que enfrentar “requisitos” nuevos más allá de los estrictamente legales, no *requisitos académicos*, culturales, simbólicos, políticos, nuevas barreras informales para el cambio legal y político. La Constitución no es de la Academia. Aunque la historia constitucional argentina es penosa también en la materia. La Constitución del 49 figura lacónicamente en una mera nota al pie de página del *Tratado de Derecho Constitucional* de Germán Bidart Campos, eminente jurista y cuyo nombre destacaba en la Secretaría de Derechos Humanos de la

Nosotros nos posicionamos del lado de la libertad *republicana*. Del lado de lo que Berlin denuesta, en la estela de Constant, y tantos más conservadores, como “populista” y “jacobino”: la libertad *positiva*. La libertad neorromana (dirá Quentin Skinner). Participativa en un *cuerpo* libre. No la ciega libertad *negativa* de un individuo aislado y recluido en su personal y privativo “interés”. La libertad de Rousseau. (No la libertad de Constant, tan parecida a la crítica de Friedman). San Martín lo leía traducido por Mariano Moreno, en recortes que le daba Monteagudo, su secretario en Lima. A poco de leer se adivina a Rousseau en la boca de muchas frases del libertador. *Voluntad general, emancipación de nuestros pueblos, “seamos libres, que lo demás no importa nada”*. El eco republicano —el eco de Rousseau— en ese discurso es claro. Se puede advertir. También en la frase citada de Toussaint-Louverture. Bien público. Libertad como *igualdad civil*. No sólo como *libertad de comercio*. Ni los criollos entendían de esa manera la libertad. La libertad republicana trasciende la libertad de comercio. Ser libre es (hoy también) más que defender el libre comercio. El comercio no libera a los que han vuelto a ser esclavos.

En un tiempo de recorte constante de derechos (a pesar de su imperio simbólico, se respetan cada vez menos derechos sociales y humanos), es importante volver a rescatar la tradición republicana. Michelangelo Bovero, en su trabajo *La intransigencia en el tiempo de los derechos* (en alusión al título de Bobbio), nos reclama precisamente eso: no descuidar la defensa efectiva —no la defensa teórica— de los derechos humanos básicos, base de cualquier dignidad. La defensa de las garantías procesales, sociales, humanas, constitucionales. Frente al atropello masivo de la dignidad, tenemos el mandato —como abogados del Estado— de ser *intransigentes*. De no seguir “tolerando” lo intolerable. La intransigencia, dice bien Bovero, es lo contrario del fanatismo. La intransigencia supone la defensa estricta —intransigente, sin ceder— de las garantías y derechos que figuran no en ningún fanatismo, sino escritos en nuestra Constitución. Ser garantista es defender las garantías constitucionales, ni más ni menos. Por obvio que parezca,

Nación, entonces ubicada en la calle 25 de Mayo. (Duhalde siempre me decía que hubiera preferido situar en ese edificio una placa con el nombre de Arturo Sampay, aunque aceptaba el nombre de Bidart Campos).

hace falta volver a aclararlo. En la defensa de las garantías constitucionales, el mandato es la “intransigencia”. No ceder ante la fuerte presión mediática del antigarantismo antiliberal y antirrepublicano, rémoras inconstitucionales (pero normalizadas como nuevo sentido común... para colmo en nombre de un sentido común que se dice “republicano”, concepto que se usurpa, ya que se desestima la importancia de lo público, de la polis, de la participación *política*) del Proceso (“no te metás” es no republicano). Como hemos repetido en otros trabajos, el juez más “politizado” de todos (el menos independiente) es el juez antigarantista, porque es el juez que se aparta más del texto escrito de nuestra Constitución “garantista” con sus garantías legales escritas (nuestro Derecho positivo, nuestro principio de legalidad). La “politización” está del lado del antigarantismo y no al revés, como muchas veces se repite o se cree. Por eso nuestra metodología (del constitucionalismo garantista), como afirma Ferrajoli, es el positivismo jurídico estricto, la defensa de la legalidad estricta. El antigarantismo, en la medida en que se aleja del texto escrito de la Constitución (con sus garantías) es una doctrina *no positivista* (“politizada”, juez no independiente), como el principalismo de Robert Alexy, tan de moda entre nuestros jueces *realistas*. No positivistas. Por eso defendemos, con Andrés Rosler, pero también con Rafecas, el positivismo jurídico¹⁷⁰. El garantismo es una filosofía igualitaria del Estado. Pero sobre todo, como teoría del Estado, es una aplicación *estricta* —rígida— de los preceptos constitucionales. De sus garantías positivas. Una defensa de la legalidad¹⁷¹.

¹⁷⁰ Bovero, M., “La intransigencia en el tiempo de los Derechos”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N. 13, octubre 2000, pp. 139-157. Este trabajo es una reflexión y respuesta a un libro previo de Bobbio: *El tiempo de los derechos*, Akal, Madrid, 1998.

¹⁷¹ Por eso sus detractores, ante esta aclaración, empezando por el exministro de Justicia Germán Garavagno, han debido corregir sus críticas iniciales, alertando no ya contra el “garantismo” a secas, lo cual es inconstitucional (ya que las garantías no son sino las *garantías constitucionales*), sino contra el “garantismo extremo”, “excesivo”, o contra el supuesto, en palabras de Sirvén, hiper-garantismo presentado ahora como una “ideología extrema”. En un país donde predomina la violación de derechos, el hambre y el encarcelamiento preventivo, sin condena, que viola las normas básicas del debido proceso; en un país con la mitad de su población hundida en la miseria más radical, con sus hijos revolviendo la basura para vivir, hablar de “hipergarantismo” o de “exceso

de defensa de los derechos humanos”, parece una pavada o un contrasentido capaz de mover sólo a risa, porque si hay algo que no predomina en nuestro país son las garantías (ni procesales, ni sociales, ni laborales, ni educativas, ni alimentarias: no hay garantías humanas de ningún tipo, como advierte Ferrajoli). “Hipergarantismo” puede haber en Suecia, en Noruega, en Dinamarca, no en países hambreados y lacerados por la desigualdad como los nuestros, donde el 80 % de la población no tiene heladeras, donde vive en casas con piso de tierra cuyas puertas se traban con el barro que deja la lluvia, como Perú, o la Argentina, que no es capaz de respetar normas procesales básicas de su propia Constitución, como el principio de inocencia, el debido proceso, la defensa en juicio, o el presupuesto mínimo de que las personas van presas nunca “preventivamente” y por tiempo indefinido, por las dudas, en cárceles hacinadas y degradantes que mancillan su dignidad y su vida (además de su derecho a defensa, como establecen las Reglas de Brasilia, de 2008), sino después de un juicio justo basado en una ley dictada antes del hecho que motiva el proceso. Una obviedad republicana. Como hemos repetido con Mariela Belsky, directora de Amnistía Internacional Argentina, en nuestro país se ha hecho necesario volver a repetir lo obvio, el ABC del Derecho. Ni lo básico se libra ya de la discusión mediática constitucional, donde respetar la Constitución es ser de repente presentado como un mal “garantista”, y no respetarla, es ser, paradójicamente, ser un buen juez “republicano”. Es preciso salir de estas contradicciones, de esta inversión discursiva (que Jauretche llamaría “una zoncera institucional”, como la inversión de la carga de la prueba de la junta de recuperación patrimonial, el antigarantismo, antirrepublicano, antiinstitucional —aunque haga todo en nombre de las instituciones que atropella y de las plazas que bombardea, paradoja discursiva, que es la base de la “zoncera” aun en nuestros días de no pensamiento y *marketing* político sin sustento— tiene una historia extensa en nuestro país, una historia oscura, que abarca lo cultural). Son rémoras discursivas del Proceso, cuando también se cuestionaba a los abogados “garantistas” que defendían, los “derechos humanos y garantías de los delinquentes”. Esa crítica antigarantista no es en modo alguno nueva. El antigarantismo tampoco. Lo curioso es que esto, ese atropello antirrepublicano, se haga en nombre de la República, sus instituciones, y de la Constitución cuyas garantías —como el debido proceso— se mancillan a diario). Cuestionar esto no es ser un “garantista”. Es defender sencillamente la Constitución. La Constitución liberal de Alberdi inicia con un capítulo dedicado directamente al Derecho y a *las Garantías*. Hay otras constituciones legítimas que han sido borradas de un plumazo por los voceros de la historia “republicana” e institucional de la Argentina “democrática”. En rigor, como recuerda Gargarella, los liberales y los republicanos tiene o tenemos una línea dura de ideas políticas que los (nos) separa en cuanto a la importancia de lo colectivo y el lugar que debe tener el Estado. Nos proponemos situar estos conceptos en el derrotero institucional —republicano— que les corresponde. La historia de los conceptos

EL ESPACIO MATERIAL DE LA ECAE

Cuando a Jaques Lacan lo echaron de la IPA y empezaron a echarlo de todos lados (me recuerda el colega Dr. Walter Viegas, decano de Derecho de la Universidad de José C. Paz), él reunió a todos los miembros de su seminario y los llevó al único lugar que encontró libre para dar sus clases: la escalinata de la facultad de Derecho de la Sorbona, en París. Allí dijo una frase ya famosa: *los espacios pre-interpretan*. Al decir eso, estaba fundando una nueva institución. Lacan sostenía que el Psicoanálisis se estaba volviendo conservador, represivo, que estaba dejando de ser una práctica liberadora. Dice esa frase en la escalinata de la facultad de Derecho, un detalle no menor. Del mismo modo, Marc Galanter entiende que el abogado profesional está perdiendo de vista, de manera cada vez más evidente y ramplona, cualquier aspiración de “justicia”, centrándose (únicamente) en sus honorarios profesionales (ganancias). Galanter entiende que la aspiración de justicia como un ideal —¡como un juramento!— se está alejando cada vez más del ideario y del mundo del Derecho. Termina siendo una veleidad, o como dice hoy el neoconservadurismo (frente a toda teoría que no

políticos y jurídicos no es una historia lineal, tampoco es una historia vacía de significados o intereses, de conflictos y disputas. Quentin Skinner se ha dedicado como pocos a explorar este camino en términos europeos. Necesitamos un Skinner (y un J. G. A. Pocock) del pensamiento político y jurídico argentino. El antigarantismo “republicano” lo demuestra. Hay conceptos políticos (hay zonceras) que han sido robados e invertidos (“apropiados”) como fueron robados los HIJOS, cuya identidad (y cuyo lenguaje, cuya palabra, base de su identidad) aún se desconoce. Precisamente recuperar a esos hijos robados (no todo se recupera, los años robados, los abrazos rotos, el espacio perdido) es una tarea republicana de primer orden para recuperar la República, tanto o más importante que “recuperar los conceptos” cansados, robados, que fueron perdidos ellos también (diría Cortázar). Es una misión para volver a dotar de sentido a la República. A la *res* pública. A la cosa pública. A la participación activa (virtud pública) en la polis. Para volver a dotar de sentido a las “garantías” civiles y también a las garantías sociales y humanas, piso de las primeras (en el hambre no hay libertad civil, no hay derechos civiles, por eso es un error grave la falsa escisión de derechos humanos en distintos niveles, en distintos pisos, o generaciones, error que inicia Karel Vašák en la posguerra). Para volver a dotar de sentido, en una palabra, al Derecho público. Para recuperar, como dijo el presidente de la Corte Suprema, “la fe en el Derecho”, hoy tan desdibujada. Una fe que hoy parece perdida.

sea la defensa de sus grandes intereses, que serían “puros”) un “relato”. *Un relato político*. Él entiende que los que batallan por la “justicia” no son ya centralmente los abogados (la abogacía, para Galanter, se parece cada vez más a una profesión liberal, técnica, mezquina, como cualquier otra; recuerda el argumento de *El mercader de Venecia*), sino los activistas, artistas, deportistas, periodistas, entre otros. Pero ya no los abogados. Los abogados, en su mayoría, para Galanter (con excepciones honrosas: él piensa en Robert Cover, abogado de Yale que insistió para que los bancos norteamericanos dejaran de financiar proyectos vinculados al *apartheid* sudafricano), no defienden ninguna idea de Justicia; parecen más preocupados por replicar pleitos (muchos de ellos sin sentido) que por construir una sociedad más justa o más igualitaria. Entiendo que Marc Galanter no se equivoca¹⁷².

La Filosofía y la Historia del Derecho son disciplinas cada vez más marginadas de los programas de estudio de nuestras facultades de Derecho, lo cual tecnifica la formación de nuestros nuevos abogados, y deshumaniza poco a poco su disciplina y también su práctica profesional: el abogado se parece cada vez más un técnico y cada vez menos, como era en Francia hace un siglo o dos, un hombre de letras: un “humanista” y, en general (por historia política también, precisamente en Francia nace la revolución de los derechos universales, y la declaración universal), un republicano. En la ECAE pensamos, en cambio, que la Filosofía y la Historia sí importan, porque tanto una como la otra (Filosofía del Derecho) configuran el suelo concreto sobre el cual crece cualquier pensamiento preciso.

Si el espacio “pre-interpreta”, como dice Lacan, podemos pensar qué significaba o significa el estado de avanzado abandono y olvido

¹⁷² La abogacía pública podría contrarrestar —no puede no hacerlo, a riesgo de desaparecer ella misma— este proceso de deshumanización creciente, sobre todo visible en el Derecho público y político (Nussbaum, M., *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, trad. de A. Ballesteros, Madrid, Visor, 1995). Por otro lado, Nussbaum —famosa por su enfoque de las capacidades, semejante al de Amartya Sen, con quien convivió muchos años (lo cual también se advierte en el enfoque “humanista” de la economía del segundo)— advierte contra la deshumanización creciente del Derecho en su trabajo *Justicia Poética. La imaginación literaria y la vida pública*, Andrés Bello, Bogotá, 1991).

en que estaba la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado hasta hace no mucho tiempo, cuando no tenía ni una placa en la puerta ni una bandera argentina en el edificio. Nada. (No es una formalidad decir que los intereses de la nación *son nuestra bandera*). Con sus alfombras verdes tan gastadas (tanto que se puede ver el cemento gris del piso) y sus escritorios viejos, sus paredes rotas, sus cables sueltos, sus marcas en la pared donde alguna vez hubo un cuadro, sus plantas verdes en frascos de mermelada vacíos... Da la impresión de un edificio *venido a menos*. Podemos pensar qué nos dice el abandono de ese espacio público central, destinado en principio a formar a los abogados que tienen en sus manos nada menos que la defensa de la Nación. ¡Nada menos que la formación para ejercer con eficacia la digna defensa (y el asesoramiento jurídico) del Estado argentino! El abandono de ese espacio “pre-interpreta”. Dice mucho sobre la abogacía pública. El abandono era simultáneo a la pérdida de soberanía. A la entrega de muchos de nuestros recursos y espacios. A bajar la “bandera” argentina. A entregar gran parte del patrimonio del Estado. A sobreendeudar a los argentinos. En ese contexto de entrega y vaciamiento, de deuda y privatización de recursos, de recorte de derechos y de pérdida constante de soberanía (planificada, diría Walsh: planes de miseria que se planifican, tampoco eso está librado a ningún azar), es “coherente” (no es accidental, tampoco ilógico) el abandono de la Escuela de Abogados del Estado, donde se debe enseñar exactamente a hacer y a defender lo contrario, preparando a los abogados del Cuerpo de Abogados del Estado argentino para defender esos intereses vapuleados, atropellados: los intereses de la Nación argentina. Esa *bandera* hecha jirones. Pero un país que había elegido no “defenderse”, sino ceder, cuando no ser prolijamente entregado (un Estado que renuncia a su defensa básica, que acepta endeudarse en jurisdicciones ajenas, tan alejadas, nunca favorables, por ejemplo, que convalida procesos de endeudamiento ruinosos y odiosos para el desarrollo social de los argentinos) es lógico que no priorice ni reconozca (ni enmarque, ni celebre, ni promueva) en modo alguno la labor de los abogados del Estado, sino que los deje en un segundo lugar, en edificios destruidos, con docentes mal pagos. (Muchos docentes a su vez provenían del sector corporativo, privado, de sectores que han hecho grandes negocios litigando *contra el Estado*. Es curioso que esos mismos docentes puedan enseñar realmente a defender al Estado,

transmitan convicciones, ideales, compromiso... Nos hemos propuesto terminar con esta contradicción, que perjudica al conjunto de los argentinos. Como decía Jauretche, *no se puede ir al almacén con el manual del almacenero*, frase que nuestro procurador recuperó en Chaco, en la conferencia del 6 de marzo en la Intendencia, mostrando la importancia de tener una doctrina propia, ideas que sirvan para defender los intereses del Estado argentino). En un segundo plano. Casi que molestaba un abogado del Estado, porque recuerda con su sola presencia otra cosa y nos marca otro camino, del que muchas veces la dirigencia se ha corrido, escuchando cantos de sirena sobre la supuesta vuelta al “mundo” financiero (la soberanía es ese mástil al que nos sujetamos fuerte en medio de la tormenta), que en general siempre provocan en América Latina lo mismo: atraso, subdesarrollo, hambre y desigualdad, fuga de capitales, precariedad laboral y recorte de derechos (“inflexibles”, como los derechos de los trabajadores, representados siempre como un “costo laboral”). Fernando Henrique Cardoso diría *una mayor dependencia*. La nueva gestión de la ECAE pretende que estos abogados (que asesoran y defienden al Estado) sean protagonistas. Vuelvan a serlo. Entiende que hay cientos de abogados repartidos en el país, de Jujuy a Tierra del Fuego, que hacen un trabajo enormemente valioso cada uno desde su “trinchera”, desde la cual resisten defendiendo los intereses nacionales, incluso sin apoyo ni reconocimiento institucional. La ECAE quiere conocer y reconocer a esos abogados del Estado, que muchas veces en silencio han hecho un esfuerzo enorme por preservar la soberanía nacional y los recursos de los argentinos. Su experiencia es conocimiento. Su recorrido es doctrina. Ha sido una lucha despareja. Casi siempre lo es. Pero muchos abogados, en silencio, pero con enorme firmeza y amor, la han dado. Y la siguen dando. Cada uno en su “trinchera”, como dice bien el subprocurador Horacio Diez. Entendemos que el abogado del Estado (como Belgrano, cuyo homenaje celebramos este 2020) es un abogado de ese tipo: comprometido. Un abogado que está en la trinchera, como cualquier soldado (Belgrano lo fue) luchando con las herramientas que tiene a su alcance por la Nación. Como muchas veces los abogados están en esa misma situación, del otro lado es importante acercarle instrumentos teóricos eficientes. Para esto retomamos esta revista. Porque la mayoría de los abogados no tienen tiempo de sobra. Como el

médico que atiende en la guardia está ocupado en la urgencia, sin tiempo que perder. Tenemos muchos médicos generalistas, sobre todo en tiempos de COVID-19 (tema de esta edición), en la primera línea de “urgencia”. Pero necesitamos investigación para que esos médicos puedan hacer mejor su tarea: salvar vidas. Del mismo modo, el “abogado de trinchera” demanda abogados que trabajen en otras líneas, capaces de desarrollar pensamientos que le sirvan a aquellos que están en la primera línea de batalla legal, sin tiempo que perder, sin un segundo a veces, como el médico de guardia, batallando y defendiendo nuestros intereses, con las herramientas —no siempre las mejores— que tenemos. De eso se trata ser, en definitiva, un “cuerpo” de abogados. El *cuerpo* no se constituye por decreto. Se construye afrontando juntos desafíos comunes, cada uno desde su lugar, sabiendo que otro está trabajando con el mismo objetivo. Nosotros queremos que el médico tenga “equipamiento”, que esté bien “equipado” para hacer bien su trabajo. También el abogado del Estado tiene que estar bien “equipado”: no puede ir a la batalla legal desigual sin buenas herramientas, o desarmado. Si no, la batalla es aún más desigual. Más desapareja. Más injusto el proceso. Es la única forma de emparejar un plano de por sí inclinado (metáfora que empleó el peronismo cuando daba inicio al Nuevo Derecho, en expresión de Alfredo Palacios¹⁷³, el Derecho al Trabajo, el derecho de los trabajadores, la justicia laboral, el nuevo fuero¹⁷⁴, lo que algunos llaman “el fuero laboral mafioso”, la “industria del juicio”). Para el abogado que está ahora mismo, mientras escribo, en la “trinchera”, como para el médico de guardia, es importante que los demás abogados (que tienen más tiempo de formarse y prepararse en la teoría) le acerquen argumentos, principios, ideas, propuestas. Alternativas. Doctrina. Pensamiento. Instrumentos. La misión de la ECAE es esa. Acercar instrumentos útiles, no rimbombantes (aunque esta palabra proviene del italiano *rimbombare*, que significa ‘resonar fuerte’). Generar pensamientos que sirvan. Ideas útiles. Celaya decía en Madrid que hacía “poesía-herramienta”. Nosotros consideramos que una revista de

¹⁷³ Cuya tesis doctoral titulada *La Miseria* fuera reprobada por la facultad de Derecho de la UBA.

¹⁷⁴ Palacio, J. M., *La justicia peronista. La construcción de un nuevo orden legal en la Argentina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2018.

doctrina en Derecho administrativo en la Procuración del Tesoro debe tender un horizonte acercando instrumentos. Proponer debates de fondo con un criterio de utilidad concreta. En este sentido, el pragmatismo filosófico norteamericano (Rorty, Dewey, Pierce, James, hermano del célebre novelista inglés) no se equivoca: más que la “verdad”, lo que nos importa son las *consecuencias*. Miles de millones de dólares están en juego en estos “debates”. Recursos que no tienen cientos de miles de argentinos que viven junto a sus hijos en la miseria, en casas de chapa y con calles de tierra, comiendo de la basura en el “granero del mundo”. Recursos que van a parar a cuentas en paraísos fiscales o para pagar juicios que consideramos *injustos*¹⁷⁵.

Decía Francois Gizont: *el imperio de la palabra democracia no constituye un accidente*. Pero también decía que “hoy no existe más que una sola sociedad”. Una sociedad sin barreras. Sin divisiones, sin excluidos. Las divisiones y las barreras están —las casas de chapa, las *carcelitas* de Villa Fiorito, la informalidad de las exclusiones— son una afrenta a la democracia y una denegación intolerable de la libertad civil. No podemos borrar ni tapar estos debates diciendo que tales sectores son “pobres”. Ya no alcanza con decir eso. Su libertad civil debe importarnos¹⁷⁶.

BAJAR LA PLACA

Falsos democratas, falsos apóstoles de una justicia que nunca intentaron realizarla, porque no la sintieron...

Evita, 1945

Democracia, justicia, libertad civil, república, no son sólo expresiones políticas correctas, términos adecuados, aunque hoy se haya

¹⁷⁵ Alterini, A., *La injusticia de la deuda externa*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

¹⁷⁶ En el final de la célebre película de Hugo del Carril *Las aguas bajan turbias*, que retrata la explotación en los yerbatales (el infierno verde de Misiones), se alimenta y construye “la promesa de una patria más grande y más justa donde los hombres no fueran esclavos”. La creación por entonces del fuero del trabajo en la justicia tenía por cometido la construcción de una patria “más grande y más justa”.

ido desdibujando y perdiendo gran parte de su sentido o contenido. La república parece muchas veces (haberse degradado en) un eslogan vacío, no un concepto. Nosotros intentamos revivirlo en este trabajo (el concepto republicano, la libertad republicana, positiva, clásica, que, en desmedro de Constant, también llamaríamos libertad “moderna”, no una libertad “antigua”). Nosotros entendemos que “pre-intepreta” el abandono en que estaba el edificio de la ECAE (al que muchos descalificaban, como si fuera un lugar de castigo, como si ser enviado a trabajar a la ECAE fuera ser deportado a “Siberia”, a la “escuelita”, ¡como si formarse para defender los intereses de la Nación argentina fuera un “castigo” y no un orgullo!). No es un accidente ni un descuido, ni se explica por mera falta de fondos el abandono edilicio de la ECAE. No era una prioridad formar abogados para defender lo público: para defender al Estado (Social de Derecho, al Estado Constitucional, la Constitución con sus garantías, no sólo procesales, sino también sociales). Lo público es una mirada que hay que reconstruir. Una mirada que falta. Una mirada de garantías (sociales y humanas). Una mirada “garantista”. De derechos humanos. Hasta hace muy pocos meses la ECAE no tenía ni una placa en la puerta que la designara como un edificio del Estado. Una placa no cuesta nada. No es naturalmente una cuestión de dinero. Son símbolos y mensajes sobre lo que importa y lo que no en una sociedad. Sobre el tipo de libertad que defendemos. El tipo de sociedad. El tipo de país. El tipo de “república”, por decirlo con un eufemismo vacío, ya que la república es compatible con un concepto de libertad, no con todos. Bajar esa placa es un hecho casi tan simbólico o más simbólico que el hecho reparador y básico de (volver a) ponerla. Pero *bajar* esa placa al mismo tiempo que el Estado *bajaba* la defensa de nuestra soberanía, de nuestros intereses, y nos sobreendeudaba de manera inescrupulosa en jurisdicciones ajenas, renunciando a defender y a preservar nuestros intereses colectivos más básicos (el derecho al desarrollo, del que derivan otros derechos sociales mal llamados “no operativos”), no es hecho menor, es un hecho fuertemente simbólico, que “pre-intepreta”, como diría Lacan.

No es cualquier hecho que un procurador del Tesoro baje o mande bajar, en pleno proceso de endeudamiento y entrega de recursos, la placa de la puerta de la Escuela que forma y prepara (o debe preparar) a los abogados del Estado Nacional para defender precisamente los

intereses de los argentinos. Era un edificio, sobre la calle Defensa, como cualquier otro, que comparte con las oficinas de un banco extranjero, que tiene un *call center* en un piso del mismo edificio. No había una sola bandera argentina en todo el edificio de la ECAE. Aunque sí hay (y sigue habiendo) muchas banderas argentinas en la fachada de un banco extranjero, a pocos metros. ¿Qué sentido tienen esas banderas? ¿Significa algo todavía nuestra bandera? ¿Son las banderas frente a la cual los chicos de cada colegio hacen su juramento, como el último 20 de junio, cuando hasta el presidente tomó en modo virtual el juramento a la bandera a decenas de chicos de 4º grado en distintos puntos del país? ¿Representan lo mismo? Esas banderas fuera de lugar también dicen algo (sobre nosotros, sobre nuestra defensa o no defensa del Estado y de la Argentina). La bandera no está en la Escuela que forma a los abogados que defienden los intereses argentinos, públicos. O que deben hacerlo. Defendiendo la cosa pública, la *res pública*. La república¹⁷⁷. Pero sí está en el frente de un banco extranjero. Estas ausencias

¹⁷⁷ También al mismísimo Manuel Belgrano el Primer Triunvirato le dio, desde Buenos Aires, por carta, la orden de arriar (de *ocultar disimuladamente*) la bandera que había creado. ¡Le pedían que escondiera la bandera que había creado! Belgrano desobedeció. La creación de una bandera propia les había parecido un gesto demasiado apresurado, inoportuno, demasiado revolucionario, demasiado “irritante”, un gesto demasiado “rebelde”. Se continuaría usando la bandera que flameaba en el Fuerte de Buenos Aires, es decir: la bandera española. Belgrano era desobediente. Como muchos de nuestros próceres, estaba muy lejos de ser una figura *procotolar*. De respeto acrítico del protocolo (Moreno, Castelli, Paso). Desobedeció también la orden de retroceder que le impartió el Triunvirato luego de la batalla —victoriosa frente a los realistas— a orillas del río Las Piedras. Belgrano no dio ni un solo paso atrás cuando le pidieron que retrocediera hasta Córdoba para guarecerse y guarecer mejor a Buenos Aires. Al contrario, se mantuvo firme. La gente de Tucumán lo apoyó espontáneamente en esa batalla. Los tucumanos estaban resueltos a defender su ciudad. Belgrano no retrocedió. San Martín reconoció su valía en Yatasto. Dos próceres y dos patriotas. (Otra palabra en desuso: cada vez se habla menos de “patriotismo”, de figuras “patriotas”, de acto “patriótico”; esto se debe al retroceso del lenguaje de la República). La Logia Lautaro (San Martín y Alvear llegando desde Europa al Río de Plata) tenía dos objetivos: lograr la independencia y lograr el dictado de una Constitución republicana. Estos eran —los patriotas de Mayo—, la mayoría, abogados de trinchera (Saavedra era un honrado comerciante, no abogado) que generaron nuestra independencia, declarada por Francisco de Laprida un tiempo después, reafirmando la voluntad de estar lejos de cualquier dominación extranjera.

y contradicciones —o trampas: la bandera puesta donde no representa y ausente donde sí debería flamear— hablan por sí solas de la renuncia a la defensa de la soberanía nacional, de la renuncia a la defensa de los intereses del Estado argentino, del poco respeto y cuidado hacia quienes ejercen *la abogacía pública*.

La primera vez que pisé la ECAE como director, ese detalle me llamó la atención: conté ocho banderas argentinas en el frente del banco español Santander. Ocho. Y ni una sola en la Escuela que forma a los abogados del Estado argentino, a pocos metros, para defender los intereses de la Nación. Que contradicción, pensaba. *Cómo puede ser*. Esto nos habla de la poca jerarquización, del casi total abandono en que se encontraba una institución que debe ser central por su cometido republicano: formar y capacitar a los abogados que van a tener en sus manos nada menos que la defensa de los intereses de la Nación Argentina. Y no tenía una sola bandera. En un Estado vaciado, es coherente que la escuela que forma a su cuerpo de abogados estuviera en una situación de virtual abandono, de suciedad, de materiales rotos, con la bandera argentina arrumbada en un placard, juntando polvo. Ese abandono, la falta de una insignia en ese edificio, “pre-interpreta”¹⁷⁸. No es sólo una metáfora. Volver a poner la placa de la Procuración del Tesoro en la puerta de la ECAE, volver a poner la bandera de Belgrano en el balcón del piso octavo, es ya decir algo, es volver a defender al Estado. (Bajar esa placa fue parte de una gestión que no hacía de la defensa de los intereses del Estado argentino una prioridad, pero tampoco de la defensa de los Derechos Humanos, la Memoria, la Verdad y la Justicia, ya que en la placa figuraba el nombre —incómodo para la anterior gestión— de un

¹⁷⁸ Mi padre, que es ingeniero electromecánico de la UBA, trabajaba en ENTEL, luego telefónica “de Argentina”, en el edificio que está justamente pegado a la ECAE, sobre la misma calle Defensa, unos metros antes. Me contó que apenas privatizaron ENTEL, lo primero que hicieron los españoles que llegaron (en los noventa) fue quitar un enorme cuadro de San Martín que había en el quinto piso del edificio y borrar también una frase de San Martín que estaba escrita en la puerta de la empresa con letras doradas (*las grandes empresas* —para San Martín la independencia argentina era una gran empresa, la conquista de nuestra soberanía era una gran “empresa”— *demandan grandes hombres*). Tanto la frase como la imagen del libertador fueron quitados con la privatización de la empresa. Este vaciamiento simbólico y cultural de nuestra historia es catalogado muchas veces como parte de un plan más *eficiente*. Como un plan de “eficiencia”.

exsecretario de Derechos Humanos de la Nación, no valorado naturalmente por el anterior procurador, pero de quien el autor de estas líneas fue asesor directo y de quien conserva una afectuosa memoria y un firme compromiso, también el compromiso de responder las críticas de Todorov al proceso de justicia *no transicional* argentino¹⁷⁹).

La ECAE no quiere formar abogados que luego terminen patrocinando intereses que litigan (y lucran litigando) contra el Estado. (Como sucede, por ejemplo, con los pilotos que forma la Fuerza Aérea y luego terminan, por conveniencia personal, trabajando para empresas privadas). Tampoco quiere que quienes se dedican a litigar contra el sector público impartan luego clases en sus aulas, para enseñar también, mientras litigan contra el Estado, a defender el Estado argentino. Esta contradicción ha sucedido en las aulas de la ECAE (lo cual atenta contra su coherencia, base de su prestigio) y también trasunta en muchos manuales de Derecho administrativo, empleados de ambos lados del mostrador jurídico, en un trabajo y en otro, en contra y en defensa del Estado. Esto habla de nuestra carencia. Citamos —quienes defendemos o asesoramos al Estado— los mismos manuales (tal vez una página distinta, pero siempre el mismo libro) que citan quienes litigan contra el Estado argentino. Y en parte a ello (y a la hipocresía que supone o esconde tal contradicción práctica y teórica) se debe el hecho mencionado antes: la falta de herramientas, la falta de “doctrina” para defender al Estado¹⁸⁰. Un diagnóstico crudo es

¹⁷⁹ Duhalde criticaba duramente el concepto, tan de moda, de “*transitional justice*”. También me había pedido responder las críticas injustas, apresuradas, en rigor poco informadas, de Tzvetan Todorov al proceso de Memoria, Verdad y Justicia argentino. Como ya comenté, junto con Julián Axat coordinamos en Derecho-UBA un ciclo de *Poesía y Derecho*. Entendemos que la poesía puede, como los sofistas en la Grecia antigua, volver a dotar al Derecho de un poco de su “humanidad” perdida. Hoy tenemos un Derecho formal, “eficiente”, deshumanizado, frío: poco “humano”. (Desde Nussbaum en Chicago, donde enseña letras clásicas, hasta Zaffaroni en América Latina, son muchos los referentes que señalan este punto, los que advierten continuamente contra la gradual deshumanización del Derecho. Zaffaroni, no por casualidad, ha rescatado en sus últimos trabajos a dos poetas críticos del poder punitivo: Friedrich Spee y Tobias Barreto, en Recife, Brasil).

¹⁸⁰ Por esta razón muchas veces el Estado argentino ha debido “tercerizar” la defensa del Estado en estudios jurídicos privados, no sólo en el extranjero. También muchas veces el Estado ha “tercerizado” en universidades la formación de

decisivo para poder avanzar. El Estado de olvido, de abandono (edilicio y doctrinario), en que estaba la ECAE no era ni representa un accidente político. Es parte de una lógica que denigra al Estado. Que lo percibe como un “costo”. Como una “carga”. Como una “perturbación” del mercado “libre”. Como una “intromisión” negativa. Y no como un espacio para el ejercicio de la virtud republicana (diría Hegel)¹⁸¹ como representación histórico-institucional de la Justicia. Representación republicana de intereses soberanos y colectivos¹⁸². La pérdida del espacio del Estado

sus abogados, tercerización que suponía no sólo una delegación de sus funciones (contracara del abandono o vaciamiento de la ECAE), sino su privatización, ya que muchos posgrados en Derecho administrativo reconocidos se imparten en universidades privadas. Es una tercerización riesgosa, porque la lógica de la universidad privada suele ser muy diferente de la que debe imperar en una escuela pública de abogados. Precisamente, estas contradicciones luego se materializan (y traducen) en la ausencia clara de doctrina para defender al Estado. La ECAE se ha propuesto terminar con la tercerización de su trabajo, sobre todo en convenios con universidades no públicas, porque entiende este proceso como parte de una contradicción (privatización) insostenible, innecesaria y contraproducente para los intereses del Estado mismo: una *delegación* que esconde una renuncia. Esta renuncia se expresa en la falta de herramientas jurídicas que muchas veces encuentra el Estado. Se traduce en una falta de doctrina jurídica consistente. Esta ausencia de doctrina es hija de la tercerización de funciones (de defensa, de asesoramiento del Estado). De una delegación injustificada y contradictoria. No se puede *delegar* la defensa del Estado, así como no se puede *delegar* la formación de sus abogados, no se puede tercerizar, en definitiva, la formación ni la defensa (ni el asesoramiento cabal, genuino, comprometido) del Estado argentino.

¹⁸¹ Pocock, J. A., *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, 2003.

¹⁸² Heller, H., *Teoría del Estado*, FCE, México, 1942. Heller fue constitucionista de la socialdemocracia alemana y profesor de Derecho en la Universidad de Kiel. En el prólogo a la edición alemana de 1934 de Gerhart Niemeyer (Profesor en Kiel, antes de emigrar a los Estados Unidos), puede leerse que Heller aspiraba a la condicionalidad utópica de la realidad estatal. También que con el pensamiento de Heller (de enorme impronta sociológica, algo que ha vuelto a ponerse de moda en nuestros días, con la sociología jurídica en un lugar preponderante) se amplía, de nuevo, el campo de esta ciencia hasta convertirla en teoría de toda la política, tal como había sido hasta el romanticismo. Heller se distancia por igual del formalismo jurídico moderno de Kelsen y del decisionismo de Carl Schmitt, también de la filosofía de Kant y los neokantianos (del individuo aislado; el neokantismo tiene enorme peso en la actual dogmática penal alemana, de fuerte incidencia en América Latina), “superando así

también supone la pérdida de espacio de la Justicia como valor, como principio. Como ideario de la República, precisamente. Así desaparece el concepto —como dice Galanter— de la profesión de los abogados. Los recursos que se invierten en la capacitación concreta de los abogados del Estado se espera que redunden en una mejor (más eficiente y directa) defensa del Estado. Y en un mejor asesoramiento. La contracara es una ECAE que no cumple sus funciones y terceriza luego la formación de los abogados del Estado, y también muchas veces la defensa en juicio del Estado argentino, en estudios jurídicos para los cuales la defensa de lo público no es una prioridad (no es una *bandera*), sino que el Estado es un “cliente” como cualquier otro. La abogacía pública, que la ECAE pretende rescatar y jerarquizar, no es compatible con esta mirada, que esconde (como la fisiocracia, la tecnocracia, la “gobernanza” neoliberal) un declarado y no disimulado desprecio por lo público, percibido (el Estado) como un “costo” (una “intromisión”) o una “tiranía”.

LA DEFORMACIÓN DE LOS CONCEPTOS

Entre nosotros son muchas las palabras que han perdido su significado. *República*, *socialismo*, *radicalismo* son tres ejemplos de la vida política. Ninguna de esas palabras expresa lo que expresaba en un comienzo. Estos ejemplos no fueron elegidos al azar: los tres expresan como ningún otro el vaciamiento del pensamiento político más revolucionario, más “radical”, más “socialista” y más “republicano”. El vaciamiento de estos conceptos habla por sí solo del vaciamiento a que la vida política está sometida desde el proclamado “fin de la historia” (recordemos el pedido de no hacer “bardo”, sobre todo a los más jóvenes). En la Argentina el socialismo está muy alejado del pensamiento

el formalismo político, cuestión que, en nuestra época, sólo puede ser resuelta mediante la determinación de la función social del Estado. Por esta función social, y sólo por ella, hay que explicar causalmente todas las propiedades, instituciones y notas conceptuales del Estado y, asimismo, la referencia a la función es la única actitud fundamental posible para una comprensión esencial del Estado” (p. 9). Para Heller, la teoría del Estado es Sociología y, como tal, ciencia de la realidad y no ciencia del espíritu. (Heller propugna una consideración “científico-naturalista” del Estado, como parte de una comprensión mayor, más objetiva, p. 53).

crítico y emancipador de izquierda. Es más parecido a un pensamiento político conservador, en general promotor del *statu quo*. (“Ustedes son los socialistas de Braden”, en una mítica expresión de Evita durante la huelga ferroviaria). El partido socialista le dio embajadores al Proceso. El socialismo argentino tiene muy poco que ver con el socialismo ruso o el socialismo revolucionario. Es más parecido a la socialdemocracia inglesa. A la tercera vía proclamada por Anthony Giddens, asesor estrella de Tony Blair.

El concepto de movimiento político “radical”, del “radicalismo”, no necesitaría mayores aclaraciones. Nada en el partido “radical” argentino es “radical”. Es un partido urbano de clases medias, profesionales, que suelen hacer gala de moderación política como forma de civismo republicano. El “radicalismo” no está en las filas del partido “radical”. Con la palabra *república* sucede, aunque de un modo menos evidente, pero de todas maneras muy claro, exactamente lo mismo. El concepto republicano de la libertad, con la que nacen nuestros países, es el concepto de los revolucionarios franceses, que sirvieron de inspiración igualitaria a la América que conquistaba su libertad rompiendo las cadenas del vasallaje. La libertad que se conquistaba excedía en mucho la libertad de comercio. Los criollos aspiraban a la igualdad política. Belgrano, Moreno, San Martín: la igualdad política y civil, la sociedad sin estamentos ni privilegios, era base de una república libre, de una nación soberana. Hoy en día, sin embargo, este concepto (república-igualdad) también se ha desdibujado. El movimiento “republicano” parece expresar un eslogan vacío; la “república”, una etiqueta poco vinculada al pensamiento comunitarista y emancipador de los franceses, que también sirvió de guía a nuestros próceres (y la ENA, nacida en Francia con De Gaulle, cuya visita al país en 1964 fue celebrada por la resistencia peronista como un triunfo propio frente a la censura y la proscripción, tiene mucho que ver con la ECAE). Hemos pasado de la libertad republicana (positiva, colectiva, anclada en la madurez cívica y la responsabilidad colectiva) a la libertad neoliberal (valga la redundancia), donde lo único que cuenta es el mero interés privado, individual, acotado: no lo público. Paradójicamente, lo que la *Res* pública representaba era precisamente esto que los cultores del mercado libre (y los negocios privados) están haciendo desde hace dos décadas denostando: el Estado como un “costo”, lo público —la participación en

la política, la igualdad— como una “carga” que no se quiere asumir. Como algo que (ahora) molesta. No como una virtud *clásica*. Sino como una “presión” (no sólo tributaria, aunque también tributaria) que se evade. Por eso Constant se anima a decir que la libertad republicana (de Cicerón a Maquiavelo) es una libertad “antigua” (basada en una virtud cívica que ya no existe, en la participación positiva, en la responsabilidad colectiva, con el otro), frente a la nueva libertad (nueva, frente a la idea “vieja”), que es la libertad “moderna”, centrada en el consumo privado: en el individuo como centro y fin de toda “ética”. Curiosamente, los cultores de este pensamiento privado individualista suelen hablar en nombre de (y asumir que encarnan) “la defensa de la república” cuando representan y hablan en nombre de una *res privada*, neoliberal, muy poco *res publicana*. Aunque se diga muy “moderna”. Ya que lo público es representado en estos discursos como un “costo” demasiado “oneroso”, como una “carga” y una “presión” (una “interferencia” negativa) que nadie quiere seguir soportando. Que nadie quiere solventar¹⁸³. Como una “intromisión”. No como un derecho político. Sino como una “carga” pública... Esta inversión antirrepublicana es la base de la libertad “moderna”. Por eso Constant impugna a Rousseau, e Isaiah Berlin, que refleja la distinción del primero, defiende la libertad moderna como una libertad “negativa” (no interferencia) frente a la libertad roussoniana (positiva, republicana), a la que literalmente define Berlin, amigo de Oakeshott (otro conservador, un Edmund Burke más contemporáneo, aunque no menos conservador que aquel), como una libertad “jacobina”: como una “libertad “populista”. Las retóricas que se repiten. La crítica al “populismo” (Berlin, Oakeshott) es la crítica de Burke a los “abogados de provincia”, esos resentidos abogados franceses... denostados en su igualitarismo republicano abstracto (¡Marat

¹⁸³ Cuando algunos economistas o constitucionalistas colegas hablan o reprochan en otros sectores políticos (precisamente afines al pensamiento republicano) que expresamos (nosotros) ideas “viejas”, no son reproches distintos de los que aplica Constant a Rousseau, cuando impugna la idea “antigua” de libertad republicana... como una idea “vieja”, frente a la libertad “moderna” e individual del comercio privado, dejando lo público —el Estado, y la *res pública*— en un muy discreto segundo lugar. En un segundo plano. La retórica se repite. La crítica es la misma. Hasta la palabra empleada es igual: ideas “viejas”. Ideas “antiguas”. Frente a la libertad “moderna”. Un solo paso separa cultores pasados y actuales del pensamiento conservador.

también era un abogado de trinchera!) por Burke, por Chateaubriand... por la aristocracia francesa (que le llamaba “corrupción” precisamente al igualitarismo social “degenerado”; abogados “corruptos” eran los que igualaban la sociedad, igualando a la aristocracia con “los de abajo”, que querían pan¹⁸⁴). Así nace el pensamiento político conservador. Impugnando el igualitarismo “abstracto” (Oakeshott cuestiona el “racionalismo” francés...) de los “abogados resentidos” de provincia en Francia (Burke) que defienden con su ideario “populista” (Berlin) una libertad... “antigua” (pero revolucionaria). Una libertad “jacobina”. Una libertad roussoniana. Positiva. Igualitaria. Comprometida. Una libertad real. Una libertad, en definitiva, para todos. No para unos pocos hombres (como sucede hoy, cuando son muy pocos los que pueden reconocerse en el espejo como sujetos libres).

La evasión fiscal (el escape con los propios tesoros frente a lo público con sus “intromisiones” en la vida privada... con sus “cargas” y tentáculos...) es una contracara de la apatía política. La falta de madurez cívica y de responsabilidad *res publicana* (dos conceptos que hoy, en medio de la crisis que desató la pandemia vuelven, curiosamente, a ser escuchados sobre todo en boca de quienes más los han impugnado y maltratado como antigualla premoderna) son dos caras de una misma moneda. El eco republicano se escucha hoy de nuevo en los cultores políticos de la salvaguarda de la salud pública. No son los viejos comités de salvación pública franceses¹⁸⁵, no es Danton, Desmoulins, Saint-Just (que habría de guillotinar a los primeros), pero se parecen muchas veces en su apelación repetida a la “responsabilidad civil”, a la “madurez cívica”, a la virtud... (y a la responsabilidad) republicana con el otro, donde se antepone lo público, no lo privado, no el egoísmo (el interés personal, la ganancia), sino el *compromiso* civil. No neoliberal, que se encierra (en el jardín de Epicuro) en el mero goce e interés privado, individualista. Nosotros: Arisóteles¹⁸⁶. El jardín de Epicuro es la ruina de la Grecia antigua. Es la ruina de la democracia ateniense. Es

¹⁸⁴ Weber, E., *France (Fin de siècle: la France à la fin du XIXe siècle)*, Belknap Press of Harvard University Press, 1988.

¹⁸⁵ Comité de Salut Public (Francia, 1793).

¹⁸⁶ Nussbaum, M., *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Antonio Machado, Madrid, 2015.

la ruina de la libertad “antigua.” (Pública, que es, en el fondo, también la que garantiza la otra libertad, personal, privada; sin la primera, no existe la segunda. Es una ilusión vana: los que la practican terminan también viviendo presos¹⁸⁷).

¹⁸⁷ No puedo concebir que el mismo pensador que defiende el “retiro” de la vida pública y política, en una Grecia en ruinas, el retiro y refugio en el jardín privado, alejado de la polis (alejado de los ruidos de la “política”), sea el mismo que defiende el hedonismo racional, pero, sobre todo, una mirada atomista de lo social. Esa mirada *atomista* (individualista, refugiada, alejada de lo público) precisamente está en la base, dirá Bobbio (en el modelo iusnaturalista), del contractualismo moderno. No parece casual. Somos todos “átomos privados” que se juntan sólo para dar su “consentimiento”. Luego esos “átomos” vuelven a encerrarse en su vida privada, se refugian en su “interés”. En su negocio. Y perciben todo lo otro como “externo”, como “corrupción política”, como “cargas públicas” y sociales. Este lenguaje “moderno” expresa, en el fondo, la pérdida de la República, presentada luego como “tiranía” de la igualdad... Como si el hambre y la miseria no fueran “tiranas” mucho peores que la igualdad (“abstracta”, dirá Oakeshott) que las combate. Burke dice que nunca vio a un “hombre” abstracto (para impugnar la categoría de derechos universales del hombre), como si la tradición (que reivindican) no expresara también un muy abstracto “recorte”. Sólo es “abstracto” lo otro (la igualdad), no la “tradición”, que se percibe como evidencia... El empirismo frente al racionalismo francés igualitario y “abstracto”. Oakeshott impugna este racionalismo francés. Entiende que la ilustración —el pensamiento ilustrado— es hijo de esta veleidad que construye castillos racionales en el aire. Y luego lleva a la práctica estos planes “abstractos”, con crueldad republicana. Para Oakeshott, esto está en la base del terror. También para su amigo Isaiah Berlin. Sin embargo, esos “castillos en el aire”, esos abogados “populistas” resentidos, estos planes tan “abstractos”, son los que dieron inicio a este largo camino de la igualdad universal de derechos. Son la base de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, hijos del racionalismo ilustrado abstracto de Francia, que luego el pensamiento conservador y romántico de los alemanes habría de impugnar en la teoría y en la acción criminal, que también hablaba en nombre de la “tradición” de la sangre “concreta”, frente a la igualdad demasiado “abstracta” de los franceses... (No se equivoca Habermas al defender el racionalismo moderno francés, con su igualitarismo “abstracto”, frente al irracionalismo romántico alemán, tan separado del primero, cuyo corolario antimoderno —propulsor de la guerra, de la confrontación, de la diferencia, no de la igualdad “abstracta” y la burda y liberal “fraternidad” universal entre países— fue dramático y oscuro. Una página negra de la historia, si no la peor. Frente a esto, parece lógico volver a reivindicar el pensamiento ilustrado, republicano y moderno que se sostiene, aunque a Oakeshott no le guste, sobre el racionalismo con sus “abstracciones” igualitarias, que empujan hacia adelante las

EL GERMEN DE LA CONSTRUCCIÓN REPUBLICANA. DE LA PRUDENCIA A LA LIBERTAD

James Harrington, teórico republicano inglés del siglo xvii, reconocido por ser el autor de *La República de Oceana*, reivindica (como Ernst Cassirer en *El mito del Estado*) la figura y el pensamiento de Maquiavelo. Antes que Constant (más de un siglo antes que el francés republicano devenido inglés proliberal, que coquetea, no por accidente, con el romanticismo en Alemania), también Harrington (como Constant habría de distinguir, aunque matizado) distingue una *prudencia antigua* y una *prudencia moderna*: “La prudencia antigua fue revelada por Dios directamente a los hombres y adoptaba por griegos y romanos. Los gobiernos instituidos en consonancia con esta prudencia antigua son gobiernos de *iure*, es decir, crean y conservan una sociedad civil que busca el interés y el *bien común*. Por otro lado, la prudencia moderna es el arte a través del cual unos pocos someten a una ciudad o nación atendiendo sólo a sus intereses privados”¹⁸⁸. Constant no es tan original. Lo que dice (la clasificación que usa —pero invierte— para atacar a la Revolución Francesa con su igualitarismo y su supuesta “tiranía”) no es nuevo. Retengamos estas pocas palabras de Harrington. Luego Benjamin Constant (que denuesta injustamente a Rousseau, en línea con el pensamiento reaccionario, antiigualitario, antirrepublicano, antimoderno, de autores como Burke o Chateaubriand, De Maistre, Bonald, en nombre de la independencia del individuo y de los estamentos rígidos, Friedman no lo habría dicho mejor en su libertad de elegir el hambre) va a invertir esta lectura originaria,

luces de la razón y el progreso, frente a las tormentosas nubes de Caspar David Friedrich, renombrado paisajista del romanticismo alemán del siglo xix. Frente a esos paisajes tormentosos, mejor el racionalismo “abstracto”; frente a esas nubes oscuras, mejor las claras “luces” de la razón... moderna, igualitaria, francesa). Oakeshott y Friedrich no razonan muy diferente. Lo hacen sí desde ángulos separados. Pero los dos deploran la idea demasiado “abstracta” de igualdad entre países y personas: la idea misma de dignidad universal les parece un “exceso” del “populismo” ilustrado de Francia. La igualdad y la dignidad universal como un exceso de cartesianismo.

¹⁸⁸ Viroli, M., *De la política a la razón de Estado. La adquisición y transformación del lenguaje político (1250-1600)*, Akal, Madrid, 2009. Cap. III. Maquiavelo y el concepto republicano de política, pp. 161-212.

republicana, cambiando los conceptos: donde Harrington pone “prudencia”, Constant escribe secamente, y tardíamente, “libertad”. Libertad de los antiguos (libertad positiva, dirá Berlin) frente a libertad de los modernos (negativa, dirá Berlin). Comunitarismo —libertad como participación comunitaria (antigua, virtud clásica, *cuerpo* social)— frente al individualismo moderno (*individuo* en su goce privado, mezquino interés replegado, privado, no público). Entre Harrington y Constant (Aristóteles y Epicuro) definen o clasifican casi todo lo que hay de importante en el debate político moderno sobre la República, por lo menos en lo tocante al alcance de nuestra libertad. A la manera de definir y entender nuestras libertades¹⁸⁹. Como participación pública (en un cuerpo político y social libre) o como un mero interés privado (individuo aislado, atomismo contractualista, dirá Bobbio). La primera es la libertad positiva republicana. La segunda es la libertad negativa “moderna”: la libertad del comercio. La libertad asociada más al sector privado que al público. (Nos resistimos a llamar a lo público un *sector*; esta división de la sociedad en distintos “sectores” o compartimentos y categorías sociales y de “sectores” es otra tendencia analítica, moderna, neoliberal, fisiocrática, desintegradora en última instancia, “analítica” de lo social en apartados de distinta “eficiencia”, un proceso “técnico” que esconde una trampa antirrepublicana, donde desaparece poco a poco el sentido de lo “común”, el sentido “común”, en una palabra, el espacio de lo común¹⁹⁰, el espacio mismo de la *res* pública... el sentido de una pertenencia: la comunidad “libre”, diría Aristóteles: *desaparece la Justicia*, no sólo la libertad).

Las ideas republicanas inglesas fueron el germen de las revoluciones, tanto interna, en Inglaterra, como la emancipación colonial

¹⁸⁹ Otra forma mucho más popular y divulgada (pero ajena a nuestro propósito) es la crítica de Popper al “autoritarismo” de Platón en su República. Platón, *República*, Alianza, Madrid, 1999. En este trabajo tomamos (como Martha Nussbaum en *La fragilidad del bien*) más la tradición de Aristóteles en la *Política*, para quien sólo se puede ser “libre” (y justo) como miembro de la comunidad (con palabra), no fuera (replegado, aislado) de ella. Debo al Dr. Horacio Spector no sólo el haberme iniciado en la lectura de los trabajos de Nussbaum, sino también el inteligente consejo de no descuidar nunca la lectura de las “fuentes” clásicas, sobre todo del teatro antiguo.

¹⁹⁰ Monsiváis, C., *Las alusiones perdidas*, Anagrama, Madrid, 2007.

de los Estados Unidos. Por supuesto, el republicanismo en Francia es la base de la Revolución Francesa. De su ideario igualitario ilustrado “abstracto” y racionalista¹⁹¹, tan cuestionado. El pensamiento político contemporáneo nace frente a estos sucesos. La reacción conservadora y el igualitarismo “abstracto” (el progreso o la tradición, el racionalismo ilustrado o el empirismo romántico, que defiende desde Alemania el suelo y la lucha, no la paz universal) son los dos polos opuestos donde aún nos manejamos¹⁹².

¹⁹¹ No es casual que Madame de Staël, amante de Constant, lo condujera a este por el camino del romanticismo alemán, crítico del igualitarismo republicano *abstracto* de Francia. *De l'Allemagne*. “La independencia individual es la primera necesidad de los modernos, por lo tanto, no hay que exigir nunca su sacrificio para establecer la libertad política. En consecuencia, ninguna de las numerosas y muy alabadas instituciones que perjudicaban la libertad individual en las antiguas repúblicas, resulta admisible en los tiempos modernos”. Constant, B., *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, 1819.

¹⁹² Bobbio, N., *Derecha e Izquierda*, Taurus, Madrid, 2000. También Bobbio, N., *Thomas Hobbes*, FCE, Buenos Aires. 1998. De este último, resulta importante la lectura del capítulo primero, dedicado al modelo iusnaturalista (a diferencia del aristotélico), modelo político-filosófico fundamental para el contractualismo moderno (con su atomismo) liberal, modelo “moderno” que desemboca a su vez en la construcción (cada día más estridente y cruda, y menos republicana) de una libertad individualista, privada. Y *Negativa*. Que se queja de cualquier “interferencia”, y para la cual cualquier compromiso con el afuera (*público*) es vista como una “intrusión”, un “costo” (la *res pública*... misma, una “presión” tributaria que), representa una “molestia”. Una —en palabras de Berlin— “interferencia” que perturba nuestra apacible y desinteresada (de los demás...) vida privada. El individualismo termina siendo antirrepublicano. Construye barrios privados que se “desentienden” de todo lo que “pasa” (o queda) afuera... Nuevos feudos modernos. Lo público: lo pobre. El estado “mínimo”. No podemos en estos casos hablar con justicia de una *Res Pública*. Ya no lo somos. Nuestro modelo político ha cambiado, aunque conservemos la etiqueta republicana, por comodidad o por vergüenza, nos seguimos llamando *república*. Pero hay una lógica individualista que no es republicana. Que es incompatible con la construcción de una República. De una *res pública*. En la *res pública* la participación no es un costo, no es una “carga”, no es una “interferencia”, no es —no representa nunca— una “intrusión”. Es, por el contrario, un honor, un deber y un derecho. El derecho a la libertad. Y la obligación de ser (¡y forzar a los demás a ser también ellos!) libres (Rousseau). No otra cosa es la metáfora de la caverna de Platón sobre las sombras del fuego. Platón (en su *República*, al principio de su cap. VII) narra esta metáfora: el esclavo que logra escapar no tiene derecho, sin embargo (huir solo, feliz), a abandonar a los

En las *Pratiche* (consejo de sabios) del siglo xv se lee ya que *sin una adecuada administración de justicia, ninguna república sobrevive mucho tiempo*. Estas eran las fuentes en que abrevaba Maquiavelo, fundador de la razón de Estado. El “hecho del príncipe” es un derivado moderno del pensamiento político de Maquiavelo (curiosamente, un concepto tomado de Francia, un país al que Maquiavelo le imputa, hace cuatro siglos, claro, “ignorar todo acerca de la administración del Estado”). Maquiavelo daría (no todos acordarán) el paso de la política (como arte) a la Razón de Estado. Es un paso *moderno* que merece ser historiado. Este número de la *Revista de la ECAE* quiere profundizar y

demás prisioneros. Debe volver por ellos. Felicidad es virtud (para los antiguos, no para los modernos, que asocian felicidad a consumo privado, individual, no a virtud pública clásica “antigua”). No debe —él, que ha logrado vencer el encierro y ver, luego de escapar, la verdadera luz, olvidar a sus compañeros que siguen encerrados allí abajo contemplando contra la pared las sombras del fuego. Debe volver a liberarlos. Nadie es libre solo. La libertad es una construcción colectiva: republicana. Que se comparte. Pública. Una cosa pública. No individual. (Por eso es un error pensar la libertad en términos meramente personales, individuales, de consumo). La metáfora de la caverna platónica nos da una valiosa imagen republicana. Una buena imagen de la libertad en todos sus matices. Muy diferente a la casa de Bulemann, paradigma de una libertad privatizada, recortada. Privada. No pública. Moderna. Que no se comparte. De una libertad para pocos. Donde muy pocos son en verdad libres. (Y a la postre, tampoco ellos, a pesar de sus riquezas, tendrán libertad, no serán libres, porque la libertad negativa, como no interferencia, es una forma de *free rider*, que presupone que “otros” sí “trabajan” en “eso” que es la polis, la política. Aunque en rigor, este es el desafío del modernismo: privatizar la política o hacer de esta una “profesión”, una labor profesional, subrogable, delegable en “técnicos”, no un compromiso ciudadano, de todos, sino un “trabajo” que se “paga”, como cualquier otro, para que alguien lo haga, para que alguien se ocupe de lo que ya nadie se quiere ocupar, cuidar monumentos... cuidar el “pasado”, preservar la Historia: Cicerón cuidadaba monumentos, justamente un autor republicano). Ese modelo no es, por supuesto, el modelo republicano. No es casual que Platón narre esta alegoría en un escrito titulado, precisamente, la *República*. Nos habla del compromiso cívico como base de cualquier orden político. De la virtud como suelo de la “democracia”. Ver la participación como un “costo”, como una “carga” pública... o social, es una inversión que pone en jaque a nuestras libertades “modernas”. La participación no es un “carga”. Es un derecho. La virtud no es un “costo”, no es una “interferencia” ni una “intromisión”. Es un mandato para cualquier *ciudadano*. Pettit, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Madrid, 1997. Pettit defiende la construcción republicana de la libertad entendida como “no dominación”.

enmarcar las discusiones del Derecho administrativo. Cuando hablamos de “fuerza mayor” o de “hecho del príncipe”, empleamos conceptos que tienen una historia en el pensamiento político. Que conforman un debate nada sencillo, pero cuyo conocimiento resulta indispensable.

Parte del cometido de esta revista es constituir entre todos un pensamiento compartido, horizontal, soberano, serio, que tenga por meta la defensa estricta de los intereses *públicos*. Los intereses de la Nación son los intereses (“nobles intereses”) de la *República*. La república (la cosa pública, la *res* pública) es la encarnación institucional de los intereses colectivos (no los intereses de los nobles, los intereses privados). Hay una historia detrás de este arduo camino republicano. La *Res*-pública encarna los intereses de nuestro pueblo, cuyos derechos nunca fueron concesiones gráciles caídas del cielo. Nadie regala nada, mucho menos *derechos*. Los derechos fueron siempre graves y duras conquistas sociales. Mucha gente ha perdido su vida en el camino de esas libertades que hoy ostentamos. Conquistar la libertad es sinónimo de conquistar derechos. No los intereses privados (que califican de “mera interferencia” a la cosa pública, presentada ahora como un “costo antiguo” que hay que asumir —o evadir, como se evade al fisco— como una amenaza “externa”, como una “externalidad” negativa del otro lado del cerco del barrio cerrado, dirán los economistas actuales; Constant es, en su crítica a Rousseau, funcional al libertarismo financiero, con su vana idolatría al usufructo privado, ajeno a toda *res* pública, y enemigo del Estado “elegante”, “costoso”. La República que defienden tales sectores es una cáscara vacía, una pantalla sin contenido, sin sustento y sin volumen), sino la integración en un bien que es mayor que la egoísta, individual, particular y muy limitada libertad *negativa*: el bien común. (Hasta se habla en ciertos informes de las IFI de los “costos” de hacer “tantas” elecciones, el “costo” de la política, el “costo” del Estado “mínimo”, el costo de la democracia, el “costo” de la república..., un Estado que “cuesta”). La defensa de la *Res*-pública (que “pesa”) y el bien común van de la mano. Juntos. No se puede construir una república *negativamente viendo a lo público como un costo “externo”*. Desde una libertad civil pobremente *negativa*. Ajena. Distante. Y separada. Lo público —la defensa de lo público— no puede ser (visto como) una “carga”. Así no habla una República. Y la Argentina es —quiere ser— una República. Entonces

tenemos que pensar qué tipo de libertad (de libertades civiles) defendemos y qué tipo de libertades son compatibles con una república. No toda libertad es compatible. La libertad de elegir (el hambre) no es una libertad *republicana*. Es (la libertad que denuncia para consolidarse la “tiranía del control”) una libertad negativa. Es una libertad parcial. O, como dice Brecht en su obra *Los días de la comuna*, una libertad *incompleta*. Hemos tomado —por error— esta incompletitud como bandera¹⁹³. La república no puede tener a su población empobrecida o a sus hijos revolviendo los tachos de la basura. En la miseria no hay participación alguna. No hay libertad. La libertad que se requiere para participar de la república, precisamente, es la libertad positiva. Allí se cierra un primer círculo sobre las libertades. Y sobre las repúblicas. La libertad negativa es compatible con el empobrecimiento. La positiva, que aquí defendemos, no. Porque sólo una es compatible con la participación popular en la vida civil y democrática. Donde hay hambre, chicos que revuelven la basura, no hay libertad *civil*. No hay autonomía. No hay *República*. Aunque Friedman diga lo contrario. No hay derechos (realmente “operativos”). No hay ninguna “libertad de elegir” nada¹⁹⁴. Friedman cuestiona con la misma intensidad al “viejo”

¹⁹³ Diálogo informal con Pablo Factorovich, coordinador en el seminario *Cómo defender al Estado*. Pablo Factorovich: “Yo que no leí nada sobre Berlin pero sí había escuchado tus clases comprendí bien el concepto de libertad colectiva, pero la libertad está tan arraigada en el imaginario como *concepto individual* que sin un mínima explicación o ejemplo creo que se torna demasiado abstracto”. Es una muy buena observación de Factorovich. De hecho es así. Está súper arraigado. Tan arraigado que lo otro (la libertad positiva, como participación en una sociedad “libre”, pero sólo cuando todos sus miembros realmente lo son: cuando todos son en rigor autónomos... son libres) parece delirante. Y sin embargo es la base de la República. Este “delirio”, esta idea (esta libertad) tan “abstracta”, como dice bien Factorovich, algo tan “contra-intuitivo” (tan poco “moderno”) es la base de la libertad republicana. El pensamiento kantiano sobre la dignidad y la justicia también resulta hoy contraintuitivo en una sociedad tan dominada por el consecuencialismo económico y financiero, donde todo se mide y debe medir (sólo) por costos y beneficios, no por dignidad. También la dignidad es un *costo*. También la dignidad es una *carga*. A pesar de ello, el pensamiento ético de Kant (y su doctrina del Derecho natural racional) es el pilar de la filosofía jurídica moderna. Véase Croxatto, G. L., ¿Qué libertad defendemos? *Diario Perfil*, Buenos Aires, 13 de junio 2020.

¹⁹⁴ Friedman, M. y Friedman, R., *Libertad de elegir*, Gota a Gota, Madrid, 2008.

liberalismo político (él defiende el “nuevo” liberalismo económico) defensor de los derechos del hombre (el derecho natural) que al cristianismo, cultor de una peligrosa idea: la idea de *igualdad*. De igualdad de las almas a los ojos de Dios. Luego devenida igualdad política ante la Ley. Igualdad de derechos. Igualdad republicana. La línea que separa a Burke de Friedman es muy delgada. El conservadurismo (Burke, Chateaubriand, De Maistre, Bonald) es neoliberal (Friedman, Oakeshott, Berlin, Constant, incluso Raymond Aron, incluso Arendt). Porque es antiigualitario (aunque se diga moderno...), aunque use la mascarada de la supuesta “libertad de elegir”. Por eso impugnan —todos— a un autor (“populista” y “jacobino”) que nosotros sí defendemos: Rousseau. Maquiavelo también es un autor republicano. Defiende la virtud cívica. No la libertad “negativa”, no la libertad para unos pocos (“nobles”). No la libertad (de morirnos de hambre) cómo hoy la tenemos. La pobre —individualista y privada, cercada, moderna.... separada de la polis, alejada de lo público, un afuera que además “amenaza”— libertad de los “modernos” (Constant). La libertad de los privados. Mercado libre. No república justa. Cambiamos de conceptos. De palabras. De ideas sobre la libertad. El compromiso *positivo* con lo público (el deber, dice Finnis; la virtud cívica, dirá Maquiavelo) no puede ser visto como una “antigüedad”. Como una libertad “antigua” o ya pasada de moda, como una libertad que no es moderna. Nuestras repúblicas necesitan otra cosa. Otra libertad. Por eso es importante definir, tener bien claro, qué tipo de libertad defendemos. ¿Construimos la virtud de una nación dominadora o la de una República que sólo quiere ser independiente? Esta es la pregunta que nos deja Maquiavelo. Son preguntas difíciles, pero que vale la pena hacerse.

Cuando el Subprocurador del Tesoro, el Dr. Horacio Diez, dice que los abogados del Estado son —somos, debemos ser— *abogados de trinchera*, está diciendo que los intereses del Estado no se “gestionan”, se defienden. Que el lenguaje que debe permear a la abogacía pública no debe confundirse nunca con el acotado (pero expandido y enseñado como si fuera —en verdad— el único lenguaje “eficiente”) lenguaje costo-beneficio del sector corporativo (que “gestiona” intereses), del ejercicio privado de la profesión “liberal” del Derecho (del que proviene el lenguaje de la gobernanza, en la estela de la fisiocracia liberal, con

la caída del Muro), que respetamos, pero no compartimos¹⁹⁵. Son dos lenguajes diferentes que deben quedar bien delimitados. Responden a parámetros y cometidos distintos. Sus objetivos no son asimilables¹⁹⁶. Sus historias tampoco¹⁹⁷.

Digamos algo rápido y sencillo. El Derecho no defiende, como sí lo hace la Economía, con la que a menudo se lo confunde (deliberadamente, por algo está tan de moda en las aulas de abogacía el enfoque de Posner, y no tanto la filosofía ilustrada pero anticonsecuencialista de Kant), la eficiencia como único estandarte. El Derecho defiende, más allá de la eficiencia (y también contra los dictados de la eficiencia de mercado, muchas veces), la (“costosa” y antieconómica idea de) dignidad. Son dos ideas (dos mundos) diferentes, que pueden llegar a chocar, y a menudo chocan. Una cosa es defender la eficiencia del libre mercado; otra es la dignidad de las personas no vistas como “recursos humanos”. No vistas como “cosas”. No vistas como meros medios (baratos, que se ahogan en el mar ante la desidia civilizada de Europa), mulas de carga, como peones, mucamas, putas, negros grasas, descamisados sin derechos, cabecitas, sobrantes, hoy se dice “negros cabeza”, o secamente “cabezas”, como unidad de medida semejante al ganado, rémora que también se mide o se cuenta por “cabezas” de ganado, vistos, pues, como un “costo” (masas de carne, reses de ganado) laboral secundario (pienso en las mujeres que empezaron a protestar porque cocinaban gratis para los patrones de sus maridos en las estancias, hasta el nacimiento del Nuevo Derecho, en expresión de Alfredo Palacios, cuya tesis sobre la Miseria fue rechazada por la UBA) en una planilla que dice ser “eficiente”. El Derecho es otra cosa. O supo serlo. Defender

¹⁹⁵ Kennedy, D., *La educación legal como preparación para la jerarquía*, UNAM, México, 2020. En la edición argentina (Siglo XXI) puede verse la lúcida introducción de Gargarella “Volver a Dunkan Kennedy”.

¹⁹⁶ Decreto del 3 de marzo 1947, de creación del Cuerpo de Abogados del Estado: “Art. 21. Es incompatible el cargo de abogado del Estado con el de abogado, remunerado o no, de empresas particulares, de servicio público o abastecedoras del Estado. Esta incompatibilidad continúa hasta el término de cinco años, a partir de la cesación de prestación de servicios en la empresa particular (Dto. 5667/47 - Ley 12.954, Creación del Cuerpo de Abogados del Estado).

¹⁹⁷ Ihering, R., *La lucha por el Derecho*, UNAM, México, 1998.

el Derecho no es defender una abstracta “eficiencia” funcional al libre mercado. Defender el Derecho es, ante todo, defender la dignidad de cada persona (base de su libertad). Eso es el Derecho “eficiente”. Pero puede que el Derecho tenga una mirada muy distinta de lo que significa “ser eficiente”. No comparte la mirada económica. Por eso Juan B. Justo decía con razón que en otros tiempos los ministros de Economía no eran, como hoy, economistas. Eran abogados. Porque la mirada final, última, de la administración pública de los recursos económicos, debía estar orientada por un criterio de Justicia (abogados), no de mera “eficiencia” (económica). Hoy se ha invertido esa balanza. Hoy los economistas les dicen a los abogados cómo defender y cómo hacer de su trabajo uno mucho más “eficiente”. Más técnico. Así se pierde, al final, poco a poco, cualquier visión o mirada de la Justicia. La equidad. O la ecuanimidad. Sólo queda la abstracta —muda— “eficiencia”. Este es el núcleo de *Law and Economics*, esa corriente legal, de moda también en nuestros países y facultades, que no por casualidad nace en la escuela de leyes de Chicago (con Friedman). Defendemos la “eficiencia”. No defendemos ya la dignidad. Como dice Galanter, no defendemos ya la “justicia”. Un Derecho que no defiende la “justicia” es un Derecho más “eficiente”. Allí se cierra el círculo. Por eso nuestros abogados son sobre todo técnicos, tecnócratas, “profesionales”. No son ya humanistas ni hombres de letras, como advierte Nussbaum, con un ojo puesto en Francia, precisamente (“y todos los que todavía llevan en el pecho el sentimiento de la Libertad miran hacia París”, dijo Brecht¹⁹⁸). Un país de letras, de humanismo, de tradición ilustrada, liberal en serio, donde las luces de la razón eran sobre todo unas luces *comunes* para romper cadenas, unas luces igualitarias, luces republicanas. Hoy estamos en la oscuridad “eficiente” del mercado libre. En la libertad “negativa” y aristocrática (la libertad “moderna”, dice Constant, como veremos) que provoca hambre y desigualdad. No virtud. No libertad de “elegir”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Brecht, B., *Los días de la comuna*, Alianza, Madrid, 2001. Teatro Completo 11.

¹⁹⁹ “Que hablan en nombre de una libertad tan conocida por los trabajadores argentinos: la libertad de morirse de hambre” (Perón, 1945) En el mismo discurso, dijo Perón: “Tengan Cuidado. No concurren a ninguna fiesta que los inviten los patrones el día 23. Quedense en casa, y el 24 bien temprano tomen las medidas para llegar a la mesa en que han de votar. Si el patrón de la estancia, como han prometido algunos, cierra la tranquera con candado, rompan

En la pobreza falta sobre todo la libertad. Maquiavelo es republicano porque impugna lo que Constant califica o descalifica como algo (una libertad para) “antiguo(s)”. La desaparición “moderna” —que Maquiavelo impugna— de la virtud cívica (John Finnis dirá *del deber*) no parece ser compatible con la *Res Pública*.

Ricardo Palma, historiador y poeta conservador peruano, semejante a un Bartolomé Mitre limeño, recuerda desde Lima la historia de Roque Sáenz Peña, que batalló con valor del lado limeño, en la perdidosa batalla de Arica, donde Chile finalmente se impuso y Roque Sáenz Peña fue tomado como un prisionero político. Diez considera con razón que Sáenz Peña fue el “más lúcido de nuestros conservadores”. No es casual que este soldado de la independencia (como Jorge Elbaum denomina a Manuel Belgrano, un soldado de la Revolución de Mayo²⁰⁰) haya sido a su vez quien introdujo en la Argentina el sufragio secreto universal masculino obligatorio²⁰¹. El compromiso con lo público se percibe en ambas acciones. Son dos formas de reivindicar y de construir soberanía.

La abogacía pública, como decía el Prof. Eugenio Palazzo, citado en esta edición en el lúcido trabajo del Dr. Horacio Goett, asesor de la ECAE, tiene sus propios parámetros y también su lenguaje. El lenguaje del Derecho, diría Genaro Carrió, a quien el pensador Tomás Moro Simpson le dedica su último trabajo. La historia de la construcción de lo público —en cada esfera— es una historia nada sencilla, que implica la conquista progresiva y difícil de nuevos derechos (no fue sencillo para Rosa Parks no ceder el asiento en Alabama, no fue sencillo para quienes combatieron y aún combaten el esclavismo, el racismo y la prostitución), proceso que desnudó —y desnuda— la violencia ínsita en muchos hábitos o prácticas sociales hasta entonces consideradas “normales” e incluso vistas como “justas”. La esclavitud también era “justa” para muchos (no sólo Aristóteles). (Para muchos, con quienes no coincidimos, la prostitución es un “servicio”, un “trabajo” como

el candado o la tranquera, o corten el alambrado y pasen para cumplir con la Patria.” (Perón, antes de las elecciones de 1945)

²⁰⁰ Broquel, Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, N. 3. Mayo 2020.

²⁰¹ Ley Sáenz Peña (1912).

cualquier otro, un “espectáculo”²⁰²). No lo es para nosotros²⁰³. La prostitución, la esclavitud, la trata, el “trabajo” infantil, el racismo eran (y para muchos son) “normales”. Hoy son inaceptables. Hoy son directamente violencia. Pero en algún momento fueron (y en algunos Estados modernos son) “derecho”²⁰⁴. Aún existen países donde las mujeres no tienen los mismos derechos que los varones. Donde no pueden ir al médico ni manejar un auto sin pedir permiso. Donde son lapidadas en una plaza por una “deshonra”²⁰⁵. (Concepto que se usó también para condenar a Romina Tejerina). Por dejarse ver. Chicas entregadas (cuando no abusadas) por sus padres. Niñas mutiladas. Un mundo donde aún existe el aborto eugenésico, la trata, la esterilización de personas “incapaces” (no sólo en la Alemania de Karl Binding), cárceles degradantes, inhumanas, crueles. Podemos, naturalmente, asumir que esto “está lejos”. Que no tiene nada que ver “con nosotros”, con nuestra “cultura”, o con el escueto mundo del Derecho “administrativo” al que nos dedicamos (la especialización es la contracara profesional —la contracara amable, diría Steiner, diría Carlos Monsiváis, diría Savigny, crítico de la codificación civil en Alemania precisamente por esto— de la pérdida de espacio de lo común). Nosotros entendemos que no es así. Tenemos que ser capaces de mirar por encima del (para entender el) mundo *administrativo*. El lenguaje de la Administración²⁰⁶. Porque el

²⁰² Sánchez, S., *Ninguna mujer nace para puta*, La Vaca, Buenos Aires, 2010.

²⁰³ Mackinnon, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 2000.

²⁰⁴ Cover, R., *Derecho, Narración y violencia*, Gedisa, Barcelona, 2001.

²⁰⁵ Okin, M., ¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?, en Okin, Susan M. “Justice and Gender”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 16, 1987, pp. 42-72. 17.

²⁰⁶ Francia es el país de la tradición republicana, ilustrada, igualitaria (que tanto denostaron los Burke, los De Maitre, los Bonald, los Michael Oakeshott). No es un accidente que la Escuela Nacional de Administración de Francia sea la más reconocida en el mundo entero (me siento tentado de decir, pensando en las cenizas de Rousseau que están en el panteón de los grandes próceres ilustrados, como Voltaire, de Francia; en un sentido conceptual, está muy bien que sea así). Tampoco que sea el país de la revolución moderna más intensa, más igualitaria, más ilustrada y más relevante (las luces igualitarias de la razón conducen a la preminencia del Estado “abstracto” con la preminencia de su administración *pública*). Que sea el país de la diplomacia (hasta la Segunda Guerra Mundial, el francés era el lenguaje “obligado” de los diplomáticos, porque

era el lenguaje de los derechos humanos “universales”, de la “paz universal”, de las buenas relaciones entre los países; luego se impuso el inglés). Que sea el ejemplo de casi todas las escuelas de abogados del Estado del mundo. La ECAE no es una excepción. No quiere sobreactuar sus diferencias. Nace siguiendo esa idea. Y no es una idea (por ser ilustrada, moderna, liberal, positivista, racionalista, igualitaria, no conservadora) equivocada. El lenguaje de la administración pública moderna, “abstracta”, del Estado planificador —hijo del “racionalismo” francés moderno y “abstracto” (criticará Oakeshott)— es un lenguaje “público” y político que hunde sus raíces en la Revolución Francesa, una revolución que, según Thomas Carlyle, en su monumental *Historia de la Revolución Francesa*, hicieron sobre todo las mujeres, cuando subió el precio del pan. Precisamente, la Revolución Francesa (denostada por Constant) es un hito en la tradición republicana, de la libertad “positiva” y la virtud civil, que aquí (a diferencia de Constant, que la denuesta por ser una idea y una libertad ya “antigua”), en la estela de Rousseau, defenderemos como base de cualquier *Res Pública moderna*. De cualquier Nación libre y soberana. Maquiavelo también reivindicó, en su *Discurso sobre la primera década de Tito Livio*, la libertad republicana. La virtud republicana. La virtud civil como suelo de cualquier “libertad”. No la mera “no interferencia” o “no intromisión” en los intereses —negocios— “privados”. Sino la primera libertad, que es la libertad de la polis, la libertad de la cosa pública, de la *res pública*. La libertad pública, que demanda un compromiso civil: ciudadano. Esto es lo que diferencia a ciudadanos (libertad positiva) de meros y aislados (privados) consumidores. Asimilar consumidor a ciudadano, como si no hubiera distinción política entre ambos conceptos, es un nada inocente intento de la fisiocracia neoliberal, que se presenta como más “técnica” y mucho más “eficiente” (más “liberal...”) que los Estados, asumiendo que lo público ya no configura un “compromiso”, sino una pesada y onerosa “carga” pública, un oneroso “costo” público: es preciso desnudar y comprender estas inversiones. Entender de qué hablamos cuando hablamos de “libertades” civiles. De libertad positiva, de libertad negativa. De república. De cosa pública. De vida civil. De libertades reales. De estados libres. No esclavos. Si hay servidumbre pública, servidumbre del Estado, no habrá libertades “privadas”. Libertad de “intereses” que no quieren —rehúsan— cualquier “participación” en la “polis”, en la plaza pública. La denegación del valor del Estado (valor Justicia) es una expresión de esta inversión que reivindica una libertad pobre, una libertad individual, una libertad sin compromisos con nadie, una libertad “negativa”. Friedman. No Rousseau (forzar al hombre a ser libre, libre en sentido republicano, no individual, sino como voluntad general, soberana: república). En este discurso (individualista, negativo) se erige una falsa “libertad de elegir”. Friedman vs. Rousseau. Constant vs. Maquiavelo. Una libertad “negativa” o defender una libertad positiva, republicana: pública, asentada en la importancia de la participación en la vida civil, que es vista como un honor. El honor cívico. El honor civil, republicano. El honor de cuidar los monumentos

mundo —cuya velocidad la globalización financiera ha acelerado, acelerando el ritmo de la Historia política, como dice Kosellek— es uno, y tiende a unificarse. Los crímenes atroces que se cometen en latitudes lejanas, del otro lado del globo, también nos convocan. No están tan “lejos”. Tienen algo que ver con nosotros, con nuestra vida, con nuestros Estados, nuestro comercio, con nuestra ropa. (Pensar que una simple pastilla de jabón puede presuponer un horrendo crimen, reflexionaba Gerhart Hauptmann en su obra *Las Tejedoras*). Los negocios están todos entremezclados cada vez más (activistas en Suiza y Alemania denuncian la *Nahrungsmittelspekulation*, la especulación financiera nada menos que con los precios de los alimentos —especular con el hambre de miles de personas, como en la película *Las aguas bajan turbias*, de Hugo del Carril, que retrata la explotación en los yerbatales de Misiones, el infierno verde, donde un peón no puede comprar con todo su esfuerzo ni una mustia bolsa de harina para darle de comer a sus hijos, antes de la aparición de los sindicatos, sindicados estos, paradójicamente, pero a diario a partir de entonces, como enemigos de todo “progreso” de toda economía “libre”— realizada por los bancos de inversión europeos, los que son *too big to fail*²⁰⁷). Es muy difícil separar “las cosas”. El Derecho administrativo está en una transición hace décadas²⁰⁸. Pero también lo están el Derecho financiero, empresario, comercial y tributario. De hecho, hoy se habla de un *Derecho administrativo global*. Este proceso de mundialización administrativa es hijo del auge del lenguaje corporativo (privado, de raigambre fisiocrática

públicos (Cicerón). De comprometerse. De participar. De dar todo por la sociedad libre. Por la *res* pública. Por la Nación. Es una contradicción (a la que estamos habituados los argentinos) defender los intereses privados, pedir un Estado “mínimo”, pedir que no haya tanta “presión tributaria” y luego hablar de que con eso se defiende la República como bandera. Se defiende la cosa privada, la fuga de divisas en paraísos fiscales alejados del fisco, el interés privado. Pero no la *Res* Pública. Al contrario. Y no se percibe contradicción alguna. Sólo la libertad “antigua” (Maquiavelo la querría moderna, trasladando al presente la virtud civil “antigua”) es compatible con la versión republicana.

²⁰⁷ https://fian-ch.org/content/uploads/Fact_Sheet_Nahrungsmittelspekulation.pdf (*Brot für alle*, Pan para todos, ONG alemana).

²⁰⁸ Corvalán, G., *Derecho administrativo en transición: reconfiguración de la relación entre la administración, las normas y el Poder Judicial*, Astrea, Buenos Aires, 2016.

neoliberal “internacional”) de la gobernanza (lenguaje que proviene de la gestión corporativa, privada, que fue pasando gradualmente de la Administración de Empresas, carrera que se puso de moda en nuestro país en los noventa, sobre todo en las universidades privadas de Pilar y Puerto Madero, a la administración-gestión de los Estados, “*management*” cuya “gestión” eficiente se asimila desde entonces al “modelo” empresario, como paradigma de toda eficacia; desde entonces se habla de un “Estado Empresario”, de un estado “*manager*” que gestiona; se habla de “*performance*” del Estado²⁰⁹) y de la unificación progresiva de la gestión pública global bajo una sola mirada “técnica y administrativa eficiente”. Pero esta *coordinación* debería ir de la mano de una nivelación *global* de la dignidad humana. En caso contrario, como advierte Thomas Pogge, lo “administrativo” termina siendo una formalidad. Una palabra hueca. Una cáscara vacía. El hecho duro sigue siendo el hambre. La marginación constante de los “vulnerables”, que en rigor deben ser calificados como sectores ya “vulnerados” en sus derechos. Porque son *vulnerados* (no potencialmente “vulnerables”) desde que nacen. Cada palabra cuenta. Roberto Schwarz, sociólogo en Harvard, lúcido colega de Fernando Henrique Cardoso en tiempos de la teoría de la dependencia brasileña (que nace como teoría medioambiental, respondiendo a la Declaración de Estocolmo de los setenta, que no preveía distinciones entre centros y periferias, que sí reconoce la declaración de Río; la “sustentabilidad” como concepto nace allí, en el Derecho medioambiental brasileiro, no en el mundo formal financiero, que ha cooptado este concepto: hoy se habla de deuda “sustentable”, de desarrollo “sustentable”, de crecimiento “sostenido”, desdibujando el contenido medioambiental central con el que nació tal concepto, no por accidente en la teoría de la dependencia, por otra parte²¹⁰), diría

²⁰⁹ García Pelayo, M., *La transformación del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1999. Cap. 1. El Estado Social y sus implicaciones, p. 36.

²¹⁰ Podría decirse sobre esta migración de conceptos del Derecho medioambiental a las finanzas no sólo que el discurso económico termina cooptando y desdibujando el discurso del Derecho, su propio lenguaje, sino que la periferia financiera (endeudamiento) es parte de un proceso de periferia medioambiental (deforestación, contaminación, etc.) Lo que sucede actualmente en la Amazonia brasileira es una acabada muestra de los riesgos para el medioambiente de la deforestación agresiva. La periferia medioambiental es parte de la periferia financiera.

con mucha menos ambivalencia: lo que predomina es el hecho abominable de la esclavitud de nuestros países. Nuestra dependencia²¹¹.

Reconstruir una mirada sólida de lo público (del *interés público*, del fin público, de la Justicia como meta última de toda administración soberana, que trasciende y dota de contenido a la formalidad eficiente) es parte de una tarea republicana pendiente y por construir en países como el nuestro, que se han acercado más al *libertarianismo* (intentamos no confundir el viejo liberalismo político e igualitario con el “nuevo” liberalismo económico, antiliberal y no igualitario, que denuesta la sola idea constitucionalista, humanista y cristiana de seguridad “social”, y toda forma de asistencia, en nombre de un Estado mínimo, supuestamente más “eficiente”; este nuevo liberalismo económico conservador, con Friedman a la cabeza, es afín al financierismo y la especulación, cuyo correlato más “eficiente” —contracara de la *desvergüenza de los acreedores* que bien menciona Stiglitz²¹²— ha sido

²¹¹ Un comentario sobre las “ideas viejas y pasadas de moda”. Colegas como Gargarella, Kovadloff, Martín Lousteau, han cuestionado (de modo insistente y compartido, como dije antes) que muchas ideas retomadas por la actual gestión son ideas “viejas”. Acaso frente a estas ideas “pasadas de moda”, se proponga un mejor y más nuevo neoliberalismo económico y financiero, más “moderno” o menos “antiguo”. Como se ve en este número de la *Revista de la ECAE*, reivindicamos, para seguir con la ironía sobre las ideas “viejas”, la libertad de los antiguos frente a la libertad mezquina y comercial (negativa, individualista, no comunitaria, antipolítica) de los modernos (Constant). Maquiavelo también defendía ideas “viejas”: la libertad republicana, Maquiavelo defendía la libertad clásica, a la que nos pedía de modo insistente volver. No dejar esa libertad —esa virtud— en el “pasado” como una idea “vieja” e innecesaria para la República “moderna”. Entonces, mi respuesta a quienes impugnan nuestras ideas por “viejas”, nuestro pensamiento “viejo”, es recordarles, con Goethe y con Maquiavelo, que lo clásico no envejece. Que “viejo”, en rigor, es el pensamiento de Friedman, de Hayek. No Maquiavelo. No Rousseau. “Viejo” es De Maitre. “Viejo” es Burke. Ideas viejas son las ideas de Oakeshott. Viejo es el esclavismo, el racismo. Vieja es la dependencia. No el pensamiento de Roberto Schwarz o de Fernando Henrique Cardoso. “Viejo” no es Habermas ni tampoco es “viejo” Benedicto XVI. “Viejo” es Raimond Aron. Vieja es la crítica de Arend a la Revolución Francesa. El menos viejo de todos es Rousseau. Viejo no es Moreno. Viejo no es San Martín ni viejo es Monteagudo. Vieja es la colonización que se repite. La libertad clásica no es una “antigüedad”. No es una idea (como repiten algunos) “vieja”.

²¹² “El sector privado estrangula a los países de una forma irracional, que al final también compromete su recuperación”, sostuvo Josph Stiglitz, célebre

el hambre, como bien señala Ricardo Ffrench-Davis en Chile, motivo por el cual en 2015 la Argentina promovió en la asamblea general de la ONU los nueve principios sobre reestructuración de deuda soberana²¹³) que a la tradición republicana, que aquí defendemos. El debate liberalismo-republicanismo (libertad negativa-libertad positiva, diría Isaiah Berlin, siguiendo la estela conservadora iniciada por Benjamin Constant, que cuestiona a Rousseau por “jacobino” y por defender una libertad “populista”) no es un debate menor tampoco entre nosotros, en tiempos de restricciones significativas a las libertades civiles debido a una pandemia que configura una emergencia sanitaria global, claro caso de *fuerza mayor*, como veremos seguidamente en este número. Una emergencia de salud pública, como afirma la OMS. Esto toca al Derecho administrativo, naturalmente. Por eso le dedicamos el *dossier* de este número de la *Revista de la ECAE* a la crisis sanitaria provocada por el coronavirus (“fuerza mayor-hecho del príncipe, rasgos diferenciales”). Tenemos que pensar qué tipo de libertad queremos defender y construir. En nombre de qué modelo de libertad hablamos. No es lo mismo la libertad republicana (Pettit, como participación o como no dominación²¹⁴) que la libertad neoliberal, valga la redundancia (Skinner²¹⁵). Pero a veces las redundancias dicen mucho. Nos proponemos pensar en este número qué libertad queremos (defender)²¹⁶. Solemos borrar muchos debates. No nos detenemos a analizar la libertad civil de los sectores “pobres”, porque asumimos que *son eso*: “pobres”. Entonces automáticamente quedan por fuera de la libertad civil. Del debate sobre las libertades. Lo suyo es la *pobreza*. Sólo les correspondería el debate sobre la “pobreza” mal llamada *estructural*. Ahí está la trampa. La filosofía nace para desnudar esto.

por sus debates —sobre el mismo tema, e incluso sobre el mismo país— con Kenneth Rogoff (economista en Jefe del FMI) en 2012. Véase también Alterini, A., *La injusticia de la deuda externa*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

²¹³ Ffrench-Davis, R., Macroeconomía para el desarrollo: desde el “financierismo” al “productivismo”, *Revista CEPAL*, Chile, 2010.

²¹⁴ Pettit, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Madrid, 1999. Cap. 1. Antes de la libertad negativa y de la libertad positiva.

²¹⁵ Skinner, Q., *La libertad antes del liberalismo*, Taurus, México, 2004.

²¹⁶ Croxatto, G. L., ¿Qué tipo de libertad queremos (defender)?, *Diario Perfil*, Buenos Aires, 12 de junio 2020.

**VOLVER A DEFENDER LA TRADICIÓN –LA LIBERTAD–
REPUBLICANA (O DE POR QUÉ ENTENDEMOS
QUE VALE LA PENA VOLVER HOY A DEFENDER
Y A REIVINDICAR UNA LIBERTAD POSITIVA QUE
HAGA HINCAPIÉ, COMO PIDE MAQUIAVELLO,
EN LA VIRTUD CÍVICA, *REPUBLICANA*²¹⁷)**

²¹⁷ Sin virtud no hay república. ¿Sin deber, dice Finnis, de qué nos sirve el Derecho? Todos alegan “derechos”, pero nadie menciona ya sus propios “deberes”. Marie Ann Glendon sostiene, en su texto *El lenguaje de los derechos humanos*, algo semejante. No es una crítica menor. Se suele decir que este modelo (republicano) encarna la virtud “clásica”. Lo que Constant denomina con desdén libertad “de los antiguos”. Maquiavello pretende volver a esta “antigüedad”. Darle vida. Porque esa virtud clásica (de los “antiguos...”) es el corazón de una *res* pública, de una vida pública y social. El compromiso como corazón cívico (moral) de cualquier grupo humano, de toda comunidad. Sin compromiso no hay república, sin compromiso, no hay *libertad*. El crepúsculo del deber. La libertad “negativa”, mera “no interferencia”, que percibe (frente al mudo interés individual privado) cualquier compromiso (con el otro, con lo social, con la polis, con la política) como una “intromisión” “endógena” en la propia vida, es una libertad insuficiente (precaria, limitada) para sostener una *res* pública. La *Res* pública se sostiene y se construye sobre la libertad “antigua”. Sobre el deber. Sobre la virtud cívica —el compromiso— de cada ciudadano. Pero si nos privamos de la virtud clásica y de la participación en los asuntos públicos de la polis (compromiso cívico, civil, ciudadanía), entonces ya no podemos hablar de *res* pública. Podemos hablar de sociedades del consumo. De una *res* privada. De un rejunte de átomos “libres” pero aislados, que no se “interfieren” entre sí, sin nada que les sea “común”, nada que sea “público” realmente. Porque el imperio, el nuevo imperio, es de lo privado. Por eso desaparece el “sentido común”. El sentido de pertenencia. De identidad. De Nación. Por eso se desdibuja la misión del Estado. Su sentido. Maquiavello no está de acuerdo con esta degradación (por eso recupera la virtud clásica). Hegel tampoco. La única libertad que es compatible con una *res* pública es la libertad positiva, no negativa (sino clásica, lo que Constant deja de lado, como una mera “antigüedad”). La libertad negativa (de Berlin a Friedman) es demasiado poco: porque se conforma con tener meros agentes aislados de “mercado” libre (interés privado), sin tener verdadera ciudadanía... (pública, interés público). Tiene y genera consumidores —consumo privado— pero no ciudadanía —concepto que presupone (también para la definición de la libertad) compromiso (con lo) público—. Virtud civil. No encierro epicúreo en el jardín (*country*) privado. Donde todo se privatiza la *res* pública desaparece. Desaparece como concepto. Como ideal. Y desaparece como destino. (Pienso en la película *La Zona*, donde todo lo público termina siendo privado: barrios privados, colegios privados, parques cerrados, privados, plazas no públicas, lo público mismo en tensión,

desaparición progresiva de la “libertad”). Además de consumo privado-individual. La virtud es la base de la construcción de una república. La libertad negativa horada el compromiso civil cuando es puesta como un horizonte. Desaparece la *res* pública. (Desaparece el deber, desaparece la virtud clásica, desaparece la participación colectiva). Y la virtud se asocia a un concepto desaparecido pero que solía estar al lado del Derecho, como recuerdan Gilles Lipovetsky y John Finnis: el concepto de “deber”. De deberes. El deber es un concepto republicano. Presupone un compromiso civil. *Libertas* en sentido fuerte (la primera en ser libre es la sociedad, luego la persona; en un Estado esclavo no puede haber agentes “libres”, salvo que sean unos pocos delegados en la colonia no emancipada, pero entonces ya no tenemos derecho a emplear la palabra República) presupone un compromiso cívico. (No es sólo una cuestión de “apatía”; la indiferencia cívica se vincula a la construcción “negativa” de la libertad como mero y privado “interés” individual). Una *Res Pública* se construye a partir de ese deber cívico y social. Que es la construcción ciudadana. No de mero “consumo” privado, encerrado (no en la *res* pública, que queda atrás, del otro lado del muro, el muro es antirrepublicano, es libertad en sentido “negativo”) en un *country*. ¿Se puede ser “libre” en un *country*? No en sentido republicano, clásico, “antiguo”. Pero sí se puede ser libre en un sentido “negativo”, acotado, como no “interferencia” de lo público (Estado, sociedad) en la propia y estrecha vida privada. Pero estas sociedades ya no son republicanas. No tienen derecho a llevar ese nombre. El nombre de Repúblicas. Sino de participación pública. Hablar de *Res Pública* donde predomina lo primero mientras desaparece lo segundo (como hacen Berlin, Constant, Friedman, Hayek) es una contradicción. La *res* pública nace porque la libertad que la define es la libertad republicana (positiva, cívica, clásica, “populista”, “jacobina”, “rousseauiana”). La libertad negativa no alcanza (como creen muchos, confundidos como están con los conceptos) para sostener una *Res Pública*. Hasta la palabra nos indica algo. El concepto lo precisa. La *Res Pública*, como sostiene Maquiavelo en sus discursos sobre Tito Livio (defendido por Harrington), remite a un camino de compromiso cívico y social, donde todos participan, donde nadie se “repliega” en forma egoísta en el consumo privado, en el mero y ciego interés individualista, atómico moderno (Bobbio) dejando de lado los honores políticos, base de toda *res* pública: la participación comunitaria, la deliberación. La construcción de lo común. De la polis, de lo público, de la publicidad (otro término groseramente deformado: la publicidad ya no remite a las leyes, a la virtud pública, o a los actos de gobierno, remite a la propaganda comercial de productos de consumo *privados*). Eso es ser “ciudadanos” de una *res*-pública con publicidad de sus actos públicos. Ejercer la virtud “clásica” (“antigua”) en la polis, en el foro, en los espacios comunes, deliberativos, no privados. Eso es la *Res Pública* (que hasta Habermas quiere reivindicar con su espacios para ejercer la acción *comunicativa*, porque en las repúblicas actuales la acción está no en la guerra, sino sobre todo en la palabra). Donde no hay

La fragilidad del bien. Aristóteles expresa una visión republicana de la comunidad, lo que Constant denomina una libertad en sentido “antiguo”. Para Aristóteles, la felicidad (que es una con la justicia) se gana con la virtud. Nunca —como sucede hoy en la sociedad moderna— sin ella. (Con el *Crepúsculo del Deber*, dice Gilles Lipovetsky, le faltó decir: republicano, el crepúsculo del deber *republicano*, contracara del avance del individualismo moderno “liberal” en otro sentido “moderno”, “negativo”, como no interferencia, como no intromisión, dirá Berlin). La virtud es pública. La felicidad sin virtud es el consumo individualista moderno: algo privado. La visión pública “antigua” parte de un cuerpo social republicano. La visión moderna es privada: parte de los individuos como átomos aislados, separados (y “libres”). Eso genera la ficción de que puede uno ser “libre” cuando los otros (del otro lado del muro del *country*) no lo son. Esta desigualdad es la muerte de la república. De la *res* pública. Donde se juega la virtud civil (la “madurez cívica”). Por eso Nussbaum habla de *la fragilidad del bien*. Porque sin una visión republicana, donde todos somos átomos egoístas, nuestro bien —nuestra república, nuestra democracia— es muy frágil. Pende de un hilo. La libertad “moderna”, la libertad de comercio, pierde de vista aspectos centrales de la libertad republicana (igualitaria; los criollos no querían sólo ser libres, no luchaban sólo por la libertad de comercio “moderna”, querían ser iguales en derechos políticos, civiles), aspectos que están sin embargo en el origen “moderno” del concepto libertad. El atomismo moderno es parte del modelo contractualista. Y, sin embargo, no termina de ser consistente con un enfoque republicano. Algo falta. Algo decisivo.

En este contexto crítico que atraviesa el mundo, es importante que definamos bien qué tipo de libertad queremos defender. O reconstruir. Isaiah Berlin inició en la teoría política una división fundamental: la

deliberación no hay democracia. La república tiene más que ver con la participación activa de los ciudadanos que con la idea de representación política, cuestionada por Rousseau como parte de su crítica a los espectáculos y a la pasividad (y corrupción de la virtud cívica) que estos generan. No casualmente nuestra sociedad (de indiferencia) es la sociedad *corrupta* y poco “virtuosa” que Rousseau anticipó a D’Alambert: la cruda e individualista *sociedad del espectáculo*. (Rousseau, J., *Carta a D’Alambert*, Alianza, Madrid, 2018). Nada —diría Rousseau— más alejado de una república. De una *Res Pública*.

libertad negativa y la positiva. La primera es la mera no interferencia en la propia vida. Esta libertad (privatista, individualista, financiera) se vincula más al comercio privado (la libertad de hacer negocios privados, de que no se “interfiera” con ellos) que al compromiso público, propio de la tradición republicana, asentada no en el comercio privado, sino en el compromiso cívico y social: en la idea de virtud cívica clásica, defendida también por Maquiavelo, para quien la libertad republicana no puede ser presentada como una “antigüedad”, como una libertad “antigua”. Ese republicanismo no puede ser *antiguo*. Debe ser algo vivo, como afirma el poco leído autor de *Los discursos sobre Tito Livio*, obra en la que magníficamente defiende Maquiavelo la tradición (y también defiende la libertad) republicana²¹⁸. La virtud cívica, base de toda educación civil (y de toda educación republicana, siendo que la Argentina lo es: una república, una *res pública*) fundamental para el Estado libre como cuerpo político y social²¹⁹. Detengámonos un momento aquí. En la naturaleza de “cuerpo” del Cuerpo de Abogados del Estado argentino, punto no menor (aunque no siempre mencionado en su significado) que exploran y recuperan, en clave histórica, los trabajos de Horacio Goett y Viviana Kluger, dos abogados de la ECAE.

EL “CUERPO” POLÍTICO Y SOCIAL COMO UNA METÁFORA REPUBLICANA PREPONDERANTE (SKINNER)

Para el *cuerpo* de abogados (del Estado) no es menor esta metáfora del *cuerpo* político y social, que es la metáfora central de la

²¹⁸ Por qué vale la pena defender una libertad grande, una libertad en sentido fuerte: una libertad positiva. Puede verse en el Canal de la ECAE, la clase VII del seminario Cómo defender al Estado, dedicado a reivindicar la tradición republicana: la libertad (que Constant llama, no Maquiavelo) “antigua”. Lo que Berlin llama una libertad “positiva”, *populista (sic)*, libertad “de Rousseau”.

²¹⁹ No se equivoca el estimado colega Dr. Gustavo Silvia Tamayo, cuando sostiene que Maquiavelo debe ser de los autores más citados pero menos leídos. Esto es particularmente grave entre los abogados y teóricos del Estado. Kant está en una situación semejante a Maquiavelo. Muy citado, muy poco leído. Kant y Maquiavelo acaso resuman el espíritu de la modernidad en el Derecho. El espíritu republicano. El idealismo alemán en Hegel también juega un rol preponderante. Hegel rescata la idea de Justicia en la administración del Estado.

tradición republicana (Skinner, Maquiavelo, Rousseau, también John A. Pocock²²⁰). (El liberalismo, en cambio, desarma esta naturaleza “corporativa” en nombre de las libertades individuales como átomos privados, aislados y “libres”, que compiten entre sí en el mercado; el republicanismo define la libertad en un sentido diferente, fuerte, positivo, grupal, a partir del compromiso cívico y social, no del consumo privado, aislado, individual, no público, en el cual no habría que “interferir”). Esa naturaleza de “cuerpo” habla de una “comunidad”, de un sentido “común” de pertenencia, que en el caso del cuerpo de abogados es un espejo, una duplicación, una idea que se proyecta, de la República, a sus abogados que la defienden, como *cuerpo*. Así nace la idea de voluntad general, en la que descansa gran parte del ideario de nuestra independencia. De nuestro proceso de Mayo, nada menos. Nuestra soberanía. Nuestros próceres leían a Rousseau. San Martín leyó a Rousseau traducido por Mariano Moreno, en las cartas que Monteagudo le acercaba en Lima (donde Monteagudo sería, por otro lado, asesinado). Pero volviendo a la metáfora republicana: el “cuerpo” (la noción de cuerpo, como cuerpo político y social) juega un papel central en la tradición republicana. No así en la tradición liberal, que privilegia un sentido individualista y privado de la libertad negativa, como mera no “interferencia” en el reducido mundo individual, en el ámbito del consumo privado, desdibujando —con Epicuro a la cabeza “moderna” de esta filosofía— cualquier sentido de lo común. (Véase

²²⁰ Pocock, J. A., *Historia e Ilustración. Doce estudios*, Marcial Pons, Madrid, 2002. Cap. IV. Virtudes, Derechos y *Manners*. Un modelo para los historiadores del pensamiento político. En este capítulo, Pocock hace un brillante cruce entre la historia del pensamiento político y la historia preponderante del pensamiento jurídico, determinante en la historia de la Administración Pública. (Comienza diciendo “La historia del pensamiento político se encuentra comúnmente muy influida por el estudio del Derecho”, p. 319). Si la “política” es una mala palabra (algo poco republicano), es lógico que el Derecho que no sea “eficiente”, sino que represente un “costo”, también lo sea. El derecho republicano, que defiende la libertad de elegir de todos, será pues, costoso. “Ineficiente”. No tiene alternativa. Ser “eficiente” puede representar una trampa. Una renuncia. De allí nuestra crítica al enfoque de *Law and Economics*. Puestos a debatir, y muchos están en esa coyuntura, preferimos el humanismo poético de Nussbaum al economicismo jurídico de Posner y Coase. Aunque estos son los términos con que el debate se plantea en las aulas de abogacía de los Estados Unidos. Poesía o economía, Justicia (dignidad) o derecho “eficiente”.

Bobbio, N., El modelo iusnaturalista, en *Thomas Hobbes*, FCE, Buenos Aires, 1998). Para el *cuerpo* de abogados del Estado parece decisivo recuperar la tradición republicana que reivindica la naturaleza de su concepto primero: el *cuerpo* político y social como metáfora central de un Estado libre, el cuerpo como comunidad de pertenencia. El sentido *común* sobre el sentido (interés) *individual, individualista y privado*. El fin público (libertad positiva “antigua”), frente al interés privado (negativo y “moderno”)²²¹. Maquiavelo, cuando reivindica la tradición y la libertad republicana, la está sacando de donde torpemente la coloca Constant: en la Antigüedad, esto es, en el “pasado”. El compromiso también puede ser *moderno*. No estamos condenados, diríamos con Maquiavelo, a legitimar el supuesto “fin de la historia”, argucia de los noventa, con la caída del Muro en Alemania, que fue el ardid sobre el que se montaron tanto el pensamiento “débil” (Vattimo; creo que más oportuno es hablar de un pensamiento *debilitado*, más que débil. Del nacimiento paralelo de la “historia” de las Ideas... que pasan a ser eso: ahora son algo “antiguo” también ellas, como la libertad clásica... diría Constant, todo apunta a lo mismo: a defender la sola “libertad” “moderna” —individual, no pública, no *res* pública, sino *res* privada— del comercio) como el neoliberalismo post Consenso de Washington (entonces la república como concepto es una cáscara vacía que sobrevive sin norte, por mero respeto a la *historia “de las ideas”*), que pedía, ante el fin de los grandes “relatos”, el fin mismo de la —toda— política, y un Estado “mínimo”, que dejara todo en manos de la “libertad” (“eficiente”) del “libre” mercado. El Estado como tal también era (es) un “gran relato”. Un gran “pensamiento” “clásico” (“antiguo”, anti “moderno...”, un pensamiento *pesado*, un relato anti “liberal”, y poco “eficiente”). Esta “libertad de elegir” supuesta (Friedman) no produjo muchas libertades. Miles de chicos juntando restos de la basura no son “libres de elegir” nada. Los chicos pobres del conurbano (miles) que son encerrados en las carcelitas de Villa Fiorito porque no roban para los transas, ellos no son “libres”. No tienen (por ausencia del Estado, por retracción de la *res* pública, por el debilitamiento de estos conceptos “pesados”, por ausencia de la *fuera pública*, del Estado, de lo

²²¹ Constant, B., *De la libertad de los antiguos frente a la libertad de los modernos*, 1819.

común como espacio, como pertenencia, por falta de *Res Pública*) ninguna “libertad” civil. Ni positiva ni “negativa”. No produjo ese discurso (que acompañó al Estado “mínimo”) ningún avance de la libertad. Al contrario. Produjo retracciones, no ciudadanos más “libres”. Por eso reivindicamos, con Maquiavelo, con Rousseau, la tradición republicana. La libertad clásica (asociada a participación en la polis “antigua”) en sentido “fuerte”, no débil. Libertad asociada a virtud cívica. Libertad asociada a *res pública*, a cosa pública, a cosa no privada. A fuerza pública. A fuerza que fuerza a ser ciudadanos libres, no esclavos. Sobre esta visión republicana Rousseau construye su sociedad justa. Y sobre esta visión republicana se yergue nada menos que nuestra emancipación, nuestra independencia. (San Martín leyendo la voluntad general de Rousseau, concepto que el libertador emplea, repite, “seamos libres” que lo demás no importa nada; ese “demás” se refiere a la libertad reducida de Berlin y Constant; ese “demás” de San Martín, donde el valor supremo asociado a no dominación es el valor libertad, es la libertad positiva, republicana, de todos como comunidad, no de individuos aislados, átomos egoístas, sino comunidades libres, cuerpos sociales emancipados: Repúblicas, *Res Públicas* soberanas, se asientan sobre un firme y colectivo compromiso civil, pasar de esto a la libertad invertida como no interferencia donde el compromiso con la independencia empieza a ser visto como una “molestia”, como un “costo”, como una “carga”, como si la emancipación o la libertad lo fueran, como si la construcción de un país libre fuera un “costo” o una “interferencia” “molesta” negativa en la propia vida personal... privada, que cree no depender de la libertad pública, de Rousseau, de la emancipación pública, de San Martín. San Martín tenía naturalmente una visión republicana de la libertad, una visión *positiva*, donde importaba más la participación en lo público que el mero y estrecho interés privado, negativo. Ser rico no es ser “libre”; para Constant y Berlin, sí, pero no para Rousseau, Moreno o San Martín, tampoco para Hegel, Kant, o Maquiavelo, grandes pilares de la tradición republicana, de la construcción de una *Res Pública*, de una cosa pública, de un espacio, foro común, de participación colectiva, de construcción de naciones libres, soberanas, no artificios neoliberales de Estados mínimos donde lo público se retrae como un “costo” poco eficiente, como un “relato” que pasa al desván de la *historia de las ideas*). Creemos que esta es la

verdadera división: no libertad “negativa” o “positiva”, sino libertad (fuerte) a secas o pobreza disfrazada de (falsa) “libertad”, que es una formalidad civil sin ningún contenido material concreto, porque en el hambre no hay “libertades” civiles. Hay precariedad. Y sufrimiento. Mucho dolor. No “autonomía”. Por eso entendemos, con el Estado Social de Derecho, que para poder ejercer derechos civiles, primero es indispensable disponer de un mínimo bienestar económico, esto es, de derechos sociales plenamente “operativos”. En el hambre no hay libertad de “elegir” nada. (Friedman, M. y Friedman, R., *Libertad de elegir*, Gota a Gota, Madrid, 2009). Friedman emplea conceptos como “tiranía del *statu quo*” para desarmar —no para defender— la libertad republicana, imponiendo el modelo “privado” —*eficiente*— de persona “libre”. Esa libertad sólo produjo para millones de compatriotas más miseria, ninguna “libertad” de elegir nada, salvo revolver junto a sus hijos tachos de basura, buscando restos de comida *eficiente*. Podríamos decir que la crítica a la libertad republicana, la crítica a la libertad positiva, parte de una defensa de la modernidad, con sus “abstracciones”; sin embargo, aquí hay una contradicción conservadora (Oakeshott no es compatible con el pensamiento de Isaiah Berlin, su gran amigo inglés), ya que el conservadurismo, en su defensa de lo “concreto”, termina siendo un gran crítico de la modernidad “abstracta” (ilustrada), reivindicando muchas veces la “tradición”. Y la tradición no es “liberal” (Bobbio lo ve bien en su descripción del contractualismo moderno), sino más bien, como dice Constant, republicana y “antigua”. En la república está el nudo más duro de la “tradición” de nuestro pensamiento político. Está su origen. En la Grecia clásica, libertad como virtud cívica (en la polis) era casi una obviedad, una verdad de perogrullo, a la que vuelve —y pide volver— en su *Discurso sobre la primera década de Tito Livio*, Nicolás Maquiavelo. Maquiavelo pide volver a la libertad clásica. A la virtud como suelo fértil de toda *Res Pública*. La iniciativa privada (el mero interés individual) no alcanza —con la libertad “negativa”— para generar sociedades *libres*, esto es, republicanas. La libertad negativa no sostiene la *res pública*. Por eso el pensamiento que se extiende de Constant a Berlin es atomizador, antirrepublicano. Por eso su resultado neoliberal es el fin de los grandes relatos, el fin de la filosofía. El fin del Estado. El fin de la *Res Pública*. El auge “eficiente” del “libre” mercado, donde cada persona se asocia a

su propio interés individual. Pero poco más que eso. Nada que sea “público” que la identifica. Nada que sea “común”. Todo pasa —y debe ser— “privado”. Porque lo común no es “eficiente” (*Tragedia de los comunes*). Sólo lo “privado” lo es. Entonces ahí se da el salto: el salto que pasa de la “eficiencia” a la “libertad”, matando a la libertad republicana, por depender de un modelo de lo “común” que no sería en esta lectura algo “eficiente”. El golpe final se da cuando se dice que el Estado mismo debe ser “mínimo”, porque el Estado (lejos del pensamiento de Hegel, que lo ve como encarnación de la Historia y de la Justicia como valor, como principio) es un “costo”, una “carga”, una “externalidad”, una “interferencia” que “molesta”, perturba la “libertad...” privada. Así se da el golpe de gracia a la libertad republicana, a la *Res Pública*, ocupando su lugar el barrio cerrado, el fin de todo lo que es (sea) común. El auge “eficiente” de todo lo que es “privado”, cerrado, no público, para pocos. La libertad se asocia (y reduce) a la eficiencia y a la eficacia. Y la *res pública*, bajo este modelo, desaparece, dejando su lugar al mercado (*res privada*) donde sólo importa el propio —y cerrado, privado— interés. El interés individual. De cada átomo aislado que compite. Nada de cooperación. Nada de participación en la polis. Eso es visto como una “pérdida de tiempo”. Y como una “externalidad” onerosa. Como un costo que es mejor evitar. Como “ideología”. Como grandes “relatos”. Como filosofía, donde “filosofar” es no hacer nada “concreto”. Es caer en la vagancia... Contra esto se posiciona el pensamiento anti-liberal de Heidegger. Contra esta crítica eficientista (del pensamiento, y de la poesía como “pérdida de tiempo”, como “costo”, como vagancia...), que Heidegger identificaba con la democracia burguesa. Esta crítica a la mercantilización de la sociedad está implícita en todos los movimientos literarios alemanes, sobre todo en el romanticismo alemán. La literatura alemana asocia el dinero al mal metafísico. La mercantilización (corrupción privada... curiosamente se invierte este proceso en el liberalismo conservador, que asocia “política” a corrupción, Estado a Estado corrupto, lo “público” como decadencia, lo público como “robo”, y no como ideal político), al fin de toda “república”, de toda idea de “comunidad”. De todo lazo social honesto, genuino. Concreto. La cosificación (individualismo extremo, ciego, “competitivo”, donde todos se pisan entre sí, donde nadie coopera, donde todo es “competencia” descarnada, cruenta, donde prima el

olvido, no la cooperación, no la ayuda, donde la ayuda empieza a ser vista como un crimen²²²) es el resultado de esta libertad “negativa”. La cosificación de los vínculos entre las personas. El fin del lazo social. La indiferencia cívica creciente. El crepúsculo del “deber”. El fin de todo “compromiso”. De toda virtud. (Que Maquiavelo pone en la base de la constitución de la *res* pública, de la libertad republicana). La libertad “negativa” (que defiende Berlin, la libertad del individuo aislado y encerrado en su propia vida personal, en el mezquino interés privado, cercado, que no quiere ninguna “interferencia” externa, ninguna externalidad *res* publicana “molesta” de afuera, no quiere que nada ni nadie, como Bulemann, lo “moleste” en su “casa”, que lo “público” no entre... que el Estado, ¡la República!, no venga con sus onerosas “cargas” “sociales”; no en vano Francia fue impulsora de la Administración Pública —*engagement* se dice en Francés, y aun hoy es una palabra típicamente francesa— con la Revolución que Constant denuesta, denostando el republicanismo igualitario de Rousseau, implícito en ella, que condujo sus cenizas al panteón) termina siendo en los hechos no sólo una promesa, sino una forma de servidumbre voluntaria (para

²²² Crisis actual del paradigma humanitario, tanto local como internacional. La detención y proceso criminal de Scott Warren en Arizona —visto como un delincuente— por querer ayudar (Carola Rackete), por dejar agua en un bidón a migrantes. Esta crisis concreta es espejo de una crisis mucho mayor: el fracaso creciente de los foros de la diplomacia internacional. La crisis de la diplomacia misma. La crisis de toda intervención “humanitaria”. La crisis de la cooperación colectiva (de la seguridad colectiva), reemplazada hoy por la seguridad nacional. Por el interés *privado*. (De los países). Como se ve, este es un discurso en varios niveles. No sólo en uno. Lo que sucede internamente, con la reducción de lo público interno, se replica en el plano internacional, donde lo público también se reduce, dejando espacio a la “gobernanza” privada y pretendidamente más “libre”. Más eficiente. Aunque los rostros de esa “eficiencia” (de esa ausencia de lo público) sean decenas de miles de migrantes desesperados y solos, ahogados en las costas indolentes de la Europa civilizada y “libre”. Cerrada y “segura”. Una europa *privada*. No pública. *No res publica*. Con un sentido muy acotado (muy “moderno”) de la “libertad...” (un sentido eficiente, comercio libre, mercados “libres”, Constant, Berlin, Friedman, Hayek, personas ahogadas, y activistas de Derechos Humanos denunciados como “criminales” por salvar personas de morir en un océano). Nosotros también tenemos nuestro cementerio marino (expresión que tomo de Valéry, para retratar lo que sucede hace más de una década en el Mar Mediterráneo, ya no lo podemos denominar una “crisis”. No es una “crisis”. Es un flagelo).

usar una expresión de Étienne de La Boétie). Maquiavelo, Rousseau, nos proponen la construcción cívica de una república donde forzamos a las personas a ser libres (“ya que lo demás no importa nada... iremos en pelotas”, dijo San Martín), a partir de la construcción de la virtud y de la moral pública. Lo que los cultores críticos de la república (de Constant a Berlin, pasando por Friedman) nos proponen es convertir la *Res Pública*, la virtud pública (la libertad pública, positiva, “antigua”, clásica...), en la casa de Bulemann. Nosotros preferimos la cosa pública. Encarnada en el Estado no “mínimo”. “Mínima” debe ser la especulación financiera, mínima debe ser la usura, mínimo debe ser el hambre. No el Estado, esto es: lo público. La cosa pública. La *res* pública. La verdadera libertad: que es la libertad republicana. No la libertad de ser un esclavo. De buscar comida en la basura con sus hijos. Eso no es “libertad”. Eso no es tampoco un mercado “eficiente”. Es un mercado indigno. Un Estado ausente. “Mínimo”. No republicano. Donde desaparece la fuerza pública. La moral pública. El interés público. (La salud pública, la educación pública). En una palabra: la libertad. Ya no somos libres si no vivimos en una *res* pública. O donde la República (Argentina) es sólo una cáscara formal, una cáscara vacía, una etiqueta. Cuando el expresidente Macri, en nombre del mercado privado y los intereses particulares de grupos con mucho poder, dice que se ocupa de “defender la República”, amén de las consideraciones políticas menores, secundarias, está cayendo en una grave contradicción (o inversión) de conceptos, lo cual debe ser aclarado a la hora de teorizar el Estado, y la libertad. La defensa de los intereses privados (como si eso fuera “eficiencia”, como si defender la república, la cosa pública, fuera ser, uno mismo, por defender esa idea de la libertad, un pensador “ineficiente”) no es la defensa de lo público, que es la base de la *Res Pública*: la participación *libre* (*virtud*) en la “política”. En la polis. Hablar mal de la polis (de la política) es no ser democrático y mucho menos republicano, aunque tiene sí, como vemos, un sentido, el que se esconde en la crítica constante a la *res* pública, a la libertad “antigua” (Constant) y republicana, que privilegia lo común a lo individual, lo público a lo privado, ecuación que Berlin invierte y Friedman consolida con su discurso sobre la “eficiencia”: si lo común pasa a ser “ineficiente”, entonces la “polis”, la participación en lo público de la polis, la “política”, se convierte, en boca de un expresidente neoliberal, que

defiende la cosmovisión negativa y privada de la libertad individual, en una mala palabra. Por eso estos grupos, que denuestan la libertad republicana, la *res* pública como “costo” ineficiente”, denuestan también la “política”, como si fuera algo “malo” (una mafia corrupta) la sola *participación*, que en la visión republicana que nosotros defendemos con Maquiavelo, con San Martín y con Rousseau sí es una “buena” palabra, porque la libertad republicana, la *res* pública, se sostiene sobre esa participación *virtuosa*. Sin esa virtud, no hay libertad republicana, no hay *res* pública. Por eso nuestro mundo es de un lado el mundo del comercio y los átomos libres “negativos”, y del otro, el de la apatía política y el crepúsculo del deber, donde se apaga todo compromiso republicano, se apaga toda virtud, que pasa a ser parte de una libertad “antigua”, como dice Constant, como algo “del pasado”, algo “viejo”. Quienes denuestan la cosa pública, quienes piden un Estado mínimo, reducido, “eficiente” en la medida en que “abandona” su lugar “trágico” y “oneroso”, apuestan por el fin de cualquier compromiso público y político, apuestan por hacer de los ciudadanos libres, comprometidos, republicanos, meros y apáticos consumidores privados, que se encierren a consumir solos, a salvo de cualquier “externalidad”, de cualquier “interferencia”, de toda “intromisión” de lo público... como Bulemann. Bulemann es libre para Friedman, no para nosotros. Ese encierro en el propio interés privado epicúreo (no es casual que Lucrecio, con su melancolía, siga al pie de la letra a Epicuro, que abandona la polis y lo público en nombre de la promoción de un retiro a lo privado, donde predomina lo individual²²³) es la denegación de la libertad política, de la polis, de la libertad republicana en la *res* pública, en el foro de deliberación, donde se reparten honores, compromisos cívicos, que se asumen con orgullo. No como una molesta “carga” social, como un “costo” externo, como una molesta “interferencia” en la vida privada. Esta inversión es la que produjo, de la mano de Friedman, la libertad “negativa”. No republicana. Enemiga de la *res* pública. Que defiende lo que es común como una “tragedia” que hay que evitar. (Tragedia de los comunes). Y al Estado que encarna la Justicia (Hegel) como si fuera un costo “poco eficiente”. Que debe reducirse al “mínimo”. Y todo esto para sostener —se nos dice— “la libertad” (la libertad *negativa*, no

²²³ Bergson, H., *Lucrecio*, Feria del libro Palacio Salvo, Montevideo, 1937.

republicana). Bulemann muere fruto de su propia codicia “eficiente” y siendo para todos los no republicanos (sería para Berlin), un hombre “libre”. Un hombre con los placares llenos. Un hombre cuya casa nadie visita. No sucede ninguna “externalidad” negativa, ninguna “carga” pública, ninguna “carga” social. Nada de lo *público* (nada “común”) aparece en ese “relato”. En ese cuento clásico del realismo poético alemán. El liberalismo de Friedman es un relato para los prestamistas y usureros financieros del sector corporativo, que denuestan como poco “eficiente” cualquier “gasto” que implique lo “social”. Cualquier “carga” pública. Porque lo público (la *res* pública) es visto por ellos como un “costo”, como una “carga” en sí misma. Un funcionario del Banco Mundial sostuvo en 2019 que había que analizar “cuánto cuesta hacer elecciones”. Los (“excesivos”) gastos de la “política” pública... En este mundo, donde lo público es atacado, el mundo de la “tragedia de los comunes”, desaparece la libertad republicana, porque desaparece la *res* pública, la cosa pública: todo es privatizado, para ser eficiente debe ser cerrado, no público; para pocos, no para todos. Así desaparece y se invierte la noción de deber (Finnis, Lipovetsky), la noción de compromiso, de virtud cívica, de participación en la política, sobre lo que se construye la libertad clásica: la República. Sin participación, encerrándonos en barrios privados, no somos libres en más de un sentido. Podemos ser ricos, pero no somos libres. Aunque seamos “libertarianos”. Nos hemos olvidado de ser “liberales”. La falta de compromiso (la falta de libertad *positiva*) mata a la *res*-pública. Por eso emergen los barrios cerrados, lo privado (escuelas, hospitales, seguridad privada, calles privadas eficientes) se impone como nuevo orden frente a Estados (lo público...) “mínimos”, porque lo público no es ya una “virtud”, sino ahora, a la inversa, un espacio para evitar, un “costo”, una carga, no un “compromiso” que honra, sino una “molestia”. Una “interferencia” (*váyense y déjenme en paz*, dice enojado el viejo Bulemann a una medio hermana pobre que le reclama algo de ayuda para su pequeño hijo enfermo, Cristóbal, que termina muriendo). Una “externalidad” *negativa*, como dicen los economistas... Un costo “ineficiente” y evitable. La ayuda social. La asistencia. La seguridad social. La seguridad *pública*. No privada. La *res*-pública termina siendo un “costo” que nadie quiere asumir, pensando que abandonando la cosa pública, encerrado cada uno en su interés privado, sin “cargas” sociales, sin

“cargas públicas” (pienso en la evasión fiscal en guaridas fiscales, contracara de quienes impugnan, desde el ejercicio de la política, la labor del Estado social de Derecho), se puede ser realmente “libre”. No será libre en sentido republicano. Se es libre en sentido “negativo”, *libre* en sentido empresario. Esa libertad de hacer negocios no es la libertad republicana (una libertad para pocos, no para todos; la libertad negativa termina siendo una libertad financiera, la libertad de hacer buenos negocios, pero no alcanza a las mayorías oprimidas, no libres...) que nosotros (cuya libertad civil) aquí defendemos. La libertad financiera (de evadir en paraísos fiscales: Friedman defiende la informalidad como parte de la “libertad” del mercado) no se condice con la libertad republicana, que se basa en el principio contrario: no la evasión fiscal (para favorecer lo privado, en detrimento “libre” del resto de la sociedad), sino el *compromiso* con lo público. Esa es la diferencia entre una libertad pública y una libertad privada. Una libertad como compromiso y una libertad como mero interés personal. La república se construye únicamente con la primera. La segunda es la que percibe lo público como una carga, como un costo, como una “interferencia”. Como una “externalidad” negativa. Este nuevo lenguaje es producto del auge del economicismo también en el mundo del Derecho. En la falta de filosofía jurídica. En la ausencia de Kant. En su reemplazo por Posner. El auge del consecuencialismo “eficiente” ha herido de muerte a la filosofía del Derecho, por definición anticonsecuencialista. Anti-utilitaria. Porque la filosofía del Derecho defiende una idea básica muy diferente de la eficiencia. La dignidad humana. El carácter de fin de cada persona. La defensa de la dignidad republicana donde la dignidad de cada ciudadano cuenta. Porque todos son fines. No medios. No recursos “humanos”. No “costo” laboral. “Cargas” sociales. Falta de compromiso “eficiente” con lo público. Este lenguaje expresa una falta de compromiso con la *res* pública. (Por eso es curioso que estos sectores luego hablen de que con su Estado mínimo y su ataque a lo *común*, su defensa de lo privado, de las privatizaciones, de todo lo que es privado como eficiente y todo lo público como una “carga”, como un “costo” inútil, como una “presión” tributaria, como una interferencia o externalidad negativa, son o dicen ser los que se ocupan luego de “defender la *res*-pública, la República”). La contracara de la *Res* Pública, la cara visible de la libertad “negativa”, es la casa de Bulemann.

LA LIBERTAD NEGATIVA

Lo honesto ha de primar sobre lo útil.

Cicerón

Caemos así en un mar de contradicciones (de conceptos) cuando defendemos la república (¡la cosa pública!) desde una concepción negativa (supuestamente “moderna”) de la libertad, cuyo eje es el interés privado (la libertad de hacer negocios, en el marco de la crisis provocada por la pandemia y el aislamiento, de salir a correr, o de comer un asado, todas libertades valiosas, útiles, pero puramente *individuales*) y la no “interferencia” por parte de la “república” (del Estado, de la polis, de la política, ¡de lo común!, como carga, como interferencia, como costo, como molestia) en la vida *privada* (ajena a la ley), ahora priorizada frente a la libertad de los “antiguos” (que hacían de la participación pública su “libertad”, su compromiso con el Estado “libre” como cuerpo positivo, social, político) —clásicos, diremos con Maquiavelo— (como hacen Constant, Benjamin, Oakeshott). La tradición conservadora va de la mano del retiro progresivo o abrupto de lo público a los jardines privados (Epicuro no es nada “moderno”). Este retiro va en contra de toda política (no te metás), de toda “interferencia” del Estado (de todo “costo” que no sucede en los mercados “libres”, y ninguno es más “libre” que la evasión en guaridas fiscales, donde el Estado ya no entra con sus “presiones” tributarias, con sus “cargas” públicas..., con su “tiranía”; lo que ahora es una “carga” antes era un “honor”, la participación colectiva, en lo público), esto es, de todo compromiso con la cosa pública: con la *Res Pública*. Con la república. Hoy estamos acostumbrados a esta contradicción (antirrepublicana): defender la *República* (pero) desde una concepción *negativa* de la libertad (Berlin-Constant). Lo Público cede así a lo privado. (“La tiranía” del Estado que defiende lo público como una “carga” social, como un “costo”, no ya como *compromiso*). Esta contradicción básica no produjo libertades. Para la mayoría no produjo, ni en Chile ni en la Argentina o Perú o Brasil o México, ninguna “libertad de elegir” nada. Al contrario. Produjo hambre. Fue en desmedro de la cosa pública a la vez que fue en desmedro de la libertad. En desmedro de lo público, como visión, como “libertad” republicana, y como concepto *positivo*. Como ideario (clásico, “antiguo”). Como virtud cívica y

social. Como compromiso con los otros. Como Estado. Como *cuerpo* (Skinner). Entiendo que todo esto es importante —puede serlo— para el *cuerpo* de abogados del Estado. Son cuerpos que se unen, ideas que se solapan bajo una lógica semejante: la lógica republicana. El lenguaje republicano se maneja con metáforas semejantes. Todo esto se esconde detrás del cuestionamiento a los Estados “elefantes”, pidiendo Estados “mínimos” (no cuerpo de abogados “costosos”, sino tercerización de esa tarea en estudios privados extranjeros, como si se pudiera “tercerizar” la defensa de la Patria, como si los grandes estudios extranjeros pudieran llevar en su corazón la misma bandera, el mismo interés, cuando cobran comisiones exorbitantes para una tarea que el cuerpo de abogados argentino haría y hace gratis, sin más pago honorario que el orgullo de hacerla, de defender eficazmente a la Nación), Estados “*manager*”, Estados “empresarios” eficientes, Estados evaluados según los parámetros ciegos de la administración de empresas, Estados evaluados, como dice García Pelayo, por su “*performance*”. La segunda libertad que Berlin denuesta es la libertad como participación en una comunidad (clásica, “positiva”, “antigua”, donde se prioriza la participación pública, en lo público, en el ámbito de lo que es común, de la *res* pública, de la cosa pública, de la República, de la polis, y no el interés privado, individual). Sólo una de estas visiones (de la libertad) es consistente con la etimología republicana. Con la *Res Pública*. Tenemos que aprender a hablar de nuevo. (No se equivoca Mariela Belski, Directora de Amnistía Internacional Argentina, cuando dice que debemos volver a explicar el ABC del Derecho. Tan grande y profundo es nuestro retroceso, en un mundo que trata como criminales a quienes brindan ayuda humanitaria. Esta es la crisis del paradigma humanitario, encarnada en procesos criminales contra Scott Warren, por dejar agua en un desierto a migrantes desesperados, o Carola Rackete, perseguida por salvar vidas de que se ahoguen en el océano. Esto, que en otro momento era mínimo, ético, *republicano*, un compromiso con la “libertad” bien entendida, cívica, clásica, social, hoy es visto como un atropello a las instituciones... como un “crimen”: ayudar como un “delito”²²⁴).

²²⁴ No necesitamos repetir con Bauman y con Adorno cual es la lógica subyacente a estos cambios paradigmáticos donde el crimen —que se castiga— es la ayuda humanitaria. El salvar vidas parece que va contra la “ley” de algunos

Estados “modernos”, que defienden la libertad “negativa” (Berlin), pero no la libertad pública, la libertad republicana, *la libertad positiva*, que demanda —presupone, parte de— un compromiso con lo público, con los otros. La libertad “negativa” (que Berlin defiende como paladín del comercio *privado*) conduce progresivamente a la indiferencia social, sobre la que se sostiene el sistema económico injusto y desigual, generador de pobreza, que tenemos. Sólo así se explican escenas de atroz indiferencia (cívica, de libertad meramente “negativa”) como las de las costas de Italia, donde turistas toman sol cerca de cadáveres ahogados de migrantes (“Bañistas napolitanos toman el sol junto a dos niñas gitanas ahogadas”, tituló un diario italiano en agosto de 2008). Estas escenas retratan de manera escalofriante el retroceso (casi la desaparición) de lo común y público como espacio, como valor: como principio. Este principio es el pilar básico de toda *res* pública. De toda república. Si no, con el auge de la libertad negativa (donde todo es privado, “eficiente”, donde todo se debe privatizar, donde lo público se debe reducir a un mínimo) quedan sólo repúblicas de nombre, piezas de museo “antiguo” de la Historia, retratos, pero no repúblicas vivas. Repúblicas muertas, sin libertad *republicana* (y sin compromiso cívico y social). Sin libertades *positivas*. Estas democracias de forma hablan en contra de la vida política, segunda contradicción: hablan en contra de la *política*. Que viene de la “polis”. Segundo ataque a lo común (republicano). A la cosa pública, que es la cosa política: *política* viene de *polis*... que significa comunidad donde los antiguos participaban (de los honores...), frente al interés privado, contradictorio con el interés público de la cosa pública: el sentido “común” (no el sentido interés privado) de la *Res* Pública. De la República. La República no se sostiene (ni es compatible en términos absolutos) con el estrecho sentido de la libertad *negativa*. Necesita más que eso para constituirse y mantenerse en pie como cosa pública. (Cuando vemos expresidentes cultores del neoliberalismo y el Estado mínimo alegando que llevan adelante una “defensa de la república”, no podemos sino advertir una contradicción teórica, el ataque al Estado no puede ir de la mano de la defensa “institucional”; la reivindicación de la cultura privatista y del “clima de negocios” no es compatible con la virtud cívica, que antepone siempre lo social, el interés público, al interés privado, meramente individual y “apolítico”, que es la base de la libertad negativa, como no “interferencia”, eufemismo para degradar la virtud cívica y la preminencia de lo público, como si la defensa de lo colectivo fuera una “interferencia”, como dicen hoy los economistas, pero que tiene su raíz en esto que estamos aquí mencionando, una “externalidad”, una “externalidad negativa”, en la jerga del Análisis Económico del Derecho. Aquí los hilos se unen. El retroceso de la filosofía del Derecho, cuyo autor más celebre es Kant, un no-consecuencialista, va de la mano de este renovado auge “economicista” en las aulas de Derecho, porque este es el enfoque “eficiente”, privatizador, *negativo*, no republicano, mercadista, donde el eje no es la *res* pública, sino el mercado, que es el reunte no coordinado de los intereses privados, que hasta aquí sólo han generado no

progreso, sino desigualdad). Para ser una *res* pública verdadera. (La *res* pública se constituye con la participación, participación civil y política —ejercicio de derechos civiles— que depende de la autonomía, y no del hambre, no con el encierro en barrios privados, donde todo se vuelve privado, no *res* pública, sino donde todo, salud, educación, plazas, seguridad, se privatiza, se aleja de lo público, de la *res* pública, de la cosa pública, que por su propia naturaleza ilustrada, es y aspira a ser *universal*, no privado, sino público, para todos: derechos humanos *universales*. La universidad como concepto viene de este acceso universalista a un espacio “universal”, universo universitario, público, no privado a nadie. Detrás del debate laico o libre se esconde otro problema, que no tenemos tiempo de trabajar aquí: tanto la educación como la salud pública, no privada, como los barrios “privados”, son una constitución antirrepublicana, que parte de un neofeudalismo social, donde queda un “adentro” y un “afuera” de la sociedad, nuevos muros, dividiendo a la sociedad “privada” de la parte “pública” que queda para los pobres... que duermen en la plaza “pública”). Para no ser una república sólo de nombre, por “antigüedad”. La *res* pública demanda un compromiso público con el otro, un compromiso con lo (que es) común (no personal anti “interferencia”, privado), que es la participación colectiva en los “honores” de la vida civil y social, que trasciende la libertad (negativa) de los buenos negocios privados, personales. No públicos. No “políticos”. La libertad negativa como no interferencia es una libertad individualista centrada en el propio interés privado, donde todo lo que venga de afuera no es ya bien visto, sino denostado como externa “interferencia” o una mera externalidad “negativa”, eufemismo económico para desmerecer lo público, al Estado y a la cosa pública, que se financia con la “presión” tributaria, denostada precisamente por quienes se centran sólo en proteger y preservar sus intereses privados (sus ganancias privadas) frente al fisco presentado como “insaciable”. Todo lo vinculado a lo público —al otro, a la cosa pública, a la república— es presentado como un “costo”, como una “carga” pública. Lo público como *carga*. Este lenguaje privatista (negativo) es incompatible con la República, con la *res* pública. Lo público no puede ser una carga. (Una “presión”, un “costo” fiscal “desmedido”). La participación no es una “carga”. Es un orgullo, un honor y un interés de cada ciudadano digno (republicano), hoy devaluado a mero consumidor (egoísta, privado, aislado, solitario, que no “participa”, cuya participación se desalienta: quedate en casa en el peor sentido). La participación devenida en encuesta. La política como mala palabra es entonces una contradicción en una democracia (política) que requiere ciudadanos activos, que participen, que se movilicen, o que protesten (como afirmó Obama recientemente). Como el auge de la libertad negativa (el altar del interés privado como único ideal “eficiente”, nuestro pobre individualismo, diría Borges, que hoy es un hiperindividualismo, el crepúsculo del deber, como dicen Gilles Lipovetzky y John Finnis, la no participación pública, lo público como costo, lo público como “carga”) no es compatible con el sentido primigenio —común, participación cívica, comprometida con el otro, con lo público— de una *res* pública. De una república.

Quentin Skinner le ha dedicado reflexiones trascendentes a este debate, en su recuperación de la libertad neorromana²²⁵. Tenemos que elegir o definir bien qué tipo de libertad queremos (defender). Una libertad individual y egoísta (para pocos) o una libertad para todos, una libertad que descansa en el bien común²²⁶ y no en el interés privado (el todo es mayor que la suma de las partes, decía Aristóteles; con la libertad republicana sucede lo mismo: el todo es mayor que la mera y sola suma *libertariana* de las libertades civiles privadas aisladas, como si fueran meros agregados divididos, átomos contractuales, diría

De una cosa pública. Donde no hay cosa pública (cargas públicas... como si participar fuera una “carga”, como si votar fuera un “costo”, como si “votar” fuera “molesto”), donde sólo hay interés privado (donde la “política” es una mala palabra, donde defender lo público es ser “ineficiente” o perder el tiempo con una “interferencia” externa que configura una mera “externalidad” *negativa*), no se puede hablar de República. Este es el corolario disruptivo del análisis económico. Sólo que no siempre llegamos a analizar en toda su dimensión el impacto notorio (deshumanizante, “eficiente” y técnico) de este tipo de análisis “económico” en el mundo del Derecho, no dimensionamos el impacto profundo de la pérdida de Kant (su anticonsecuencialismo), y su reemplazo creciente por Posner. No vemos la diferencia entre Rousseau y Milton Friedman, entre Kant y Hayek, entre Constant y Maquiavelo, entre Paine y Edmund Burke, entre Voltaire y Oakeshott, entre la libertad *negativa* y la libertad republicana (que aquí defendemos). Pero hay trascendentales diferencias. Hay una barrera entre ambas posturas, como Jürgen Habermas (en *Facticidad y Validez*) le replica en Alemania al principalismo (de moda) de Robert Alexy. (Posner, R., *El análisis económico del Derecho*, FCE, Buenos Aires, 2007).

²²⁵ Skinner, Q., *La libertad antes del liberalismo*, Taurus, México, 2004.

²²⁶ La tradición republicana defiende sólo la segunda. No la primera. La libertad como participación activa y como dominio sobre sí. No como mera “no interferencia” o no “externalidad”. Philip Pettit entiende que se puede sortear este dilema maniqueo propuesto por Berlin. No comparto la posición de Pettit, que esconde su deseo “republicano” de no asumir a fondo —enteramente— la posición “jacobina” (que Berlin le denuesta a la libertad *positiva*). Esa posición “jacobina” (rousseauiana) es la misma por la que tomó partido la parte jacobina de la Audiencia de Charcas: Moreno, Monteagudo, San Martín, la parte “no moderada” de nuestra independencia. Moreno tradujo a Rousseau. San Martín leía esas traducciones. Monteagudo, secretario de San Martín en Lima, le acercó al libertador las ideas “jacobinas” de Moreno, que tradujo al “jacobino” Rousseau, estandarte principal de la Revolución Francesa, y cuyas cenizas descansan en el panteón, junto a las de su amigo-enemigo Voltaire, otro gran ilustrado. Otro espíritu de la Ilustración francesa, de la que nuestra independencia como país es producto directo, no siempre asumido.

Bobbio²²⁷; la libertad positiva, republicana, defiende la idea de Estado libre, de cuerpo político, de participación en una comunidad autónoma, no en un país esclavizado, sometido y dependiente). Esta última —que defendemos— es la libertad republicana. El modelo de libertad defendido (republicana o libertaria, liberal o neoliberal, liberal progresista o libertaria neo-conservadora) es parte de una Teoría del Estado. En los Estados Unidos esto es más claro, tiene mejor traducción partidaria que entre nosotros, donde a lo sumo se habla de “liberalismo conservador”. En los Estados Unidos hay un abismo entre Ted Sorensen (abogado liberal, de izquierda, progresista, demócrata, asesor de Kennedy) y Paul Ryan o Paul Singer, del fondo Elliot (que son libertarios, republicanos de derecha, conservadores, dedicados sin embargo a la fuerte y libre especulación financiera rapaz). Sin una Teoría del Estado precisa (lo que antes se llamaba Derecho Político, pero que siguiendo la tradición alemana pasó a llamarse entre nosotros más secamente Teoría del Estado²²⁸), es muy difícil desarrollar un adecuado Derecho *administrativo*. Precisamente, Alemania (el país del *Staatsrecht*, de la Teoría del Estado, como recuerda Mario Justo López, en línea con George Jellinek²²⁹) es un país muy fuerte en el desarrollo de la burocracia del Estado moderno²³⁰. Definir conceptos cuenta. Si no definimos conceptos como libertad, sociedad, Estado, Derecho, Administración, es muy difícil que la discusión que se levante sobre esos cimientos tenga sentido. Porque el cimiento será débil. Es un mérito innegable de la filosofía analítica haber aclarado este punto. Hay que aclarar los conceptos jurídicos. Sin conceptos precisos, que presupongan teorías concretas, no hay estrategia jurídica que valga.

²²⁷ Bobbio, N., “El modelo iusnaturalista”, en *Thomas Hobbes*, FCE, Buenos Aires, 1998.

²²⁸ Justo López, M., “Qué es el Derecho Político?”, *Lecciones y Ensayos*, UBA-Derecho, N. 12, 2000.

²²⁹ Jellinek, G., *Teoría General del Estado (Allgemeine Staatslehre)*, FCE, México, 2012. En su tercer libro, *Teoría General del Derecho Político*, Jellinek impugna el ideario de la Revolución Francesa afirmando que la soberanía reside en el Estado y no en la Nación, sosteniendo que las declaraciones universales de derechos humanos, decisivas para el siglo xx, proceden en última instancia de las luchas civiles por la libertad religiosa.

²³⁰ Weber, M., *Economía y Sociedad*, FCE, Buenos Aires, 2010.

**LOS DERECHOS HUMANOS: CORAZÓN DE
LA DEMOCRACIA Y SUELO DE LA LIBERTAD
(REPUBLICANA). LA NUEVA DISCUSIÓN DEL ESTADO
ARGENTINO. DE LA CONQUISTA DE LA DEMOCRACIA
A LA (REGENERACIÓN DE LA) REPÚBLICA**

*¿Qué otra cosa son los individuos de un gobierno, que
los agentes de negocios de la sociedad, para arreglarlos
y dirigirlos del modo que conforme al interés público?*

Manuel Belgrano

Eduardo Luis Duhalde, abogado e historiador argentino, solía decir que los derechos humanos conforman el corazón de la democracia. Es cierto. También el corazón de la *res* pública. Como nuestros predecesores directos han vivido el terrorismo de Estado, es lógico que hayan puesto durante décadas el hincapié en la democracia, en la palabra “democracia”, en el concepto de soberanía popular expresada en el voto no proscripto ni perseguido, en el respeto por la diferencia. Pero nosotros hemos visto en las últimas décadas cómo la democracia ganada, política, se convertía, en materia de derechos constitucionales (no operativos...), crecientemente en una formalidad. Democracias de forma. Pero no sociedades democráticas de contenido, sociedades democráticas *de fondo*. La pobreza y la exclusión de grandes franjas de la población hacen de nuestra sociedad (“liberal negativa”) una sociedad (centrada en el autointerés, nada *res* publicano) en realidad muy poco “democrática”. Que no se preocupa por la “libertad civil” real de todos los sectores. Es allí donde hoy podemos dar un salto. La democracia es un hecho que ya nadie discute seriamente. La discusión que nos toca hoy, a los abogados, es otra: es la discusión republicana. La discusión por la libertad republicana. Por las libertades de “fondo”. No por la libertad civil “formal”, donde miles son libres... con hambre, “libres” de revolver la basura. Eso no es libertad. Podrá ser una estrecha libertad “negativa”, pero no lo que nosotros aquí defendemos: una libertad republicana. Una libertad real con historia “eficiente” en los derechos humanos. En el constitucionalismo social republicano. Base de cualquier democracia verdadera y “universal”. No una libertad para pocos. La discusión (jurídica) que se inaugura en 2001 es diferente de la que se consolida

en 1983. La discusión que nos toca a nosotros, como nuevas camadas de abogados argentinos, no es la conquista de la democracia (derechos civiles básicos), que realizaron los que nos preceden (como Eduardo Luis Duhalde, Zito Lema, Ortega, Matarolo o Alfonsín). A nosotros nos toca discutir la regeneración de la república (que integra todos los derechos en la reconfiguración de “humanos”). La libertad republicana depende del igualitarismo civil, que depende a su vez de la consolidación operativa de los derechos (DESC, sociales) que hoy son meramente formales. No operativos. Y para esto hace falta vencer la escisión de derechos en distintos niveles o generaciones, cuando tales derechos humanos y económicos (a pesar de lo que dijo Karel Vašák) nacen y son derechos indivisibles, no sólo inherentes. Superar este error (la división de derechos en distintos niveles o generaciones, que dio pie a la visión neoliberal de la democracia civil, del Estado democrático, previo al actual, que es *constitucional*) es fundamental para constituir, desde un suelo firme —universal, autonomía civil para todos, no para pocos—, la *res* pública. Y este nuevo suelo —republicano— que cimienta una libertad no parcial ni para pocos, sino una libertad universal y completa— son los derechos indivisibles (y no en distintos “niveles” o en distintas “generaciones”). Curiosamente, esto no es “moderno”. No es tan “nuevo”. Es lo básico. Es reparar el error de la posguerra, cuando una versión muy acotada de la democracia liberal se autoimpuso como “fin de la historia” (el consenso mercado libre y democracia civil, de derechos civiles, no económicos ni sociales, como si estos no tuvieran algo que decir sobre la “libertad”, sobre la posibilidad de las personas de ser realmente “libres”). Pero la historia no estaba terminada. Hoy la discusión pública es la discusión de la (reconstrucción de la) libertad republicana. La libertad donde los derechos humanos, como rezaba la declaración de posguerra, son realmente indivisibles; error, pues, el haberlos dividido, a poco de andar, en dos pactos diferentes de derechos (pacto de derechos civiles y pacto de derechos económicos y culturales). Los derechos humanos son inherentes y también son indivisibles. Y el error de nuestra democracia (civil...) ha sido el de “dividir” demasiado estos derechos, hasta anular su otra mitad. Anulando así la pata “operativa” que en rigor permite que los otros derechos (los de “primera” generación o nivel...) se ejerzan. Con lo cual, en todo caso, si se mantiene la inversión, hay que situar en el “primer piso” a los derechos económicos, porque son ellos la condición

indispensable para el ejercicio de los otros derechos (civiles y políticos). Sin república, no hay democracia. Con derechos divididos, no hay democracia para todos. Hay democracia (hay “libertad”) para pocos. Por eso entendemos que la libertad “negativa” (de elegir... el hambre) no alcanza. Que hace falta otra libertad —republicana— para darle forma a la sociedad actual, atravesada por la injusticia, por el hambre, por la vulneración de derechos civiles... y sociales. Cara y cruz. En el hambre no hay libertad para la participación civil en democracia. Esa libertad es una formalidad. Una apariencia. Una etiqueta que no sirve. Que no da de comer. Una democracia incompleta. Que falla. Que no cumple. Alfonsín sabía muy bien esto. Por eso quiso decir que “con la democracia se come”. Pero no siempre ha sido así. Las últimas décadas contradicen ese aserto. La democracia se ha vaciado. Ha recortado lo que muchos perciben como una sociedad “libre”. Y esto porque la libertad ya no es en términos de república (positivos, como cuerpo social y político), sino en términos individuales, negativos, de intereses privados, para poder comerciar. Entonces los libres son los negocios, no ya los Estados. Libre... no es entonces toda sociedad. Esto se contrarresta con la República. Con la libertad republicana. Que no es cualquier libertad. No es la libertad negativa de Constant, de Berlin, no es la libertad de Milton Friedman. Es una libertad positiva, diferente. Republicana. (Una libertad “jacobina”, dice Berlin, una libertad “populista”). Asentada en la virtud, como dice bien Maquiavelo, gran teórico del Estado contemporáneo. Una virtud clásica. Un compromiso con la polis, con la política. La política no es una mala palabra para la República. Porque lo público no es una “carga”. Es un compromiso. No es una “externalidad”. No es un “costo” que hay que “evadir”.

Con la posguerra y el advenimiento del neoconstitucionalismo, se consolidan las democracias constitucionales (*la ley del más débil*, dirá Ferrajoli). Esto es: el Estado constitucional de derecho. El rasgo central en ellas es la eficacia directa de la dignidad humana. Esta ya no es un valor remoto. Expresa un principio central, medular, del Derecho. No un valor “programático”. Un “programa”. Sino plenamente *operativo*. (Esto ha llevado a muchos a destacar la nueva centralidad de los jueces²³¹).

²³¹ El imperio de la Constitución (la eficacia directa de lo que antes pasaba de ser una mera “proclama” política, un “programa” positivo, un horizonte

Todo este largo rodeo para volver a la placa. El exprocurador del Tesoro, el Dr. Saravia Frías, mandó quitar en persona, en 2017, la placa de la Procuración del Tesoro de la puerta de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado porque en ella figuraba —como homenaje— el nombre del exsecretario de DDHH de la Nación, Eduardo Luis Duhalde, fallecido en 2012. Como la gestión de Saravia Frías no compartía la política de DDHH, Memoria, Verdad y Justicia del gobierno precedente (cosa que sí hacía e hizo el exprocurador —de adscripción radical— Dr. Carlos Balbín, que sí conservó esa placa elemental), mandó bajar la placa de la puerta del edificio (contraviniendo la intención del director de entonces, Horacio Vaccarezza, actual director de la Escuela de Abogacía de la Provincia de Buenos Aires), borrando también el nombre de Eduardo Luis Duhalde del aula 9, donde hoy ha sido finalmente restablecido. Como exasesor del Dr. Duhalde en la Secretaría de DDHH de la Nación, esta mínima reivindicación simbólica de quien también fue, junto a Rodolfo Ortega Peña, un historiador revisionista de fuste (además de un actor destacado en los procesos de lesa humanidad argentinos), capaz de discutir sobre Rosas o el secuestro de Felipe Vallese con Tulio Halperín Donghi, o Natalio Botana, me honra especialmente. Honor de restituir el nombre del exsecretario de DDHH de la Nación, de quien el autor de estas líneas ha aprendido mucho sobre la importancia fundamental del Derecho público y también del Derecho político, una disciplina en la que descollaron autores como Mario Justo López (exprocurador general de la Nación); Carlos Fayt (exjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya disidencia penosa y solitaria en el caso “Simón” tanto indignaba a Eduardo Luis Duhalde); el español Adolfo Posada; Mariano de Vedia y Mitre, primer profesor titular de Derecho Político en la UBA, como recuerda Justo López en su trabajo *Qué es el Derecho Político*; y Mariano Grondona, entre otros nombres (menos felices, como el Dr. Luis Botet, rector interventor de la UBA en tiempos de Onganía, quien solía repetir, en tiempos de la Operación Escarmiento, que “la autoridad está por encima de la ciencia”; Onganía despreciaba y atacaba con saña la autonomía universitaria, en especial la de la UBA, sobre todo en las dos

remoto) ha dado lugar al activismo judicial, a lo que algunos con temor llaman “el gobierno de los jueces”.

facultades más renovadoras de entonces: Ciencias Exactas y Filosofía y Letras). Aunque ya la materia Derecho Político ha desaparecido, no por accidente, de los programas de estudio. Se ha pasado a hablar más secamente, siguiendo la orientación alemana (*Staatsrecht*), de Teoría del Estado. Hoy ya casi no se enseña *Derecho político*. Este progresivo y no siempre visible vaciamiento académico, tampoco casual, va de la mano de la marginalidad creciente de disciplinas (humanistas) medulares como Historia del Derecho y Filosofía del Derecho, que son reemplazadas por enfoques más “técnicos”, como el Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*), actualmente de moda. La teoría económica y la teoría formal del Estado “eficiente” (que “gestiona” intereses, no que “gobierna” conflictos) parecen estar (como el avance del lenguaje de la “gobernanza”, heredero de la fisiocracia) emparentados. Todo esto se hace en nombre de un Derecho más “eficiente” (técnico, no me atrevo a decir más “puro”, aunque esto es lo que muchos autores entienden por “menos político”, menos “politizado”, menos “ideologizado”; un Derecho con menos lugar para las “ideologías”, para los grandes “relatos”. Precisamente en los noventa, emerge, con la caída del muro, el lenguaje de la gobernanza; de la mano del fin de los grandes relatos —Lyotard— nace en Inglaterra la disciplina Historia de las Ideas, porque ahora las ideas, con el *fin de la historia*, pasan a ser materia de estudio “histórico”, es decir, algo que permanece *en el pasado*). Con el fin de la “politización”, de las grandes “ideologías”, de los grandes relatos (con que surge la posmodernidad y el avance del lenguaje de la gobernanza, que proviene del sector corporativo, privado, y se traslada, con el consenso de Washington en los noventa, también al sector público, a la gestión del Estado... con los parámetros “eficientes” de la carrera de moda en esos años de “fin de las ideologías”: la Administración de Empresas), es lógico que se abandone el concepto de Derecho *político* y se ponga en su lugar, de modo más neutro, una “teoría”, la Teoría del Estado. Fue en Alemania —donde cayó el Muro— donde se desarrolló ese concepto: *Staatsrecht*, gestión de intereses, no defensa, “gobernanza”, no ya “gobierno”. En el fondo se esconde una progresiva y gradual des-politización de los asuntos públicos, un auge del modelo neoliberal, el discurso del Consenso de Washington, las privatizaciones, el desprecio de todo lo público representado como un costo “inútil”, estéril, “político”. Por eso, detrás de este retroceso de las humanidades,

surge el avance del discurso económico “eficiente”, neoliberal, privado, que conduce al Estado, el lenguaje de la administración de empresas privadas. Todo esto se esconde detrás de la “gobernanza” como nuevo lenguaje “apolítico”. El fin del Derecho político, el desarrollo de una más formal y anodina y despojada —sin historia política, sin grandes “ideas” ni grandes “relatos”— *Teoría del Estado*. El concepto de Derecho político es —era— más amplio que el concepto delimitado de Teoría estatal, que se presenta como más abstracto y más puro, con menos filosofía y mucha menos historia. Casi como un producto ahistórico, de laboratorio. Tampoco en Alemania querían mirar mucho “atrás”, como recuerda Karl Jaspers, ni hurgar demasiado en su propio Derecho político, en su propia Historia, en sus propias ideas, en sus propios relatos). Este retroceso, esta pérdida de espacio de la filosofía crítica (¡también en Alemania!), de Historia, de la “política”, del Derecho político (pero también de la ontología); este “miedo” a hacer filosofía, este miedo neoliberal y posmoderno a los relatos “duros”, a los grandes “relatos”, a los grandes pensamientos, va de la mano del auge del discurso (y el análisis) económico-financiero (que puede interpretarse en Alemania también como una consecuencia cultural y académica más del triunfo aliado), en el que lo único que cuenta, el único parámetro que hay que considerar (no ya la filosofía o la historia, las grandes ideas o grandes pensamientos “totalitarios”) es el costo-“beneficio” (eventual, elevado al altar donde antes había contaminadas “ideologías” políticas). Este resquemor sobrevive y explica en parte el gran avance —también en Alemania— de la filosofía analítica. La filosofía analítica se lleva bien con el análisis económico del Derecho, son enfoques primos hermanos. Ambos se alejan del Derecho *político*. También de la Política (diría Ranciere, pretenden separar la reflexión de los conflictos sociales, que a pesar de todo subsisten y condicionan el pensamiento jurídico, por formal y lógico que quiera presuponerse o asumirse; no es casual tampoco el avance de la lógica formal en las facultades de Derecho, que dejan de lado la historia, la filosofía, el humanismo, la religión, etc.). Tal concepto se desvela o pretende neutral, sin historia, sin “ideas” políticas. (Esto, repito, coaduya al avance creciente de la filosofía analítica y de la lógica formal en las aulas de Derecho: hacemos lógica formal, hacemos filosofía analítica y hacemos análisis económico, porque hacemos discursos especializados, ramificados, precisos, cada vez más “eficientes”, para

los cuales la filosofía es o representa una estéril “pérdida de tiempo”, una divagación sin contenido, una “pérdida de recursos”, algo “que no sirve” de nada concreto, algo que no es “eficiente” en esos parámetros estrechos que han ido deshumanizado la formación de los abogados, que son hoy meros *tecnócratas*). Posner, Coase, etcétera, los noventa. El consenso de Washington, que promueve también programas de estudio mas depurados y mas cortos, pretendidamente más “eficientes”. Martha Nussbaum —célebre por sus debates con Posner— ha cuestionado con lucidez este proceso de deshumanización técnica en la enseñanza del Derecho (*político*). (Nussbaum, M., *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Katz, Buenos Aires, 2010). El camino de la lenta deshumanización del Derecho ha sido contrarrestado por Nussbaum apelando a la poesía en el campo jurídico (Nussbaum, *Poetic Justice*). Del mismo modo, podríamos extender el argumento y preguntarnos por qué el Derecho necesita (tanto) del suelo que le aportan la Historia y, sobre todo, la Filosofía. Porque no se sostiene sin ellos. Son sus pilares. El análisis económico (economicista) es demasiado corto y limitado sobre el fenómeno jurídico. Recorta sus presupuestos. Altera sus parámetros. Vacía mucho de sus contenidos. Por eso termina ocupando el lugar que antes ocupaba la Filosofía Jurídica en las aulas de nuestras facultades. Porque hay un punto donde ambos enfoques (pensemos en el anticonsecuencialismo de Kant, autor central para la filosofía del Derecho, pienso en *La metafísica de las costumbres*) no son en rigor compatibles. Chocan.

Los colegas Leandro Losada y Adrián Ratto, dos investigadores del CONICET, escriben en este número sobre temas de fondo o teóricos sobre la recepción de Maquiavelo. Losada escribe sobre la mala recepción de Maquiavelo (lo que sin dudas contribuyó a su mala “fama”) en las facultades de Derecho argentinas. El Dr. Adrián Ratto, especialista en Filosofía de la Historia, de la UBA, escribe sobre la colaboración de Voltaire y Federico II en la redacción del *Anti-Maquiavelo*, de 1740.

LA MALA FAMA DE MAQUIAVELO

Maquiavelo es un autor importante para la tradición republicana porque creía que las guerras sanas eran las guerras defensivas, que generaban cohesión en la sociedad civil y promovían la vitalidad

pública: el compromiso *personal* con la República. Entendía que sin un compromiso fuerte, real (poner el cuerpo), la república degenera y se corrompe. Es muy probable que Maquiavelo, tan mal leído y cuyo nombre ha sido tan bastardeado (por quienes nunca lo han leído), tuviera razón. Ernst Cassirer, en los capítulos quinto y sexto de su libro *El mito del Estado* (cuya lectura es parte de la bibliografía obligatoria del seminario “Cómo defender al Estado”), le dedica dos capítulos a la reivindicación de la honra de Maquiavelo.

El eje de la vida política premoderna eran los honores. La libertad positiva se entendía como participación. No como una “no interferencia”, sino como compromiso. El comercio privado ha dado vuelta la definición de nuestra libertad; la libertad “moderna” es hija dilecta de un contramensaje, donde la preeminencia no es ya de la comunidad, sino del individuo: la persona privada, encerrada y sola, que consume en sus cuatro paredes. Lo público queda afuera, no adentro. Es —poco a poco— una amenaza, un “costo”. Una “carga” que nadie quiere asumir. Un impuesto que nadie quiere pagar (una “presión” tributaria...). La libertad negativa como *no interferencia* es hija de este proceso (viene de Isaiah Berlin), en el que importan menos los “honores” políticos que los beneficios privados. La modernidad individualista es hija de esta inversión “apolítica”, donde el honor político pierde peso y deja de importar el grado de nuestra participación pública y política, y de nuestro compromiso con los demás: sólo cuenta el beneficio privado, no el compromiso público. El interés. Así se deforma nuestra libertad: *se corrompe*, diría con razón Maquiavelo. De esta reducción en la mirada de lo “público” es hijo el neoliberalismo (Friedman, Hayek), que se contrapone (por eso tiene un nuevo nombre) al “viejo” liberalismo político, que era un liberalismo igualitario (que nosotros sí defendemos).

La *mala fama* de Maquiavelo no es, pues, un accidente. Es una forma *sui generis* de seguir horadando y atacando la tradición que Maquiavelo representa. La tradición republicana, clásica, positiva, participativa, igualitaria, la virtud civil que necesita como el aire nuestra democracia. Todas ideas que no por casualidad no asociamos a su pensamiento político. Defender la libertad republicana es algo “maquiavélico”.

La historia vista desde arriba o la historia vista desde abajo. Es importante el ángulo o perspectiva desde donde miramos nuestro pasado. Las elites pueden ser una perspectiva inteligente para abordar o

retratar la historia y el pasado argentino. Lo hacen los historiadores que se dedican a pensar las elites (estancieras y su relación con Rosas, por ejemplo). No será, sin embargo, nuestra perspectiva. Nuestro ángulo de visión y trabajo será el otro. Este es un debate que nace en la historiografía. Nosotros entendemos que también la Filosofía o el Derecho pueden ser vistos desde arriba o *desde abajo*. Esto es menos evidente. No se ha problematizado. Se enseña a menudo Filosofía o Derecho como si fuera igual desde dónde uno mira, cómo, cuándo y por qué. Como si fuera igual enseñar filosofía en La Matanza que en la Sorbona. Como si Gerli fuera París. Como si Lanús fuera Alemania. No lo es. En Lanús se habla de las *carcelitas* de Villa Fiorito donde los transas meten presos a los pibes pobres que no quieren robar para ellos. Y con esto tiene que saber vérselas la filosofía. No puede mirar para otro lado. No puede esquivar el problema. Más cómodo es no mirar. Es lo que pasa con cierta intelectualidad “progre”. También en el Derecho. Por eso frente al valioso texto de nuestro admirado Gargarella (“Volver a Dunkan Kennedy”), nosotros proyectamos escribir un texto-respuesta jurídico-poético llamado *Volver a Ramona Medina*. Ramona Medina es nuestra Dunkan Kennedy. Nuestro verdadero —y único— “progresismo”.

Álzaga, Anchorena, el primer Alvear (no el Alvear radical que discutía con Irigoyen, sino el que fue a Portugal a batallar, aunque para este punto son idénticos), Belgrano, vienen de familias acomodadas. No es esa la situación de otros hombres de Mayo, como Moreno o Castelli, abogados de trinchera, que son protagonistas más por su arrojo, su valentía, su pasión o fervor revolucionario y su enorme capital simbólico que por venir de una cuna de oro. La *carrera de la revolución*, como la llama Tulio Halperín Donghi, no era una carrera pareja para todos. Pero muchos de los mayores protagonistas —pienso en Moreno y Monteagudo, en Castelli, que ejecutaba con determinación las órdenes “inclementes” del primero— eran precisamente los menos favorecidos. Y fueron —con la excepción de Belgrano, un abogado y un militar brillante— los más fervorosos. Belgrano era acusado de ser un hombre “afeminado”, igual que Monteagudo (además de impío). Esto se vincula a la enorme capacidad de seducción que ambos tenían. Era parte de su ateísmo ilustrado. Voltaire.

Los elencos dominantes tienen una mirada sobre la historia. Pero también sobre la filosofía y sobre el Derecho, sobre la cultura, el arte,

etcétera. Nos preocupa menos desarmar esta mirada que no caer en ella de manera inadvertida pero frecuente. Este desafío segundo parece menos rimbombante. Pero no es un desafío menor. Cuando uno sale de la zona de confort, lo primero que advierte es que faltan palabras. Falta un lenguaje jurídico. Porque los conceptos no parecen siempre dejarse manejar.

El capital simbólico es un cruce de riqueza, poder y lenguaje. Nosotros no tenemos ninguno de los dos primeros. Pero tenemos la palabra²³².

²³² Por eso el ciclo de *Poesía y Derecho* que coordinamos con Julián Axat en la UBA. Porque creemos en la posibilidad de otro lenguaje (más “humano”, menos formal, menos técnico pero más justo, menos “eficiente” pero con más “entrega”) para el Derecho y la Justicia. Donde el Derecho y la Justicia se vuelvan a cruzar. Hoy parecen transitar andariveles casi siempre separados (pienso nuevamente en Romina Tejerina). Distintos. Antagónicos. La poesía aspira a volver a juntar lo que se ha ido separando tanto. Esto es lo que se pretende *humanizar un poco*. Nosotros entendemos —con Axat— que la poesía es Derecho. Por eso emulamos a poetas (que hemos conocido con Miguel Vedda, titular de Literatura Alemana, en la UBA) como Jura Soyfer, Paul Celan o Joaquín Gianuzzi, gran poeta olvidado, un pensador popular, refinadísimo, colaborador del diario *Crónica*, que solía escribir sus poemas en los últimos bares de San Telmo y de Constitución. Tampoco se equivoca Sarlo en este punto: *Crónica* está mejor escrito que muchos diarios más “serios”. Menos “populares”. Menos poéticos. Con menos *cuerpo social republicano*. La poesía está para poner el cuerpo (*desaparecido* en varios planos, no sólo teóricos). “No somos mercenarios, somos poetas”, diría Axat. Defendemos el rol de la poesía cómo último espacio valiente. Como última posibilidad de justicia. De *palabra*, en un mundo técnico donde aflora todo menos la comunicación entre las personas (eso es parte de la deshumanización del proceso, del que el Derecho *administrativo* forma parte). Por eso Celan (frente a la deshumanización del “proceso”) se suicidó. Porque la palabra (caída en lo “administrativo” procesal kafkiano, mero reducto, mero “medio”), que en su caso era cada vez más limitada, ya no alcanzaba, ya no “decía”. De allí el encuentro en Selva Negra, del que Celan salió —como debía— muy decepcionando. Porque el eminente rector, el gran filósofo alemán, el maestro de los bosques alemanes, no tuvo nada para decir (Heidegger, M., *Carta sobre el humanismo*, Losada, Buenos Aires, 2010). Ese encuentro tan especial en una cabaña en Selva Negra (en el cuaderno de visitas, Celan anotó: “nombres y más nombres y son sólo surcos duros como piedras”) es, como advierte Steiner, el encuentro capital de la historia del (pensamiento del) siglo xx. Lo que nosotros “heredamos” de ese encuentro decisivo es algo dramático: recibimos el silencio de un filósofo y la muerte de un poeta. Y esto se vincula a un Derecho deshumanizado y “técnico”. Sin

lugar para la poesía... Ni para la libertad. Un Derecho “poco humano”. Poco “humanista”. Poco justo. Un Derecho “formal”. Un Derecho “eficiente” (Bauman, Z., *Modernidad y Holocausto* Sequitur, Madrid, 1999. Bauman dice que la lógica subyacente, “administrativa” —de lo “administrativo”— de los campos, sigue viva, sigue aún en pie. Entonces la reivindicación que hacemos de la poesía frente al Derecho *formal*, también frente al lenguaje del “Derecho administrativo” y administrado, es cualquier cosa menos algo inocente o casual, o poco “analítica”, es algo “filosóficamente” muy serio, como vieron Adorno, como pocos, y luego Bauman, en un sentido de divulgación más abierto, pero compartiendo los riesgos de la metafísica negativa, advertidos increíblemente —¿Se puede hacer poesía después de Auschwitz? ¿Se puede acaso vivir después de Auschwitz? ¿Cómo será esa vida?— por el primero). Por eso Celan. Por eso Jura Soyfer. Por eso Luis Elenzvaig. Rosa María Pargas. Jorge Money. Por eso el lenguaje de los HIJOS, enarbolado hoy como poesía-justicia-memoria-verdad. Ese lenguaje es (abogados-poetas-HIJOS) una —nuestra— bandera. Frente al *Derecho administrativo*. El lenguaje de los campos era también un lenguaje “administrativo”. Antipoético. Poco humano. Eficiente. Técnico. *Formal*. Analítico... Y ciego. Sin poesía. La poesía como “mácula” (amenaza) subjetiva (que disgrega todo, que desarma y “analiza” todo mensaje del Sujeto, dejando disueltas sus partes, dejando disuelto al sujeto-poeta, al Hombre), fragor del sujeto, la poesía (!los cuerpos!) como baja posibilidad “contaminación” de una IDEA objetiva, pura. No se equivoca Pierre Sané, cuando dice desde Angola (el Che escribió el himno de Angola junto a un tío de Sané, exdirector de Amnistía Internacional en Londres), que los pueblos africanos, pero también los latinos, son revolucionarios, y son (o somos) revolucionarios porque son pueblos que sobre todo *cantan*. No es que “hacen ruido”. Alzan la palabra, su voz significa algo. Ciertos sectores conservadores “hacen ruido”, es lo único que saben hacer: ruido desde sus balcones, ruido con las cacerolas. Pero no enarbolan un mensaje, una idea: una poesía. Un camino. Se *oponen*. Nada más. Como los pañuelos que surgen (sólo) para *oponerse*, esto es, como “reacción”. Así nace el término *reaccionario*. Edmund Burke el primero. Con ellos nace el pensamiento político conservador (como dice Bobbio). Reaccionó al igualitarismo “abstracto” de la Revolución Francesa. Reaccionando *contra* la idea de igualdad. No hemos avanzando mucho. No hemos cambiado. Nuestras reacciones —nuestros reaccionarios— no son muy diferentes. Reaccionan ante lo mismo. Ante la misma idea. La idea republicana. La idea no negativa de igualdad cívica, política y social (vista como un costo, como una “carga” por los “nuevos” liberales, que dicen que nosotros defendemos ideas “viejas”, frente al “nuevo” liberalismo, en palabras del senador Lousteau o de Roberto Gargarella, replican que nuestro pensamiento es “viejo”, es “anticuado”, no es tan “moderno”, diría Berlin, en consonancia con Constant, para quien el compromiso cívico y republicano es una idea también “antigua”). La idea de igualdad en la dignidad y en los derechos (republicanismo que nosotros sí, con Maquiavelo,

ABOGADOS DE TRINCHERA

Tomo esta expresión, como dije antes, del Subprocurador del Tesoro, el Dr. Horacio Diez, con quien suelo tener debates (me imparte clases) de Historia argentina y latinoamericana. Lo primero que me enseñó Horacio Diez en la PTN fue la proclama de Tiahuanaco, en el Alto Perú, en 1811. Es una expresión correcta y precisa, somos eso: *abogados de trinchera*. Esta revista es consciente de que para regenerar en serio (el desafío es ese) la defensa de los intereses del Estado argentino, es misión central recuperar primero la experiencia concreta, material, procesal, de los cientos de abogados “de trinchera” que llevan adelante, desde hace años, a lo largo y ancho de todo el país, un trabajo silencioso, muchas veces (mejor dicho, casi siempre, por regla general) no reconocido, pero inmensamente valioso para la defensa de los intereses de la Nación (precisamente por eso me siento tentado de decir que ese trabajo es *no reconocido*). Ese trabajo jurídico (práctica) es conocimiento nacional, es un saber vivo que hay que articular, reproducir y sistematizar, poner sobre la mesa. La ECAE quiere recuperar ese conocimiento práctico, darle forma de doctrina, sistematizarlo, ordenarlo y retransmitirlo. Estos miles de abogados, que hacen un trabajo a pulmón, desde su “trinchera” profesional, en cada oficina del Estado, no solos sino distribuidos (no dispersos, ya que conformamos un *cuerpo*) en todo el país, han generado, cada uno a su modo, una doctrina propia, en alguna medida desarticulada pero muy valiosa, una experiencia atravesada de teorías no siempre explicitadas ni compactas (que no aparece en los libros, que no aparece en forma de manuales

defendemos). La libertad positiva, “jacobina y populista” (en palabras textuales de Isaiah Berlin, bellas palabras escritas claro desde el Reino Unido, como las de Oakeshott, su amigo intelectual conservador y aristócrata, los Chateaubriand y los Burke de dos siglos más tarde) a la que le debemos, sin embargo, nuestra independencia y nuestros derechos, nuestra soberanía regional. La revolución de Mayo. Rousseau, en una palabra. Moreno. La pata jacobina de la Audiencia de Charcas. Monteagudo. Castelli. Qué, sino, es o fue, a fin de cuentas, la Revolución de Mayo. Qué ideas. Qué intereses defendemos. Qué palabras. ¿Cuál (sino ese) era el mensaje de la revolución, cuál (sino ese) era el mensaje de la independencia? Pierre Bourdieu se aleja con su libro famoso de la explicación estructuralista y materialista de la sociología francesa de entonces. El capital simbólico-cultural podía tener una eficacia muy fuerte en la sociedad capitalista. No una eficacia meramente *residual*. (Simmel, Weber, Boudieu).

acaémicos, que no constituye parte de la Academia), formadas con argumentos muchas veces dispersos, recortados, desordenados (pero con un objetivo claro, que constituye su vocación), pero que importan sí para generar un nuevo cuerpo teórico. Esta revista aspira a convocar a todos estos abogados de “trinchera”, que no siempre están acostumbrados a escribir “*papers*” académicos²³³, para sistematizar y ordenar sus conocimientos y saberes vividos (la mayoría no está acostumbrada a escribir ese tipo de trabajos, no escriben, pero han levantado mejor que nadie la defensa nacional en la acción). Los convocamos para que traigan su experiencia a la *Revista de la ECAE*, para que narren su historia, sus aprendizajes, sus interrogantes, sus reflexiones, aunque no tengan plena forma de un “*paper*” académico (no deben asustarse de no cumplir con una forma académica, pero sí deben temer que su valiosa experiencia de abogados de trinchera en oficinas de toda la Argentina se pierda, se desdibuje, no se reconozca), porque entendemos que no podemos privarnos ni privar a las nuevas generaciones de abogados del Estado de ese recorrido profesional. Al transmitir ese otro saber, transmitimos otra cosa: la pasión generacional por lo que hacemos. La vocación y la entrega, pilares de la abogacía pública. Eso es el corazón de lo que nos da forma de “cuerpo”. Queremos conocer y retransmitir ese saber dándole forma. Esa experiencia en la defensa del Estado es conocimiento básico que enciende e inspira el compromiso de las nuevas generaciones. La praxis profesional es parte del saber jurídico. Pensar que el Derecho administrativo es sólo el Derecho encerrado en los manuales que se repiten como un mantra sin contenido puede conducir a equivocaciones severas. Puede generar ideas *fuera de lugar*, repitiendo en la Argentina ideas pensadas tal vez (con suerte) para Francia²³⁴. Hasta la estética de la Procuración del Tesoro, su estética

²³³ Ninguno de los grandes abogados (Belgrano, Castelli, Moreno) lo estaban. Priorizaban la acción. El Derecho es sobre todo la práctica. No la teoría. Ninguno de ellos era figuras protocolares. Ninguno de ellos era celoso seguidor de ningún “protocolo”. No se equivoca Alberto Bovino cuando alega, frente a cierta corriente constitucional en apariencia —pero sólo en apariencia— progresista, que alguien que nunca tocó un expediente no puede teorizar sobre el ejercicio y la defensa de los derechos.

²³⁴ La creciente “administrativización” del Derecho penal francés expresa el proceso inverso, de recorte de garantías.

edilicia, es una estética pensada más para París que para la Argentina, cuyos intereses probablemente representa mejor. (Como en Lima, ya lo hemos dicho, cuyo Palacio de Tribunales es un calco del Palacio de Justicia de Bélgica). Las ideas no son neutrales²³⁵. Los edificios tampoco²³⁶.

Convocamos, pues, a cada abogado del Estado argentino, sobre todo a quienes se desempeñan profesionalmente en direcciones jurídicas, aunque también a todos aquellos abogados que conforman la Administración Pública Nacional, desde La Quiaca hasta Usuahia —en cuya prisión del fin del mundo estuvieron tantos argentinos valiosos (de Ricardo Rojas a John William Cooke)—, a acercar sus saberes, sus recorridos, su experiencia, sus inquietudes, sus interrogantes, su visión del Derecho, para conformar entre todos, en estas páginas, un genuino espacio de deliberación y pensamiento²³⁷. Entendemos que la abogacía

²³⁵ Schwarz, R., aparecido primero como “Dépendance nationale, déplacement d'idéologies, littérature”, *L'Homme et la Société* 26, París, 1972; luego como “As idéias fora do lugar”, *Estudos CEBRAP* 3, San Pablo, ene. 1973; y, bajo el mismo título, como primer capítulo del volumen *Ao vencedor as batatas. Forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*, San Pablo, 1977.

²³⁶ El gigantismo de las facultades de Derecho, por ejemplo, obedece a una cosmovisión (hegeliana) del Derecho “grande” frente al individuo pequeño. La inmensidad de la “justicia” frente a la pequeñez insignificante de cada persona... frente a esos palacios y jueces. Pienso en el texto de Kafka, *Ante la ley*. También pienso en expresiones simbólicas, como *ein urteil fallen*, del idioma alemán, que significa una sentencia que cae desde lo “alto” al pueblo, que siempre la recibe con fruición, desde abajo. La sentencia “cae” sobre el pueblo bajo. La justicia es “alta” y “lanza” sus dávaldas al populacho campesino, que, como en el cuento famoso de Kafka, nunca franquea las puertas de la justicia, custodiadas por enormes y ambivalentes “guardianes”. Esos guardianes “ambiguos” de la Justicia, somos, en la mirada de Kafka, los abogados. Tenemos que romper con esa ambigüedad de “guardianes” que custodian las puertas de la justicia... (Kafka, F., *Ante la ley* [“Vor dem Gesetz”], Obras completas, Losada, Buenos Aires, 2000).

²³⁷ Retransmitir experiencias también es retransmitir “conocimiento”. De hecho, Walter Benjamin asocia la falta de “narración” (la falta de palabra, la falta de “relato”, precisamente) a la falta de “vida”, a la falta de “experiencia” concreta que asoma (y nos amenaza) en el mundo moderno. Por eso la memoria, en la medida en que retransmite experiencias íntimas, es (¡y es denostada por ser!) un “relato”. La falta de relatos es la falta de experiencias. La falta de memoria... es la experiencia, entonces, *desaparecida*. No es casual que ciertos sectores argentinos atacaran (con la fugaz anuencia de Todorov) a la Memoria por ser o

pública, el ejercicio de la abogacía del Estado latinoamericano, constituye un campo de acción en formación, en construcción. Enfrentamos desafíos globales. Tales desafíos sólo pueden ser afrontados con ideas precisas; necesitamos herramientas que nos permitan defender nuestra soberanía, nuestros recursos y nuestra independencia.

El *dossier* de este cuarto número va directo al núcleo de un problema actual, que, por otro lado, encarna un debate clásico del Derecho administrativo, el debate entre la fuerza mayor y el hecho del príncipe, debate del Derecho administrativo moderno. Hemos pedido, en primer lugar, a especialistas en la recepción de Maquiavelo que escribieran textos sobre el republicanismo de este autor central de la teoría política moderna, para mostrar la forma recortada en que ha sido leído en nuestras facultades de Derecho. Intentamos enmarcar el “hecho del príncipe” en una lectura adecuada de las fuentes documentales, mal leídas muchas veces por nuestros teóricos del Estado. El concepto jurídico nace en Francia, pero el marco teórico que se aplica es el del republicanismo clásico, mal leído entre nosotros.

Es probable (o predecible) que muchas grandes empresas sostengan, a instancias de algunos grandes estudios jurídicos (que las representan y cuyos intereses corporativos patrocinan, anteponiendo el interés particular y privado al público), que el Estado las perjudicó, con las medidas de aislamiento social preventivo obligatorio (la cuarentena) tomando medidas arbitrarias (hecho del príncipe), y nosotros sostenemos la idea contraria: que la pandemia habilita la fuerza mayor y eso no es responsabilidad principal ni central del Estado (sí lo es preservar la salud pública de todos, incluyendo la salud de aquellos sectores sociales que para muchos sólo representan un “costo” de “recursos” humanos, de mano de obra descartable y barata, reemplazable fácilmente, más en contextos de hambre y crisis social, de desempleo y necesidades crecientes, de casi desesperación), que se limita a arbitrar medidas (más allá de sus lógicas consecuencias) para responder a (pero no para *generar*) esta crisis, que es, ante todo y en primer lugar, como ha dicho la OMS, una emergencia sanitaria global, una crisis de salud pública. La crisis económica global, no sólo local, deriva

encarnar un “relato” (Benajim, W., *Über den Begriff der Geschitte*, Suhrkamp, München, 2000).

de una emergencia en la salud pública de cada país del mundo (incluyendo los más desarrollados). Esto puede verse, dolorosamente, en países hermanos como Brasil y Chile, dos economías relevantes y dos socios estratégicos de la Argentina, dos países golpeados muy duramente por la pandemia, que no han tomado medidas de aislamiento tan estricto como la Argentina (Chile tardíamente y con su sistema de salud ya colapsado, sobre todo en Santiago), lo cual no ha evitado, sin embargo (como la tesisura *hecho del príncipe* presupone, ya que habla en nombre de intereses económicos y financieros particulares afectados, alegando que las medidas arbitrarias serían en rigor “exageradas”, o “excesivas”, o “tempranas” e innecesarias para contrarrestar el avance de la enfermedad), además de generar más muertes evitables, que la economía no sintiera el impacto profundo, que también, como la economía sueca (que no tomó restricciones como sus vecinos nórdicos, con miles de muertos que sus vecinos Noruega, Finlandia y Dinamarca no tienen), terminó sintiendo, por tratarse, precisamente, de una crisis económica global, no local ni regional, producto de un virus potente que no reconoce ni respeta fronteras nacionales, políticas ni comerciales: una pandemia, tal como la declaró en marzo del corriente año la Organización Mundial de la Salud. El obispo Poli dijo muy bien en el Tedeum del 25 de mayo: *proteger a la población supone siempre un “costo”*. El costo de no privilegiar la “eficiencia” por sobre la vida. Ese es el “costo” que asume el Estado. No privilegiar la Economía por sobre el Derecho, sino el Derecho por sobre el libre mercado que trata recursos, no personas. (Acaso esta crisis permita a la teoría legal poner sobre la mesa la viabilidad del llamado Análisis Económico del Derecho, siendo que el Derecho y la Economía persiguen objetivos distintos —uno, la eficiencia, el otro, la dignidad; uno trata recursos “humanos”, medios “eficientes”, el otro, personas, fines en sí mismos, no medios...— y tienen parámetros separados. Acaso el anticonseguencialismo kantiano sirva para repensar hoy la filosofía jurídica, desplazada en la actualidad como disciplina por la preminencia del discurso económico también en el Derecho, *Law and Economics*, que es la nueva disciplina de “moda” en nuestras facultades de abogacía, que ya no estudian a Kant, cuyo pensamiento antiutilitario es “viejo”, una idea “vieja” que fue central en la filosofía jurídica moderna, en los dos siglos precedentes, pero que parece haber pasado de “moda”, también, agregaría John Finnis

[maestro de Andrés Rosler], parece haber pasado de moda la categoría de “deber”, sólo hablamos el lenguaje de los derechos, no asumiendo un lenguaje de los deberes). En tal sentido, en este debate fuerza mayor/hecho del príncipe, esta revista sostiene lógicamente, como línea argumental y en consonancia con la OMS, la primera tesis, que no es sino la deducción simple y clara de una emergencia de salud pública global, no generada por el Estado argentino (trasciende a la Argentina) y cuya respuesta está a tono con sus mandatos constitucionales más elementales y básicos, producto de una ponderación adecuada —mínima— de derechos constitucionales (Alexy): la vida por sobre la economía (parece una obviedad, pero hay que volver a decirlo), para el caso de que tal colisión se hubiera presentado, lo cual tampoco es el caso, como hemos visto con el caso sueco o brasilero, que afectaron su economía aun más que los países que dispusieron aislamientos estrictos, sin por eso tener tampoco menos muertos, como la visión “hecho del príncipe” parece presuponer, ya que, de lo contrario, estaría avalando abiertamente, aunque de modo implícito —el presupuesto es necesario en el argumento legal, no se sostiene sin él— la posibilidad de que más personas mueran para sostener en funcionamiento a la economía y al mercado, coartados por la pandemia, no por el Estado, que arbitra medidas básicas de salud para reaccionar y responder ante ella, pero no es un hecho generado por él (hecho del príncipe), sino una *respuesta* a un *hecho*: un virus nuevo²³⁸. El Estado no tomó medidas aisladas ante un escenario hipotético, sino en respuesta a una crisis sanitaria que no generó. Esto derrumba el segundo presupuesto de la estrategia contractual-administrativa hecho del príncipe: la responsabilidad del Estado en la generación de una situación diferente, que el Estado no ha generado, sino a la que ha respondido, que no es lo mismo (tiene la obligación de no dejar morir personas, tiene la obligación de generar políticas que respondan ante una severa amenaza sanitaria).

²³⁸ Banco Mundial, Informe junio 2020. “La parálisis de la economía China y de Estados Unidos impactó particularmente en las economías de Brasil y México en la región, que tienen una relación comercial muy estrecha. Estos dos países, que decretaron la emergencia sanitaria a nivel nacional, pero la cuarentena fue adoptada sólo en algunos de sus Estados, cuentan con proyecciones a la baja de su actividad aún mayores que la Argentina: 8,0 y 7,5 por ciento, respectivamente” (Página 12, 11 de junio 2020).

En esta mundial coyuntura, el ardid retórico *hecho del príncipe* se presenta, pues, como un recurso litigioso y doctrinario de parte de algunos sectores corporativos (representados por estudios jurídicos de privilegio, voceros habituales de intereses bien delimitados y concretos, privados, nunca públicos) para seguir socavando, con ardidess legales (sin asumir los dos presupuestos mencionados antes), los intereses del Estado Nacional (intereses públicos), en medio de una crisis que abarca tanto a la salud como a la economía. Nada original, por otro lado. Entendemos que pocos ejemplos, pocos fenómenos, son más elocuentes y claros de “fuerza mayor” que una pandemia (OMS). Cuesta encontrar un caso más evidente y claro que una emergencia de salud planetaria, que ha paralizado al mundo entero (comercio, turismo, educación, deporte, artes), tanto a los que toman medidas estrictas, como a los que no. Todos se han visto perjudicados, porque precisamente el mundo se ha unificado: se ha “mundializado”, globalizado e interconectado. Los que no “cierran” no salvan vidas, pero tampoco han evitado que su economía flaqueara. Suecia y Brasil, con enormes diferencias democráticas y sociales, son dos ejemplos. Los países están cada vez más cerca, y más unidos (aunque retóricamente, como reacción conservadora ante este proceso, por el peligro que supone para ciertas identidades que creen ver amenazadas sus culturas, surjan proteccionismos y ciertos dirigentes cierren sus fronteras). Son interdependientes. A tal punto esto trasciende a cada Estado en particular que muchos países que están superando el primer pico de la enfermedad hablan ya de una nueva “normalidad”. Esto es, *nuevas normas* ante una crisis de salud pública. Se habla de nueva “normalidad” porque la experiencia hace prever, en países que han superado la primera ola de la enfermedad, como en Europa, una ola segunda, que suele ser más fuerte y riesgosa para la vida de millones de seres humanos que la primera. El concepto *nuevo normalidad* tampoco fue inventado por el Estado argentino. El presidente de España Pedro Sánchez alega que lo usa “a falta de un término mejor”, y que expresa el hecho de que es muy difícil “volver a la vieja normalidad” (hasta tanto no existan o bien una vacuna o bien un tratamiento)²³⁹. Pero se vincula al Derecho, porque el

²³⁹ España extendió, a partir del 21 de junio de 2020, y sin plazo de finalización, la “nueva normalidad” (barbijo obligatorio, distanciamiento social, actividades

concepto de “normalidad” se refiere al orden público derivado del respeto de “normas”, que hacen a un orden “normal”. Veremos el debate liberales-republicanos: de un lado la libertad negativa, y del otro, el civismo republicano como forma de libertad. Si hay una nueva “norma”(lidad), es porque hay un orden “nuevo” de normas a escala global. No se puede circunscribir este cambio de normas (de normalidades) al ámbito acotado y estrecho del Estado argentino. Es una tarea de coordinación planetaria ante una crisis de salud pública que no reconoce fronteras. Mal puede hablarse entonces de un “hecho del príncipe” argentino. Del Estado argentino. La nueva normalidad nos confronta con debates urgentes de escala no local, en los cuales la Administración nacional sí debe insertarse. Por eso el tema de este número es Covid-19 y Derecho administrativo²⁴⁰.

ESCRIBIR LAS PRÁCTICAS

La ECAE ha buscado restablecer la Maestría en Abogacía del Estado, coordinada con UNTREF hasta 2016, buscando sintetizar en un solo programa de estudio, a partir de 2021, lo que antes constituían dos maestrías separadas. En 2013 y 2014 se impartían maestrías en Derechos Humanos y Abogacía del Estado, por separado, en acuerdo o convenio de cooperación de la ECAE con UNTREF²⁴¹. Nos hemos propuesto conjugar los contenidos en un solo programa, conscientes de que, además, la separación tajante entre ambos campos de conocimiento y práctica profesional no es del todo consistente a futuro, ya que los derechos humanos se entremezclan cada vez más en cada rincón y espacio de la gestión pública, permeando la labor diaria de la Administración pública y la de los abogados del Estado.

vedadas o alteradas en su funcionamiento “normal”), mientras dure la emergencia sanitaria.

²⁴⁰ No celebro que todo debate filosófico y legal esté permeado hoy por el nuevo coronavirus. Sin embargo, en este caso, parece tener pleno sentido replantear la tarea del Estado, sus prioridades de gestión, en medio de una pandemia.

²⁴¹ Especial agradecimiento a Horacio Goett y Hugo Torres (David Kronzonas y Pablo Belardinelli, Rita Tanuz), que han mantenido viva la llama de esta maestría, a pesar del olvido en que quiso ser estacionada. Otra forma de “bajar la placa” del Estado. Otra forma de “bajar la bandera”.

No son, pues, materias separadas. La abogacía del Estado presupone un enfoque amplio en Derechos Humanos. Este programa quiere dar cuenta de este recorrido cultural y político nacional y regional, que condiciona también al Derecho administrativo, preparando y capacitando a los abogadas y abogados del Estado argentino para asumir con mayores herramientas los desafíos presentes y por venir.

Como ya hemos sostenido, entendemos que tercerizar la formación nos ha dejado sin doctrina pública para defender al Estado. Nosotros entendemos por “doctrina” algo más que la emisión de dictámenes, sin duda valiosos, pero que deben ser el corolario y no el origen de una doctrina: deben expresar una doctrina. Hoy, al revés, parece que la generan. Entendemos que desarrollar una doctrina jurídica nacional consistente implica primero volver al viejo concepto —hoy diluido— de filosofías de Estado. Esto no implica imponer pensamientos. Implica demarcar bien las diferencias profesionales que nos abarcan: la abogacía pública tiene sus principios, sus objetivos, su horizonte, sus postulados. Sus valores. No es asimilable a la abogacía privada, al ejercicio liberal de la profesión del Derecho. Son mundos diferentes. Objetivos distintos. A veces contrapuestos. No pueden compartir el mismo manual de Derecho administrativo. Hoy lo comparten.

UNA IDEA DE JUSTICIA

Marc Galanter, en su libro *Lowering the bar, lawyer jokes and legal culture* (cuya lectura y recomendación enfática le debo al colega Roberto Gargarella, con quien compartí clases en la Universidad Torcuato Di Tella en 2010, junto a Horacio Spector, dos discípulos directos de Carlos Santiago Nino, tal vez el último filósofo relevante del Derecho argentino, junto con Enrique Marí, que no era analítico), sostiene que los abogados en general son (somos) mal vistos por la sociedad, porque se dedican a litigar y a priorizar los conflictos, porque sólo a través de ellos (¡generando problemas muchas veces donde no los hay!) ganan —y justifican así— sus honorarios. De este modo, afirma Galanter, la aspiración de Justicia se va desdibujando y alejando de la profesión “liberal” del Derecho; el abogado vive

sumergido en un “día a día” en el cual la Justicia, como aspiración de su disciplina, no juega un papel relevante, se va perdiendo, va cediendo su lugar a la generación obtusa y permanente de conflictos nuevos, de poco impacto en la sociedad. La tarea de la abogacía pública consiste, precisamente, en frenar esto. En reorientar los esfuerzos de los abogados hacia la generación real de Justicia, no de conflictos —superfluos— que generan sí buenos honorarios privados, pero no atacan la inequidad extrema, que vemos a diario, más en América Latina, la región con la mayor desigualdad del mundo según CEPAL. Parte de esta tarea de reconstrucción es no caer en falsos debates. En dilemas que no tienen sentido en un país (países) que tiene(n) a la mitad de su población sumergida en la pobreza y el hambre. Lo que debatimos dice mucho de lo que estamos (y también de lo que no estamos) priorizando. El combate a la pobreza es una prioridad para el Estado. Sólo entonces tiene sentido el debate a fondo sobre una sociedad “libre”. A partir de la construcción de una sociedad justa. O menos injusta.

En su libro sobre bromas legales, Marc Galanter dice que la “mala fama” de los abogados está justificada. Porque defendemos cada vez menos cualquier “ideal” de Justicia. Haciendo una analogía con la medicina, tan vigente en los tiempos de pandemia que corren, digamos que así como los médicos juran salvar vidas, nosotros juramos *defender la justicia*, aunque muchas veces lo vayamos olvidando en nuestro camino, en nuestro derrotero profesional. Sin una idea de justicia, el Derecho carece de su principal cometido. Se vuelve parte de un plano inclinado²⁴². La abogacía pública padece doblemente esta inclinación y esta pérdida que menciona Galanter. Se puede ser un abogado corporativo sin un ideal de justicia. Pero no se puede ser un abogado del Estado sin ese ideal. Es una condición básica de su trabajo. Un presupuesto. Por eso en la ECAE pretendemos recuperar disciplinas como Teorías de la Justicia y Filosofía del Derecho. Porque sin ellas no podemos construir pensamiento alguno. El pensamiento necesita un suelo en el que arraigar. Cada país *nuestroamericano* tiene una historia que no siempre se cuenta.

²⁴² Palacio, J. M., “La justicia peronista: el caso de las cámaras de arrendamientos y aparcerías rurales (1948-1955)”, *Anuario IEHS*, N. 26, 2011 (2013).

EL PLANO INCLINADO

La justicia liberal se representa como una justicia igual para todos (y con los ojos vendados, una injusticia incapaz de mirar a la cara²⁴³). La justicia peronista, en cambio, no quiere tratar a todos igual, sino que quiere, como cuando se crea el fuero laboral, producto de un proceso de constitucionalismo global, nivelar el “plano inclinado”, transformando la desigualdad material existente, como afirma Juan Manuel Palacio, especialista en Historia argentina. La justicia liberal, en la medida en que reproduce las desigualdades existentes, asumiendo que estas no existen o no son relevantes para el Derecho (para la “administración” de Justicia), asumiendo que las partes son “iguales” ante la ley, cuando no lo son, no es justicia²⁴⁴. En el Derecho administrativo puede retomarse una idea similar y con la que nace el “nuevo Derecho”, como lo llamó Palacio en la UBA: la idea de que existe en muchos ámbitos (que todavía no vemos) un *plano inclinado*. Nuestra tarea como abogados del Estado es tratar de invertir ese plano (panorama) tan desfavorable para nuestros Estados, endeudados y con poblaciones empobrecidas, con enormes deudas y con chicos con hambre. Mientras miles de chicos argentinos, peruanos, chilenos, brasileiros, comen literalmente de la basura, caminan kilómetros para buscar comida en los basurales a cielo abierto, el Estado pierde juicios millonarios pero sobre todo, juicios que calificaremos de *injustos*, que presuponen una pérdida —una renuncia a, y una forma de mancillar, de desconocer— nuestra soberanía. Hay una ingeniería detrás de estos procesos, donde lo financiero y lo jurídico se entrecruzan. Una ingeniería que conduce a limitar la defensa del Estado y no a evidenciar la trampa financiera de la deuda. Los Estados empobrecidos adeudan cada día más. Y su población es cada día más pobre. Estas deudas, que obstaculizan el desarrollo económico y social, no son —no parecen ser— deudas legítimas, contraídas para favorecer a nuestras poblaciones. Porque no favorecen a las poblaciones, las hambreadan. Hay un plano financiero global, contracara de uno jurídico, del que los países emergentes forman parte, que

²⁴³ Axat, J. y Croxatto, G. L., “Los que saquen la venda”, *Página 12*, Buenos Aires, 2014.

²⁴⁴ Palacio, J. M., *La justicia peronista. La construcción de un orden legal en la Argentina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.

constituye un *plano inclinado* para nuestros países, destinados siempre a construir (levantarse, defenderse) desde abajo, desde atrás, siempre recibiendo el “derrame” de recursos financieros sobrantes, casi siempre especulativos, enemigos, por ende, de toda “regulación” concreta que desnudaría una “intervención desmedida” y “populista” de los Estados. Nosotros entendemos que lo único “desmedido” es el hambre²⁴⁵.

ARREMANGARSE

La ECAE pretende convocar a todos los abogados “de trinchera” que están distribuidos en el territorio nacional (comprometidos en el territorio) para que cuenten y vuelquen en la ECAE su experiencia profesional. Esta experiencia es conocimiento. Y puede servir para construir lo que necesitamos desarrollar entre todos: espíritu de cuerpo y una doctrina jurídica consistente, comprometida en serio con la defensa de los intereses de la Nación.

Dentro de los objetivos del programa en Carreras de Estado (Resolución 2/2009, INAP, Secretaría de Gabinete y Gestión Pública, sección Objetivos), puede leerse: “a) Afianzar la comprensión del contexto internacional y nacional en el que se insertan las responsabilidades del servicio público. b) Presentar la agenda de gobierno e involucrar al personal público en el proceso de planificación estratégica de la gestión, orientada a la ciudadanía y al logro de resultados, y en la construcción de compromisos para su obtención. c) Analizar los desafíos institucionales de las políticas sectoriales con una visión integrada y de las diferencias político-institucionales, sociales y económicas derivadas de una gestión de política pública enmarcada en el sistema federal argentino. d) Facilitar la sistematización de un marco conceptual integrado relativo a la gestión estatal de políticas públicas. e) Contribuir a una reflexión profunda de los valores que orientan una Administración pública democrática, en particular, la relación entre la profesionalización y la ética pública en la construcción de la gobernabilidad. i) Constituir un banco de experiencias exitosas para promover intercambios

²⁴⁵ En 2015, a instancias de la Argentina, se aprobaron los nueve Principios Básicos de Reestructuración de Deudas Soberanas, en la Asamblea General de la ONU.

que mejoren la eficacia, eficiencia y efectividad del sector público, que jerarquicen a sus funcionarios y funcionarias ante la opinión pública difundiendo aquellos programas con mejor impacto social, y que promuevan una cultura de excelencia y calidad del servicio”. Este último inciso es fundamental y expresa el objetivo de la ECAE cuando quiere convocar, además de docentes y estudiantes, a cada abogado del sector público para conocer y retransmitir su experiencia. Este inciso expresa con palabras más técnicas lo que nosotros decimos sin ambigüedad: queremos convocar a cada abogado del Estado para que se sienta parte de la ECAE y utilice ese espacio para consolidar su doctrina y retransmitirla. Porque la experiencia particular de cada abogado del sector público, articulada, es el corazón de cualquier “doctrina” nacional. Una doctrina que no siempre está en los manuales. Pero que sí está acumulada en la experiencia de los abogados que defienden al Estado. Allí hay conocimiento. Hay un saber. También un compromiso.

Como advierte Ayelén Tomasini (lúcida abogada de la ECAE), uno de los primeros principios que se enseña en Filosofía es el principio de no contradicción: no podemos enseñar a Defender el Estado si el espacio encargado de impartir esa enseñanza básica no es, él mismo, un ejemplo de defensa y jerarquización real de lo público, si sus docentes o empleados están mal pagos, si sus oficinas están en estado de abandono y de olvido, con sus paredes o alfombras rotas. No podemos enseñar nada así. Mucho menos a “defender el Estado”, si la escuela (¡que es parte del Estado!) que imparte esa enseñanza (para aprender a defender lo público) está en ruinas, con una planta mustia creciendo en la puerta, en un frasco de mermelada viejo. Nos hemos propuesto arremangarnos y salir de esta contradicción cuanto antes, jerarquizando primero que nada nuestra casa. Se empieza por casa. La ECAE (nuestra casa, y la casa de cada abogado del Estado, espacio propio) cuenta con el firme apoyo de la Procuración del Tesoro, que la sitúa dentro de sus prioridades, no simbólicas, sino efectivas: queremos desarrollar pensamiento, queremos pensar juntos, construyendo ideas que sirvan. Porque la formación y capacitación de los abogados es una prioridad. Es esa enseñanza la que no puede quedar en el olvido. No se puede invertir más en publicidad que en capacitar a nuestros abogados. No lo hace Francia. No lo debe hacer la Argentina. Cuando esa enseñanza no es una prioridad para el Estado, la que no es una

“prioridad” es ni más ni menos que la defensa de nuestros recursos estratégicos, del Estado argentino, de nuestros intereses como Nación. Como país. Como pueblo. Como sociedad. El abandono de la ECAE, como decíamos antes, es un símbolo. Un metamensaje, para usar una expresión de Bertrand Russell. Hemos planteado retomar una iniciativa francesa: ponerle a cada camada (de especialización en Abogacía del Estado) un nombre de alguna figura importante de nuestra historia argentina y latinoamericana. No serán nombres ajenos. Serán nuestros nombres. Nuestros abogados del Estado: Manuel Belgrano, San Martín, Moreno, Scalabrini, Lucio Mansilla, próceres de nuestra historia, que algunos quisieron borrar de los billetes. La ECAE quiere recuperar esa historia, no protocolar, sino viva. Hacerle honor. Dignificar nuestra historia en serio es una forma de dignificar nuestro presente. El juramento a la bandera no puede ser una formalidad hueca, un acto escolar. El juramento del abogado que se recibe tampoco. Poner de nuevo estos nombres en circulación es una forma inmejorable de darles vida. De sacar a los próceres de nuestro pasado. De intentar que dejen de ser, como Rodolfo Walsh decía de San Martín, meras figuras de bronce en un pasillo elegante (¡ellos!, que jamás respetaron ningún protocolo: si hay algo que nuestros próceres —abogados de trinchera— no fueron nunca son figuras “protocolares”, figuras del “protocolo”; San Martín se “robó” un ejército, el Ejército del Norte, para ir a liberar Chile; Belgrano a su vez desobedeció dos órdenes del Triunvirato: esconder su bandera y retroceder hasta Córdoba, pero Belgrano ni retrocedió ni ocultó nunca su bandera). Y pasen a ser figuras vivas, capaces de inspirar la defensa de nuestra concreta soberanía, de nuestra Patria, de nuestra historia, de nuestro pueblo. Rodolfo Walsh quería a San Martín “lejos de los monumentos y los homenajes aburridos”. También nosotros.

El primer nombre elegido para la camada 2020 es el del primer abogado del Estado, en homenaje por los 250 años de su nacimiento y 200 de su muerte: la primera camada de especialistas en Abogacía del Estado llevará el nombre de Manuel Belgrano. Un destacado abogado de trinchera. No le sobraba nada. Lo dejó todo en el campo de batalla. Riquezas, salud, todo lo “perdió” (todo lo dio) Manuel Belgrano. Esa fue su ganancia. Dejar todo. Morir preso por una idea. Por un concepto: sea la libertad, la justicia, la independencia de la Nación. Murió pobre. Como San Martín, lejos de su Patria. Lo cual también nos debe hacer

pensar. Nuestros próceres mueren lejos. Casi siempre son expulsados, desterrados. Pero ¿quién los expulsa y por qué? Algo es claro: nuestros próceres no son (nunca han sido) figuras de protocolo. Figuras de bronce para un acto de *protocolo y ceremonial*. No eran figuras dóciles. Obedientes. Han sido, en todo caso, abogados de trinchera. Abogados comprometidos con el Estado, con lo público y con la sociedad. Usaban su traje azul zurcido una y mil veces. Como San Martín cuando se presentó en Santiago después de batallar por la independencia de Chile. Han entregado todo en ese camino. Esa era su vocación. La entrega. No las riquezas. Sino el compromiso.

Una mujer destacadísima de la historia argentina solía decir en sus discursos encendidos (recuerdo uno, en el Teatro Cervantes) que “el soldado se hace en el campo de batalla”²⁴⁶. El Abogado del Estado también. Toca, en definitiva, *arremangarse*, como dice bien la Dra. Ayelén Tomasini.

VOCACIÓN

*Son tan fuertes los aplausos que no puede oírse su voz;
tantas las estatuas, que se ha extraviado entre ellas el
hombre que conmemoran. Los argentinos tenemos que
rescatarlo, porque necesitamos de él.*

Rodolfo Walsh, sobre San Martín

Manuel Belgrano, creador de nuestra bandera, fue el primer *abogado del Estado* argentino. O como dijo Jorge Elbaum, un “soldado de la revolución”. Y me pregunto, leyendo los textos de Elbaum y de nuestro Procurador del Tesoro sobre Belgrano, qué, sino eso, somos los abogados del Estado argentino, tan vapuleado y vaciado, víctima de la especulación y la desaprensión, sino soldados de una revolución que se sigue construyendo, una batalla que se sigue dando, una causa por la independencia y la soberanía cuyas batallas (*inmateriales*, diría Scalabrini Ortiz) aún hoy se siguen librando. (Aprender a defender a la patria en *el orden inmaterial de los conceptos*, decía el ingeniero de

²⁴⁶ Barri, C., *Evita Capitana. El Partido Peronista Femenino 1949-1955*, UNTREF, Buenos Aires, 2012.

Forja). Porque la emancipación no está terminada. La independencia tampoco. La seguimos construyendo día a día. Es una tarea que está por construirse. Tiene avances, pero también ha tenido y tiene hoy retrocesos. La independencia no es una estatua (*antigua*) de mármol en una plaza vallada donde van los paseantes a sacarse fotos. (Sebreli, que denuesta al Estado, se autoproclama como *flâneur*). Salvo que la independencia, como la bandera, sean, o pasen a ser, como son para muchos, una *formalidad* sin contenido. Un eufemismo vacío. Una historia muerta. No viva. A nosotros nuestra bandera nos importa. Por eso ha vuelto a flamear en el frente de la ECAE. Ya no está arrumbada en un placard.

Los nombres que forjaron nuestra historia no fueron figuras protocolares. Los que lucharon con coraje por este país, para verlo libre, soberano, independiente y justo. Estos nombres no son —no deben ser, como dice Rodolfo Walsh — *estatuas de bronce*. Retratos que están perdidos en las bibliotecas. Figuras que sólo se celebran en actos escolares. Canciones viejas. Parte de un protocolo. Queremos traerlos a la vida. Que sean capaces de volver a inspirar algo concreto —algo vivo, presente, algo nuevo— a los abogados que tienen o van a tener en sus manos nada menos que la defensa de los intereses de la Nación. Más que borrar a los próceres de los billetes, queremos volver a situar estos nombres en nuestra memoria. Creemos que aún tienen muchas cosas para decir. Tienen mucho para enseñar.

El busto de Martin Luther King en los Estados Unidos es un bloque de mármol del que emerge una figura que no está terminada. Como los derechos civiles que Martin Luther King defendía, aún están por “terminarse”, por conseguirse, en construcción. Con la independencia sucede algo parecido. Es una construcción de cada día. No un tema de nuestro “pasado”. Sino de nuestro presente más vivo. La independencia no es una clase de historia. Es una tarea de cada día.

Vocación proviene del latín *vocare*, “llamar”, implica un *sentirse llamado*. Estos nombres nos llaman. Nos convocan. Por eso los ponemos. Para *convocar* a cada abogado del Estado a que llevemos adelante juntos una construcción compartida. Noble. Soberana. Construir soberanía. Construir independencia. Construir pensamiento. Qué mejor homenaje podemos rendir a Manuel Belgrano en este 2020, a dos siglos ya de su muerte, que ponerle su nombre insignia —¡su

nombre es una bandera!, que encarna tantas cosas positivas y valiosas, que podemos emular, porque ninguna tarea en el Estado es menor, y todas cuentan (por eso somos un *cuero*)— a la primera camada de especialistas en Abogacía del Estado de la ECAE. Traer esos nombres a la vida, quererlos vivos a todos ellos, no muertos, como decía Walsh de San Martín. Sacarlos del mármol.

LA PRAXIS CONCRETA. EL DERECHO EN LOS LIBROS

Una formación sólida no es ni debe ser necesariamente una formación academicista. El academicismo termina muchas veces, sobre todo en nuestros países subdesarrollados (pero con elegantes facultades de Abogacía: pienso si es un accidente que la flamante facultad de Derecho de la Universidad de privilegio San Andrés, antes ubicada en un campus cerrado, privado, una facultad de Derecho *privada* —parece un oxímoron, como dijo Mario Bunge en la UCES—, esté hoy en un edificio elegante de Recoleta, donde hasta hace muy poco tiempo funcionaba la fundación *Bank Boston*), tendiendo una trampa formal y “académica”, en la que el Derecho culto termina siendo apenas un “tema” de discusión “académica” (entre hombres cultos), pero algo que está muy pero muy alejado de la realidad social que vivimos como país, como sociedad, con tanta gente hundida en la pobreza y sin ningún derecho a nada, comiendo masa frita con las migas que juntan del piso, como dice John Steinbeck. El academicismo (legal) es una afrenta para a estas personas. Por eso vivimos una etapa en que se replantean también las formas de enseñanza jurídica. No es lo mismo enseñar Derecho en Perú, en Huanuco, en el Callao, en la Argentina, que en París o Alemania. La Matanza no es Harvard. No estamos en La Matanza. Creemos en la solidez académica, sí, pero creemos que esa solidez debe servir sobre todo para reivindicar, desde un pensamiento crudo (y “desordenado”²⁴⁷), derechos en la práctica concreta, que es el único lugar donde el Derecho se define. Por eso nos importa tanto,

²⁴⁷ Tomo este sano y no poco inteligente elogio del colega y amigo Daniel Rafecas, en su reseña de mi libro *Constitucionalismo y Democracia, de la tensión al falso dilema* (UNLA, Buenos Aires, 2018), por publicarse en la *Revista Lecciones y Ensayos, UBA-Derecho*, 2020.

como escuela, el pragmatismo filosófico²⁴⁸. El pragmatismo puede brindar una orientación adecuada a la hora de repensar nuestro Derecho argentino, el Derecho *nuestroamericano*, en expresión de Alberto Filippi. Estamos en Harvard, no en la Matanza. Porque la Argentina es en general más parecida a La Matanza que a los edificios de estilo parisino donde unos pocos privilegiados estudian (o aprenden) Derecho. La fundación del Banco de Boston (actual Fundación Standard Bank) funcionaba en ese edificio recoleto, estilo tudor, sobre la calle Riobamba, con techos elegantes (la París de América del Sur...) donde hoy se ha instalado (la continuidad puede parecer imperceptible, no lo es) la facultad de Abogacía (para pocos) de la Universidad de San Andrés. Nosotros no queremos una Justicia *para pocos*. No queremos —ni creemos— en una justicia como un privilegio. Creemos que la Justicia encarna históricamente (*res públicamente*) todo lo contrario de un *privilegio* privado, cerrado o individual. Representa un interés público, colectivo. No un negocio para pocos. Sino un espacio para muchos. No un “costo”. Una “carga” social. Una *externalidad* republicana. Una *interferencia* pública. Donde todos, hasta el más humilde, puedan entrar. No como en el cuento de Kafka, *Ante la Ley*, donde los campesinos y pobres quedan afuera de la Justicia, penando porque los “guardianes” intimidan demasiado... Nuestra tarea como abogados es *no intimidar*. No ser como esos “guardianes” del cuento de Kafka.

LA CARIDAD EN LA VERDAD

En la Universidad Nacional de Lanús (UNLA), en cuya plaza de la quijotania los molinos son más chicos que los quijotes, no se enseñan disciplinas tradicionales (como Derecho), se enseñan y abordan problemas. En lugar de la carrera de Derecho, esa universidad imparte clases de una licenciatura llamada *Justicia y Derechos Humanos*, carrera dirigida por Luis Alen, quien fue compañero de Duhalde y subsecretario en tiempos de reinicio de juicios de lesa. Porque entiende que eso es lo que falta al Derecho: justicia. Si le creemos a Galanter,

²⁴⁸ Pierce, Dewey, Richard Rorty, William James, Hilary Putnam. El pragmatismo es eminentemente norteamericano. Esto se ve también en su psicología y en su sociología conductistas.

Ana Jaramillo, la rectora de esa Universidad de Lanús, tiene razón. (Se comparaban estas universidades del conurbano —alguien dijo que hay demasiadas— con las “*land-grant universities*” de los Estados Unidos, como la de Georgia, que son las universidades *técnicas* norteamericanas creadas, a comienzos del siglo XIX, *para negros*, para los hijos de los que recogían algodón). Como decía Pier Paolo Calamandrei, hay demasiados abogados, pero hay muy poca justicia. Entonces, más que enseñar Derecho (aulas y más aulas de abogados técnicos, de profesionales que buscan en su mayoría aprender rápido cómo ganar dinero), que es muy importante, el trabajo es volver a recuperar para el Derecho en Avellaneda, en Gerli, en La Matanza, en José C. Paz (donde se forman los abogados *flor de Seibo*, como le decían hace medio siglo los ingenieros de la UBA a los ingenieros de la universidad obrera, luego Universidad Tecnológica Nacional, aludiendo a una marca de alimentos baratos, de “segunda”), esa aspiración perdida: la de una idea básica de justicia, la construcción de un mundo más justo. O un poco menos cruento. Menos desigual y sin hambre. Un poco más ecuaníme. Mucho de esa discusión depende de la decisión que tomemos, cada uno, los abogados del Estado. De las prioridades que nos tracemos en el ejercicio profesional. El Derecho puede ser una vocación. La justicia puede (volver a) ser el norte de nuestra disciplina. Como afirma el Papa Benedicto XVI, en su encíclica *Caridad en la Verdad*, de 2009²⁴⁹: *Ante todo, la Justicia*. Tiene razón Benedicto. Sin justicia, no puede haber “caridad”. Es una caridad vacía, una caridad hipócrita. Primero, la Justicia. “Ante todo, la Justicia”, como dice Benedicto XVI, célebre por sus debates con Habermas en Alemania. Esta es la base real de cualquier desarrollo: la Justicia. La caridad *en la verdad*. No la caridad... en la mentira. Sin justicia no hay —no puede haber— desarrollo alguno. Sin Justicia, no hay “libertad de elegir” nada.

Rescatemos del olvido, pues, volvamos a leer, a los autores de la tradición republicana. Cicerón, Tito Livio, Tácito, Salustio (estos tres, los grandes historiadores de la república romana), Maquiavelo, Guicciardini, Leonardo Bruni. Tengamos en mente estos nombres. Tratemos de recuperar su pensamiento. Lo necesitamos para (volver a) pensar el Estado. Para volver a dotar al Estado argentino de un pensamiento y de

²⁴⁹ Benedicto XVI, *Caritas in Veritate*, 29 de junio de 2009.

una base conceptual sólida que hoy por momentos no tiene: porque no tiene teorías. Tiene *propaganda*. Asesores de imagen. Pero carece de doctrinas. De ideas “viejas”. De virtud “antigua”. Poco “moderna”.

COMO LA ESTACA QUE SE CLAVA MÁS PROFUNDA EN LA TIERRA²⁵⁰

En Huanuco, norte de Perú, el símbolo que representa al poder judicial son los negritos que danzan, rompiendo unas cadenas que los esclavizan. No hay mejor símbolo para retratar la tarea de la Justicia que una cadena rota²⁵¹.

Bertolt Brecht, luego del exilio, en su maravillosa obra de teatro *Los días de la comuna* (que rememora la Comuna de París de 1871), imagina —la obra fue estrenada en el *Berliner Ensemble*, su teatro, un diálogo (entre el gobernador de un Banco, el Banco de Francia, y un representante de la Comuna de París) que puede servir para ahondar en la expresión *abogados de trinchera*, con que el Dr. Horacio Diez ha iluminado bien nuestro trabajo y nuestro camino. Nuestra vocación de entrega. Veamos un extracto del diálogo de Brecht, que está a medio camino entre la ficción literaria (su teatro no era ficción) y la realidad histórica más cruda, con un final poco alentador, donde casi siempre

²⁵⁰ Expresión de Carlos Deslay, deán de la Comuna de París. “Vuestros adversarios han dicho que herís a la república; nosotros responderemos, que si la hemos herido, es como la estaca que se clava más profunda en la tierra. Sí, es por la libertad completa de la Comuna por quien la República va a enraizarse entre nosotros. La República no es hoy la que era en los grandes días de nuestra Revolución. La República era un soldado que para combatir, dentro y fuera, tenía la necesidad de centralizar bajo su mano todas las fuerzas de la patria, la República de 1871 es un trabajador que tiene sobre todo, necesidad de libertad para fecundizar la paz. ¡Paz y Trabajo! ¡He aquí nuestro porvenir! He aquí la certidumbre de nuestra compensación y de nuestra regeneración social, que así comprendida, la República puede todavía hacer de la Francia el sostén de los débiles, la protectriz de los trabajadores, la esperanza de los oprimidos del mundo, y el fundamento de la *República Universal*. La emancipación del Municipio es, pues, lo repito, la libertad de la República. Cada uno de los grupos sociales va a encontrar su plena independencia y su completa autonomía”. Discurso pronunciado el 2 de abril de 1871 en la sesión de instalación de la Comuna en la diputación de París (*Diario oficial de la Comuna*, 2 de abril de 1871).

²⁵¹ La libertad que guía al pueblo es la libertad republicana.

han triunfado los sectores privilegiados (la libertad negativa, la libertad “moderna”), no la República²⁵².

BESLAY. Ciudadano, los oficiales pagadores de los batallones de la guardia nacional se encuentran en el Ministerio de Hacienda con cajas precintadas. Pero hay que pagar los sueldos o el banco será jaqueado, diga lo que diga yo. Esa gente tiene mujer e hijos.

GOBERNADOR. Monsieur Beslay, de acuerdo con los estatutos de vuestro comité central, los empleados del Banco de Francia han formado un batallón de la guardia nacional. Permítame asegurarle que, desde hace más de dos semanas, tampoco ellos han recibido un céntimo de su sueldo y que también ellos tienen mujer e hijos. Monsieur, usted ha recorrido los patios y los ha visto armados, hay entre ellos hombres de sesenta años y puedo asegurarle que, si atacan el Banco que se les ha confiado, lucharán.

BESLAY. Esa lucha duraría dos minutos.

GOBERNADOR. Tal vez uno solo. ¡Pero qué minuto sería en la historia de Francia!

BESLAY, *tras una pausa*. La comuna ha promulgado un decreto, según el cual los batallones especiales deben ser disueltos e integrados en los otros.

GOBERNADOR. Sabía que diría eso, monsieur. *Levanta un rollo de pergamino*. ¿Puedo mostrarle otro decreto del archivo del Banco, dictado por otra asamblea revolucionaria más antigua, la Convención de la Revolución Francesa, y firmado por Danton²⁵³, según el

²⁵² Escribo este texto un 16 de junio, mismo día en que se llevó adelante el bombardeo criminal de Plaza de Mayo, cuyas marcas aún se destacan en las paredes de muchos ministerios, como el Ministerio de Economía. Allí están aún las marcas de las bombas. De entre las cientos de víctimas desprevenidas, 40 chicos con guardapolvo que venían de Corrientes a conocer la Capital y a entrevistarse con el presidente, pero que fueron asesinados por una bomba en un trolebús.

²⁵³ Georges-Jacques Danton, abogado y político revolucionario francés (jacobino, pero del ala o facción *indulgente*, guillotinado por Robespierre en abril de 1794, al igual que los líderes del ala o facción *hebertista*, más dura, guillotinado en marzo. Hebertistas y Dantonistas fueron eliminados para unificar la dirección del proceso revolucionario en el Comité de Salvación Pública, dirigido por M. Robespierre, el incorruptible, también abogado). Ministro de

cual se dice que las oficinas de los empleados de las grandes administraciones son sus puestos de combate?”

Brecht, *Los días de la Comuna*²⁵⁴

Justicia de Francia, un republicano pero *moderado*. Conocido (y cuestionado por algunos, en este caso es citado precisamente por el gobernador del Banco de Francia, contra las pretensiones de la Comuna de París, ironía de Brecht, sin dudas con fuerte respaldo historiográfico, como se ve, no hay “ficción” alguna) por ser un abogado “contemporizador” de intereses. La ironía de Brecht en esta obra no disminuye el valor legado de la anécdota, que cuenta sobre todo para los abogados del Estado en países empobrecidos como el nuestro, con pueblos subyugados. Danton fue perseguido por Louis de Saint-Just, también abogado. El fanatismo político, sin embargo, como advierte bien Michelangelo Bovero, colega de Norberto Bobbio, no va de la mano (o no ya) de la intrasigencia en la defensa de los derechos básicos y la dignidad humana.

²⁵⁴ Más adelante en el diálogo de la Comuna puede leerse:

“GRITOS. ¡Eso es una traición! — ¡Peor! ¡Una tontería! — ¿Tendrán que pasar hambre nuestros comuneros, mientras el señor gobernador del Banco de Francia nos habla de “formalidades imprescindibles”? — ¡Basta de negociaciones, enviad un batallón!

BESLAY. Ciudadanos, si no estáis satisfechos de mi trabajo, ¡estoy dispuesto a dimitir! ¡Pero no olvidéis que el patrimonio de Francia es nuestro patrimonio, y que debe administrarlo un buen padre de Familia!

GRITO: ¿Usted o el Gobernador?

BESLAY. ¡Yo me precio de haber traído a nuestro lado a ese hombre, tal vez algo formalista, pero honrado, recurriendo a su honor profesional y a su capacidad para encontrar una solución legal!

GRITOS. No queremos recurrir a él, sino meterlo en la cárcel. — ¿Por qué hace falta una solución legal para que el pueblo reciba un dinero que es suyo?” (pp. 64-65).

Debo esta pieza de teatro (crítico, revolucionario) a mi tía Gladys Croxatto, fallecida recientemente, con quien conocí el teatro de Bertolt Brecht en Berlín en 2015 (Berliner Ensemble, Bertolt-Brecht Platz 1, 10117, Berlin). Vaya este modesto homenaje a la mujer (que le pidió en el ‘83 al poeta Nestor Perlongher que redactara en persona un panfleto para repartir en los bares de Buenos Aires, en favor de los derechos de los grupos gays, que Perlongher escribió —desde San Pablo— y fueron repartidos en la Plaza de Mayo el día que asumió Alfonsín, para ampliar el sentido del regreso de la democracia, *hay cadáveres*, la homofobia fue parte medular del Proceso) que me inició en el camino de la abogacía *pública* y en el compromiso con los que menos tienen. Que me regaló, naturalmente, este texto que cito ahora, veinte años más tarde. A Brecht, como a los comuneros, les interesaba —como a los franceses igualitarios, denostados por el conservadurismo aristocrático— el sentido profundo de la palabra *República*. También a nosotros.

Se cumplen siete meses de una pandemia que ha segado ya casi un millón de vidas. Este fenómeno dejará secuelas profundas en diferentes niveles. El Estado no es ajeno a estos cambios: está llamado (ante un nuevo fracaso global, con fallas de coordinación de la “gobernanza”) a ser protagonista. Pensemos, por ejemplo, en el concepto de *bien público global-mundial*²⁵⁵. La salud hoy se dirime también en este campo de conceptos. La vacuna como bien privado. O como bien público. El número de esta revista, los artículos que siguen, se dedica(n) a este drama global. Probablemente algunas discusiones nos sirvan para abrir los ojos. En mi caso personal, mi trabajo se centra en redescubrir la historia —estricta y dura, realista— de la República. Del pensamiento republicano. La carrera de la revolución implica entender el lenguaje de la revolución (de Mayo), dice

²⁵⁵ “En mayo de este año, el presidente de Sanofi, Paul Hudson, le dijo a Bloomberg que Sanofi, en caso de que descubriera la vacuna, la distribuiría primero en los Estados Unidos porque Washington ‘comparte los riesgos’ de la investigación. Frente a la polémica que suscitaron estas declaraciones, los portavoces del grupo salieron a calmar las inquietudes y prometieron ‘servir a los franceses’. El presidente francés, Emmanuel Macron, ya dijo en mayo que le vacuna debería ser ‘un bien público mundial’. En el mismo sentido se expresó el Secretario General de las Naciones Unidas, Antonio Guterres, para quien la vacuna ‘debe ser vista como un bien público mundial, como una vacuna de los pueblos’. La Unión Europea ‘anhela’ un ‘acceso universal rápido y equitativo’ mientras que el presidente chino, Xi Jinping, prometió que si sus investigadores tenían éxito, Pekín pondría su descubrimiento en acceso libre. Los industriales llaman a todas las puertas para conseguir financiación. La de los Estados y la de los fondos como la Coalición Internacional CEPI (Coalition for Epidemic Preparedness Innovations), cuya sede está en Noruega y cuenta con un ‘colchón’ de 680 millones de euros consagrados a la selección y financiación de proyectos. Es casi un sueño pensar en una posibilidad gratuita cuando está en juego un mercado de 65 mil millones de euros. La noción de bien público mundial apareció en los años 90, sobre todo a partir de las teorías de Charles Kindleberger, quien definió al bien público mundial como ‘un conjunto de bienes accesibles a todos los Estados que carecen de un interés individual por la producción’. No parece ser el caso, tanto más cuanto que la noción de ‘bien público mundial’ reposa sobre una estructura ya desaparecida: la cooperación entre los Estados. Trump se quiere salvar a sí mismo; China, su prestigio; y Europa pedalea detrás de las dos potencias mundiales. Los Estados financian sus propios laboratorios y centros de investigaciones al mismo tiempo que se ‘garantizan’ la disponibilidad de la vacuna ante los grupos farmacéuticos (Página 12, 18 de junio 2020).

Donghi²⁵⁶. Una carrera abierta por ella misma. En igual sentido, hay una carrera por la república, una carrera que los argentinos veníamos corriendo desde atrás. Por eso me parece importante volver a recuperar y a pensar (y volver a hablar) el lenguaje republicano. La libertad republicana, la libertad positiva. La libertad clásica, que Maquiavelo asocia a la virtud cívica, hoy desdibujada e invertida como un “costo”. Como una “carga” social. La participación (mal vista) como una “carga” pública. No como un “derecho” y un compromiso con nosotros mismos: con nuestra propia libertad positiva. No se puede ser libre si no se defiende también la libertad de los otros. Losada habla bien de una lógica democrática. Pero hemos hablado muy poco de la lógica republicana inherente en la Revolución de Mayo, en la noción de pueblo y participación popular. Lo vemos siempre como algo *democrático*, pero no hemos hablado lo suficiente de la tradición republicana en esos movimientos.

Mitre sostiene que la Argentina es democrática por naturaleza. Donghi repite la misma idea: los orígenes de la Argentina están vinculados a la democracia por “naturaleza”. Falta en ese relato histórico otro rasgo (no el que se suele oponer al primero desde el revisionismo histórico no liberal, con su contestación a la Argentina liberal-democrática,

²⁵⁶ Donghi, T. H., *Revolución y guerra: formación de una élite dirigente en la Argentina criolla*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014. En respuesta a la crítica de Donghi, que impugna al revisionismo histórico decadentista (de Duhalde y Ortega Peña) de hacer mera “literatura” (un subgénero de la novela.): “Pienso de verdad, que de todos los escritores bajo el sol, el Poeta es el menos mentiroso. [...] Del mismo modo, los otros artistas, y en especial los historiadores, aseverando muchas cosas, difícilmente pueden, en el nebuloso conocimiento de la humanidad, evitar decir muchas mentiras”. Dice el gran poeta inglés Philip Sidney, en su libro *Defense of Poesie. Que se poetizen los abogados*. Esta es la consigna que compartimos con Axat y la hija de Paco Urondo, Angela Urondo Raboi: que se poetizen significa, como advierte Martha Nussbaum, que se humanicen (piensen, reciten poemas) un poco los abogados. Que no caigan en las telarañas procedimentales (y “administrativas”) de la burocracia, que les impiden pensar (los dispensa —o nos dispensa— en parte de todo pensamiento el formar parte de una gran “estructura”), que diseca poco a poco el ideal de Justicia en un proceso lleno de papeles, aunque vacío de cualquier ideal. Para que la gente “vuelva a creer” en la Justicia, es preciso primero que los propios abogados “vuelvan (o volvamos) a creer” en lo que hacemos. En la profesión que defendemos.

Juan José Hernández Arregui, Scalabrini Ortiz, Duhalde, Ortega Peña, entre otros nombres destacados, sino): el lenguaje republicano. La crítica a la versión liberal de la historia —que hace el revisionismo— está asociada a la crítica de la democracia liberal por su vínculo con la oligarquía “liberal-conservadora” (que reivindica la historia mitrista, seguida por Donghi). Salir de esta “grieta” historiográfica conceptual supone trascender la naturaleza democrática de la política rioplatense, para llevarla a un enfoque republicano (si se quiere más) “abstracto”, incluyendo el discurso ilustrado de Francia, que no fue el eje que tomó nuestro primer revisionismo (de Scalabrini a Duhalde, pasando por De Rosa, Viñas y Ortega Peña, más allá de la reivindicación de Rosas que hace esta izquierda nacional). Puede haber un “revisionismo” republicano. San Martín leyendo a Rousseau. Un San Martín vivo. No muerto. Un San Martín “reencarnado”, en expresión crítica de la prensa²⁵⁷. Un

²⁵⁷ La democracia implica igualdad... No se puede hacer política de espaldas al pueblo. La Revolución de Mayo de 1810 instala una lógica democrática. Todos los historiadores reafirman este punto: ya no hay monarcas. Politización popular. Gran homogeneidad por ausencia de jerarquías... homogeneidad ética y pobreza masiva nos “igualaban”. Para Donghi, para Mitre, la naturaleza intrínseca de la Argentina es democrática. El problema es cómo formar una clase dirigente que sea capaz de conducir a esta sociedad al camino del “progreso”. Se habla mucho del componente democrático de la revolución (de Mayo). Pero se habla muy poco de su componente republicano. Que hubieran triunfado los moderados, que San Martín termine en el exilio, que Moreno termine muerto en circunstancias dudosas, como Monteagudo en Lima, donde un puñal artero lo mató, no alcanza del todo para justificar este olvido. Dice bien Leandro Losada que los “reaccionarios” en la Argentina no existen porque no había un antiguo régimen que añorar, y porque la participación popular no se percibe entre nosotros como un peligro o problema que ponga en riesgo cierto el orden. La elite decía sí que había que darle “forma” a la democracia. Nuestra sociedad —se admite, desde el comienzo (Mitre ya lo reconoce)— es democrática. Después hay que ver qué “forma” le damos. Ese carácter “plebeyo” de la política rioplatense está pues desde los albores. Participación política de los de “abajo”. Las elites no fueron muy recelosas de este fenómeno democrático. El debate era cómo incorporar al pueblo sin que las disputas en la elite (al interior de las elites) generaran problemas. Pero nunca se pone en tela de juicio la democracia, aunque nuestra Constitución se cuida bien de aclarar que el pueblo no delibera ni gobierna... *sino a través de sus representantes*. Como dice muy bien Marcela Ternavasio, en el momento mismo en que el pueblo conquista su soberanía política, la pierde, la delega. La recorta.

intervalo de este camino es la figura, con aspectos republicanos, con lemas republicanos (por algo se hacía llamar “el restaurador de las leyes”), de Rosas. Centrémonos en su figura. O más que en él, en las críticas que ha recibido y sigue recibiendo.

LA SUSTITUCIÓN DEL CABILDO POR LA SALA DE REPRESENTANTES...

Ni el polvo de sus huesos...

José Mármol

Donghi habla de la ruralización (se incorpora la campaña, en términos económicos y políticos), de la militarización de las bases y también de la “barbarización” de la política a partir de la Revolución de Mayo. Todo lo que la Revolución de Mayo supone esta “condensado” (en términos de barbarización...) en la figura de Rosas. Por eso la historiografía liberal mitrista impugna tanto su figura, reivindicada luego por el revisionismo histórico peronista (Duhalde, Ortega). Esta es la “politización” (*sic*) que trae, dice Donghi, la Revolución de Mayo. Estos son los mismos conceptos críticos que se emplean aún en la actualidad. No son otros. No es otro el discurso sobre la *politización popular*: la politización y barbarización de las *bases*; no ha cambiado.

Quisiera detenerme en un hecho concreto de nuestra historia. El día de la soberanía nacional. San Martín le envía el sable a Rosas desde su retiro en Francia por defender este la soberanía en la batalla de Vuelta de Obligado, donde resistió, en asimetría numérica y militar, los embates de los ingleses (por eso celebramos en homenaje, ese día, 22 de noviembre, el día de la soberanía). Curiosamente, historiadores liberales mitristas, discípulos liberales de Donghi, como la estimada Dra. Marcela Ternavasio, que cuestiona la idea de celebrar el día de la “soberanía”, entiende, paradójicamente, que San Martín “no era ni es ningún aval historiográfico”. Este es el círculo cerrado (academicista): los historiadores liberales le indican desde el living de su casa a nuestros libertadores, que se jugaron la vida en nuestra emancipación, en qué sentido no actuaron como hubieran debido actuar (en este caso, le cuestionan a San Martín que el hecho de haber entregado el sable a Rosas no es ni configura, sin embargo, un “aval

historiográfico” a Rosas, aval que suponemos, entonces, sólo podrían otorgar los historiadores²⁵⁸). O si sus hechos crudos son o no un “aval” útil e históricamente relevante para el relato liberal. Para sostener un libretto. Pero esa no es la tarea del historiador “objetivo”, justamente. El historiador objetivo, nos suelen decir desde la Academia (el historiador “serio”, el historiador que no “novela” la historia, y esto es una crítica a O’Donell, a Duhalde, no sólo a Hayden White, Collingwood, o Ankersmit), no está para opinar sobre los hechos, sino para traerlos con “imparcialidad objetiva” al presente. Pero son los mismos que cuestionan luego el “relativismo” y la falta de rigor histórico crudo del revisionismo histórico (novelado, *el silencio sepulcral de las fuentes*), la falta de “objetividad”. Entonces hay que quedarse con el hecho duro, “objetivo”, inopinable y concreto, no con la interpretación histórica posterior, el “relato” liberal mitrista, en este caso, al que algunos gestos (como el sable a Rosas) incomodan. El hecho duro, irrefutable, es que San Martín (ya estaba viejo... estaba “gagá”, estaba “lejos”, como si el libertador no “entendiera” lo que nuestros historiadores más lúcidos, un siglo después, sí entienden “mejor”) le envió ese sable a Rosas después de la batalla de Vuelta de Obligado, donde se defendió nuestra soberanía nacional, razón por la cual se conmemora ese día. Y no alcanza con decir que San Martín (al que también se acusó de traidor, y de haberse robado el Ejército del Norte para emancipar a nuestros países) estaba “viejo”, o que estaba lejos. Lo mismo que sus cartas con Chacho Peñaloza y otros caudillos federales, cartas recortadas por Mitre²⁵⁹. Nosotros queremos un San Martín vivo, no muerto, como dijo Walsh. No un San Martín de bronce. Para celebrar en los actos escolares. Un San Martín completo. Los hechos duros y concretos. Los hechos que el propio Mitre como historiador narra o pretende narrar. La historia mitrista se queda muchas veces a medio camino y cae en los mismos vicios que sus herederos le reprochan duramente al revisionismo histórico, que nace para impugnar los silencios de la historia “no revisada”. Los silencios de la Historia

²⁵⁸ Marcela Ternavasio no es la única historiadora argentina que sostiene este particular punto de vista. Pero sí una de las más destacadas.

²⁵⁹ Duhalde, E. L., *Contra Mitre. Los intelectuales y el Poder. De Caseros al 80*, Punto Crítico, Buenos Aires, 2005.

Definitiva...²⁶⁰. Los silencios de la historia “objetiva” (que luego impugna a David Viñas en su libro *Ejército, indio y frontera*, que denunciaba el genocidio del indio, por ser un historiador “rojo”, como lo calificó Abelardo Levaggi —amigo de Daisy Rípodas Ardanaz, esposa de José María Mariluz Urquijo, director del instituto de Historia del Derecho— en el doctorado en Derecho en la UBA, en la clase de Derecho indiano, de la que el autor de estas líneas fue alumno²⁶¹).

²⁶⁰ Hemos abordado este debate histórico en el seminario *Cómo defender al Estado* (ECAE, 2020).

²⁶¹ *Parresía* era un concepto griego. Los abogados podemos recuperarlo. Daisy Rípodas Ardanaz, actual profesora de Historia y directora de posgrados en Historia de la Universidad del Salvador (que abandona la UBA cuando retorna la democracia), le respondió a mi madre, en plena dictadura (mi mamá también es historiadora de la UBA): “Ay, usted, Marta, siempre condoliéndose por todos” (1979), porque mi madre se había puesto a llorar en una reunión del equipo de trabajo de historiadores sobre hispanoamérica que ella entonces coordinaba (precisamente los que luego narran el horror “objetivamente”, en forma “imparcial”, no “subjetiva”, no “contaminada” por intereses políticos subjetivos de “revisar” el pasado por ellos ya “completo” y prolijamente contado), ante el comentario de Rípodas Ardanaz de que la noche anterior habían ido a su edificio (donde ella vivía) a buscar a dos jóvenes, y que se los habían llevado de su departamento (habían desaparecido... “se los llevaron”). *Ay, usted, Marta, siempre condoliéndose por todos*. Esta frase dicha por una referente de la Academia Nacional de la Historia argentina a una joven historiadora que se larga a llorar ante lo evidente, a su propio equipo de historiadores jóvenes... que aprenden así lentamente a narrar pero también a callar (a no “condolerse” por “todos”, a no condoler partes sensibles de nuestra historia... cruda, objetiva, y dura) es simbólica de una historia que se dice aún “objetiva”, pero que está recortada. Que tiene vacíos complejos, difíciles de llenar: tiene agujeros. Tal vez por eso luego impugnan, desde ese mismo lugar, la memoria “incompleta”, con Todorov como desprevenido ariete doctrinario de esta disputa cultural. Porque proyectan sus propios recortes y errores en los demás, que sólo han salido a buscar a sus propios HIJOS. Para que la historia sea por fin “completa” en serio. Sin nietos ni hijos robados (sin Pablo Míguez, sin Floreal Avellaneda), sin pactos de silencio, sin impunidad con el horror del Proceso. Donde Pablo Míguez no sea presentado como un “misterio”. Una historia capaz de condolerse por todos. No sólo por algunos. No hay más “incompletitud” que esa que mencionaba Rípodas Ardanaz cuando mi mamá lloraba. La historia sólo será “completa” cuando nos condolamos “siempre y por todos”, cuando cada nieto robado de su mamá y su familia de origen reaparezca, cuando cada hijo lacerado y privado de cualquier derecho a la identidad recupere su verdad “completa”, por fin sepa la historia “completa” de lo que le pasó y sucedió a sus

papás, que fueron “llevados”, como dice Rípodas, la historia negada en parte por los narradores pretendidos de la historia “objetiva”. *Rigurosa. Sin silencio sepulcral de las fuentes*, como dijo Donghi. Que dicen —imparcialmente— que David Viñas es un intelectual “rojo”. Y que la extracción compulsiva de ADN (un pelo en una almohada) es algo “autoritario”. No masacrar y torturar, robando a los hijos. No es autoritario “devolver” la identidad robada. Reconocer el horror. La historia “objetiva”, la historia “completa”, es la recuperación de cada nieta robada, sin dar vuelta la “página” blanca de la Historia con agujeros. Hay manchas de sangre. *Hay cadáveres* (dice Perlongher). Es una contradicción pedir de un lado “dar vuelta la página”, y del otro pedir “memoria completa”. Lo segundo no es real. Por eso no se pide. Sólo se cuestiona la única memoria que realmente existe. Ninguna memoria es perfecta. No por ser “incompleta”, ya que no ha aparecido del otro lado nunca otra memoria mejor o más completa (antes de la memoria “incompleta” sólo había juicios “simbólicos”, no juicios reales, había desmemoria, silencio, indultos e impunidad, injusticia y pactos para callar que todavía subsisten y son un obstáculo —una página oscura— para la labor judicial en los juicios de lesa humanidad), sino por ser “memoria”, a secas, como bien intuyó Duhalde, en su respuesta a Tzvetan Todorov, que luego delegó en mí, que aún la escribo con los libros que me dejó Eduardo, en un posgrado en la UTDT. Viñas —el “rojo”— pedía desde la Secretaría Nacional de DDHH “escribir todos los días un pequeño diario” para rebatir y desnudar las mentiras sobre la historia reciente que suelen salir a diario en las llamadas tribunas de “doctrina”, donde el negacionismo ha hecho escuela, y donde publicaban sus columnas de opinión Donghi, Todorov, Romero hijo, etc., precisamente. Y aquí el círculo se cierra, la historia mitrista, la historia liberal, Plaza Mitre, a metros de la embajada inglesa. La historia que cuestiona al San Martín “completo”, el San Martín “revisado” (Walsh, Duhalde, Ortega Peña, Hernandez Arregui, Scalabrini Ortiz, Norberto Galasso).

Una anécdota sobre el deber de informar a los argentinos. Cuando Ban Ki Moon vino a la Argentina en 2011, visitó la ex Esma, y tomó en ese lugar siniestro pero tan simbólico un pañuelo blanco de manos de Estela Carlotto, presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo. Dijo entonces, el secretario general de la ONU, “en la Argentina la era de la impunidad ha muerto, la era de la rendición de cuentas ha llegado”. Hecho notable de nuestra historia institucional. Sin embargo, al día siguiente, en la tapa del Diario *La Nación* no salió el secretario de la ONU en la ESMA diciendo esa frase y tomando un pañuelo blanco de las Abuelas de Plaza de Mayo, que colocó sobre su cabeza. No. Salió en tapa el Secretario General de la ONU comiendo modestamente un alfajor de chocolate en una estación de servicio Am Pm de Córdoba. Esa discreta imagen en una ruta. No la otra. Eso es proseguir un recorte. Es no es informar debidamente —diría Walsh— a los argentinos. Es desinformarlos. Es combatir la memoria “completa”. No decir “toda” la historia. Toda la

Rosas se hacía llamar el *Restaurador de las leyes...* y sabemos que el nombre de la ley es un nombre central de la historia republicana. *Del orden y de la virtud...* principios constitutivos desde la tradición republicana... Nuevamente, otro círculo cerrado: la crítica liberal-mitrista a la tradición republicana, encarnada también en el rosismo y en toda forma de *participación popular*. De libertad “positiva”. Un autoritarismo justificado en principios republicanos, dirán los críticos del “repertorio de Mayo” (en nombre de la libertad de comerciar, “moderna”, contra toda “interferencia” que afecte la libre “iniciativa” privada). El “repertorio” de Mayo es tan criticado como hoy es criticado el “relato” no liberal peronista. Son órdenes del discurso que se repiten y que merecen ser pensados. La crítica a Rosas (que de todos modos también desconfiaba de los “jacobinos y ateos”) no es una novedad antirrepublicana, una crítica liberal antisocratizante y poco nacionalista. Pero la clave es saber entender el eje —retórico— de este proceso que continúa vigente. Es un orden del discurso que se repite.

La revolución trajo la democracia pero no trajo la libertad... decía Alberdi. Seguimos siendo esclavos (“más esclavos” que antes), porque en la política nacional hay un componente “autoritario” que nos

verdad. Mostrar sólo una parte (por eso luego la estatua de Pablo Míguez es o representa “un misterio en el Río de la Plata”). Y luego invertir el proceso, diciendo que los que muestran la historia “completa” (los que buscan a sus nietos robados, los que impulsan juicios sobre complicidad civil con la dictadura, los que “des”mitifican la estatua), recortan la memoria. Al día siguiente le comenté a Duhalde la impresión contrariada que me generaba esta actitud “informativa”. Cómo no poner en tapa la imagen de Ban Ki Moon en la ESMA con un pañuelo blanco en la cabeza y diciendo semejante frase histórica. Pero sí una imagen sin relevancia de Ban Ki Moon comiendo un alfajor en una estación de servicio (porque no había podido volar, por un corte de ruta). Duhalde sonrió en el ascensor de la Secretaría de DDHH y me dijo, mirando como se encendían los números de cada piso, “Ay, Guido, todavía lees el diario de los Mitre...” Naturalmente, gran parte del restablecimiento del diálogo político y jurídico depende de que las nuevas generaciones de abogados seamos capaces de mantener debates serios basados en el respeto y en un conocimiento preciso de la historia argentina reciente, dos asignaturas pendientes, por decirlo “protocolarmente”, en las que hoy no nos destacamos. Hay que honrar esa memoria. Honrar ese camino. Nos legaron una historia viva. No muerta. Una historia para que nos hagamos cargo. La independencia es una tarea constante. No una tarea que ya “terminó”.

“esclaviza”. Naturalmente, el “liberalismo” (“moderno”, a lo Constant) de Alberdi no es un liberalismo republicano. El componente que *nos esclaviza* es el autoritarismo “político” rosista. Por eso es reivindicado aun hoy por el mitrismo. Por eso es su Constitución liberal (que defendemos en sus garantías) —y no la Constitución social de Arturo Sampay— la que continua vigente. La Constitución liberal. Restablecida por la revolución *libertadora* que bombardeó en forma criminal (para “liberarnos” de la “tiranía” del Derecho social) la Plaza de Mayo²⁶². El antirrosismo. El San Martín incompleto. El San Martín de bronce. Por eso se indignan ciertos sectores liberales con el hecho de que San Martín le hubiera enviado a Rosas, el “tirano”, su sable. Porque ese Rosas y ese San Martín (ni el polvo de sus huesos...) deben quedar afuera. El problema que queda “irresuelto” (con la revolución y el proceso que la prosigue), dicen los historiadores liberales, es el problema de la “libertad” (“moderna”) como lo piensa Constant en Francia. No la libertad republicana. Sino la libertad negativa (la libertad del “libre” comercio). La libertad individual... la libertad que defiende Alberdi (que defiende la inmigración inglesa). Por eso su Constitución es la que recupera la revolución “libertadora”. Cómo se construye la “libertad” en esa democracia... (autoritarismo y democracia, con fundamentación republicana, es una coordenada posible, como demuestra el Rosismo...). La experiencia del rosismo va a hacer a todo el mundo “liberal” (después de Rosas). Después de 1810 nadie habla en contra del pueblo, después de la experiencia rosista, sobre todo después de su segundo momento, nadie va a reivindicar el rosismo. Tampoco los caudillos federales. Sí se va a reivindicar la libertad “moderna”. La libertad privada. Constant. Mitre. Sarmiento. Avellaneda. Urquiza. El proyecto constitucional liberal (no republicano, sino moderno liberal negativo como “no interferencia” en la iniciativa privada como pilar del progreso de la “industria”, una Constitución que segmenta y no pide inmigración general, sino sólo europea, inmigración blanca, el liberalismo no quiere negros, desalienta su llegada). Alberdi. Libertad negativa. Recien a fines del siglo XIX se empieza a reivindicar de nuevo a Rosas (Ernesto Quesada, que era abogado, sostiene que Rosas actuó

²⁶² De Guemes, G., *Así se gestó la dictadura. “El GOU”*, Rex, Buenos Aires, 1956.

en nombre de la Razón de Estado²⁶³). Pero el liberalismo y el constitucionalismo, después de 1852, quedan enconados de un solo lado. Al punto que parecen sinónimos: constitucionalismo liberal. El constitucionalismo social tiene otras facetas. Otros pilares que, precisamente, le dan sustento a la libertad.

La ECAE nace inspirada en el modelo francés: la Escuela de Administración Nacional de Francia (ENA), por cuyas aulas ha transitado y transita gran parte de la dirigencia política francesa (sus aulas conforman el ingreso a la “Alta Administración”, ingreso aristocrático que precisamente se democratizó o quiso democratizar —un poco más— con la creación de la ENA en 1944, en tiempos de Charles de Gaulle²⁶⁴). Francia es un país de fuerte tradición republicana, una tradición que ha sido fundacional para los argentinos. A la Ilustración francesa se debe nada menos que nuestra emancipación americana. La Revolución de Mayo (¡nuestra independencia misma como país!) es hija de ese proceso ilustrado y republicano, aunque también igualitario, porque si algo querían los criollos libres, eso era precisamente conseguir la igualdad: la igualdad republicana. San Martín leía en Lima a Rousseau en las traducciones de Mariano Moreno, que le acercaba su secretario en Perú, el también abogado (formado en el Alto Perú, en Chuquisaca, en las aulas de la Universidad San Javier, que celebra en 2024 sus primeros cuatro siglos de vida) Bernardo de Monteagudo. La parte “jacobina” de la Audiencia de Charcas acercaba al libertador las ideas de Rousseau, ideas republicanas que San Martín repetía. Cuando habla de emancipación, de voluntad general, de libertad a cualquier costo, de ser libres a cualquier precio, de forzar a nuestros pueblos a ser libres, a conocer y valorar la libertad, de respeto a nuestros pueblos originarios, es indudable el eco “jacobino” de Rousseau en esas palabras. No hablaba San Martín de una libertad “negativa” “moderna”

²⁶³ Quesada, E., *La época de Rosas: su verdadero carácter histórico*, Nabu Press, Buenos Aires, 2011. En su exilio final en Southampton, Rosas escribía un ensayo titulado *La Ley Pública*.

²⁶⁴ Cuya visita a la Argentina en tiempos de Aturo Illia (1964) configuró el primer momento de deshaogo y vuelta a las calles de amplios sectores sociales y políticos que padecían la proscripción, la represión y la censura. En las calles de Buenos Aires podían leerse entonces carteles con la leyenda “De Gaulle es Perón”.

(Constant, Berlin), sino de una libertad republicana: de una libertad positiva. Participativa. De madurez cívica, como se dice hoy. Rousseauiana. Civil. Virtuosa, agregaría Nicolás Maquiavelo, defensor, con Cicerón, de la tradición republicana “antigua” al decir de Constant²⁶⁵. El recorte que se ha hecho de la figura de San Martín (de bronce) nos impide muchas veces entender su pensamiento republicano y federal. Estos autores defendían la felicidad entendida como *virtud*, como una forma de la virtud republicana, como participación y compromiso, no como un consumo (privado), aislado de lo público (epicúreo), que invierte esta tradición (también liberal) y percibe al Estado, a la sociedad y a lo “público” como una “carga”. Como un “costo” social, oneroso, pesado, como una “intromisión” indebida, como una “interferencia” injusta y negativa en la propia “libertad”, o como dicen hoy los economistas, como una pesada “externalidad” (un costo...) en la vida personal (como si la persona fuera “libre” en un Estado que no puede serlo, que es sometido, como si se pudiera ser libre solo, en soledad; Aristóteles ya desmintió esta posibilidad: sólo se es “hombre” en la polis, no sólo “libre”, sino “hombre” a secas). La inversión republicana no tolera este pensamiento privatizador y represor (no igualitario, no solidario, no colectivo, no comunitario, no público, no “justo”, no virtuoso en sentido colectivo, clásico, “antiguo”) de la importancia de lo público, que se aísla en barrios cerrados (mientras huye de la “presión” tributaria, la presión) de la cosa pública, la participación del (y en el) Estado, y de la *res* pública. (No se puede defender la democracia y a la vez denostar la participación en la polis, la crítica a la política *corrupta* es una crítica antidemocrática). Las “cargas” públicas y políticas. Los “costos” sociales. La *presión* tributaria, cuyo eje es la solidaridad social, comunitaria: sentido de comunidad pública (no comunidad de “negocios” privados). Esto es la *república*, en una palabra. No la “comunidad” de Movistar, o clubes privados de negocios. La *res* pública es otra cosa muy diferente. A recuperar. Hoy el vocabulario republicano está, como vimos, desdibujado, vaciado, un lenguaje usurpado: es una etiqueta que no dice nada. Una palabra vacía. Sin tradición. Sin historia. Un

²⁶⁵ Maquiavelo, N., *Los discursos de la primera década de Tito Livio*, Alianza, Madrid. 2015. Constant, B., *De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos*, 1819.

San Martín de bronce. Un San Martín (un Manuel Belgrano) muerto. No vivo, como dice Walsh. Los detractores del republicanismo han descubierto algo que intuía ya Julio Cortázar: mejor que impugnar o combatir la república es usurpar y desdibujar su mensaje, su palabra. Su ideario. Su etiqueta. Hoy cualquiera, en nombre de su propia y mezquina comunidad de negocios, interés individual, afirma estar (mientras defiende su negocio privado, individual, aislado, a cualquier costo, recortando y denegando derechos sociales como “cargas” públicas “perturbadoras”, “intrusiones desmedidas”) en “defensa de la república”. Es importante salir —cuanto antes— de esta contradicción. De esta confusión de conceptos. La falta de claridad arruina el debate. Lo anula. Precisamente lo que pretende un espacio no republicano: que no haya debate civil de ideas. Esto es lo que padece hoy nuestra sociedad. Enorme confusión civil producto de una profunda falta de debate político serio. La crisis de los partidos es sólo una expresión tardía de este fenómeno posmoderno. De esta caída de los grandes “relatos”. De este auge de la “gobernanza” planetaria, privatista, que ha dejado al mundo, como acaba de señalar el secretario de la OMS, sin “liderazgos” claros y con clara falta de “coordinación global” ante la pandemia: falta de solidaridad colectiva. La falta de multilateralismo. De trabajo conjunto. Republicano. Global. Falta de instituciones públicas sólidas, no privadas. Eso es lo que esta crisis sanitaria ha puesto una vez más sobre la mesa. El fracaso de la arquitectura internacional de la posguerra. La necesidad de generar una arquitectura política institucional internacional renovada. Seria. Pública. Redes de gobierno. No de “gobernanza”. La fisiocracia ha dejado a los países a la buena de Dios. La crisis del COVID-19 es una muestra de esta ausencia, no sólo en términos de hospitales. Falta coordinación global, porque el paradigma del Derecho internacional público —los foros de la diplomacia misma (cooperación internacional, seguridad colectiva)— está en crisis. Por eso retrocede la idea de “seguridad colectiva” (basada en la cooperación entre países, principio rector de la ONU) y se impone hace décadas la doctrina de la seguridad nacional, proteccionista, cerrada en lo interno y en la estrecha defensa confrontativa y recortada de “nuestros intereses”. Este mundo —crisis del paradigma humanitario— es un mundo que ha retrocedido globalmente varios casilleros. Que procesa a Scott Warren en Arizona como un “criminal” por dejar

agua en el desierto. El que ayuda es amenazado con la prisión. Antes, la ayuda humanitaria era algo básico, ni siquiera una forma de activismo, sino un gesto de mera “humanidad”. Hoy nos hemos deteriorado tanto que hasta la “ayuda” básica a otra persona se organiza y percibe como un trabajo (trabajo social) o como una forma de “activismo” humanitario. A tal punto nuestros instintos, diría Rousseau (nuestra piedad), retroceden. Este es nuestro mundo. Un mundo cada día más peligroso para los defensores de los derechos humanos. Donde ayudar es cada vez más difícil. Pero también cada vez más peligroso: ayudar es un crimen penado. Salvar vidas es un “delito”. Como en la Alemania nazi, el que ayuda o salva judíos puede ser condenado. Un mundo cuyas instituciones globales no sólo no están dando respuesta. Son instituciones que callan. La república ha retrocedido en cada país. Pero también ha retrocedido internacionalmente. La cosa pública global, la *res* pública, también retrocede. Por eso el debate sobre la vacuna como “bien público global”, propuesto por la ONU, no es un debate menor. Como no lo es desfinanciar a las pocas instituciones internacionales que siguen con esfuerzo en pie. La ONU merece y debe ser defendida. También la OMS. La crisis del multilateralismo es producto de la crisis del concepto de seguridad colectiva, basada en la cooperación entre países. Este mundo cerrado (seguridad nacional, proteccionismo, conflictos, guerras, migración forzada, migración económica) es un mundo riesgoso para los activistas que defienden los derechos más elementales. Su rol (médicos sin fronteras) es aun más relevante en un mundo sin instituciones globales eficaces. Un mundo sin coordinación global. Sin “gobierno”. (Como pretendía, ingenuamente, la gobernanza, creyendo que ya tocábamos el fin de la historia, el fin de los conflictos políticos, que sólo quedaba gestionar Estados como se gestionan o administran empresas). La gobernanza heredera de la fisiocracia es la que se esconde detrás de esta ausencia de instituciones de peso. La gobernanza neoliberal, hija de la fisiocracia, que pedía un Estado mínimo, es la que tiró la piedra y ahora esconde la mano, en una crisis planetaria de salud pública que nos deja al límite de la disgregación y el encierro de cada país sobre sus propias fronteras. Porque en cada país habría lo que la gobernanza desarmó internacionalmente: un atisbo de “gobierno” político. Decisión y capacidad de coordinar acciones concretas.

UN AGRADECIMIENTO Y UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE HISTORIOGRAFÍA Y DERECHOS HUMANOS

Versöhnung. Propongo repensar el significado mismo —historio-
gráfico— de una sola palabra.

Sería injusto no decir que debo el enorme título de este trabajo, “Abogados de trinchera”, al subprocurador Horacio Diez, quien me indicó desde el día uno de la nueva gestión (de la ECAE y de la PTN) que nosotros éramos eso: no grandes luminarias, sino abogados que están en la trinchera trabajando con sobriedad y sin aspaviento por el desarrollo y la igualdad de los argentinos, no desde las grandes cumbres literarias, sino desde la trinchera, que es nuestro modesto lugar de trabajo. Nuestro modesto “puesto” de combate en la construcción republicana. Quiero agradecer, pues, especialmente al subprocurador Diez su paciencia para con mis infinitas inquietudes y permanentes demandas, sobre todo vinculadas a la historia latinoamericana, limeña, que profundicé con él en sucesivas charlas, en las que me maravillé al aprender que Roque Sáenz Peña, que introdujo el sufragio entre nosotros (*el más lúcido de nuestros conservadores*), había batallado del lado peruano (que también represento) en la batalla de Arica, en la que fue tomado prisionero. El libro de Monteagudo sobre la pasión revolucionaria, de Pachó O’Donell, es una lectura que debo a Diez. Recuperar nuestra historia en estos tiempos es fundamental para entender mejor el lugar en el que estamos. Hay una parte de la historia que no se cuenta. Hay una parte que continúa —como muchos HIJOS— todavía desaparecida, robada, secuestrada en la oscuridad “completa” de la historia “objetiva”. El bronce duro de los próceres, que denuncia Walsh, es parte de esa deconstrucción. Walsh fue asesinado por informar lo que nadie más que él dijo. A nosotros nos parece que ese —y no otro— es —para usar la ambigua expresión de Tulio Halperín Donghi sobre el revisionismo histórico argentino decadente— el verdadero “silencio sepulcral de las fuentes”. Hay fuentes de la Historia argentina que no hablan, fuentes que fueron gravemente silenciadas, asesinadas a tiros y arrojadas al mar, fuentes que fueron robadas para siempre, de por vida. Quemadas. Desaparecidas de la Historia. Ni la ceniza, como dice Mármol, dejaron. Fuentes que no podremos ya nunca leer ni “consultar” en ningún archivo. (Pienso en la dura expresión del rostro de

Duhalde, en la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, en el piso 8, cuando mirando el escritorio, con la mirada fija, dejando el dunhill negro consumirse en un costado, me dijo “hay algo doloroso al final de todo esto”, algo que no podemos reparar, algo —recuerdo la palabra que usó como si fuera hoy— *desgarrador*, dijo, “hay un *desgarro* que nos impide ser optimistas, Guido”, algo, agregaría yo, que no se “repara” nunca, una marca fija que llevamos (como dijo una familiar de víctimas de la masacre de Srebrenica, con dolor), por eso el perdón no puede ser impuesto, no puede ser forzado, nadie puede ser obligado, por el Estado, ni por ninguna agrupación o legislación o idea, a perdonar, tampoco a los alemanes, dirá Jaspers, y pienso si es sólo un accidente de la gramática que la palabra “reconciliación” en alemán sea *Versöhnung*, que significa literamente *hacerse uno Hijo, ser uno con los HIJOS*, eso es la “reconciliación”, detalle notable que debo al Prof. Sebastián Abad, quien en un pizarrón viejo de Puan, en la cátedra de Dotti, me inquirió: “¿Qué significa esta palabra, Guido?”, señalando el pizarrón con la tiza blanca, esa palabra, pienso cómo podremos nosotros “reconciliarnos” cuando aún hay tantos hijos robados, secuestrados, *hacernos uno con los hijos*. Reconciliarse: hacerse “uno” con los hijos, no sólo recuperarlos de la mentira completa, sino unicidad con su cuerpo y su vida y su historia, que es la de todos nosotros. Nadie se salva. *Das Lied in mir*, jóvenes adultos robados en pactos de secuestro y silencio sepulcral definitivo (pienso en los que, como Levi, y el ejemplo fue de Eduardo, al final se han quitado la vida, pese a haber sobrevivido, no pueden ya “cargar” con eso: el dolor, *justificarlo*). No poder con eso. No el otro silencio, el que Donghi cuestiona (el de Ortega Peña y Duhalde en sus libros de Historia argentina “decadentista”), sino el “sepulcral silencio” de las fuentes: de Laura, de los papás de Julián Axat, de Pietragalla, de Vicky Montenegro, de Paco Urondo (esa es la “fuente” que Donghi no mira), tantos padres robados, tantos bebés privados de su identidad, criados con una venda en los ojos, a los que se les mentía y aún miente “por su bien”. El silencio sepulcral de las fuentes... Los huesos duros, Donghi, como dijo Fresneda, *los huesos también hablan*. También son una fuente cruda, ilevantable, inexpugnable, categórica y fervorosa de historia argentina. “Reencontrarnos y abrazarnos con estos huesos”, dijo Martín Fresneda. Uno no podía imaginar una metáfora. Tenía que ser literal. Imaginar a un

HIJO abrazando no huesos metafóricos, abrazando una osamenta de huesos reales. Abrazar los huesos. Una frase difícil de comprender —de digerir, se me hizo un nudo en la garganta, en todo el cuerpo— para quien no está en esos zapatos duros. En ese dolor tan profundo. El hueso duro de la historia. Una fuente grave, Donghi. Una fuente seria. Aciaga. De tanta verdad privada. Dura. De tanta fuente sepulcral silenciada y borrada por la “Historia”. Tanta abnegada verdad desaparecida, diría Viñas. Tanta verdad histórica negada. Masacrada. Muerta. Tanto dolor inconsolable (Pablo Athanasiu, nieto recuperado 109, no es un número más, ni lo hizo para cobrar nada, sino para “recobrar” lo que puede ser recuperado nunca). Tanta verdad no dicha. Tanto dolor objetivo. Sobran... la discusión por el número... (*lo hacen todo para cobrar una indemnización...*). Tanta falta. Tanta ausencia. Tanto agujero. Tanta mezquindad en nuestra historia. Tanto derecho no reivindicado. “No podemos consentir el abuso”, me dijo Viñas en esa misma secretaría. Ni la trampa. Por eso convocamos (pienso en Todorov, a quien Duhalde me había conminado en vida a responderle sus críticas arteras y a más superficiales, ya que nada es más “completo” que la búsqueda de los Hijos robados) también a un debate de Historia. En la impunidad también hay una “ideología”. Pido disculpas por esta digresión en un artículo que quiso ser jurídico. Pero la frase de Horacio Diez me hizo pensar mucho en Duhalde y en Viñas, en el trabajo que se hacía a conciencia y vértigo (buscar huesos es difícil y es vertiginoso, como el nuevo centro clandestino descubierto por el juez Daniel Rafecas) en la Secretaría Nacional de DDHH, de la que formé parte. (Donghi, T. H., *El revisionismo histórico argentino como visión decadentista de la historia nacional*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005). Pienso si otra de las críticas de Donghi en ese trabajo (hacer de la historia un subgénero literario... una forma de poesía...) no tiene a su vez algo que ver con el hecho concreto de que Duhalde me llevó insistentemente a la presentación, un viernes de mucha lluvia, de un libro de poemas de Rosa María Pargas, desaparecida, donde conocí a Julián Axat (abogado, poeta, HIJO), con quien hoy coordinamos el ciclo Poesía y Derecho en la UBA. Porque la poesía puede hacer hablar al Derecho cuando este no encuentra ya qué decir. Como si fuera una forma física de Duhalde de responder a Donghi sus críticas de “historia” (la forma en que se *escribe esa Historia*, que Duhalde optó por seguir

“escribiendo”, seguir “completando”, con los HIJOS, Madres y Abuelas, con la Poesía, con esa palabra propia, firme, “incompleta” cruzada con la Historia y la Justicia): con la historia viva (y los subgéneros literarios... haciendo “poesía” con la Memoria de las fuentes Pargas y Axat) en la vida real. Con los HIJOS haciendo poesía, reconstruyendo la Historia dura, cruda, de la Memoria, la verdad arrasada. Y la Justicia. A veces pienso que con estos gestos poco narrados, Duhalde también respondía a T. H. Donghi. Era parte de una discusión historiográfica que yo no conocía (no sólo política y jurídica, sino también entre historiadores, como Donghi y Ortega, una discusión mayor, trascendental para el revisionismo argentino que hoy continuamos nosotros, como abogados en DDHH), de la que me tocó ser accidental testigo. Intento ser fiel. Me abruma la sola idea de que todo esto, acaso secundario, pueda perderse (*en la noche de los tiempos*, como diría Sartre). Por eso lo cuento. Por eso lo digo. Entiendo que Ortega Peña y Duhalde también fueron —Viñas también lo fue a su modo— un *abogado de trinchera*. Duhalde también me dijo, como Horacio Diez, esa frase: *somos soldados*. No estamos del lado de las corporaciones ni de la defensa de los grandes intereses, me decía Duhalde siempre. Estamos del lado apostrofado y marginado de la Justicia. Del lado de los que no pueden pagar un abogado. Por otro lado, Duhalde cuestionaba el concepto de “justicia transicional”. No le gustaba. Repetía que en la Argentina, con los juicios de derechos humanos, no se hace “justicia transicional” (importa la justicia, no la transición). Se hace “justicia”. Porque lo que importa es la “justicia”. No la *transición*. Zaffaroni comparte este punto de vista crítico —que Duhalde tenía— sobre el concepto de “*transitional justice*”. Zaffaroni —como Duhalde— entienden que lo que hay es *política transicional*. No “justicia” de transición... Comparto esta tesitura. Esto es lo que jerarquiza los procesos argentinos en materia de lesa humanidad. Los *juicios de lesa*. La Argentina tuvo que elegir en determinado momento: o priorizar la justicia o priorizar la “transición”. Pero luego aprendimos que la disyuntiva que ciertos sectores de prensa nos proponían (los que no informaron crímenes atroces) era falsa. Los que siguen afirmando que la estatua de Pablo Míguez es o representa aún un “misterio” de la Historia argentina. No es un “misterio”. Porque en la impunidad no se puede (como dijo Juan Gelman al recibir el Premio Cervantes 2007 en Alcalá de

Henares²⁶⁶, magnífico cruce de Poesía y Derecho) —no se pudo nunca— *dar vuelta la página*. La Justicia es esa “página” prístina que no vemos. Es la página que mantiene unido el libro de la Historia. “Y los hombres no han logrado aún lo que Medea pedía: curar el infortunio con el canto. Hay quienes vilipendian este esfuerzo de memoria. Dicen que no hay que remover el pasado, que no hay que tener ojos en la nuca, que hay que mirar hacia adelante y no encarnizarse en reabrir viejas heridas. Están perfectamente equivocados. Las heridas aún no están cerradas. Laten en el subsuelo de la sociedad como un cáncer sin sosiego. Su único tratamiento es la verdad. Y luego, la justicia. Sólo así es posible el olvido verdadero. La memoria es memoria si es presente y así como Don Quijote limpiaba sus armas, hay que limpiar el pasado para que entre en su pasado. Y sospecho que no pocos de quienes preconizan la destitución del pasado en general, en realidad quieren la destitución de su pasado en particular” (Juan Gelman, 2007)²⁶⁷.

EL SILENCIO SEPULCRAL DE LAS FUENTES

Una frase fuerte y final. “*Tengo miedo de no volver a verlo nunca más, ¿sabés? Tengo miedo de que estos hijos de puta no me lo devuelvan*” (dijo esa última frase Laura Carlotto, sobre su hijo recién nacido, recién secuestrado, Ignacio-Guido, en cautiverio, a María Laura Bretal, que lo declaró en un juicio en Comodoro Py). Siempre pienso en esa frase dramática dicha en el horror de un cautiverio. En el horror que encierra ese momento oscuro de la historia argentina. Esa frase nos debe perseguir (porque encarna, ella sí, “el silencio sepulcral de las fuentes”) como abogados. Pienso en ese Guido como en algo propio, no como algo ajeno. Pienso en Estela (quien me dijo en la puerta de Abuelas: “A mí me encanta que te llames Guido, ¿sabés?”). Pienso en los costos de llevar ese nombre tan pesado. Pienso en Laura (pienso en el silencio sepulcral de las “fuentes” de la Historia de Tulio Halperín Donghi, que entiende, con Todorov, que hay un problema en la estructuración del

²⁶⁶ El premio Cervantes se entrega cada año en el Paraninfo de la Universidad Alcalá de Henares, en la misma ciudad donde nació el autor de *El Quijote de la Mancha*.

²⁶⁷ Ideas “viejas”, se dirá. Para nosotros, lo único “viejo” es la impunidad.

relato que acompaña la búsqueda material de los HIJOS), que fue asesinada sin poder volver a ver nunca a su bebé, sin olerlo, sin tocarlo nunca más. (“Las parturientas usaban a sus hijos como escudos humanos al momento de combatir”). Pienso en la frase ominosa dicha a Ceferino Reato, en lo que desnuda, ya que por *combattir* se entendía una mujer embarazada —escudo humano— secuestrada, parturienta atada de pies y manos, el “combattir” de la “parturienta” era no dar nombres, “combattir” era sólo respirar, una vez robado el “escudo humano”, las parturientas eran, por fin y sin remordimiento cristiano alguno, asesinadas a sangre fría (pasar a disposición final), como Laura, ya no tenían su “escudo” humano, que fue robado, en el lenguaje límpido y cristiano de Videla —ya no eran personas— estaba escondida la autoincriminación simbólica y jurídica, el reconocimiento literal y explícito del plan sistemático de robo de bebés, además de la cosificación brutal de las mujeres asesinadas luego de verse privadas de su “escudo”²⁶⁸. Pienso en el desgarró inmenso que todo esto supone, el desgarró del que hablaba Duhalde en el octavo piso, que nos coarta por dentro. Pienso en la dureza de eso que no admite nombre ni categoría: no admite palabra. Semprún lo observó bien. En el dolor que no es realmente reparable. La justicia, frente a eso, es poco. La memoria es poco. A lo sumo la poesía podrá reponer algo de lo que aún no está. Ni en la historia ni en los estrados. Entonces no es que Donghi se equivoca o se queda corto: es al revés. Decir que es —encima— un “abuso” (de la memoria...) es una falta de rigor y una falta ética. Una falta de seriedad *histórica*. Una falta de compromiso. Que sí tuvieron ellos. La exigencia retrospectiva de clarividencia no es del todo justa. Es muy difícil ponerse en esos zapatos. Pero el dato real es que Laura llevó un camión con carne a un barrio pobre, donde no se comía. Y que Elisabeth Käsemann fue asesinada de un disparo a muy corta distancia, hecho de espaldas, que le perforó el corazón. Y los datos *duros* son la base de cualquier reconstrucción histórica precisa y seria. La abogacía pública pende hoy de un hilo. Parte de su destino se juega en saber repensar la historia.

²⁶⁸ Escribí (2012, desde Mannheim, Alemania) una nota titulada *Escudos Humanos*, que fue tomada (cuyo argumento fue tomado) por la cámara que condenó a Videla por el plan sistemático de robo de bebés. En definitiva, al revés de los “significantes vacíos”, como diría Roland Barthes, lo que me limité a hacer fue a ver, en el discurso (de la *Disposición Final*) los “significantes llenos”.

(No se equivoca John A. Pocock cuando analiza a la par la historia del Derecho y la historia del pensamiento político; Ernesto Quesada hacía, entre nosotros, algo semejante). De lo contrario, todos terminaremos pronto siendo abogados defensores de intereses (autómatas de traje y corbata, con un maletín negro, no abogados activistas, como Corver, antirracista y defensor de derechos), intereses que destruyen poco a poco a la sociedad, roen la igualdad y destruyen el medioambiente. Pero que ya no manejan, como dice Marc Galanter en los Estados Unidos, ningún ideal de Justicia. Ninguna aspiración “poética”, o humanista. Humana. Ninguna palabra noble (en un sentido no literal). Ninguna virtud clásica (de Cicerón a Maquiavelo, pasando por James Harrington, destrutado por Hobbes y Filmer, ese es el núcleo de la tradición republicana; Locke es parte de los viejos republicanos “liberales”, suscribe ideas que Hobbes no comparte, como recuerda Pettit). Ningún lenguaje moral. Ningún compromiso con nada. Terminaremos siendo sí “profesionales” del Derecho. Técnicos formales que gestionan intereses. Con categorías desinfladas, vacías. Pero no abogados de trincheras. Sino abogados defensores de la “gobernanza” que mancilla la dignidad histórica —no el algarazo neoliberal— de nuestros Estados. La democracia lo necesita. La abogacía pública pende de un hilo, acá y en todo el mundo, depende de ese compromiso (que es personal) con los demás. Eso no se aprende en un aula. Es lo que Rousseau llama piedad: la repugnancia innata de ver sufrir a un semejante. Nada más que eso. No se puede enseñar eso (que sin embargo se ha perdido). Se trae desde la base. Desde la cuna que el Guido de Laura no tuvo. Un compromiso *en serio* con la historia. Y con la sociedad. (Hume lo llama “simpatía”; Kant, “compromiso”). Vocación republicana: es sentir ese llamado. Ese acto de entrega y solidaridad (no puedo ser libre si los demás no lo son, no hay libertad pública en un mundo de barrios cerrados, privados, donde la libertad como participación es vista como una “carga”, como un “costo”) con los pibes que menos tienen. Ese mínimo acto de justicia. Cosa pública: *res pública*. Por eso, más que “volver a Dunkan Kennedy”, como sostienen algunos profesores²⁶⁹, hay que volver a Ramona Medina, a Marielle Franco. A Berta Cáceres. Allí

²⁶⁹ Gargarella, R., Volver a Dunkan Kennedy, en Kennedy, D., *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.

hay que “volver”. Más que al debate, al compromiso. No se puede estar de los dos lados del mostrador.

Muchas veces ofende o incomoda que digamos de modo rimbombante que el Estado argentino “no tiene una doctrina”. Un Estado desgastado no es un Estado *con doctrina*. Y si la tiene, no es una doctrina que sirva o haya servido mucho a los intereses reales del Estado argentino, que son los intereses públicos, los intereses de la Nación. (Entendemos doctrina en términos pragmáticos, no meramente teóricos; teorías sin prácticas no conforman una “doctrina”, grandes “teorías” para pueblos con hambre no conforman una “doctrina” en nuestra acepción republicana). Si no pudo evitar el estado de vaciamiento y endeudamiento irresponsable (en palabras del Jefe de Gabinete, Santiago Cafiero) del pueblo argentino²⁷⁰ (que tiene hoy a la mitad de su población debajo de la línea de la pobreza, en la miseria, a los chicos cantando rap combativo en los vagones de tren Roca), ¿qué tipo de “doctrina” es esa? ¿Dónde está? ¿Para qué ha servido? ¿Es realmente nuestra? ¿Quién la dicta? El pragmatismo filosófico norteamericano (James, Pierce, Dewey, Rorty) hace un aporte sustantivo al debate cuando pide reemplazar la verdad por las consecuencias. Una doctrina cuya “verdad” son tales “consecuencias” sociales tan catastróficas no es una doctrina consistente ni seria. Sé que molesta mucho que lo diga, incomoda, pero lo voy a seguir diciendo y repitiendo: no tenemos una auténtica doctrina jurídica nacional. No la tenemos (tampoco es un accidente histórico que no la tengamos²⁷¹). Necesitamos desarrollarla entre todos. Parte de ese trabajo es la tarea por desarrollar desde la ECAE, con rigor académico y profundizando procesos económicos y legales en clave histórica, recuperando ideas no siempre atendidas²⁷². Procesos complejos.

²⁷⁰ Alterini, A., *La injusticia de la deuda externa*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

²⁷¹ Como tampoco era un accidente que en la puerta de la ECAE no hubiera una placa institucional ni una bandera argentina. Nada, en el espacio público donde se forman y preparan los abogados que tendrán en sus manos nada menos que la defensa de los intereses de la Nación Argentina. Una ausencia que dice mucho. Una cadena invisible que aún nos pesa. Una claudicación. Una renuncia a defender nuestra soberanía. Nuestros intereses como Nación.

²⁷² Scalanrini Ortiz, R., *Bases para la reconstrucción nacional*, Lancelot, Buenos Aires, 2018.

La ECAE colabora con la tarea de desarrollar una doctrina acorde a la defensa (y no sólo a la gestión) de los intereses públicos. Y entiende que parte del desarrollo “doctrinario” y iusfilosófico pasa por empezar a reconocer la labor comprometida, honesta, firme, sí, de cada uno de los “abogados de trinchera”, que están distribuidos en rincones largo tiempo olvidados, como si los intereses del Estado argentino fueran cinco manzanas de Buenos Aires. Estos abogados, alejados del microcentro, no han cejado nunca en su tarea republicana. Jamás. Esta Escuela no quiere olvidar nada. Quiere convocar a cada abogado *de trinchera* (de provincia, podríamos agregar). Porque la tarea de reconstrucción de lo público es una tarea de todos. Y muchos abogados del Estado han “batallado” desde su oficina alejada del “microcentro” siempre en defensa del interés de la Nación. Son las formas que cobra hoy la lucha por la independencia. Una batalla que también es “inmaterial”, como decía Scalabrini Ortiz (en su texto *Aquí se aprende a defender a la Patria*, esa defensa ya no es a los tiros, aunque ese sea el lema de nuestro Tiro Federal): se da y se libra en el orden inmaterial de los conceptos. Allí también hay que saber (y aprender a) defender a la Patria. En el pensamiento doctrinario. De eso se trata la elaboración doctrinaria nacional. El pensamiento compartido, conjunto, comprometido con la Nación. Con sus intereses públicos. Con el fin público. Colectivo (virtuoso y republicano). Por eso hemos vuelto a colocar la bandera argentina en el frente de la ECAE, de donde nunca debió haber desaparecido. Donde nunca debió haber faltado. Porque ese es su lugar natural. El lugar donde se forman los abogados y abogadas que defienden al Estado argentino. Nada menos. No puede no flamear allí nuestra bandera.

La Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado argentino, que en 2024 celebrará sus primeros treinta años de vida, se propone como espacio de creación de conocimiento para un cometido preciso, que trasciende la formación académica orientada al progreso social: en este caso se forma para aprender a defender al Estado argentino, resguardando sus intereses, defendiendo de este modo la soberanía de la Nación. Este objetivo no se puede alcanzar con una formación desarticulada o con abogados que no funcionan bajo la lógica funcional de un cuerpo que depende del Procurador del Tesoro, cuya figura fue creada, como vimos en los debates parlamentarios de 1947, para

unificar esa doctrina jurídica y precisar los ejes concretos que debe seguir la defensa del Estado. Gran parte de esa doctrina se expresa en los dictámenes de la Procuración, a cargo de otra dirección nacional de la Procuración del Tesoro (Dirección Nacional de Dictámenes, a cargo actualmente del Dr. Gustavo Silva Tamayo).

La ECAE pretende entregar una orientación técnica que ayude a dar forma progresiva a un *cuerpo* de abogados²⁷³. Sin doctrina, no hay cuerpo de abogados posible. Sin doctrina, no hay defensa posible de los intereses de la Nación. El conocimiento desarticulado y disperso es enemigo directo de la idea de *cuerpo*. El suelo de la defensa del Estado es la articulación doctrinaria. El cuerpo supone integración, también a nivel social: el cuerpo político es el Estado, y es la República. Allí es donde impacta más la pérdida de lo común. El sentido “común” no es una expresión sin sentido, vacía, o sin contenido histórico (expresa qué es lo común que conforma un sentido compartido, social, un nosotros, una identidad). Carlos Monsiváis habla, sin embargo (no sólo por las especializaciones técnicas de los saberes académicos, que dan la espalda al antiguo humanismo cívico, donde se confunde la academia con la política), de la “pérdida de las alusiones” comunes, la pérdida de espacio de lo “común” (de la visión global, de un lado, por la emergencia técnica de la especialización como profesión, que acota mucho nuestra mirada, pero también de lo común como espacio concreto, compartido, material: la plaza, la calle), por emergencia hegemónica de lo personal, individual y privado. Este retroceso deforma la *res* pública. La reemplaza por una *res* privada. Barrios cerrados. Seguridad privada. Educación privada. Salud privada. No pública. Por una pérdida de sentido de lo “común”. Esto es: progresivamente desaparece el llamado —formalizado, como expresión vaga— “sentido común”, compartido, asociado a lo público, reinterpretado ahora como una “carga”, como una molestia. O como un costo. O como una intromisión (no ya como un deber republicano). De lo común de pertenencia: la comunidad de pertenencia desaparece (Bauman lo analiza desde otro ángulo, como vínculos cada vez más “líquidos”, más “lábilés”, menos firmes, menos “republicanos”, más endeblés, más frágil el lazo social). Desaparece así

²⁷³ La metáfora del *cuerpo* de abogados es, como vimos, una metáfora republicana. Skinner, Q., *La libertad antes del liberalismo*, Taurus, Madrid, 2008.

el compromiso “común” con el cuerpo social y político que nos da un “sentido” común. La *res* pública termina siendo una apariencia para el mercado de átomos que compiten entre sí, desligados de todo compromiso ciudadano entre ellos: más bien compiten, no cooperan, sino que se aprovechan unos de otros. A veces empleamos estas expresiones y categorías (sentido común, *res* pública, Estado, sociedad) sin comprenderlas a fondo. El uso no da siempre el sentido²⁷⁴. El sentido de estas expresiones (vocabulario republicano) se ha perdido. Son como viejas estampas de museo. Viejas “ideologías”. Constituyen un pensamiento “viejo” o “antiguo” (Constant).

En su trabajo *El tiempo de los Derechos*, Norberto Bobbio sostiene que nuestra época no es ya la época de la fundamentación teórica, de los grandes debates académicos y políticos, sino la modesta época de la defensa efectiva y concreta de los derechos sociales²⁷⁵. En su texto *La intransigencia en el tiempo de los Derechos*, Michelangelo Bovero, colega de Bobbio en Italia, sostiene, en línea con Bobbio, que hay una diferencia importante entre la intolerancia y la intransigencia; sostiene que en la defensa de los derechos humanos básicos no podemos ser demasiado “tolerantes” (con el hambre, la exclusión, la pobreza, como dice Thomas Pogge), sino que debemos ser más bien “intransigentes”:

²⁷⁴ Monsiváis, C., *Las alusiones perdidas*, Anagrama, Madrid, 2003. También puede verse, en un sentido semejante, Niemeyer, G., *El precio de la verdad en tiempos de ideologías*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2016. J. F. Lyotard y Z. Bauman se expresan también en un sentido parecido.

²⁷⁵ Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Akal, Madrid, 1999. Sousa Santos entiende que el derecho es un *discurso de la retaguardia*. Boaventura de Sousa Santos dice que los abogados no generamos los cambios sociales, mucho menos desde la normativa. (Por eso nos pronunciamos en contra del academicismo jurídico, del derecho encerrado en las discusiones académicas de la facultad, sin resultado alguno, más que una indirecta y paradójica legitimación del dualismo, en general denegador de derechos). El derecho recepciona y ordena, pero no genera grandes cambios: los genera la sociedad misma, los movimientos sociales con sus conflictos, reclamos, protestas, o demandas. Ningún cambio nace en la facultad de derecho. El Derecho acompaña pero no genera los cambios (a lo sumo el movimiento 13 de diciembre, en nuestra facultad de Derecho, que es un antecedente remoto de la reforma universitaria, aunque era un movimiento académico, precisamente, interno). Mucho menos la Academia. De allí la crítica realista (jurídico penal) al normativismo, de moda en muchos de nuestros países.

ningún chico con hambre, ninguna persona durmiendo en la calle, sin garantías sociales, vendiendo estampitas en los vagones. Ferrajoli insiste bien en que el antigarantismo, discurso predominante, ha arrinconado al garantismo (en América Latina esta tendencia es visible, el antigarantismo es un discurso hegemónico, un discurso normalizador de recorte de derechos y garantías, una rémora del Proceso) en la trinchera penal, como si este fuera apenas una doctrina acotada sobre el debido proceso, cuando es mucho más que eso: es una teoría igualitaria del Estado, un proyecto neoconstitucional que trasciende (aunque incluya) la discusión concreta (donde hoy parece estar encerrado y recluso el garantismo) del debido proceso²⁷⁶. El objetivo (uno de los objetivos) que nos hemos trazado en la ECAE es volver a sacar al garantismo de esta discusión chiquita, acotada, y volver a llevarlo a una discusión grande y de fondo: la discusión de los derechos sociales como proyecto constitucional igualitario (saliendo de la discusión procesal o penal), de los derechos económicos plenamente operativos, y no como derechos meramente “programáticos”, esto es: como promesas vagas que no se cumplen, como base real de la democracia. Donde hay pobreza, no hay libertad. Y donde no hay libertad civil, no hay ya democracia, porque no hay autonomía de cada ciudadano. O la vida en democracia es para pocos, no para quienes juntan cartones, cuya libertad civil no parece contar como debería. La intransigencia en el tiempo de los derechos es, pues, una premisa con la que la ECAE quiere formar a los abogados

²⁷⁶ Precisamente porque su metodología es el positivismo jurídico, el garantismo (el constitucionalismo garantista) se ve en la obligación de defender estrictamente el principio de legalidad, el Derecho escrito y positivo: las garantías constitucionales más básicas, como el debido proceso. Esto es lo que diferencia al constitucionalismo garantista (Ferrajoli-Zaffaroni) del neoconstitucionalismo principalista (Robert Alexy), que es una teoría legal —de moda— no positivista. Jürgen Habermas —maestro de Klaus Günther, profesor de Derecho penal y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Goethe de Frankfurt (Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie, Universität Frankfurt), colega de Wolfgang Naucke— ha cuestionado duramente los peligros que el “no positivismo” principalista de Robert Alexy (Kiel) supone para el Derecho Público. No es casual que esta crítica haya sido desarrollada sobre todo en el ámbito penal crítico, donde las garantías —no sólo del debido proceso— resultan tan fundamentales (Habermas, J., *Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1999).

del Estado argentino, consciente de que la única manera de recuperar la confianza en el Derecho (hoy perdida en la mayoría de nuestra sociedad, que mira con desconfianza a los abogados, como reconoce incluso el presidente de la Corte Suprema de Justicia) es devolviéndole al compromiso con la justicia, a ese juramento básico, un lugar predominante y concreto en nuestra disciplina, un lugar que hoy no ocupa, desdibujado como está el Derecho en los procesos *administrativos*. Y no un mero asunto administrativo, de “administración” de justicia, una formalidad de la Academia (Kafka, que era abogado, se ha ocupado sobradamente de este cambio, de cómo pasamos de aspirar a una utopía —la torre que alcanzará el cielo— a construir algo terrenal, la muralla china, que ya no despierta pasiones, porque hemos olvidado el antiguo y gran objetivo: la justicia). Sino de concreción de avances reales para construir una sociedad más justa. Los abogados del Estado tienen —o mejor dicho, no pueden no tener— un compromiso con esa construcción republicana igualitaria. La abogacía pública nace de esa manera: en defensa de los intereses colectivos. No de los intereses privados. Sino del bien público o común. La ECAE quiere distinguir y precisar esta diferencia, recuperando el protagonismo de la Justicia como precepto legal del Derecho. Precisamente en un mundo donde la abogacía se vuelve “profesional” y “técnica” (instrumental), donde la abogacía (también la abogacía pública) se deshumaniza, donde el análisis económico permea la formación “técnica” eficiente de cada abogado, es donde, poco a poco, la justicia como precepto humanista clásico (o “filosófico”) pierde peso o valor (también perdió espacio la virtud como premisa cívica republicana, lo público ya no representa un compromiso, sino un “costo”, una “carga”... pública, invirtiendo el lenguaje republicano) y la disciplina dedicada a teorizar sobre ella —la filosofía del Derecho— cede su lugar al hoy predominante análisis económico, de raigambre neoliberal (antirrepublicano²⁷⁷). Sin embargo, la formación técnica no alcanza, creemos desde la ECAE, para formar buenos abogados. El rigor técnico es indispensable, pero no suficiente. Por eso aspiramos a recuperar la importancia de disciplinas —pilares del humanismo y de la abogacía pública como tal— que

²⁷⁷ Gargarella, R., La política del republicanismo: vida pública y libertad de expresión, *Revista Lecciones y Ensayos*, N. 77, Buenos Aires, 2002.

hoy están desdibujadas de nuestros programas de abogacía: la Filosofía del Derecho, en primer lugar (Kant, más que Posner, Rousseau, antes que Coase), la Historia del Derecho (también del eminente Derecho romano), en segundo término. Es la única forma de volver a humanizar al Derecho, generando abogados conscientes y más preparados, capaces de pensar por sí mismos, además de repetir normas de memoria, como decía Lasalle. De acercarlo nuevamente a un ideal de Justicia, un ideal no muerto en los papeles y que trascienda los trámites burocráticos, consciente de sus recorridos críticos y de los desafíos por venir. El humanismo griego tenía muy claro que sin filosofía, sin retórica (sin poesía en las almas de los ciudadanos griegos, como afirma el maestro sofista Protágoras, citado por Werner Jaeger en su *Paideia*²⁷⁸) y sin historia, no había educación ciudadana posible. No había virtud²⁷⁹. Y sin virtud, no había Estado.

Terminemos esta ya muy extensa presentación de la única manera posible: con un poema. La poesía es un arma cargada de futuro, la abogacía de lo público, la abogacía del Estado, la poesía de los pobres, como la abogacía arremangada de lo que es de todos también puede serlo²⁸⁰.

²⁷⁸ Jaeger, W., *Paideia: los ideales de la cultura griega*, FCE, México, 2001.

²⁷⁹ E. M. Cioran y Charles Baudelaire (un ensayista y un poeta) coinciden más modernamente con esta tesis, según la cual los antiguos sofistas fueron los primeros cultores de la libertad civil al interior del Estado. Tal libertad iba asociada al culto literario (el estilo): esto y no otra cosa es el humanismo clásico, que nace a la vez que nace la democracia. La libertad de palabra, pero también su *deber*. El compromiso con el bien público o común como virtud civil. Como virtud ciudadana. (Y no como “carga” pública).

²⁸⁰ Gabriel Celaya combatió del lado republicano durante la Guerra Civil Española. La colega española María Muñoz Conde, hija de Paco Muñoz Conde, penalista crítico y valioso, en la Universidad Goethe de Frankfurt, junto a Roland Spiller y Antonio Martins, nos ha preguntado más de una vez qué es eso de los “abogados-poetas”, una figura que reivindicamos junto con Julián Axat. (No puedo dejar de pensar que en el viejo edificio de esa universidad “moderna” se fabricaba el gas que usaban los nazis para exterminar personas; en esas mismas paredes donde hoy se “aprende” Derecho funcionaba el *I.G. Farben Hochhaus*). Entiendo que este artículo puede aportar un grano de claridad. Una tardía respuesta a esa pregunta hecha en Alemania. Defender con poesía los intereses públicos (y defender el Derecho) de los que no tienen voz ni derechos para poder expresarse. De los que no saben qué es, qué significa,

tener un derecho. De los que sólo nos acordamos (que existen) cuando cortan una ruta. Eso es la abogacía de trincherera. La figura del abogado-poeta se acerca a la defensa de lo que es público. De lo que es de todos. Y eso no se puede hacer en el silencio. Se hace, como dice Sané, cantando. Como todos los pueblos libres: cantan. También los franceses republicanos cantaron *Allons enfants de la Patrie!* Eso es lo que necesita nuestra sociedad perdida en la anomia a que la conducen el posmodernismo nihilista y consumista: abogados que se comprometan con la defensa de lo que es de todos. Con la defensa de lo público. (Mariano Moreno no tradujo la “religión civil” de Rousseau, pero es una idea que podemos pensar entre todos, poner sobre la mesa nuestra “fe” civil, nuestra auténtica fe republicana, como observa de manera brillante John A. Pocock, en su Cap. IV. Virtud, Derecho y Manners, en *Historia e Ilustración. Doce Estudios*, Marcial Pons, Madrid, 2002). Donde el Estado no es (deja de ser, lo público, una “carga”, un costo... una “intromisión” indebida, una “interferencia”) una mala palabra. Harrington. Locke. No Filmer. No Hobbes. (Volver a pensar la mala fama de Maquiavelo, con Strauss, con Skinner, con Berlin mismo). Ni un lugar corrupto ni de “segunda”, sino un espacio de “primera” y vital jerarquía, porque es la base de la *res*-pública y de la libertad positivamente entendida: la libertad republicana, como participación mancomunada (comprometida, participación cívica) en un cuerpo libre: el Estado. La virtud es el fundamento del Estado. Pública virtud. Los griegos aprendían a defender al Estado, antes que en las leyes, repitiendo de memoria, como recuerda Protágoras, citado por Jaeger, a sus poetas clásicos. Eso era la educación cívica concreta, real, emotiva, capaz de movilizar e inspirar corazones adormecidos o cerrados. Repetir de memoria a los poetas homéricos. La poesía era la primera formación —decisiva— para educar verdaderos ciudadanos virtuosos. La degradación cultural es tan grande, como la degradación cívica (que promueve el repliegue por fuera de lo público), que Homero es —como los Quilmes o Termidor, dos marcas de alcohol barato— un personaje de una serie televisiva mundial que mueve a risa y a humillación, a sorna y a burla. No a defensa alguna de una tradición concreta o de una República. No es un juego la degradación cultural de las tradiciones (Badiou lo vio bien, cuando habla del nihilismo mercantilizante moderno, donde todo es cosa, el Che es una remera, una figura de consumo, de *marketing*, Cristo un “meme”). *Homero*, *Quilmes*, *Termidor* no expresan un poeta griego, una comunidad aborígen masacrada por el “progreso” argentino o el período del terror blanco, que persiguió a los republicanos, jacobinos hebertistas y afines en Francia. No. Todo esto esconde el crepúsculo del deber (Lipovetsky). El fin de la ética republicana, de la ciudadanía que cree en la virtud (Cicerón, Maquiavelo, con su “mala fama”, de la que lo rescata Cassirer, Leo Strauss, Berlin en menor medida). Pero no son significantes “vacíos”, como dice Barthes. Son significados que han sido “vacíados”. Que no es lo mismo. Han sido destruidos. El trabajo es volver a dotar de “contenido” a la historia. Volver a dotar de sentido a cada palabra. Entendemos que la poesía también sirve para recuperar (reparar en algo) el Derecho.

La poesía es un arma cargada de futuro

Cuando ya nada se espera personalmente exaltante,
mas se palpita y se sigue más acá de la conciencia,
fieramente existiendo, ciegamente afirmando,
como un pulso que golpea las tinieblas,
cuando se miran de frente
los vertiginosos ojos claros de la muerte,
se dicen las verdades:
las bárbaras, terribles, amorosas crueldades.

Se dicen los poemas
que ensanchan los pulmones de cuantos, asfixiados,
piden ser, piden ritmo,
piden ley para aquello que sienten excesivo.

Con la velocidad del instinto,
con el rayo del prodigio,
como mágica evidencia, lo real se nos convierte
en lo idéntico a sí mismo.

Poesía para el pobre, poesía necesaria
como el pan de cada día,
como el aire que exigimos trece veces por minuto,
para ser y en tanto somos dar un sí que glorifica.

Porque vivimos a golpes, porque apenas si nos dejan
decir que somos quien somos,
nuestros cantares no pueden ser sin pecado un adorno.
Estamos tocando el fondo.

Maldigo la poesía concebida como un lujo
cultural por los neutrales
que, lavándose las manos, se desentienden y evaden.
Maldigo la poesía de quien no toma partido hasta mancharse.

Hago más las faltas. Siento en mí a cuantos sufren
y canto respirando.
Canto, y canto, y cantando más allá de mis penas
personales, me ensancho.

Quisiera daros vida, provocar nuevos actos,
y calculo por eso con técnica qué puedo.
Me siento un ingeniero del verso y un obrero
que trabaja con otros a España en sus aceros.

Tal es mi poesía: poesía-herramienta
a la vez que latido de lo unánime y ciego.
Tal es, arma cargada de futuro expansivo
con que te apunto al pecho.

No es una poesía gota a gota pensada.
No es un bello producto. No es un fruto perfecto.
Es algo como el aire que todos respiramos
y es el canto que espacia cuanto dentro llevamos.

Son palabras que todos repetimos sintiendo
como nuestras, y vuelan. Son más que lo mentado.
Son lo más necesario: lo que no tiene nombre.
Son gritos en el cielo, y en la tierra son actos.

Gabriel Celaya

Del libro *Cantos iberos* (Alicante, Verbo, 1955)

Guido Leonardo Croxatto
Director ECAE



DOCTRINA

JULIÁN AXAT

CAROLINA IBARRA

LEANDRO LOSADA

DAVID KRONZONAS

JORGE FRANCISCO CHOLVIS

ADRIÁN RATTO

**INTERVENCIÓN DE LA DIRECCIÓN
GENERAL DE ACCESO A LA JUSTICIA
DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL
(ATAJO) Y LA GARANTÍA DE ACCESO
A LOS DERECHOS DE LA
SEGURIDAD SOCIAL
ESTADÍSTICA DE CASOS**

JULIÁN AXAT¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

CAROLINA IBARRA²

Universidad de Buenos Aires / Univesidad Torcuato Di Tella -
Argentina

INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende realizar una reseña de las actuaciones llevadas adelante por la Dirección de Acceso a la Justicia (ATAJO),

¹ Director General de Acceso a la Justicia de la Procuración General de la Nación. Es abogado por la Universidad Nacional de La Plata y magíster en Ciencias Sociales por la misma casa de estudios. Entre 2008 y 2015, fue titular de la Defensoría del Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil n°16 de La Plata

² Abogada (UBA). Maestranda en Magistratura Judicial con especialización en Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho UBA. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella. Posgrado, "Administración y Gestión Judicial", "Programa de Actualización en Derecho Penal Económico" "Diplomado en Criminalidad Económica", entre otros.

de la Procuración General nacional, respecto de los derechos de la seguridad social. Se intenta analizar/exponer las formas de intervención a partir de casos concretos presentados, a la vez que demostrar que el fortalecimiento del derecho al acceso a la justicia, remueve los obstáculos para el verdadero acceso de los sectores más vulnerables a los derechos más básicos de la seguridad social.

Debido a la afectación de la calidad de vida provocadas por la crisis socio económica general de los últimos tiempos, en especial respecto de sectores desaventajados, el Ministerio Público Fiscal de la Nación, ha realizado esfuerzos institucionales en maximizar su rol y compromiso creado por su ley orgánica ley 27.148, fortaleciendo la defensa de la legalidad y los derechos humanos. El rol de su Dirección de Acceso a la Justicia es una demostración cabal de dicho compromiso.

BREVE REFERENCIA A LA DIRECCIÓN DE ACCESO A LA JUSTICIA (ATAJO)

La creación por parte de la Procuración General de la Nación, de las *Agencias Territoriales de Acceso a la Justicia (ATAJO)* de la *Dirección General de Acceso a la Justicia* del Ministerio Público Fiscal (MPFN) constituyó el primer paso del fuero federal hacia una justicia de proximidad con los sectores vulnerables.

En junio de 2014 se creó el Programa de Acceso Comunitario a la Justicia de la Procuración General de la Nación (PGN)³ con el principal objetivo de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y su participación en el sistema de administración de justicia a partir del abordaje de todo tipo de conflictividades vinculadas a estos sectores de la población y canalizarlas para remover esos obstáculos a través de distintos mecanismos.⁴

³ Véase Resolución PGN N° 1316/14: <https://www.mpf.gob.ar/atajo/>

⁴ Para un abordaje teórico sobre la creación del área dentro del MPF, puede leerse: “El Programa de Acceso Comunitario a la Justicia del Ministerio Público Fiscal. Una nueva forma de intervenir en el territorio” Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 2016: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub14/Revista_Juridica_Ano14-N1_09.pdf

El programa retomaba los postulados de las *100 Reglas de Brasilia* sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, incorporados como parte de la actividad del MPF.⁵ En este nuevo esquema, el dispositivo debía explorar alternativas de carácter preventivo que fomentaran diferentes formas de relación con la comunidad y que fueran un complemento de las clásicas funciones de persecución criminal del organismo. Para esto, el MPF debía volverse más sensible a los intereses y perspectivas de las personas en condición de vulnerabilidad. Es bajo esas directrices fundamentales que la Dirección desarrolla su trabajo cotidiano.

Ante el paulatino incremento de la tarea realizada en ese período y a partir de la decisión de fortalecer su expansión y alcance, en junio de 2015 se conformó la Dirección General de Acceso a la Justicia mediante la Resolución PGN N° 2636/15. Desde sus inicios, esta dependencia se ha expandido tanto territorial como funcionalmente. Actualmente, hay más de veinte puntos de atención en el país que incluyen oficinas fijas; dispositivos móviles que recorren distintos puntos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires, y enlaces en diversas Fiscalías federales de las Provincias.

La incorporación de un dispositivo como el que conforman los ATAJO implica enfrentar grandes desafíos. En primer lugar, resulta indispensable la adaptación de procedimientos administrativos y funcionales del organismo para lograr una proximidad con los sectores vulnerables. En segundo lugar, es necesario diseñar estrategias de descentralización que permitan una inserción real que ayude a disminuir la desconfianza que estos sectores sienten respecto a las instituciones judiciales.

La apertura de las agencias implicó cambios sustantivos en la metodología de trabajo del MPF, ya que el trabajo de equipos multidisciplinarios requiere desarrollo de procesos dinámicos que deben ser actualizados en un ejercicio de fortalecimiento de los vínculos con la comunidad: localización del sector geográfico concreto en el barrio para la instalación del módulo donde funciona el ATAJO; establecimiento de vínculos de confianza con la población local y remoción progresiva

⁵ Resolución PGN N° 58/09

de posibles prejuicios sobre el rol de la justicia y del MPF en su relación con los sectores vulnerables; identificación de los actores institucionales y comunitarios activos en el territorio (comedores, parroquias, clubes, sistemas salud, ONGs y otros organismos estatales); reconocimiento de los canales comunitarios y alternativos de resolución de conflictos preexistentes.

En síntesis, creación de las Oficinas de Acceso a la Justicia del MPF (ATAJOS) en los barrios de emergencia y el vínculo que éstos generan, intentan ser formas nuevas de remover los obstáculos para que las personas más vulnerables puedan acceder de manera mucho más efectiva a los mecanismos estatales de la seguridad social.⁶

DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos, hasta en nuestra Constitución Nacional, el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales, inalienables e indivisibles de todos los miembros humanos que habitan el planeta. De ahí que, todos los derechos humanos, sean éstos los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión –también denominados individuales–; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. De ésta forma se consolidó que el avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás. En consonancia con ello, instrumentos normativos que estipulan la protección de los derechos humanos exigen que los gobiernos –que los hayan reconocido– hagan determinadas cosas –reconocerlos implica respetarlos- y les impide hacer otras –la no regresión-.

⁶ Véase el informe de gestión Libro sobre ATAJO publicado en 2017: <https://www.mpf.gob.ar/atajo/files/2019/04/Agencias-Territoriales-de-Acceso-a-la-Justicia.pdf>

Respecto de los derechos sociales, podríamos decir que los mismos se caracterizan porque llevan implícita acciones positivas por parte del Estado, a diferencia de los derechos individuales que requieren que el Estado no realice determinadas acciones negativas –omisión– puesto que son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado.

La Constitución Nacional, en su artículo 14 bis establece la protección del trabajo en todas sus formas, como así también –en su tercer párrafo– el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. Luego, se incorporó la clausula convencional, art. 75 inc. 22 que amplió la protección mediante el llamado “bloque de constitucionalidad federal”, bloque porque es un conjunto armónico, inescindible y que compone una sola pieza; de constitucionalidad, porque tiene una misma jerarquía y nivel aunque la fuente de producción normativa sea diferente, una por producción, otra por adopción plena; y federal ya que el ámbito de aplicación es todo el territorio argentino y no existe posibilidad alguna que los estados locales puedan oponerse a la aplicación y vigencia de los mismos.⁷

Dentro de los instrumentos internacionales de protección a los derechos sociales, en lo que aquí interesa, se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Se pretende garantizar estos derechos dando respuestas concretas al caso concreto y, en términos de Fiss⁸, conferir significado al valor público. Esto es, tomar al derecho como una expresión de la razón pública que suministra una estructura a nuestras vidas.

⁷ Gil Dominguez, Andrés “ la regla de reconocimiento constitucional argentina- art.75 inc.22 doctrina y jurisprudencia- Ed Ediar Buenos Aires.2007

⁸ Fiss, Owen M., El Derecho como razón pública, Traductor/a Restrepo Saldarriaga, Esteban ISBN: 9788497684286 Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007, Madrid. España.

Cuando hablamos de seguridad social dirigimos nuestro pensamiento a la idea de que éste derecho es para hacer frente a las contingencias plausibles a las que el Estado, como garante de la Constitución Nacional y de los derechos y garantías que ésta contiene y debe atender. En otras palabras, pensar a la seguridad social como aquel sistema destinado a proteger determinado universo de sujetos, lo cual implica un concepto amplio y dinámico. En este sentido, amplio porque los sujetos a los que debe proteger son cada vez más; y dinámicos porque las contingencias sociales y el resurgir de nuevos modos de protección a los derechos, los cambios organizativos en las estructuras dentro del Estado –Poder Ejecutivo– son también dinámicas⁹ pues se reordena la administración conforme la conveniencia de continuar con el diseño de políticas públicas destinadas al desarrollo de áreas que tienen especial importancia con la financiación del Estado y la distribución de los recursos públicos.

Tradicionalmente se entiende que el concepto de seguridad social *“es un conjunto de medios o instrumentos, mediante los cuales cada comunidad social organiza de manera sistemática, la atención y la cobertura de las diversas contingencias que pueden afectar a sus miembros, entre otras, vinculadas a la enfermedad, accidentes, desempleo, maternidad, la vejez, el acceso a la educación, la orfandad y la muerte.”*¹⁰, así pareciera ser que la protección de los derechos de éste sistema estaría presente mientras haya vida y –en algunos casos con posterioridad a la muerte–.

Ahora bien, el derecho a la seguridad social, es un derecho fundamental, abarcando desde la concepción de la persona hasta después de su muerte, requiriendo acciones positivas –de hacer– por parte del Estado. Como se señalara, además de la Constitución Nacional, existe un bagaje de normas de carácter convencional, como especifica está el

⁹ En este punto hago referencia a la Ley de Ministerios (texto ordenado por Decreto N° 438 del 12 de marzo de 1992), y sus modificatorias que ha venido sufriendo varios cambios

¹⁰ Régimen de Jubilaciones y Pensiones” de Fernando Horacio Payá (H.) y María Teresa Martín Yáñez, Análisis crítico del Sistema Integrado Previsional Argentino (leyes 24.241 y 26.425) y regímenes especiales, Cuarta Edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Tomo I:11

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, redactado conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Así en su artículo 2, establece la obligatoriedad de adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. Por caso, si el Estado omite y restringe arbitrariamente el cumplimiento de éste mandato, se está en condiciones de exigir su cumplimiento, pues como se dijo, requieren acción –de hacer- del Estado.

Entonces, dejando sentada esta base, la idea del presente trabajo es aportar algún dato más a éste concepto, el cual al momento de ejecutarse políticas públicas y de designar recursos para su protección, lamentablemente, se debe hacer mediante compulsa judicial o con la intervención de algún organismo que permita el acceso a la justicia. Ello tiene su sentido jurídico-procesal porque socialmente se lo demanda o se lo conmina a cumplir con ésta manda convencional, en particular teniendo en cuenta que se ha incorporado “*el sujeto vulnerable*” a través de las “100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”¹¹ pues la evolución jurisprudencial ha pretendido alcanzar que todas las declaraciones y convenciones sobre derechos humanos establecidas por la comunidad internacional y los Estados, puedan materializarse a través de medios procesales que aseguren el respeto de los derechos allí consagrados, tratando establecer los caminos judiciales efectivos para la vigencia de esos derechos, instituyéndose las llamadas garantías.

¹¹ Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 en la ciudad de Brasilia – República Federativa de Brasil, aprobó un conjunto de reglas mínimas para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, denominado “100 Reglas de Brasilia”; compromiso asumido por la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina mediante la Acordada N° 5, de fecha 24 de febrero de 2009.

En otras palabras se trata de velar por una justicia que proteja a los más “débiles” –frente al Estado-, para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, entendiendo que si un Estado reconoce formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.

De éstas “100 reglas de Brasilia” surge que se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico y podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.¹²

El ingreso del sujeto vulnerable hace que el concepto de seguridad social se torne más dinámico y más tuitivo, atendiendo a necesidades precisas que no pueden posponerse en virtud de ser un sujeto “débil” –en términos estrictamente jurídicos- puesto que la satisfacción de las necesidades se orienta a la ejecución de políticas públicas y distribución de recursos más equitativa, no pudiendo prescindir de ello. En palabras de Dworkin, pensar en una teoría de cómo es el vivir bien y de lo que debemos hacer por – o no hacer- a otra personas, si queremos vivir bien¹³ pensar o anhelar una vida buena en un sentido crítico; *“una vida que, cuando las pulsiones hayan sido saciadas, e incluso si no lo han sido, nos haga sentir orgullosos de haberla vivido.”*¹⁴

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que *“el envejecimiento y la enfermedad son causas determinantes de vulnerabilidad que obligan a los jubilados a contar con mayores recursos para no*

¹² 100 Reglas de Brasilia, 1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad punto 3 y 4

¹³ Ronald Dworkin, Justicia para Erizo, 1° ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 2014, traducción de Horacio Pons.

¹⁴ Dworkin, ob cit: 244

ver comprometida su existencia y calidad de vida” y “que la reforma constitucional de 1994 genera el deber del legislador de dar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables -entre ellos los jubilados-, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos.”¹⁵

Por otro lado, el derecho de la seguridad social está impregnado de principios, sin abocarse a ello, para el presente trabajo basta con indicar que los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también las jurídicas. En cambio las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no, lo que significa que la diferencia entre regla y principios es cualitativa y no de grado; toda norma es o bien una regla o un principio¹⁶.

Dentro de la teoría rawlsiana la adecuación a la justicia de un determinado orden social depende de principios, uno de ellos es el “*principio de la diferencia*” que contempla: Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: la primera, que estén adscritas a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades; y la segunda que redunden en el mayor beneficio de los miembros de la sociedad más desfavorecidos.¹⁷

DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA O SOBRE CÓMO INTERVIENE ATAJO

Como se dijo, la Dirección de Acceso a la Justicia, -a través de las intervenciones de las Agencias de Acceso a la Justicia (ATAJOs)- ubicadas en diversos puntos del territorio federal, tiene como función remover los obstáculos que impiden a las personas acceder a la justicia,

¹⁵ CSJN, “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 26 de marzo de 2019.

¹⁶ Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Traducción Carlos Bernal Pulido, ed. 2012:68

¹⁷ Moreso, Juan Jose, “La Constitución: modelo para armar”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009:152, Rawls 2001: 42-43. Véase también Rawls (1971: 60-61), Rawls (1999b: 53) y Rawls (1971: 302), Rawls (1999b: 266).

por caso conminar al Estado a velar por el efectivo cumplimiento de los derechos. Teniendo en cuenta ello, se desarrollaran algunas intervenciones llevadas adelante y que involucran la crisis del derecho a la seguridad social

a) Caso Pensión Vitalicia a madre de siete hijos

Las Pensiones no contributivas son un beneficio que otorga el Estado a quienes no han realizado aportes al Sistema de Previsión Social, pero acrediten tener necesidades básicas insatisfechas (Pensiones Asistenciales) o el reconocimiento por actuación (Beneficios Especiales, conocidas como pensiones no contributivas, establecidas por leyes que tienden a reconocer un mérito especial, cada ley hace referencia a sus características propias, aunque el carácter vitalicio las diferencia del resto de las pensiones).

Las Pensiones Asistenciales son los beneficios otorgados a personas encuadradas dentro de las NBI (necesidades básicas insatisfechas) o sea al sujeto vulnerable. En la mayoría de las normas que la regulan, requiere que para poder ser beneficiario de las mismas, es necesario cumplir determinados requisitos:

Entre las pensiones se encuentran:

Pensión a la vejez Ley 13.478 (Dto. 432/97 y Dto. 582/03). Requisito esencial: tener 70 años o más.

Pensión por invalidez Ley 18.910/70 (modifica la ley 13478). Requisito esencial: acreditar incapacidad física o mental de un 76% mínima.

Pensión para madres de 7 hijos o más Ley 2.360/90 Requisito esencial: hijos, nacidos vivos, propios o adoptados.

La intervención se llevó adelante por una consulta realizada en el ATAJO Avellaneda, la afectada tramitó la pensión vitalicia para obtener el beneficio de pensión por madre de siete hijos, pero transcurrieron años sin que se le diera respuesta por parte de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES en adelante).

En virtud de un primer pedido de información al Organismo Previsional a fin de que informe los motivos por los cuales se le impide acceder al derecho de pensión, se nos informó que se debía a la falta

de reglamentación de la norma, en virtud del traspaso de competencias dispuestas por el artículo 15 del Decreto N° 746 de fecha 25 de septiembre de 2017 y en el marco de las facultades que le son propias efectuará los controles necesarios para la aprobación, registración, liquidación y puesta al pago de los beneficios transferidos (art. 26 y 27).

En consideración a ello, se resolvió oficial nuevamente entendiendo que la respuesta era violatoria de manera flagrante y susceptible de revisión ante el organismo, pues alega una presunta omisión reglamentaria afectando el derecho la Sra. Bordón y supone, además, el incumplimiento de una obligación expresamente establecida en el Decreto; esto es que la ANSES –como el órgano de aplicación- debió reglamentar la norma conforme el Decreto 868/17.

Se argumentó que la Dirección no puede permanecer ajena a dicha circunstancia por encontrarse en juego elementales principios constitucionales, tal como es el espíritu de la Ley 27.148 en tanto dispone que el Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes.

En tal sentido fundamos en cuestiones de hecho y de derecho bajo tres premisa: 1) el alto grado de vulnerabilidad, 2) Del sistema de traspaso de competencias, surgiendo que la circunstancia de que la norma no establezca un plazo determinado para cumplir con la obligación no es óbice para reconocer la existencia de una omisión en cabeza de la Administración, 3) la Unidad Institucional

Como consecuencia, el organismo previsional procedió a reglamentar la norma, fue publicada en el boletín oficial a través de la Resolución 266/2018, con fecha 28 de diciembre de 2018.

b) Pensión no Contributiva por Invalidez

Como se señaló, un requisito esencial es que las personas que acrediten una disminución del 76% o más en su capacidad laboral podrían acceder al beneficio, conforme la Ley 18.910/70 (modifica la

Ley 13.478). Ley N° 13.478, en su artículo 9, y sus normas modificatorias, facultó al Poder Ejecutivo Nacional a otorgar en las condiciones que fije la reglamentación, una pensión inembargable a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión e imposibilitada para trabajar.

Por Decreto N° 698/17 se creó la Agencia Nacional de Discapacidad, organismo descentralizado en la órbita de la Secretaria General de la Presidencia de la Nación; se suprimió la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales, organismo desconcentrado en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social y se estableció que la Agencia sería su continuadora en las materias del artículo 1 de ese decreto. Además, se facultó al Director Ejecutivo a ejercer la dirección general del organismo y efectuar su gestión económica, financiera, patrimonial y contable.

La mayoría de las consultas tenían similar situación, esto es que la Agencia Nacional de Discapacidad –organismo de aplicación-, no informaba sobre el estado del trámite realizado para obtener una pensión y la mayoría se habría iniciado con años de demora, en algunos casos en el año 2016 sin que se haya obtenido respuesta alguna.

En virtud de ello, se procedió en los términos del art. 35 inc. b) de la ley 27.148, a evacuar consultas utilizando la herramienta brindada por la misma ley en su art. 7, que establece que “...*Los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación podrán requerir informes a los organismos nacionales, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los organismos privados y a los particulares...*”, solicitando al Director de la Agencia a que brinde información.

Conforme el plazo establecido en la LPA - Ley 19.549-, habiéndose reiterado el pedido, se procedió a realizar una denuncia penal en los términos del art. 239 del Código Penal.

Como consecuencia, comenzaron a llegar las respuestas e incluso el otorgamiento de las pensiones que habían sido postergadas por años, afectando de manera flagrante derechos básicos de alimentación y la dignidad de la persona.

c) Asignación Universal por Hijo

La ley N° 24.714, sus modificatorias y complementarias, prevén la Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH), la cual

está destinada a dar cobertura a los niños de grupos familiares que se desempeñan en la economía informal o se encuentran desocupados, disponiendo en el artículo 14 bis y sus modificatorias que la Asignación Universal por Hijo para Protección Social consistirá en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abonará a uno solo de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado, por cada menor de DIECIOCHO (18) años que se encuentre a su cargo o sin límite de edad cuando se trate de un discapacitado; en ambos casos, siempre que no estuviere empleado, emancipado o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la Ley N° 24.714, sus modificatorias y complementarias.

Por caso – la norma indicada- tanto en sus considerandos, como en su espíritu, prevé que de un beneficio de carácter alimentario, por lo cual la cuestión versa sobre la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los menores. Ello en razón de que se trata del derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social en forma integral (art. 14 bis de la Constitución Nacional), que merecen máxima protección y torna como objetivo de la Seguridad Social proteger íntegramente a la familia y evitar el desamparo de quienes, por su edad y modo de vida, no están en condiciones de proveer el sustento.

Es dable resaltar que los propios considerandos del Decreto N° 1602/09 expresan: “*Que la Ley N° 26.061 tiene por objeto la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquéllos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte.*”

La gran cantidad de consultas se debió que se encuentra con impedimentos administrativos desde el organismo previsional –ANSES- para acceder al cobro del beneficio de Asignación Universal por Hijo, ya sea porque se cobraba otro beneficio social o porque alguno de los progenitores era deudor del Monotributo.

Ante ello se procedió a requerir en los términos del art. 7 de la ley orgánica del Ministerio Público, antes señalado, al organismo previsional que informe sobre la situación y haciéndole saber que el criterio de suspensión del cobro al beneficio –resulta a todas luces- arbitrario,

toda vez que implicaría una significativa limitación de derechos reconocidos por la Constitución Nacional y Convenciones Internacionales sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, impidiendo acceder al cobro del beneficio, exigiendo un requisito no contemplado ni en la ley y la reglamentación o por caso, agregando otros.

d) Efectores de Desarrollo Local y Economía Social

Los efectores también son conocidos socialmente como “monotributista social”. En el año 2004, la Ley N° 25.865 modificó la Ley de Impuesto al Valor Agregado para establecer un nuevo sujeto económico con características propias, creando el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social (REDLES), en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Social, para facilitar la inclusión en la economía formal. La iniciativa permite que los emprendedores facturen por sus servicios y productos —alcanzando de ese modo a nuevos clientes—, se incorporen al sistema previsional, reciban los servicios de una obra social, y además sean proveedores del Estado.

En base a la información aportada en el momento de la inscripción, con carácter de declaración jurada, el personal del Registro relevará y evaluará las condiciones en que se encuentren los inscriptos para determinar su situación de vulnerabilidad. Por otro lado, se realizará un cruce de datos con ANSES, SINTyS y AFIP a los efectos de contribuir a la pertinencia del otorgamiento del beneficio y confirmar la situación expresada precedentemente.

La actividad económica debe ser sustentable, es decir que debe contar con la posibilidad de desarrollarse en un tiempo prolongado, para lo cual el inscripto debe poseer un cúmulo de capacidades, experiencia en la actividad y conocimiento del mercado en el que el proyecto laboral se llevará a cabo.

Con éste sistema, el efector social accede a emitir factura oficial, a una obra social de libre elección, con idénticas prestaciones que reciben los monotributistas generales. Es requisito indispensable que el interesado opte por una obra social al momento de inscribirse en el Registro. Caso contrario, no se llevará a cabo tal inscripción, se le computará como período aportado el tiempo de permanencia en el Registro.

Dentro de los primeros meses del año 2019, se recibió una consulta en el ATAJO que funciona en el barrio de Constitución de esta ciudad, a un representante de un total de Cuarenta Mil (40.000) trabajadores que habían sufrido un retraso entre dos o 10 meses, dependiendo el caso, el Subsidio de Efectores Resol Conjunta 853/06 MDS y 294/06 SSSalud- desconociendo los motivos; lo cual les impedía acceder a la cobertura de atención a la salud. En paralelo, los medios de comunicación masiva informaban sobre marchas de protestas, en particular los movimientos sociales CTEP, Barrios de Pie y la CCC.

En virtud de lo dispuesto en el art. 7 de la ley 27.148, se procedió a solicitar información respecto de la situación planteada y las normas –el acto administrativo- sobre las cuales se habría fundando la decisión.

Mediante el acto administrativo Resol-2019-245-APN-SES#MSYDS se suspendió la ejecución de la Resol-2019-189-APN-SES#MSYDS en los términos del art. 12 de la ley 19.549. En efecto, de los considerandos del acto en cuestión surge que la resolución suspendida es la que habría dado de baja a los Monotributistas sociales, basado en Nota de la Superintendencia de Servicios de Salud NO-2019-17373242-APNSES#MSYDS. Esto es, la existencia de un Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, mediante el cual, aquel que no haya registrado la afiliación a la obra social, la solicitud de Código de Autorización de impresión ante la AFIP. Por lo tanto, conforme dicha nota y lo informado por AFIP, existiría un *“universo de monotributistas sociales que no cumpliendo con los recaudos de la normativa vigente, se encontraban en condiciones de ser dadas de bajas.”*

CUESTIONES DE SALUD

a) Trasplante

El Sr. S., se acercó al ATAJO que funciona en Avellaneda, quien manifestó que a raíz de un accidente sufrido hace 9/10 años, una costilla le perforó el pulmón, por lo que estuvo internado en el Hospital Fiorito alrededor de 8 meses, saliendo con EPOC (enfermedad pulmonar obstructiva crónica) y una mochila de oxígeno que debe usar de por vida. Agregó que su estado se fue agravando con el correr de los años

hasta que hace dos años le dijeron en el Hospital Eva Perón de Sarandí que necesitaba un trasplante de pulmón. Ante esta situación la Dra. R., médica de ese nosocomio, le entregó una nota para presentar ante su obra social ex PROFE (Incluir Salud) para que soliciten trasplante al INCUCAI. Manifestó que fue al Hospital Italiano, para realizar las evaluaciones pre trasplante, a solicitar una junta médica sin que se la haya designado turno para ello.

Desde la Dirección se gestionó ante Incluir Salud –Pcia. de Buenos Aires- informándonos que “...*en el circuito de trasplantes, nuestra única función es financiar el mismo. Para poder llegar a actuar como financiadores, es requisito que el paciente haya sido evaluado por el equipo de trasplante, quienes son los únicos autorizados por el INCUCAI para autorizar o rechazar el mismo. Una vez autorizado el trasplante por el equipo antes mencionado y anotado en el SINTRA, podemos autorizar como financiadores el módulo de evaluación pretrasplante...*”.

Asimismo, se envió oficio al Hospital Italiano, recibiendo respuesta formal en fecha 13 de junio, quienes nos expresan que debido a las deudas que detenta Incluir Salud con el nosocomio “...*ha decidido la suspensión del ingreso de nuevos pacientes derivados de la misma, hasta tanto dichas sumas no sean abonadas.*”

Respecto de ésta última respuesta, se formuló denuncia en los términos del art. 106 del CPN ante el fuero correspondiente, en virtud de que el paciente se encuentra en un estado de alta vulnerabilidad social, en un estado de indefensión total y es allí hacia donde la norma penal se debe dirigir para actuar en consecuencia, resguardando al paciente ante la posibilidad de ser abandonado a su suerte; en éstas situaciones es dónde los jueces y los agentes que tratamos de brindar un servicio de justicia deberíamos intervenir activamente.

La intervención, además se efectuó a través de la Fundación Favalloro, quién informó similar respuesta que el Hospital Italiano. Sin embargo, se siguió exigiendo la intervención y pronta respuesta de la obra social Incluir Salud, dada la situación particular de vulnerabilidad en la que se encuentra lo cual requería, con premura, la realización de los estudios para el pre-trasplante que sean necesarios -luego el trasplante en sí-, que debido al desconocimiento y a la negligencia de los agentes que han intervenido, no fueron realizados.

En efecto, sustentamos la intervención en los artículos mencionados de la ley 27.148, asimismo en el art. 120 de la Constitución Nacional, que establece como función del Ministerio Público Fiscal promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad: pues, por caso interesa destacar que no se trata de cualquier prestación ya que un trasplante, incluidos los estudios y servicios anteriores y posteriores a él, configura una prestación de carácter extraordinaria en la que los riesgos deben reducirse a su mínima expresión dentro de lo que presenta el actual estado de la ciencia y las circunstancias del caso. Haciendo notar que, se hace más estrecha aquí la relación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida (confr. CSJN. Fallos: 302:1284; 324:3569, entre otros; art.12, inc.2º, ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art.25, inc.1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos –de jerarquía constitucional, art.75 inc.22 de la Constitución Nacional).

Con fundamento en el Decreto PEN 160/2018 y en mayor medida a la responsabilidad del Estado nacional en el cumplimiento de garantizar el derecho a la salud; comprende el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, incluidas las condiciones de vida saludables y de servicios de salud disponibles, accesibles y de buena calidad. Según la Organización Mundial de la Salud, *“la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.

Ante ello, desde Incluir Salud, le dieron la posibilidad a S. de ser tratado ante el Hospital Austral, incluyendo un traslado seguro para hacerse los estudios necesarios de pre-trasplante. Aunque ello no pudo ser posible, debido al delicado estado de salud y el deterioro, en atención al tiempo transcurrido. En la actualidad, se realizó una operación cardiovascular y será trasplantado próximamente en la Fundación Favaloro.

b) Entrega de Medicación

La Sra. T., se acercó espontáneamente a la sede central, con el fin de exponer y solicitar algún tipo de intervención para su padre, quién es afiliado a PAMI, contrajo el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (en inglés HIV), motivo por el cual necesita una medicación específica para ser tratado, aplicando la dosis recomendada a través de la farmacia del Hospital Ramos Mejía, pero se le había interrumpido. Le indicaron el tipo de trámite que debería realizar, para la renovación de los datos ante PAMI, completando el Formulario Antirretrovirales Único, pero según se les informó que debería acompañarse con la receta. Sin embargo, en el Hospital Ramos Mejía manifestaron que la misma sería *on-line*, y que la institución no cuenta con las mismas, como así tampoco con las recetas “*azules*”.

De lo expuesto surge que el afiliado tuvo que realizar determinados trámites para que se le regularice su situación y nuevamente se le proveyera los medicamentos antirretrovirales prescritos en razón de su cuadro clínico; sin embargo se encontró con diversos obstáculos burocráticos que le generan un alto cuadro de angustia y desesperación en su persona, más aún cuando la enfermedad de la que se trata, deviene indispensable el uso de la medicación.

Cabe destacar que en caso de personas infectadas con SIDA (V.I.H.) la falta de medicación en forma y tiempo oportuno, a más de implicar la violación a derechos esenciales, constituye sin dudas un agravio susceptible de lesionar seriamente los sentimientos y convicciones más profundos del paciente más si se sopesan los riesgos que supone la interrupción del suministro de las drogas necesarias para el tratamiento de quienes padecen la enfermedad (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos 323:1339).

Con éste argumento y lo dispuesto en el art. 7 de la ley 27.148 se solicitó información a PAMI, para corroborar los datos brindados y la situación planteada. En efecto, nos informaron que se había implementado un nuevo sistema –a través de una plataforma digital- dentro de los hospitales para la solicitud de medicamentos, suprimiendo el uso de la receta tipo papel. Ello había impedido que se adquiriera la medicación dado que el nosocomio que brindaba atención al padre

de la compareciente, no contaba con dicho sistema digital. Como solución, se le brindó la medicación en el formato anterior -esto es papel- hasta tanto se llevaran adelante los cambios informáticos.

LA DERIVACIÓN DE CASOS DE ATAJO A LA UFISES

En el marco del trabajo cotidiano territorial, las oficinas de acceso a la justicia del MPF, reciben a diario denuncias de todo tipo de comisión de delitos vinculados a la seguridad social. Por lo general se trata de denuncias de trabajadores y trabajadoras hipervulnerables que son víctimas de distintos delitos:

- Evasión de aportes y contribuciones de la seguridad social, por parte de sus empleadores
- víctimas de alguna estafa, muy comunes la gestión indebida de prestaciones jubilatorias y/o sociales, los descuentos indebidos efectuados por asociaciones cooperativas o mutuales que otorgan préstamos al sector pasivo.
- el incumplimiento de los deberes de funcionario público, el incumplimiento del régimen de la seguridad social en casos de trata laboral
- los fraudes vinculados a aseguradoras en general y a aseguradoras de riesgos de trabajo

Todas estas conductas ilícitas vinculadas al sistema de la seguridad social son abordadas por la UFISES. La *Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos relativos a la Seguridad Social (UFISES)* se creó a través de la Resolución PGN N°33/02,¹⁸ con el objeto de investigar todos aquellos delitos cometidos en el ámbito de la Seguridad Social –que comprende el subsistema previsional, el subsistema de riesgos de trabajo, el subsistema de desempleo y el subsistema de asignaciones familiares y régimen de obras sociales- y que puedan afectar los fondos sociales y sus finalidades específicas.

¹⁸ Véase Creación UFISES: <https://www.mpf.gob.ar/ufises/#:~:text=La%20Unidad%20Fiscal%20para%20la,de%20riesgos%20de%20trabajo%2C%20el>

De modo que la Dirección de Acceso a la Justicia recibe desde los barrios –a través de los ATAJO- las denuncias, y las mismas se remiten a la Fiscalía especializada para su investigación. Así, el mecanismo de captación de conductas que afectan los derechos de la seguridad social entre las personas vulnerables, se realiza desde el lugar de su afectación, removiéndose obstáculos económicos, geográficos, de educación legal, etc.

La investigación efectiva (UFISES) y la fuente de conocimiento directa de los delitos (ATAJO) vinculados la seguridad social, permiten al Estado (al ANSES) tener una forma de control/represión de las actividades ilegales perpetradas por organizaciones criminales que se aprovechan y se nutren de la economía popular.

COLOFÓN

Asistimos durante los últimos tiempos a una compleja situación social y económica que perturba a nuestro país. Políticas equívocas, agresivas con el tejido social, que produjeron una regresión en términos de las variables económicas más básicas. Como consecuencia, las desigualdades se han profundizado más que nunca. La ampliación del rol del Estado en la Seguridad social a través de la ANSES, resulta fundamental para proyectar políticas que regeneren los tejidos sociales (AUH, AUE, IFE, etc).

En esa especial circunstancia que atravesamos, aunada al panorama de Covid-19, los derechos de la seguridad social deben contar con mecanismos de protección y salvaguarda, buscándose desde el sistema de administración de justicia formas de remoción de obstáculos para lograr la “accesibilidad”.

El Ministerio Público Fiscal de la Nación, a través de los ATAJO, brinda una herramienta ágil desde los territorios, que permiten denunciar situaciones, corregir y hasta brindar soluciones concretas a las problemáticas más diversas que presenta el sistema de la seguridad social.

ANEXO CASOS ESTADÍSTICOS

Informe sobre consultas vinculadas problemáticas de la seguridad social, 2016-2019, Dirección General de Acceso a la Justicia de la Procuración General de la Nación

SOBRE ESTE DOCUMENTO

El presente informe fue elaborado en base a información registrada por las Agencias Territoriales de Acceso a la Justicia, en el marco de la tramitación de consultas relacionadas con la seguridad social.

Como se puede ver a continuación, el período 2016-2019 se encuentra signado por un crecimiento de las consultas por estos temas; crecimiento que expresa particularmente en las consultas tramitadas por determinadas agencias.

UNIVERSO: DEFINICIÓN METODOLÓGICA

Período comprendido: enero 2016 - diciembre 2019

Tipos de problemática: Para la realización de este informe se seleccionó una serie de problemáticas que agrupamos bajo el título “Derechos de la seguridad social”:

SALUD
Acceso a medicamentos recetados / prótesis / etc.
Acceso al servicio de salud
Conflictos con Obras Sociales o prepagas
Problemas en entrega de medicación
TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
Pensiones contributivas y no contributivas
Seguridad social y obras sociales y asignaciones universales
Subsidios o programas sociales
TRÁMITES, ORIENTACIÓN E INFORMACIÓN
Certificado de discapacidad

CUADROS ESTADÍSTICOS

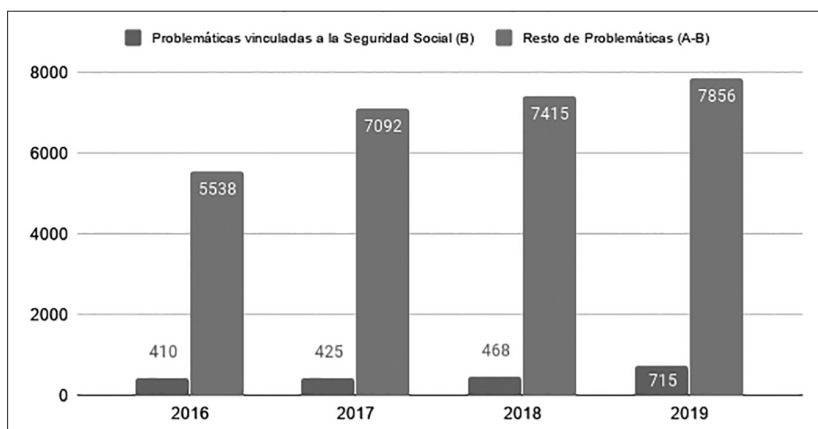
¿QUÉ PESO REPRESENTAN LAS PROBLEMÁTICAS VINCULADAS
A LOS DERECHOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL SOBRE EL TOTAL?
¿CÓMO EVOLUCIONARON EN EL PERÍODO 2016-2019?

CUADRO 1: *Problemáticas registradas en el total de las consultas evacuadas en el período, con discriminación de las consultas relativas a derechos de la seguridad social, 2016-2019*

PROBLEMÁTICAS / PERÍODOS	2016	2017	2018	2019	Total
Problemáticas relativas a los derechos de la seguridad social (B)	410	425	468	715	2018
Resto de Problemáticas (A-B)	5538	7092	7415	7856	27901
RATIO (Problemáticas relativas a los derechos de la seguridad social en relación al total registrado en el año) (B/A)	7%	6%	6%	9%	7%
Total de problemáticas (A)	5948	7517	7883	8571	29919
<i>Elaboración propia. Área de Gestión de la información. Dirección General de Acceso a la Justicia. Ministerio Público Fiscal de la Nación. Enero de 2020.</i>					

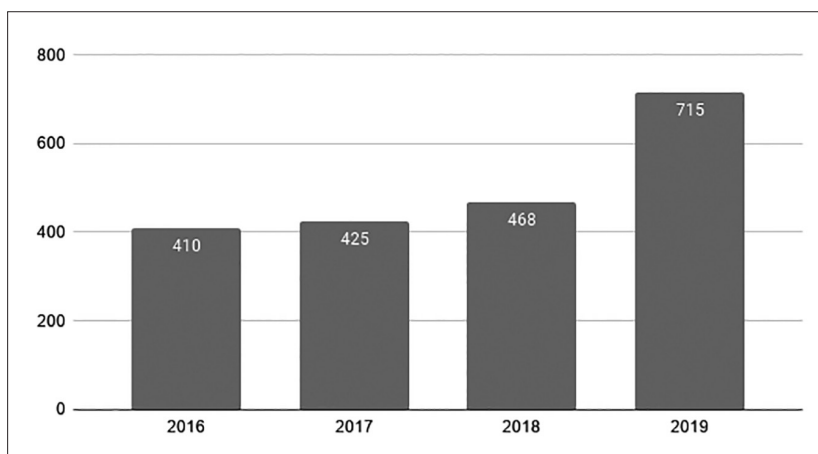
Para la elaboración de este cuadro, se contabilizaron todas las problemáticas seleccionadas durante los años bajo análisis. Entre 2016 y 2019, se registraron en total 29.919 problemáticas, dentro de las cuales, 2018 correspondían a las problemáticas que configuran el universo de **“derechos de la seguridad social”** (*“Seguridad social y obras sociales y asignaciones universales”; “Subsidios o programas sociales”; “Acceso al servicio de salud”; “Acceso a medicamentos recetados / prótesis / etc.”; “Pensiones contributivas y no contributivas”; “Certificado de discapacidad”; “Conflictos con Obras Sociales o prepagas” y “Problemas en entrega de medicación”*). Estas 2018 menciones representan el 6% del total de problemáticas señaladas durante el periodo. No obstante el promedio registrado para estos cuatro años, durante 2019 se observa un aumento del 3% en el peso porcentual de éstas problemáticas, en comparación con el año anterior.

GRÁFICO 1: *Comparativo de problemáticas vinculadas a los derechos de la seguridad social (B) y resto de problemáticas (A-B)*



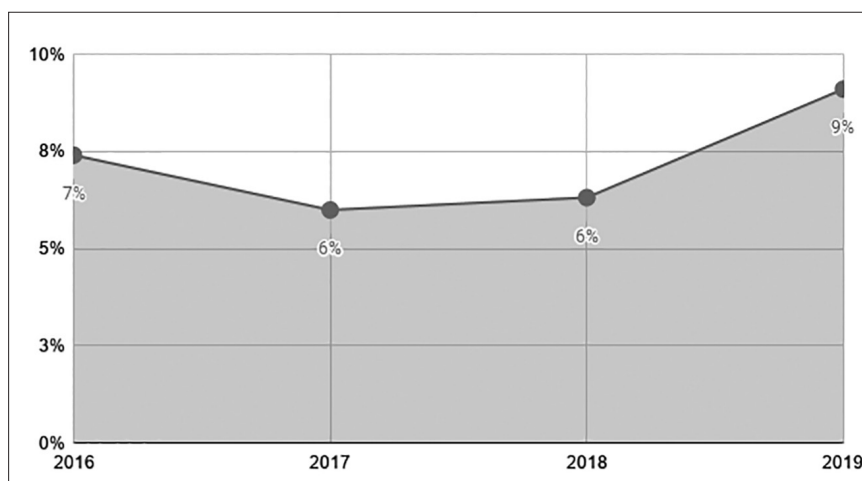
El *Gráfico 1* compara en términos absolutos la cantidad de consultas bajo el grupo derechos de la seguridad social con el resto de las problemáticas. Allí se puede ver una relativa continuidad en la cantidad de consultas evacuadas por estos temas entre 2016 y 2018 y un importante crecimiento en el último bienio que trepa al 53%.

GRÁFICO 2: *Problemáticas registradas por año vinculadas a derechos de la seguridad social.*



Este incremento en términos absolutos, se observa también al analizar el peso del conjunto de problemáticas vinculadas a los derechos de seguridad social en relación al total de problemáticas registradas. En efecto, entre 2018 y 2019, este subconjunto pasó de pesar el 6% al 9% del total:

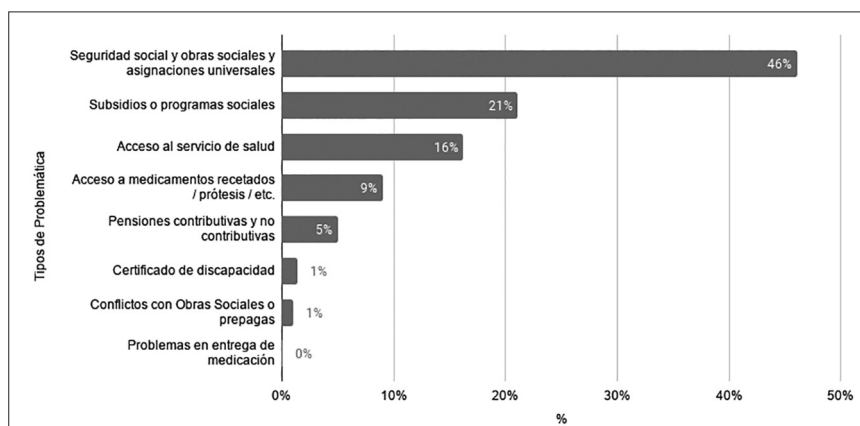
GRÁFICO 3: *Proporción de problemáticas vinculadas a los derechos de la seguridad social sobre el total de problemáticas registrado por año, 2016-2019*



¿SOBRE QUÉ TEMAS CONSULTARON?

Las consultas vinculadas a problemáticas relacionadas con la “seguridad social, las obras sociales y las asignaciones universales” fueron preponderantes durante todo el periodo, representando el 46% del total de problemáticas registradas vinculadas a los derechos de seguridad social.

GRÁFICO 4: Problemáticas registradas por tipo vinculadas a derechos de la seguridad social, entre el 1/1/2016 y el 31/12/2019



Si bien durante el 2019 se observa el crecimiento de todas las problemáticas, se destaca que *Subsidios o programas sociales* y *Acceso a medicamentos recetados / prótesis / etc.* tuvieron un crecimiento interanual del 38,9% y del 57,5% respectivamente, siendo las categorías que mayor crecimiento relativo presentaron en comparación con el año anterior.

CUADRO 2: Problemáticas registradas por tipo sobre temas vinculados a derechos de la seguridad social, entre el 1/1/2016 y el 31/12/ 2019

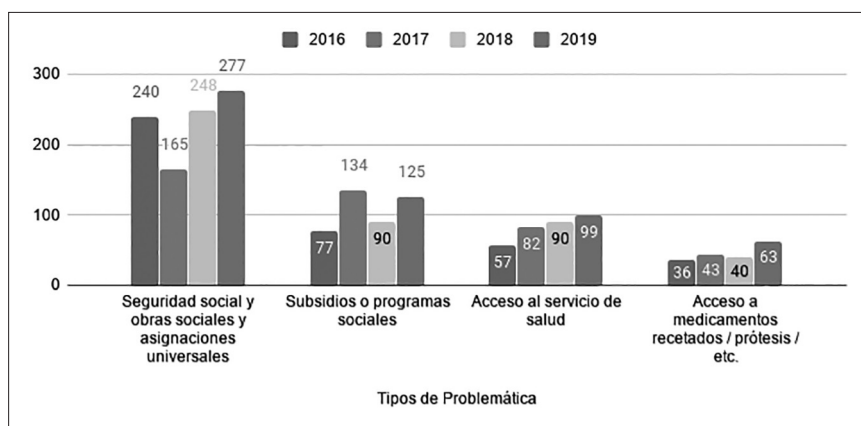
Tipos de Problemática	2016	2017	2018	2019	Total general	%
<i>Seguridad social y obras sociales y asignaciones universales</i>	240	165	248	277	930	46%
<i>Subsidios o programas sociales</i>	77	134	90	125↑	426	21%
<i>Acceso al servicio de salud</i>	57	82	90	99	328	16%
<i>Acceso a medicamentos recetados / prótesis / etc.</i>	36	43	40	63↑	182	9%
<i>Pensiones contributivas y no contributivas</i>	0	0	0	102	102	5%

<i>Certificado de discapacidad</i>	0	0	0	28	28	1%
<i>Conflictos con Obras Sociales o prepagas</i>	0	1	0	19	20	1%
<i>Problemas en entrega de medicación</i>	0	0	0	2	2	0%
Total general	410	425	468	715	2018	100%

Elaboración propia. Área de Gestión de la información. Dirección General de Acceso a la Justicia. Ministerio Público Fiscal de la Nación. Enero de 2020.

Al considerar el periodo en su conjunto (2016-2019), los mayores crecimientos se observan en “*Subsidios o programas sociales*”, “*Acceso al servicio de salud*” y “*Acceso a medicamentos recetados / prótesis / etc.*”. Considerando la totalidad del recorte temporal (es decir, entre 2016 y 2019), estas crecieron en un 62,3%, 73,7% y 75%, respectivamente.

GRÁFICO 5: *Evolución de tipo de problemáticas registradas vinculadas a derechos de la seguridad social (selección), 2016-2019*



¿CÓMO SE DISTRIBUYEN ENTRE LAS AGENCIAS?

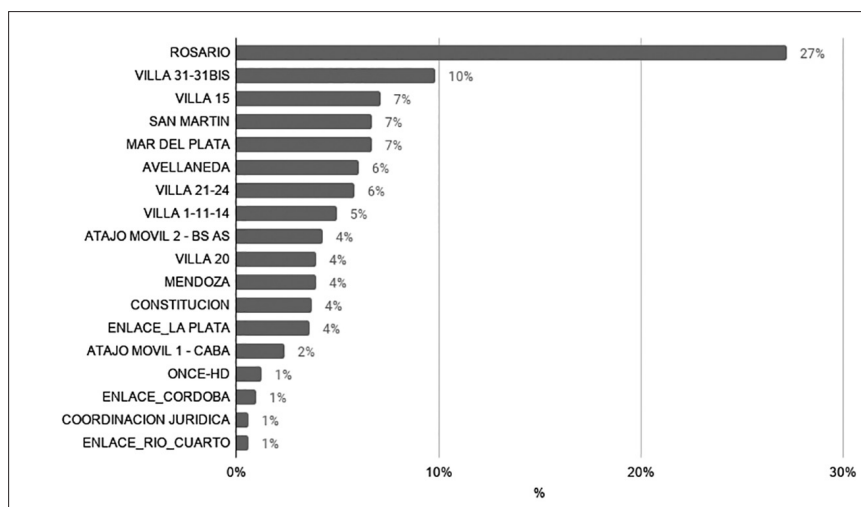
CUADRO 3: *Problemáticas registradas por agencia vinculadas a derechos de la seguridad social, entre el 1/1/2016 y el 31/12/ 2019*

Tipos de Problemática	2016	2017	2018	2019	Total general	%
ROSARIO	121	75	116	220	532	27%
VILLA 31-31BIS	49	56	40	47	192	10%
VILLA 15	30	38	24	48	140	7%
SAN MARTIN	18	22	32	59	131	7%
MAR DEL PLATA	39	21	29	42	131	7%
AVELLANEDA	17	53	26	23	119	6%
VILLA 21-24	18	31	21	44	114	6%
VILLA 1-11-14	29	18	32	19	98	5%
ATAJO MOVIL 2 - BS AS CONURBANO	12	21	15	36	84	4%
VILLA 20	23	10	16	29	78	4%
MENDOZA	24	26	14	14	78	4%
CONSTITUCION	0	8	22	43	73	4%
ENLACE_LA PLATA	2	8	41	20	71	4%
ATAJO MOVIL 1 - CABA	14	8	5	20	47	2%
ONCE-HD	0	0	0	25	25	1%
ENLACE_CORDOBA	0	8	10	1	19	1%
COORDINACION JURIDICA	0	6	3	3	12	1%
ENLACE_RIO_CUARTO	0	3	6	3	12	1%
Total general	396	412	452	696	1956	100%

• **ATAJO Rosario** supera cinco veces el promedio de este subconjunto de problemáticas (el cual se ubica en 108,7 problemáticas por ATAJO).

- En el **ATAJO San Martín** se observa un crecimiento sostenido a lo largo del periodo: entre 2016 y 2019, las problemáticas vinculadas a derechos de la seguridad social crecieron un 227,8%, es decir, tres veces más que a inicios del recorte temporal.
- Las agencias situadas en **Barracas** (ATAJO Villa 21-24), **Constitución**, el **ATAJO Móvil 2** y el **Enlace en La Plata** son las oficinas que mayor crecimiento expresan en el conjunto del periodo.

GRÁFICO 6: *Problemáticas registradas por agencia vinculadas a derechos de la seguridad social, entre el 1/1/2016 y el 31/12/2019*



Una de cada cuatro problemáticas vinculadas a derechos de la seguridad social fue registrada en el **ATAJO Rosario**.

SÍNTESIS

Entre 2016 y 2019, se registraron en total 29.919 problemáticas, dentro de las cuales, 2018 correspondían a las problemáticas que configuran el universo de “**derechos de la seguridad social**”.

Durante los primeros tres años, no se observan grandes fluctuaciones en el total de problemáticas de este tipo, mientras que en el último bienio 2018-2019 se observa un crecimiento interanual del 52,7%.

Otra perspectiva resulta de ver qué peso representa este grupo de trámites sobre el total de consultas evacuadas en cada año. En este caso también podemos ver que entre 2016 y 2018 sostiene una porción del 6%, mientras que en 2019 -de forma notoria- crece relativamente hasta alcanzar el 9% de todas las consultas evacuadas.

Entre las problemáticas más frecuentes, se destacaron los “*Subsidios o programas sociales*”, el “*Acceso a medicamentos recetados / prótesis / etc.*”, siendo las categorías que mayor crecimiento relativo presentaron en el año mencionado.

Considerando la dimensión territorial, se destaca que **ATAJO Rosario** representa una de cada cuatro problemáticas vinculadas a derechos de la seguridad social. En el **ATAJO San Martín** se observa un crecimiento sostenido a lo largo del periodo, mientras que agencias situadas en **Barracas** (ATAJO Villa 21-24), **Constitución**, el **ATAJO Móvil 2** y el **Enlace en La Plata** son las oficinas que mayor crecimiento expresan al finalizar el recorte temporal.

MAQUIAVELO Y SUS LECTORES ARGENTINOS

INTERPRETACIONES DE JURISTAS Y PROFESORES DE DERECHO, 1920-1940

LEANDRO LOSADA¹

Universidad Nacional de San Martín - Argentina

A inicios del siglo XX, la lectura y la recepción de Maquiavelo en la Argentina tenía una historia sinuosa y fragmentaria. Referido y mencionado por autores centrales del pensamiento político y de la vida intelectual del siglo XIX, como Juan Bautista Alberdi o Domingo Faustino Sarmiento, Maquiavelo había sido aludido para denigrar personajes (por ejemplo, a Juan Manuel de Rosas), o para repudiar conductas que se asociaban con el florentino: la arbitrariedad, la violencia, la tiranía, la perfidia, el engaño, la mentira.

Estas apelaciones no demostraban fehacientemente el conocimiento o la lectura de sus textos (cuyo acceso fue en sí mismo difícil durante buena parte del siglo XIX por razones materiales e institucionales), pero sí una manera de entender su lugar en la historia del pensamiento político occidental: su asociación con el “maquiavelismo”, rótulo según el cual el legado sustancial del florentino había sido la legitimación de las conductas más abyectas, por haber separado la política de la moral, y así haber planteado que aquello que era moralmente repudiable era legítimo políticamente. Esta concepción de Maquiavelo

¹ Doctor en Historia UN del Centro de la Pcia. de Buenos Aires. Investigador Independiente del CONICET.

y su obra había aparecido prácticamente junto con la publicación de sus escritos en la Europa del siglo XVI, había tenido expresiones en un amplio abanico de autores (católicos, protestantes, humanistas) y había sido visible en Hispanoamérica, posiblemente por el influjo de la escolástica, reactivada en España (sobre todo por la Escuela de Salamanca) en los siglos XVI y XVII. Todas estas razones permiten entender los énfasis decimonónicos rioplatenses recién comentados, aun cuando desde el siglo XVI, y con fuerza recobrada en el XIX, estaba disponible otra lectura de Maquiavelo: la de un patriota republicano, precursor de la unidad nacional y la formación estatal².

En Argentina, el panorama cambió a comienzos del siglo XX. En ello, más allá de un contexto general muy diferente al del siglo XIX (prosperidad económica, organización política e institucional) jugó un papel muy importante la renovación universitaria posterior a 1918, y más específicamente, los cambios que ocurrieron en las carreras de derecho desde entonces, sobre todo en Buenos Aires y La Plata. Para lo que aquí interesa, uno de esos cambios fue la creación de cátedras de derecho político, una asignatura que abordaba temas y perspectivas hasta entonces tratadas de manera poco sistemática, como la teoría del Estado o la historia de las ideas políticas³. Fue el derecho político, y los profesores que estuvieron a cargo de este tipo de cátedras, el espacio y los responsables del desembarco de Maquiavelo en sede universitaria en la Argentina. Ese desembarco estuvo pautado por interpretaciones ciertamente originales para lo que había sido la tradición de lectura de Maquiavelo en el país (el maquiavelismo ya referido), fruto de una

² Leandro Losada, *Maquiavelo en la Argentina. Usos y lecturas, 1830-1940*, Buenos Aires, Katz Editores, 2019.

³ Raúl Arlotti, "Las primeras lecciones de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA", en Tulio Ortiz (coord.), *Nuevos aportes a la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 2014; Raúl Arlotti, "Faustino J. Legón: la primera comunidad epistémica del Derecho Político en Argentina y la introducción del Derecho Político en la Universidad Nacional de La Plata", en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 47, 2017; Ramón Yanzi Ferreira, "La enseñanza de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba", en *Revista de la Facultad*, vol. III, n° 2, Nueva Serie II, 2012. Más en general, Víctor Tau Anzoátegui, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, Buenos Aires, Perrot, 1977.

lectura de primera mano de sus textos o de bibliografía más consistente y erudita, habilitada por la mejora en la circulación editorial y en las traducciones, y no exenta de polémicas entre sus protagonistas por sus respectivos prismas teóricos y doctrinarios. En las páginas que siguen se exponen tres lecturas desplegadas por profesores de derecho y juristas de renombre en la Argentina de los años 1920 y 1930: Mariano de Vedia y Mitre, Enrique Martínez Paz y Tomás Casares.

MAQUIAVELO REPUBLICANO

Mariano de Vedia y Mitre (1881-1958), fue un importante intelectual y académico en la Argentina de ese entonces⁴. Quizás más conocido por haber sido intendente de la ciudad de Buenos Aires durante la presidencia de Agustín Justo (1932-1938), De Vedia fue profesor de Historia Argentina en la Facultad de Filosofía y Letras, y el primer profesor titular de Derecho Político en la Universidad de Buenos Aires, desde 1924 hasta 1946 (su desempeño académico se había iniciado como profesor de Derecho Constitucional en la cátedra de Tomás Cullen)⁵.

A su vez, fue el impulsor del primer libro de factura universitaria dedicado íntegramente a Maquiavelo en la Argentina, publicado en 1927, producto de un seminario dictado en la Facultad de Derecho, y aprovechando la ocasión del aniversario número 400 de la muerte del florentino. En ese volumen (compuesto por las monografías realizadas para el curso recién señalado), De Vedia planteó en el estudio introductorio una lectura de Maquiavelo que sostendría en otros escritos y libros posteriores⁶.

⁴ Leandro Losada, "Soberanía y libertad. Balances y diagnósticos de Mariano de Vedia y Mitre sobre el liberalismo (Argentina, 1920-1950)", *Anuario IEHS*, vol. 33, n° 2, 2018. Su producción académica e intelectual incluyó libros de historia argentina y una amplia tarea como traductor, en la que se cuentan obras de William Shakespeare, Percy Shelley, George Bernard Shaw y Oscar Wilde.

⁵ Héctor José Tanzi, "La enseñanza de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Buenos Aires", en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, n° 17, 2011, pp. 85-112.

⁶ Mariano de Vedia y Mitre, "La inmortalidad de Maquiavelo", en Mariano de Vedia y Mitre (dir.), *Maquiavelo*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1927, pp. IX-LI.

En primer lugar, afirmó que Maquiavelo no había validado la inmoralidad en la política, sino que sólo había señalado que eran dimensiones distintas y a menudo incompatibles de la vida humana. Es decir, si era deseable que el gobernante no olvidara los preceptos morales, debía tener claro que en ocasiones no podía guiar su conducta o sus decisiones en base a ellos: “No es Maquiavelo enemigo de la bondad ni de la sinceridad, pero no cree que el hombre sea fiel a ellas y por lo tanto no lo será con quien proceda leal y sinceramente [...] mientras pueda ser bueno no debe dejar de serlo, pero sí en los casos de imperiosa necesidad”.⁷ Si Maquiavelo enseñaba que se debía aprender a ser malo, ello no significaba dejar de ser bueno. Había separado política y moral, pero “no hace en parte alguna elogio de la inmoralidad”⁸.

En segundo lugar, para De Vedia Maquiavelo era un autor republicano, no un simpatizante de las tiranías o de los gobiernos personales. Esto quería decir que el principio sustantivo de la obra del florentino era la libertad y no el poder. Y, siempre de acuerdo a De Vedia y Mitre, su libro mayor no era *El Príncipe* sino los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. En *El príncipe*, Maquiavelo había tratado una situación excepcional y sus máximas eran, por ende, las necesarias para circunstancias extraordinarias. En cambio, en los *Discursos* había realizado una reflexión general sobre la política. Era allí donde aparecía el Maquiavelo genuino, republicano y comprometido con la libertad: “lo esencial de su pensamiento está contenido en los *Discorsi*, donde razona sobre el modo de que el pueblo alcance la libertad y se gobierne por ella; en *El Príncipe* discurre sobre los medios de fundar una monarquía nueva y absoluta para obtener la independencia y la unidad de la patria”⁹. Incluso más, De Vedia y Mitre subrayó que “siendo Maquiavelo un republicano, sus ideas republicanas campean en las páginas de *El Príncipe*”¹⁰.

En tercer lugar, para De Vedia y Mitre el republicanismo maquiaveliano no era contradictorio con la preservación de las libertades

⁷ Mariano De Vedia y Mitre, *Historia general de las ideas políticas (XIII tomos)*, Buenos Aires, Kraft, 1946, t. V, pp. 325-326.

⁸ De Vedia y Mitre, *Curso de Derecho Político (2 tomos)*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica, 1934, t. I, p. 280.

⁹ De Vedia y Mitre, “La inmortalidad”, p. XLVIII.

¹⁰ De Vedia y Mitre, *Derecho político, op. cit.*, t. I, p. 275.

individuales. La libertad de la patria era una condición indispensable para estas últimas, no un objetivo que podía movilizarse para suspenderlas o avasallarlas. Por eso, incluso si se concebía a Maquiavelo como un autor de la razón de Estado, este principio no había sido formulado para legitimar la opresión, sino para sostener un compromiso ineludible con la libertad: “A Maquiavelo se lo considera –y con razón– como al fundador de la teoría de la ‘razón de Estado’, según la cual se justifica el atropello al derecho ajeno, el atropello a la moral y a la buena fe y hasta a la vida, cuando existe una razón de Estado. Y la frase corriente de que ‘el fin justifica los medios’ que, como se ha dicho, forma la esencia del criterio de Maquiavelo, sólo es aceptada por éste en cuanto el fin que ha de justificar los medios sea un fin bueno, un fin honesto, un fin que asegure el bien común”¹¹. Ese “fin bueno”, “honesto”, era la libertad del pueblo: “Según su pensamiento la razón de Estado consiste en la libertad del pueblo, en la igualdad de todos los habitantes del país, y ante este solo objetivo superior puede el príncipe faltar a la promesa de fe”. Desde este punto de vista, el príncipe de Maquiavelo no calzaba en la imagen del autócrata, sino del gran legislador¹².

Cabe decir que De Vedia reconoció que era algo forzado atribuir a Maquiavelo la concepción de que el príncipe, y el Estado por él edificado, realizaba un “fin moral”. No lo había dicho expresamente, pero se “deducía” de su obra: “Parecería [...] que este [Maquiavelo] hubiera concebido al Estado como teniendo un fin en sí mismo. Pero fatalmente habría de contribuir a formar esa conciencia moral, por lo mismo que es un fenómeno natural, lo que en definitiva no negó nunca Maquiavelo”¹³. Quizás esta lectura, que asocia lo bueno y lo justo, haya estado incidida por una referencia intelectual que se ha detectado en De Vedia, el krausismo (en su variante española, a través de Adolfo Posada y su “krausopositivismo”)¹⁴.

¹¹ De Vedia y Mitre, *Derecho Político*, op. cit., t. 1, p. 278.

¹² De Vedia y Mitre, *Derecho Político*, op. cit., t. 1, p. 286.

¹³ *Ibid.*, p. 388.

¹⁴ Raúl Arlotti, “Las primeras lecciones de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA”, op. cit., pp. 125-149. Sobre las recepciones locales del krausismo, Arturo Andrés Roig, *Los krausistas argentinos*, Puebla, Cajica, 1969; Dotti, *La letra gótica*, op. cit., pp. 72-94.

Por último, el republicanismo de Maquiavelo no era un republicanismo enfrentado a la democracia, o entendido como un antídoto frente a los dilemas o problemas que podía provocar la participación política popular (un énfasis -el contraste entre república y democracia, desde ya de larga tradición en el pensamiento político, reactivado en estos años en la Argentina por quienes manifestaban su escepticismo o incluso su oposición a la democracia electoral abierta por la ley Sáenz Peña en 1912 y plasmada con el acceso al poder de la Unión Cívica Radical con Hipólito Yrigoyen en 1916-) ¹⁵.

Según De Vedia, por el contrario, el republicanismo de Maquiavelo estaba entramado en una reformulación del gobierno mixto que no lo entendía como una colaboración armónica entre partes, sino como la mejor forma de gobierno por canalizar institucionalmente el conflicto entre los “grandes” y el “pueblo”. Según De Vedia, Maquiavelo había postulado que el pueblo era el motor de la libertad en una república. Por ello, lo retrató como un autor democrático: “Su pensamiento es esencialmente democrático” ¹⁶. El florentino había pensado la política desde los intereses del pueblo, no desde los del príncipe: “Maquiavelo no tiene en mira, al emitir su pensamiento, el interés del príncipe, sino que tiene siempre en vista el interés del pueblo” ¹⁷. Más aún, había apuntado el peligro de las aristocracias para una república: “se mantiene fiel al principio de que la mayor rémora para la suerte del Estado proviene de la conducta y de la acción de las clases privilegiadas [...]. Asegura que mientras existan en el Estado los magnates no puede haber régimen de libertad y de igualdad” ¹⁸. Maquiavelo, por todos estos argumentos, no enseñaba la contraposición entre república y democracia. Ni había ponderado una república aristocrática. Por el contrario, y esta es otra de sus rupturas con los clásicos según De Vedia, había sido el primer autor en concebir la república en su sentido moderno, como “gobierno popular” ¹⁹.

¹⁵ Véase Tulio Halperin Donghi, *Vida y muerte de la República Verdadera (1910-1930)*, Buenos Aires, Ariel, 1999.

¹⁶ De Vedia y Mitre, *Derecho político, op. cit., t. 1*, p. 272.

¹⁷ De Vedia y Mitre, *Derecho político, op. cit., t. 1*, p. 290.

¹⁸ De Vedia y Mitre, *Derecho político, op. cit., t. 1*, p. 275.

¹⁹ De Vedia y Mitre, *Historia de las ideas, op. cit., t. V*, pp. 306-309.

En síntesis, De Vedia propuso una lectura de Maquiavelo muy distinta a la que había prevalecido hasta entonces en la Argentina. Lejos del “maquiavelismo” referido por Sarmiento o Alberdi, de su sinonimia con la tiranía y la inmoralidad, el florentino era símbolo de un republicanismo democrático cuyo principio sustantivo era la libertad. Esta interpretación, basada en un conocimiento considerablemente informado sobre toda una línea de lectura de Maquiavelo (así puede apreciarse en las citas de los escritos de De Vedia y Mitre), según la cual el florentino era el precursor de la noción moderna de Estado, y del estado como elemento central de la unidad nacional y de la libertad moderna (muy importante en la Alemania y la Italia del siglo XIX, de donde provenía buena parte de las referencias jurídicas de De Vedia), estuvo asimismo en contrapunto con las lecturas de Maquiavelo que desplegaron otros juristas y académicos del derecho en la Argentina de los años 1920 y 1930.

MAQUIAVELO SÍMBOLO DEL AUTORITARISMO

En 1924, Enrique Martínez Paz (1882-1952) era profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Córdoba (también fue catedrático de Derecho Civil Comparado y había sido vicerrector de esa universidad con apoyo de los grupos reformistas). Ese año publicó un artículo en el que anunció “El retorno de Maquiavelo”²⁰. ¿Qué escenario justificaba semejante afirmación? La “crisis de la democracia liberal” y la consolidación de “una autoridad sin principios”; la disolución de “los ideales que se condensaban en el constitucionalismo” y la afirmación de gobiernos que “están, en su mayoría, por encima y sobre las Constituciones; [y que] han llegado al poder por un acto de violencia y violación y lo conservan con un programa de acción efectiva, que afecta ignorar las bases constitucionales del Estado”²¹.

²⁰ Enrique Martínez Paz, “El retorno de Maquiavelo” (1924), en Enrique Martínez Paz, *Sistema de filosofía del derecho*, Buenos Aires, El Ateneo, 1940 [1932], pp. 283-288.

²¹ Martínez Paz, “El retorno”, *op. cit.*, pp. 283-284. Cabe apuntar, entre otras referencias e influencias, la gravitación del neokantismo en el pensamiento jurídico de Martínez Paz. Véase Jorge Dotti, *La letra gótica. Recepción de Kant*

Estas tendencias, a juicio del autor, estaban expresadas ejemplarmente por el fascismo italiano. Una asociación por cierto poco sorprendente, si se tiene en cuenta que el propio Mussolini había trazado una referencialidad con Maquiavelo, y que dicha referencialidad era conocida en la Argentina²². De hecho, el propio De Vedia y Mitre había traducido y enseñado en sus cursos el *Preludio a Maquiavelo* del Duce, decisión que había promovido la crítica de algunos colegas, como Carlos Sánchez Viamonte (jurista y profesor en la Universidad de La Plata y Buenos Aires), mientras que otros intelectuales, por ejemplo Leopoldo Lugones, en un texto publicado -como el libro de De Vedia y Mitre- en 1927 en ocasión del aniversario de la muerte del florentino, habían exaltado la figura de Maquiavelo precisamente por ser un precursor del fascismo²³.

En un plano más general, para Martínez Paz, y en abierto contraste con lo visto en De Vedia y Mitre, Maquiavelo era el “maquiavelismo”. Éste, “elevado a doctrina política es, además de repugnante, absurdo; porque precisamente Maquiavelo es la negación de todo sistema”. Sin embargo, vale subrayar un énfasis adicional del académico cordobés. En su lectura, Maquiavelo no era estrictamente el teórico de una (repudiable) forma de ejercer el poder, arbitraria, violenta o tiránica. En realidad, las obras del florentino “ni siquiera se ocupan de hacer el elogio de la tiranía; es que Maquiavelo representa la autoridad simplemente natural, apoyada en la fuerza, en la astucia, en la sagacidad”²⁴. Es decir, Maquiavelo era un autor que había develado la verdadera naturaleza del poder, sus atributos intrínsecos. Era este aspecto de su obra, según Martínez Paz, el que sustentaba el retrato de Maquiavelo como un

en la Argentina, desde el Romanticismo hasta el treinta, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, 1992, pp. 212-213.

²² Benito Mussolini, “Preludio al Machiavelli”, en *Scritti e Discorsi*, I/1, Milán, Ulrico Hoepli, 1924 (el texto se publicó originalmente en la revista *Gerarchia*). Véase Laura Mitarotondo, *Un preludio a Machiavelli. Letture e interpretazioni fra Mussolini e Gramsci*, Turín, G. Giappichelli, 2016.

²³ Carlos Sánchez Viamonte, “Maquiavelo y Mussolini”, en *Jornadas*, Buenos Aires, Samet, 1929, pp. 58-64; Leopoldo Lugones: “Elogio de Maquiavelo”, en *Repertorio Americano*, T. XV, n° 19, 19/11/1927, pp. 297-301. Originalmente publicado en *La Nación*, 19/6/1927.

²⁴ Martínez Paz, “El retorno”, *op. cit.*, pp. 286-287.

“realista” y lo acercaba a quienes en esos años desplegaban nociones “biológicas” de la política, como Oswald Spengler²⁵. En otras palabras, Maquiavelo no era un autor del poder tiránico, sino del poder en sí. Un realista por develar la naturaleza del poder (entendido como el fenómeno distintivo de la política), no por ser un apologista de la tiranía.

Así, Martínez Paz finalizaba afirmando que la calificación de las ideas de Maquiavelo como propias del “diablo” (según la fórmula del cardenal Reginald Pole, pionero en la condena del florentino en el siglo XVI) era un repudio entendible, pero insustancial. Pues la “biológica” política contemporánea, digna heredera del florentino, se movía con “leyes” propias y no comparables con las de otras esferas, fueran humanas o trascendentes:

El cardenal Pole dijo una vez juzgando a “El Príncipe” de Maquiavelo: este libro ha sido escrito por el dedo mismo del diablo. Si nos fuera dado oponer el reino de la naturaleza al reino de Dios, estaría bien el juicio del Cardenal. Una política natural, biológica, debe asentarse en las leyes de la fatal necesidad, no puede ir a buscar sus fundamentos en el reino del espíritu, y ya que estamos en trance de recomenzar, leamos de nuevo a Maquiavelo, libres de toda gazonia prevención, porque contiene, en la filosofía del Diablo, la más perfecta imagen de la política de la actualidad²⁶.

En consecuencia, Martínez Paz lejos estaba de entender a Maquiavelo como un autor republicano y de la libertad. Pero a su vez, también apuntó la inconsistencia de una crítica a Maquiavelo desplegada desde

²⁵ En otros textos, Martínez Paz distinguió más nítidamente al florentino del alemán al precisar que “Maquiavelo no niega los principios, más bien los recuerda y reconoce, pero los detiene cuando se presentan como un obstáculo en el camino del éxito de los príncipes”, mientras que “Spengler, en cambio, eleva el capricho y la arbitrariedad a la dignidad de sistema y lo justifica invocando no se sabe qué misteriosos designios”. Martínez Paz, *Sistema de filosofía*, op. cit., p. 226. Martínez Paz fue traductor de Spengler, y organizador de un homenaje en la Universidad de Córdoba al pensador alemán en 1923. Véase Pablo Requena y Ezequiel Grisendi, “Dos eventos de recepción densos en la Universidad de Córdoba: los homenajes a Oswald Spengler (1924) y Henri Bergson (1936)”, en *Actas de las V Jornadas de Historia de las Izquierdas ¿Las “ideas fuera de lugar”? El problema de la recepción y la circulación de ideas en América Latina*, Buenos Aires, CeInCI, 2009.

²⁶ Martínez Paz, “El retorno”, op. cit., p. 288.

prismas teológicos o religiosos. Era una afirmación significativa, porque ésta última fue un ejercicio también ensayado en la Argentina de los años 1920 y 1930.

MAQUIAVELO MODERNO Y LIBERAL

Tomás Casares (1895-1976) fue uno de los más destacados exponentes de la reactivación del pensamiento católico que, en clave neotomista y en sintonía con lo ocurrido en otras geografías, ocurrió en la Argentina desde el final de la Primera Guerra Mundial²⁷. Casares dirigió los Cursos de Cultura Católica, fue profesor en las Universidades de La Plata y Buenos Aires, y ocupó la presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre 1947 y 1949. Al igual que De Vedia y Mitre (o Lugones) vertió sus consideraciones sobre Maquiavelo en un texto publicado en 1927, año del 400 aniversario de la muerte del florentino.²⁸

En ese escrito, Casares concibió a Maquiavelo como artífice crucial de la modernidad y de la sustitución histórica de una política cristiana. Esta afirmación se sostenía en un tópico bastante recorrido entre quienes lo habían denostado desde el siglo XVI, y que De Vedia y Mitre había discutido. Es decir, según Casares, Maquiavelo había separado política y moral cristiana, con un triple efecto: validar la inmoralidad en la política, quitar relevancia a la Iglesia en los asuntos de este mundo, y convertir a la política en una dimensión autónoma, suficiente en sí misma, inmanente, y por ende ajena a toda autoridad trascendente, cuyo resultado era la omnipotencia del Estado. Todo esto, para Casares, no era un episodio del pasado, sino una batalla de innegable vigencia:

²⁷ Loris Zanatta, *Del estado liberal a la nación católica. Iglesia y Ejército en los orígenes del peronismo. 1930-1943*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 1996; Roberto Di Stefano y Loris Zanatta, *Historia de la Iglesia argentina. Desde la conquista hasta fines del siglo XX*, Buenos Aires, Grijalbo Mondadori, 2000, pp. 412-435; José Zanca, *Cristianos antifascistas. Conflictos en la cultura católica argentina, 1936-1959*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

²⁸ Tomás Casares, "La política y la moral. A propósito de Maquiavelo (1927)", en Tomás Casares, *Conocimiento, política y moral. Jerarquías espirituales*, Buenos Aires, Docencia, 1981, pp. 53-73.

todo está vigorosamente dispuesto para librar contra la supremacía de la Iglesia y contra su doctrina de la subordinación del hombre a un bien y una verdad trascendentes, una batalla terrible en favor de los derechos del Estado a quien le correspondería el cetro supremo si se ganara la batalla. La posteridad lo ha entendido de ese modo, la batalla está librándose desde el Renacimiento y la Reforma, y en todas partes se distinguen por sus reflejos cambiantes las armas que suministrara el florentino²⁹.

Ahora bien, el énfasis singular de Casares era que la postulación de un Estado omnipotente no hacía a Maquiavelo un autor de la tiranía ni un enemigo de la libertad. Por el contrario, era la figura insoslayable a la que acudir para entender la aparición de los principios sustantivos del liberalismo. Maquiavelo había invocado “con frecuencia la libertad como ideal político”. Y esa libertad era la “libertad del Estado”, pero también la “libertad individual”³⁰. Según Casares, Maquiavelo había propuesto la omnipotencia del Estado en función de un “fin individual”, una libertad despojada de toda noción de “deber”:

Estamos ante un fin individual como en el caso de la respuesta escolástica, pero con una diferencia gravísima: en esta última el fin individual se condensa en un *deber*, un deber absoluto que trasciende el tiempo, el espacio y toda circunstancia contingente; en la posición de Maquiavelo, que en este punto expresa agudamente la visión renacentista de la vida, el fin se expresa en un *derecho*, el derecho individual a realizar la vida con el máximo de felicidad concreta³¹.

Maquiavelo había abierto así el cauce continuado luego por el liberalismo. Ahora bien, en todo ello había una aporía insalvable, ya que existía una “violenta e inevitable oposición entre la omnipotencia estadual y la exaltación individual promovida por el ejemplo del Estado y su despreocupación en orden a la disciplina de la conducta moral. Es la debilidad intrínseca de todas las grandezas que quieren serlo contra

²⁹ Casares, “La política”, op. cit., p. 72-73.

³⁰ Casares, “La política”, op. cit., p. 62.

³¹ Casares, “La política”, op. cit., p. 61. En estas consideraciones, y a lo largo del texto, subyace la distinción tomista entre persona e individuo, reactivada en estos años por Jacques Maritain. Véase Zanca, *Cristianos antifascistas*, op. cit., pp. 37-53.

Dios”³². El legado de Maquiavelo, potenciado en la modernidad por el liberalismo, era un relativismo sin solución posible que no fuera autoritaria. El peligro totalitario no era lo opuesto al liberalismo, sino su consecuencia inexorable:

El propósito definitivo de la exaltación del Estado es la liberación del individuo sustrayéndolo de su sujeción a Dios y creando un orden de sujeción del cual es él mismo autor omnipotente [...] la afirmación de esa absoluta autonomía crea en el orden político el peligro permanente –peligro que está en la entraña misma del sistema– de una nueva sujeción infinitamente peor porque vendría del hombre mismo y sería arbitraria puesto que se ha negado el valor normativo de la ley trascendente que ofrece, en su trascendencia, la garantía de su inquebrantabilidad, de su universalidad y de su permanencia³³.

Para Casares, entonces, la clave (y el peligro) de Maquiavelo, no radicaba en las formas de gobierno que proponía (principado o república -para el jurista católico eran notorias en este sentido sus simpatías republicanas). Maquiavelo era un adversario por la ruptura ontológica y epistemológica que había abierto, es decir, por su noción de la política como algo en sí, inmanente y autosuficiente. Ello lo hacía un moderno, y responsable del relativismo de una política sin Dios, que conducía a la perdición del hombre por la delimitación de sus horizontes a lo sensible y concreto, o por derivar inexorablemente en totalitarismos inmanentes. A juicio de Casares, por ende, para hacer una crítica del liberalismo, había que leer a Maquiavelo. Pero no porque ofreciera una concepción política antiliberal (como por ejemplo lo concibió Martínez Paz al entenderlo como un precursor del fascismo), sino porque era la cifra, el zócalo fundacional sobre el que se había asentado el pensamiento liberal. Vale decir que esta forma de entender a Maquiavelo tuvo una importante proyección entre juristas y académicos con formación o referencialidad en el neotomismo, además de destacada trayectoria intelectual y pública. Tales los casos de Faustino Legón (que sustituyó a De Vedia y Mitre en la cátedra de Derecho Político de la UBA en 1947, fue el primer decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica e integró el consejo directivo

³² Casares, “La política”, op. cit., pp. 62-63.

³³ Casares, “La política”, op. cit., p. 65.

de la Universidad del Salvador en los años 50) y Arturo Sampay, quien citó el texto de Casares en sus escritos (texto también elogiado por otras voces del antiliberalismo local, como Julio Irazusta)³⁴.

CONCLUSIONES

Las lecturas que volcaron sobre Maquiavelo, De Vedia y Mitre, Martínez Paz y Casares revelan varios fenómenos sugestivos. Por un lado, el interés que suscitó el florentino entre intelectuales y juristas argentinos a partir de los años 1920. Este fenómeno reconoce al menos dos razones, la atención que se otorgó a Maquiavelo en la política y en el pensamiento político occidental después de la Primera Guerra Mundial (con Italia -quizá esperablemente- y Alemania como casos testigos), y la renovación y especialización de saberes y disciplinas que se aceleró (sería exagerado afirmar que se inició) con la Reforma universitaria de 1918. En este escenario, las carreras de derecho (en Buenos Aires, La Plata, Córdoba) fueron plataformas protagónicas en la recepción y enseñanza universitaria de la obra del florentino, especialmente alrededor del derecho político, materia o asignatura que propició su ubicación como una autoridad o al menos un nombre insoslayable en territorios como la teoría del Estado o la historia de las ideas políticas.

En segundo lugar, las intervenciones aquí vistas muestran la polémica que rodeó al florentino, un fenómeno que apropiadamente puede definirse como universal. Tal como apuntó Isaiah Berlin, Maquiavelo no

³⁴ Faustino Legón, *Cuestiones de política y derecho*, Buenos Aires, Perrot, 1951; Arturo Sampay, *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*, Buenos Aires, Losada, 1942; Arturo Sampay, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Politeia, 1951, p. 30; Julio Irazusta, *El pensamiento político nacionalista, t. 1. De Alvear a Yrigoyen*, Buenos Aires, Obligado, 1975, *op. cit.*, pp. 48-49. Véanse Jorge Dotti, *Carl Schmitt en Argentina*, Rosario, Homo Sapiens, 2000; Juan Fernando Segovia, "Faustino Legón: del derecho natural al derecho constitucional", en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, vol. XVII, 2012; Raúl Arlotti, "Las primeras lecciones de Derecho Político del profesor titular Faustino J. Legón en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA", en Tulio Ortiz (coord.), *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Enseñanzas de su historia*, Facultad de Derecho, UBA, 2015; Fernando Segovia, "El derecho entre iusnaturalismo, decisionismo y personalismo. Arturo Sampay lector de Carl Schmitt", en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, vol. XX, 2015.

sólo ha sido objeto de controversias intelectuales, sino motivo de escándalo o de horror³⁵. En la Argentina de los años 1920 y 1930, Maquiavelo fue definido como un republicano amante de la libertad, el autor intelectual del fascismo, o aquel que había abierto la senda de la modernidad y del liberalismo (estos dos últimos juicios, lanzados desde una apreciación denigratoria por quienes los firmaron). Cada una de estas posibilidades interpretativas tenía una genealogía extensa, espacial y temporalmente. Como ya se ha dicho, Maquiavelo como cómplice de la tiranía o como baluarte del republicanismo eran caracterizaciones remontables al siglo XVI³⁶, mientras que la asociación del florentino con el fascismo fue expuesta por el propio Mussolini (y cabe recordar la apropiación para el marxismo que también en Italia haría Antonio Gramsci)³⁷.

En consecuencia, más que la advertencia de estas formas enfrentadas de retratar a Maquiavelo y su obra, fenómeno poco sorprendente, es relevante señalar qué muestran del pensamiento político argentino. Para concluir, hay dos aspectos a señalar en esta dirección. Por un lado, que las lecturas de Maquiavelo son en sí un indicador de las renovaciones ideológicas y doctrinarias ocurridas en el país a partir de los años 1920, y sobre ellas, de la ruptura del consenso liberal sobre el que se había edificado la Argentina como nación en el siglo XIX³⁸. Es decir, si De Vedia y Mitre expone una reflexión anclada en la tradición liberal, Martínez Paz y más aún Casares muestran en sus textos y apreciaciones sobre Maquiavelo los desencantos o la advertencia de la crisis de la democracia liberal (en Martínez Paz) o el repudio explícito al liberalismo (en Casares).

Por otro lado, estas intervenciones develan el cambio que hubo entre el siglo XIX y el siglo XX en las voces que rechazaron a Maquiavelo. Como se dijo al comienzo, el recelo o la condena al florentino en el siglo XIX había sido un gesto propio de los principales baluartes del

³⁵ Isaiah Berlin, "La originalidad de Maquiavelo", en *Contra la Corriente. Ensayos sobre Historia de las Ideas*, México, FCE, 1992, pp. 85-143.

³⁶ Claude Lefort, *Maquiavelo. Lecturas de lo político*, Madrid, Trotta, 2010.

³⁷ Antonio Gramsci, *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno*, Madrid, Nueva Visión, 1980 [1949].

³⁸ Tulio Halperín Donghi, *La Argentina y la tormenta del mundo. Ideas e ideologías entre 1930 y 1945*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2003.

liberalismo argentino, como Alberdi o Sarmiento, que precisamente lo habían repudiado por considerarlo un enemigo de la libertad o cuanto menos un atavismo de tiempos bárbaros, en los que la política, la violencia y la inmoralidad se confundían. Los textos aquí abordados muestran exactamente lo contrario: un autor referenciado en el liberalismo como De Vedia y Mitre ponderó a Maquiavelo por encontrar en él a un autor consustanciado con la libertad (de la patria y de los individuos), y una de las figuras más notorias del antiliberalismo de los años 1920 y 1930, Tomás Casares, lo denigró precisamente por ver en él (más cerca de De Vedia que de Alberdi o de Sarmiento), un factor decisivo de la modernidad y del liberalismo.

En otras palabras, la crítica a Maquiavelo fue un denominador común entre liberales decimonónicos y antiliberales de la primera mitad del siglo XX (ciertamente por ver en él a sus respectivos adversarios, es decir, por atribuirle a su obra y a su lugar en la historia fenómenos opuestos: la tiranía y la libertad, respectivamente). Desde este punto de vista, la recepción del florentino entre juristas y académicos del derecho argentino ofrece un punto de mira privilegiado para advertir contrapuntos en el interior de una misma corriente política o de pensamiento (como lo expone la diferente valoración entre De Vedia y Mitre y Sarmiento y Alberdi) o coincidencias, quizá impensables o al menos sorprendentes a primera vista, entre figuras ubicadas en antípodas doctrinarias.

LEO STRAUSS

LA JUSTICIA Y EL BIEN

DAVID KRONZONAS¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

La filosofía siendo el conocimiento de nuestra ignorancia respecto de las cosas más importantes es imposible sin algún saber respecto de las cosas más importantes. Al darnos cuenta de que ignoramos las cosas más importantes nos damos cuenta también de que lo más importante para nosotros o aquella única cosa necesaria, es la búsqueda del conocimiento de lo más importante o de la filosofía. En otras palabras nos damos cuenta de que es sólo a través de la filosofía que el alma del hombre puede volverse bien ordenada ... no prueba que es más afín al orden eterno o a la causa eterna o a las causas del todo, que un alma caótica. Y no es necesario hacer esa suposición para ser filósofo.

L. Strauss. "De la Tiranía"

No deseamos lo que es bueno, sino que es bueno porque lo deseamos.

B. Spinoza

I

Leo Strauss abordó desde distintos ángulos la tensión entre filosofía y revelación a lo largo de su por demás extensa obra. No podría

¹ Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA. Magíster en Ciencias Sociales en el Área de Ciencia Política, FLACSO. Doctor en Ciencias Sociales por la Facultad de Ciencias Sociales, UBA, en el Área de Filosofía. Asesor en la Secretaría de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación.

comenzar el presente artículo sin dejar de omitir el indispensable análisis desde la filosofía clásica y en especial desde Platón (para luego seguir con Maimónides, Spinoza y Levinas). El análisis del “idealismo platónico”, de aquello que resulta su construcción distintiva tanto de su filosofía, como de su filosofía política es sin duda alguna la “doctrina de las ideas”²: la idea de “justicia” y la idea de “bien”. Strauss sostendrá –tanto en su análisis de “Las Leyes” como de “La República” –que luego más adelante trabajaremos en particular- que hay idea de virtud. Aquello que Strauss pone en cuestión es la noción de que las ideas y en particular la idea de justicia pudieran subsistir por sí mismas, en un ámbito diferente del de los seres humanos.³ Pone en duda, como buen filósofo, la dimensión teológica⁴ de la doctrina –la cual proporciona

² Hay para Platón una realidad diversa de lo mental y de lo sensible: el mundo de las esencias, ideales, universales, incorpóreas y eternas, que el filósofo llama Ideas. Hay un mundo de las Ideas trascendentes, más allá del espacio y del tiempo, fuera del mundo sensible y de nuestros conceptos. Strauss sostendrá que la doctrina de las ideas platónicas son difíciles de concebir. Por un lado, se nos da a entender que la justicia es ante todo un cierto carácter del alma humana para luego pedirnos que creamos en su inmutabilidad. Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 173). Aquello que Platón prevé es cierta garantía de inmutabilidad, un grado de invulnerabilidad ya que si bien el cuerpo es presa de los caprichos del tiempo, el alma ancla en lo eterno y redime así al hombre de los vaivenes de la generación y corrupción. Temporalidad, devenir, finitud son las maneras como la filosofía nombra los viejos monstruos: necesidad, locura, destino, suerte. Para lidiar contra tales fuerzas, Platón convierte a eros en categoría filosófica. El deseo deja así de tiranizar al hombre para pasar a ser objeto del logos. El amor a la idea libera.

³ Strauss aprendió de Hobbes que la doctrina del estado de naturaleza tiene por fin aclarar hasta qué punto la justicia es anterior o independiente de las instituciones humanas o en qué grados la justicia se apoya en principios extra humanos o divinos. Para Hobbes la justicia separada de las instituciones humanas es algo prácticamente inexistente en el mundo. El estado de naturaleza se caracteriza por su irracionalidad y por lo tanto, por su injusticia. El derecho natural determinado en relación con la pura naturaleza es la fuente de toda justicia. Thomas Hobbes “Leviatán”. Capítulos XIII y XIV. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., 1992, (págs. 100/ 117).-

⁴ Platón estaba convencido que el ámbito político tenía una propensión intrínseca al desorden. Su opuesto (estabilidad, armonía, unidad y belleza) no surgiría del curso normal de los acontecimientos políticos sino que debía ser traído de un “medio externo” como el resultado del orden, la verdad, el arte

un modo sólido de concebir la experiencia de la naturaleza de las cosas- la que se enfrenta a la dimensión natural.

Concuerda Strauss –en términos generales- con el consenso tradicional de los platonistas y de los exégetas de Platón; su interpretación heterodoxa señalaba que cuando Sócrates habla de una “idea” o una “forma” refiere –y siguiendo a Strauss- a aquello a lo que apunta la interrogación: ¿Qué es (...)? lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo noble y lo bajo; el hombre, el número, la justicia, el bien. Llama a examinar por las esencias, las diferencias (esenciales), partes heterogéneas del todo, no perceptibles, noéticas y de su relación entre sí. Cuando la perplejidad sobre la esencia de algo nos supera debemos asignarlo a su “clase” o “tipo” apropiado y luego entenderlo en su relación con otros “tipos” o “especies”. Las preguntas por las esencias son concebidas por Sócrates como “un giro, un retorno, a la cordura, al sentido común.”⁵ Recordemos que el método socrático se apoyaba en el “sentido común”, que sigue la experiencia original del asombro, va de lo particular y temporal a lo universal y perdurable, experiencia trans –históricas aunque no necesariamente, eterna. Strauss interpretará la doctrina de las ideas como la radical limitación sustantiva del conocimiento humano. Conocer las ideas es ser un experto básicamente en la conciencia de las carencias de la condición humana: saber que no se cuenta con respuestas satisfactorias a las preguntas más importantes, saber que tan sólo se posee opiniones sobre tal o cuál condición.

Strauss define⁶ la idea como el aspecto, apariencia o forma de una cosa; tipo o clase de cosas que están unidas por el hecho de que todas

que se le imparte. Su virtud depende de ello. En todas sus facetas: de armonía, unidad, medida y belleza, el orden era la creación positiva del arte; y el arte, el dominio del conocimiento. “El orden político era producido por una visión informadora proveniente de un medio externo, del conocimiento del modelo eterno para moldear a la comunidad sobre un Bien preexistente.” Sheldon S. Wolin. “Política y Perspectiva”. Amorroutu Editores, Buenos Aires, Argentina, 1993, (pág. 54).

⁵ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 36).-

⁶ Leo Strauss y Joseph Cropsey. “Historia de la Filosofía Política”. Ver “Platón”. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1993, (Pág. 63). Sheldon S. Wolin. “Política y Perspectiva”. Amorroutu Editores, Buenos Aires, Argentina,

poseen el mismo aspecto, el mismo carácter, poder, o naturaleza. Las ideas son las únicas cosas que en sentido estricto “son”⁷ –dice Strauss– porque están más allá de todo devenir, más allá de todo cambio y en cierto sentido, son causa (de todo cambio y de todas las cosas cambiantes). Las ideas son visibles a los ojos del espíritu radicalmente distinto de las ideas mismas. Debe haber –señalaba nuestro autor–: “algo superior a las ideas: el bien o la idea de bien que en cierto sentido es causa de todas las ideas así como del espíritu que las percibe”.⁸ Sólo por la percepción del bien de parte de los seres humanos que por naturaleza están preparados para percibirlo, la ciudad buena podrá surgir y subsistir. En cuanto más elevado que las ideas, sólo –con reservas– puede darse el bien. Platón sostenía que el Bien era un bien verdadero para todos y sólo representaba el verdadero interés de cada uno. Acceder al Bien –en términos platónicos– es “completar el camino, volver a un camino de pureza que replica y restituye el origen, donde el principio y el fin se reencuentran”. Detengamos aquí un instante, el Bien al cual apuntaba la comunidad política platónica, no dependía en modo alguno de ella; era una cuestión que no podía ser decidida políticamente, así como tampoco determinar su sentido. Al insistir en que el orden político debía vincularse con un orden trascendente sólo logró vaciar de contenido político a algunas concepciones intrínsecamente políticas

1993, (Pág. 62). También, Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 174).-

⁷ Leo Strauss y Joseph Cropsey. “Historia de la Filosofía Política”. Ver “Platón”. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1993, (pág. 62). “Captar la verdadera idea (...) era alcanzar una posición intelectual donde el caos de la vida política había sido remodelado por la visión informadora del Bien.” Scheldon S. Wolin. “Política y Perspectiva”. Amorroutu Editores, Buenos Aires, Argentina, 1993, (pág. 48).-

⁸ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 173).- Platón y Aristóteles coinciden en que el máximo y más perfecto saber y lo más perfecto deben estar unidos. Para Aristóteles lo más elevado es el conocimiento o el pensamiento que se piensa a sí mismo; para Platón, lo más elevado está más allá de la diferencia entre el conocedor y lo conocido, o no es un ser racional. Sócrates utiliza la “idea de bien” y “el bien” como sinónimos.

⁹ Diana Sperling. “Del deseo. Tratado erótico-político”. Editorial Biblos; Buenos Aires, 2001, (pág. 101).-

tornándolas irrelevantes: la obligación política, la comunidad política y la naturaleza del gobierno (político) son claros ejemplos de ello.

Al analizar el Sócrates de Jenofonte, Strauss define al Bien diciendo que no es un ente; el bien es lo que es bueno para un individuo en estas u otras circunstancias. Sócrates no conoce el bien que no sea bueno para algo: las cosas son buenas en relación con las necesidades, algo que no llene una necesidad no puede en consecuencia, ser conocido como bueno. Para Sócrates el conocimiento que el alma tiene de los entes está dirigido, causado, por una matriz de necesidad, de eros a cuyo respecto el alma humana puede volverse cada vez más autoconsciente, a pesar de la conciencia de su propia limitación. Para Strauss las raíces del todo están ocultas. Las clases y sus caracteres donde cada miembro contribuía con una función única a la armonía ordenada del conjunto sólo pueden entenderse en sus relaciones mutuas con el alma y con el bien. Esto es que no pueden entenderse al margen de su condición de partes del todo y si bien el todo puede ser conocido a través de sus partes; cabría entonces preguntarse si puede ser conocido, o si no es necesario buscar las raíces del todo. La modalidad socrática (imperfecta) preocupada por las ideas está necesitada de contemplación: al escapar del todo afecta necesariamente el conocimiento de cada parte. Al designar a “la clase” -causa por excelencia- Strauss no la caracterizaba como causa final, no dice que suponga un propósito. Strauss recurría a las preguntas de “¿Qué es (...)?”; o a la separación de los entes en clases, insatisfecho con la simple teología.

L. Strauss identificará las ideas inmutables con los problemas fundamentales y permanentes. La pregunta “¿Qué es (...)?” resultará problemática dado nuestro conocimiento imperfecto del todo pero sí resultará válido -en cambio-, para las virtudes en especial: para la justicia. En virtud de los diálogos platónicos -que no dejan de tener como tema el alma humana, sus necesidades o anhelos-, Strauss sostiene que la justicia existe en la afirmación, el deseo y la ilusión humana. Los diálogos sostienen que lo que se dice existir como justicia; al igual que lo que se dice existir como Zeus sólo existen en el discurso o en la opinión, en la convención o la costumbre; y de ningún modo, en o por la naturaleza. ¿Cuál es la concepción platónica del problema de la justicia conforme el pensamiento de Strauss? En sentido amplio podríamos decir que la justicia se presenta en lo que los hombres dicen de ella como un objeto

de aspiración: como el “bien común” o cierto bienestar general que los liga en mutua solidaridad y asistencia en una comunidad política. En sentido restringido, se limita a cuestiones significativamente más parciales: acerca “de lo mío y lo tuyo”. Ello importará el sacrificio de un bien natural original por medio del elogio, del honor y del acostumbamiento en aras del bien de otros. Pero esas cuestiones dependerán implícitamente de aquellos propósitos superiores de la comunidad que si bien no pueden ser definidas adecuadamente rondarán en aquellas tenidas como las más razonables: las necesidades de progreso o de perfeccionamiento de sí; y la de seguridad física o de autopreservación. Para Aristóteles las virtudes morales sólo señalaban un hábito considerado digno de valor sin investigar ni detenerse en el porqué, sin intentar deducirlas de un principio superior; en palabras de Strauss: “permanece (n) dentro de los límites de un nomos no escrito (...) puede (n) coincidir con la razón pero como tal no estará dictado por ella.”¹⁰

Entonces el hombre no podrá orientarse meramente por el bien entendido como aquello que es útil para su supervivencia, salud, bienestar material. Siempre tendrá una doble conciencia: por un lado, de las restricciones respecto de los medios para hacerse de esas necesidades; y por el otro, de que a veces es indispensable, digno y admirable dejar de lado o sacrificar la satisfacción de esas necesidades. La preocupación humana por la virtud¹¹ o la excelencia señalaban la elección de los medios y la capacidad de sacrificio. Las virtudes son útiles pero también son fines en sí mismas. Se las honraba por considerarlas nobles. Esta dimensión de lo noble¹², lo estimable o lo precioso resultaba irreductible

¹⁰ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 46).-

¹¹ Leo Strauss. “Sobre la Tiranía.” Traducción L. Rodríguez Duplá. Ediciones Encuentro. Madrid, España, 2005, (pág. 161) Tanto el Sócrates de Jenofonte como el Sócrates de Platón realizaban una distinción “entre virtud común y política cuyos fines son la riqueza, el honor y la verdadera virtud, que es idéntica a la sabiduría autosuficiente.” En el Fedro de Platón la virtud es una “actitud de control, contención, regulación, ordenación, respecto de las pasiones.” Leo Strauss. “¿Progreso o retorno?”. Introducción de Josep María Esquirol. Ediciones Paidós. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005, (pág. 174).-

¹² Leo Strauss. “Estudios de Filosofía Política Platónica.” Introducción a cargo de Tomás L. Pangle. 1 Edición. Amorrortu Editores S.A. Buenos Aires, Argentina, 2008, (Pág. 19).- La palabra “kalon” en griego designa tanto lo noble como

a lo bueno y a lo útil, ponía de manifiesto su modo particularmente ético. En suma, se entendía que la virtud era buena, o útil; así como noble; y que la felicidad sería el pleno bien para el hombre, que abarcaba pero trascendía la virtud. “La virtud es imposible sin trabajo, esfuerzo o represión del mal que hay en uno mismo.”¹³

Ahora bien, resultará más fácil señalar instancias particulares de lo noble o de lo virtuoso que explicar qué es lo noble; además, ello nunca estará libre de multívocas discusiones y disputas, de controversias acerca de su posible determinación. No había reflexión –en el mundo griego– acerca de la existencia de las virtudes como así tampoco, de lo que son en general. Sí existía un acuerdo generalizado acerca de la nobleza¹⁴ de los atributos como: el valor, la generosidad, la sabiduría, el acatamiento a la ley. Sí se discutía –en cambio–, acerca de su jerarquía relativa: de la guerra frente a la paz, de la humildad frente al orgullo, de la generosidad y el amor por el ocio frente a la frugalidad y la laboriosidad. Controversias que giraban en torno a la superioridad de los distintos tipos o clases de seres humanos y sus pretensiones a la más alta autoridad moral y política. Cada una de estas facciones representará –en términos platónicos– un régimen, la meta será –para el caso de Platón– la de establecer el mejor de ellos.

Podríamos sostener con Strauss que toda acción política está encaminada a la conservación o al cambio. Al conservar evitamos el cambio “hacia lo peor”; al cambiar, reemplazamos por “algo mejor”.

lo bello. En su origen van juntos. Experimentamos lo noble como algo que en forma preeminente, merece o exige embellecimiento o veneración mientras que sentimos lo decorativo o estéticamente agradable como algo necesitado de una seriedad que sólo encuentra asociación con lo noble. “Kalon” adquiere sentido propio en las obras de los artistas y en especial de los poetas: los demiurgos. En ellos, el pueblo ve los tipos de seres humanos a quienes reverencia. Sin embargo, esa descripción no necesariamente promueve una descripción clara de lo noble.

¹³ Leo Strauss y Joseph Cropsey. “Historia de la Filosofía Política”. Ver “Platón”. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1993, (pág. 52). Maquiavelo será quien propondrá abandonar el camino de la virtud. Éste pretendía bajar los niveles de utopía y alcanzar una mayor probabilidad de realización. La virtud sólo puede ser practicada dentro de la sociedad, a través de las leyes, las costumbres, etc. Para este autor la ética deja de ser sustancial. La moralidad se hace sólo posible como resultado de la inmoralidad.

¹⁴ Aristóteles señalaba en “La Política” que, la esencia de la nobleza era la virtud.

Entonces, toda acción política estará dirigida hacia lo mejor y lo peor. Ello implicará un pensamiento que se haga cargo de lo mejor y lo peor; un pensamiento sobre el Bien. A pesar de ello –ya lo señalaba Strauss- la conciencia del bien que dirige nuestras acciones “tiene el carácter de opinión”¹⁵. Nuestro acceso a la realidad se da a través de opiniones muchas veces sensatas, otras ambiguas, pero muchas otras: oscuras, vagas, contradictorias entre sí. Sugiere un pensamiento del bien que deje de ser problemático, un pensamiento que abandone la opinión para convertirse en conocimiento. La filosofía como búsqueda de la verdad, es una búsqueda del conocimiento universal, del conocimiento del todo como conjunto. La filosofía va necesariamente precedida de opiniones dada la ausencia del conocimiento sobre el todo. Los filósofos –recordando a Franz Rosenzweig- suelen utilizar la expresión “todas las cosas”: ello significa la búsqueda del conocimiento de Dios, del mundo y del hombre.

La filosofía consistirá en buscar la verdad, no en poseerla. Es el conocimiento de la ignorancia; es el intento socrático de despertar a sus congéneres para guiarlos a la vida buena; es la condición necesaria y suficiente de la felicidad y la máxima perfección del hombre. El entendimiento de una cuestión fundamental requiere la comprensión completa de la esencia del objeto con que la cuestión se relaciona; ello es mejor que la ceguera o la indiferencia. Consiste en “cierta ciencia y en cierto modo de vida”¹⁶ y propende hacia el conocimiento del “bien”, de la “vida buena” y de la “buena sociedad”. La sociedad buena –en los textos de Platón- es la coincidencia entre poder político y filosofía. La sociedad buena es expresión del bien político; entonces surge allí –describía con precisión Strauss- la filosofía política: filosofía como método; política como objeto, como función. Su tema serán los grandes objetivos de la humanidad: libertad, gobierno, autoridad, guerra, paz. La filosofía política es la rama de la filosofía que más se acerca a la vida humana, es un intento de sustituir el nivel de opinión, convicción, suposiciones,

¹⁵ Leo Strauss. “¿Qué es la filosofía política?” Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (pág. 11).

¹⁶ Leo Strauss. “Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política.” Edición de Antonio Lastra. Ediciones Alfonso el Magnánimo, Valencia, España, 1996, (pág. 64).-

prejuicios, predicciones o creencia; por un nivel de conocimiento de la esencia de lo político que sirva a la construcción de una política en sentido amplio. La vida de Sócrates le enseñó a Strauss a comprender que la filosofía no es “naturalmente” política y que debe ser obligada a dirigir su atención hacia las “cosas humanas”. Strauss llegó a la conclusión de que en su origen la filosofía representó una rebelión exhaustiva -aunque silenciosa-, contra la autoridad espiritual de la sociedad civil. Precisamente, la rebelión se hallaba inscripta dentro del carácter de lo justo y de lo noble. Antes de la filosofía estas preguntas se respondían con apelaciones varias a la antigüedad, a lo ancestral y a la divinidad.¹⁷ Los conceptos de bien y mal incorporados a las leyes eran buenos porque eran viejos, se decía. Lo viejo era bueno porque se remontaba a Dios, o los dioses que habían creado a los antepasados más remotos, habían hablado con ellos o ellos mismos lo eran.

La divinidad es inmortal, omnipotente o al menos extraordinariamente poderosa. Con su poder sostiene lo justo y lo noble, aunque de una manera no siempre inteligible para los hombres. Si bien no se logre resolver por completo las paradojas de la existencia moral de la humanidad, ese camino permitirá arribar a un dominio que trasfigura lo humano, haciendo comprensible la razón por la cual la vida humana sólo podrá alcanzar una perfección truncada y refleja. El acceso de los hombres a lo divino se da a través de escritos sagrados, antiguos y de cánticos proféticos inspirados. Los poetas, cantores o profetas sin embargo no eliminan los dilemas morales; pareciera que los magnifican o agravan. Strauss subrayaba que la clave para comprender las obras de Platón y de Jenofonte era el reconocimiento de que las guiaba –en parte- el propósito de ser una contestación adecuada al poderoso ataque de Aristófanes contra la filosofía. Platón y Jenofonte defienden una vida filosófica que ha sido alterada a la luz de la crítica aristofánica.¹⁸

¹⁷ La vieja querella entre filosofía y poesía (La República 607b) se desarrolla en “Las Nubes” de Aristófanes, dirigida contra el propio Sócrates. “Quizás el ateísmo de Sócrates y su menosprecio de la ley divina no sea más que su mayor ejemplo de jactancia.” Leo Strauss. “Estudios de Filosofía Política Platónica”. Introducción a cargo de Tomás L. Pangle. 1 Edición. Amorrortu Editores S.A., Buenos Aires, Argentina, 2008, (pág. 26 y ss.).-

¹⁸ De la crítica realizada por Strauss a la crítica aristofánica de la filosofía destacamos tres puntos salientes: a.- que el filósofo carece de prudencia o de

Sócrates fue el fundador de la filosofía. Fue el primero que se ocupó principal y exclusivamente de los asuntos humanos. Los asuntos divinos o celestiales son aquellos ante los que el hombre se inclina o se encuentran siempre por encima de él. Dice Strauss: “lo humano es lo bueno y lo malo para el hombre; y en particular, lo justo y lo noble, y sus opuestos; (...); lo divino, posee un rango superior a lo humano. El hombre manifiesta la necesidad de lo divino pero lo divino no”.¹⁹ Las opiniones superiores son los pronunciamientos de la ley. “La ley hace manifiesto lo justo y lo noble y habla con autoridad de los seres superiores (...) La ley es la ley de la ciudad; la ciudad se inclina, hace reverencias, “avala” a los dioses de la ciudad”. Los dioses no aprueban que el hombre intente buscar lo que ellos no desean revelar: los asuntos celestiales y subterráneos. Por ende, un hombre piadoso no investigará los asuntos divinos sino sólo los asuntos humanos (...) La mayor prueba de la piedad de Sócrates es el hecho que se limitó al estudio de los asuntos humanos”.²⁰

El Sócrates platónico no abandona su dedicación a una vida de indagación tan intensa que lo hace parecer inhumano. Su “rareza” debe justificarse con pautas aceptables para la ciudad y sus creencias morales y religiosas. Aquello que Strauss llamaba la “declaración trascendental” de Sócrates -en una nueva interpretación de la tradición en la que se mezclan los dioses de la tradición poética con los dioses de los filósofos-, una manera en que el filósofo platónico ayude a la ciudad y se justifique ante ella: al ofrecer la vida o una noble imagen de ella como aquella a través de la cual puedan arbitrarse los desacuerdos

sabiduría práctica. Al tiempo que expresa enseñanzas que corroen los fundamentos morales de la sociedad depende de la observancia de la ley, la decencia de la ciudad y la familia; b.- es ignorante del alma humana y de su heterogeneidad. Ignora la suya propia y sus necesidades. Fija su mirada en lo alto y se dedica con fanatismo a desentrañar los misterios del cosmos sin indagar qué tiene de bueno para él buscar las causas de las cosas. Strauss señalaba que el alma del filósofo estaba muerta para el amor (el amoral placer como el amor a la belleza y a la nobleza); c.- Sócrates niega la existencia de Zeus, detrás de esta blasfemia hay un ateísmo incluso más radical que el de Parménides y Empédocles.

¹⁹ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 27).-

²⁰ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 36).-

entre lo justo y lo noble; y aclararse la relación de lo noble con el bien. El Sócrates platónico es un intento por transformar la naturaleza de las creencias subyacentes en la sociedad civil pero -y a pesar de ello-, no supone que la virtud moral y política puedan ser filosóficas; ni que una sociedad sana pueda volverse racional y con ello, deje de ser una sociedad cerrada. Sólo induce -en unos pocos- el respeto por ciertas imágenes poéticas de la filosofía. La cuestión literaria se discute en el “Fedro” donde Sócrates sostiene que la escritura es una invención de dudoso valor. El diálogo dice distintas cosas a distintas personas, revela también, la adaptabilidad de la comunicación oral. La tarea propia de un escrito es hablar a algunos lectores y callar frente a otros. Strauss –escapando tanto de la tentativa heideggeriana de la búsqueda de una hermenéutica ontológica apoyada en la lengua del pensamiento como de la teoría universal de la interpretación gadameriana- nos hablaba de una técnica de escritura –mediante el uso de cierta ambigüedad o de su construcción voluntariamente incorrecta- como la expresión de una verdad heterodoxa que armonizaba entendimiento y cautela, capaz de escribir –sutilmente- entre líneas²¹, y que posibilite y advierta al pensamiento independiente dirigido a lectores fidedignos e inteligentes bajo la estricta circunspección de que todo período del pasado deberá ser entendido por sí mismo y no ser juzgado por estándares ajenos a él.

²¹ “Cada autor debe ser interpretado por sí mismo, ningún término como consecuencia debe ser usado en la interpretación de un autor si no puede ser literalmente traducido a su lenguaje, y si no fue usado por él, o no era de claro dominio público en su tiempo.” Leo Strauss. “Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política.” Edición de Antonio Lastra. Ediciones Alfonso el Magnánimo, Valencia, España, 1996, (pág. 80).- Platón distinguía entre enseñanzas exotéricas –popular, de carácter edificante- y esotéricas –filosóficas, indicadas sólo entre líneas. Aquello que le interesa a Strauss es la relación entre lectura y escritura “contra una interpretación metafísica o dogmática de la noción de autor.” Pierre Guglielmina. “Leo Strauss y el arte de leer.” Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007, (pág. 23). Strauss fue más un maestro de la tradición judía donde su lectura y escritura estarán preñadas de sentido, ambigüedad y mensaje pero que también, en ese juego de los autores y de sí mismo, del texto de otros y de su propio texto, puede propiciar su alteración, perturbación y subversión. Vale aclarar que el comentario “fue la forma legítima tradicional judía para el desarrollo de la verdad.” Leo Strauss y Gershom Scholem. “Correspondencia 1933 -1973.” Introducción, traducción y notas de Javier Alcoriza y Antonio Lastra. Pre-Textos. Valencia, España, 2009, (pág. 20).-

El Sócrates de Jenofonte parece decirnos algo más: que cuando el Sócrates maduro realizaba investigaciones sobre la naturaleza se apartaba de las opiniones ordinarias y que -aunque no se alejó de la cosmología- creó un nuevo tipo de estudio de las cosas naturales, en el que por ejemplo “la naturaleza del alma o del hombre es más importante que la naturaleza del sol”. Entendió que la explicación generalizada de las cosas eludió al hombre²² y que ella resulta nociva para la filosofía. Dos son las caras de Sócrates en la conversación: cuando alguien lo contradecía volvía al supuesto que subyacía a la disputa planteando la pregunta ¿Qué es (...) sobre el tema de la disputa y respondiendo paso a paso; de este modo, la verdad se volvía manifiesta en aquellos que lo contradecían. Cuando discutía un tema por iniciativa propia, cuando hablaba con personas que sólo lo escuchaban se valía de opiniones aceptadas en general y resolvía o acordaba sentencias favorables. Hablaba o revelaba la verdad sólo a algunos; conducía a opiniones beneficiosas, a otros muchos. La tarea propia de un escrito es suscitar –señalaba Strauss- el pensamiento “en quienes son aptos”,²³ o talentosos. La retórica socrática pretende erigirse en instrumento indispensable de la filosofía con un doble propósito: el de conducir a filósofos potenciales a la filosofía formándolos pero a su vez, liberándolos de los cantos de sirena que obstaculizan el esfuerzo filosófico; por otra parte, impedir el acceso a la filosofía, de los no adecuados por afirmar que no todas las verdades son inocuas. En suma, dos son los tipos de dialéctica utilizados por Sócrates: una que conducía a la verdad; otra -que al no abandonar el plano de las opiniones generalmente aceptadas-, llevaba al “acuerdo” (político).

Si comparáramos “El Hierón” y el “Económico” de Jenofonte allí se probará que el arte regio es superior al tiránico. En la primera obra, se sugiere la comparación del placer y dolor -en tanto distintos de la

²² Maimónides en el Capítulo XIV de la “Guía de Perplejos” explicaba el significado de hombre: Siendo el animal dotado de palabra es al mismo tiempo el animal racional que se perfecciona en el arte de razonar y el animal político que se perfecciona en la ley. El hombre tiene una naturaleza dual: es un ser compuesto de sustancia y de forma.

²³ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 85).-

virtud y del vicio-.²⁴ Sin embargo esta obra carece de advertencia moral: tan sólo una vez habla el tirano de virtud y no se menciona ninguna de las virtudes especiales (moderación, valentía, justicia y prudencia). La tiranía no sirve para solventar el problema del mejor orden político. El tirano Hierón es indiferente a la virtud; en el mejor de los casos considerará útil la virtud de otros. El sabio Simónides recomienda la virtud no como fin sino como medio: recomienda acciones justas y nobles como medio para el placer. En la segunda obra, Sócrates enseñaba el arte regio o arte económico; con ello, lograba un autocontrol perfecto respecto de los placeres derivados de la riqueza. Su enseñanza consistía en relatar a un economista potencial una conversación que mantuvo con un economista real. Enseñar mediante una conversación el arte de gobernar planteaba la relación entre teoría y práctica, o del conocimiento y la virtud. Es este último, quizás el escrito más revelador de Jenofonte. Allí Sócrates examinaba: ¿qué constituye la caballerosidad, la nobleza o la moral?; y ¿cuáles son las diferencias entre el filósofo y el ciudadano? Enseñaba que lo divino y la ley no escrita -que de algún modo deriva de ella o de la naturaleza imbuida de lo divino- dotaba a la naturaleza de un orden y un significado cuya ausencia haría que la vida y el mundo carecieran de sentido. El aparente carácter inexpugnable de la posición socrática respecto del mayor bien parecería disiparse por la existencia de otros hombres también inteligentes que sostenían contar con la guía de inspiración profética. El giro socrático implicó prestar nueva atención a la voz de la piedad autoritativa. Todo intento de refutar los mandatos de cualquier revelación fracasará o caerá en falacias lógicas. La piedad no pretende tener fundamento en lo que la razón y la experiencia

²⁴ A pesar de partir Jenofonte de la opinión que la tiranía es radicalmente injusta se llega a sugerir que puede ser perfectamente justa aunque sabe bien como discípulo de Sócrates que nada que sea prácticamente falso puede ser teóricamente verdadero: la tesis de la tiranía benefactora sirve para abonar la tesis del imperio de la ley y del gobierno legítimo. “Del tirano se espera que rechace lo justo y lo noble, o la virtud a favor del placer; o dado que la virtud es bondad humana, de él se espera que rechace el bien a favor de lo placentero. Esta opinión se basa en la premisa general de que lo bueno y lo placentero son fundamentalmente diferentes entre sí, de suerte que la decisión correcta ha de ser guiada por consideraciones relativas al bien y no por consideraciones relativas al placer.” Leo Strauss. “Sobre la Tiranía”. Traducción L. Rodríguez Duplá. Ediciones Encuentro. Madrid, España, 2005, (pág. 147 y ss.).

humana pueden comprender. El fundamento de la filosofía y de la vida filosófica no es superior al de la piedad. Sócrates admitía una piedad que emergía de la contemplación de la naturaleza y que no tenía relación necesaria con la ley, una piedad cuya posibilidad es negada.

La filosofía política clásica se caracterizaba por el hecho de haber nacido vinculada directamente a la vida política, a la realidad política, a la controversia (política) real que constituía la vida (política) pre-filosófica. Los clásicos no se preocuparon fundamentalmente acerca del problema de la naturaleza y de los fines de la comunidad política. Sí se preocuparon fundamentalmente por la estructura interna de la comunidad; sólo ésta puede ser el objeto de una controversia (política) que encierre el peligro de una guerra civil. El conflicto real entre grupos²⁵ que luchan por el poder político plantea el problema de qué grupo ha de gobernar o qué compromiso representaba la mejor solución. La auténtica controversia política radicaba en el problema de decidir qué tipos de hombres han de tener la última palabra en el gobierno de la comunidad. La filosofía política clásica se definía por la resolución de los conflictos entre hombres que mantenían posiciones disímiles y contradictorias acerca de lo que es bueno para ellos y consecuentemente, para la comunidad. Todas las peticiones se hacían en nombre de la justicia, en opiniones diferentes acerca de lo bueno y de lo justo y tenían una tendencia natural a expresarse en términos universales. El conflicto se resolvía en un arbitraje “una decisión inteligente que conceda a cada parte aquello que la verdad merece.”²⁶ Escuchémoslo una vez más a Strauss: “Lo político está sujeto por naturaleza a aprobación y desaprobación, aceptación y repulsa, a alabanza y a la crítica. Lleva en su esencia el no ser un objeto neutro; exige de los hombres la obediencia, la lealtad, la decisión o la valoración.”²⁷

²⁵ Los grupos o tipos humanos eran estos: “los buenos” los hombres de mérito, los ricos, los nobles y la multitud (los pobres). El primer plano en la escena política tanto en las ciudades griegas como en otros lugares estuvo ocupado por la lucha entre ricos y pobres. La aspiración a gobernar basada en el mérito, en las mejores condiciones humanas o en la virtud, no encontró oposición ninguna.

²⁶ Leo Strauss. “¿Qué es la filosofía política?” Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (pág. 107).

²⁷ Leo Strauss. “¿Qué es la filosofía política?” Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (pág. 14).

No se podrá comprender lo político si no se acepta la exigencia de juzgarlo en términos de bondad o de maldad, de justicia o de injusticia, de bondad o de justicia. La filosofía política straussiana consistirá en el intento de adquirir conocimientos ciertos acerca de la esencia de lo político y sobre el buen orden político o el orden político justo. ¿Qué entiende Strauss por “hombres buenos”? Son “aquellos que están deseosos y son capaces de preferir el “bien común” a sus bienes particulares, o al objeto de sus pasiones; o aquellos que pudiendo discernir en cada momento lo noble y lo justo, lo ponen en práctica simplemente porque es noble y justo y no por otra razón.”²⁸ O al señalar que: “el propósito fundamental del hombre consiste en lo que es realmente bueno y no en lo que sólo parece bueno, y únicamente el conocimiento de lo bueno le posibilita encontrar lo bueno.”²⁹ Al derivar de la realidad política ello planteará necesariamente, otros interrogantes: que lo deseable puede ser obtenido por hombres de carácter dudoso o mediante el uso de medios injustos; que existe una significativa falta de identidad entre lo útil y lo justo; y finalmente, que la virtud puede conducir al desastre.

La filosofía política clásica fue eminentemente práctica, perseguía fines prácticos y se guiaba por juicios de valor: por los principios de bondad y de justicia. Su preocupación primordial era la conducción recta de la realidad política. Sus enseñanzas (políticas) estaban dirigidas a todos los hombres honestos. Surge aquí un nuevo tema filosófico: ¿Qué es la virtud? El fin último de la vida política escapa a la realidad política y sólo puede ser captado a través de una vida dedicada a la contemplación y la filosofía. El tema fundamental de la filosofía, es la vida filosófica: la filosofía como modo de ser y no como conocimiento. No habrá que confundir –señalaba Strauss- la filosofía política con la teología política. Esta última se apoya en las enseñanzas políticas derivadas de la revelación divina. La filosofía política sólo conoce aquello a que puede acceder la mente humana por sí sola. Un intento de comprender la esencia de lo político. La tradición que había tenido su origen en la Grecia Clásica –perseguía las relaciones e interconexiones inherentes

²⁸ Leo Strauss. “¿Qué es la filosofía política?” Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (pág. 115).

²⁹ Heinrich Meier. “Leo Strauss y el problema teológico – político.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 38).-

y naturales de la vida política y sus objetivos- fue sustituida en los siglos XVI y XVII por otra filosofía política –fundada básicamente en problemas de alcance metodológico y teórico-. Filosofía –la lógica, la ética, la estética- como el estudio de lo que Debe ser; y Ciencia –el estudio de lo que Es- no se distinguían. Se estableció una distinción entre cosas divinas o cosas naturales y cosas humanas. Aquéllas fueron consideradas superiores en dignidad. Fue Aristóteles quien señaló que la filosofía se ocupaba de las cosas humanas.

El primer tema de la filosofía fue la naturaleza.³⁰ La palabra griega “*physis*” significa crecimiento, aquello en que una cosa se convierte al crecer, cuando puede hacer lo que puede hacer o hacer bien. La naturaleza no es conocida por naturaleza sino que hubo que descubrirla. La Biblia hebrea³¹ no tiene palabra que designe a la naturaleza. Su equivalente es “modo” o “costumbre”, su forma de conducta regular. El descubrimiento de la naturaleza hizo que el modo o la costumbre fuesen divididos en naturaleza (*physis*); y convención o ley (*nomos*), por otra. ¿Son naturales las cosas políticas? Las leyes no son naturales pero la obediencia a la ley era considerada como justicia. ¿Es la justicia simplemente convencional o hay cosas que por naturaleza son justas? Las leyes son el fundamento o la obra de la comunidad política. Hay cosas que por naturaleza son buenas para el hombre como hombre. Sócrates se vio obligado a recorrer el camino que va de la convención o la ley a la naturaleza, a ascender de la ley a la naturaleza. La opinión,

³⁰ Hobbes se anticipó a Hegel al romper con la concepción tradicional del derecho natural que Grocio aún mantenía. La tradición sostenía que existe una naturaleza humana que viene dada, que no es obra del hombre; al rechazar esta presunción Hobbes se ve forzado “a negar todo sentido moral o jurídico a la ley de la naturaleza y a asegurar que no existe ningún derecho natural anterior al establecimiento de la sociedad civil o independiente del poder soberano.” Leo Strauss. “¿Qué es la filosofía política?” Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (pág. 236).-

³¹ “Es el relato verdadero y auténtico de los hechos de Dios y los hombres desde el comienzo hasta la reinstauración después del exilio babilónico. Los hechos de Dios incluían su legislación, así como la inspiración de sus profetas; y los hechos de los hombres incluían sus alabanzas a Dios y sus plegarias a Él, así como sus admoniciones inspiradas por Dios.” Leo Strauss. “Estudios de filosofía política platónica.” Amorrortu Editores. Buenos Aires, 2008, (pág. 213). La Torah consiste en recuerdos de antiguas historias, en recuerdos de recuerdos.

la convención, o la ley contienen verdad, no es arbitraria, no es natural. La ley, la ley humana señalaba como origen una ley divina o natural.³² Ello significa que dado que la ley humana no resulta idéntica a la ley divina o natural no es indiscutiblemente verdadera o justa. Sólo la justicia misma, la idea o la forma de la justicia resulta inequívocamente justa. La idea de justicia es la causa de todo lo justo existente: seres humanos, ciudades, leyes, órdenes y acciones. La idea de justicia es perfectamente justa. No podremos comprender la naturaleza del hombre si no comprendemos la naturaleza de la sociedad humana.

Para Strauss la filosofía política³³ se apartaba tanto del positivismo como del historicismo que se basan en la creencia en el progreso y

³² Tanto “La República” como “Las Leyes” de Platón ocuparon un lugar muy importante en la filosofía islámica y judía ya traducidas al árabe desde el siglo IX; habrá que recordar que sólo estas obras fueron conocidas en Occidente después del siglo XV. Strauss compara dos obras de Alfarabí –El “Compendium” con “La Filosofía de Platón, sus partes componentes y la ordenación entre ellas, desde el principio hasta el final”-. Allí destaca que en la primera se señalaba que la felicidad proviene de la obediencia a la ley divina y a los Dioses. Alfarabí hablaba de Dios, de los dioses, de la otra vida, de la ley revelada (sharī‘a) y de la ley divina; y que Platón sólo había tratado las leyes adecuadas y sus orígenes. En la primera de las obras nos señalaba un Platón que explicaba como tema principal el de los orígenes de la ley. La palabra árabe “kalam” o discusión sobre los orígenes de las leyes y de las religiones es el arte de defender las leyes y las religiones. En la segunda obra en cambio, guardaba silencio sobre estos temas y destacaba a la filosofía como la condición necesaria y suficiente de la felicidad. Leo Strauss. “Alfarabí y Las Leyes de Platón” en “¿Qué es la filosofía política?” Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (pág. 187). Según Alfarabí -a quien Maimónides consideraba la autoridad filosófica sólo superada por Aristóteles-, las leyes divinas inmutables (sharī‘a) “solamente son un sucedáneo del gobierno dirigido por un gobernante perfecto que gobernaba la comunidad sin leyes escritas y que cambiaba sus ordenanzas cuando los tiempos cambiaban, según lo consideraba oportuno. El gobierno de una inteligencia viviente aparecía como superior al gobierno de la ley. Existía una forma de gobierno políticamente consecuente que tiene de común con el gobierno de la comunidad familiar la atención que presta a las circunstancias de lugar y tiempo y a lo que es bueno para cada individuo. Es la forma de gobierno político que más alabaron Platón y Aristóteles”. Maimónides mencionaba el gobierno de una inteligencia viviente para la comunidad familiar y el gobierno de la ley, para la ciudad; no mencionaba el gobierno de una inteligencia viviente para la ciudad (pág. 221).

³³ Dos son las condiciones de existencia de la filosofía política: admitir una separación entre lo real y lo ideal y en la discusión acerca del mejor régimen

en la racionalidad de los procesos históricos. El filósofo se debe más a la filosofía, a su anhelo de sabiduría que a su época y a las verdades comúnmente admitidas o impuestas en ese tiempo. Strauss despreciará las convenciones sociales y admitirá una tradición filosófica que haga caso omiso de toda tradición. El positivismo ha abandonado -dice este autor- el camino de superar la anarquía intelectual de la sociedad moderna al proclamar que existe una separación radical entre hechos y valores³⁴ y sólo los juicios sobre los hechos entraban dentro del campo de la ciencia. Las ciencias sociales no pueden emitir juicios de valor y deben separarse de ellos. La Ciencia social positiva es a-valorativa y éticamente neutra. Esto implicará un absurdo y con ello, -va de arrastre- el desprecio del conocimiento pre-científico. La Ciencia resultará imparcial ante el conflicto entre el bien y el mal.³⁵ Cree que los juicios de valor no están sujetos al control racional; “el hombre no sería hombre si lo priváramos de la conciencia de la ley moral”.³⁶ El análisis

-en contra de Max Weber- y provocar una discusión razonable sobre los valores políticos. Leo Strauss. “¿Progreso o retorno?” Introducción de Josep María Esquirol. Ediciones Paidós. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005, (pág. 18).-

³⁴ Max Weber en “Política y Ciencia” insistía en que no puede haber ningún conocimiento científico del deber ser. Dicha presunción se basaban -según Weber- en que la razón humana resulta esencialmente incapaz de resolver los conflictos entre valores distintos. Si los juicios de valor no están sujetos al control racional ello potenciaría el decisionismo y la irresponsabilidad. .

³⁵ ¿Cuál es el origen del mal o de lo malo? Strauss señala con exactitud que la respuesta bíblica dice: “puesto que todo lo que es de origen divino es bueno, el mal es de origen humano. Sin embargo, si bien la creación de Dios es muy buena en su conjunto, no se deduce que todas sus partes sean buenas o que la creación -como un todo- no contenga mal alguno. (...) No puede haber luz si no hay oscuridad y la oscuridad es tan creada como la luz: Dios crea el mal, así como hace la paz.” Leo Strauss. “Estudios de filosofía política platónica.” Amorrortu Editores. Buenos Aires, Argentina, 2008, (pág. 218). ¿Cuáles son los males cuyo origen la Biblia pone al descubierto? Son los males que aquejan al hombre. Al hombre no se le negó el conocimiento sino que aquello que se le negó fue el conocimiento del bien y del mal; es decir, el conocimiento suficiente para guiarse por sí mismo y guiar su vida. El sufrimiento humano debido al mal presupone el conocimiento humano del bien y del mal y viceversa. El hombre desea vivir sin mal.

³⁶ Leo Strauss. “Sobre la Tiranía”. Traducción L. Rodríguez Duplá. Ediciones Encuentro. Madrid, España, 2005, (pág. 13).-

científico tiene como condición indispensable la ceguera moral, ella anima el conformismo y la rutina y porque no, conduce al nihilismo. Frente a ello, resultará útil señalar –a favor de la filosofía política- que los valores son objetos y principios de referencia. Resultará imposible el estudio de los fenómenos sociales sin que ese estudio lleve consigo juicios de valor, es imposible definir qué es lo político si no puede ser definido por sus fines. El conocimiento de los fines del hombre implicará el conocimiento del alma humana. La pregunta acerca de “¿qué es lo político?” no puede ser tratada científicamente. Requiere de un conocimiento dialéctico –a la manera platónica- radicado en el conocimiento pre-científico, es decir en un conocimiento basado en el “sentido común” –desde luego superado por Copérnico y por las ciencias naturales posteriores-. Sin embargo, hay materias –prescribe Strauss con acierto- que sólo pueden ser contempladas en su verdadera naturaleza si se las mira a simple vista, desde la perspectiva del simple ciudadano y no desde la del científico.

El positivismo deviene en historicismo. Como consecuencia de la dependencia del modelo de las ciencias naturales se corre el peligro de reivindicar las peculiaridades como si fuesen esenciales de la sociedad humana bajo el prisma de la sociedad occidental moderna. Cada cultura –que depende de sus propios intereses, de su propio sistema de valores- deberá comprenderse bajo los parámetros en que ellas se comprenden o se comprendieron: “tal como ha sido en realidad (...) tal como fue entendido por sus autores”.³⁷ Todas las respuestas a los problemas filosóficos universales están –por necesidad- condicionadas históricamente o que ninguna solución a un planteamiento universal será universalmente válida en la realidad. Existe una inevitable contradicción entre la intención a-histórica de la filosofía y su destino a permanecer históricamente condicionada. Ello exigirá entendimiento histórico no la fusión entre filosofía e historia. Dice Strauss: “La historia no es la fuente de la verdad.”³⁸ La cuestión del orden social óptimo

³⁷ Leo Strauss. “Sobre la Tiranía”. Traducción L. Rodríguez Duplá. Ediciones Encuentro. Madrid, España, 2005, (pág. 45).-

³⁸ Eric Voegelin – Leo Strauss. “Fe y Filosofía. Correspondencia 1934 – 1964.” Edición y traducción de Antonio Lastra y Bernal Torres Morales. Editorial Trotta S.A., 2009, (pág. 101).

ha sido sustituida por la preocupación de un futuro probable o posible. Por un lado, el planteo pre- historicista no admitía la historia como objeto de conocimiento; por otra parte, toda enseñanza es producto de una situación histórica, concreta e irrepetible. Su reproducción resultará no-renovable, todo intento de ello conducía necesariamente a su modificación. El historicismo es enemigo de la filosofía política porque rechaza el planteo de la buena sociedad, de la sociedad ideal como consecuencia del carácter esencialmente histórico de la sociedad y del pensamiento humano. Decía Strauss: “pone en duda la propia cuestión de la naturaleza de lo político y del orden político perfecto o justo”³⁹ (...) “bajo ninguna circunstancia podremos dejar de preguntarnos si el probable orden futuro es un orden deseable, indiferente o abominable”.⁴⁰ Todo el pensamiento del pasado era esencialmente a-histórico: gira siempre en torno a los mismos temas y problemas de fondo. El año de 1933 vendría a probar que el hombre no puede dejar de plantearse el tema de la sociedad buena ni de dar una respuesta remitiéndose a la historia dejando de lado, la propia razón.

Strauss da cuenta que quizás los interrogantes del presente deben encontrar respuesta en la filosofía clásica, en la filosofía política de Platón y de Aristóteles. La filosofía clásica está libre de toda exacerbación porque sabe y entiende que el mal no podrá ser desarraigado totalmente y que aquello que se puede esperar de la política no puede ser más que modesto. La moderación no es una virtud del pensamiento. Platón vinculaba la filosofía a la locura –lo más opuesto a la sobriedad y la moderación-. El pensamiento no debe ser sobrio sino temerario. La moderación es la virtud que controla las palabras del filósofo. Los caracteres de la política clásica aparecen en “Las Leyes” de Platón – su única obra política y donde por primera vez, Sócrates está ausente- un diálogo sobre la ley y los asuntos públicos en general entre un extranjero ateniense, un cretense y un espartano desarrollado en la isla de Creta. El anciano ateniense sostiene –al principio del texto- la idea de que lo bueno se identifica con lo ancestral, las mejores leyes serían

³⁹ Leo Strauss. “¿Qué es la filosofía política?” Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (pág. 75).-

⁴⁰ Leo Strauss. “¿Qué es la filosofía política?” Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (pág. 92).-

las más antiguas y éstas eran: las cretenses. Esta relación sólo podrá ser mantenida si los primeros antepasados fueran dioses, hijos de dioses o discípulos de dioses. De allí que los cretenses creyesen que sus leyes provenían de Zeus, quien educó a Minos, su hijo, el legislador de Creta. El diálogo muestra que esta creencia no tiene otra referencia mejor que una expresión de Homero. Strauss señalaba con acierto que el diálogo se desvía del problema del origen al tema del valor intrínseco. “Un Código dado por un Dios –un ser de naturaleza sobrehumana- tiene que ser necesariamente bueno”.⁴¹

El extranjero ateniense dice -de todos aquellos que se ocuparon de interrogar a la naturaleza- que todo lo que existe “tuvo su origen en última instancia en y a través de ciertas y “primeras cosas” (...) son las responsables de la aparición y desaparición de todo lo que nace y muere; son “lo primigenio” (...) son lo que los hombres denominan naturaleza, en oposición a las acciones humanas.”⁴² Naturaleza y nomos⁴³ (ley o convención) se oponen. Los hombres a los que se opone el extranjero ateniense aseveran que los dioses existen sólo por ley o convención. El argumento que utilizan es que lo justo tiene una raíz convencional y que lo noble por naturaleza, difiere de lo noble por convención: “el modo de vida justo o recto por naturaleza consiste en ser superior a los otros; mientras que el modo de vida justo o recto por convención consiste en estar al servicio de los demás”.⁴⁴ El extranjero ateniense en disconformidad con ellos, afirma que existen cosas que son justas por naturaleza. Distingue con claridad la diferencia entre naturaleza y convención, entre lo natural y lo positivo. En la distinción clásica entre: naturaleza y convención; la primera, posee una dignidad

⁴¹ Leo Strauss. ¿Qué es la filosofía política? Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (Pág. 38).

⁴² Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (Pág. 28).-

⁴³ En el orden comprensivo de la comunidad la ley reúne en sí la religión y la política y que como ley religiosa, política y moral reivindica completamente al individuo en lo existencial. Establece la ley para ir más allá de la ley. Heinrich Meier. “Leo Strauss y el problema teológico político.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (Pág. 52).-

⁴⁴ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (Pág. 29).-

mayor. En la distinción moderna entre naturaleza e historia esta dignidad se invierte: la primera, carece de propósitos o valores; la historia, es el reino de la libertad y de los valores. Hay acontecimientos cuyo origen no puede remontarse de forma significativa a acontecimientos precedentes. “Remontar algo a la convención es análogo a remontarlo al azar.”⁴⁵ La convención debe su validez a que se la “avala” o “acepta”. Contra esta visión el siguiente razonamiento: las convenciones tienen su origen en actos humanos y estos son tan necesarios, determinados, naturales como cualquier acontecimiento natural; por ende, sólo puede ser provisional o superficial la distinción entre naturaleza y convención.

El gobierno de las leyes es una imitación del gobierno divino y deberá honrar ante todo y sobre todo a los dioses. Después de los dioses todos deberán honrar su alma. Ello significaba adquirir las diversas virtudes sin las cuales, nadie puede ser buen ciudadano. La impiedad fundamental es el ateísmo o negativa de la existencia de los dioses. Dado que una ley buena no sólo castigará los crímenes o apelará al miedo sino que también recurrirá a la razón, el ateniense se ve obligado a demostrar la divina providencia. “Las Leyes” es la obra más piadosa de Platón; por ello, atacará allí la raíz de la impiedad: la opinión de que no hay dioses. Sin embargo, el ateniense (el filósofo) no puede refutar a los ateos. Éstos afirman que el cuerpo es anterior al alma o la mente, o que el alma o la mente son derivados del cuerpo y por consiguiente, nada es por naturaleza justo o injusto, o que todo derecho se origina en una convención. La refutación consistirá en la prueba de que el alma es anterior al cuerpo, prueba que implicaría que hay un derecho natural. En la ciudad de “Las Leyes” la fe en los dioses sólo se exige en la medida en que es confirmada por demostración y además, prescribe que quienes no quedaran convencidos por la demostración pero son hombres justos, no serán condenados a muerte.

El ateniense no ataca a las leyes cretenses y espartanas sino a la interpretación que habían dado sus dos interlocutores. En uso de un recurso que permite la crítica se entiende que el ateniense está allí para introducir leyes e instituciones nuevas, verdaderamente buenas. Estas innovaciones levantarán sospechas y animosidades por provenir

⁴⁵ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (Pág. 30).

de la boca de un extranjero. Estos hombres comprenden lo que significa vivir según la ley: son ellos la encarnación de la legalidad y de la perseverancia en la ley. Su virtud torna en defecto a partir en que dejan de plantearse el tema de la conservación para plantearse la necesidad de leyes óptimas, nuevas y mejores. Dudar del carácter sagrado de lo ancestral significa apelar a lo natural frente a lo tradicional. Es en la “Apología de Sócrates” donde Sócrates se defiende contra la acusación de impiedad remarcando una incompatibilidad entre filosofía y aceptación de los dioses de la ciudad. En “Las Leyes” se recomienda la introducción de una ley sobre la impiedad para sortear este conflicto y armonizar el problema entre filosofía y ciudad. Si el creador de las leyes no es un dios, su origen tiene que estar en los seres humanos, en el legislador. El legislador es un cuerpo gobernante y depende del régimen (democracia, oligarquía o monarquía); este es el tema principal de la filosofía política, el orden, la forma que da a una sociedad su carácter, su estilo, su gusto moral, su forma social, su forma política, su organización y el espíritu de sus leyes.

La búsqueda del sistema perfecto es la pregunta que atraviesa toda la filosofía política clásica. Sólo en el régimen óptimo se identificaban bondad del régimen con la bondad del individuo. El régimen viable –patrocinaban los clásicos- debe ser mixto: “la mezcla apropiada es la de sabiduría y libertad, de sabiduría y consentimiento, del imperio de las leyes justas decretadas por un legislador sabio y aplicadas por los mejores miembros de la ciudad y del gobierno de la gente común.”⁴⁶ No son los seres humanos sino el azar el que legisla: la mayor parte de las leyes son dictadas por las calamidades. Según Aristóteles la virtud moral proporcionaba los principios válidos para fundamentar las acciones, los fines nobles y justos tal como se los desea en la realidad;

⁴⁶ Leo Strauss y Joseph Cropsey. “Historia de la Filosofía Política”. Ver “Platón”. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1993, (pág. 90). Resultará imprescindible aquí comparar con su trabajo “Sobre la Tiranía”. Strauss define a la tiranía como el gobierno sin leyes, más exactamente, como el gobierno monárquico sin leyes. “La consecuencia práctica de la ausencia de la ley es la ausencia de la libertad: sin ley no hay libertad.” La libertad para el propio Jenofonte se consideraba el objetivo de la democracia. Su posición resultaba implícita al afirmar que los sabios no se interesen por la libertad. la tiranía guarda una mejor relación con la virtud. Leo Strauss. “Sobre la Tiranía”. Traducción L. Rodríguez Duplá. Ediciones Encuentro. Madrid, España, 2005, (pág. 110). -

estos fines se presentaban sólo a los hombres moralmente buenos. No alcanzaba con conocer las virtudes y conmoverse ante su belleza: se debía demostrar que son buenas; se debía trascender la esfera de la prudencia y de la conciencia moral; se debía demostrar que el hombre por naturaleza estaba inclinado a su ejercicio. ¿Cómo funcionaba esto respecto de la moralidad bíblica?: la bondad siempre parece consistir “en algo hecho de justicia, benevolencia, amor o caridad.”⁴⁷

En otra perspectiva y tras atribuir el origen de las leyes a Apolo, el ateniense se entera por el cretense que el legislador cretense ha hecho todas las leyes pensando en la guerra: la victoria en la guerra es la condición necesaria para obtener todos los beneficios. “El ateniense convence al cretense que el objetivo de las leyes es erróneo: el fin no es la guerra sino la paz.”⁴⁸ La virtud de la guerra: el valor resulta inferior a la moderación, a la justicia y a la sabiduría. La posesión de la virtud va seguida necesariamente por la posesión de salud, belleza, fuerza y riqueza. Ergo los temores, esperanzas, deseos y aversiones de los

⁴⁷ Leo Strauss. “¿Progreso o retorno?” Introducción de Josep María Esquirol. Ed. Paidós, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005, (pág. 167).-

⁴⁸ Leo Strauss y Joseph Cropsey. “Historia de la Filosofía Política”. Ver “Platón”. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1993, (Pág. 87). En el análisis de Hierón, Strauss sostiene que la amistad tiene un valor más alto que la ciudad o la patria o el patriotismo. “La amistad, ser amado y cuidado por el pequeño número de seres humanos que uno conoce íntimamente, no sólo es un bien muy grande, también resulta muy placentero. Es un bien muy grande porque es intrínsecamente placentero” (...) “no sólo es placentera sino también buena, su bondad no es bondad o nobleza moral. Hierón habla de amistad con independencia de si los amigos son buenos o no.” Leo Strauss. “Sobre la Tiranía”. Traducción L. Rodríguez Duplá. Ediciones Encuentro. Madrid, España, 2005, (pág. 154/5). Recordemos que es Carl Schmitt quién sostendrá que la diferencia política específica estará dada por la relación amigo-enemigo. Schmitt hablaba de conceptos concretos y no universales; desconoce la inclinación humana hacia sus semejantes, la naturaleza social del ser humano y la dependencia de las ideas abstractas. Strauss –sin refutarlo– recobrará el concepto de amistad clásica y al recordar el estado de naturaleza como aquello que hace posible lo que el hombre cultiva y representa inicia la crítica de la Modernidad. Ver Heinrich Meier. “Carl Schmitt, Leo Strauss y el concepto de lo político. Sobre un diálogo entre ausentes.”. Katz Editores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2008; en igual sentido Leo Strauss. “Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política.” Edición de Antonio Las-tra. Ediciones Alfonso el Magnánimo, Valencia, España, 1996.-

ciudadanos deben ser gobernados por un hombre sobrio que elucide el mejor orden posible. La virtud del hombre es la actitud apropiada hacia los placeres y los dolores, o el debido dominio de los placeres y los dolores. El dominio apropiado es el efectuado por el razonamiento recto.⁴⁹ Si el resultado es adoptado por la ciudad, se vuelve ley. Las leyes son superiores a cualquier clase de sabiduría, resultará justo estudiarlas no para buscar su origen o causa eficiente sino “para descubrir en qué medida sus estipulaciones se acomodan a la recta razón”.⁵⁰ El legislador perfecto persuadirá u obligará a los poetas “a enseñar que la justicia va junto con el placer; y la injusticia, junto con el dolor. El legislador perfecto exigirá que esta doctrina –manifiestamente saludable- sea enseñada aún cuando no fuese verdad”.⁵¹ Esta doctrina ocupa el lugar de la teología.

En su análisis de “La República”⁵² Sócrates –enseñaba Strauss- discute sobre la naturaleza de la justicia: donde justicia es distinto que piedad. El diálogo se enmarca en una época de la decadencia política de Atenas pensando en el modo de cómo restaurar la salud política; su conclusión es que la única reforma posible es la del hombre en lo individual. Tres son las opiniones que se discuten en el Libro I: la primera, que la justicia consiste en pagar las propias deudas, en devolver, dejar o dar a cada quien lo que le corresponde. También que es buena, saludable no sólo para el que da sino también, para quien la recibe. Muy pocos podrán determinar sabiamente, sin embargo, qué cosas y en qué

⁴⁹ En “Alfarabí y “Las Leyes” de Platón” Strauss define al “hombre de juicio” como “aquellos hombres que han adquirido el hábito de discernir y alcanzar lo que es útil. Ese hábito se adquiere mediante la observación y la valoración adecuada de las observaciones. La valoración apropiada de las observaciones consiste en construir juicios universales verdaderos partiendo de un número limitado de observaciones particulares. No obstante –esta clase de juicios- a pesar de ser naturales no tienen por qué ser verdaderos” Leo Strauss. “¿Qué Filosofía Política?”. Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (pág.182).-

⁵⁰ Leo Strauss. “¿Qué Filosofía Política?”. Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (pág. 203).-

⁵¹ Leo Strauss y Joseph Cropsey. “Historia de la Filosofía Política”. Ver “Platón”. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1993, (pág. 88).-

⁵² Leo Strauss y Joseph Cropsey. “Historia de la Filosofía Política”. Ver “Platón”. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1993, (pág. 45).-

cantidad son buenas para el uso de cada cual. “En algunos casos darle a un hombre lo que le pertenece es dañino para él. No todos hacen un uso bueno o sensato de los que les pertenece, de su propiedad. (...) Si la justicia debe ser buena o benéfica estaríamos obligados a exigir que cada uno posea sólo lo que le corresponda, lo que es bueno para cada uno mientras sea bueno para esa persona”⁵³. La justicia entonces, no consiste en dar a cada uno lo que le pertenece sino en dar a cada uno lo que es bueno para él.

La segunda, que la injusticia es mala porque es castigada por los dioses después de la muerte. Sócrates desconoce la virtud moral en sí, la virtud es conocimiento. La justicia consiste en ayudar a nuestros amigos y dañar a nuestros enemigos. Si la justicia consiste en dar a los demás lo que les corresponde; lo único que el hombre justo debe saber es qué le corresponde a cada uno con quien tiene algún trato: este conocimiento es dado por la ley. Pero si el hombre justo debe dar a sus amigos lo que es bueno para ellos; él deberá juzgar, deberá distinguir los amigos de los enemigos, deberá saber lo que es bueno para cada uno de sus amigos. La justicia deberá incluir un conocimiento de orden superior. Debe ser un arte que conoce y produce lo que es bueno. Es el arte que da a cada quien lo que conviene a su alma. La justicia es idéntica, al menos inseparable de la filosofía. No puede haber justicia entre los hombres a menos que –señalaba Platón-, los filósofos gobiernen. El hombre justo ayudará a los hombres justos y no a sus amigos y no hará daño a nadie. Cuando Sócrates asume que el sabio es justo, por justicia entiende: justicia “trans- política”, la política que es irreconciliable con hacer daño a nadie.”⁵⁴ No dice que el hombre justo ayudará a todos. Justicia significa aquí: espíritu público, cabal dedicación al bien común. Existe sin embargo aquí, una doble dificultad: la de conocer a los propios amigos y enemigos; y también que, definitivamente se puede dañar a un hombre justo y bueno.

Finalmente, la tercera: que la justicia es lo que conviene al más fuerte, que es su propio bien. Sólo es buena “para el que la ejerce y mala

⁵³ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 104).-

⁵⁴ Leo Strauss. “Sobre la Tiranía”. Traducción L. Rodríguez Duplá. Ediciones Encuentro. Madrid, España, 2005, (pág. 145).-

para el que la recibe.”⁵⁵ La justicia consiste en obedecer a los gobernantes. Obedecer significa obedecer las leyes establecidas por aquéllos. Si la justicia consiste en obedecer la ley; y si lo justo es idéntico a lo lícito o legal, o a lo prescrito por las costumbres o leyes de la ciudad, la fuente de justicia será la voluntad del legislador. El legislador en cada ciudad es el régimen: el hombre o cuerpo de hombres (el tirano, el pueblo, los hombres de excelencia) que gobiernan la ciudad. Cada uno de ellos, prescribirán las leyes con vistas a su propia conservación y bienestar. De ahí se desprende que “la obediencia a las leyes y a la justicia no es necesariamente beneficiosa para quienes no pertenecen al régimen o para los gobernados, sino que podría ser mala para ellos.”⁵⁶ Ésta es la tesis de la ciudad misma: ninguna ciudad permitía el rechazo de sus leyes. Lo justo es “lo legal.”⁵⁷ Justicia y obediencia a la ley son simultáneamente para beneficio y perjuicio de los gobernados. Para los gobernantes –declamaba Platón– la justicia no existe; ellos son soberanos⁵⁸. La Justicia no

⁵⁵ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 112).-

⁵⁶ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 114).-

⁵⁷ Leo Strauss. “Sobre la Tiranía”. Traducción L. Rodríguez Duplá. Ediciones Encuentro. Madrid, España, 2005, (pág. 116). “La identificación de justo y legal haría imposible la distinción necesaria entre leyes justas e injustas. Hay elementos de la justicia que trascienden la dimensión de lo legal (piénsese en la ingratitud que siendo injusta no es ilegal). El hombre justo no perjudica a nadie, pero ayuda a todo el que tiene trato con él. Ser justo significa ser benefactor.

⁵⁸ Soberano es quien decide sobre el estado de excepción como concepto general de la doctrina del Estado. Razón sistemática lógico-jurídica, decisión en sentido eminente. Soberanía es poder supremo, originario y jurídicamente independiente. Jean Bodin se interrogaba: ¿Hasta qué punto está el soberano sujeto a las leyes y obligado frente a los estamentos sociales? Bodin contesta que las promesas obligan porque su fuerza obligatoria descansa en el derecho natural. Frente a la necesidad el príncipe sólo está obligado frente al pueblo y a los estamentos cuando el interés del pueblo exige el cumplimiento de la promesa; pero no lo está, si la necesidad es urgente. El mérito de Bodin es haber insertado en el concepto de soberanía, la decisión. La facultad de derogar las leyes vigentes –sea con carácter general o especial– es el atributo más genuino de la soberanía. Frente a los antagonismos, el Estado mismo es el que decide la contienda. Schmitt afirma que el orden jurídico descansa en una decisión, no en una norma. Ser soberano significa poseer esos atributos. Hace falta que la facultad sea ilimitada. Para ello, se requiere la suspensión total

tiene por objetivo un bien natural. Existe entonces, un conflicto entre bien del individuo y bien común. Si la buena vida -el aprovechamiento más o menos oculto de la sociedad o la convención sólo para obtener el propio beneficio como único bien natural- conduce a la vida tiránica, Sócrates la refutará basándose en la desigualdad natural.

De ello se sigue que la obediencia a las leyes o a la justicia no necesariamente será ventajosa para los gobernados. Sin embargo, el gobierno es algo parecido a un arte, el gobernante sirve a los gobernados, gobierna en su beneficio y sólo se ocupará de su bienestar. El arte es la justicia: justicia en los actos y no en la intención como lo es en el respeto a la ley. No es la ley sino el arte el que genera la justicia. El arte habita el lugar de la ley. La prudencia –que se ocupa del bien humano en su totalidad, de la vida buena e inseparable de la virtud moral- es de mayor importancia para el gobernante, el gobernante que comete errores deja de serlo. Nadie es justo por la justicia misma, a nadie le gusta el peso de la justicia como tal. “Ser prudente significa llevar una vida buena o noble.”⁵⁹ La justicia es saludable no sólo para los demás sino sobretodo para sí, para el propio gobernante. En “La República” el vínculo entre idea y naturaleza aparece en el hecho de que a la idea de justicia se la denomina: lo que es justo por naturaleza y de las ideas que se contraponen a las cosas que no son ideas se dice que están en la naturaleza. La ciudad justa sólo lo es en el discurso.

de orden jurídico vigente. Mientras el Estado subsiste, el derecho pasa a segundo término. El estado de excepción es siempre distinto de la anarquía y el caos. La decisión se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta en sentido propio. El Estado suspende el derecho en virtud de la propia conservación. ¿Qué es lo excepcional? Aquello que no se puede subsumir. Es lo que escapa a toda determinación general. Es menester que el orden sea reestablecido para que el orden jurídico tenga sentido. El derecho es siempre derecho de “una situación” y el soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad. Para John Locke y para el racionalismo del siglo XVIII el estado excepcional es algo incommensurable; pero esta idea se pierde cuando se ha logrado reestablecer un orden relativamente duradero. Para Immanuel Kant ya no es derecho el derecho de necesidad. Sin embargo, el mismo orden jurídico puede prever el caso excepcional y suspenderse a sí mismo. Ver Carl Schmitt “Teología política”. Traducciones de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Editorial Trotta, Madrid, 2009, (pág. 13).-

⁵⁹ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 43).-

Existe sólo en virtud de ser concebida con vistas a la justicia en sí, o lo justo por naturaleza. Ningún hombre es justo por la justicia en sí, nadie se inclina por la justicia como tal. Una ciudad es justa si cada una de las partes (los que ganan dinero, los guerreros y los gobernantes) hace su propio trabajo. La justicia, la moderación, la sabiduría y el valor no son dominio de una sola parte sino que se les exige a todas ellas. Resultará entonces necesario para descubrir la justicia pura y simple considerarla en el hombre individual. El alma contiene deseo, viveza, ira y razón. Los dones de cada quien -y no la ascendencia- determinarán en “La República” a qué clase pertenezcan.

“La República” oferta la cura para toda forma de ambición política. El antiguo orden es deficiente porque es el origen del desorden del presente. El espíritu de disciplina y de servicio altruista reemplazará al espíritu de lujo y la ganancia. La conversación entre Sócrates y Adimanto sobre teología “pasa de la necesidad de mentiras nobles acerca de los dioses a la necesidad de la verdad acerca de los dioses.”⁶⁰ Ambos parten de la implícita premisa de que existen dioses o que existe un dios y de que saben aquello que un dios es. En la teología de “La República” sólo se identifica a los dioses olímpicos, este hecho indicará su carácter mítico: no se plantea ni se responde a la pregunta: “¿Qué es un dios?”; o “¿Quiénes son los dioses?”: ambos personajes coinciden en que: son sobrehumanos, poseen una verdad o perfección sobrehumana, que el dios es bueno entonces, causa sólo de las cosas buenas y no de todas, es justo. La dificultad comienza cuando se afirma la simpleza del dios con dos implicancias: que no cambia de forma (eidos o idea), no asume variedad, ni su aspecto sufre transformación y que los dioses no engañan, ni mienten. Adimanto no encuentra dificultad en sostener que los dioses son buenos y mienten; y la justicia, a veces exige mentir. Sócrates deja en claro que los gobernantes deben mentir en beneficio de sus súbditos. La resistencia del primero se debe a su interés por la justicia, distinta del amor a la verdad o la filosofía, se opone al dogma que establece la simpleza de los dioses porque está dispuesto a conceder que la justicia es afín al conocimiento o al arte. Sócrates sugiere que la justicia es una virtud específicamente humana, su origen reside

⁶⁰ Leo Strauss. “La Ciudad y el hombre.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (Pág. 146).-

en el hecho que todos los seres humanos carecen de autosuficiencia y por ello, necesitan de la ciudad. La justicia⁶¹ es la virtud universal, la que posee un vínculo más evidente con la ciudad. Lo bueno no es idéntico a lo ancestral. La filosofía sustituye a la piedad.

Todo amor humano está sometido a la ley que lo hace ser: amor a lo que es propio y amor a lo que es bueno. Tensión entre lo propio y lo bueno. Para resolverlo los clásicos sostuvieron que la forma es superior a la sustancia en dignidad (idealismo) y su significado práctico consiste en afirmar: que lo bueno es más importante que lo propio. El equivalente judaico se hallaba en la relación que existe entre la Torah e Israel. Maimónides al preguntarse por la esencia de Dios –sin pretender revelarla– señalaba que el amor y la justicia resultan adecuados como norma y modelo para las acciones del hombre. Amor y Justicia juntos son santidad⁶² y ésta, deviene en ética: la santidad es una tarea, infinita, incesante, un ideal mientras caracteriza el ser de Dios. No hay entonces, criterios diferentes de bondad y justicia para Dios y para el hombre. El amor a Dios es amor a una idea, amor por el ideal moral, que no busca la unión con Dios sino sólo su cercanía: la incesante santificación del hombre ya que “sólo Dios es santo”.

II

Maimónides en su “Tratado sobre el Arte de la Lógica” y no siendo éste un libro judío sino filosófico, desprecia los libros de los filósofos que tratan de política porque son –sostiene él– inútiles “para nosotros en estos tiempos”. Strauss en un singular análisis⁶³ destaca que “nosotros”

⁶¹ ¿Cuál es la diferencia entre justicia humana y justicia divina? Que sólo Dios es justo de manera ilimitada, aunque insondable. En un lenguaje post-bíblico los misterios de la Torah (sithre torah) son las contradicciones de la Torah; los misterios de Dios son las contradicciones respecto de Dios. Para Aristóteles es casi una blasfemia atribuir justicia a un dios: éste está por encima tanto de la justicia como de la injusticia.

⁶² “Tú serás santo, porque Yo el Señor Tú Dios, soy santo”. (Levítico 19:2). Es precisamente en esa correlación donde mitología y politeísmo fenecen. .

⁶³ Leo Strauss. “Una página de Maimónides dedicada a la Ciencia Política” en “¿Qué es Filosofía Política?” Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (pág. 210).-

significa: nosotros los judíos no los necesitamos porque tenemos a la Torah, guía inequívoca en todos los aspectos y especialmente, en lo que se refiere a las cosas divinas. De aquí se deduce que la función de la Torah es eminentemente política: a causa de la superioridad de las leyes reveladas por la Divinidad. La ley revelada marca la guía de las cosas divinas por los seres humanos, pone el gobierno al servicio de la religión. Es universal en cuanto al espacio y perpetua en cuanto al tiempo, constituye un orden social más elevado. El nomos –el gobierno de las cosas humanas– persigue solamente el bienestar del cuerpo político, exige una religión al servicio del gobierno, tiene una existencia relativa. Por otra parte, la necesidad de los libros que escribieron los filósofos sobre ética⁶⁴ no ha sido afectada por las religiones reveladas. La Torah antecede en muchos siglos a la filosofía, a la sabiduría griega; entonces, cuando Maimónides refiere al “nosotros”: no refiere a los judíos como tales, sino a los judíos en el exilio⁶⁵: los que carecen de una existencia política propia no necesitan los libros políticos de los filósofos. La Torah, el libro, es la patria. Para la Kabbalah, es el exilio de Dios: el nombre saliéndose de sí, fragmentándose, desparramándose “en un texto que es diáspora del sentido, significado nunca conclusivo, itinerario sin fin de la interpretación”⁶⁶. Se trata de un descifrar para volver a cifrar.

Podríamos decir que en amplios sectores del pensamiento se reconocería que la fe judía no había sido refutada⁶⁷ por la ciencia, ni

⁶⁴ La ética es el estudio de las virtudes entendiendo por tales a las virtudes. No es el estudio de la felicidad o del verdadero fin del hombre. El estudio del fin del hombre pertenece a la política propiamente dicha. Las virtudes morales y su ejercicio no entran dentro del fin del hombre. Las virtudes solamente pueden ser comprendidas atendiendo a su función política.

⁶⁵ Strauss propone aceptar la Galut hasta las últimas consecuencias. Ello le permitirá una doble acción: salir de la “segunda caverna” y aprender mediante la lectura el sentido de la filosofía política clásica en un mundo moderno y escapar al resentimiento de una minoría teológico-política: el catolicismo de Heidegger y de Schmitt; o del sionismo.

⁶⁶ Esther Cohen. “La palabra inconclusa”. UNAM, México, 1994.-

⁶⁷ La palabra sabiduría existe tanto en los griegos como en los judíos. Los primeros, se los consideraba sabios tanto a los filósofos como a los poetas; en los segundos, se afirma que es la Torah “tu sabiduría a los ojos de las naciones”. Ambas afirmaban ser las verdaderas, así cada una niega la pretensión de la otra de ser sabiduría en sentido estricto y más elevado. Según la Biblia el comienzo

por la historia. Decía Strauss que: “Se podía conceder a la ciencia y a la historia todo lo que parecían enseñar en relación con la edad del mundo, el origen del hombre, la imposibilidad de los milagros, la imposibilidad de la inmortalidad del alma y de la resurrección del cuerpo, el yahvista, el elohista, el tercer Isaías, entre otros; sin abandonar un ápice lo esencial de la fe judía.” Esa batalla se resolvió -por considerarlo irrelevante desde el punto de vista religioso- concediendo “la totalidad de la esfera en que la ciencia y la historia afirmaban ser o haberse vuelto competentes⁶⁸.” Strauss señalaba esa tensión entre revelación y razón al preguntarse acerca de si Dios es el producto de la mente humana o una idea de la razón. Que Dios se revele no es más -en la actualidad- que una creencia a diferencia de lo sostenido por la tradición.

En lo que atañe a la revelación: todo ser humano puede tenerla, no es una experiencia de sí sino de algo no deseado, exterior, conciencia de lo absoluto, la experiencia de un mandato inequívoco, dirigido a mí -aquí y ahora-, distinto de leyes o de ideas generales -que siempre admitirían excepciones-: Dios como el “Tu”, el padre, el rey de todos los hombres. Es la experiencia de un mandato inequívoco, un convite que llama a amar a Dios sólo a partir del cual, se podrá entender que el otro ser humano es un hermano y a amarlo como a sí mismo. La razón -de la mano de la filosofía tradicional- se fundaba en aquello que el hombre conoce por sí mismo. Con la crisis del racionalismo⁶⁹ la batalla entre revelación y razón, entre fe y falta de fe, ha sido decidida a favor de la revelación. “La razón sólo conoce de sujetos y objetos, pero sin duda, el Dios vivo y bondadoso es infinitamente mayor que un sujeto y nunca puede ser un objeto, algo que se puede ver con distancia o

de la sabiduría es el temor a Dios; según los filósofos griegos, el asombro. Leo Strauss. “Estudios de filosofía política platónica.” Amorrortu Editores. Buenos Aires, Argentina, 2008, (pág. 212 y ss.). -

⁶⁸ Leo Strauss. “Liberalismo antiguo y moderno”. Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007, (Pág. 332).

⁶⁹ Habrá que recordar que el racionalismo moderno rechazó la teología bíblica y la reemplazó “por el deísmo, el panteísmo y el ateísmo. Pero a lo largo de ese proceso la moralidad bíblica ha quedado preservada.” Leo Strauss. “¿Progreso o retorno?” Introducción de Josep María Esquirol. Ediciones Paidós, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005, (pág. 167).-

indiferencia.”⁷⁰ La fe en la revelación niega que la verdad sea accesible a la búsqueda del conocimiento evidente, “que pueda hacerse visible para el observador imparcial.”⁷¹ Recordemos que el pensamiento antiguo se abstraía de la experiencia de Dios o la excluyó, buscó la realidad que precede y que sucede al mundo y al hombre, aquello que no puede ser experimentado por el hombre y que sólo puede inferir o pensar.

Entre 1925 y 1928 Strauss escribe su obra sobre Spinoza donde se señalaba que el problema teológico-político sigue siendo tema de sus investigaciones. Esta expresión procede de Baruj Spinoza y significa el conflicto –en apariencia insoluble– entre las pretensiones de la razón y de la revelación.⁷² Spinoza enseñó a Strauss que el problema

⁷⁰ Leo Strauss. “Liberalismo antiguo y moderno”. Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007, (Pág. 334).

⁷¹ Heinrich Meier. “Leo Strauss y el problema teológico político.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 73).-

⁷² Hobbes señalaba que la providencia puede ser objeto de creencia pero no de conocimiento. La razón natural no posee decía Hobbes ningún conocimiento de Dios como autor de la ley moral, ni la ley de la razón ni la ley moral contienen prescripciones acerca de los deberes hacia Dios. Thomas Hobbes “Leviatán”. Capítulo XV. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., 1992 (pág. 117 y ss.). La razón natural nada sabe de Dios. No hay más argumentos para probar la deidad que la creación del mundo y ésta tampoco puede ser probada. La razón sólo podría probar que la Biblia es la palabra de Dios partiendo de la antigüedad de la Biblia y de los milagros. La creencia en la deidad no podía ser totalmente desarraigada de la naturaleza humana. Hobbes negaba toda validez a los argumentos que se apoyaban en la antigüedad de la Biblia y en los milagros. La duda sobre el carácter revelado de la Biblia no probaba –dice Strauss– que sus enseñanzas no podían ser verdaderas y superiores que la razón y por ende, no prueban que la doctrina bíblica no debiera ser creída. Hobbes niega esta posibilidad cuando decía: “(...) el sentido, la memoria, el conocimiento, la razón, las creencias son siempre y necesariamente tales, como las cosas que vemos, oímos y consideramos nos sugieren; y por lo tanto, no son efectos de nuestra voluntad sino por el contrario, nuestra voluntad debe ser la consecuencia de ellas. Argumentaba del siguiente modo: no podemos probar la posibilidad de la revelación basándonos en su realidad, porque su realidad es incierta; por lo tanto, al no probar su realidad no podemos afirmar que es posible si no sabemos cómo lo es, si no tenemos un conocimiento suficiente de las causas de la revelación y donde la revelación por definición está por encima de la razón.” Leo Strauss. “¿Qué es la filosofía política?” Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970 (pág. 253/ 4). El Antiguo Testamento fijó la base de un dualismo entre

teológico-político es tanto político, teológico, como filosófico⁷³. La revelación es el develamiento autoritativo de la ley divina⁷⁴ al hombre: Este imperio de la ley pretende dar una dirección definitiva a toda la existencia del hombre tanto colectiva, individual o familiar; aunque Strauss niegue que el problema teológico-político sólo haya surgido con el advenimiento del monoteísmo o de las religiones bíblicas o del Dios santo.⁷⁵ Spinoza es el heredero de la revuelta moderna así como

poder temporal y poder espiritual incompatible con la paz, primera exigencia de la razón. El cristianismo nació en rebeldía al poder civil y obligado a sancionar el dualismo entre los dos poderes. Hobbes intentó una explicación natural de la religión bíblica. La diferencia fundamental entre paganismo y mundo bíblico consistía en que mientras para los primeros, la religión era una parte de la política humana; la segunda, pertenece a la política del reino de Dios. Los judíos habían desarrollado un deseo de libertad y odio al sometimiento de cualquier clase de gobierno humano: el reino de Dios que fuere establecido a la vera del monte Sinaí estaba llamado a satisfacer esa sed de libertad. De hecho el reino de Dios fue el gobierno de los sacerdotes, un régimen singularmente defectuoso. La esperanza del Mesías –un rey humano que vendría a restaurar el reino de Dios y a administrarlo luego de la experiencia del cautiverio– vino a significar: un rey humano que vendría a liberar a los judíos y establecería una monarquía universal, restaurando el primitivo reino de Dios. Esta esperanza estuvo en la raíz del cristianismo. Jesús predicaba que era el Mesías en el sentido judío del término: un rey temporal; ello fue lo que lo condujo a su condena.

⁷³ Baruj Spinoza. “Tratado Teológico – Político”. Traducción de Atilano Domínguez. Alianza Editorial S.A. Madrid, España, 1986.

⁷⁴ El doble experimento divino: el de someter a la humanidad sin ley para instruirla y el de hacer que los hombres fuesen como niños inocentes fracasó. El hombre caído o despierto precisa de frenos, debe vivir bajo la ley, pero esta ley “no puede ser simplemente impuesta, debe ser parte de un Pacto en el cual Dios y el hombre sean signatarios por igual pero no iguales.” Leo Strauss. “Estudios de filosofía política platónica.” Amorrortu Editores. Buenos Aires, Argentina, 2008, (pág. 225). Sólo después del Diluvio se estableció la sociedad, una restitución de la humanidad a su estado original, una suerte de segunda creación. El Pacto que siguió al Diluvio preparará el Pacto con Abraham. La elección de la nación sagrada comienza con la elección de Abraham.

⁷⁵ Cuando Dios envió a Moisés a los hijos de Israel, éste preguntó “¿Cuál es su nombre?” Dios le respondió: “Ehyeh-asher-eh-yeh”: “Yo soy el Aquel que soy” o “Yo seré el que seré” (Éxodo 33:19). Se revela a los hombres por sus mandamientos y por sus promesas y su cumplimiento de ellas. Sus acciones no pueden predecirse, a menos que Él mismo las prediga, las prometa aunque éstas no puedan conocerse por anticipado; es un Dios misterioso (Éxodo 19:9); no puede ser visto. Su presencia puede sentirse y lo que se sabe de Él sólo es

de la tradición medieval. El proyecto moderno⁷⁶ –de F. Bacon, R. Descartes y T. Hobbes- exige que el hombre se vuelva amo o dueño de la naturaleza; o que la filosofía o la ciencia dejen de ser esencialmente teóricas. Spinoza intentó reestablecer la concepción tradicional de la contemplación: no se puede conquistar la naturaleza si la naturaleza es igual a Dios. Dios o Naturaleza, Dios o totalidad resultan una unidad múltiple, una pura pluralidad. Dios es la Naturaleza (entendida como totalidad) y el hombre, una parte de ella. Aquella empresa -de la mano de la filosofía moderna- fracasó en la eliminación del problema teológico aunque fue exitosa desde el punto de vista político al restaurar el rango de lo político y hacer visible la dignidad de la vida política. El proceso histórico condujo a la parcelación de la vida humana en una multitud de esferas autónomas: economía, política, religión, arte, ciencia, etc; y con ello, la filosofía contó con cada vez menos elementos para resistir el enfrentamiento con la revelación.

Spinoza reestableció la dignidad en la especulación filosófica parándose en una nueva concepción de la naturaleza. Conocer las leyes de la naturaleza es para Spinoza comprometerse con la legalidad. No

lo que quiere comunicar mediante su palabra, a través de sus servidores escogidos. Aquello que la Biblia entiende por Dios se da en las palabras “el Eterno es uno” y su nombre es “Yo soy”: Él es el Uno, el único Uno que es; comparado con Él, nada más es. “No sólo no hay otro Dios, sino que no hay ningún ser excepto este único ser”. La naturaleza, el mundo, incluido el hombre nada son. Sólo la unicidad de Dios puede justificar la exigencia de que el hombre ame a Dios. La unicidad excluye que tenga existencia ya que ésta está relacionada con la percepción sensorial. La idea de Dios: Dios como idea va de la mano de una indispensable armonía entre naturaleza y moral. La unicidad de Dios exige o implica el rechazo del culto de “otros dioses.” Fue Hermann Cohen quien enseñó la identidad entre Razón y Revelación. La razón es el vínculo entre Dios y el hombre; es común a Dios y al hombre. Para Cohen Revelación y Ley son idénticas. Ley es: la ley moral o bien está destinada a contribuir a la educación moral del hombre. Dios se convierte en fundamento de las virtudes. El examen de la virtud y de la verdad no pueden separarse entonces, resulta ser el conocimiento metódico del conocimiento moral. Hermann Cohen. “La religión de la razón. Desde las fuentes del judaísmo.” Anthropos Editorial S.A., Pensamiento Crítico / Pensamiento Utópico, Barcelona, España, 2004.

⁷⁶ La razón moderna es un proyecto de dominación. Para llevarlo a cabo es preciso reducir, subsumir, someter lo diferente e idéntico; lo múltiple a lo Uno (Parménides/ Empédocles); lo desconocido a lo consabido (Nietzsche); lo Otro a lo Mismo (Levinas).

hay aquí sujeto que conoce a lo otro como objeto; no hay ciencia; no hay física; tampoco metafísica. Este comprometerse implicará un hacerse responsable y es ésta una responsabilidad que va más allá o más acá del conocimiento en tanto objetivación, en tanto paso previo que será siempre una decisión ética (E. Levinas). El tan perseguido principio de individuación consistirá en la responsabilidad como forma de relación (de ligadura) con Otro hombre como exterioridad, apertura, como Otro. Para Spinoza no hay finalidad extra-mundana porque no hay origen, si por origen se entiende una sustancia que precede y subsiste (al modo del pensamiento griego). Fue Spinoza, el responsable a través de su impacto en Rousseau y Kant de la noción de dignidad en cada hombre antes que el interés. Con un puente con el neoplatonismo entendió que “todo procede de⁷⁷; que no fue hecho ni creado por⁷⁸ un único ser

⁷⁷ Rechaza Spinoza tanto el idealismo griego como el espiritualismo cristiano. Todos los actos humanos son modos del Dios único que posee infinitos atributos, cada uno de los cuales es infinito y de los que nosotros conocemos sólo dos, por tanto es un Dios misterioso cuyo amor se revela en la generación eterna y necesaria de amor y odio, nobleza y mezquindad, santidad y depravación y que es infinitamente adorable, no a pesar, sino a causa de su poder infinito más allá del bien y del mal. “De ahí que no haya vestigios de justicia divina a buscar excepto allí donde gobiernan los hombres justos.” Leo Strauss. “Liberalismo antiguo y moderno”. Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007 (pág. 349).-

⁷⁸ Cabe aclarar que el judaísmo oficial era legal y por lo tanto racionalista. Este había sido influido por el racionalismo filosófico de origen extranjero que había encontrado la expresión más perfecta en la concepción platónica de Dios como artífice que crea el universo al elevar la mirada hacia las ideas inmutables e inanimadas. El judaísmo oficial sostuvo que Dios creó el mundo y lo gobierna. Spinoza niega que el Dios de Israel sea el Dios de toda la humanidad por considera la ley mosaica una ley particularista que sirve a la felicidad terrenal o política de la nación judía. La blasfemia de Spinoza consistía en reducir la religión judía a una doctrina del Estado judío. La Torah ergo, tiene para Spinoza un origen meramente humano, no enseña la moralidad universal. Spinoza se contradice al admitir el carácter universalista de la profecía del Antiguo Testamento. Spinoza dio por sentada la distancia filosófica o la libertad respecto de la tradición de su propio pueblo. Esa distancia –sostiene Strauss- “es antinatural” es el resultado de una liberación respecto de la devoción primordial, una alienación, un corte, una traición. “Lo primordial es la felicidad, y la compasión y el amor que acompañan a la fidelidad” (...) “La fidelidad genuina a una tradición consiste en preservar y continuar la tradición.” Leo Strauss. “Liberalismo antiguo y moderno”. Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007, (pág. 360).

u origen.”⁷⁹ Considera que este proceso es un ascenso o develamiento donde el fin es más elevado que el origen. Spinoza entendió que la forma más elevada de conocimiento es el conocimiento intuitivo, no de la sustancia única de Dios sino de las cosas o acontecimientos individuales: Dios es en sus modos no eternos. No hay lo que en Platón serían las jerarquías del ser según la distancia respecto del origen o principio. No hay distancia que remontar porque no hay trascendencia. No hay nostalgia porque no hay origen. No hay retorno porque no hay metafísica. En la primera parte de la “Ética”⁸⁰, Spinoza sostiene que sólo es universal y abstracto el conocimiento de Dios y que es concreto el conocimiento de las cosas individuales o de los acontecimientos. Ello preparará el camino del idealismo alemán. La filosofía de los sucesores de Kant fue una síntesis entre Spinoza y Kant. El aporte de Spinoza fue una concepción novedosa de Dios: su fundamento -ya no será la revelación positiva-, sino otra cuyos soberanos eran filósofos y artistas pertenecientes a los círculos de la cultura y de la propiedad. “La nueva Iglesia (liberal) transformaría a judíos y cristianos en seres humanos cultos que al poseer ciencia y arte no necesitaban del agregado de la religión.” (...) “La nueva sociedad constituida por la aspiración de sus miembros a la Verdad, el Bien, y lo Bello emancipó a los judíos de Alemania.”⁸¹ Spinoza fue el símbolo de esa emancipación destinada a ser una redención secular.⁸²

Para judíos y musulmanes la revelación tiene el carácter de ley más que de fe. Aquello que acudía a la mente en la reflexión de los filósofos judíos e islámicos “no era un credo, ni una serie de dogmas sino un orden social (...) que regula no sólo las acciones sino los pensamientos y opiniones.”⁸³ Así entendida la revelación se interpretaba como

⁷⁹ Leo Strauss. “Liberalismo antiguo y moderno”. Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007, (pág. 346).-

⁸⁰ Baruj Spinoza. “Ética”. Versión Castellana de Manuel Machado. Casa Editorial Garnier Hermanos, París, Francia, 1899.

⁸¹ Leo Strauss. “Liberalismo antiguo y moderno”. Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007, (pág. 348).-

⁸² Sobre este tema ver Enzo Traverso. “Los judíos y Alemania. Ensayo sobre la simbiosis judío – alemana.” Pre-Textos, Valencia, España, 2005 que Strauss compartiría en todos sus términos. .

⁸³ Leo Strauss. “Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política.” Ed. de Antonio Lastra. Ed. Alfonso el Magnánimo, Valencia, España, 1996, (pág. 60).

ley perfecta, el orden político perfecto. El fundador de ese orden es el “legislador profético: el filósofo rey.”⁸⁴ Es interpretación legal de la ley divina (Talmud o *figh*). El judaísmo es una preocupación por el retorno y no por el progreso. La palabra hebrea “T` shubah” se traduce por “arrepentimiento”, retorno como respuesta y reparación, retorno a casa, abandonar la condición de extranjería. El arrepentimiento es retorno, redención, restauración donde el pasado es superior al presente que a su vez es compatible con la esperanza en el futuro. Será precisamente con Isaac de Luria cuando el judaísmo comienza a interesarse por el futuro. Para este autor “salvación” significaba: restitución o “Tikkum”, reintegración del todo original. El camino final lleva al inicio. El Mesías no es sino la consumación de la Restauración. Para los cristianos, la doctrina sagrada era teología revelada. Para los judíos y musulmanes la doctrina sagrada era la interpretación legal de la Ley divina. La filosofía tenía una posición más precaria en el judaísmo y en el Islam que en el cristianismo donde se convertiría en parte oficial de los estudios de teología. Ser judío y ser filósofo se excluían mutuamente. La Ley divina no es ley natural, menos aún derecho natural es “la base común de la Biblia y la filosofía. Aunque el problema de la multiplicidad de la ley humana lleva a soluciones diametralmente opuestas de la Biblia por una parte y de la filosofía por otra.”⁸⁵ La ley natural⁸⁶ –que no tenía carácter obligatorio- puede

⁸⁴ Para los falásifa el significado de filósofo, primer guía, rey o imán es uno y el mismo. El Platón de Alfarabi identificaba al filósofo con el rey, hace silencio sobre la relación entre el filósofo y el rey. No identificaba explícitamente al legislador con el filósofo – rey- La filosofía –arte teórico más alto- no es idéntica al arte regio arte práctico más alto-. Filosofía y arte regio producen la felicidad. Complementa a la filosofía la política y no la religión ni la revelación.

⁸⁵ Eric Voegelin - Leo Strauss. “Fe y Filosofía. Correspondencia 1934 – 1964.” Edición y traducción de Antonio Lastra y Bernal Torres Morales. Editorial Trotta S.A., Madrid, España, 2009, (pág. 116).-

⁸⁶ Es una “ley que determina lo que es justo o erróneo y que tiene poder o es válida por naturaleza inherentemente y por ello, en cualquier lugar y siempre.” Leo Strauss. “Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política.” Edición de Antonio Lastra. Ediciones Alfonso el Magnánimo, Valencia, España, 1996, (pág. 134 y ss.). Presupone la noción de naturaleza. No hay enseñanza de la ley natural en la Torah. La naturaleza fue descubierta por los griegos como distinta al arte y al nomos (ley, costumbre, acuerdo, opinión autorizada). El derecho natural es lo que por naturaleza es correcto o justo. Platón tanto en “Gorgias” (483e) como en el “Timeo” (83e) afirmaba que hay algo que por

ser identificada con la ley de la razón y la ley moral. Los principios de la moralidad no son racionales sino probables o generalmente aceptados.

Para Strauss la tensión entre comunidad política y filosofía precede al conflicto entre filosofía y revelación. La refundación de la filosofía política y la discusión con la fe en la revelación son “dos caras de una misma empresa.”⁸⁷ Lo que en ambas está en cuestión es la fundamentación racional y la defensa política de la vida filosófica que tiene su razón en el hecho de cuestionar sin reservas y en no quedarse satisfecho ante respuesta alguna que deba su legitimación a una autoridad. Fue conciente de la tensión existente entre filosofía y comunidad política para asentar la discusión filosófica sobre supuestos políticos y sus fundamentos racionales pero paralelamente también, tomó en serio la pretensión de verdad de la revelación –no en vista de la fundamentación de una filosofía judía o cristiana –sino para fundar su posición bíblica de la fe basada en la incompatibilidad entre fe en la revelación y filosofía. En sus tratados teológico-políticos Strauss dirigió su atención a la vida política y a la vida en la obediencia de la fe religiosa.

Por Spinoza, Strauss recorrió la influencia de Maimónides y de Al Farabi así como de Avicena y Averroes. Conoció por intermedio de Maimónides que el corazón de la revelación es el fenómeno del “profeta”, el legislador humano, quien ordena la comunidad, la nación o las naciones en nombre de la autoridad divina. El tratamiento de la profecía y de la ley divina estaba contenido en “Las Leyes” de Platón. Es más, Strauss señalaba que en Platón: “comprendemos la fundamentación filosófica y no creyente de la fe en la revelación en su origen.”⁸⁸

naturaleza es justo. Lo naturalmente justo y correcto es la idea de justicia: La “República” (501b, 500c-d y 484c-d) justicia en sí, justicia pura y simple. La justicia se define por hacer lo propio o mejor, por hacer lo propio de cierta manera, es decir, bien. (433a-b, 433d). Sólo el sabio y el filósofo pueden ser verdaderamente justos. Hay un orden natural de las virtudes y de los bienes y este es el paradigma de la legislación (Leyes 631b-d). es el orden natural de las virtudes como perfecciones naturales del alma humana (Leyes 765e – 766a) y de las otras cosas que son buenas por naturaleza.

⁸⁷ Heinrich Meier. “Leo Strauss y el problema teológico político.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 9).-

⁸⁸ Heinrich Meier. “Leo Strauss y el problema teológico político.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 51).-

De nuevo, la querella entre Platón y la Biblia ya estaba presente en la querella entre Platón y los poetas⁸⁹ que ya arriba analizamos. Quizás el pensamiento judío ha sido antifilosófico pero su objeción no haya sido básicamente judía, ni siquiera religiosa sino moral: el hombre moral es como tal un creyente en potencia. Maimónides distinguió entre dos tipos de bondad humana⁹⁰: virtud moral -en el sentido aristotélico- y piedad. Al asociarse se juntan en una tensión entre moral filosófica y moral de la Torah, entre filosofía y Torah. Strauss pone a la luz las reivindicaciones de Jerusalén y Atenas como diálogo entre la filosofía socrática y la profecía bíblica. Occidente es el resultado de esa tensión entre modos de vida distintos. A la pregunta acerca de “¿cómo debo vivir?” el hombre bíblico lo hace a partir de la obediencia a la ley divina con temor y esperanza; el griego, a partir de la indagación, de una mirada propia sobre las cosas. Jerusalén propone una vida de amor obediente; Atenas, una vida conforme al entendimiento autónomo. Maimónides no es más que un judío platónico. Strauss al -igual que Maimónides- demuestra el error -en su diálogo con los profetas- de suponer que la opción entre razón y fe debe quedar en el plano del mero compromiso o decisión. Tanto la historia intelectual como la espiritual resultarán del conflicto entre las nociones filosóficas y bíblicas de la “vida buena”. Este conflicto resultará para Strauss el secreto de la vitalidad de la civilización occidental.

El filósofo que está más próximo a la Biblia es Platón, esto se decía sobre todo en la Edad Media –durante la lucha clásica entre Jerusalén y Atenas-. Tanto la filosofía platónica como la piedad bíblica “están

⁸⁹ En términos platónicos la filosofía significa la búsqueda de la verdad, búsqueda que es un asunto erótico; la poesía significa, búsqueda de una clase particular de verdad. Eric Voegelin - Leo Strauss. “Fe y Filosofía. Correspondencia 1934 – 1964.” Edición y traducción de Antonio Lastra y Bernal Torres Morales. Editorial Trotta S.A., Madrid, España, 2009, (pág. 69).

⁹⁰ Noein (conocer) no es pistis (creencia). Eric Voegelin – Leo Strauss. “Fe y Filosofía. Correspondencia 1934 – 1964.” Edición y traducción de Antonio Lastra y Bernal Torres Morales. Editorial Trotta S.A., Madrid, España, 2009, (pág. 10/ 11). La tradición judía insiste más en la justicia de Dios que en su sabiduría. Leo Strauss. “Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política.” Edición de Antonio Lastra. Ediciones Alfonso el Magnánimo, Valencia, España, 1996, (pág. 73).-

animadas por la preocupación por la pureza y la purificación”⁹¹: Platón al igual que la Biblia enseñaban que el cielo y la tierra fueron creados o hechos por un Dios invisible a quien llaman “el Padre”, que siempre es y es bueno y cuya creación -en consecuencia-, también resultará buena. El nacimiento y la preservación del mundo dependerán de la voluntad de su hacedor. Aquello que Platón llamaba teología consistía en dos enseñanzas: La primera que Dios es bueno y que de ninguna manera es causa del mal; y por otro lado, que Dios es simple y por lo tanto inmutable. En lo que atañe a la preocupación por la justicia e injusticia del hombre, la enseñanza bíblica y platónica coincide. Sus diferencias son también notables: El Dios platónico no crea el mundo mediante su palabra; lo crea después de haber contemplado las ideas eternas que son -en corolario- más elevadas que él. La teología explícita de Platón se presenta dentro del primer análisis de la educación en “La República” y en el segundo análisis de la educación, dedicado a los filósofos; “la teología deja su lugar a la doctrina de las ideas”⁹².

Strauss toma la matriz Jerusalén y Atenas de Hermann Cohen para quien Platón y los profetas son las dos fuentes más importantes de la cultura moderna. Siguiendo a Cohen éste afirmaba que aquello que debemos a Platón es la idea de que la verdad es verdad de la ciencia pero que ésta debe complementarse con la idea de bien. Para este autor la idea de bien no es Dios sino la ética racional y científica. La verdad ética debe ser compatible con la verdad científica, incluso la necesita. Los profetas se ocupaban del conocimiento de Dios pero este conocimiento sólo lo es, en sentido metafórico: conocer a Dios es la condición para amarlo; y amar a Dios es la condición para servirlo, donde “la obediencia debía ser incondicional”⁹³. La religión judía -para Cohen- coincide con la religión que la misma razón científica y filosófica produce. Platón propició el gobierno de los filósofos: aquellos que

⁹¹ Leo Strauss. “Estudios de filosofía política platónica.” Amorrortu Editores. Buenos Aires, Argentina, 2008, (pág. 234).-

⁹² Leo Strauss. “Estudios de filosofía política platónica.” Amorrortu Editores. Buenos Aires, Argentina, 2008, (pág. 235).-

⁹³ Leo Strauss y Gershom Scholem. “Correspondencia 1933 -1973.” Introducción, traducción y notas de Javier Alcoriza y Antonio Lastra. Pre-Textos. Valencia, España, 2009, (pág. 18).

poseen una naturaleza determinada y presupuso que existe una naturaleza humana inmutable. Resultará consecuencia de ese razonamiento que haya una estructura fundamental de la “buena sociedad humana.” Los profetas carecen de la idea de ciencia y por ende de la idea de naturaleza. Cohen trabajó muy bien el antagonismo entre Platón y los profetas; sin embargo su apuesta en el poder de la cultura occidental y su progreso moral se desvaneció en las trincheras de la Primera Guerra Mundial.⁹⁴

La catástrofe, el horror y la barbarie no pudieron ser más explicados a través de la idea de progreso; sólo resultaron evidentes e inequívocos a través de la invocación a Platón y los profetas, es aquí donde Strauss va a plantear la querella entre los antiguos y los modernos.⁹⁵ ¿Cuál es la misión de los profetas? La de predecir lo inesperado, lo humanamente imprevisible, lo que a los hombres por sí solos no se les ocurriría temer ni esperar. ¿Cuál es la misión de los filósofos? Quizás tan sólo conozcamos la de Sócrates allí en la “Apología de Sócrates” de Platón cuando se defendía de la acusación de no creer en la existencia de los dioses venerados por la ciudad y de corromper a los jóvenes. Es en ese discurso donde niega poseer más que sabiduría humana. Inmediatamente Sócrates refiere al discurso que originó su misión y dice que no es suyo: parece atribuirle origen divino. La misión de Sócrates estuvo signada por el oráculo de Apolo -en Delfos- que al preguntársele si había alguien más sabio que Sócrates; la Pitia contestó: que nadie era más sabio.

⁹⁴ Thomas Mann. “La montaña Mágica.” Premio Nobel 1929, José Janés Editor, Barcelona, España, 1947.

⁹⁵ Strauss propicia el retorno a los antiguos. Tanto en el ensayo sobre Nietzsche (en su crítica a Platón) como en el de Maquiavelo (en su crítica a Aristóteles), Strauss señalaba que la filosofía moderna ha dejado de ser griega. “El racionalismo pre-moderno de Maimónides sería el acceso a un retorno a la filosofía política platónica.” Leo Strauss y Gershom Scholem. Correspondencia 1933 -1973. Introducción, traducción y notas de Javier Alcoriza y Antonio Las-tra. Pre-Textos. Valencia, España, 2009, (Pág. 19). Esta querella fue propuesta por primera vez en una conferencia que pronunció en enero de 1948 en el Hartford Theological Seminary, Connecticut, con el título: “Razón y Revelación.” Allí se formulaba: “Una filosofía que cree que puede refutar la posibilidad de la revelación y una filosofía que no lo cree: este es el verdadero significado de la querella (...)” Heinrich Meier. “Leo Strauss y el problema teológico-político.” Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, (pág. 36).-

Sócrates es más sabio porque sabe que nada sabe mientras que los otros hombres creen saber cierta verdad. Nunca ningún dios le ha hablado sin embargo, éste sirve a Apolo, obedece su orden: la de examinarse a sí mismo y a los demás; exhortar a la práctica de la virtud, examinar a sus “semejantes”⁹⁶ y con ello, en ese ejercicio –como tábano molesto- fue objeto del odio y peligró su vida. Era el “daimonion” quien lo retenía de la actividad política y así salvaba su pellejo. Entonces podríamos afirmar que tanto Sócrates como los profetas tienen una misión divina: ocuparse de la justicia o la rectitud de la sociedad perfectamente justa, que en cuanto tal, estaría libre, totalmente, de males. El mejor orden social socrático y la edad mesiánica profética están en una misma línea argumentativa. Mientras que estos últimos predicen la llegada de la edad mesiánica como “era de paz universal” (Isaías 2:2-4); Sócrates, se limita a sostener que la sociedad perfecta es posible a través de la coincidencia entre filosofía y poder político; el mejor orden no incluye acabar con la guerra. El hombre perfectamente justo –tan justo como sea humanamente posible- para Sócrates es el filósofo; para los profetas, el fiel servidor del Señor. ¿Quién es el filósofo? Es el hombre que dedica su vida a la búsqueda del conocimiento del bien, de la idea del bien. La virtud moral es la especie de ésta búsqueda. En el profeta no hay necesidad de buscar el conocimiento del bien: “Dios te ha mostrado qué es lo bueno; y lo que el Señor te exige es actuar con justicia, amar con misericordia y caminar humildemente con tu Dios.” (Miqueas 6:8). Los profetas son oradores: se dirigen al pueblo, a veces a todos los pueblos; Sócrates –en cambio-, conversa, se dirige, por norma, sólo a un hombre.

No se puede afirmar que la posesión del poder inapelable del conocimiento sirva frente a la creencia. Toda la ortodoxia descansa sobre la premisa irrefutable de que “el Dios omnipotente cuya voluntad es inescrutable, cuyos modos no son nuestros modos, que ha decidido

⁹⁶ Como contrapartida bíblica la idea de semejante refiere al mandamiento de amar a los hombres y no por la pura y simple experiencia de conocerlos. La distinción entre el bien y el mal surge en la conducta del hombre hacia los hombres, no en su conducta hacia Dios. Es en esta correlación interhumana donde cobra realidad la correlación entre hombre y Dios. Para los profetas y los salmos lo que constituye el gran sufrimiento del hombre es la pobreza y no la muerte y el dolor.

morar en la oscuridad espesa pueda existir.”⁹⁷ Spinoza no ha logrado refutar que esta premisa entre en contradicción. No puede ser refutada por la experiencia, ni recurriendo al principio de contradicción. Mediante el uso de la parodia o de la risa se intentó ridiculizar a la ortodoxia dislocando la posición de la que no podía ser afectada por ninguna prueba provista, ni por la Escritura –dispersa, múltiple y plural ya que Ley y deseo no pueden darse sino en esa multiplicidad y que lejos de ser derivada es constitutiva-, ni por la razón.

La refutación exigiría la prueba de que el mundo y la vida humana son inteligibles sin el supuesto de un Dios misterioso; “exigiría al menos el éxito del sistema filosófico: el hombre tiene que mostrarse en la teoría y en la práctica cómo el amo del mundo y de la vida; el mundo meramente dado, debe ser reemplazado por el mundo creado por el hombre en la teoría y en la practica.”⁹⁸ Spinoza –a pesar de su intento en la “Ética”- no pudo negar de manera legítima la posibilidad de la revelación; ello traerá aparejado la siguiente consecuencia: conceder que la revelación es posible significará otorgar que la explicación filosófica y el modo de vida filosófico “no son necesaria ni evidentemente la explicación verdadera y el modo correcto de vida; la filosofía, la búsqueda del conocimiento evidente y necesario, descansa sobre una decisión no evidente, sobre un acto de voluntad, al igual que la fe”⁹⁹. No se puede

⁹⁷ Leo Strauss. “Liberalismo antiguo y moderno”. Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007, (pág. 366).

⁹⁸ Leo Strauss. “Liberalismo antiguo y moderno”. Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007, (pág. 367).

⁹⁹ Leo Strauss. “Liberalismo antiguo y moderno”. Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007, (pág. 367). El antagonismo entre Spinoza y el judaísmo, entre la falta de fe y la fe resulta ser moral y no teórica. La designación judía de infiel como epicúreo nos permite alguna pista. Vale recordar que para la moralidad judía tradicional la recompensa por el cumplimiento del precepto es el precepto mismo. El epicureísmo es la forma clásica de la crítica a la religión; es hedonismo. La falta de fe moderna estará basada en el engaño religioso (el fin de la ilusión) que priva a la humanidad del “verdadero bien”, del bien “real”, de “éste mundo” y en el porqué es consolador con vistas a mirar en su rostro la desolación, el coraje a dar la bienvenida a la verdad más terrible, a la inscripción de la desolación como probidad intelectual. La religión resultó ser una salida para escapar del terror, la desprotección, la desesperanza de la vida que no puede erradicarse mediante ningún progreso de la mano de la civilización. Por otra parte y desde el punto de vista de la Biblia, el no creyente es

refutar la posibilidad de la revelación, la Biblia ofrece el único desafío que puede plantearse de manera razonable a la filosofía. La tensión entre filosofía y revelación -del cual surge la tarea de refutar la posibilidad de revelación- opone dos elementos -uno junto al otro- que exige a la filosofía, la libertad de preguntar y de conocer; y a la revelación, la obediencia frente a Dios. Strauss seguirá entendiendo que “la filosofía es radicalmente independiente de la fe¹⁰⁰”: estamos obligados –en términos de fidelidad- a elegir, a tomar partido, a optar por uno de ellos.

Nuevamente, Strauss afirmaba que la fe en la religión está fundada en consideraciones convencionales. ¿Por qué? Por considerar que esa fe tiene -a pesar de todo-, una importancia sistemática considerable: en esas “concesiones exteriores se anuncia la posición moderna sobre la ley, sobre el Estado.”¹⁰¹ En su análisis de la política de Hobbes comparado con la política platónica Strauss advertía: “que la base filosófica donde el discurso no puede partir de la fe en la revelación, se modifica en el sentido de la fe en la revelación.”¹⁰² Strauss –en una carta a

“el tonto que ha dicho en su corazón “no hay Dios”; la Biblia narra todo cuanto es creíble para el sabio en el sentido bíblico de la sabiduría. La palabra “duda” no existe como palabra bíblica”. Leo Strauss. “Estudios de filosofía política platónica.” Amorrortu Editores. Buenos Aires, Argentina, 2008, (Pág. 214). No se puede preservar la moralidad mientras que se abandona la fe bíblica. Nietzsche al sostener la “Muerte de Dios” en su texto “Así Habló Zaratustra” tiene claro que esto no significaba que los hombres hayan dejado de creer porque la incredulidad no destruye la vida ni el ser de Dios; significaba que mientras que Aquel vivía nunca fue lo que los creyentes suponían: inmortal. Ergo, el teísmo tal como se entendió a sí mismo estaba equivocado. El argumento antiteísta nietzscheano apuntaba contra la posibilidad de una revelación clara e inequívoca: la posibilidad de que Dios hable al hombre. Nietzsche sugiere una religiosidad atea, no teísta. Para Nietzsche a diferencia de los clásicos: la política pertenece a un plano inferior que la filosofía o la religión. Filosofía y religión van juntas más juntas que filosofía y ciudad.

¹⁰⁰ Eric Voegelin - Leo Strauss. “Fe y Filosofía. Correspondencia 1934 – 1964.” Edición y traducción de Antonio Lastra y Bernal Torres Morales. Editorial Trotta S.A., Madrid, España, 2009, (pág. 108).-

¹⁰¹ Leo Strauss y Gershom Scholem. “Correspondencia 1933 -1973.” Introducción, traducción y notas de Javier Alcoriza y Antonio Lastra. Pre-Textos. Valencia, España, 2009, (pág. 47).

¹⁰² Leo Strauss y Gershom Scholem. “Correspondencia 1933 -1973.” Introducción, traducción y notas de Javier Alcoriza y Antonio Lastra. Pre-Textos. Valencia, España, 2009, (pág. 47)

G. Scholem fechada 22/11/1960¹⁰³ luego de leer un libro de éste¹⁰⁴ nos decía poéticamente: “He comprendido quizás, por primera vez, la infinita atracción que ejerce ese mundo, profundo y rico, su hogar que enigmática e indisolublemente une lo universal y lo particular, lo humano y lo judío, que trasciende todo moralismo y necesidad punitiva sin desintegrarse en el esteticismo ni nada parecido. (...) por desgracia soy constitucionalmente incapaz de seguirle yo he jurado bandera y mi juramento es (...) que mi alma tenga la muerte de los filósofos.” Finalmente, en otra carta fechada el 19/03/1973¹⁰⁵ decía: “¿Cómo experimenta esa gente que Dios es eterno y no algo coetáneo con el hombre? En otras palabras: ¿Cómo se justifica el salto del tú impotente al tú eterno? ¿No se encuentra necesariamente ahí la filosofía y, desde luego, en el centro?” La elección de Strauss en definitiva es erótica –la pasión más pura, el eros filosófico- y no moral y en ello, va la posibilidad de la filosofía.

III

El relato de Babel nos ha enseñado que las palabras son siempre extranjeras. Toda palabra se enuncia en una lengua, todo decir posee un tono y un estilo, toda escritura se ejerce desde un lugar. Deberíamos negarnos frente a toda ambición de totalidad que pretenda anular la diferencia. Totalidad entendida como la necesidad de doblegar lo plural, de todo intento de disolución de lo múltiple, la voluntad de someter lo que no se ajusta al orden que el poder impone. El pensamiento occidental ha comenzado a advertir con acierto que el mundo no se comporta tan disciplinadamente. Que todo centro se ha disipado, que lo único constante pareciera ser la velocidad, que

¹⁰³ Leo Strauss y Gershom Scholem. “Correspondencia 1933 -1973.” Introducción, traducción y notas de Javier Alcoriza y Antonio Lastra. Pre-Textos. Valencia, España, 2009, (pág. 102).

¹⁰⁴ Gershom Scholem. “La cábala y su simbolismo”. Siglo XXI Editores, Madrid, España, 1979.

¹⁰⁵ Leo Strauss y Gershom Scholem. “Correspondencia 1933 -1973.” Introducción, traducción y notas de Javier Alcoriza y Antonio Lastra. Pre-Textos. Valencia, España, 2009, (Pág. 144).

los márgenes ya no son controlables y que la vida se parece más a un objeto fractal que a una esfera perfecta. El porqué, o el para qué –y su matiz, su tonalidad, su siempre claroscuro–, no resultarán jamás indiferentes en nuestro estar en el mundo. Es el deseo lo que permite, requiere y abre la posibilidad de la existencia, que lo múltiple advenga. Sólo el deseo da cuenta de la vida y la existencia, de la diferencia, de la diversidad y de la multiplicidad. Sin entrar en relativismo alguno el deseo configura valores. Desear es valorar. Lo bueno y lo malo se definiría a partir del deseo. El deseo elige, orienta, decide, marca uno o varios caminos. El poder sería lógicamente posterior al deseo y de un rango –en cierta forma– menor; el deseo al vincularse con la falta, necesariamente lo antecede. El deseo es sello de in-completitud; es testimonio de la inevitable dependencia en relación a lo Otro. Subordinación que nos limita y nos posibilita, que nos acota y nos sostiene. Fragilidad que nos aterra y organiza. Heteronomía fundante, alteridad irrenunciable, responsabilidad y donde lo otro no se subsume en relaciones de semejanza u oposición, sino que se conserva en tanto Otro¹⁰⁶.

¹⁰⁶ El hombre griego ignora al tercero, por ende ignora también –rechaza, recusa– la Ley, la filiación, la diferencia. En griego, dos quiere decir: lo mismo, o lo opuesto; nunca lo otro. En el marco del dualismo los vínculos no pueden darse sino como la ausencia de filiación. Eros aspira a lo divino o a lo inmortal y en este sentido, fracasa. El límite lo arroja y lo expulsa. No hay pasaje, no hay salida. O permanece en el origen o sucumbe en el abismo. Lo Uno adju-ra de la diferencia para refugiarse en la mismidad; el Uno funda y ordena la diferencia. Aquello que se escinde de lo Uno atenta contra el origen. Lo Uno se hace presente como nostalgia o como destino. En el contexto judío, no hay oposición, ni exclusión sino una relación de mutua implicancia, no forman términos polares de una antítesis dual, en similares términos que lo singular y lo plural en Spinoza. Lo Uno judío –si podemos mantener esta terminología propia del mundo griego– es inmediatamente heterogéneo y plural. Las Tablas del Sinaí se instituyen bajo la forma de la diferencia. Entre Dios y los dioses; entre los hombres y Dios; entre padres e hijos; entre cada hombre y su próxi-mo; entre verdad y falsedad; entre días de trabajo y de descanso; entre libertad y esclavitud no hay oposición sino alteridad. Ambos mundos nos implican una doble deuda, un reconocerse en ambas fuentes. Rescatar sus avatares, sus entrecruzamientos, sus préstamos, sus cercanías y afinidades. Las idénticas preocupaciones y los motivos comunes. Sus confluencias y parentescos no impedirá subrayar lo que sí las distingue.

BIBLIOGRAFÍA

- Hermann Cohen. "La religión de la razón. Desde las fuentes del judaísmo." Anthropos Editorial S.A., Pensamiento Crítico / Pensamiento Utópico, Barcelona, España, 2004.-
- Pierre Guglielmina. "Leo Strauss y el arte de leer." Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007
- Claudia Hilb "Leo Strauss: el arte de leer". Una lectura de la interpretación straussiana de Maquiavelo, Hobbes, Locke y Spinoza. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. Buenos Aires, Argentina, 2005.-
- Thomas Hobbes "Leviatán". Capítulos XIII y XIV. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., 1992
- Thomas Mann. "La montaña Mágica." Premio Nobel 1929, José Janés Editor, Barcelona, España, 1947.
- Heinrich Meier. "Leo Strauss y el problema teológico político." Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- Heinrich Meier. "Carl Schmitt, Leo Strauss y el concepto de lo político. Sobre un diálogo entre ausentes." Katz Editores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2008.
- Josep Monserrat Molas y Antonio Lastra. "Herencias Straussianas". Biblioteca Javier Coy de estudios norteamericanos. Universidad de Valencia, Valencia, España, 2004.
- Michele F. Sciacca. "Historia de la Filosofía". Editorial Luis Miracle S.A. Barcelona, España, 1966.
- Baruj Spinoza. "Tratado Teológico – Político". Traducción de Atilano Domínguez. Alianza Editorial S.A. Madrid, España, 1986.
- Baruj Spinoza. "Ética". Versión Castellana de Manuel Machado. Casa Editorial Garnier Hermanos, París, Francia, 1899.
- Leo Strauss. ¿Qué es la filosofía política? Traducido por el Prof. A.A. De la Cruz. Ediciones Guadarrama. Madrid, España 1970.
- Leo Strauss. "La Ciudad y el hombre." Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- Leo Strauss y Joseph Cropsey. "Historia de la Filosofía Política". Ver "Platón". Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1993.

- Leo Strauss. "Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política." Edición de Antonio Lastra. Ediciones Alfonso el Magnánimo, Valencia, España, 1996.
- Leo Strauss. ¿Progreso o retorno? Introducción de Josep María Esquirol. Ediciones Paidós, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005.
- Leo Strauss. "Sobre la Tiranía". Traducción L. Rodríguez Duplá. Ediciones Encuentro. Madrid, España, 2005.
- Leo Strauss. "Liberalismo antiguo y moderno". Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- Leo Strauss. "Estudios de filosofía política platónica." Amorrortu Editores. Buenos Aires, Argentina, 2008.
- Eric Voegelin - Leo Strauss. "Fe y Filosofía. Correspondencia 1934 – 1964. Edición y traducción de Antonio Lastra y Bernal Torres Morales. Editorial Trotta S.A., Madrid, España, 2009.
- Leo Strauss y Gershom Scholem. Correspondencia 1933 -1973. Introducción, traducción y notas de Javier Alcoriza y Antonio Lastra. Pre-Textos. Valencia, España, 2009.
- Franz Rosenzweig. "La Estrella de la redención". Edición preparada por Miguel García Baró. Ediciones Sígueme, Salamanca, España, 1997.
- Gershom Scholem. "La cábala y su simbolismo". Siglo XXI Editores, Madrid, España, 1979.
- Enzo Traverso. "Los judíos y Alemania. Ensayo sobre la simbiosis judío – alemana." Pre-Textos, Valencia, España, 2005
- Scheldon S. Wolin. "Política y Perspectiva". Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- Diana Sperling. "Del deseo. Tratado erótico-político"; Editorial Biblos; Buenos Aires; 2001.

EL 9 DE JUNIO DE 1956

EL GENERAL VALLE Y LA “PROCLAMA” DEL MOVIMIENTO DE RECUPERACIÓN NACIONAL. LA RESISTENCIA Y LA LUCHA POR RESTABLECER LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1949

JORGE FRANCISCO CHOLVIS¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

1. EL GOLPE DE ESTADO CONTRA EL GOBIERNO CONSTITUCIONAL

En septiembre de 1955 se inició la asonada militar que concluyó en el golpe de Estado que derribó al gobierno constitucional presidido por Juan Domingo Perón, que había sido reelegido por un 62,49 % de los sufragios emitidos en las elecciones presidenciales realizadas en el año 1951. Pero antes de ello sectores reaccionarios fueron creando el clima. Se había producido un levantamiento militar ese año, posteriormente en 1953 colocaron artefactos explosivos en la Plaza de Mayo, atentados y sabotaje por los denominados comandos civiles, y el criminal bombardeo del 20 de junio de 1955 a una ciudad indefensa. Tres meses más tarde comienza a evidenciarse el golpe. Consecuencia de ello, supresión de conquistas sociales que el pueblo había adquirido y retroceso en el desarrollo económico que el país había alcanzado².

¹ Abogado.

² Véase, Jorge Francisco Cholvis, *“Revisionismo Histórico Constitucional. Proyecto Nacional y Constitución”*, cap. 7, Se pone en marcha la autodenominada “Revolución Libertadora”, Ediciones Fabro, 2016, pág. 277 y sgtes.



General Eduardo Lonardi

El general Eduardo Lonardi asumió el nuevo gobierno *de facto* y lo condujo por un breve período. Rodeado por algunos grupos católicos, que habían sido lo más activo y lo más reciente de la oposición, como también por militares de tendencia “nacionalista”. El gobierno *de facto* inmediatamente disolvió el Congreso Nacional; separó de sus cargos a los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y declaró en comisión a todo el Poder Judicial; asumió facultades legislativas e intervino todas las provincias y universidades; también creó una Comisión Nacional de Investigaciones, y pusieron en funcionamiento a una denominada Junta Consultiva Nacional integrada por representantes de los partidos de la oposición al gobierno constitucional.

Pero, poco tiempo después de acallarse los clarines de la victoria del movimiento militar que depuso al presidente Perón, comenzó a percibirse la heterogeneidad del frente que se había conformado para derribarlo. Los partidarios de Lonardi compartían el gobierno con representantes de los grupos antiperonistas más tradicionales, respaldados por la Marina, la más homogénea de las tres Fuerzas Armadas, cuya voz expresaba el vicepresidente, almirante Isaac F. Rojas.

Una velada lucha por el poder va a desarrollarse en el gobierno *de facto*. El 12 de noviembre los acontecimientos se desencadenaron. Lonardi separó al Ministro de Interior y Justicia, que estaba ocupado por un representante de la facción liberal, y en su lugar designó a un “nacionalista”. También ese día creyó conveniente definir nuevamente su pensamiento: “no puede calificarse de antipatriotas -decía el mensaje- a los que prestaron su apoyo desinteresado a Perón”. Y puntualizaba que en ningún momento trataría de dividir a la clase obrera “para entregarla con sus defensas debilitadas a las fluctuaciones de nuestra economía y nuestra política”³.

³ Félix Luna, “*De Perón a Lanusse. 1943-1973*”, Biblioteca Universal Planeta, Buenos Aires, 1973, pág. 100.

Entonces, esa misma noche los jefes de las fuerzas armadas exigían al presidente provisional la necesidad de “profundizar la revolución” -es decir del golpe de Estado-, disolver el partido Peronista, intervenir a la CGT, separar a varios funcionarios acusados de antidemocráticos y la formación de un consejo militar asesor. En realidad, en esa reunión de mandos realizada en la residencia presidencial se presionó a Lonardi para que acepte un sistema de poder coparticipado con una junta militar, la proscripción del peronismo y la marginación de la mayoría del movimiento obrero. La respuesta del general Lonardi duró más de una hora y en ella criticó duramente a muchos de los presentes, se negó a implementar los pedidos de relevos de sus colaboradores y, en definitiva, desestimó y rechazó las sugerencias sobre la creación de una Junta Militar, la intervención de la C.G.T. y la disolución del partido peronista⁴.



General Lonardi y sus ministros

A su vez, la presencia en el gabinete como Ministro de Trabajo del Dr. Luis B. Cerruti Costa, peronista sin actuación oficial y vinculado a los sectores sindicales, indicaba la intención del nuevo presidente de no enfrenar a la C.G.T.⁵ Los dirigentes sindicales mostraron inicialmente una actitud contemporizadora con el gobierno, aunque en muchos

⁴ Véase, “Memorias del Almirante Isaac F. Rojas, conversaciones con Jorge González Crespo”, Planeta, Buenos Aires, 1993, nota 178, pág. 396.

⁵ Conf., Félix Luna, “El proceso de desperonización”, Historia Integral de la Argentina - N° 90, Buenos Aires, 2006, pág. 1069.

barrios obreros, como en Avellaneda, Berisso y Rosario, surgieron manifestaciones espontáneas contra los militares. Después surgiría la “resistencia peronista”.

Así fue que sin llegar a cumplir dos meses en el ejercicio de la presidencia, bajo la presión de un grupo de oficiales -en su mayoría golpistas de 1951-, se produce el golpe dentro del golpe y Lonardi fue obligado a renunciar. De esta manera comenzó un período de represión política del peronismo que “encubría muchas veces un odio social, un enfrentamiento de clases que el general Lonardi ignoraba por completo”⁶. El lema extraoficial del nuevo gobierno será “se acabó la clemencia”⁷.

Los últimos meses de 1955 y los primeros de 1956 serían testigos de una serie de medidas que definirían la orientación del gobierno provisional. Tal las Directivas Básicas del 7 de diciembre de 1955, que fue “verdadera carta de principios de la Revolución Libertadora, generada en el Ministerio de Marina a iniciativa del contraalmirante Arturo Rial”⁸.

La proscripción del peronismo de la política -que se prolongó hasta 1973- y la represión contra sus dirigentes, fue el requisito utilizado por el gobierno *de facto* para poder realizar ese cambio en la estructura social de la Argentina.

2. LA 2ª ETAPA DE LA “REVOLUCIÓN LIBERTADORA” CAE LA CONSTITUCIÓN DE 1949

Lonardi fue reemplazado por el Jefe del Estado Mayor del Ejército, general Pedro Eugenio Aramburu, más afín a los sectores liberales y antiperonistas, y esa misma tarde juraba como presidente provisional, mientras Rojas se mantenía en la Vicepresidencia⁹. “Comenzó así la segunda etapa de la revolución libertadora, la que serviría para ubicarla

⁶ Alain Rouquie, *“Poder Militar y sociedad política en la Argentina”*, Buenos Aires, 1986, pág. 125.

⁷ Andrew Graham-Yool, *“Tiempo de tragedias y esperanzas. Cronología histórica 1955-2005. De Perón a Kirchner”*, Lumiere, Buenos Aires, 2006, pág. 30.

⁸ Véase, *“Memorias del almirante Isaac F. Rojas, conversaciones con Jorge González Crespo”*, Planeta, Buenos Aires, 1993, pág. 347.

⁹ Conf., Rodolfo Bledel, *“Memorias de un político invisible”*, Buenos Aires, 1990, pág. 75.

en la historia”¹⁰. El lema del general Lonardi se descompone, ahora “hay vencedores y vencidos. Es la Revolución Libertadora”¹¹.



Aramburu, Rojas y funcionarios

Aramburu que presidió el gobierno *de facto* desde el 13 de noviembre de 1955 hasta su término en 1958, asumió plenamente la decisión de desmontar el sistema jurídico, político y económico que había establecido el gobierno peronista. Junto a la designación de Aramburu se creaba un Consejo Militar Revolucionario, que intervendría en la reestructuración del gabinete. Esto condujo a un retorno al liberalismo económico, que aplicado a la situación del momento expresó la adopción de una actitud conservadora, especialmente en materia económica y social.

Así fue que “el régimen de Aramburu hizo el milagro de traer nuevamente a la escena política del país a las viejas figuras del conservadurismo y de la Unión Democrática. Si a este oscuro panorama sumamos el ‘revanchismo’ patronal, policial, gremial y militar, completamos el cuadro”¹². La acentuada derivación del gobierno hacia la derecha colocó

¹⁰ Alejandro Gómez, “*Política de entrega*”, A. Peña Lillo Editor, Buenos Aires, 1963, pág. 76.

¹¹ Carlos Emérito González, “*Los de la Ley y los de la Trampa*”, Editorial Vinciguerra, Buenos Aires, 1994, pág. 184

¹² Alejandro Gómez, “*Política de entrega*”, A. Peña Lillo Editor, Buenos Aires, 1963, pág. 77.

el acento de los planes económicos en la libre empresa. Esa tendencia repercutiría sobre la política laboral y, entre tanto, favoreció a los empresarios sin beneficiar al país¹³. “La veloz recuperación económica que habría de ser la consecuencia obligada de la restauración de políticas económicas liberales no se ha producido”¹⁴.

Pero también -como vimos- se declaró proscripto al partido peronista y se inhabilitó para ejercer cargos políticos a todos los que hubieran sido funcionarios del gobierno anterior; se intervino la C.G.T.; se suspendió la Ley de Asociaciones Profesionales; se resolvió seguir juicio por traición a la Patria a Perón y a los legisladores con el pretendido argumento de haber sancionado y ejercido la suma del poder público, y se estableció la prohibición de utilizar los nombres y símbolos del peronismo. Posteriormente, por una *Proclama* el gobierno *de facto* se dejó sin efecto la Constitución de 1949.

Esta política fue respaldada masivamente por la Marina, convertida en bastión del antiperonismo, pero suscitó dudas y divisiones en el Ejército. “Bajo consignas democratizantes, se encubrió el retorno al liberalismo económico y social atestiguado por la composición del gabinete en el que estaban presentes hombres provenientes de los grupos oligárquicos y del mundo de los negocios. Así, los grupos dirigentes desplazados por Perón volvieron a ocupar posiciones en el Estado”¹⁵.

“Para hacer efectivo el plan económico que se pondría en marcha, dictaron las llamadas *Directivas Básicas* que constituyeron la eliminación de toda traba jurídica imperativa, de toda norma institucional superior que restrinja la acción del gobierno militar. Se puede decir que le quitaron hasta la última atadura institucional; y eliminaron esa mínima restricción impuesta por aquel consentimiento con que la Corte Suprema de Justicia de la Nación pretendía sujetar a los gobiernos defacto respecto de las juradas declaraciones, derechos y garantías, *y de tal forma dejaron al gobierno las manos libres*.

¹³ Conf., José Luis Romero, “Breve historia de la Argentina”, Eudeba, Buenos Aires, 1965, pág. 92.

¹⁴ Roberto Roth, “Los años de Onganía. Relato de un testigo”, Ediciones La Campana, Buenos Aires, 1981, pág. 16.

¹⁵ Mario Rapoport y colaboradores, “Historia económica, política y social de la Argentina (1880-2000)”, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 2000, pág. 500

Así fue que en esa época ya se expresó que el régimen de las Directivas Básicas que bien se podría bautizar como de *manos libres*, fue la implantación de una supuesta Constitución *ad hoc* de un régimen cesarista, modificable o aplicable a voluntad¹⁶. Y al respecto se puede recordar que los tratadistas caracterizaron al régimen cesáreo con dos aforismos latinos: *quod principi placuit legis habet vigorem* y *princeps legibus solutus est*, que respectivamente significan *aquello que al príncipe place tiene vigor de ley, y al príncipe las leyes no atan*. De tal forma, al régimen de *manos libres* que implicaban las *Directivas Básicas*, también le cuadran en un todo las milenarias sentencias citadas.

Las Directivas Básicas del Gobierno *de facto*, a pesar de la fecha en que fueron formuladas, no incorporaron entre los fines a alcanzar el cambio de la Constitución. Hasta la confección de nuevos padrones le mereció una mención expresa en su último párrafo. Bien se formuló la pregunta de si “¿No lo había de merecer el cambio de Constitución en su caso?”¹⁷. Aún no había llegado el momento. Aunque para justificar el paso que luego darían, el gobierno provisional le efectuó a la Junta Consultiva Nacional pocos días antes, la aparentemente ingenua y sorprendente pregunta sobre si “hay una Constitución en la República Argentina”¹⁸. Fue el comienzo del plan institucional del golpe de Estado que llevó el 27 de abril de 1956 a suprimir la vigencia de la Constitución Nacional de 1949 con el Bando Militar -conocido como Proclama- que se dictó a esos efectos¹⁹.

¹⁶ Conf., Luis Güemes, “Esquema de la actualidad institucional de la República”, Buenos Aires, agosto 1957, pág. 25

¹⁷ Enrique Ariotti, “Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente” - Año 1957, tomo I, 30 de agosto - 23 de septiembre, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1958, pág. 134

¹⁸ Véase, República Argentina – “Junta Consultiva Nacional”, Años 1955-1957, 2ª sesión ordinaria del 22 de noviembre de 1955, tomo I, 18 de noviembre de 1955 - 5 de junio de 1956, Buenos Aires, 1959, pág. 45.

¹⁹ El tema referente a la Junta Consultiva Nacional y las Actas de sus sesiones, inicialmente lo publiqué como “Palabras Liminares” al Tomo 13-4, de la Colección “Obras Selectas” de Arturo E. Sampay, Biblioteca Testimonial del Bicentenario, Editorial Docencia, Buenos Aires 2012. Los anexos documentales, como las notas requiriendo la búsqueda de las Actas no publicadas, las respuestas obtenidas y el cuadro descriptivo de la relación entre los sucesos acaecidos en el país y las mismas, se encuentran en mi libro “La Constitución

Dicha *Proclama* dictada por el gobierno *de facto* en ejercicio de invocados “poderes revolucionarios” y “en cumplimiento de sus fines primordiales”, que declaró de este modo completar “en el orden jurídico fundamental el acto revolucionario”, restableció la Constitución de 1853 con las reformas anteriores al 11 de marzo de 1949 “en tanto y en cuanto no se oponga a los fines de la Revolución enunciados en las Directivas Básicas del 7 de diciembre de 1955 y a las necesidades de la organización y conservación del gobierno provisional” (art. 2°). En estas Directivas que en anexo se integraron como parte de la Proclama, después de señalar los principios que sostenían como meta, entre los puntos del programa que anunciaba, en su parte final incorporó al que tuvo principal consecuencia para el estado posterior del país: crear “las condiciones propicias a la inversión de capitales extranjeros”, cuando a mitad del siglo XX ya hacía mucho tiempo que habían dejado su etapa concurrencial, y se aglutinan en grandes y poderosos conglomerados económicos y financieros trasnacionales.

En esa situación y en el marco de las políticas económicas que se aplicaron, esta disposición implicaba abrir una creciente extranjerización de la economía con las consecuencias que ello trajo -desnacionalización de empresas, salida de divisas por amortizaciones, intereses, dividendos, royalties, seguros, etc. Al dismantelarse las defensas opuestas por el peronismo contra el capital extranjero, se produce la irrupción de los monopolios en nuestro sistema productivo y en las ramas económicas de mayor dinamismo, con lo cual paulatinamente se extranjeriza el proceso de industrialización y queda en manos de los monopolios su conducción. Correlativamente, se produce el espectacular aumento de la deuda externa del país y la evasión libre, sin restricciones, de las utilidades obtenidas por los monopolios y del ahorro nacional²⁰.

y otros Temas (Dilemas del Constitucionalismo argentino)”, Tomo III, Diversas Cuestiones Constitucionales, El Cid Editor, Buenos Aires, 2013, págs. 915 y sgtes. Ver también, Jorge Francisco Cholvis, “*Revisionismo Histórico Constitucional. Proyecto Nacional y Constitución*”, Ediciones Fabro, Buenos Aires, 2015, Capítulo 7, “Golpe de Estado y Constituyente de 1957”, págs. 277 y sgtes.

²⁰ Conf., Roberto Lavagna – Tulio Rosembuj, “*La independencia económica. 1945-1955*”, Editorial Rancagua, Buenos Aires, 1973, pág. 45. Sobre el tema del endeudamiento público exterior, véase Jorge Francisco Cholvis, “*Constitución, endeudamiento y políticas soberanas*”, Ediciones Fabro, Buenos Aires, 2019.

En los fundamentos de la *Proclama* se expresaba “que en la vida de los Estados, el acto de mayor trascendencia es el de adoptar su Constitución o el de introducir en ella reformas sustanciales”; que la facultad de decidir al respecto “es un atributo esencial de la soberanía”, que corresponde su ejercicio a la totalidad de los ciudadanos y que exige el goce de una auténtica y absoluta libertad. Pero, “hay que reconocer que ninguno de esos requisitos estaban reunidos en el hecho de fuerza dado por el gobierno en ejercicio de sus poderes revolucionarios”²¹.

Y así fue, y en el texto de la *Proclama* del 27 de abril de 1956 se encuentran conceptos básicos que formaron parte de dictámenes de los consejeros o de las exposiciones que dieron en el plenario de la Junta Consultiva Nacional. Habían contribuido a encumbrar al *seudoconstitucionalismo de facto*. Pero también cabe señalar que “hubo una comisión de destacados profesores y tratadistas del Derecho, que asesoraron a la Junta”²². Ellos también contribuyeron en la tarea del diseño de esa *normativa supraconstitucional*, con la que los gobiernos militares que se produjeron después en nuestro país intentaron institucionalizar el ejercicio del poder *de facto*.



Junta Consultiva Nacional. Plenario 5 de julio de 1956

²¹ Pablo A. Ramella, “*Derecho Constitucional*”, 3ª edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 52.

²² Carlos Emérito González, “*Los de la Ley y los de la Trampa*”, Editorial Vinciguerra, Buenos Aires, 1994, pág. 184.

Continuando esta vía que se iniciaba en este proceso *de facto*, los sucesivos golpes de Estado que años después tuvimos en el país, también fueron perfeccionando las *formas* para institucionalizar la *supraconstitucionalidad de facto* que dictaban. Pero ni unos ni otros lograron legitimar sus actos, y entonces, estos conceptos quedaron vacíos de contenido y estuvieron lejos de conseguir una nueva legalidad que emergiera de la invocada “revolución”. Sin embargo, sirvieron para coadyuvar en el uso de la fuerza que ejercieron cuando la pudieron sostener. Y mediante el poder efectivo de los grandes grupos económicos, amparado por los concentrados medios de comunicación social, fueron debilitando la respuesta que pudieron darse en actos electorales posteriores, en procesos políticos con proscripciones e impulsando la estratificación, política, sindical, y cultural del pueblo argentino, mediante la cual lograban esmerilar el poder político del pueblo y la prevalencia efectiva de los poderes concentrados.

3. GÉNESIS DEL MOVIMIENTO DE RECUPERACIÓN NACIONAL

La situación del gobierno *de facto* se fue tornando delicada. Entre los peronistas se organizó la resistencia: huelgas severas, sabotaje de la producción y desobediencia civil enrarecieron la atmósfera social²³. La resistencia peronista comenzada en 1955 surgió rápida y espontánea en las bases populares indignadas por el derrocamiento del presidente legítimo general Juan Domingo Perón, cuando sus dirigentes estaban presos, exiliados o escondidos. De inmediato el pueblo comprendió que junto al líder le robaban sus conquistas sociales y a sus mayores ideales patrióticos²⁴.

Después de instalado el gobierno *de facto*, muchos militares peronistas fueron encerrados en el vapor-prisión “Washington”, anclado a varios kilómetros aguas adentro del Puerto de Buenos Aires. Allí

²³ Conf., Mario Rapoport y colaboradores, “*Historia Económica, política y social de la Argentina (1880- 2000)*”, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 2000, pág. 500

²⁴ Conf., Enrique Oliva, “*Hace más de medio siglo. ¿La resistencia peronista de 1955 existió?*”.



**Valle pronuncia conferencia
en Mendoza**

comenzaron a conspirar para diseñar un movimiento que exigía la restitución de la Constitución de 1949, la libertad de los miles de presos políticos y el cese de la persecución al peronismo. “Esa fue la génesis del movimiento que comenzaron a gestar con fuerza en el verano de 1956”²⁵.

Por ello corresponde que nos ocupemos del movimiento insurreccional que intentó confrontar con las políticas que llevó adelante el golpe de Estado de 1955. El movimiento revolucionario fue impulsado por jefes, oficiales y suboficiales del ejército, retira-

dos unos y en actividad otros; como también por civiles que sostenían la legalidad y legitimidad de la Constitución Nacional de 1949 y del gobierno constitucional electo por el pueblo. Fue un movimiento de contenido popular.

El general Juan José Valle encabezó el pronunciamiento revolucionario, y se debe saber que fue ingeniero militar a los 22 años. Revistió en el Colegio Militar como Jefe de Sección y Comandante de la Compañía de Ingenieros Zapadores Pontoneros. Fue profesor de la Escuela Superior Técnica. Sus sobresalientes aptitudes profesionales lo llevaron a ser nombrado Jefe del Batallón 4 de Zapadores Pontoneros en Concepción del Uruguay, y luego Subdirector de la Escuela de Zapadores -actual Escuela de Ingenieros-, inspector de Ingenieros y director general de Ingenieros hasta la finalización de su carrera con el golpe de Estado de septiembre de 1955²⁶. Es que producida la “Libertadora”, pues el 1° de octubre lo pasaron “a disponibilidad”, y no consta en su

²⁵ María Seoane, “Últimos secretos de los fusilamientos de 1956”, Informe Especial, “Clarín”, 4 de junio de 2006.

²⁶ Conf., Daniel Brion, “15 de marzo nace Juan José Valle. Asesinado por defender el gobierno constitucional de Juan Domingo Perón.”

legajo el motivo de esa decisión. El 14 de mayo de 1956 fue declarado “en rebeldía”, sin que se mencione la razón, pero es obvio que “estaba en la mira”²⁷, y sabían que algo pasaba.

Para dar razón de lo expuesto, y que las autoridades del gobierno *de facto* ya estaban en conocimiento de lo que ocurriría pocos días después, mencionaré lo que escribió el Profesor Rodolfo Bledel, en su libro “*Memorias de un político invisible*”²⁸, y que no fue suficientemente divulgado. Cabe señalar que Bledel fue Subsecretario del Ministerio de Trabajo y Previsión -así llamado entonces-, durante el breve período de Lonardi, cuando el Ministerio estaba a cargo del Dr. Cerrutti Costa. Pero también se debe saber que Bledel era un profundo conocedor de temas de Ciencia Política, y del desarrollo histórico de otros países, como asimismo que tuvo iniciativas para el diseño actualizado de un proyecto político nacional.

En la obra mencionada, Bledel relata las entrevistas y reuniones que mantuvo en los últimos días de mayo de 1956, y ello es importante tenerlo presente para saber y sostener que ya se había infiltrado al movimiento que se pondría en marcha contra el golpe de Estado de la “Libertadora”; como también que la cúpula de las Fuerzas Armadas en el gobierno *de facto* después *del golpe dentro del golpe* se opuso a la Constitución Nacional de 1949 y a su artículo 40. Cabe aclarar, que en el marco de la concepción arquitectónica de dicho texto constitucional, este artículo estableció que “la organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social”; y que el Estado podrá “intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales”; como asimismo, que la importación y exportación, estarán a cargo del Estado; y que “los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias. Los servicios públicos pertenecen originariamente

²⁷ Conf., Marcos Lohlé y Julio Raffo, “*El fusilamiento de Valle en su legajo militar*”, Página/12, del 10 de junio de 2006.

²⁸ Edición del Autor, Buenos Aires, 1990, véanse págs. 62, 63, 77, 80 y 81.

al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine". Y en sus dos párrafos finales el art. 40 estableció los principios para establecer "el precio por la expropiación de empresas concesionarias de servicios públicos".

Para ingresar al tema en cuestión, Bledel expresa que el almirante Rojas había aceptado comandar la Marina de Guerra en la acción que se venía preparando, y que en el Ejército se había producido una modificación en la jefatura del movimiento que realizarían, pues el general Pedro E. Aramburu, hasta ese momento su jefe natural, debido a su propuesta de postergación del estallido militar, fue reemplazado por el general retirado Eduardo Lonardi. Lograda la coordinación de su estado mayor, encabezado por el entonces coronel Eduardo Señorans, y sin contar con la seguridad sobre qué parte del ejército lo acompañaría, Lonardi se dirigió a la ciudad de Córdoba, donde había una guarnición que le era adicta, a fin de iniciar las acciones.

"En los últimos días de mayo de 1956 -dice Bledel- se apersonaron una noche en mi casa los capitales de navío Carlos Bruzzone y Francisco Manrique. Me manifestaron que requerían mi colaboración porque el gobierno se encontraba amenazado por una conspiración militar de envergadura". Se ha de saber que el capitán de navío Bruzzone era el comandante del crucero "17 de Octubre", nave capitana del levantamiento de septiembre de 1955, el que poco después del pronunciamiento fue llamado "General Belgrano", y que como sabemos posteriormente fue hundido por un submarino nuclear británico durante la guerra de las Malvinas. Bruzzone, además era vecino y sabía el nivel académico de Bledel, y el gran conocimiento que tenía del proceso italiano luego de la Segunda Guerra mundial, que posibilitó la sanción de la Constitución de Italia de 1947.

Así fue que en la primera entrevista que mantuvieron, entre otros temas, les explicó a sus visitantes cómo en Italia se formó un gabinete de unidad nacional y se creó el Ministerio para la Convención Constituyente nacional, que presidió Pietro Nenni, Jefe del Partido Socialista italiano. Posteriormente, en respuesta al requerimiento que le habían formulado, les manifestó que después de su experiencia durante la

presidencia de Lonardi, había decidido apartarse de cualquier compromiso político. Pero, sin embargo, sus visitantes insistieron en el pedido, por lo que Bledel después de reiterar su posición, les expresó: “lo que tendría que hacer el gobierno -les dije- sería realizar de inmediato la apertura democrática; ahí detrás de usted, agregué, señalando a Manrique, tienen lo que se hizo en Italia al producirse la caída de Mussolini. Se formó un gabinete de unidad nacional y se creó el Ministerio de la Convención Constituyente nacional”²⁹.

En la jornada siguiente, a primera hora de la mañana, el capitán Manrique lo llamó por teléfono para comunicarle que estaba invitado por el presidente Aramburu para cenar “el mismo día en la residencia de Olivos”. Asistió a la reunión y luego que Aramburu le preguntara cómo se podría aplicar la experiencia italiana en nuestro país, esbozó un proyecto de ley de creación del ministerio para la constituyente y los pasos institucionales posteriores. Aramburu le manifestó “que había urgencia política de actuar”, y me incitó a redactar el respectivo proyecto, y defenderlo al día siguiente en una reunión a celebrarse con la concurrencia del Vicepresidente de la Nación y los miembros de la Junta Militar”.



Aramburu, Rojas y Krieger Vasena

Continúa Bledel su relato, y menciona que el 1° de junio de 1956, en el hall central de la residencia se habían dispuesto las comodidades

²⁹ Rodolfo Bledel, *ob. cit.*, pág. 77.

para la reunión. Al caer la tarde fueron llegando los invitados: almirante Isaac Rojas, Vicepresidente defacto; general Arturo Ossorio Arana, Ministro de Guerra; almirante Teodoro Hartung, ministro de Marina; comodoro Julio César Krause, ministro de Aeronáutica; general Héctor D'Andrea, Subsecretario de Guerra; capitán de navío Arturo H. Rial, Subsecretario de Marina; coronel Víctor Arribau González, Secretario General de la Presidencia; capitán de navío Francisco Manrique, jefe de la Casa Militar; y el capitán de navío Carlos M. Bruzzzone³⁰.

Sobre lo ocurrido en dicha reunión Bledel dejó constancia: "Mi exposición duró alrededor de una hora, en lo que expliqué la experiencia italiana, lo que ella representó como saneamiento de la política peninsular, para finalmente leer el proyecto de decreto-ley que había presentado a pedido del presidente. El debate que provocó mi proyecto alcanzó por momentos contornos ríspidos. Bastó la primera reacción del ministro de Marina, almirante Hartung, para que me diera cuenta que valía la pena registrar las distintas intervenciones que se sucedían. Es que las primeras palabras del almirante Hartung, que fueron expresadas en un tono exaltado, apuntó que si prosperaba el proyecto '*volverá a votarse el art. 40*' y '*volverá a triunfar el peronismo*'"³¹.

Luego de esa reunión Bledel no tuvo más noticias del Presidente, ni del capitán Manrique. Días después se produjo el pronunciamiento del general Juan J. Valle, su fusilamiento y la ejecución de un grupo de oficiales y civiles que habían intervenido en la conspiración. La prensa, de costumbre tan indagatoria en los temas de rutina de nuestra realidad socio-política, no dejó trascender la historia de este proyecto, aunque él tenía suficiente entidad para alcanzar publicidad y habían sido varios los protagonistas del encuentro como para suponer que se lo podía mantener en secreto. Sin embargo, nada ni una sola línea se publica entonces o después. Ello explica que la historia del caso haya llegado inédita a nuestros días³². Por supuesto, cualquier semejanza con el rol de los medios concentrados de comunicación en la actualidad, no es casualidad!

³⁰ Conf., Rodolfo Bledel, *ob. cit.*, pág. 79.

³¹ La cursiva me pertenece.

³² Conf., Rodolfo Bledel, *ob. cit.*, pp. 80/81.

4. ESTALLA LA REBELIÓN ARMADA Y LANZA SU PROCLAMA

Así fue que en varios puntos del país el 9 de junio de 1956 fue cuando estalló el levantamiento en la ciudad de La Plata, y al general Juan José Valle lo acompañaban el general Tanco y los coroneles Cogorno, Alcibíades Cortínez, Ricardo Ibazeta y el capital Jorge Costales, pero también estaba apoyado por grupos civiles. Los levantamientos ocurrieron entre las 22 y las 24 de ese día.

Corresponde que demos especial mención a los motivos que lo inspiraron y al documento en que se encuentran detallados los mismos, y por tanto, lo hemos de transcribir con extensión. La *Proclama del Movimiento de Recuperación Nacional* “al pueblo de la Nación”, firmada por el General de División Juan José Valle y el General de División Raúl Tanco el 9 de junio de 1956, comenzaba señalando:

“Las horas dolorosas que vive la República, y el clamor angustioso de su pueblo, sometido a la más cruda y despiadada tiranía, nos han decidido a tomar las armas para restablecer en nuestra patria el imperio de la libertad y la justicia al amparo de la Constitución y las leyes”.

“Como responsables de este Movimiento de Recuperación Nacional, integrado por las Fuerzas Armadas y por la inmensa mayoría del pueblo -del que provienen y sirven- declaramos solemnemente que no nos guía otro propósito que el de restablecer la soberanía popular, esencia de nuestras instituciones democráticas, y arrancar a la Nación del caos y la anarquía a que ha sido llevada por una minoría despótica encaramada y sostenida por el terror y la violencia en el poder”.

“Conscientes de nuestra responsabilidad ante la historia, comprendemos que nuestra decisión es el único camino que nos queda para impedir el aniquilamiento de la República en una lucha estéril y sangrienta entre hermanos, cada día más inevitable e inminente”.

“Deploramos que precisamente desde el gobierno se haya cerrado sistemáticamente toda posibilidad de pacificar la República y alcanzar la armonía entre los argentinos, en contraposición con el sentido de responsabilidad, la tolerancia y la paciencia patriótica del pueblo”.

“La Nación entera, y con ella la tranquilidad, el bienestar y la dignidad de los argentinos han caído en manos de hombres y de fuerzas que aceleradamente retrotraen a la Patria a épocas de sometimiento, de humillación y de vergüenza”.

“Su acción nefasta ha desquiciado y lesionado profundamente el orden político, económico y social de la República”.

Luego el Manifiesto continúa al señalar, estos conceptos:

“Han violado y desconocido el imperio de la Constitución y de las leyes, sustituyéndolo por un llamado ‘derecho de la Revolución’, que no es otra cosa que el entronizamiento de la arbitrariedad, sin más normas ni vallas que la omnímoda voluntad de los que detentan el poder”.

“Se han avasallado así las garantías y derechos individuales sustituyéndose a instituciones y personas de la jurisdicción de sus jueces naturales, sometiéndolos a tribunales y comisiones especiales expresamente prohibidas por la Constitución”.

“Se ha perseguido, encarcelado y confinado en verdaderos campos de concentración a miles de argentinos no sometidos a proceso y privados del derecho de defensa, por razones ideológicas o políticas”.

“Por idénticas razones se ha privado a miles de argentinos de derechos esenciales, como el acceso a los empleos públicos y la participación activa en la vida cívica de la Nación, sin que tan graves penas provengan de la decisión de la justicia y ni siquiera del juzgamiento de la conducta de los inculpados”.

“Como consecuencia de esta arbitrariedad discriminatoria, que divide a los argentinos en réprobos y elegidos, se ha privado de sus empleos a miles de ciudadanos, sin tenerse en cuenta ni su antigüedad, ni su idoneidad, ni su conducta”.

“Se ha excluido de la vida cívica del país a la fuerza mayoritaria con el pretexto de inmoralidades y desviaciones en la conducta de algunos de sus dirigentes; verdadera aberración jurídica y moral que podría llevar a la exclusión de todos los partidos, desde que todos padecen o padecieron en algún momento de males similares”.

“Se ha fomentado y organizado desde el gobierno la delación y el espionaje contra personas e instituciones, inclusive contra las Fuerzas Armadas”.

“Se ha impedido la libertad de prensa, uniformada al servicio del gobierno, interviniendo y entregando arbitrariamente los diarios y revistas a sectores políticos minoritarios adictos al mismo, clausurando los desafectos e impidiéndose la aparición de nuevos órganos de opinión independiente”.

“Todo ello unido a la monstruosidad totalitaria de un decreto-ley que bajo penas gravísimas prohíbe a los ciudadanos hasta el uso o empleo individual de palabras, fechas, símbolos, fotografías, nombres y expresiones que se proscriben, configuran los hechos más salientes de un plan siniestro destinado a ahogar la libre expresión de la ciudadanía, y entronizar en el poder a minorías antinacionales que en su hora enajenaron el patrimonio del país y traficaron con el hambre y el dolor de los trabajadores argentinos”.

“Este desborde de la arbitrariedad ha culminado con la abolición de la Constitución Nacional vigente, sancionada por una Convención Reformadora libremente elegida por el pueblo, con la participación de los mismos sectores políticos que apoyan a la tiranía. Constitución que juraron acatar y defender los mismos que hoy la vulneran y suprimen a espaldas del Pueblo y al margen de su libre voluntad soberana, con el evidente propósito inconfesable de abolir disposiciones como las del artículo 40, que impiden la entrega al capitalismo internacional de los servicios públicos y las riquezas naturales del país, juntamente con otras también fundamentales como las que sancionan los derechos del trabajador y las que estatuyen la función social de la economía y la riqueza”.

“Por un acto arbitrario y despótico se reimplanta una Carta Fundamental ya superada por la realidad política, económica y social de la República, al amparo de cuya imprevisión y laxitud fue posible en otras épocas la entrega del país a las fuerzas internacionales del capitalismo y el sometimiento, el hambre y la humillación de nuestro pueblo”.

“Y para hacer más evidente la burla a la ciudadanía y la prepotencia de la arbitrariedad, ni siquiera se la reimplanta en todo su vigor como norma de convivencia o valla del poder, sino ‘en tanto y en cuanto no se oponga a los fines de la Revolución’, vale decir, en cuanto no se oponga a la voluntad omnímoda e incontrolada del gobierno. Jamás, en toda la historia, gobierno alguno ha tenido el descaro de hacer semejante profesión de tiranía y despotismo”.

El Manifiesto denuncia políticas adoptadas por la “Libertadora”, tanto en el plano económico, social, como el referente a las Fuerzas Armadas:

En lo económico

“Se han tomado medidas tendientes a quebrantar la industria nacional, depreciar la moneda, crear el desaliento en la inversión de capitales útiles, elevar los precios acentuando el desequilibrio entre éstos y los salarios, provocar sectores importantes de desocupación, que llevarán por hambre a los obreros a someterse a la voluntad del capitalismo”.

“Todo ello unido al desprestigio internacional de nuestra economía por el propio gobierno, a la acelerada contratación de empréstitos extranjeros y a la adopción de determinados compromisos anteriores, constituyen etapas de un plan destinado a retrotraer al país al más crudo coloniaje, mediante la entrega al capitalismo internacional de los resortes fundamentales de su economía”.

En lo social

“Se han desconocido legítimas conquistas de los trabajadores, se ha destruido la organización sindical -base indispensable de la paz social y del progreso del país-, mediante la intervención a la Central Obrera y a todos los sindicatos.

“Se ha perseguido, encarcelado y confinado a miles de trabajadores, y se los ha privado arbitrariamente del derecho elemental de intervenir activamente en la vida de las organizaciones a que pertenecen”.

“En síntesis, desde el propio gobierno se ha realizado una acción sistemática tendiente a destruir la organización sindical y anarquizar a los trabajadores, acción que persigue la finalidad inconfesable de debilitar el frente social para posibilitar el camino del sometimiento del pueblo, y con él, del sometimiento de toda la Nación”

En las Fuerzas Armadas

“Se ha tratado en toda forma de minar su unidad y su armonía y se han desquiciado sus cuadros con baja o retiro obligatorio de centenares de jefes, oficiales y suboficiales que honraban a la institución por sus virtudes morales y su capacidad profesional”.

“Al mismo tiempo se ha obligado a muchos oficiales al desempeño de funciones civiles incompatibles con su estado militar, creándose hacia la institución un lógico resentimiento y desconfianza del pueblo, difícil de superar, y que es la semilla más criminal que podía haberse sembrado para dividir y anarquizar a la Nación”.

“Esto es, en lo fundamental, el panorama trágico de las horas difíciles que vive la República. La proliferación de conflictos sindicales, los actos diarios de sabotaje en todo el territorio del país y el continuo descubrimiento en toda la República de planes subversivos o actos de insurrección, denunciados por el propio gobierno, no son (como él pretende, para encubrir su responsabilidad y engañar a la opinión) fruto de la acción aislada de personas perturbadoras, sino síntoma del clima de opresión y subversión en que vive la República y expresión evidente del espíritu indomable y de la decisión del pueblo de reconquistar su libertad”.

“Tan grave estado de cosas impulsa nuestra determinación y nos decide a recoger el clamor unánime del pueblo, antes de que la República desemboque en una lucha fratricida que terminará por destruirla”.

“Este Movimiento de Recuperación Nacional, se lanza a la acción revolucionaria con objetivos claros y un programa concreto para restablecer la soberanía y la justicia social y devolver al pueblo el pleno goce de su libertad y sus derechos”.

A continuación, la Proclama al Pueblo de la Nación expresaba el *programa* que sostenía el Movimiento de Recuperación Nacional:

En lo político

“Restablecer el Estado de derecho mediante la vigencia plena de la Constitución Nacional y el imperio de la justicia en un ambiente de real libertad y pura democracia”.

“Consolidar la soberanía popular mediante la realización de elecciones generales en todo el país en un plazo no mayor de 180 días, con plenas garantías para todos los partidos políticos en el proceso electoral y preelectoral, incluida la utilización con iguales derechos de todos los medios de expresión y difusión”.

“Prescindencia absoluta del gobierno en materia electoral y fiscalización de los comicios por las Fuerzas Armadas”.

“Libertad efectiva y absoluta de prensa para todos los sectores de la opinión”.

“Amnistía general y derogación de todos los decretos y medidas discriminatorias dictados por razones ideológicas o políticas”.

“Libertad de todos los presos políticos y sometimiento a la justicia competente de los que hubiesen cometido delitos comunes”.

“Reincorporación de los empleados y obreros eliminados arbitrariamente por razones ideológicas o políticas”.

“Levantamiento de las interdicciones a personas y empresas e intervención de la justicia en los casos de violación de las leyes en vigor”.

“Rehabilitación de los partidos políticos privados de personería y plena libertad para la formación de nuevas fuerzas, dentro de las normas establecidas por la legislación vigente”.

En lo económico

“Revisión de las medidas de carácter económico y financiero que pudieran lesionar los intereses nacionales”.

“Revisión de las medidas económicas y financieras que afectan seriamente el desarrollo de las actividades productiva”.

“Restablecimiento de la plena ocupación y adopción de medidas para contener el alza del costo de la vida”.

En lo social

“Devolución del gobierno de los sindicatos a los trabajadores y elección por los mismos de las autoridades de la Central Obrera en un plazo de 45 días”.

“Libertad inmediata a todos los dirigentes y obreros detenidos por razones políticas o gremiales”.

“Renovación de los convenios de trabajo, de común acuerdo entre los trabajadores y empresarios, mediante los procedimientos determinados por la legislación vigente al 20 de setiembre de 1955”.

“Derogación de los decretos y medidas discriminatorias que impiden a miles de obreros su participación en la vida de los organismos gremiales”.

En las Fuerzas Armadas

“Reestructuración de las mismas con vistas a las necesidades de la defensa nacional”.

“Reincorporación de jefes, oficiales y suboficiales que poseyendo valores profesionales y morales hayan sido dados de baja o retirados por razones políticas o ideológicas”.

“Mantenimiento de los actuales cuadros con la única excepción que determinen los tribunales y organismos competentes que establece la ley”.

En el orden internacional

“Respeto y cumplimiento de todos los convenios, pactos y compromisos internacionales concertados por el país dentro de las normas constitucionales y legales”.

“Suspensión de la ejecución de aquellos compromisos contraídos en violación de tales normas, a fin de que oportunamente sean considerados por las autoridades legalmente constituidas por los órganos y procedimientos que estatuye la Constitución Nacional”.

Finalmente, la “Proclama Revolucionaria” del Movimiento de Recuperación Nacional concluye con este compromiso:

“Sosteniendo tales principios y comprometiendo ante el pueblo de la República el fiel y estricto cumplimiento de los objetivos señalados, el Movimiento de Recuperación Nacional toma las armas, en defensa de la patria, decidido a pacificar la Nación por el camino de la verdadera libertad, en el respeto de la Constitución y la ley”.

“No hacemos cuestión de banderías porque luchamos por la patria que es de todos. No nos mueve el interés de ningún hombre ni de ningún partido”.

“Por ello, sin odios ni rencores, sin deseos de venganza ni discriminaciones entre hermanos, llamamos a la lucha a todos los argentinos que con limpieza de conducta y pureza de intenciones, por encima de las diferencias circunstanciales de grupos o partidos, quieren y defienden lo que no puede dejar de querer y defender un argentino: la felicidad del pueblo y la grandeza de la

Patria, en una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”. **¡Viva la patria!** Buenos Aires, 9 de junio de 1956³³.

5. CON LA “LIBERTADORA”, SEUDOCONSTITUCIONALISMO Y PENA DE MUERTE

Como se observa, la vigencia de la Constitución Nacional de 1949 fue punto relevante del “Movimiento de Recuperación Nacional” y la proclama del levantamiento del 9 de junio de 1956 así lo sostiene. Falto de preparación y organización, el levantamiento se produjo entre las 22 horas y la medianoche del 9 de junio, fue dominado en pocas horas y se produjeron cerca de mil arrestos. Es que Aramburu y Rojas -como vimos-, tuvieron información sobre la conspiración y se ha creído con razón que decidieron no abortarla para “dar un escarmiento”, y la noche anterior apresaron a cientos de dirigentes gremiales para restar apoyo social al movimiento³⁴. En el momento en que se proponían emitir un comunicado a través de una radio clandestina en Avellaneda, los insurrectos peronistas fueron detenidos, al tiempo que se reprimían otros focos en Campo de Mayo, en el Regimiento II de Palermo, en la Escuela de Mecánica de la Armada, y en el Regimiento de La Plata. Un grupo de civiles operó en Florida y otros en Santa Fe, Rosario, Rafaela y Viedma. Excepto en La Pampa, la mayoría de los jefes de la sublevación fueron apresados. El almirante Rojas reconoce que la marina ya estaba en antecedentes de lo que iba a ocurrir y alertada. “Inmediatamente advertí - dice- que la oportunidad era magnífica para dar un severo escarmiento al peronismo, ahora subversivo”³⁵.

³³ Ver, http://www.lanuevahuella.com.ar/documentos/Valle_proclama.htm; también en Horacio Verbitsky, *“Medio siglo de proclamas militares”*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2006, págs. 74 y 81.

³⁴ Conf., Araceli Bellotta, “Fusilamientos de 1956: la vigencia de una proclama”, 8 de junio de 2017. <http://nacionalypopular.com/2017/06/08/impresiona-la-vigencia-de-la-proclama-de-1956/>

³⁵ *“Memorias del almirante Isaac F. Rojas, conversaciones con Jorge González Crespo”*, Planeta, Buenos Aires, 1993, págs. 352 y sgtes.



**Acto en Plaza Congreso después de la
Jura de la Constitución Nacional de 1949**

Vamos a transcribir unas expresiones que son de por sí suficientemente explicativas de la situación que se vivía en ese momento, y como eran las vías institucionales por las que se tomaban decisiones determinantes para la vida del país y de sus habitantes:

“Llegamos al Ministerio de Marina y allí me estaban esperando Robbio y Manrique. Paco Manrique me dijo: ‘Señor, es necesario poner en marcha todos los instrumentos legales para sofocar una contrarrevolución’. Le contesté que sí y me dijo entonces: ‘Señor, acompáñeme a la Casa de Gobierno, donde yo tengo la llave del cofre en donde están depositados esos documentos’. Se los había encomendado el general Aramburu personalmente. Nos trasladamos, abrió el cofre y sacó tres decretos: el del estado de sitio, el decreto de la ley marcial y el decreto de cómo debían proceder los tribunales que se tuvieran que formar. Le dije: ‘Bueno, Manrique, yo me encargaré de todo esto en la Marina’, y él me contestó: ‘Yo me encargaré de la Fuerza Aérea y del Ejército’. Volví al Ministerio de Marina, me trasladé al último piso, donde está la central de comunicaciones, y me puse en comunicación con el general Aramburu, que venía en un barco de la carrera, desde Santa Fe. Le di orden al comandante del “Drummont”, que venía haciendo su escolta, que lo hiciese trasladar a su bordo -era el barco insignia de la Flota de Ríos- para evitar cualquier maniobra que significase el secuestro del general Aramburu. Así se hizo y Aramburu me dijo entonces, por

radio: ‘Rojas, ponga en marcha... la ley marcial y los demás decretos ya firmados.’ ‘Señor Presidente, le respondí, ‘quédese tranquilo que ya está todo hecho y controlado’”³⁶.

La invocada “Ley Marcial” no fue anunciada por ningún medio antes de las 24 horas del 9 de junio, por lo cual no correspondía que fuera aplicada a quienes se hubiere detenido antes de su difusión. La pretendida “legalidad” de la autodenominada “Revolución Libertadora”, extraía decretos de un “cofre”, cuyas llaves tenía un capitán de navío, y que según dice estarían “firmados”, con los que se daban instrucciones sobre “cómo debían proceder los tribunales que se tuvieran que formar” para aplicar la ley marcial que se pondría “en marcha”, sin haberse dado ninguna publicidad de ello y que fue aplicada posteriormente a hechos ocurridos con anterioridad. Todo un ejemplo de la falta de respeto al debido proceso legal y de pulcritud en la sanción y publicidad de las normas que han de regir conductas en un estado de derecho. El señor almirante parece que no tenía conocimiento de ello, o lo marginó por completo. Pero, además sus dichos se agravan con su propio relato posterior, pues a continuación señala que “reunida la Junta Militar con el general Aramburu, que llegó al día siguiente procedente de Santa Fe y embarcado en el Drumont, todos firmamos el decreto refrendando, entonces aquellos fusilamientos” (sic)³⁷.



³⁶ “Memorias del almirante Isaac F. Rojas, conversaciones con Jorge González Crespo”, Planeta, Buenos Aires, 1993, págs.325/326.

³⁷ “Memorias del almirante Isaac F. Rojas, conversaciones con Jorge González Crespo”, Planeta, Buenos Aires, 1993, pág. 328.

En realidad estas *reglas estatales defacto* se inician con el Decreto 10.362/56 de “Ley Marcial”, que fue continuado por el Decreto 10.363/56, de pena de muerte y el 10.364 de personas a fusilar. Los Decretos eran correlativos y así se publicaron en el Boletín Oficial, aunque no debe dejarse de tener en cuenta que ello *fue con posterioridad a los hechos* por los que se aplicaron. Que duda puede haber que se aplicó la “ley” con retroactividad y del arbitrario e irregular proceder con el cual se fusiló a civiles y militares, cuyo único “delito” fue querer restablecer el orden constitucional violado; como asimismo, la legalidad y legitimidad que la mayoría del pueblo argentino había apoyado en reiteradas oportunidades.

No se debe dejar de tener presente que el gobierno defacto reaccionó en forma brutal, reprimió al movimiento encabezado por el general Valle con desusada energía y no vaciló en aplicar la pena de muerte a los principales miembros. No pueden haber dudas sobre que la invocada Ley Marcial fue un “decreto” que “a posteriori” firmaron Aramburu y Rojas, junto a los ministros de Ejército, Arturo Ossorio Arana; de Marina Teodoro Hartung; de Aeronáutica, Julio César Krause y de Justicia, Laureano Landaburu, en base al cual se aplicó un procedimiento sumario a los líderes rebeldes y a simples sospechosos, condenándolos al fusilamiento. Es decir, la “ley marcial” se aplicó a los sublevados retroactivamente, violando el principio legal de la irretroactividad de la ley penal. Horas después firmaron el decreto 10.363 en base al cual se ordenó fusilar a quienes violen la ley marcial.

De este modo, la pena de muerte volvía al escenario político argentino después de mucho tiempo³⁸, que fuera publicado en el Boletín Oficial el 14 de junio de 1956, por lo que cabe transcribir sus términos para que se conozca con precisión cómo se violaron derechos y la situación que se padecía en dicho tiempo:

“Considerando: Que la sanción del decreto-ley declarando la vigencia de la ley marcial en todo el territorio de la Nación, constituye una medida cuya aplicación debe ser reglamentada para conocimiento de la población.

³⁸ Decreto ley N° 10.363, de fecha el 9 de junio 1956. Reglamentación ley marcial (publicado en el Boletín Oficial, el 14 de junio de 1956)

Por ello, el Presidente provisional de la Nación Argentina en ejercicio del Poder Legislativo, decreta con fuerza de ley:

Artículo 1º. - Durante la vigencia de la ley marcial serán de aplicación las disposiciones de la ley 13.234, de Organización general de la Nación en tiempo de guerra.

Artículo 2º. - Todo oficial de las fuerzas armadas en actividad y cumpliendo actos de servicios, podrá ordenar juicio sumarísimo con atribuciones para aplicar o no pena de muerte por fusilamiento, a todo perturbador de la tranquilidad pública.

Artículo 3º. - A los fines de interpretación del art. 2º se considerará como perturbador a toda persona que: porte armas, desobedezca órdenes policiales o demuestre actitudes sospechosas de cualquier naturaleza.

Artículo 4º. - El presente decreto-ley será refrendado por el vicepresidente provisional de la Nación y los señores ministros secretarios de Estado en los departamentos de Aeronáutica, Ejército, Marina e Interior.

Artículo 5º. - Comuníquese, etc. - Aramburu - Rojas - Landaburu - Ossorio Arana - Hartung - Krause”.

Si el día 9 de junio Aramburu se encontraba en Santa Fe, cómo hizo para suscribirlo conjuntamente con el vicepresidente *de facto* y sus ministros, si recién regresó el 10 al medio día. Lo cual deja la ilevantable sospecha de que dicho decreto fue antedatado, y fue publicado con posterioridad a que ocurrieran los hechos a los que se lo aplicó.

Como bien expresa Daniel Brión, se debe tener presente también que ninguno de los ejecutores e ideólogos de las muertes fue juzgado ni castigado con el posterior retorno de la democracia. Simplemente fueron beneficiados por amnistías dictadas oportunamente por ellos mismos, o sencillamente jamás resultó posible que se sometiera a juicio a ninguno de los implicados en estos actos de terrorismo de estado³⁹.

³⁹ Conf., Brión, Daniel, “*El presidente duerme. Fusilados en junio de 1956, la generación de una causa*”, Ediciones Fabro, Buenos Aires, 2010.

6. LA REPRESIÓN Y FUSILAMIENTOS

Quienes tuvieron alguna participación en el Movimiento de Recuperación Nacional, como también cuantos justicialistas resistían a la dictadura, llenaron las cárceles del país, incluso fue rehabilitada la de Tierra del Fuego, como también cuarteles, comisarías y hasta escuelas, barcos y el propio Congreso Nacional. Este último fue usado como centro de torturas por los Comandos Civiles⁴⁰. “La dura represión ahondó y transformó en drama la división política entre peronistas y antiperonistas”⁴¹. Se ejecutó a treinta y dos civiles y militares, entre ellos al general Valle, único militar argentino a quien se aplicó la pena máxima por rebelión armada. Fue fusilado el 12 de junio, en un paredón de la que fuera la cárcel de la Av. Las Heras, en la ciudad de Buenos Aires.



General Juan José Valle

Los fusilamientos fueron decididos por el gobierno *de facto*, y en la madrugada del 10 de junio entre las 2 y las 4, se asesina a los detenidos en Lanús. Horas más tarde, en los basurales de José León Suárez, la policía bonaerense le ordena al jefe de la Regional San Martín, comisario Rodolfo Rodríguez Moreno, que fusile a 12 civiles, de los cuales siete logran huir pero cinco mueren. Uno de los sobrevivientes, Juan Carlos Livraga, será el “fusilado que vive” que permitirá a Rodolfo Walsh reconstruir la historia. En la Escuela de Mecánica del Ejército, el general Ricardo Arandía consulta telefónicamente sobre los detenidos a Aramburu -que había regresado desde Santa Fe el 10 al mediodía-. En Campo de Mayo, en tanto, el general Juan Carlos Lorio preside un

⁴⁰ Conf., Enrique Oliva, “Hace más de medio siglo ¿La resistencia peronista de 1955 existió?”.

⁴¹ Mario Rapoport y colaboradores, “Historia económica, política y social de la Argentina (1880-2000)”, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 2000, pág. 500.

tribunal que realiza un juicio sumarísimo. Concluye que los sublevados no deben ser fusilados. Pero Aramburu ratifica su decisión. Lorio pide que se deje por escrito. Aramburu y su gobierno, entonces, firman el decreto 10.364 que detalla la lista de once militares que deben ser fusilados. Este es el documento que queda oficialmente inscrito en la historia. No existen registros de esos juicios sumarios⁴². De esa manera fueron fusilados numerosos civiles, soldados, suboficiales y oficiales.

Fue el 12 de junio de 1956 cuando el general Valle decidió entregarse a cambio que se detuviera la represión a su movimiento y que se le respetara la vida. El capitán de navío Francisco Manrique, enviado de Rojas, es el encargado de ir a buscarlo. A las 14 horas de ese día, Valle ingresa al Regimiento I de Palermo, acompañado de su amigo Adolfo Gabrielli y por Manrique. Allí es interrogado y juzgado por un tribunal presidido también por el general Lorio. Según Rojas, todos los miembros de la Junta Militar, “todos, incluidos Aramburu, Ossorio Arana, Hartung, Krause -que estaba enfrente-, me apoyaron enérgicamente. Dijeron: ‘El general Valle debe ser fusilado’”⁴³.

Debemos recordar entonces los conceptos que en un acto realizado en Campo de Mayo en el año 2006, en el que se homenajeó a los fusilados en junio de 1956, el jefe del Ejército general Roberto Bendini sostuvo que “hace 50 años, en La Plata, Lanús, José León Suárez, la Escuela de Mecánica del Ejército, la Penitenciaría Nacional, y en este preciso lugar, 32 argentinos murieron por protagonizar un movimiento contra quienes habían depuesto al gobierno constitucional”. Agregó que “éste es otro paso para resolver el legado de un pasado que no nos representa,



⁴² Conf., María Seoane, “Últimos secretos de los fusilamientos de 1956”, Informe Especial, “Clarín”, 4 de junio de 2006.

⁴³ “Memorias del almirante Isaac F. Rojas, conversaciones con Jorge González Crespo”, Planeta, Buenos Aires, 1993, pág. 328.

apelando a la verdad, la justicia y la reparación histórica”, y después destacó la “intención de recordar y tomar como ejemplo a hombres que defendieron un ideal pagando con su vida”, y consideró que “la verdad, la justicia y la reparación histórica” constituyen el “camino de reencuentro de todos los argentinos”⁴⁴.

7. “NINGÚN DERECHO, NI NATURAL NI DIVINO, JUSTIFICARÁN JAMÁS TANTAS EJECUCIONES”

Como vimos el General Juan José Valle fue fusilado en la Penitenciaría Nacional a las 22,20 horas del 12 de junio de 1956, por un pelotón cuyos nombres fueron guardados como secreto de Estado. Minutos antes que suenen los fusiles, el General Valle toma la estilográfica y le escribe a su ex amigo y presidente *de facto* de ese momento:

“Dentro de pocas horas usted tendrá la satisfacción de haberme asesinado.

Debo a mi Patria la declaración fidedigna de los acontecimientos. Declaro que un grupo de marinos y de militares, movidos por ustedes mismos, son los únicos responsables de lo acaecido.

Para liquidar opositores les pareció digno inducirnos al levantamiento y sacrificarnos luego fríamente. Nos faltó astucia o perversidad para adivinar la treta.

Así se explica que nos esperaran en los cuarteles, apuntándonos con las ametralladoras, que avanzaran los tanques de ustedes aun antes de estallar el movimiento, que capitanearan tropas de represión algunos oficiales comprometidos en nuestra revolución. Con fusilarme a mí bastaba. Pero no, han querido ustedes, escarmentar al pueblo, cobrarse la impopularidad confesada por el mismo Rojas, vengarse de los sabotajes, cubrir el fracaso de las investigaciones, desvirtuadas al día siguiente en solicitadas de los diarios, desahogar una vez más su odio al pueblo. De aquí esta inconcebible y monstruosa ola de asesinatos.

Entre mi suerte y la de ustedes me quedo con la mía. Mi esposa y mi hija, a través de sus lágrimas verán en mí un idealista sacrificado por la causa del pueblo. Las mujeres de ustedes, hasta ellas, verán

⁴⁴ “Página/12”, 11 de junio de 2006.

asomárseles por los ojos sus almas de asesinos. Y si les sonrén y los besan será para disimular el terror que les causan. Aunque vivan cien años sus víctimas les seguirán a cualquier rincón del mundo donde pretendan esconderse. Vivirán ustedes, sus mujeres y sus hijos, bajo el terror constante de ser asesinados.

Porque ningún derecho, ni natural ni divino, justificarán jamás tantas ejecuciones.

La palabra 'monstruos' brota incontinida de cada argentino a cada paso que da. Conservo toda mi serenidad ante la muerte. Nuestro fracaso material es un gran triunfo moral. Nuestro levantamiento es una expresión más de la indignación incontenible de la inmensa mayoría del pueblo argentino esclavizado. Dirán de nuestro movimiento que era totalitario o comunista y que programábamos matanzas en masa. Mienten. Nuestra proclama radical comenzó por exigir respeto a las Instituciones y templos y personas. En las guarniciones tomadas no sacrificamos un solo hombre de ustedes. Y hubiéramos procedido con todo rigor contra quien atentara contra la vida de Rojas, de Bengoa, de quien fuera. Porque no tenemos alma de verdugos. Sólo buscábamos la justicia y la libertad del 95 % de los argentinos, amordazados, sin prensa, sin partido político, sin garantías constitucionales, sin derecho obrero, sin nada. No defendemos la causa de ningún hombre ni de ningún partido.

Es asombroso que ustedes, los más beneficiados por el régimen depuesto, y sus más fervorosos aduladores, hagan gala ahora de una crueldad como no hay memoria. Nosotros defendemos al pueblo, al que ustedes le están imponiendo el libertinaje de una minoría oligárquica, en pugna con la verdadera libertad de la mayoría, y un liberalismo rancio y laico en contra de las tradiciones de nuestro país. Todo el mundo sabe que la crueldad en los castigos la dicta el odio, sólo el odio de clases o el miedo. Como tienen ustedes los días contados, para librarse del propio terror, siembran terror.

Pero inútilmente. Por este método sólo han logrado hacerse aborrecer aquí y en el extranjero. Pero no taparán con mentiras la dramática realidad argentina por más que tengan toda la prensa del país alineada al servicio de ustedes.

Como cristiano me presento ante Dios que murió ajusticiado, perdonando a mis asesinos, y como argentino, derramo mi sangre por

la causa del pueblo humilde, por la justicia y la libertad de todos no sólo de minorías privilegiadas.

Espero que el pueblo conocerá un día esta carta y la proclama revolucionaria en las que quedan nuestros ideales en forma inter-giversable.

Así nadie podrá ser embaucado por el cúmulo de mentiras contradictorias y ridículas con que el gobierno trata de cohonestar esta ola de matanzas y lavarse las manos sucias en sangre. Ruego a Dios que mi sangre sirva para unir a los argentinos. Viva la patria”.

Juan José Valle. Buenos Aires, 12 de junio⁴⁵.

En esos momentos la esposa de Valle imploraba clemencia apelando al viejo amigo, ahora presidente. Fueron compañeros de banco hasta el grado de subteniente, sus familias veraneaban juntas en Mar del Plata y hasta fueron socios, con otros generales, en una empresa de construcción. La respuesta fue: “El Presidente duerme”⁴⁶. El levantamiento y la represión sangrienta a sus participantes fueron silenciados. Cuando se conoció “la medida causó estupor en muchos sectores y contribuyó a ensanchar el abismo que separaba a los derrotados de los vencedores, consolidándose una situación política y social que engendraría graves problemas para el país”⁴⁷.

Los procedimientos usados por la “Revolución Libertadora”, comandada por el general Pedro Eugenio Aramburu y el almirante Isaac Rojas, “fueron un anticipo, aún excepcional pero premonitorio, de los métodos represivos clandestinos que amplificaría hasta la tragedia el estado terrorista nacido en marzo de 1976”⁴⁸.

⁴⁵ Conf., Hugo Presman, “*El Presidente duerme*”, publicado digitalmente: 9 de junio de 2006.

⁴⁶ Brion, Daniel, “El Presidente duerme. Fusilados en junio de 1956, la generación de una causa, Edición Especial Bicentenario, Buenos Aires, 2010, *id.*, Roberto Bardini, “*El presidente duerme*”, nota publicada en Argenpress.

⁴⁷ José Luis Romero, “*Breve historia de la Argentina*”, Eudeba, Buenos Aires, 1965, pág. 92.

⁴⁸ María Seoane, “*Últimos secretos de los fusilamientos de 1956*”, Informe Especial, “Clarín”, 4 de junio de 2006.

8. LAS ENSEÑANZAS DE LA HISTORIA PARA LOS TIEMPOS DESPUÉS DEL COVID-19

Distintos períodos de lucha, esperanzas y fracasos han transcurrido, pero se puede observar la vigencia que mantienen conceptos de la Proclama del “Movimiento de Recuperación Nacional”, en cuanto al plano económico y los objetivos que impulsan la necesidad de un programa concreto para restablecer la soberanía y la justicia social, y de tal modo alcanzar “la felicidad del pueblo y la grandeza de la Patria, en una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”.



**Aramburu y Rojas reciben el texto
de la Constitución reformada en 1957**

Si no se lo piensa así, le recomiendo al lector que dé una nueva lectura a la Proclama, ya que para ello le dimos la extensión que se observa en el texto. Tan diferente a los documentos de los posteriores gobiernos *de facto* que se produjeron en el país, y se expresaron con sus “Actas”, “Fines” y “Objetivos”. Casi podremos decir que los problemas que especialmente en el plano económico denuncia la Proclama de 1956, se han agravado aún más en nuestro tiempo contemporáneo. Al observarlo encontraremos que muchos de ellos son objetivos a cumplir.

Como todo tiempo histórico, su evolución está condicionada a las circunstancias socio-políticas, a cuál es el resultado de la lucha de los sectores sociales por lograr su prevalencia, sus objetivos y los

medios o instrumentos que proponen para lograrlo. Esta época de la República Argentina que hemos descrito, es uno de los picos máximos de confrontamiento, pero a su vez, ocasiona el inicio o continuidad de otras etapas, que con sus características y momentos reflejan similar problemática. Y nos llevan al día de hoy, y avizoran tiempos por venir.

Por tanto, han pasado más de 60 años de la etapa que describe este texto, con diversos gobiernos surgidos de procesos electorales o durante períodos *de facto*, en 1994 se ha sancionado la última reforma al texto de la Constitución histórica, pero grandes sectores del país siguen padeciendo la falta de goce efectivo de derechos humanos básicos, y el país se encuentran con un grave endeudamiento exterior, con pérdida de soberanía en sus distintos aspectos, y con un desarrollo económico dependiente y deformado. Por cierto, agravado todo ello por el Covid-19.

Por lo que se hace más necesario aún profundizar el debate socio-político, e ingresar en una nueva etapa del país, en esta particular situación que transcurre en el mundo. Será una enorme responsabilidad del “Frente de Todos” que inició su gestión en diciembre de 2019, no sólo al enfrentar la problemática coyuntural, sino que asimismo para afrontar los graves problemas estructurales que nos afectan como nación. El primer paso se logró, al concluir con el gobierno de Macri y sus políticas proclives al neoliberalismo, la financiarización de la economía, la fuga de capitales y el endeudamiento exterior. Ahora viene lo más difícil. Y no sólo por las consecuencias que dejará el Covid-19.

La colonización cultural, la estratificación política y un debate que no ingresa a los problemas esenciales, y que a su vez no promueve la participación protagónica de las grandes mayorías populares, es una enorme valla que impide actuar con éxito frente a los grupos concentrados de poder económico-financieros, y los mediáticos, con sus *fakes news* y periodistas complacientes. La planificación estratégica no puede ser obviada, tanto a nivel federal, como de las provincias y de sus municipios⁴⁹. Es imprescindible diseñar con tal finalidad un programa de desarrollo económico para impulsar las condiciones de producción y distribución de la riqueza en el país, que impiden los actores negativos

⁴⁹ Véase, Aníbal Jesús Stella, “Aportes desde La Matanza al Modelo Argentino”, Buenos Aires, junio de 2019.

de una estructura dependiente. Con ello se han de lograr los más altos niveles sociales. Que duda puede haber que es de suma necesidad para la solución de esta problemática en nuestro tiempo contemporáneo.

Se señaló bien, que se creó un consenso mayoritario en la historiográfica y sociología, sobre una lectura de la Argentina reciente que tiende a colocar al peronismo en el lugar de la barbarie, los excesos, lo no institucional, el exabrupto y lo violento. Y pone a sus adversarios en el polo antitético: defensa de lo institucional y la racionalidad, de la pacificación y el respeto de la ley. Sin embargo, la oposición, los partidos que la integraban, fue aún más salvaje. El revanchismo antiperonista,



1976. Videla, Massera y Agosti

desde las bombas del 15 de abril del '53, los bombardeos a civiles en Plaza de Mayo en junio del '55, la violencia, la humillación y la represión ejercida posteriormente fueron más alevosas, inconstitucionales y antidemocráticas que los hechos adjudicados al

peronismo. De lo cual el cruel golpe de Estado cívico-militar del 24 de marzo de 1976 alcanzó el pico más nefasto. Se entiende, entonces, que la vocación institucional de esas fuerzas opuestas al peronismo es una construcción cultural, es expresión de una visión hegemónica dentro de los intelectuales y las capas medias que tomaron como propio el discurso de los grupos de poder. La misma historia lo revela. “Los fusilamientos constituyen un hito en esa historia. El peronismo no había fusilado a nadie”⁵⁰. Ni tampoco intervino en ningún golpe contra un gobierno constitucional.

Sabido es que no hay una política de fines nacionales sin un conocimiento cierto del pasado. La falsificación ha perseguido precisamente esta finalidad: que a través de la desfiguración del pasado los argentinos carezcamos de la técnica, la aptitud para concebir y realizar

⁵⁰ Luis Bruschtein, “*El pasado que rebota al presente*”, en “*A 50 años de los fusilamientos de junio del '56. Memoria de la Operación Masacre*”, Suplemento Especial de “Página/12”, 10 de junio de 2006.

una política nacional. Conocimiento de la realidad que es imprescindible a un planteo del futuro. La denominada “Constitución Nacional de 1949” sufrió en las cátedras universitarias, en el debate político y por cierto en los tribunales tanto el ocultamiento, como la falsificación de sus fines y de los medios de política económica constitucional que institucionalizó para lograr sus altos objetivos. Y aún se ocultan sus principios básicos. Toda esa política de ocultar, esconder, encubrir y proscribir, fue con el objetivo de impedir que sus principios básicos tengan presencia clara en el conocimiento del Pueblo, y que de tal modo, fueran una bandera de lucha por un país mejor y más justo.

Los sucesos políticos que se produjeron posteriormente al quiebre de la legalidad constitucional por el golpe de Estado de 1955, como los que sobrevinieron después y su última expresión, la dictadura cívico-militar de 1976 con la *supraconstitucionalidad de facto* y el plan económico “*neoliberal*” que ésta aplicó desde el 2 de abril de ese año, dejan en evidencia cómo la Constitución “*real*” hace crujir a la Constitución “*escrita o jurídico-formal*”, y ante la falta de un consenso mayoritario de las fuerzas populares ocasionó que gobiernos electos posteriormente no pudieron o lograron tomar las medidas heroicas que el país necesitaba para entrar en una nueva etapa de desarrollo económico y social.

Por ello, es necesario remarcar que el quiebre del orden constitucional por el Bando Militar del 27 de abril de 1956 y los sucesivos períodos *de facto* derivaron en la continuidad de gobiernos constitucionales sujetos a los poderes que predominaron en la Constitución *real*, que mantuvieron su oculto imperio con espurios malabarismos jurídicos esgrimidos por constitucionalistas, el apoyo de los sectores de poder económico-financiero hegemónico y de la prensa proclive a sostener sus intereses; también con la engañosa apoyatura de un Poder Judicial que diseñó una doctrina para la ocasión con afirmaciones jurídicas insólitas.

En las reformas constitucionales que se realizaron en nuestro país -ya sea *de jure* o *de facto*-, tanto en 1957, 1972 y aún en 1994, la parte de la dogmática constitucional de 1853 permaneció inalterable, y de esa forma se convierte en instrumento apto para posibilitar lo que Jauretche llamaba “el dirigismo de ellos”. Con el criterio adoptado para reformar la Constitución producto del “Pacto de Olivos”, en realidad se posibilita mantener las políticas “neoliberales” que se instalaron en el

país, y que trajeron los conocidos resultados que el pueblo argentino sufrió. De tal manera en la última reforma dicha dogmática prevalece sobre el resto del articulado y quedó abierta la senda para posibilitar una interpretación *estática* que sostenga los “medios” de política económica constitucional establecidos por el constituyente liberal a mediados del siglo XIX, actualmente recolectados y “*aggiornados*” en la “*versión neoliberal*”.



Presidente Raúl Alfonsín

Lo cual coadyuva a la permanencia de los medios e instrumentos de política económica del siglo XIX, y a la restauración de políticas “neoliberales”. Así es que ellas se continuaron ejecutando en el marco de la reforma parcial y circunscripta de la Constitución de 1994, con lo que se hizo efectiva la finalidad de asegurar su aplicación y se facilitaron a los dominantes factores de poder que predominan en el marco de la Constitución “*real*” los instrumentos al más alto rango normativo para una exégesis acorde a su conveniencia, y así contribuyeron a su aplicación en perjuicio de los intereses del país y de su pueblo. Las normas que integran la primera parte de la Constitución sancionadas por el constituyente del siglo XIX, se transforman en escollo para una hermenéutica en armonía con otras que se sancionaron en 1994, entre las cuales mencionamos a las atribuciones del Congreso Nacional en el art. 75 de la Constitución Nacional, y en cuya redacción se puede observar un tenue diseño en favor del progreso social.

Por cierto, con la reforma constitucional de 1994 no se han resuelto las cuestiones nacionales más apremiantes, pues las características del proceso político que llevaron a su sanción impidieron que el pueblo tuviera participación, y de esa forma se perdió la oportunidad de recurrir al único medio que habría permitido hacer tambalear a la Constitución “*real*” que condicionaba la reforma. Desde su inicio fue impulsada por un acuerdo de “*cúpulas*” en donde el pueblo estuvo ausente, y después también se mantuvo al margen de ella; por tanto, tampoco la conoce. Lo cual no fue el marco adecuado para *legitimar e impulsar* una nueva etapa en la vida constitucional de la Nación. Casi significó un camino para sancionar o reformar la constitución similar al del siglo XIX. Precisamente, con ello el “neoliberalismo” que se comenzó a ejecutar por el gobierno que asumió el 10 de diciembre de 2015, encontró en dicha estructura normativa la vía para interpretarla acorde a los intereses de los grupos del poder económico-financiero concentrado, marginar la función del Estado, facilitar la fuga de capitales y llevar al enorme endeudamiento público exterior que se le pretende imponer al país.

Las crisis socioeconómicas que se produjeron en nuestro país a fines del siglo XX -cabe insistir- son claro exponente de dicho tiempo, y la Constitución sólo fue un endeble cerco superado por las circunstancias. Después de transcurrido más de un cuarto de siglo de su sanción puede afirmarse que tampoco pudo cumplir objetivos que plantearon sus sostenedores como justificación de la misma, en cuanto a los temas que propusieron e incorporaron para la parte orgánica. Por lo cual, ese texto *cruje* ante los esfuerzos de quienes impulsan lograr un país justo, soberano y digno, y la oposición de quienes otorgan prevalencia a sus interés y el mantenimiento del *statu quo*.

El marco político e ideológico del discurso único del modelo neoliberal y del mercado como panacea es la expresión del poder concentrado ejercido por los sectores dominantes, y el egoísmo e individualismo fueron incorporados como pautas de conducta, llevando a la pérdida de la solidaridad social. Entonces, asistimos a un duro debate en el que confrontan las dos corrientes que en distintos tiempos y de diferentes formas luchan por predominar en la historia del hombre: tal quienes actualmente desde grandes conglomerados económico-financieros y periodísticos, con sus intelectuales orgánicos

inculcan una visión falsa de la historia y de la realidad contemporánea impulsando un clima ideológico proclive al sostén de fuerzas políticas conservadoras, y por otro lado quienes impulsan el progreso social como vía para lograr el “buen vivir” del pueblo. Dos modelos en pugna. Confrontación que existe tanto en distintas zonas del planeta, como en el contexto regional y en Argentina. En esencia es la disputa sobre la distribución del ingreso, del producto del trabajo social; o sea, quienes serán los destinatarios del resultado de políticas socio-económicas.

Cómo se alcanza el bienestar general en nuestra realidad contemporánea? Cómo se logra superar la problemática de la falta de vigencia de derechos básicos en un país que busca superar el subdesarrollo y las injustas estructuras que postran a su población? Cómo los sectores mayoritarios de la población, por su dignidad personal y de una vida mejor, lograrán hacer efectiva en el siglo XXI una nueva realidad constitucional que responda a la meta de alcanzar el fin natural de la comunidad, esto es, la *Justicia Social*. Cómo se da respuesta a estos interrogantes en el marco de un Proyecto Nacional en este mundo contemporáneo? Es la gran tarea de nuestro tiempo.



Perón saluda a los trabajadores el 1° de Mayo de 1953

Es deber de los juristas comprometidos con los intereses patrios explicar la veracidad de los conceptos y las tendencias dominantes que sobre ellos se imponen, y ayudar así a la toma de conciencia de las mayorías sobre los acontecimientos y la situación imperante en el acontecer cotidiano, como de las etapas precedentes en el tiempo

histórico. Y resaltar el rol que le corresponde al jurista, que como decía Sampay “es un impulsor del progreso de la Justicia”. Bien sostenía que el anhelo de Justicia es inherente a la índole humana pese a la terca resistencia de los derechos adquiridos, y en la infraestructura sociológica de la Constitución subyace la lucha por el predominio político y pugnan los ideales que surgen del pueblo por una Constitución mejor contra la obstinación oligárquica en resistir la transformación de la Constitución. Es que el *progreso de la Justicia es el sentido esencial de la historia*.

Por ello, en el marco del debate constitucional que debe realizar la Argentina creemos necesario recordar que Perón en el “Modelo Argentino para el Proyecto Nacional” expresaba que el “cambio” ya no consiste en una *abstracción vacía*. “El pueblo todo quiere conocer el signo, el sentido y el contenido preciso de esa expresión”, y que “la versión definitiva de ese Modelo sólo puede ser conformada por el cuerpo social en su conjunto”. Para lograrlo sostuvo la necesidad de



crear las bases necesarias para la elaboración del Proyecto Nacional e instrumentarlo una vez realizado”, y proponía al *Consejo para el Proyecto Nacional Argentino* para “la gran obra de formulación del Proyecto Nacional, en la cual todo el país debe empeñarse”, dado que afirmaba “el País necesita ver materializado el Proyecto Nacional”.

Por cierto, será necesario crear el ámbito adecuado para lograrlo; *no importa el nombre que se le dé, sino la estructura orgánica que se diseñe* para llevar a cabo tan importante objetivo. Hace un tiempo sostenemos la necesidad de diseñar la metodología y pautas para un nuevo Proyecto de País que logre aportes desde una perspectiva *multidisciplinaria y pluri- sectorial*. La trascendencia del tema lleva a descartar la alternativa que sostenga que el mismo sea encarado solamente por un sector social o por un partido político. Como programa de acción para su realización propusimos que con amplia participación popular se definan los ámbitos y criterios de organización para avanzar en el debate. Luego

vendrá la segunda etapa, sobre el “contenido del proyecto”, es decir, qué país desean ahora los argentinos; debatir y definir los puntos esenciales para lograrlo y, asimismo, la estructura institucional para su ejecución. Finalmente, alcanzaremos la tercera etapa, que es la que encarará el diseño arquitectónico de “*la Constitución como marco del nuevo proyecto*”, para su institucionalizado al más alto rango normativo.

Es la misma evolución cultural, económica y social la que impulsa desde el interior de los pueblos a una mayor participación en todos los ámbitos de la vida, incluido el político-institucional, y es sabido que el sentido más amplio y profundo de la participación del hombre en la vida de una nación políticamente organizada, se traduce en la soberanía del pueblo y en su derecho a ser artífice de su propio destino y “soberano de su propia suerte”. El debate sobre la democracia en las circunstancias actuales es una controversia acerca de la *legitimidad política*, y por consiguiente, comprende las formas políticas e institucionales sin las cuales no se puede hablar de legitimidad. El tratamiento del tema no puede restringirse a un grupo de *notables*, sino que debe ampliarse a un gran debate a lo largo y a lo ancho del país entre los distintos sectores de la sociedad Argentina. Por ello, *no se puede marginar la presencia activa y directa del pueblo* en la decisión que se adopte sobre una nueva Constitución. La Ciencia Política eleva a categoría de dogma el principio participativo. Ciertamente, para expresar de la manera más clara y fundada la determinación que se ajuste mejor al interés de la República y al bienestar de su pueblo, *es necesario que dicho debate sea anterior al tratamiento de la reforma en el Congreso Nacional*⁵¹.

La política de no ingresar al tema constitucional y debatirlo a nivel popular, es una manifiesta y definida actitud que coadyuva a sostener el *statu quo*; o sea, es una política conservadora para que perdure el esquema dogmático que instituyó la Constitución *histórica* que sostiene y posibilita una política económica constitucional que se adapta a las concepciones del “neoliberalismo” que tuvimos en la década del ‘90

⁵¹ Conf., Jorge Francisco Cholvis, “*El debate político contemporáneo y una nueva Constitución*”, Especial para sitio IADE-Realidad Económica, setiembre 2018, www.iade.org.ar; Jorge Francisco Cholvis, “*La Constitución de 1949, el Revisionismo Histórico Constitucional, y el Proyecto Nacional*”, Revista Movimiento N° 14– julio 2019, pág. 46, www.revistamovimiento.com

del siglo pasado, y fue revivido durante 4 años a partir del 10 de diciembre de 2015. Se debe salir de generalidades y el debate no cabe realizarlo en términos ambiguos o en cuestiones formales, que con eufemismos oculta el rechazo y temor de los sectores dominantes a la democracia y soberanía popular. Quienes así actúan proponen el debate y consenso para mantener las bases establecidas en la Constitución *real* siguiendo las pautas de la democracia liberal, y en sostén de las normas de política económica insertas en la Constitución *jurídico-formal* que posibilitan que perdure el “neoliberalismo”. Es necesario superar tan engañoso proceder pues no poner en plano popular el debate, ocultar el porqué de la Constitución, no escuchar las nuevas opiniones y criterios, es como cerrar los ojos a las causas, las finalidades e intereses que la conformaron; e impedirá diseñar e institucionalizar los *finés y medios adecuados* para que impulsemos el país que desean y merecen los argentinos.

La Argentina tuvo tres modelos de Constitución, la agroexportadora de mediados del siglo XIX; la etapa Justicialista con la Constitución Nacional de 1949; y la que es producto del “Pacto de Olivos”, que surge en la última década del siglo XX en tiempos que prevalecía el “neoliberalismo” en su más alta expresión y ya se escuchaban los dictados del “Consenso de Washington”; debemos ir hacia un cuarto modelo acorde a los objetivos y medios que establezca el pueblo argentino en este Siglo XXI, y avancemos definitivamente por la senda hacia la Patria Grande, en estas tierras de la América del Sur.

Como explicaba Sampay, las naciones son estructuras colectivas vitales, pero que a diferencia de las individuales, no están sometidas a los inexorables términos del proceso de desarrollo, decrepitud y muerte biológicos, sino que según sea la excelencia o carencia de su previsión y voluntad, crecen o decrecen, se expanden o se contraen, progresan o decaen hasta sucumbir. Construir *una trinchera de ideas* para confrontar con quienes impulsan políticas para someter a los pueblos. Un espacio para forjar el pensamiento y la acción necesarios para un *Proyecto Nacional, Popular y Democrático, en el marco de la Patria Grande*. La tarea es abrir y profundizar el debate; concluir con la colonización pedagógica. Construir rutas conceptuales y metodológicas, como paso indispensable para la formulación del proyecto de liberación nacional y social. Transmitir el *saber emancipatorio*: sembrar la teoría y diseñar la metodología apta para hacerlo realidad.

Después de la pandemia del Covid-19, hemos de repensar el país. Será el tema! Pensarlo según nuestra realidad vital. No me he propuesto hacer un planteo de política partidaria, sino de política nacional, a la que contribuyen todas las fuerzas que tienen paralelismo en las ideas fundamentales. La lucha por la emancipación y la justicia social no la pueden hacer por separado los distintos sectores populares. Es imprescindible definir la estrategia de la senda hacia la *emancipación nacional y la justicia social*. Para ello es que propongo hacer un debate profundo y necesario. Comprendo que el mismo no es fácil. Pero, realizarlo no nos debilitará, sino que, por el contrario, nos ahorrará muchos errores y padeceres, al capacitarnos con sus conclusiones, y el darnos *la estrategia y la táctica de la acción* para ejecutar un pensamiento preciso, cierto, concreto, y que marca el objetivo que ambiciona el Pueblo todo. No han de ser decisiones milagrosas, sino que serán de tal modo el resultado de la voluntad y de la inteligencia argentina. Así lograremos todos, unificados en un *Pacto Social sustantivo*, conteniendo a todos en común, hacia un mínimo programa de *soberanía política, de liberación económica y de justicia social*, definiendo e institucionalizando los fines y los medios indispensables para su logro, como demandas inseparables de los anhelos del ser argentino.

Castelar, Provincia de Buenos Aires, 7 de junio de 2020

VOLTAIRE Y FEDERICO II, LECTORES DE MAQUIAVELO

ADRIÁN RATTO¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

1. ¿UN TRABAJO EN COLABORACIÓN ENTRE UN REY Y UN FILÓSOFO?

El 31 de marzo de 1738, el príncipe de Prusia, Federico, escribe una carta a Voltaire, en la que, entre otras cosas, expresa su admiración por el *Siècle de Louis XIV*². Lamenta, no obstante, que el filósofo, en la parte dedicada a las artes en Italia durante el Renacimiento, coloque a Nicolás Maquiavelo entre los grandes hombres de su tiempo:

Me entristece, solamente, que haya colocado a Maquiavelo, que era un hombre deshonesto, entre los grandes hombres de su época. Aquel que enseña a faltar a la palabra, a oprimir, a cometer injusticias, no debe nunca, aun cuando sea el individuo más distinguido por sus talentos, ocupar un lugar reservado únicamente a los virtuosos y a los talentos elogiabiles³.

¹ Doctor en Filosofía por la Universidad de Buenos Aires. Investigador asistente del CONICET.

² Se trataba, en realidad, de pasajes de la obra, que estaba, en ese momento, en curso de realización. Tras una primera carta del 8 de agosto de 1736 del príncipe, en la que éste elogiaba los trabajos del filósofo y le solicitaba el envío de su obra, en particular los manuscritos en los que se encontraba trabajando en ese momento, Voltaire había enviado a Federico, entre otras cosas, partes de su texto sobre Luis XIV, que se publicaría recién en 1751.

³ Voltaire, "848. De Frédéric, Prince Royal de Prusse". En *Œuvres complètes de Voltaire* (ed. L. Moland), París, Garnier, 1880, vol. 34, p. 446. En el caso de la correspondencia, de aquí en adelante, número de la carta, volumen y año.

El nombre de Maquiavelo era en la opinión política de la época sinónimo de crimen, engaño y perfidia⁴. Por esa razón, el 17 de junio de ese año, Federico se alegra al ver que su nombre ha sido borrado por Voltaire de la lista de los grandes hombres⁵. Algunos meses después, en una carta del 22 de marzo de 1739, le confiesa su intención de escribir una refutación del autor de *Il principe*⁶.

Voltaire, que había él mismo intentado distinguir al gran hombre, al fundador de naciones, del príncipe guerrero y conquistador en su célebre Henriade (1723) y en la *L'histoire de Charles XII* (1731), advierte la importancia que tal escrito tendría al salir de la pluma de un príncipe y alienta a Federico a ejecutar su proyecto, a “desenmascarar a Maquiavelo”, a “destruir al infame político que convierte el crimen en virtud”⁷. Federico, entusiasmado, señala a Voltaire en una carta del 26 de junio de 1739 que “aquello que medita contra el maquiavelismo es propiamente una continuación de la *Henriade*”, que es en el espíritu de Enrique IV que busca destruir a César Borgia⁸.

Federico comienza rápidamente a escribir su trabajo y espera terminarlo en un par de meses. A partir de noviembre de ese mismo año empieza a enviar a Voltaire partes del escrito, con el fin de obtener una ayuda, particularmente en el plano lingüístico. Desde el comienzo de su correspondencia, Voltaire sugiere a Federico correcciones en ese plano a propósito de sus obras poéticas. El príncipe parece esperar algo similar con respecto a su Maquiavelo, pero la intervención del filósofo francés irá más allá de ese terreno.

⁴ Para una visión de conjunto sobre el tema, véase Cherel, A., *La Pensée de Machiavel en France*, París, L'Artisan du Livre, 1935. También Barthas, J., “Machiavelli in political thought from the age of revolutions to the present”, en J. Najemy (ed.), *The Cambridge Companion to Machiavelli*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 256–273 y el dossier “L'Anti-machiavélisme de la Renaissance aux Lumières”, dirigido por Christiane Fremont y Henry Mechoulam y publicado en el n° 31 (1997) de la revista *Corpus*.

⁵ Voltaire, 882, vol. 34, p. 497.

⁶ Voltaire, 1112, vol. 35, p. 224.

⁷ Voltaire, 1146, vol. 35, p. 263.

⁸ Voltaire, 1171, vol. 35, p. 293.

En efecto, como señalan Werner Bahner y Helga Bergmann en la introducción a la edición crítica del *Anti-Machiavel*⁹, Voltaire deseaba tener un rol más importante en esa obra, que tenía que llegar a ser una especie de catecismo de los reyes y sus ministros. Así, maneja la situación para convertirse en el editor del texto¹⁰ y el autor del prólogo, algo que finalmente consigue¹¹. Intervendrá redactando efectivamente el prólogo, en el que, entre otras cosas, confiesa que considera que al editar ese texto rinde “un gran servicio a los hombres”, que esas lecciones “merecen ser las de todos los reyes” y que el escrito es un “antídoto” frente al “veneno de Maquiavelo”¹²; alterando la composición del texto; eliminando largos pasajes, en los que Federico resumía las ideas de Maquiavelo, que Voltaire consideraba innecesarios, ya que el libro se iba a publicar junto al original de Maquiavelo, e incorporando pasajes de su propio puño y letra, como lo hace, por ejemplo, en el capítulo XIV, donde señala el deber del soberano de proteger las artes o en el XVII, donde afirma que el príncipe debe ser más amado que temido por sus soldados¹³.

⁹ Cf. Bahner, W. y Bergmann, H., “Introduction à l’*Anti-Machiavel*”, en *Œuvres complètes de Voltaire / Complete Works of Voltaire* (eds. Theodore Besterman, William Henry Barber, Ulla Kölvig, Haydn Mason y Nicholas Cronk), Oxford, Voltaire Foundation, 1996, pp. 10 y 50.

¹⁰ Cf. Voltaire, 1249, vol. 35, p. 394. A propósito de la labor de Voltaire como editor de obras filosóficas, un tema que desborda los límites de este trabajo, véase el dossier dedicado al tema en el n° 4 (2004) de la *Revue Voltaire*, “Voltaire éditeur”, dirigido por José-Michel Moureaux.

¹¹ No era ésa la intención de Federico en un primer momento. El príncipe pensaba publicar su texto en Inglaterra, bajo el cuidado de Algarotti. La enfermedad de su padre Frédéric-Guillaume, que moriría en mayo de ese año, y sus nuevas obligaciones llevaron al príncipe a cambiar de idea y confiar al filósofo la edición de la obra. El 26 de abril de 1740, escribe a Voltaire: “en el estado de inquietud en el que me encuentro no tengo ni la tranquilidad ni el ánimo necesario para corregir el Maquiavelo. Os abandono mi obra persuadido de que se embellecerá en vuestras manos”, en Voltaire, 1269, vol. 35, p. 424.

¹² Voltaire, “Préface de l’*Anti-Machiavel*”. En *Œuvres complètes de Voltaire* (ed. L. Moland), París, Garnier, 1879, vol. 23, p. 147.

¹³ Cf. Federico II, *Anti-Machiavel, ou Essai de critique sur le Prince de Machiavel* (ed. Voltaire), La Haya, Paupie, 1740, cap. XIV, p. 96 y cap. XVII, p. 111 [trad. cast. Federico II de Prusia, *Antimaquiavelo o refutación del Príncipe de*

2. CRÍTICAS A MAQUIAVELO Y PROGRAMA POLÍTICO ILUSTRADO

No nos ocuparemos aquí de la distancia entre la interpretación de Federico II y el “verdadero” pensamiento de Maquiavelo, si es que algo así existe, sino de los motivos de su trabajo, la recepción que hace de su obra y los argumentos que despliega para refutarla o, en cualquier caso, para atacar la imagen que de ella construye¹⁴.

El *Anti-Machiavel* reproduce la estructura del texto de Maquiavelo. Para ello incorpora la traducción francesa de éste, realizada por Amelot de la Houssaye (1634–1706) y publicada en 1683, a la que Federico responde capítulo a capítulo. Voltaire, por su parte, ataca en el prefacio al traductor, a quien acusa de “estar más interesado en vender el libro que en persuadir” o de usar estrategias ilegítimas para defender una “doctrina funesta para el género humano”¹⁵.

Los cuestionamientos principales de Federico son tres. En primer lugar (i), afirma que el príncipe, en el caso de Maquiavelo, confunde el objetivo de la política. Federico, apartándose de la tradición que hacía derivar el poder de la divinidad, lo atribuye, en la línea de las teorías modernas del derecho natural, al pueblo. En el capítulo I, “De cuántas son las formas de gobierno y cómo se llega a obtener el poder”, explica que el origen de la comunidad política se encuentra en la necesidad de los “hombres libres” de tener jueces para dirimir los conflictos, protectores para el resguardo de los bienes y soberanos que logren reunir los intereses individuales en un “interés común”¹⁶. En resumen, dice

Maquiavelo (traducción, introducción y notas de Roberto Aramayo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995].

¹⁴ A propósito de la cuestión de la recepción y circulación de textos e ideas, tema que ha alcanzado un amplio desarrollo en los últimos años, pueden consultarse en nuestro medio, entre otros, los trabajos de Elías Palti y de Noemí Goldman.

¹⁵ Voltaire, “Préface de l’*Anti-Machiavel*”, p. 148. Para un análisis pormenorizado de las críticas de Voltaire a la edición de Amelot de la Houssaye, véase Luciani, G. “Légitimité de l’usurpation: la traduction de Machiavel par Amelot de la Houssaye”. En I. Cogitore & F. Goyet (eds.), *Devenir roi: Essais sur la littérature adressée au Prince*, Grenoble, UGA Éditions, 2001, pp. 45–62.

¹⁶ Federico II, *Anti-Machiavel*, p. 2.

Federico: “la justicia debe ser el principal objetivo de un príncipe” y “el bien del pueblo que él gobierna debe tener prioridad sobre cualquier otro interés”¹⁷. Inmediatamente agrega que el soberano es un “magistrado” del pueblo y que no tiene sobre él un “poder absoluto”¹⁸. Sobre esta base puede cuestionar una política que entiende que legitima el crimen y la perfidia, una política, que, como dice en el prólogo, pervierte a los príncipes y los aleja de los objetivos que deberían perseguir¹⁹.

En segundo lugar (ii), Federico explica que gobernar de acuerdo al engaño, al cinismo y a maquinaciones es algo contrario a los verdaderos intereses del príncipe. En el capítulo XVIII: “Si los príncipes deben mantener su palabra”, señala que “el preceptor de los tiranos” afirma que los príncipes pueden gobernar al pueblo mediante “la disimulación”, el “artificio” o las “máscaras”²⁰. A esto responde que el pueblo tarde o temprano descubre la verdad: “no se puede conservar la máscara continuamente”²¹. Agrega que el pueblo juzga por los actos antes que por las palabras y que la distancia entre unos y otras pondrá de relieve, finalmente, los artificios y los intentos de engaño del príncipe. Por otra parte, señala que ese tipo de actos conduce a los soberanos a una vida desgraciada. Esto es lo que sucedió a “César Borgia, el héroe de Maquiavelo”, concluye²². Aquel gobernante que engaña termina perdiendo la confianza de la nación y del resto de los soberanos; termina levantando a los hombres y al resto de los gobernantes contra sí mismo y arruinando al Estado. Finaliza el capítulo explicando que en este caso no habla de la virtud y la honestidad desde un punto de vista moral, sino desde el mismo “interés de los príncipes”: el príncipe no solo *debe* ser virtuoso, sino que, además, *le conviene* serlo²³.

Por último (iii), Federico ataca la consistencia del “sistema” de Maquiavelo, afirma que “usa argumentos muy débiles”²⁴. En efecto, en

¹⁷ *Idíd.*

¹⁸ *Idíd.*

¹⁹ Cf. *ibíd.*, pp. VI y VII.

²⁰ *Ibíd.*, pp. 113 y ss.

²¹ *Ibíd.*, p. 114.

²² *Ibíd.*, pp. 118.

²³ *Ibíd.*, pp. 119.

²⁴ *Ibíd.*, p. 115.

reiteradas ocasiones señala que Maquiavelo se contradice, cae en el absurdo o se apoya en supuestos evidentemente falsos. Así, en el ya mencionado cap. XVIII, señala que su sistema supone que el mundo está compuesto por malvados, pero al mismo tiempo cree que siempre se encontrará gente honesta y simple a la que engañar, lo que significa que no es verdad que todos los individuos son ruines²⁵. Asimismo, indica que la idea de que todos los hombres son despreciables es evidentemente “falsa”, ya que es claro, dice, que hay muchas personas honradas en la sociedad²⁶. Agrega que, aun aceptando el supuesto de Maquiavelo, no se entiende cómo desprende de allí sus conclusiones²⁷. Un poco después, en el capítulo XXI, “De cómo debe gobernar el príncipe para hacerse estimar”, afirma que allí se observa una nueva “contradicción” en relación a lo afirmado en el capítulo XVIII, en la medida que en el primero habla de la necesidad de que el príncipe cumpla con su palabra, mientras que en el último lo libera de ese compromiso²⁸. Concluye que Maquiavelo “es como esos adivinadores del porvenir que dicen blanco a unos y negro a otros”²⁹.

Las críticas iban dirigidas sobre todo a los príncipes conquistadores y a los métodos que Maquiavelo propone para conservar las conquistas. En el capítulo III, “De los principados mixtos”, Federico señala que las nuevas conquistas no hacen a la nación conquistadora ni “más opulenta”, ni “más dichosa” y que los medios para mantener el poder en los territorios conquistados aconsejados por Maquiavelo, el crimen, el engaño, hacen “temblar de terror” al género humano³⁰. De esta manera, retoma un tema que obsesionaba a Voltaire desde los tiempos de la *Henriade*, a saber, el de la distinción entre el gran hombre y el príncipe guerrero. Este asunto atraviesa los escritos históricos e historiográficos del filósofo, que prefiere al fundador de naciones florecientes antes que la gloria del rey

²⁵ Cf. *ibíd.*, p. 117.

²⁶ Cf. *ibíd.*

²⁷ Cf. *ibíd.*

²⁸ Cf. *ibíd.*, p. 151.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Cf. *ibíd.*, p. 8 y ss.

guerrero³¹. En efecto, en su filosofía de la historia atribuye a menudo los progresos de las naciones a las políticas de ciertos hombres ejemplares, capaces de hacer florecer los Estados, de desarrollar en ellos las artes, el comercio, perfeccionar las leyes, etc. Algunos años más tarde, en su *Essai sur les mœurs* (1756), al referirse a la historia de Inglaterra en el siglo IX, en particular al rey Alfredo el Grande, a quien describe como un individuo que se encontraba “por encima de su época”, afirma que sin hombres extraordinarios como él “el género humano hubiera permanecido siempre en un estado parecido al de las bestias salvajes”³². En el mismo texto, al hablar de Francia bajo los reinados de Enrique IV y de Luis XIII, desliza: “se puede advertir luego de la muerte de Enrique IV en qué medida el poder, las costumbres, el espíritu de una nación dependen a menudo de un solo hombre”³³.

Ahora bien, Federico no se limita a combatir los argumentos de Maquiavelo. Por una parte, no deja de hacerle algunas concesiones. Así, por ejemplo, en el capítulo XXI, reconoce que éste no se equivoca al aconsejar a los príncipes la prudencia al momento de acordar con otros soberanos más potentes que ellos, que podrían llegar a usar su fuerza para dominarlos³⁴. Asimismo, indica que Maquiavelo tampoco se confunde al desaconsejar la neutralidad al príncipe. Con respecto a esto último, explica que la experiencia demuestra que los soberanos que adoptan esa posición exponen a sus naciones a grandes peligros, que son a menudo el objeto de los ataques de las naciones beligerantes y que acaban siempre perdiendo más que lo que ganan³⁵.

³¹ Cf. Pomeau, R., “Voltaire et le héros”, *Revue Voltaire*, n° 1, 2001, pp. 345–351. Myrtille Méricam–Bourdet procura matizar la oposición entre los modelos de la demolición y la construcción, entre “el héroe y el gran hombre”. Méricam–Bourdet considera que en las obras de Voltaire es posible en ciertos casos conciliar la búsqueda de la gloria con la acción útil en el terreno del poder monárquico, cf. Méricam–Bourdet, M., *Voltaire et l'écriture de l'histoire*, Oxford, Voltaire Foundation, 2012, pp. 113 y ss.

³² Voltaire, *Essai sur les mœurs et l'esprit des nations* (ed. R. Pomeau), París, Garnier, 1964, vol. 1, p. 393.

³³ *Ibid.*, p. 568.

³⁴ Cf. Federico II, *Anti-Machiavel*, p. 151.

³⁵ Cf. *ibid.* p. 152.

Por otra parte, como señalan Werner Bahner y Helga Bergmann, presenta un programa político, que sería la contracara de los principios desarrollados por Maquiavelo³⁶. En el ya mencionado capítulo XXI, señala que la mayoría de las páginas del libro se han ocupado de los príncipes conquistadores y que ha llegado el momento de hablar de la otra cara de la moneda, es decir, del “buen gobierno”: éste, dice, es aquel en el que el príncipe “hace florecer en los Estados todas las artes y todas las ciencias que los hacen más pujantes y civilizados”³⁷. Al hablar de las artes –es preciso recordar que “artes” tiene en la época un sentido más amplio que en la actualidad– Federico se refiere tanto a aquellas que son más *necesarias a la vida*, la “agricultura”, las “manufacturas”, etcétera, como a las *bellas artes*, “la música”, la “retórica”, la “arquitectura”, la “poesía”, etcétera³⁸. Poco después, agrega que la señal más segura de que una nación es “sabia y dichosa” es el nacimiento en sus suelos de las bellas artes. Inmediatamente se refiere, para ilustrar, a la época de Pericles, de Augusto, al renacimiento de las ciencias y las artes bajo los Médici y al siglo de Luis XIV³⁹ –resulta difícil no trazar aquí un paralelismo con las primeras páginas del *Siècle de Louis XIV*, de Voltaire, cuyos primeros esbozos Federico conocía, como ya se señaló, desde 1738, en las que el filósofo francés también se refiere al desarrollo de las artes en esas épocas. En el XXIV, “¿Por qué los príncipes de Italia han perdido sus reinos”, añade que la sabiduría, la virtud y la justicia deben ser atributos del buen príncipe, es decir, dice, lo contrario del príncipe de Maquiavelo, “injusto, cruel, ambicioso”⁴⁰. Así, concluye que queda desenmascarado “ese político, que su siglo ha hecho pasar por un gran hombre” y exhorta a “destruir el maquiavelismo”, cuyas inconsistencias, dice, ha sacado a la luz⁴¹. En cualquier caso, ya en el prefacio adelantaba que “la verdadera política” se funda en “la

³⁶ Bahner, W. y Bergmann, H., “Introduction à l’*Anti-Machiavel*”, p. 30 y ss.

³⁷ *Ibid.* p. 153.

³⁸ Cf. *ibid.*

³⁹ Cf. *ibid.*, p. 156, 157.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 169.

⁴¹ *Ibid.*

justicia, la prudencia y la bondad” y que ésta es preferible al “sistema incoherente y abominable” de Maquiavelo⁴².

En resumen, se trata de un programa que en líneas generales se acerca mucho a los principios de Voltaire y otros *philosophes* del *siècle des Lumières* –si se permite la utilización de esta categoría, que, como se sabe ha sido objeto de muchas disputas en las últimas décadas⁴³–, es decir, desarrollo del comercio, de las artes, perfeccionamiento de las costumbres, instrucción popular, reforma de la justicia, tolerancia religiosa, combate contra la superstición y el fanatismo, etc. Junto a las grandes líneas del programa de Federico se encuentran, asimismo, una serie de consejos prácticos para el buen príncipe, como, por ejemplo, conocer las tierras que se gobiernan, para saber qué tipo de artes conviene allí desarrollar, o tener “un plan de acción tan bien articulado lógicamente como una demostración geométrica”, que le permita conducirse con seguridad, en medio de los vaivenes de la vida, hacia los objetivos perseguidos⁴⁴.

Ahora bien, llegado el momento, ¿estaría Federico dispuesto a llevar a la práctica este programa? ¿Estaría dispuesto tras alcanzar el trono a gobernar de acuerdo a esos ideales de racionalidad, justicia y virtud, a gobernar para la felicidad de la nación?

3. LOS PRINCIPIOS Y LOS HECHOS: LA DESILUSIÓN DE VOLTAIRE

El texto de Federico tuvo dos ediciones. La primera en septiembre de 1740, a cargo de Van Duren, bajo el título de *Examen du Prince de Machiavel*, que Voltaire rechaza como falsa, en la medida en que no se ajustaría al manuscrito original; la segunda, a cargo de Paupie, publicada en octubre del mismo año, bajo el título *Anti-Machiavel, ou Essai de critique sur le Prince de Machiavel*. Los motivos que llevaron

⁴² *Ibid.* VIII

⁴³ Existe una amplia bibliografía sobre el tema. Mencionamos solamente un trabajo reciente sobre el asunto: Israel, J., *The Enlightenment that Failed: Ideas, Revolution, and Democratic Defeat, 1748–1830*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

⁴⁴ Cf. Federico II, *Anti-Machiavel*, pp. 154 y 180.

a Voltaire a rechazar la primera edición estuvieron ligados a las dudas de Federico a última hora a propósito de la conveniencia de la publicación de la obra, a la luz de su llegada al trono tras la muerte de su padre Frédéric-Guillaume, el 30 de mayo de 1740. En cualquier caso, el trabajo tuvo una buena recepción. Rápidamente se realizaron varias reediciones y fue traducido a diferentes idiomas⁴⁵.

La ilusión de Voltaire con respecto al ahora rey de Prusia no duraría demasiado. El 7 de noviembre el ahora rey de Prusia, Federico II, ordena invadir Silesia. El 16 de diciembre sus tropas hacen efectiva la invasión. El sueño del rey-filósofo, como señala Roberto Aramayo, había terminado⁴⁶. En una carta del 18 de julio de 1741 a César de Missy, Voltaire se lamenta:

En calidad de ciudadano, siento una fuerte atracción por las máximas del *Anti-Machiavel*. Pero, puesto que éstas son muy poco seguidas y que la práctica se articula tan poco con la teoría, he dejado de lado completamente ese trabajo. Lo había publicado con la vana esperanza de que produjera algún bien, pero no ha generado más que dinero para los editores⁴⁷.

Un año después, en junio de 1742, escribía con ironía en una carta dirigida a Everard Fawkenner que el autor del *Anti-Machiavel* “escribe tan bien contra Maquiavelo y actúa inmediatamente como su héroe”⁴⁸. Un poco después agrega que “el rey ha alterado al hombre” y que “ahora se deleita con el uso despótico del poder”⁴⁹. Algún tiempo después en un escrito autobiográfico, que no se publicaría hasta después de su muerte, señala que si Maquiavelo hubiera tenido un discípulo le habría hecho escribir contra él, como ha hecho Federico, y que el

⁴⁵ A propósitos de los detalles de esta doble edición, en particular de las razones que llevaron a Voltaire a rechazar como ilegítima la primera edición del texto, véase Bahner, W. y Bergmann, H., “Introduction à l'*Anti-Machiavel*”, pp. 15 y ss. Acerca de la recepción de la obra, puede consultarse el mismo trabajo, pp. 53 y ss.

⁴⁶ Cf. Aramayo, R., *La quimera del rey filósofo: los dilemas del poder, o el frustrado idilio entre la ética y lo político*, Madrid, Taurus, 1997, p. 96.

⁴⁷ Voltaire, 1459, vol. 36, p. 83.

⁴⁸ Voltaire, 1514, vol. 36, p. 138.

⁴⁹ *Ibid.*

rey parece ser “menos enemigo” de Maquiavelo de lo que se hubiera podido esperar⁵⁰.

Se puede, quizás, alegar en favor de Federico, que en el mismo *Anti-Machiavel* considera la posibilidad del uso de la fuerza en el terreno de la política exterior. En efecto, en el capítulo XXVI, “De las negociaciones y de las razones que se pueden considerar justas para hacer la guerra”, el último del texto, evalúa los motivos que podrían llevar a declarar la guerra con justicia. Si bien señala que el fin de las acciones de un gobernante en cuanto a la relación con otras naciones debe ser la paz entre los estados, reconoce la existencia de ocasiones en las que resulta necesario romper los tratados y las alianzas, con el fin de asegurar la tranquilidad de los pueblos⁵¹. “Este es el motivo que vuelve justa a la guerra”, concluye⁵². Sobre esta base, no duda en justificar tanto las guerras defensivas como las ofensivas, es decir, las conquistas, las invasiones, contra las que se eleva en el resto del libro. ¿No justifica esto la decisión de Federico de invadir Silesia? ¿No adopta el rey en esta parte del libro una posición *realista* que le permitiría defenderse de la crítica de Voltaire, que fue también la de gran parte de la opinión europea, particularmente francesa?⁵³. Es verdad

⁵⁰ Voltaire, *Mémoires pour servir à la vie de Voltaire écrits par lui-même*. En *Œuvres complètes de Voltaire*, (ed. L. Moland), París, Garnier, 1877, vol. 1, p. 19.

⁵¹ Cf. Federico II, *Anti-Machiavel*, p. 187, 188.

⁵² *Ibid.*, p. 188.

⁵³ Particular atención merece, para aquellos que estén interesados en el derecho de gentes en el siglo XVIII, la valoración del abate de Saint-Pierre, quien escribió unas *Réflexions sur l'Antimachiavel* (1741). El abate, que había publicado entre 1713 y 1717 un *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, en el que proponía la constitución de una dieta europea como medio para alcanzar la paz en Europa, valora positivamente el intento del rey de Prusia de unir el poder a la virtud y a la búsqueda de la felicidad de la nación, pero muestra su desacuerdo cuando comenta el capítulo en el que Federico, que aún piensa la relación entre los estados en términos de equilibrio, justifica la guerra. Afirma que, por el contrario, su propia receta podría ayudar a pacificar el universo y “eliminar para siempre las guerras”, Saint-Pierre, *Réflexions sur l'Antimachiavel*, Róterdam, Beman, 1741, p. 64. A propósito del tema de la paz y las relaciones entre los estados en el siglo XVIII, véase Belissa, M., *Fraternité universelle et intérêt national (1713-1795): Les cosmopolitiques du*

que, según él, la guerra sólo encuentra una justificación en casos particulares y en situaciones extremas, en las que parece estar en peligro la felicidad y la paz de las naciones, pero cuáles son esas circunstancias es materia de interpretación. Por otra parte, el lector podría preguntarse si esas guerras como medios para conseguir la paz no corren el riesgo de convertirse ellas mismas en un fin.

En cualquier caso, el mismo Voltaire parece haber advertido que el libro no buscaba en todo momento refutar a Maquiavelo: “hay lugares del libro que presento que son más bien reflexiones sobre Maquiavelo que contra Maquiavelo, por esa razón he dado al libro el título de *Essai de critique sur le Prince de Machiavel*” (se refiere, en realidad, al subtítulo)⁵⁴. Podríamos preguntarnos, entonces, si es justa su crítica a Federico II tras la invasión de Silesia.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se ha intentado en este trabajo reconstruir en sus principales líneas el intercambio entre Voltaire y Federico II a propósito de la preparación, edición y publicación del *Anti-Machiavel*. Se ha intentado mostrar, asimismo, que el texto no sólo busca cuestionar los principios de Maquiavelo sino también presentar un programa político. Se ha intentado mostrar también que junto a las críticas el autor hace algunas concesiones al autor de *Il principe*.

El trabajo, por otra parte, no se agota en la relación entre el Voltaire y Federico y en el célebre tema de la relación entre la filosofía y el poder, que se remonta al mismo Platón, sino que también arroja algunas luces sobre, en un plano más general, la recepción de Maquiavelo en el siglo XVIII y, en menor medida, la cuestión del derecho de gentes en ese período.

droit des gens, París, Editions Kimé, 1998. También Espinosa Antón, J., “Los proyectos de paz y el cosmopolitismo en la Ilustración”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, n° 32 (16), 2014, pp. 5-23 y del mismo autor: *Inventores de la paz, soñadores de Europa. El siglo de la Ilustración*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2012.

⁵⁴ Voltaire, “Préface de l’Anti-Machiavel”, p. IV.

Como se ha señalado, la invasión a Silesia por parte de Federico generó desilusión en Voltaire. La relación entre ambos, sin embargo, no se quebró: en 1750, tras la muerte de la marquesa de Châtelet, que afectó profundamente al autor de *Candide*, fue en Potsdam, en la corte del rey de Prusia, donde el filósofo encontró un refugio. Permaneció allí hasta fines de 1752. Ese momento de la relación tampoco terminó demasiado bien, pero ese episodio, en cualquier caso, desborda los límites de este trabajo⁵⁵.

⁵⁵ Para un análisis pormenorizado de la relación de Voltaire y Federico II más allá de 1740, véase Mervaud, C., *Voltaire et Frédéric II: une dramaturgie des Lumières, 1736-1778*, Oxford, Voltaire Foundation, 1985.



COMENTARIO A JURISPRUDENCIA Y DICTÁMENES DE LA PTN

HORACIO GOETT

JOSÉ MARTOCCI

VIVIANA KLUGER

EL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO Y SU ESCUELA

APUNTES HISTÓRICOS, CONCEPTUALES
Y NORMATIVOS SOBRE SUS ORÍGENES,
LA NECESIDAD DE LA CAPACITACIÓN
QUE BRINDA Y SU FUTURO.

HORACIO GOETT¹

Universidad de Buenos Aires

Detrás de cada ideal, de cada opinión hay una intención, un interés que pone en tela de juicio la objetividad misma. A menudo pretendemos demostrar objetividad, para dar mayor rigor a nuestro mensaje y permear la voluntad resistente del otro. La verdadera objetividad radica en no creer religiosamente en ella, y hacer un esfuerzo de persuasión honesto describiendo el hecho y poniendo de manifiesto nuestra opinión sobre él.

Jurgen Habermas

Resumen: Pretender analizar una institución que nació con la organización nacional - una de las pocas que se mantienen en pie a lo largo de una historia argentina que no se caracteriza por la constancia en el sostenimiento y desarrollo de sus organizaciones - no es tarea sencilla y sería imposible en unas pocas carillas. Por tal motivo no pretendemos realizar un análisis minucioso y detallado de la evolución histórica de

¹ Asesor jurídico especializado de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.

la Procuración del Tesoro (PTN) sino que partiremos de los documentos e investigaciones consignados en su viejo Manual de Estilo, aportaremos la evolución normativa posterior a esos documentos, describiremos el significado y alcances del Cuerpo de Abogados del Estado, para luego enfocarnos en su Escuela, dejando constancia que tan sólo pondremos de relieve los hitos fundamentales que nos permitan explicar su presente y vislumbrar su futuro.

El método que elegimos para ello, es partir de una breve descripción del momento y las razones del nacimiento de la Procuración del Tesoro, y tratar de responder a una variedad de preguntas: ¿cómo y porqué fueron evolucionando sus competencias?; ¿es razonable en el siglo XXI sostener la idea y existencia de un Cuerpo de Abogados del Estado?; ¿cuál es la razón y la justificación -o no- para que este organismo tenga una escuela de formación?; ¿cómo fue el desempeño de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE) en sus veinticinco años de vida?; ¿es su estructura académica razonable conforme a los fines perseguidos o los mismos podrían ser satisfechos por las universidades e instituciones académicas existentes?.

El desarrollo del presente trabajo tratará de dar respuesta a esos interrogantes.

1. INTRODUCCIÓN

La Procuración del Tesoro de la Nación nació en 1863, época en que se concretaba la definitiva organización de la República.

Tal como señaló el Dr Eugenio L. Palazzo *“si la Argentina ha sido definida como crisol de razas, la organización juridico-politica de su Estado, podríamos considerarla como un verdadero crisol de derechos”*²

Confluyen una fuente hispano-borbónica, con la impronta de la monarquía limitada y el desarrollo de un fuerte y centralizado aparato

² Palazzo, Eugenio Luis. “LA ABOGACÍA PÚBLICA”. <https://www.buenosaires.gob.ar/procuracion-general/la-abogacia-publica>

administrativo del modelo francés. A ello se suma con posterioridad, otra vertiente originada en el constitucionalismo norteamericano, del principio de división de poderes y controles recíprocos.

Luego, durante el siglo xx, la influencia de las evoluciones jurídicas de los países de Europa continental y, finalmente, en los últimos años de aquel y los primeros del actual siglo, se advierte el peso de la creciente internacionalización de lo jurídico y de las corrientes de pensamiento que, desde distintas ópticas la propician o reconocen, que en nuestro país fue consagrada por la reforma constitucional de 1994.³

Como veremos, desde su creación, esta institución ha convivido con diversos modelos de Estado desde el liberalismo clásico en sus orígenes y hasta bien entrado el siglo XX, pasando por el constitucionalismo social a mediados de esa centuria, coincidiendo con la creación del Cuerpo de Abogados del Estado, hasta las corrientes neoliberales que con intervalos y tensiones se adoptarían desde mediados de los 70. A pesar de ello, la PTN ha mantenido un hilo conductor, como órgano rector y orientador del criterio jurídico estatal.

2. LAS RAÍCES EN EL DERECHO INDIANO Y EN LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA⁴

La abogacía pública cumplió, durante el período colonial y del derecho indiano, múltiples roles. La integraban el Fiscal del Consejo de Indias, los fiscales de las audiencias y los procuradores fiscales o agentes fiscales de los tribunales inferiores.

³ En la publicación editada como homenaje a los 120 años de organismo, el doctor Rodolfo Follari sistematizó la historia de esas confluencias en su “Reseña sobre el origen y la evolución de la Procuración del Tesoro” (FOLLARI, RODOLFO, “Reseña sobre el origen y la evolución de la Procuración del Tesoro”, en AA.VV., 120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983, Buenos Aires, EUDEBA, 1983, pág. 107 y ss.; Procuración del Tesoro de la Nación, Manual de Estilo, Buenos Aires, La Ley, 1998). A ello se agregó luego el análisis de los aspectos históricos y jurídicos que influyeron en la creación y posterior evolución de este organismo, aporte invaluable del Dr. Eugenio Luis Palazzo.

⁴ Ver Eugenio Luis Palazzo, “La Procuración del Tesoro de la Nación” en “Manual de Estilo de la Procuración del Tesoro de la Nación”, 1998.

El Fiscal del Consejo de Indias era el jefe de la institución. Vigilaba y controlaba el cumplimiento de las leyes dictadas para el gobierno de América, tenía la facultad de requerir todos los informes necesarios y, en representación del Fisco, podía demandar a los particulares. Intervenía también en los trámites ante la Casa de Contratación, encargada de resguardar todas las relaciones comerciales entre la España metropolitana y las Indias, y controlaba la actuación de los fiscales de las Audiencias.

Ya en la etapa de nuestra emancipación, el proyecto de la Comisión Oficial de la Asamblea del Año XIII aludía al Fiscal General del Estado, los proyectos de constituciones de 1819 y 1826 incluyeron en la Alta Corte de Justicia a siete jueces y dos fiscales.

Observamos hasta aquí la continuidad de la tradición hispano-borbónica en el nombre y las funciones de los fiscales, pero, además la aplicación y la referencia a los principios del derecho indiano continuaron aún después de la organización nacional.⁵

La Constitución norteamericana de 1787 preveía la creación de una Corte Suprema sin indicar su composición. La *Judiciary Act* de 1789 la estableció y también creó el cargo de *Attorney General* según el modelo inglés, que reconocía a ese funcionario como asesor y mandatario de la Corona en los asuntos jurídicos. En el caso norteamericano, era designado por el Presidente con acuerdo del Senado. De esta manera, se le encargaba el asesoramiento jurídico del Ejecutivo, separando a la Corte de esa tarea para garantizar la efectiva división de poderes.

⁵ Kluger, Viviana. "EL DERECHO INDIANO EN LOS DICTÁMENES EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN (1862-1917) Revista de Historia del Derecho Sección Investigaciones N° 44, INHIDE, Buenos Aires, julio-diciembre 2012 [pp. 80-107]. "En este contexto, casi todos los Procuradores que actuaron desde la creación del cargo en 1862, hasta 1917 el derecho indiano al dictaminar en cuestiones tales como conflictos de competencia entre el Poder Judicial y los Administradores de Rentas, jurisdicción civil en materia de bienes afectados a capellanías, gratuidad del asesoramiento a los pobres, matrimonio entre católicos y protestantes, falsificación de moneda de una nación en el territorio de otra, derecho de Patronato, procedimiento de "consulta" ante la Cámara de Apelaciones; contratos de derecho público, libre navegación de los ríos, bienes pertenecientes al Estado Nacional, jubilaciones de agentes de la Administración, posesión, entre otros".

En el año 1830 EE.UU. crea en el ámbito de la Secretaría de Hacienda el cargo de Procurador del Tesoro (*Solicitor of the Treasury*), “tenía por funciones, según señala Story en su “Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos”, “reemplazar al antiguo agente judicial del Tesoro; y debe ordenar y vigilar toda demanda judicial, gestiones intentadas por él o por los agentes contadores del tesoro en materia de ley o de equidad, para el cobro de todas las cantidades debidas a los Estados Unidos o para la reivindicación de tierras, inmuebles y de toda otra propiedad que le pertenezca. Reemplaza también al antiguo comisario de las rentas públicas y debe en consecuencia cuidar del cobro de los atrasados, administrar las tierras y otros bienes, dados al Gobierno en pago o en garantía y ordenar su venta si fuere necesario; y debe en fin recibir todas las garantías que corresponden al Tesoro. El Procurador de la tesorería procede bajo la dirección del procurador general de los Estados Unidos”⁶

“La ley americana que creó el *Solicitor of the Treasury* resultó en los hechos, durante buena parte del siglo pasado, un complemento del *Attorney General*, el funcionario que según la Ley de Organización del Poder Judicial del 24 de septiembre de 1789 (*Judiciary Act*) debía “proseguir y conducir todos los juicios en la Suprema Corte que conciernen a los Estados Unidos, y aconsejar y opinar sobre cuestiones de derecho cuando lo requiera el Presidente de los Estados Unidos, o cuando lo demanden los jefes de cualesquiera de los departamentos de Estado, en relación con los asuntos que conciernan a sus respectivos departamentos”⁷

En nuestro país, el ordenamiento institucional, después de las reformas constitucional de 1860, cambia y amplía el hasta entonces vigente aparato estatal, introduciendo las modificaciones y organismos necesarios para el crecimiento que se pretendía de la nueva Nación.

Considerada por el Congreso la situación general, se sanciona y promulga el 16 de octubre de 1862 la Ley 27 de Organización de la Justicia Nacional, mediante la cual se instaura el Poder Judicial de la Nación y se crea la Corte Suprema de Justicia, conforme con el art. 94

⁶ Palazzo, E.L. op.cit.

⁷ Palazzo, E.L. ibid.

de la Constitución reformada. Según el art. 6 de la ley, la Corte se integra con cinco ministros y un procurador general. Se modifica de esa forma la composición prevista en art. 91 anterior a la reforma.

El Procurador General de la Corte Suprema que integraba el Poder Judicial, ejercía la mayor parte de las funciones que cumplía el Fiscal General, como encargado del Ministerio Fiscal, representante de la Nación ante la Corte y Asesor Jurídico de la misma, pero se le restringieron otras competencias.

El Fiscal General de la Nación restringido consecuentemente en sus funciones, como consecuencia de la reforma introducida por la citada ley de organización del poder judicial, conservó sin embargo la función de asesor general del Poder Ejecutivo en todas las cuestiones administrativas en que estuviera interesado el fisco nacional, convirtiéndose así en el Asesor del Estado. Esto es, desplegaba su competencia entre dos poderes, el Judicial y el Ejecutivo

En la ley de Presupuesto general para los años 1863/64, el legislador introdujo importantes modificaciones en la legislación vigente, creó el cargo de Procurador del Tesoro en la órbita del Ministerio de Hacienda, suprimiendo y transformando el anterior cargo de Fiscal General. La ley 74 de Presupuesto para los años 1863/64 fue sancionada el día 7 de noviembre de 1863. Esta ley suprimió el cargo de Fiscal General en el Ministerio del Interior, donde se lo había incluido en los presupuestos del gobierno anterior, y simultáneamente se lo incorporó por la misma norma en el Departamento de Hacienda. No existió entonces intervalo funcional alguno, y el Fiscal General de la Nación Dr. Ramón Ferreira a partir de la sanción de la ley prosiguió sus funciones como Procurador del Tesoro.

3. EVOLUCIÓN INSTITUCIONAL DE LA PTN

El Dr. Follari señaló tres etapas en la evolución institucional de la Procuración del Tesoro, a saber: una *primera etapa (1863-1896) en la que su rol fundamental fue la de Asesor Legal del Poder Ejecutivo. En la segunda etapa (1896-1947) se agregan a sus funciones la de Representante especial del estado en juicio. Finalmente, la tercera etapa que comienza en 1947 y el Dr. Follari la hace culminar en 1983,*

*conmemorando los 120 años de la Procuración del Tesoro, es el período de creación y consolidación del Cuerpo de Abogados del Estado.*⁸

Primera etapa

La función de asesoramiento inicial, con el tiempo fue incorporándose al ordenamiento legislativo. Por entonces varias leyes disponían en determinados casos el requerimiento del dictamen legal del Procurador del Tesoro. Así las leyes: 428 de Contabilidad (art. 70), la 775 de Obras Públicas (art. 20), la 3975 de Marcas de Fábrica (art. 31), la 11.281 de Aduanas (art. 72), la 11.290 de Impuesto de Sellos (art. 79), la 12.155 de creación del Banco Central (art. 55), la 12.157 de creación del Instituto Movilizador de Inversiones Bancarias (art. 16), la 12.160 de organización del Banco Central (art. 21), la de Impuestos Internos (art. 18), entre otras muchas que luego se agregaron.

Segunda etapa

La función de asesoramiento legal del Poder Ejecutivo cumplida por el Procurador del Tesoro desde la reforma de 1863 se ve ampliada sustancialmente con las funciones de representación del Estado en juicio, atribuidas por la ley 3367, promulgada el 8 de julio de 1896.

Las leyes 27, 43 y 48 de organización de la justicia nacional y jurisdicción de los tribunales nacionales, dispusieron el funcionamiento del Ministerio Público Fiscal, posibilitando la garantía y defensa de los intereses del fisco por parte de los Procuradores Fiscales en primera instancia, de los Fiscales de Cámara en segunda instancia y, ante la Corte, por el Procurador General de la Nación.

Con el tiempo, el Ministerio Público al no poder atender la totalidad de las causas existentes, comenzó a designar representantes ad-hoc. Con motivo de ello y luego de un extenso debate parlamentario fue sancionada la Ley 3367 de Representación del Fisco.⁹

⁸ Follari, R. op.cit.

⁹ La Ley N° 3367, que constituyó la primera regulación de la representación del Estado en juicio, en su art. 1° de la norma establecía: “Desde la

La sanción de la ley permitió que, en los asuntos de mayor importancia, para la mejor defensa del Estado se confiara la dirección de las causas a un solo funcionario, procurándose la unidad de criterio y dirección letrada.

La reforma del sistema hasta entonces vigente, introducida por la ley 3367, permitió al Estado mejorar sustancialmente la atención y defensa de los juicios en que intervenía, como actor o demandado, encomendando la dirección letrada al Procurador del Tesoro.¹⁰

Sin embargo, nuevamente aquí se verifica la vinculación entre el representante estatal y el ministerio público pues en este ordenamiento la representación judicial del Estado se encomendaba a los Procuradores Fiscales Federales, si el caso llegaba a la Corte Suprema esa representación correspondía al Procurador General de la Nación y se agregaba que cuando el Poder Ejecutivo lo creyese conveniente actuaría como representante judicial el Procurador del Tesoro de la Nación.

En 1900 se sancionó la Ley N° 3952 que dejó sin efecto la autorización legislativa previa (art. 1) para las acciones civiles deducidas contra la Nación como persona jurídica diferenciándola de los poderes que la regían, aunque indicando que debía preceder la reclamación administrativa previa y su denegatoria, para habilitar la instancia judicial.

Nace así el reclamo administrativo previo con el fin de dar a la Administración la posibilidad de verificar errores de sus órganos o

promulgación de la presente ley, en todo asunto de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que el fisco nacional demande o sea demandado, será exclusiva y necesariamente representado por los Procuradores Fiscales, y si el asunto fuese a la Suprema Corte, por el Procurador General de la Nación. En los casos en que el Poder Ejecutivo lo crea conveniente, podrá también representar al Fisco, en reemplazo de los funcionarios mencionados, el Procurador del Tesoro”.

¹⁰ De tal modo, se le confiaron al Procurador del Tesoro, a partir de entonces, los juicios de mayor significación para su defensa: El de la construcción del Palacio del Congreso; los juicios iniciados por los FECC. Sud y Central Argentino, con motivo del levantamiento de las líneas al construirse el puerto de la Capital; la reivindicación de tierras donadas por Francisco Solano López a Madama Lynch en Misiones; el de la construcción del Palacio de Tribunales; la reivindicación de terrenos de la Cía. The Catalinas Ware Houses, etc. (ver Follari, op.cit).

actos viciados con el fin de promover el control de legitimidad. Se genera también para el representante judicial estatal un control de legalidad acerca de la habilitación de instancia, que debe efectuar.¹¹

Por decreto 13.925 del 7 de diciembre de 1932, se creó la “Oficina de Asuntos Fiscales de la Procuración del Tesoro”, para la atención y contralor de las causas judiciales en que el Estado Nacional fuera parte, con las siguientes atribuciones: a) asesoramiento al Poder Ejecutivo; b) representación especial de la Nación; c) representación en los casos de arbitrajes; d) dirección y control de los juicios en que la Nación es parte; e) superintendencia sobre los representantes fiscales, salvo cuando intervenía el Procurador General de la Nación.

Tercera etapa

La reforma más significativa del organismo se produce en virtud de la ley 12.954, promulgada el 3 de marzo de 1947, que crea el Cuerpo de Abogados del Estado.

Lo hace dentro del marco del plan quinquenal del Gobierno del General Perón y le encomienda el asesoramiento jurídico y la defensa ante los tribunales, del Poder Ejecutivo y de todos los organismos que integran la Administración Pública Nacional.

La exposición de motivos del proyecto de ley, justificando la reforma administrativa propiciada, destacaba que *“se basa en principio, en utilizar las asesorías existentes, dotándolas de una estructura orgánica que les permita la mayor unidad de acción dentro de un mismo cuerpo, cuya dirección general recae en el Procurador del Tesoro”*. Al tratarse el proyecto de ley en el Senado, el miembro informante Dr. Armando Antille, sostuvo que la comisión que había estudiado y despachado el proyecto *“ha entendido que es altamente conveniente constituir un ordenamiento de esta especie, que tenga una dirección única, que se ha atribuido al Señor Procurador del Tesoro como director general del Cuerpo de Abogados del Estado. Además, esta dirección general podrá actuar como organismo técnico-administrativo, en lo administrativo y*

¹¹ Ugarte, Luis Alejandro (2000) Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación Nro. 32, LA LEY S.A.E. e I. Id SAIJ: DACA000019.

en lo contencioso del Estado, y se expedirá sobre todo proyecto de modificación o creación de normas legales o reglamentarias".¹²

Más tarde el decreto ley 8013/57 estableció que el Procurador y Director del Cuerpo de Abogados del Estado pasara a depender jerárquicamente en forma directa del Presidente de la Nación, revistando en el presupuesto del Ministerio de Hacienda.

Las tradicionales funciones de asesoramiento y dictámenes eran cumplidas internamente hasta entonces por la Dirección General de Dictámenes a cargo del Abogado Inspector del organismo. Más tarde, por decreto 7398/68 se dispuso la creación de la Dirección Nacional de Dictámenes, departamento que de acuerdo con la estructura orgánica aprobada por decreto 3359/73, tenía por misión "dirigir el asesoramiento del personal de su dependencia y las relaciones de la Procuración del Tesoro con las Delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado en la materia de su competencia.

Por decreto 11.972/59, modificatorio de los decretos 14.546/43 y 34.952/4, se estableció que la Oficina de Asuntos Fiscales funcionará integrando con la Oficina de Asuntos Judiciales una sola dependencia, que pasó a denominarse Oficina de Asuntos Judiciales y Fiscales. Tenía a su cargo el contralor administrativo y procesal de los juicios en que está interesada la Nación, en cualquier fuero, jurisdicción o instancia, centralizando el movimiento de las actuaciones para la atención de las causas, pudiendo solicitar a los procuradores fiscales todas las informaciones centralizadas y descentralizadas de la Administración, antecedentes, informaciones, instrucciones, pruebas y elementos que se estimaren convenientes y necesarios para la defensa en juicio.

La representación del Estado en juicio establecida en la ley 3367 fue durante esta etapa, sujeta a modificaciones, ampliaciones y reglamentaciones, por las leyes N° 3952. 17.516 y 19.539 y decretos N° 379/68, 2929/76, 411/80 y 969/81, que han perfeccionado el ordenamiento legal vigente y facilitado la labor del organismo en lo concerniente a tan importante función.

Esas normas se complementaron a su vez con el decreto 7598/68, aprobatorio de la estructura orgánica de la repartición, que crea la

¹² Follari. Op.cit.

Dirección Nacional de Asuntos Judiciales y Fiscales, modificada luego, por los decretos N° 3096/70 y 3358/73.

4. CON POSTERIORIDAD AL AÑO 1983

Hacia fines del siglo XX y comienzos del XXI, se advierte un cambio sustancial en las atribuciones hasta entonces consagradas. Ello fue impuesto por nuevas necesidades, de las que se hicieron cargo diversas normas referidas al Organismo. Esto implicó la creación de nuevas áreas y la reformulación y fortalecimiento de las direcciones nacionales hasta entonces existentes.

Así a las tradicionales funciones de asesoramiento, representación y defensa del Estado en juicio, se fueron reforzando con la función de investigación sumarial, la auditoría y control de litigiosidad del Estado, la representación y defensa del Estado en los procesos arbitrales y judiciales internacionales, así como la resolución de conflictos interjurisdiccionales.

Entre las funciones tradicionales de la Procuración del Tesoro, estuvo siempre, la de instruir los sumarios administrativos de naturaleza disciplinaria, cuya finalidad es la de investigar hechos de los cuales pueda derivar responsabilidad disciplinaria para el personal de más alta jerarquía de la Administración Pública Nacional.

Dicha tarea se señaló como función del Cuerpo de Abogados del Estado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5°, inciso b), de la Ley N° 12954, en su reglamentación aprobada por el Decreto N° 34 952/47. Posteriormente se reglamentó su alcance en el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto N° 467/99, determinando los casos y situaciones en los que debe supervisar o intervenir directamente la PTN.

En el año 1996, mediante la Ley N° 24.667, se estableció la dependencia directa del Procurador del Tesoro respecto del Presidente de la Nación, con jerarquía similar a la de los ministros.

Dicha norma reafirma su independencia técnica, característica que ya estaba destacada en la nota de elevación de la Ley N° 18.777 –en parte, derogada por la Ley N° 24.667– con estas palabras: *“La naturaleza de tan delicadas funciones requiere asegurar al organismo que*

debe prestarlas, el mantenimiento de la independencia de criterio que constituye, en definitiva, la mejor garantía de imparcialidad y continuidad en el asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo, lo que permitiría consolidar la juridicidad, objetividad y prestigio de la doctrina administrativa aplicable por los organismos de gobierno...”

Por su parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946 amplió las facultades del Organismo, al establecer que la representación judicial del Estado Nacional en el interior del país –hasta entonces a cargo de los Procuradores Fiscales Federales– fuera ejercida por los Delegados del Cuerpo de Abogados del Estado, dependientes de la Procuración del Tesoro de la Nación, cuando el organismo demandado careciera de servicio jurídico en el lugar.

El proceso de globalización trajo, también, consecuencias en la actuación del Organismo. En el marco de la Ley N° 25.344, su Decreto reglamentario N° 1116/00 y la Resolución PTN N° 02/01, se extendieron notablemente las competencias de la Procuración del Tesoro de la Nación vinculadas a la materia internacional, al sumar a sus atribuciones tradicionales la representación de la República Argentina en distintos procesos y procedimientos internacionales.

Dicha normativa también delegó al Procurador del Tesoro de la Nación la facultad de asumir, mediante resolución fundada, la representación o patrocinio letrado del Estado Nacional, en los procesos que tramitaren ante los tribunales judiciales o arbitrales y organismos con facultades jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales, nacionales, por lo que modificó así el esquema de la defensa judicial del Estado, pues la Procuración del Tesoro adquirió facultades de avocación.¹³

Por otra parte, también por imperio de las normas ya mencionadas, el Procurador del Tesoro de la Nación se encuentra facultado para representar a la República Argentina en las causas que se tramitan ante tribunales locales extranjeros, así como también puede asumir la dirección letrada en procesos ante esos tribunales en los cuales fueran

¹³ La Resolución PTN N° 2/01 definió en su artículo 1°, lo que debe entenderse por procesos arbitrales internacionales, al incluir en ellos el procedimiento previo de solución amistosa que se sustancia bajo las reglas aplicables de los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

parte o tuvieran un interés comprometido los organismos públicos o entes -de la administración centralizada o descentralizada, en su amplia gama- comprendidos en el artículo 6° de la Ley de emergencia económica y financiera N° 25.344, sin perjuicio de recurrir a los servicios de estudios de abogados de la jurisdicción. En estos casos, se coordina la defensa con los abogados contratados, se imparten directivas y lineamientos generales, se controlan previamente las presentaciones judiciales a realizar, se aportan argumentaciones, se formulan observaciones y realizan sugerencias.

La necesidad de reestructurar la deuda pública por imperio de lo dispuesto en la Ley N° 25.565, ha dado lugar al nacimiento de una nueva incumbencia relacionada con la gestión del control de litigiosidad ante tribunales extranjeros, derivada del aplazamiento de pagos, o de las acciones que se inicien contra la República Argentina.

En otro orden, en el contexto definido por las Leyes N.° 23.697 de Emergencia Económica y N° 23.696 de Reforma del Estado, la Procuración del Tesoro asumió una función de significativa importancia en materia de transacciones, por medio de la competencia originada en los Decretos N° 1105/89, 1757/90, 1930/90 y 2140/91.

Posteriormente, con el dictado la Ley N° 23.982 de Consolidación de la Deuda Pública, su Decreto Reglamentario N° 2140/91 reguló el procedimiento de las transacciones, al ratificar la competencia de la Comisión Asesora de Transacciones, se determinó que la misma funcionaría en jurisdicción de la Procuración del Tesoro para intervenir en aquellas que reuniesen los recaudos de dictamen jurídico previo, liquidación del crédito, conformidad del interesado y declaración de reserva de las actuaciones.

Por último, la normativa le ha otorgado a la Procuración del Tesoro ciertas facultades jurisdiccionales.

En efecto, hace ya casi sesenta años, el Decreto Ley N° 3877/63 suprimió la procedencia de los reclamos por daños y perjuicios por sumas mínimas entre organismos administrativos del Estado Nacional, centralizados o descentralizados, incluidas las entidades autárquicas, las empresas del Estado y la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Además, asignó al Procurador del Tesoro de la Nación la facultad de resolverlos, en forma definitiva, cuando no excediese de

determinado monto, supuesto este último en que el Poder Ejecutivo Nacional conservaba su competencia para decidirlos.

Si bien esa normativa circunscribía dichas facultades jurisdiccionales del Procurador del Tesoro de la Nación a los reclamos por daños y perjuicios, posteriormente la Ley N° 19.983 la extendió a toda “...reclamación pecuniaria de cualquier naturaleza o causa...” que se plantease entre los citados organismos o entidades. En ellas, puede también disponer las medidas de procedimiento y prueba conducentes a los efectos de su intervención; asimismo, establece la colaboración obligatoria de los organismos administrativos con especialización técnica a quienes se les requiriesen informes o pericias.

Se trata de cuestiones en las que, en principio, resulta ajeno el interés de los particulares y en las cuales no existe en rigor una controversia de intereses propiamente dicha, ya que, al plantearse la contienda entre dependencias o entidades del Estado Nacional, no puede sostenerse que exista más que una sola parte. Esa circunstancia justificaba detraer de la competencia de los tribunales de justicia estos litigios.

Como ha señalado la Procuración del Tesoro, el propósito de la Ley N° 19.983 no ha sido otro que el de evitar la intervención del Poder Judicial en los diferendos entre las distintas áreas del Estado, conclusión que igualmente se desprende de los artículos 4° y 5° de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549 y 2° de su Reglamento aprobado por el Decreto N° 1759/72 (t. o. 2017), que se encuentran también impregnados de la filosofía de mantener dentro de la Administración las diferencias que se produzcan entre sus organismos.

A partir de ello, la Procuración del Tesoro fue fijando ciertas pautas procedimentales que condujeron, años más tarde, al dictado del Decreto N° 2481/93, modificado luego por el Decreto N° 1848/2002, que reglamentaron esta tramitación.

Si bien la normativa sucesivamente dictada ha ido ampliando en forma progresiva el ámbito de competencia de la Procuración del Tesoro, el proceso de privatización de empresas estatales, así como el de desestatización estatutaria de las obras sociales universitarias y sindicales y el cambio de estatus jurídico-constitucional de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y de las universidades

nacionales, aparejaron una reducción del ámbito de aplicación del régimen de la Ley N° 19.983.

En materia de funciones jurisdiccionales, el Procurador, por otra parte, preside el jurado para la remoción de miembros del Tribunal Fiscal (Ley N° 11.683, t. o. Decreto N° 821/98), competencia esta que se ha mantenido con las modificaciones introducidas a este régimen por la ley N° 27.430.

La misma competencia tenía respecto de la remoción de vocales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en virtud de la Ley N° 22.262, pero fue abrogada por el art. 24 de la Ley N° 27.442.

5. EL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO

Hemos visto hasta aquí el devenir histórico y jurídico que confluó en el dictado de la Ley 12.954, la creación del Cuerpo de Abogados del Estado y el crecimiento de sus competencias. Ahora bien, luego de 73 años de funcionamiento, es dable preguntarse si se mantienen o no aquellos fundamentos, y a la luz del crecimiento de las competencias observadas, más allá de las distintas corrientes políticas que condujeron al país en ese período, nos lleva a pensar, que la existencia y competencias del Cuerpo de Abogados del Estado se mantienen plenamente vigentes. Resultaría impensable desde el punto de vista de la organización misma del Estado, que no existiera una dirección unificadora del criterio jurídico del universo estatal.

También es lógico pensar que tanto la normativa como el funcionamiento, puedan merecer ajustes o cambios para dinamizar los procesos en la gestión jurídica del Estado.

El Cuerpo de Abogados del Estado, constituye una estructura integrada por órganos a los que les cabe la denominación genérica de servicios jurídicos bajo la dependencia técnico-jurídica y la coordinación de la Procuración del Tesoro de la Nación.¹⁴

¹⁴ Dictámenes PTN. "...Los abogados del Estado dependen en lo administrativo (jerárquica y funcionalmente) del titular de la delegación...si bien el Procurador del Tesoro es el Director General del Cuerpo de Abogados del Estado...el ejercicio de la potestad disciplinaria pertenece con exclusividad al

Funciones

Son sus funciones básicas, como ya señalamos, el asesoramiento jurídico de la Administración, la representación judicial del Estado en el ámbito Nacional o internacional, y la instrucción de sumarios administrativos.

A la Dirección del Cuerpo corresponde, además, el registro, control y auditoría de juicios y promover la capacitación jurídica de sus integrantes.

Los servicios jurídicos a su vez están encabezados por una jefatura unipersonal, de tal manera que *la opinión de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de cada Ministerio es*, en realidad, la opinión de su Director General, y esta opinión no puede soslayar la opinión del Procurador del Tesoro de la Nación, pues es vinculante para todos los integrantes del Cuerpo. La obligatoriedad de esta doctrina es pacífica y antigua.¹⁵

Los abogados del Estado no puedan entrar en debate respecto a los dictámenes del Procurador del Tesoro; ello se funda en una razón de orden y de uniformidad administrativa.¹⁶

De este modo cobra sentido, lo opinado en el debate parlamentario previo a la sanción de la ley N° 12.954, por el miembro informante Senador Antille, sobre la necesidad y conveniencia de constituir un ordenamiento de esta especie con una dirección única, dando así coherencia al accionar estatal desde el punto de vista jurídico.

Esta organización reconoce varios principios: unidad (artículos 1°, 2°, 3°, 9°, 13, 16, 17 y 20 que refieren la existencia de una unidad

organismo o ente del cual depende la persona a sancionar...” (v. Dictámenes 246:413); “...el vínculo laboral de los integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado se configura con el organismo o entidad de revista, mientras que con la Dirección General del Cuerpo tienen una relación exclusivamente funcional...” (Dict. 265:88).

¹⁵ Dictámenes, 80: 913

¹⁶ Gordillo, Agustín. El procedimiento administrativo, cap. X, “El recurso jerárquico,” § 15, “Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación” y § 16, “Casos en que se requiere el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación” y sus referencias, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo9.pdf

funcional que llamamos Cuerpo de Abogados del Estado), jerarquía funcional (artículo 2º, en lo referido a las tareas jurídicas específicas- v. además arts. 26 al 29 del Decreto N° 34.952/47), doble inserción (artículo 8º), independencia técnica (artículo 1º), especialidad funcional (artículo 16, pues la intención del legislador fue monopolizar las funciones jurídicas en los integrantes del Cuerpo) y exclusividad en la idoneidad técnica (artículo 7º de la Ley N° 19.549, en atención a que el dictamen jurídico previo al dictado de un acto administrativo que pudiera afectar derechos subjetivos o intereses legítimos del administrado debe cumplirse con intervención de los Servicios Jurídicos que integran el Cuerpo de Abogados del Estado para ser eficaz como elemento esencial del acto administrativo correspondiente).¹⁷

Fiorini agrega: “La ley del Cuerpo de Abogados del Estado instituye el ministerio fiscal de un Estado moderno, pues a las gestiones de la defensa de su patrimonio en los juicios, suma la jerarquización de la función que corresponde al asesor jurídico estatal...”¹⁸

La finalidad perseguida por la Ley N° 12.954 y su Decreto reglamentario N° 34.952/47, ha sido sin duda, la de reconocer entidad propia, reuniéndolos en una estructura funcional común, a todos aquellos agentes públicos que se desempeñen cumpliendo funciones propias de la abogacía al servicio del Estado Nacional.

Se trata, en suma, de que quienes actúan en la órbita de la Administración Pública ejerciendo tareas de abogado a su servicio, se encuentren agrupados en función de esos cometidos, independientemente de la dependencia jerárquico-administrativa que les corresponda. La PTN también sostuvo que el grado de descentralización del ente de que se trate, no obsta a la integración del Cuerpo de Abogados”.¹⁹

¹⁷ García Pullés, Fernando R., “Tratado en lo contencioso administrativo”, Ed. Hammurabi, año 2004, Tomo II, págs. 953 y ss.

¹⁸ Fiorini, Bartolomé, “DERECHO ADMINISTRATIVO”, 2ª ed. Actualizada, 1976, Tomo II, Editorial Abelardo Perrot.).

¹⁹ Dictamen 231:4). Respecto a la amplitud del concepto de Administración Pública, cabe remitirse a Dictámenes 271:127, donde se expresa que “Ello se aprecia con claridad al examinar las normas que le dan intervención obligatoria a esta Procuración del Tesoro de la Nación en asuntos relativos a juicios en los que es parte la Administración Pública Nacional, centralizada y

Es de destacar, además, que el ingreso y promoción en el Cuerpo de Abogados del Estado requiere de una serie de requisitos señalados en los artículos 14 y 15 de la Ley N° 12.954. La exigencia de estos requisitos implica atender al mandato constitucional establecido en el artículo 15 de la Constitución Nacional por el cual “todos los habitantes son... admisibles en los empleos, sin otra condición que la idoneidad” como garantía del eficiente funcionamiento de la Administración Pública.

En este sentido cabe mencionar la Resolución N° 47 de la Secretaría de la Función Pública del 3 de julio de 1994 en cuanto estableció la competencia de la Procuración del Tesoro de la Nación para supervisar los perfiles y requisitos de los llamados a concurso para la designación de agentes como integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado o la promoción de sus miembros.²⁰

¿Quiénes integran el Cuerpo?

Esta pregunta, ha merecido numerosos análisis por parte de la propia Procuración del Tesoro a lo largo de su historia.

Siempre integran una unidad funcional: Procuración del Tesoro, Dirección Nacional, Dirección General, Dirección, Departamento, División, Oficina, Gerencia, Asesoría, o cualquier otra denominación que adopte.

Estas unidades se caracterizan por:

- a) ser organismos públicos, aun cuando la entidad de la que forman parte (un banco, una empresa) esté parcialmente regida por el derecho privado;
- b) estar en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional (no en el de otros poderes, ni órganos extrapoderes, ni entidades con autonomía);

descentralizada, que incluyen de manera expresa a sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria como es el caso de la Ley N° 25.344 en su artículo 6°...”. Dictámenes 239:592 y 241:242. Se morigera la doctrina sostenida en un dictamen del 4 de octubre de 1999 (v. Dictámenes 231:4), emblemático en esta temática pues aun tratándose de entidades regidas predominantemente por el derecho privado, se impone la realidad estatal la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y dirección de la entidad (Dictámenes 251:195).

²⁰ García Pullés, Fernando R., op. cit.

- c) ser organismos permanentes (no comisiones o asesores transitorios);
- d) ser organismos específicos, que tienen encomendada en forma exclusiva funciones propias del Cuerpo de Abogados del Estado: asesoramiento jurídico de la Administración, representación judicial del Estado en el ámbito interno o internacional, la instrucción de sumarios administrativos, el registro, control y auditoría de juicios o la capacitación jurídica de los integrantes del Cuerpo;
- e) por tener una doble dependencia, en lo administrativo, jerárquica y funcionalmente, del organismo o entidad que integran de acuerdo con sus estructuras organizativas; y en lo técnico-jurídico, de la Procuración del Tesoro de la Nación como Dirección General del Cuerpo, ya que están obligados a sostener los criterios jurídicos que haya expuesto ese órgano.

En este marco organizacional y normativo encontramos la razón de creación del Cuerpo de Abogados del Estado. Así, y en principio, la inclusión en el mencionado Cuerpo está dada por dos elementos: uno subjetivo, la calidad de abogado y otro funcional, el desempeño de tareas específicas de dicha profesión al servicio de la Administración Pública Nacional.

En el elemento funcional y la dependencia técnico-jurídica de estos agentes respecto de la Procuración del Tesoro de la Nación, se funda la necesidad y razón de creación de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.

Se apunta también a los conceptos de idoneidad y eficacia administrativa, cuando se establece la exigencia de una capacitación a los efectos del ingreso al servicio público que en este caso recibió consagración explícita con la creación mediante el Decreto N° 754/94 de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.

En los considerandos del mencionado decreto se afirma que "...se hace prioritario reglar los mecanismos tendientes a completar la efectiva formación de los integrantes de ese Cuerpo, en armonía con las reales necesidades del servicio y asegurando que la cobertura de las vacantes que se produzcan sea efectuada con profesionales que hubieren aprobado los programas específicos de capacitación que al efecto se fijen..."

6. LA CAPACITACIÓN DEL ABOGADO DEL ESTADO. UNA MISIÓN NECESARIA Y ESTRATÉGICA

La Procuración del Tesoro de la Nación, como venimos señalando, ha sido dotada de misiones y funciones que fueron acompañando el devenir histórico y la natural evolución de la estructura del Estado.

Observamos que, a partir de mediados del siglo veinte sus competencias se fueron ampliando paulatinamente. Luego de coordinar a los distintos servicios jurídicos, comenzó a supervisar las actividades sumariales de la Administración y tomar a su cargo los sumarios más importantes, posteriormente se facultó la auditoría de los juicios contra el Estado, y la capacitación a los abogados que integran el Cuerpo, hasta que, por último, ya más recientemente, se le encomienda defender al Estado ante diversos tribunales extranjeros e internacionales.

La Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado fue creada como una unidad académica por el Decreto N° 754, del 12 de mayo de 1994, en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Lograr la unificación de los criterios jurídicos en los temas centrales del Estado, que se expresa a través de la actuación de una multiplicidad de organismos, no se alcanza sólo con la intervención en asuntos relevantes o la difusión de la doctrina del Procurador por medio de publicaciones. Requiere de un proceso sistemático, de una formación especial que la carrera de grado universitaria no le otorga al abogado.

Es la Escuela del Cuerpo en consecuencia, quien articula esa sistematización de ideas y principios y se constituye a su vez en un nodo, en un nexo entre los cursantes, profesionales de los distintos sectores de la Administración, y les posibilitará en el futuro una relación personal en la consulta y en la resolución de casos complejos o interjurisdiccionales. En definitiva, la tarea académica persigue una mayor eficiencia y unidad en la acción estatal.

Esta búsqueda de la excelencia como impronta de los abogados del Estado, encuentra sus raíces en la Ley N° 12.954 y su decreto reglamentario N° 34.952/47, que crea el referido Cuerpo con la citada finalidad de aunar esfuerzos en el asesoramiento jurídico y defensa del Estado en juicio.

En dichas normas se encomendaron a la Procuración del Tesoro, entre muchas otras, las tareas académicas y de investigación profesional necesarias para dar coherencia al Cuerpo y consolidar el principio de unidad de criterio en la emisión de dictámenes jurídicos obligatorios para asegurar la validez de los actos administrativos, que dictan los diversos órganos del Estado Nacional.

Con el correr de los años se acentuó la necesidad de reafirmar esa meta. Frente a la reforma constitucional de 1994 y los procesos de cambio que impactaron en los principios tradicionales del derecho público, en los últimos tiempos, fue menester concretar la puesta en marcha de un esquema de capacitación que combinara un alto nivel docente en el posgrado de los profesionales del derecho, conjugada con la experiencia en la práctica y asistencia legal al Estado.

Así, las funciones de la Escuela abarcan tanto la formación de aquellos profesionales que integran el Cuerpo de Abogados del Estado, como de otros profesionales del derecho que prestan servicios en tareas auxiliares.

Este tipo de Escuela y su modalidad de capacitación no es única, ni novedosa, en la organización estatal. El Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, y el Ministerio de Defensa entre otros organismos como el Ministerio de Hacienda, la AFIP, la SIGEN, entre otros, han creado y desarrollado institutos de capacitación específicos con destino a su personal, dado que la naturaleza de sus funciones y objetivos no encuentran en los sistemas universitarios ordinarios, los contenidos curriculares específicos y las orientaciones que se vinculen con las políticas públicas que competen a esos organismos. Así el Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN) y la Universidad de la Defensa, se caracterizan por nutrir a sus cuadros superiores de los conocimientos esenciales y propios de sus gestiones, a través de planteles docentes especialmente capacitados para impartir los conocimientos y difundir los objetivos institucionales.

También la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincias como Buenos Aires, Tucumán y Salta entre otras han desarrollado experiencias similares. A nivel internacional, podemos destacar a la Escola da Advocacia-Geral da União en la Rca Federativa de Brasil, entre otras similares en Sudamérica, y la más notable, École Nationale d'Administration

(ÉNA en Francia, donde se capacitan los más altos funcionarios de ese país. Todas ellas señalan la necesidad y el valor de capacitar a sus propios cuadros.

La Procuración del Tesoro de la Nación, como órgano rector del Cuerpo de Abogados del Estado, no escapa a esta lógica, máxime cuando el espectro de su doctrina se extiende a todos los ámbitos de la Administración Pública Nacional tanto centralizada como descentralizada.

Es de destacar en este sentido que la doctrina ha señalado que “La administración debe completar la formación general dada por aquéllas (las Universidades), para introducir al aspirante a funcionario en los temas específicos de la carrera...”²¹

7. SUSTENTO NORMATIVO DE LA ECAE

El Decreto N° 754/94, dispuso la creación de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, como organismo de capacitación y perfeccionamiento para los profesionales del derecho que desarrollen su carrera administrativa en una delegación del Cuerpo de Abogados del Estado, o deseen ingresar en ellas.

También se reglaron mecanismos tendientes a completar la efectiva formación de los integrantes del Cuerpo, en armonía con las reales necesidades del servicio y asegurando que la cobertura de las vacantes que se produzcan sea efectuada mediante procedimientos transparentes, con profesionales que hubieran aprobado específicos programas de capacitación y selección. En este aspecto creemos que todavía resta mucho por hacer. Establecer un régimen de carrera, selección y cobertura de cargos específico para el Cuerpo de Abogados del Estado, que unifique y remunere de idéntica forma, a quienes realicen iguales tareas, es un desafío pendiente.

El Decreto 754/94 fue complementado y modificado por las Decisiones Administrativas Nos. 101/95 y 141/96. Luego la Resolución Conjunta de la Secretaría de la Función Pública N° 73/95, las Resoluciones

²¹ Sola, Vicente Juan, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III, pág. 591, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009

de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 26/95 y N° 83/01 y la del Instituto de la Administración Pública 53/01 reglamentaron las actividades académicas de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.

La Resolución PTN N° 24/95 buscó asegurar la recepción de la información de los servicios jurídicos para la efectiva participación de la Procuración del Tesoro y la ECAE en la integración de los comités de selección y en la aprobación de los perfiles de los cargos a ocupar por los abogados del Estado.

La estructura de la Escuela, su responsabilidad primaria, misiones, funciones y acciones se encuentran incluidas en la de la Procuración del Tesoro de la Nación, aprobadas por el Decreto N° 1336/98 y modificatorios.

Sin perjuicio de ello, debemos señalar, que el Decreto 754/94 a más de veinticinco años de su dictado, adolece de ciertos desajustes normativos y programáticos que ameritan su actualización.

En efecto, la norma de creación de la Escuela se ha visto modificada de hecho por diversos cambios tanto en el régimen de empleo público, como en cuanto a la existencia y efectiva intervención de los órganos integrantes de las distintas jurisdicciones que, originariamente, tuvieron participación en la actividad de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. En este sentido ya carecen de aplicación específica por desactualización, los artículos 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 del Decreto y la manda que el art. 22 efectuara al Ministerio de Justicia.

Fundamentalmente hace falta a nuestro juicio, reestructurar y redefinir la composición, misiones y funciones del Comité Académico de la ECAE y establecer un régimen para los prestadores docentes, que implique una más adecuada determinación de los criterios de selección, remuneración y vinculación con la ECAE.

8. CARACTERÍSTICAS DE LA CAPACITACIÓN QUE IMPARTE LA ESCUELA

Son funciones de la Escuela, como instituto de capacitación de posgrado, la formación de los abogados que integran el Cuerpo de Abogados del Estado, o de aquellos que quieran integrarse al mismo. Dicha formación apunta tanto al plano científico como ético del ejercicio

de la Abogacía del Estado y también al sostenimiento de las políticas públicas forjadoras del bien común.

La ECAE si bien se crea en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación, en los aspectos académicos se incorpora como entidad rectora de la capacitación de los abogados del Estado, a los programas y objetivos del Instituto Nacional de la Administración Pública, establecidos por la Ley 20.173, y al Sistema Nacional de Empleo Público (SINEP).

La normativa dictada conforme las facultades que la Constitución Nacional le otorgan al PEN como Jefe de la Administración Pública, confiere a la Escuela, la naturaleza de un instituto de formación profesional específico para los abogados del Estado.

En este orden la Escuela participa del proceso de selección de dichos abogados a través del análisis y aprobación de los perfiles que servirán de base en los respectivos concursos y a los efectos de la carrera administrativa, el Instituto Nacional de la Administración Pública, certifica y otorga los créditos del SINEP a quienes aprueban los distintos cursos de posgrado y seminarios dictados por la Escuela.

En este aspecto y para certificar como especialidad la capacitación específica de la ECAE, hoy enmarcada dentro de las denominadas “carreras de Estado”, debería analizarse también, la posibilidad, en acuerdo con el Ministerio de Educación y Cultura, de establecer un procedimiento (vgr. Conformación de una comisión evaluadora mixta) para el reconocimiento y certificación de estas, de modo similar a lo que acontece con las especialidades médicas, según lo determinaron los Decretos 10/2003 y 587/2004, que otorgan al Ministerio de Salud la competencia para validar y registrar las especializaciones médicas. Ello permitiría otorgar validez y reconocimiento nacional a las capacitaciones de la ECAE, más allá del ámbito del PEN como ocurre hasta el presente.

9. EVOLUCIÓN DE LA ECAE

La tarea académica que desarrolla la Escuela fue planificada originariamente sobre la base de la experiencia de docentes en derecho público y funcionarios de la Procuración del Tesoro, considerando también la encuesta realizada en 1994 por el Instituto Nacional de la

Administración Pública para detectar las necesidades del sector. Posteriormente se habilitaron, para actualizarla, mecanismos de consulta permanente con los destinatarios de este esfuerzo y con los organismos en los que revistaban.

Determinadas las prioridades, se pusieron en funcionamiento diversos tipos de cursos y actividades académicas.

La evolución de la Escuela muestra un camino de permanente crecimiento y adaptación a las necesidades del Estado.

Su primer desarrollo podemos definirlo como la etapa fundacional (1995-2000), con el diseño de un posgrado en Abogacía del Estado, denominado Maestría en Abogacía del Estado, organizado con la finalidad de proveer una adecuada capacitación a los abogados del Estado que cumplían función de asesoramiento o representación del Estado en juicio. En esa época aun la Escuela no tenía sede propia y congregó en ese primer momento a aproximadamente cuarenta alumnos.

En el segundo año de su funcionamiento, también, comenzaron a desarrollarse jornadas especiales en las provincias, en algunos casos en el marco de convenios suscriptos con Fiscalías de Estado o Asesorías de Gobierno o Ministerios Públicos (tal el caso de las jornadas-talleres desarrolladas en las provincias de Entre Ríos, Jujuy, Catamarca, Tucumán y La Pampa) o bien por convenios con universidades o Foros de Abogados (Mendoza, Rosario y San Juan). En aquellas jornadas-talleres se puso de relieve la importancia de crear un nexo entre quienes se consideraban instituciones hermanas, con raíces comunes como lo son las Fiscalías de Estado, desarrollando una concepción federalista del ejercicio de la abogacía pública.

En una segunda etapa a la que podemos denominar de consolidación (2001-2007), y como consecuencia del dictado de la Ley de Educación Superior N° 24.521, que obligó a modificar la oferta académica, se diseñó el Sistema de Capacitación inicial en Abogacía del Estado, junto con otros cursos, talleres, conferencias e investigaciones, tratando que el participante y el egresado, obtuvieran una capacitación que trascendiera la mera erudición normativa, posibilitándole afrontar los desafíos que imponen el asesoramiento jurídico del Estado, su defensa en juicio, la actividad sumarial y las demás tareas jurídicas propias del abogado del Estado, tal como se señalaba en los programas de esa época.

El Sistema de Capacitación, aprobado por Resolución PTN N° 83/2001, reemplazó a la Maestría en Abogacía del Estado que se dictó entre 1995 y 2001. El elevado número de inscripciones, para la nueva oferta, tanto en el proceso de ingreso del año 2002 (135 abogados), como en el del año 2003 (113 abogados) obligó a abrir dos comisiones que totalizaron 80 cursantes, duplicando la capacidad de aulas que la Escuela tenía hasta entonces.

Una tercera etapa de la Escuela que llamaremos de crecimiento (2008-2016), ya con sede y aulas propias, incluye su expansión a través de la implementación de diversas especializaciones.

Las características de capacitación en esta etapa de la escuela se ven resaltadas en la resolución N° 162/2009 de la Secretaria de Gabinete y Gestión Pública, que incorporó como carreras de Estado a las especializaciones en Abogacía del Estado, Contratos Administrativos, Derecho Tributario y Derecho Aduanero y en sucesivas resoluciones, se aprobaron otros posgrados como carrera de Estado, tal el caso de la especialización en Asesoramiento Jurídico del Estado, que reemplazó a la de Abogacía del Estado, a la especialización en Derecho Procesal y Defensa del Estado.

En esta etapa también, se diseñaron y desarrollaron cursos de capacitación a distancia con destino a las delegaciones propias de la Procuración en el interior del país, y para los abogados de otras áreas nacionales que cumplen funciones en las distintas provincias (vgr. Ministerio de Trabajo, SENASA, AFIP, Vialidad Nacional, etc.)

La Escuela planificó y desarrolló en esta etapa también, acorde a las necesidades de otros organismos de la Administración, capacitaciones especiales, analizando el marco jurídico propio de dichas organizaciones a fin de profundizar el conocimiento y entrenar a sus planteles para la mejor defensa del interés estatal. Así se dictaron la Diplomatura en Derecho de la Seguridad Social para la ANSES en el año 2010 y en los años 2011 y 2012 una Diplomatura en Derecho de la Salud y Legislación Sanitaria cuya curricula atendía los requerimientos del Ministerio de Salud.

En 2014 a requerimiento del Ministerio de Desarrollo Social y del Ministerio Público de la Defensa, se diseñó una Diplomatura en Género y Derecho de las Mujeres.

Todas las actividades se plasmaron teniendo en consideración una problemática social que, en esos momentos, adquirirían un protagonismo esencial en las políticas públicas y también como respuesta a ingentes conflictos o demandas que se traducían en acciones judiciales en las que el Estado era parte.

También en esta etapa, se llevó a cabo en conjunción con la Universidad Nacional de Tres de Febrero, una “Diplomatura, Especialización y Maestría en Derechos Humanos, Estado y Sociedad” y con una curricula diseñada por la ECAE y aprobada por la CONEAU, una “Maestría en Abogacía del Estado” con dos cohortes egresadas entre 2013 y 2016.

A partir de este período también, se comenzó con el dictado de posgrados y seminarios a distancia replicando en plataforma virtual, los programas que la Escuela dictaba en forma presencial, a fin de llevar la capacitación a los abogados del Estado Nacional que se desempeñan a lo largo y ancho del país, así como, por vía de convenios, se realizaron cursos para las administraciones provinciales que lo requerían. En forma paralela, se dictaron posgrados presenciales en las provincias de Salta, Tucumán, Mendoza, Chubut, Chaco y un sinnúmero de seminarios en las restantes provincias.

A lo largo de los años, podemos afirmar, que la escuela se fue pensando a sí misma, para responder a las necesidades del Cuerpo de Abogados y generar pensamiento jurídico.

A partir del año 2017 mediante Acta N°105/17 del Comité Académico de la Escuela, se aprobó un nuevo diseño pedagógico reemplazando el formato de los anteriores posgrados, tratando de recoger las nuevas necesidades no sólo de capacitación, sino de racionalización y aprovechamiento de los recursos humanos y presupuestarios que imponían las políticas del momento, tratando de dotar a la actividad académica de un mayor énfasis en los aspectos más significativos y acuciantes de la gestión del Estado.

Así se diseñó el Programa de Formación en Abogacía del Estado, buscando mayor intensidad en la práctica de los campos sustanciales del derecho administrativo inherentes a la abogacía estatal, a través de ejes temáticos interrelacionados y diseños pedagógicos que incentivarán la participación de los cursantes, así como el desarrollo y precisión

en el lenguaje jurídico, en las técnicas de redacción y en la jurisprudencia y doctrinas aplicadas.

A fin de optimizar el tiempo de los cursantes y la necesidad de planteada por los distintos servicios jurídicos, así como las limitaciones emergentes de la política dispuesta por esa Administración, la nueva propuesta se dictaría en dos modalidades: semipresencial y virtual, y se integró con un “Ciclo Común” y un “Ciclo Orientado”, atendiendo éste último, a los perfiles específicos de la Abogacía del Estado, al asesoramiento, a la representación y defensa del Estado, y a las relaciones laborales del Estado y su régimen disciplinario.

A ello se sumó luego el dictado de un “Curso Superior en Abogacía del Estado” con diversas orientaciones, tales como Contrataciones, Derecho Tributario o Administración Financiera del Estado. Este Curso está dirigido a abogados del Estado Nacional que acrediten conocimientos y experiencias avanzadas en el desempeño de la práctica en dichos campos y aquellos que hayan aprobado el Programa de Formación, a fin de lograr una especialización.

Es de destacar que sin perjuicio de las políticas públicas que cada Administración lleva a cabo, la Escuela siempre apunta a la necesaria formación continua de la abogacía estatal, a integrar con cursos específicos dirigidos a abogados y auxiliares que se desempeñen en la Administración Pública Nacional, con el fin de introducir, perfeccionar o profundizar conocimientos y destrezas jurídicas propias o de materias auxiliares, de la Abogacía del Estado.

Esta formación continua también incluye jornadas, encuentros, conferencias y charlas dirigidas a abogados y no-abogados, a fin de analizar, reflexionar o debatir temas y problemas concretos sobre conocimientos y experiencias jurídicas propias de la Abogacía del Estado.

La Escuela también, en la medida y con la intensidad que las políticas de cada Administración lo posibilitan, ha incentivado siempre tanto a docentes como alumnos, para que investiguen, publiquen y difundan estudios de dogmática, trabajos de investigación, análisis de normativa, jurisprudencia y dictámenes, comentarios bibliográficos, y toda otra contribución sobre temas y problemas concretos inherentes a las tareas de la Abogacía del Estado, con miras a alcanzar un aporte para la mejora de la Administración Pública en general.

Asimismo, en materia pedagógica, se ha tratado de normalizar los criterios pedagógicos y didácticos de la Escuela. En este orden, se ha proyectado la elaboración de guías pedagógicas, un curso a distancia para los docentes y la celebración de reuniones con los profesores a cargo de los diversos ejes temáticos del Programa de Formación en Abogacía del Estado.

Se ha tratado también de mantener un relevamiento de las necesidades de capacitación de las distintas jurisdicciones, a través de visitas y reuniones con los servicios jurídicos y las áreas de capacitación y periódicamente, se han diseñado y programado cursos específicos.

En definitiva, la flexibilidad en los diseños académicos y pedagógicos, el incentivo a publicar e investigar, la práctica y la reflexión jurídica en forma conjunta, el desarrollo de capacitaciones a medida de las necesidades de los servicios requirentes y la formación continua, han sido siempre los ejes significativos de la Escuela a lo largo de su existencia.

10. CONCLUSIÓN

La primera conclusión que podemos extraer es que la PTN a lo largo de su historia ha convivido con diferentes paradigmas y modelos de Estado. Sin embargo, cualesquiera haya sido la impronta que cada gobierno le ha dado a la labor de su máximo órgano de asesoramiento jurídico, todos se respaldaron, en mayor o en menor medida, en sus doctrinas y paulatinamente fueron acrecentando sus competencias, más allá del modelo de gestión estatal aplicado.

Muchas veces denostado, otras potenciado, el Estado siempre está. Aún cuando no esté presente en términos de efectiva gestión. Con recursos casi siempre insuficientes, pero está. Aún quienes lo critican y pretenden llevarlo a la mínima expresión, le reclaman eficiencia y se valen de sus órganos y recursos para concretar sus intereses y políticas particulares. En cada uno de esos momentos, se ha acudido al Cuerpo de Abogados como tal, para que diera respuestas con esfuerzo y profesionalismo.

Esta capacidad de adaptación ha sido reconocida por la doctrina más diversa al sostener por ejemplo que “...la Procuración no fue

nunca un organismo abstraído de los contextos sociales, económicos o políticos. Por lo tanto, la realidad política, económica o social influye al momento de dictaminar...El abogado del Estado tiene que buscar soluciones que sirvan a la sociedad, defender ciegamente a un particular o defender ciegamente al Estado no sirve".²²

Es sabido que los aspectos axiológicos y sociológicos inciden en las normas y el derecho en general. Por ello, la labor de asesoramiento y defensa del Estado jamás puede abstraerse del contexto en el que se desarrolla.

Esto implicó siempre una capacidad de adaptación a las necesidades del momento histórico y al mantenimiento de cierta estabilidad jurídica en el accionar de la Administración. Los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación importan un pronunciamiento no sujeto a debate o revisión, por los abogados que integran el Cuerpo, *"salvo que concurran nuevas circunstancias de hecho o que el contexto legal tenido en cuenta haya sufrido modificaciones, todo ello con la suficiente relevancia como para determinar la reconsideración de la opinión emitida"*.²³

Este cambio de contexto fue dramático cuando se interrumpieron los procesos democráticos, y un alivio con la recuperación de ellos.

Aun dentro del sistema democrático, es importante que el Estado sea garante de los derechos de mayorías y minorías. Ello requiere de un equilibrio sustancial, evitando que las mayorías avasallen a las minorías por razones políticas, raciales, religiosas o de cualquier índole. Pero también el Estado debe poner límites a las minorías que se pretenden esclarecidas y desprecian la voluntad soberana de la sociedad en la que viven, tergiversando el bien común y el interés general que el Estado debe asegurar.²⁴

²² Ver LOS ABOGADOS DEL ESTADO. LOS AÑOS COMO ABOGADO EN LA PROCURACIÓN DEL TESORO- Mario Rejtman Farah- DIALOGO CON A. GORDILLO. Págs.. 625 a 633. https://www.gordillo.com/pdf_tomo10/libroii/dialogos9.pdf

²³ Dictámenes 275:379

²⁴ El Prof. Rodríguez-Arana Muñoz ha dicho, refiriéndose al interés público, que "es la principal señal de identidad del Derecho Administrativo"; se trata de "un concepto cardinal, central, capital que hoy, en el Estado social y

Este equilibrio, se enmarca en los límites del control de legalidad que debe ejercer la abogacía estatal. Siempre se ha sostenido pacíficamente que el control de legalidad que ejerce la PTN, “*se circunscribe a los aspectos jurídicos respecto de todo proyecto de acto administrativo, modificación o creación de normas legales o reglamentarias, debiendo por ello abstenerse de abrir juicio sobre los aspectos técnicos o económicos que ellas contengan, y sobre las cuestiones de oportunidad o prudencia políticas por ser ellas ajenas a su competencia funcional. La función asesora de este organismo se encuentra restringida al análisis de cuestiones estrictamente jurídicas*”.²⁵ Pero ello no implica, que el Procurador como asesor y representante del PEN, no deba velar por el sostenimiento de los derechos y garantías constitucionales, y también de las políticas públicas que su gobierno, democráticamente elegido, se haya propuesto llevar adelante en cumplimiento de sus programas. Es entonces el Procurador quien evalúa y difunde a través de su opinión ese contexto del que hablamos, y el Cuerpo de Abogados tiene el deber de conocerlo y aplicarlo en su propia gestión, sin por ello perder de vista el marco constitucional y legal.

Este temperamento, ha otorgado también continuidad a la función administrativa del Estado constituyendo un objetivo perseguido por la PTN. En efecto, siempre ha sostenido como regla, que “*la continuidad de la acción estatal supone que se trasladen a los órganos que en la actualidad resulten competentes las consecuencias de hechos u omisiones jurígenas de sus predecesores*”.²⁶ Y vaya si ello ocurre. Cada Administración hereda de la anterior un Estado sin beneficio de inventario.

Quienes llevan décadas al servicio del Estado, observan muchas veces con resignación, como se repite el mito de Sísifo. Entre otros

democrático de Derecho está muy relacionado con la tarea de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos... Esto quiere decir que la Administración, que gestiona dicho interés público, ha de ser consciente de que su papel es de gestor de intereses del pueblo, no de intereses propios”. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime - “El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones públicas”, en Rev. de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 2010), N° 8, págs. 16 a 18.

²⁵ Dictámenes 275:350

²⁶ Dictámenes 275:410.

actores, al Cuerpo de Abogados le toca cargar las piedras derrumbadas, nuevamente a la cima, una y otra vez. Piedras que rodaron por políticas contradictorias, incumplimientos de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, endeudamientos sin destino y tantas otras conductas erráticas que generan juicios eternos y sangría de recursos.

Esta falta de coherencia en el devenir jurídico es el que se pretendió evitar con la creación del Cuerpo de Abogados del Estado. Es de Perogrullo señalar que todavía es un objetivo a cumplir.

Si bien la idea de Cuerpo no es la misma hoy que en el momento de su nacimiento, y tampoco se llegó a desplegar la potencia integradora que pretendían quienes proyectaron la ley 12.954, su concepción básica se ha mantenido, y su doctrina sigue pretendiendo ser un faro para la gestión jurídica de la Administración.

Quedan pendientes por supuesto la revisión conceptual y fáctica de cómo alcanzar una mayor unidad de acción entre todos sus componentes y fundamentalmente, dotarlos de un estatuto único que ponga fin a la injusta desigualdad hoy existente, en la situación de carrera de cada uno de sus integrantes.

Un estatuto propio para la integración del Cuerpo de Abogados sería importante también para otorgar mayor coherencia y cohesión a la defensa del Estado, a la labor de asesoramiento y a la construcción de una sólida doctrina.

Asimismo, frente al desarrollo tecnológico, los avances en materia de inteligencia artificial y la digitalización, creemos que la Procuración del futuro debería pensar en nuevos diseños de la gestión jurídica del Estado. Se debería pensar en la integración multidisciplinaria de los servicios jurídicos. Sumar equipos de investigación y otros de seguimiento por áreas estatales o temas de relevancia institucional, que definan estrategias y evalúen impactos económicos de las acciones jurídicas y judiciales. Hay que pensar de qué forma esta revolución tecnológica va a modificar y condicionar el ejercicio del derecho.

El funcionamiento en red de los órganos del Estado, que importa una descentralización de su gestión, así como los principios de Gobierno Abierto, y la mayor capacidad de procesar información, son los desafíos que impone la era digital y ello necesariamente impacta en

el procedimiento administrativo, en la forma de contratación pública, en la concepción de servicio público y el rol regulador del Estado.

El desafío del Derecho Administrativo será componer las regulaciones normativas y funcionales que se necesitarán para asegurar la validez jurídica, el valor probatorio, la transparencia y la autenticidad de estas nuevas dimensiones de los institutos clásicos de la disciplina, así como un aspecto no menor y esencial, sus efectos dentro y fuera de la Administración, en la protección de los datos personales, críticos y sensibles. Este cambio sustancial en la cultura organizacional del Estado, en el campo jurídico, debería ser conducido por la PTN, y la Escuela habrá de tener si ello ocurre, un rol fundamental en lo pedagógico y en lo comunicacional.

En este sentido, somos fervientes defensores de la necesaria existencia y desarrollo de una Escuela propia, capaz no sólo de formar abogados expertos en derecho administrativo, con vocación pública, sino también de forjar un pensamiento jurídico que trascienda las coyunturas.

La formación académica que brinda la Escuela debe apuntar tanto al plano científico-técnico, como ético del ejercicio de la Abogacía estatal y también al apoyo de las políticas públicas y al sostenimiento del bien común. Debe ser entonces tarea de la Escuela, investigar, analizar y difundir ese contexto axiológico y sociológico del que hablamos, a la par de los aspectos técnico-jurídicos.

La idoneidad no sólo es una cualidad funcional, sino un deber para todo funcionario público y ella es exigida por la Constitución Nacional.

La idoneidad, lleva ínsita la idea de la capacitación permanente y es contrapartida necesaria del derecho a la carrera, principio fundamental de todo estatuto de empleo público.

El Estado como organización jurídica sujeta al Derecho, se expresa esencialmente, a través de actos administrativos y normas, y ello requiere del conocimiento del Derecho por parte de funcionarios y agentes públicos, pero la misión de la Escuela no se agota en la trasmisión de un saber técnico, debe además poner de relieve las políticas públicas que los órganos de la Democracia impulsan desde su gestión como mandato del pueblo. Y es así que el Derecho, y las normas, sólo cobrarán vida y esencia cuando sean herramientas del bien común y de la correcta y justa interpretación de la voluntad soberana de la sociedad.

Año a año transitan por las aulas presenciales o virtuales de la Escuela, centenares de funcionarios, participando en cada uno de los cursos de posgrado y seminarios que se dictan, y el nivel de excelencia del claustro docente, debe ser cada vez más significativo y proyectarse dentro y fuera del ámbito de la Administración Pública.

Elevar los estándares de desempeño de la función pública para abordar los problemas de la sociedad, contribuye, no cabe dudas, al logro de un mayor bienestar colectivo al mejorar la calidad en el proceso de elaboración, ejecución y evaluación de las normas que instrumentan las políticas públicas.

Las exigencias de un mundo interconectado hacen necesario, además, abogados capaces de representar y defender al Estado tanto en los fueros nacionales como internacionales. Tan amplio espectro de actuación, hacen cada vez más importante la labor unificadora y orientadora de la Procuración del Tesoro de la Nación y ello hace imprescindible también, que la actividad de capacitación de los abogados del Estado, sea dirigida y promovida por este órgano a través de su Escuela y dentro de su competencia directa.

Es por todo ello que las actividades que diseñe y promueva la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, deben representar una visión estratégica de la capacitación y la formación de funcionarios que tienen por misión asesorar en la proyección, motivación y fundamentación de los actos administrativos, así como gestionar, controlar y ejercer la defensa en juicio de las distintas áreas estatales, teniendo siempre como norte, la defensa del interés público.

Muchas veces se ha debatido sobre la conveniencia o no de que la Procuración tenga una Escuela de formación, subrayando que hoy las universidades tanto públicas como privadas, ofrecen un sinnúmero de posgrados que podrían suplirla. No cabe duda de que las Universidades argentinas tienen la capacidad y la solvencia científica para abordar incluso los temas de la abogacía estatal. Pero el análisis a nuestro juicio no pasa por la solvencia académica, sino por la necesidad de contar con una modalidad, una estrategia y una gestión de capacitación específica y en cercanía con sus destinatarios.

Cuando se pensó en derivar la capacitación a las Universidades, la idea no prosperó, al confrontar las características de la autonomía

universitaria con la necesaria potestad de dirección del Cuerpo que la Procuración tiene por ley, y el carácter vinculante de su doctrina para sus integrantes.

A nuestro modesto entender, ni en el grado, ni en los posgrados, las universidades podrían suplir por completo la especificidad de la formación teórica y práctica que brinda la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.²⁷

No nos resulta posible pensar que ante la necesidad inmediata de investigar y formar en uno o varios temas que se suscitan en la gestión de las diversas áreas estatales, se pueda echar mano de inmediato a docentes y funcionarios especializados, para desarrollar esos temas y transmitirlos, como lo hace y ha hecho la Escuela desde su creación.

Ello sin entrar a dilucidar la diferencia entre la visión teleológica que orienta en el campo del derecho, al mundo universitario, más enfocado –como es lógico, además– en la defensa de las garantías y derechos ciudadanos frente al Estado. Este último, que también tiene que velar por los derechos de la población, lo tiene que hacer, con un delicado equilibrio, desde la perspectiva pública, enmarcando esos derechos dentro del contexto del bien común y de las necesidades de toda la sociedad, y no sólo desde el plano de los derechos individuales. Entendemos que se trata de un matiz, pero en la práctica de la gestión pública, ese matiz adquiere trascendencia y hace al principio de juridicidad que rige al Estado.²⁸

Basta señalar a este respecto, la creciente litigiosidad generada por el notable y auspicioso avance de los derechos humanos y sociales en materia de salud, género, vivienda, ambiente, etc. Atender esta

²⁷ Ver op cit (21). En el trabajo citado le preguntaron al Dr Gordillo si ¿son las facultades de Derecho espacios de formación de futuros abogados del Estado?, y entre otros conceptos respondió: “El problema no es diferente al de la enseñanza del Derecho en general...Prevalece la enseñanza teórica y no se enseña con problemas, con casos. El diploma no tiene presunción de conocimiento”

²⁸ El Poder Ejecutivo está obligado a la juridicidad, noción más amplia que la simple legalidad y que engloba a la Constitución Nacional y a los principios generales del Derecho; el ordenamiento jurídico no es, en el procedimiento administrativo, un valor disponible o renunciable por la Administración. Dictámenes 232:296

pléyade de necesidades implica para los abogados del Estado, conocer en profundidad las posibilidades y limitaciones que la Administración enfrenta en cada oportunidad, ello, para satisfacer cada uno de dichos reclamos, y proveer, además, de argumentos y soluciones que permitan a jueces y ciudadanos encontrar una justa y equilibrada respuesta, que permita a su vez al Estado, cumplir con el universo de fines que debe atender.

Nada obsta en este aspecto para que la Escuela, lleve a cabo programas compartidos con Universidades, pero la propia existencia y participación de la Escuela, permitirá la concreción de los objetivos, misiones y funciones que interesen específicamente a la Procuración del Tesoro en aras de las políticas públicas que deba sostener.

Tal como bien expresa el Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz *“la idea, básica y central, de que el interés general en un Estado social y democrático de Derecho se proyecta sobre la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos en lo que se refiere a las necesidades colectivas, exige que en cada caso la actuación administrativa explicita, en concreto, cómo a través de actos y normas, o poderes, es posible proceder a esa esencial tarea de desarrollo y facilitación de la libertad solidaria de los ciudadanos...La cuestión de la motivación del acto administrativo es consecuencia de la obligación de rendición de cuentas que pesa sobre una Administración democrática. Hasta tal punto esto es así que se puede afirmar, sin empacho alguno, que una Administración pública será tanto más democrática cuanto más y mejor motive los actos administrativos dictados en el marco de potestades discrecionales”*.²⁹

En el cumplimiento de esos paradigmas, tal como lo exige la propia Constitución Nacional y la Ley de Procedimiento Administrativo, radica la importancia y la trascendencia del Cuerpo de Abogados del Estado, así como, la necesidad de la existencia de la Escuela, que tiene por misión formar a sus integrantes.

²⁹ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. Revista Federal de Derecho - Número 4 - Mayo 2019-Fecha: 23-05-2019-Cita. IJ-DCCXL-719.

“ARTIGUÉ”

O LA VIDA DESNUDA

JOSÉ MARTOCCI¹

Universidad Nacional de La Plata

*Sería inútil explicarle las razones.
Además, no alcanzaría a comprenderlas.*

El Proceso, F. Kafka, trad. R. Krugger, Civitas, Madrid, 1987)

¿Existen vidas humanas que han perdido todo valor?
Agamben, G.: Homo Sacer. El poder soberano y la vida desnuda²

INTRODUCCIÓN AL CONTENIDO

“La interpretación legal tiene lugar en un campo de dolor y muerte”³, nos dice Robert Cover en su texto clásico “La violencia y la

¹ Director de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos y del Seminario en Derechos Humanos y Discapacidad / FCJS-UNLP.

² AGAMBEN Gioridio: Homo Sacer. El poder soberano y la vida desnuda, p. 209.

³ COVER Robert: “La violencia y la palabra” en “Derecho, narración y violencia”, p. 135. Aquí nos dice: *“La interpretación legal tiene lugar en un campo de dolor y muerte. Esto es verdad en varios sentidos. Los actos de interpretación legal señalan y ocasionan la imposición de violencia sobre otros: un juez articula su entendimiento de un texto y, como resultado, alguien pierde su libertad, su propiedad, sus hijos, hasta su vida. Las interpretaciones del derecho también constituyen justificaciones para la violencia que ya ha ocurrido o está a punto de ocurrir. Cuando los intérpretes han culminado su trabajo, frecuentemente dejan detrás víctimas cuyas vidas han sido destrozadas por esas prácticas sociales organizadas de violencia.”*

palabra”, definición drástica que nos ayuda a pensar –y acaso desnudar- la manera en que naturalizamos el poder de encierro y sufrimiento que anida en la punición penal.

Semejante interpelación sobrevuela la historia que nos aprontamos a contar.

Hace más de dos décadas, en víspera de una reforma constitucional que cambiaría para siempre el derecho argentino, se conoció una sentencia dirigida a proteger la vida e integridad física de una persona privada de su libertad en la provincia de Buenos Aires, sometida en forma constante a tratos crueles y brutales abusos por parte del servicio penitenciario.

Luego de múltiples denuncias, inoperante la instancia judicial provincial en orden a su cuidado y protección elementales (art. 18 CN.), este detenido acudió al fuero federal por vía de un *habeas corpus* correctivo a partir del cual la Cámara Federal platense dispuso su custodia y protección en el ámbito federal; decisión que más tarde la Corte Nacional revocaría bajo argumentos de competencia, restituyendo el detenido a la jurisdicción provincial.

En lo medular, la Cámara Federal dispuso que el detenido quedaba:

“... sometido a la custodia federal con fines de protección, en virtud de lo prescripto por el art. 13 de la Convención contra las torturas y que en cualquier momento podía ser conducido ante el tribunal provincial.”

¿Por qué desenterrar un precedente judicial sucedido en los años 1993/94? ¿Para qué esta arqueología?

El caso nos interesa por diversos motivos.

Primero, porque mantiene abierta la pregunta –siempre perentoria- sobre los deberes del Estado en orden a hacer efectivos –esto es, reales- los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, a tenor de la doctrina de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de normas específicas de Naciones Unidas en la materia.⁴ Se trata de la pregunta sobre la operatividad y eficacia de estas normas, que no cesa de inscribirse frente a una

⁴ PITILEVNIK Leonardo, compilador, “Superpoblación carcelaria. Dilemas y Alternativas” Ed.Didot, Bs.As. 2019, p. 215/244.

realidad que pervive y una cultura del castigo y el sufrimiento en el alojamiento carcelario.⁵

Segundo, porque el caso que comentamos llevó al extremo el *habeas corpus* correctivo como vía de excepción a la regla de competencia jurisdiccional, para poner a resguardo de la justicia federal la integridad y vida de un detenido, abriendo el conflicto con la justicia provincial de origen y constitucionalmente competente. Para hacerlo, despejó rituales y fue a la sustancia del problema: proteger la integridad y la vida.

Tercero, porque en su audacia –irreverente de cuestiones de competencia- la sentencia de la Cámara Federal platense interpela un sistema que desprotege, abandona y despoja de derechos a la persona privada de su libertad, al tiempo que, en su vigoroso gesto de tutela, evoca el principio *pro persona* constitutivo del paradigma de derechos humanos como deber preminente del Estado y, aún más, de quienes deben encarnar la garantía de justicia. En esta línea nos dice que es competente el juez que protege.

Cuarto, porque la trama judicial que presentamos muestra los dos modos posibles de la jurisdicción: uno que se asienta en el no ver, el otro que mira y acciona la protección. Este último dentro del paradigma constitucional, el otro no. En la efectividad de la garantía judicial se juega la suerte de los derechos humanos.

Por último, porque Artigué es aquí el nombre propio de una vida descartable, despojada de derechos, vida desnuda, que evoca en su padecimiento a multitudes sobrantes. Sujeto de castigo de poderes fácticos sin ley, *homo sacer* de un estado de excepción que se hace regla, triunfo de la barbarie frente al derecho, como indica la experiencia de encierro en la región según la copiosa doctrina de la Corte Interamericana.⁶

Vamos con el desarrollo de estas ideas.

⁵ COMISION PROVINCIAL POR LA MEMORIA. Informe Anual 2019. El sistema de la crueldad. Pags. 65/215. También en el registro de Defensoría de Casación de la Provincia de Buenos Aires.

⁶ GIL BELLONI, Agustina y IREGUI, Juan en ob.cit. nota 3, p. 215/245.

I. PRESENTACION

1. Sergio Artigué es el protagonista de esta historia. Privado de su libertad en el sistema penitenciario y a cargo del poder judicial de la provincia de Buenos Aires, sufre golpes, vejaciones y maltratos constantes, todos los cuales fueron denunciados y probados, sin resultados concretos para su seguridad. A partir de la denuncia de un crimen sucedido en el Penal, su vida corre peligro.

Inoperante el poder judicial local y sin alternativas para proteger su vida, Artigué acude al fuero federal por vía de un *habeas corpus correctivo* reclamando la “custodia federal”.

Su petición genera una sentencia disruptiva que despejando cuestiones de competencia, coloca en el centro del deber eminente de jueces y juezas la protección efectiva de la persona bajo encierro, vulnerada en sus derechos esenciales.

A más de dos décadas de esta sentencia, la interpelación que abre el caso Artigué sigue abierta, tanto como las prácticas de castigo y sufrimiento que se dirigen a los sujetos de encierro, que no han variado en sustancia ni retrocedido frente al paradigma constitucional de los derechos humanos. Por el contrario, su realidad crece en la misma medida en que se muestran inoperantes las normas de máximo rango dirigidas a la protección de las personas privadas de libertad.⁷

2. El presente trabajo propone, por tanto, el análisis crítico del caso resuelto el 30 de julio de 1993 por la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones con asiento en la ciudad de La Plata, caratulado “*Artigué, Sergio Pablo s/Habeas Corpus*”, tanto como del fallo consiguiente de la Corte Nacional que con fecha 25 de marzo de 1994 y por medio del “*Incidente de restitución de detenido*” (Fallos: 317:247) revisa dicha decisión tanto en sus fundamentos como en su parte dispositiva, dejando sin efecto la “*custodia federal*” del detenido que da nombre a la

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, Resolución 1/08; Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Instituto de Reeducción del Menor”, sentencia del 2/9/2004 y caso “Bulacio”, sentencia del 18/9/2003, entre otros.

causa, revocando, con ello, la llamada “*competencia de la justicia de excepción*”.

El caso bajo análisis, cuya particularidad fáctica y jurídica referiremos enseguida, nos permitirá asimismo abordar en su profunda riqueza y originalidad una serie de nociones clásicas que bajo el paradigma constitucional de los derechos humanos entran, por decir lo menos, en crisis. Y esto así aun cuando al tiempo en que estos fallos se dictaron dicho paradigma no expresaba la jerarquía que vendría a tener con la reforma constitucional del año 1994 (art. 75 inc. 22 CN.) y con la consagración expresa de la acción de *amparo* y de *habeas corpus* como instrumentos de tutela rápida y efectiva de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Argentina (art. 43 CN.), mediante un diseño que resalta en forma indudable el principio *pro persona*, vale decir, un mecanismo de protección inmediata y eficaz de todo sujeto de derecho frente al poder del Estado e incluso de los particulares.⁸

3. No dejamos de subrayar entonces, pues allí reside su vigencia y fuerza ejemplar, que la relevancia del fallo dictado por la Cámara Federal platense está en su virtud para resignificar instituciones procesales y del derecho público en pos de cumplir con el imperio del nuevo constitucionalismo (a esa altura normativamente incipiente con la aprobación legislativa de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y de la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, de rango supra legal según el precedente “Ekmekdjian” -7/7/1992- de la Corte nacional).

Según la postura de la Cámara Federal, la competencia jurisdiccional provincial debe ceder ante la flagrancia de la violación de un

⁸ Es por demás sabido que al aprobar los Tratados de Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos asumen varias obligaciones, no en relación a otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción; y que el órgano judicial es el encargado de asegurar, frente a cualquier violación de sus disposiciones, un procedimiento especial, rápido e idóneo (Abregú Martín en “La aplicación del Derecho Internacional de los DDHH por los tribunales locales: una introducción”: www.derechopenal.com.ar). También es sabido que la incorporación normativa de los Derechos Humanos en el orden internacional, y su adopción por los Estados, implica la transformación del principio de soberanía y la consecuente adecuación del derecho interno a los principios y estándares de aquellos.

derecho humano fundamental consagrado en las citadas Convenciones; en el caso, la probada comisión de torturas y tratos aberrantes hacia una persona privada de su libertad.

Asimismo veremos que la argumentación que ofrece la Cámara Federal no pone en tela de juicio el poder punitivo del Estado, ni su organización de la jurisdicción y competencia, ni el principio del juez natural; ni se dirige a revocar la imputación del delito cometido por Artigué, su procesamiento y prisión preventiva –decisiones propias del Juez de origen o Juez natural-, sino que acude en su protección frente a sucesivos maltratos denunciados –y atendidos ineficazmente por los Jueces locales competentes- y ante la comprobación de las lesiones derivadas de ese proceder violatorio por parte de la autoridad penitenciaria que, paradójicamente, se encuentra a cargo de la custodia y cuidado del recluso.

La tensión entre estas perspectivas, que lleva a la Corte, como veremos, a ofrecer dos líneas de argumentación diversas pero con idéntica conclusión -aun cuando ninguna de ellas plasma un fundamento con estricto asiento en los derechos humanos y su técnica de garantía eficaz-, nos servirá, en suma, para abordar la profunda conmoción conceptual, jurídica, política e institucional que ha provocado la aparición con fuerza normativa de primer rango del *corpus iuris* de los derechos humanos, a cuyo contraste, posiciones como la de la Cámara de Apelación penal provincial exhiben, además de su atraso, un evidente espíritu corporativo y reivindicativo, más preocupado por sus atribuciones que por la integridad psicofísica de un recluso –sin condena firme- a su cuidado.

II. EL CASO

1. Los hechos. En trazos gruesos, el caso que exponemos se explica del siguiente modo (la letra cursiva es cita textual):

- El Sr. Sergio Pablo Artigué se hallaba detenido a disposición de la Cámara Tercera, Sala II, de la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, procesado por la comisión de delitos graves.
- Denuncia maltratos reiterados ante sus jueces naturales, los que no son atendidos en forma suficiente y eficaz (pese a los diversos traslados dispuestos), pues aquellos persisten.

- Acude entonces ante un Juez Federal, con asiento en esa misma ciudad, solicitando la tutela de la justicia federal para asegurar su integridad física, planteando un *habeas corpus* con fundamento en el art. 3, punto 2do. de la ley 23.098.⁹ El Juez Federal se declara incompetente y eleva las actuaciones a la Alzada conforme los pasos previstos en la ley (art. 10, segundo párrafo).

- Siguiendo el procedimiento normado, llega la causa en consulta a la Sala III de la Cámara Federal que fija una audiencia donde comparece Artigué, quien reitera el pedido de *“tutela de la justicia federal para su integridad física.”* Para ello explica *“que hallándose detenido en una celda de castigo de la Unidad 9 con otro interno, presencié el homicidio de este último, realizado por guardiacárceles, a quienes denuncié ante jueces de la Cámara que se encontraban de visita en el establecimiento y que dieron intervención al Juzgado Penal n° 7 de La Plata, prestando declaración ante personal de la Comisaría 8va que al efecto se constituyó en el penal.”*

- Desde ese momento fue objeto de constante maltrato (golpes, encierro en celdas de castigo, hostigamiento) al punto que denuncia, en la misma audiencia, que *“al ser conducido desde la prisión de Junín para comparecer ante este Tribunal, había sido golpeado con bastones.”* La Cámara Federal ordena un reconocimiento médico que comprueba la existencia de dos tipos de lesiones: unas databan de 12 a 48 horas y las otras de 10 a 15 días, aproximadamente.

- Con ello, el 30 de julio de 1993 el Tribunal revoca la resolución del *aquo* –juez federal que había recibido el *habeas corpus*- y declara su competencia para alojar al detenido en la delegación local de la Policía Federal *“a fin de preservar su integridad física”*, comunicando tal decisión a la Cámara III del Departamento Judicial de La Plata.

2. Los fundamentos de la intervención federal de excepción.

Frente a este cuadro y en apoyo de semejante medida, la Cámara Federal ofrece la siguiente fundamentación:

⁹ El art. 3, punto 2do., expresa: *“Procedencia.* Corresponderá el procedimiento de *habeas corpus* cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique: ... 2do.) Agravación ilegítima de la forma condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.”

- Que no se trata, el remedio intentado, del “*habeas corpus*” reglado por la ley 23.098, “*sino que cae en las formas genéricas del amparo*” y que como tal el caso debe ser abordado bajo la luz del precedente “Marrese” del 28/11/85 (CSJN Fallos: 307:2249), en tanto “*el amparo impetrado involucre cuestiones especialmente regidas por la Constitución en el sentido del art. 2do inc. 1ero. de la ley 48 (v. caso citado, cons. 3, 4 y 5)*”, vale decir, “*cuando el amparo se funda en derechos federados específicos*.”

- Que en el caso no sólo asistimos a “*la violación de los últimos preceptos del art. 18 de nuestra Carta Magna que proscriben los castigos corporales y toda especie de tormento*”, sino que “*juegan, además, las prescripciones de los arts. 35 del Pacto de San José de Costa Rica y más particularmente los de la Convención contra las torturas u otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes vigentes para el Estado Federal, y cuya violación acciona su responsabilidad internacional*”. Cita especialmente el artículo 13 de esta última Convención y el precedente “Ekmekdjian” del 7/7/1992 (recordemos que la sentencia bajo estudio es del año 1993).

- Que las normas internacionales citadas son ley suprema para la Nación y se imponen sobre cualquier norma de derecho interno, excepto la Constitución, y que deben prevalecer “*contra cualquier ley o decisión judicial de los estados, y cualquiera sea el titular del derecho debe ser protegido por los tribunales federales*.”

- Que la competencia federal aparece como indudable “*cuando el tratado a aplicar exige un remedio efectivo -hasta ahora no logrado- para situaciones como la aquí planteada*”, comprometiendo en su defecto la responsabilidad internacional del Estado.

- Que dada la analogía entre el supuesto de autos y el habeas corpus reglado por la ley 23.098, cabe recordar su art. 3ero inc. 2do. “*en el sentido de que son controlables por esa vía las condiciones en que se cumple la privación de libertad, sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso*.”

- Que, en suma, frente a “*la existencia de un derecho federal específico a tutelar, la justicia federal de este circuito está facultada, a juicio del Tribunal, para adoptar las medidas de urgencia necesarias para hacer efectivo lo establecido por el art. 13 de la Convención contra la tortura ...*.”

3. Los fundamentos de la Corte Federal para revocar. Voto mayoritario.

- Previsiblemente, la decisión de la Cámara Federal fue llevada ante la Corte Nacional por la Cámara en lo Criminal y Correccional de La Plata en pleno, aduciendo, en lo central, que aquél tribunal desconocía las medidas adoptadas en resguardo de la integridad física de Artigué (que enumera), que la decisión importó considerar que la justicia provincial no garantizaba la integridad del detenido y que el decidir apartar de su jurisdicción al detenido implicaba que la Cámara Federal se había constituido en un tribunal autorizado a dar instrucciones y revisar las medidas de la cámara provincial, *“lo que determinaba una inaceptable alteración del orden constitucional al que decía proveer.”* Reitera luego que aquello implicaba una intromisión y avasallamiento de los poderes constitucionales del Estado provincial. En tales condiciones, reitera el pedido *“de inmediata restitución del detenido a la jurisdicción provincial”*, al tiempo que destaca en su queja ante la Corte Federal, en tono de descargo, que sólo en caso de presumirse connivencia con los eventuales autores de los supuestos tormentos podía extenderse a la alzada provincial alguna responsabilidad por los hechos denunciados y decidir apartar de su jurisdicción al detenido.

- Ante ello, la Corte Nacional revoca la intervención federal y ordena la restitución del detenido a la justicia provincial (CSJN. Fallos: 317:247, sentencia del 25-3-1994). Lo hace, en su posición mayoritaria, bajo los siguientes argumentos:

- Rápidamente encuentra (considerando 8vo.) que el nudo de la cuestión *“es un conflicto entre tribunales ... en tanto uno de ellos reclama la exclusividad de sus potestades para disponer y supervisar los lugares de alojamiento y la custodia de un detenido sometido a su jurisdicción, el otro con su conducta la cuestiona.”*

- Sigue diciendo, con cita de doctrina del Tribunal, que la interpretación constitucional debe tender al armonioso desenvolvimiento de la actuación de las autoridades federales y locales *“evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa.”* (cons. 9no. -énfasis nuestro-).

- También afirma, con cita de doctrina propia, que resulta “*inconstitucional impedir a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, a las que las autoridades de cada estado están obligadas a conformarse ... pues deben tratar todas las cuestiones federales propuestas.*” (cons. 11).

- Aduce, asimismo, en el considerando 12, que el derecho emergente de la Convención contra la Tortura –ley 23.338- debe ser “*pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes*” (art. 13), y que ello “*encuentra realización en el derecho público argentino por medio de la pertinente división de jurisdicciones que derivan del régimen federal de gobierno (art. 1, Constitución Nacional), de lo cual se desprende que la justicia federal carece de jurisdicción para conocer en la denuncia del hecho emanado de autoridad local, que no obstaculiza el ejercicio de funciones de una autoridad federal, ni involucra otras cuestiones que justifiquen su intervención (arts. 67, inc. 11, 100, 104, 105 y 108, CN.; art. 8, inc. 2 y 28 de la ley 23.098; art. 4to. Ley 16.986, y doctrina Fallos: 307:2249).*” (énfasis agregado).

- Que con ello se torna evidente –considerando 13- que “*la Cámara Federal excedió ese límite jurisdiccional y afectó las potestades de la Cámara provincial, en tanto ésta, a partir de aquél momento, no pudo disponer la comparecencia ni el traslado del procesado con exclusividad ... Y tampoco pudo realizar el control directo de los requisitos que la Constitución Nacional establece para el régimen carcelario (art. 18), facultades estas que emanan del carácter de la detención del individuo sometido a un proceso en sus estrados y que sólo a ella incumbían (Fallos: 302:885).*”

- No se trata entonces, concluye la Corte en su considerando 14, del incumplimiento por parte de la Cámara provincial de la citada Convención –como aduce la Cámara Federal-, ni de la colisión de ésta con legislación interna, nacional o provincial, sino de una actuación que excede el límite de sus facultades legales; por lo que corresponde “*ordenar el reintegro de la custodia del detenido al tribunal provincial*”.¹⁰

¹⁰ El énfasis es nuestro.

4. Voto en minoría del Dr. Petracchi. El Ministro Enrique Santiago Petracchi en su disidencia parcial adhiere al voto de la mayoría en la decisión de fondo tomando el caso como una mera cuestión de competencia, pero se aparta de los demás Ministros al avizorar que lo que subyace en el conflicto jurisdiccional tiene por objeto el interés en proteger y resguardar los derechos fundamentales de Artigué frente a la privación de libertad que ejecutaba el estado provincial sobre su persona.

Dice Petracchi, en el tramo que lo distingue de la posición mayoritaria, que “... *la incompetencia de los tribunales federales ordinarios para entender en el caso, no resulta óbice para que esta Corte adopte las medidas que, sin afectar las legítimas facultades de la justicia provincial, sean idóneas para asegurar el irrestricto cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina en la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya inobservancia podría generar la responsabilidad internacional de la Argentina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máxime dada la ineficacia de las decisiones adoptadas por el Tribunal provincial a la luz de los hechos denunciados*” (considerando 16, voto de Petracchi).-

Dicha circunstancia, más el criterio de la CSJN en el caso “Ekmedjian” en cuanto a que la tutela de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana exige al Estado argentino asegurar sus estándares por medio de la legislación o, en su caso, por las sentencias de organismos judiciales, lo llevan a resolver, además de devolverle la competencia a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata, que dicha Cámara eleve a la Corte Suprema de Justicia de la Nación informes mensuales acerca del estado psicosocial del interno Sergio Pablo Artigué.¹¹

III. CRÍTICA DEL FALLO DE LA CORTE FEDERAL

1. No es ocioso subrayar que el desarrollo del caso, en sus tres instancias, fue inmediatamente anterior a la reforma constitucional

¹¹ Siempre es complejo el rol de juzgar. El voto de Petracchi parece oscilar entre la culpa de advertir la claudicación en la protección del detenido —como precio de restaurar la competencia según propone— y la necesidad de diferenciarse del voto mayoritario e intentar una salida útil a través del pedido de informes mensuales.

producida en el año 1994, por medio de la cual, como es sabido, los *Tratados* de derechos humanos identificados en el art. 75 inc. 22 de la CN adquirieron rango constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”¹² y en todo cuanto no contradigan “*la primera parte de esta Constitución*”, al tiempo que dispuso que “*deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”.

Si bien el precedente “Ekmedjian”, citado por la Cámara Federal en su respaldo, había arrojado nueva luz a la interpretación constitucional de los *Tratados* (al asignarle valor superior al orden jurídico interno, haciendo excepción de la propia Constitución), ello no alcanzó, evidentemente, para que la Corte Nacional considerase el conflicto bajo el nuevo paradigma de los derechos humanos. De hacerlo, acaso su decisión hubiese sido otra, como lo demuestra el precedente “*Galeano, Juan Carlos s/Hábeas Corpus*” (CSJN. Fallos: 322-2735; G-507.XXXIV, del 1/11/999) que repasaremos sobre el final.

Así entonces resulta clave entender que el pronunciamiento del 25 de marzo de 1994 en el que la Corte resuelve lo que consideró un “*conflicto entre tribunales*” –Considerando 8vo.- dejando sin efecto “*las medidas dispuestas por el fuero de excepción*” de la Cámara Federal platense en favor de Artigué –por carecer de “*jurisdicción*”- y ordenando “*el reintegro de la custodia del detenido al tribunal provincial*”, se dio en un contexto previo a lo que se considera, ya sin lugar a dudas, un nuevo paradigma constitucional que promueve la protección de la persona como valor preeminente –en especial cuando la persona se encuentra bajo encierro-, responsabiliza a los Estados parte al no hacerlo y provee herramientas para su tutela efectiva.

Ello sin dejar de decir, como lo haremos más adelante, que la intervención de la Cámara Federal, aún antes de la reforma de 1994, podía ser defendida constitucionalmente.

¹² Bajo la expresión “*condiciones de su vigencia*”, la Corte Nacional ha entendido que la aplicación de los *Tratados* se extiende también a la interpretación que de sus cláusulas ofrece la Corte IDH (causa “*Girolodi Horacio*”, 7/4/95, Fallos 318:514), tanto así que en múltiples FALLOS cita e incorpora tales estándares con carácter normativo. Respecto de los dictámenes de la Comisión Interamericana el criterio ha sido fluctuante, aunque predomina en el máximo Tribunal la posición de tenerlos como “referencia” interpretativa. En el caso “*Bramajo*” –Fallos: 318:240- la CSJN expresó que “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales.”

2. Como se desprende de la reseña del voto mayoritario, y también del de minoría, el nudo argumental que vuelca la decisión de la Corte está expuesto en el Considerando 13 donde advierte que la Cámara Federal “*excedió*” su límite jurisdiccional –entendido como el que deriva del “*régimen federal de gobierno (art. 1, Constitución Nacional)*” y que “*afectó las potestades de la Cámara provincial en tanto ésta, a partir de aquél momento, no pudo disponer la comparecencia ni el traslado del procesado con exclusividad sino que se pretendió imponerle que requiriera el consentimiento o diera noticia de ello a un órgano ajeno a su jurisdicción*”, impidiéndoselo además hacer el control directo de los requisitos que la Constitución Nacional establece para el régimen carcelario (art. 18), facultades que emanan, sigue diciendo, “*del carácter de la detención del individuo sometido a un proceso en sus estrados y que sólo a ella incumbían (Fallos: 302:885)*”. En este entendimiento, según el Considerando 12, “*la justicia federal carece de jurisdicción para conocer en la denuncia del hecho emanado de autoridad local ...*”.

Sobre el final, en su síntesis resolutoria, la Corte vuelve sobre este núcleo al reiterar que la Cámara Federal actuó “*excediendo el límite de sus facultades legales*”, de modo que no hay duda de que allí encontró la infracción constitucional para fallar como lo hizo.

Curiosamente, no hay mención al instituto del *habeas corpus correctivo*, regulado por la ley 23.098, bajo cuya invocación Artigué había acudido a la instancia federal en busca de protección para su integridad y su vida.

3. Reducido el punto nodal de la controversia al régimen federal de gobierno y a una cuestión de distribución de poderes entre el Estado nacional y el provincial y, con ello, de competencia jurisdiccional, resulta obvio que la Corte posó su mirada en el interés por preservar aquél orden, por sobre la tutela efectiva de la integridad física del propio detenido; víctima, según lo probado en instancia judicial, de tormentos y malos tratos graves y continuos (que sólo cesaron con la intervención de la Cámara Federal).

De modo que la Corte organizó el conflicto poniendo de un lado el régimen federal de competencias y del otro la suerte de Artigué quien, no debe olvidarse, sólo obtuvo seguridad con la protección ordenada por la Cámara Federal.

Es obvio pues, que la Corte consideró más relevante la distribución constitucional de poderes y competencias y su inmediato restablecimiento, que la evidencia flagrante del maltrato a un detenido, cuya seguridad, a cargo de los tribunales provinciales, había fracasado invariablemente, pues no otra cosa indican las denuncias y distintos traslados dispuestos a lo largo del sistema penitenciario de la provincia. De modo que no hay exageración en decir que la vida e integridad física de una persona privada de su libertad, cuya protección *in extremis* ponderó la Cámara Federal para abrir su tutela excepcional, tuvo en su hora menos valor que el restablecimiento de la competencia y jurisdicción y “*el reintegro de la custodia del detenido al tribunal provincial*”.

Así, la Corte federal redujo la controversia a un “*conflicto entre tribunales*” y entendió que no había tensión entre normas, como tampoco la necesidad de una interpretación, en los hechos, los mecanismos de tutela para situaciones de “agravamiento” de las condiciones de detención.

La Corte vio las normas de competencia jurisdiccional, no la vida doliente de Artigué cuya protección estaba en juego.

4. Aún antes de la reforma constitucional de 1994, el orden jurídico argentino había incorporado mediante el mecanismo allí previsto, algunos *Tratados* de derechos humanos emblemáticos, como por ejemplo la “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*” y la “*Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*”, ambos de aplicación al caso.

Como se dijo, la Cámara Federal consideró que estos instrumentos, en particular el art. 35 del primero (*rectius*: se refiere al 25, que consagra la tutela judicial efectiva) y el 13 del segundo, como el art. 18 de la CN, en tanto “*derechos federales específicos*” autorizan su intervención tutelar en función de asegurar las condiciones de detención de Artigué, seriamente afectadas por el maltrato y las torturas comprobadas; al tiempo que destacó (como lo reproduce el *Considerando 7* del voto en mayoría), por si hubiese duda, que el detenido no se encontraba sustraído a la competencia de los jueces de la causa “... *sino sometido a la custodia federal con fines de protección, en virtud de lo prescripto por el art. 13 de la Convención contra las torturas y que en cualquier momento podía ser conducido ante el tribunal provincial ...*”. (Esto motivó, no es menor

recordarlo, que el Procurador General, en nueva vista, consintiera la medida y considerara abstracta la cuestión).

La Corte entiende, por el contrario, que las garantías del detenido deben ser aseguradas por sus jueces naturales, que el orden y distribución de competencias federales y locales deben ser especialmente preservados –que es su función constitucional asegurarlo- y que no advierte contradicción entre las normas citadas por la Cámara Federal y la vigencia real del principio de organización federativa puesto que los tribunales ordinarios pueden asegurar, en uso de sus propias facultades, los derechos del detenido.

Pero en ese cielo de la enunciación jurídica nada dice la Corte sobre cómo actuar cuando queda probado el recurrente incumplimiento del deber de seguridad hacia el recluso y la inoperancia de sus jueces naturales para proteger su vida –que es un suplicio-.

Primó un discurso del olvido de lo esencial: la negación del sometimiento de Artigué al poder discrecional –salvaje- de quien debe protegerlo.

5. Creemos que aquí reside la zona errónea del fallo, que lleva a la Corte a adoptar una decisión que, bajo la interpretación equivocada del principio de competencia y jurisdicción, posterga los derechos fundamentales del detenido, asegurados por el art. 18 de la Constitución Nacional y los *Tratados* ya en esa época vigentes, cierra sus ojos al padecimiento y esteriliza su función esencial que no es otra que proteger a la persona.

La protección de la persona y su dignidad es el nuevo rol de la jurisdicción constitucional en perspectiva de derechos humanos a partir de su incorporación eminente (art. 75-22 CN.). Este es el núcleo de la tutela judicial y su evolución hasta nuestros días.

IV. EL OLVIDO DE LO ESENCIAL

La función judicial falla cuando olvida y niega lo constitutivo de su rol de protección de la persona vulnerada. El eje de sentido de la garantía judicial no es otro que la protección del más débil.¹³

¹³ FERRAJOLI, Luigi: “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Trotta. 2010.

Es lo que distingue y conmueve de la sentencia de la Cámara Federal platense; es lo que se ausenta en el fallo de la Corte en Artigué.

Lo vemos de cerca:

a. La intervención de la Cámara Federal respondió a un pedido de protección formulado como último recurso por un detenido a cargo de jueces provinciales y bajo la custodia del sistema penitenciario provincial, ante la ineficacia de las medidas de seguridad tomadas por aquellos (más de cinco traslados, entre otras) y la comprobación directa de los golpes y lesiones recibidas. Con lo que quien debe velar por la seguridad del detenido, en verdad la violenta. Esto vulnera, como es obvio, la garantía del art. 18 CN.¹⁴, tanto como las normas de la *Convención Americana* y la *Convención contra la Tortura*, con la consiguiente obligación –y eventual responsabilidad- para el Estado nacional de asegurar en todo su territorio herramientas eficaces para evitarlo.

b. Esta herramienta de tutela efectiva es el *habeas corpus* regulado por la Ley 23.098 –promulgada el 19/10/1984-, cuyo artículo 3ero. lo declara procedente contra todo “*acto u omisión de autoridad pública que implique: ... 2° Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere*”.¹⁵

c. Esta norma, entonces, incluso a la época en que tuvo lugar el presente caso (año 1993), debió interpretarse a la luz protectora de la garantía del debido proceso (art. 18, última parte, CN.), puesto que

¹⁴ La Corte Nacional siempre vio en el art. 18 de la CN un deber de seguridad del Estado frente a la persona privada de libertad (CSJN. Causa “Pequín” Fallos: 6:321 año 1868; causa “López Jordán Ricardo”, Fallos: 21:121, año 1879) y una garantía operativa (CSJN Fallos: 318:2002, causa “Badín, Rubén” sentencia del 19-10-1995, “Gutierrez”, “Verbitsky”, entre otros). Ver asimismo, SAGUES, Néstor: Derecho Procesal Constitucional, T IV, Astrea 2008; PIECHESTEIN Ana, en COMENTARIOS DE LA CONSTITUCION ARGENTINA, Gargarella Compilador, T II p. 215 y ss. La Ley, 2016.

¹⁵ La Corte Nacional ha declarado que para los demás derechos fundamentales la herramienta de tutela efectiva reclamada por el art. 25 de la Convención Americana es la “acción de amparo”, también receptada, y no por azar, en el art. 43 de la CN.. Es oportuno recordar que el “habeas corpus” es una garantía que forma parte de la cultura jurídica occidental desde hace siglos, y que de ella deriva -en nuestro derecho a partir de “Siri” y “Kot”- la acción de amparo.

resulta ser su instrumento de operatividad específico, así declarado por la Corte nacional en innumerables ocasiones (CSJN. “Badín”, Fallos: 318-2002; “Verbistky”, Fallos: 328:1146; “Lavado”, Fallos: 329:3863; entre otros).

d. Esto llevaba naturalmente a ajustar el principio de competencia en dos sentidos posibles: (i) o bien entendiendo que no está en juego en el caso (puesto que el detenido no es sustraído a la autoridad de sus jueces naturales, sino que se asegura por acción autónoma específica su seguridad física mientras esté privado de su libertad), (ii) o bien entendiendo que el principio de competencia debe flexibilizarse ante la preeminencia del valor vida y la integridad física del detenido (ello en el marco de la denuncia que Artigué había formulado contra agentes del Servicio Penitenciario de la Provincia y de las medidas infructuosas destinadas a preservarlo de su maltrato recurrente; y siendo que es harto previsible, de acuerdo a la experiencia común, que la autoridad encargada de su custodia y seguridad fuera a hacer precisamente lo contrario; al tiempo que la sola duda o amenaza acciona la tutela especial)¹⁶.

e. En suma, o no estaba en juego la regla de competencia o bien esta debía convivir con la garantía operativa del debido proceso que contiene el art. 18 CN, en orden a que la cárcel no es para castigo sino para seguridad de los detenidos lo que *“importa la provisión de la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral.”* (CSJN. “Badín” y otros antes citados)

f. Lo que no podía hacer la Corte es desproteger a quien no tiene otras herramientas a su alcance -pues se han mostrado inútiles- para reclamar por su integridad y por su vida, que acudir *in extremis* y mediante un remedio previsto específicamente para ello, a una instancia jurisdiccional distinta a la autoridad comprometida -por omisión o acción preventiva insuficiente- por la violación de sus derechos elementales. Si la autoridad provincial encargada de su cuidado es quien lo maltrata en forma recurrente, sin freno y pese a las medidas adoptadas, y quien amenaza su vida, y quienes deben protegerlo no lo consiguen, entonces resulta obvio que el sistema constitucional debe ofrecer una alternativa que asegure los valores fundamentales en juego

¹⁶ Ver Madariaga, Rodolfo en la obra colectiva “Derecho Procesal Constitucional”, p. 213 y ss., Ed. AD HOC, 2006).

y la efectividad del art. 18 CN (que en su redacción es imperativo y tajante y fija la responsabilidad de los Jueces a cargo), si pretende ser una técnica de garantías y no letra muerta.¹⁷

g. No se advierte que ello comprometa competencia alguna, dado que el caso y el proceso penal sigue a cargo de su juez natural¹⁸ y el *habeas corpus* correctivo no avanza sobre esas funciones, preservadas en su favor por el propio art. 3ero. de la ley 23.098 cuando en su párrafo final destaca que el *habeas corpus* se habilita “*sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere*”¹⁹.

h. Pero si lo hiciese, como sostiene la Corte nacional, no parece un costo institucional gravoso frente a la prisión como castigo de Artigué, al riesgo que corre, a la obligación de asegurar valores fundamentales preeminentes y evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino. La organización de la competencia y jurisdicción no es un valor prevalente aquí; lo es la vida y dignidad humana.^{20- 21}

¹⁷ La Corte Interamericana de DDHH ha impuesto como obligación general de los Estados asegurar la efectividad de los derechos consagrados y tanto más de las herramientas de acceso a la Justicia, como en el caso del *habeas corpus* (entre múltiples caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya” o “Ximenes López” –párrafos 101 y 103-).

¹⁸ Como lo resalta del Procurador de la Corte Nacional en su segundo dictamen al declarar abstracta la cuestión.

¹⁹ Sabemos que esta parte de la norma ha generado polémica (Madariaga, ob. cit. p. 215) sin embargo la expresión nos parece muy clara en el sentido de distinguir la competencia del Juez del proceso respecto a la del Juez del *Habeas Corpus* (a cargo ambos de hechos distintos). Precisamente, el agravamiento de las condiciones de detención se independiza del proceso donde se dispuso la privación de libertad, nos recuerda Bidart Campos, y adquiere singularidad propia.

²⁰ La interpretación es la clave del Derecho, de su dinámica y de su propio ser. Como nos recuerda Carlos COSSIO, “el canon del sujeto cognoscente está en el juez” (“Ideología y Derecho”, Prólogo, citado por CARCOVA en “Las Teorías Jurídicas Post Positivistas”, p. 102) Es interesante recordar aquí el rol de Porcia en el Mercader de Venecia cuando propone un espacio interpretativo que no implica la abolición de la ley de la ciudad y de los hombres –como Antígona- sino la traducción en justicia de la legalidad, ajustando su alcance a la equidad y a valores preeminentes “procurando que la habilidad sustituya al sacrificio trágico” (cit. Talavera Pedro: “El Mercader de Venecia o la interpretación como clave del Derecho”, en *Derecho y Literatura*, p. 155 y nota p. 156, 158, Ed.Comares). El de Artigué ha sido un “sacrificio trágico”.

Y basta repasar los *Tratados*, ya vigentes entonces (aunque en rango inferior al otorgado por la reforma de 1994), para apreciar la protección que recibe por medio de diversas cláusulas (*principio pro persona*: arts. 1, 4, 5, 29 Convención Americana). Precisamente el impacto del *corpus iuris* de derechos humanos en el orden interno tiene que ver con la fuerte conmoción que reciben instituciones clásicas (como la cosa juzgada, el principio dispositivo, de preclusión, de congruencia, la prisión preventiva, de organización federal, entre tantos) y el deber del Estado, y de los Jueces, de ajustar sus alcances vía control de convencionalidad. La construcción jurisprudencial de la Corte Nacional en las últimas dos décadas y media (desde la tímida pero original cita en “*Ponzetti de Balbín*” del Pacto de San José de Costa Rica, hasta el presente –“*CELS*”, “*Simón*”, “*Mazzeo*”, “*Giroldi*”, “*Mendoza*”, “*Espósito*”, “*Halabi*” entre tantos-) demuestra creciente-mente su extraordinaria recepción.²²

²¹ Cumplido el juicio de “legalidad” (menester formal de identificación de las normas vigentes y su jerarquía) la Corte debió imponerse –no lo hizo– un juicio de “legitimidad” que es de naturaleza material y que obliga a determinar su coherencia con los principios, valores y derechos constitucionalizados. Precisamente Ferrajoli insiste en que la validez de una norma supera el control formal (si su sanción responde al procedimiento previsto) y que obliga al Juez a corroborar su ajuste sustancial a los derechos humanos constitucionales.

²² Recordemos también que bajo el influjo de este nuevo constitucionalismo, y en el marco de procesos contenciosos en el sistema interamericano, nuestro país debió implementar políticas y reformas institucionales de envergadura, como derogar el “desacato” (que afectaban la libertad de expresión y de prensa: “*Verbisky*”, caso num. 12.128 ante la Comisión IDH); conmutar penas a los condenados por la toma del cuartel de La Tablada (por no respetarse sus garantías procesales: “*Abella y otros*”, caso 11.137 ante la Comisión); apoyar la tramitación de causas por derecho a la verdad (“*Aguiar de Lapacó*”, ante la Comisión); autorizar la presencia de un veedor internacional en el juicio oral por la causa AMIA (caso “*AMIA*” 12.204 ante la Comisión); crear un mecanismo para el acceso de las víctimas del accionar policial a sumarios administrativos instruidos contra policías (caso “*Schiavini*” num. 12.080 ante la Comisión); derogar la ley de migraciones de la dictadura militar y agilizar la radicación de extranjeros (caso *De La Torre*, num. 12.306 ante la Comisión); adecuar la legislación sobre detención de menores de edad a estándares internacionales (“*Walter Bulacio*”, sentencia del 18/9/2003 de la Corte IDH.; entre otros).

i. De hecho, bajo esta impronta se dicta el fallo “*Gallardo*”²³, donde la Corte (CSJN Fallos: 322:2735, sentencia del 1-11-1999) acepta el control de las condiciones de detención por parte de un juez distinto al natural de la causa (aunque del mismo fuero federal de Mendoza), con cita enfática de doctrina del principal Tribunal americano y de la Corte Europea. Allí define que el habeas corpus regulado en el art. 3, inc. 2, de la ley 23.098 tiene por objeto “*establecer un medio legal adicional, rápido y eficaz para resguardar el trato digno en las prisiones y solucionar situaciones injustas que allí se plantean*” que comprometen la dignidad humana, y que esto constituye materia de tutela “*sin perjuicio de las facultades propias del juez de la causa*”²⁴ Nos parece evidente que “*Gallardo*” expresa la interpretación auténtica, la única posible en perspectiva constitucional (art. 18, 43 y 75-22 CN.), de esta técnica de protección de la integridad física y la vida contra los desvíos y la arbitrariedad del poder público; que de otro modo se desnaturaliza y pierde sentido como lo demuestra lo resuelto en “*Artigué*”, donde la Corte Nacional jerarquiza lánguidos criterios de competencia frente al maltrato recurrente y al peligro patente de vida.²⁵⁻²⁶⁻²⁷

²³ Gallardo, detenido por infracción a la ley de estupeficientes, impulsó un habeas corpus ante un Juez Federal distinto al natural de su causa, denunciando la suspensión del tratamiento médico y de rehabilitación, entre otros maltratos, y la dificultad de comunicarse con su abogado debido a la interferencia del Servicio Penitenciario de la Pcia de Mendoza. Fue rechazado en instancias de grado.

²⁴ Alejandro Carrió celebra el fallo, postulando que inaugura “una suerte de control judicial externo al del juez a cargo del proceso que motivó la detención”, con lo que entiende se modifica la tradicional doctrina de la Corte Nacional en orden a que “el habeas corpus no autoriza a sustituir, en las decisiones que les incumbiere, a los jueces propios de la causa” (ver “Derecho Procesal Constitucional”, p. 207, Ad Hoc, Bs.As. 2004).

²⁵ El nuevo paradigma obliga a revisar, como ya se dijo, diversas instituciones clásicas, entre ellas la dinámica tradicional de la organización federal en nuestro país. Al adoptar los Tratados (art. 75-22 CN.) el Estado Nacional asume su responsabilidad internacional por las violaciones de los derechos allí consagrados en todo su territorio y cualquiera sea el agente que las haya causado; esto incluye, obviamente, a las provincias. Por tanto, frente al sistema de protección continental hay, de parte del Estado nacional, un deber de respuesta y garantía. En “Artigué” la Cámara Federal expuso este argumento.

²⁶ La Convención Americana sienta en su art. 28 lo que se conoce como “cláusula federal” y con ello, según alguna opinión, cierta limitación a la

j. Bajo la doctrina tradicional de la Corte en materia de competencia del juez natural²⁸, expresada en “Artigué”, el *habeas corpus* pierde su poder tutelar y se convierte en una institución decorativa, de aplicación residual, pese a que la *Convención Americana* reclama de los Estados asegurar un “*recurso sencillo y rápido*” contra actos que violen los derechos fundamentales y que en materia de libertad y condiciones de detención lo asegura la ley 23.098 desde el año 1984. Frente a este rango de protección, la “competencia” o “jurisdicción” son valores subalternos.²⁹

intervención del Estado nacional en el ámbito provincial. Sin embargo, la Corte IDH ha interpretado la “cláusula federal” con el alcance de la “cláusula territorial” (propia de los Pactos de Naciones Unidas) sosteniendo, con buen criterio, que la obligación de activar la intervención provincial frente a violaciones de sus agentes, debe ser considerada junto con las obligaciones de respeto y garantía que asume el propio Estado nacional, por lo que instaura un “rol de garante final” en el cumplimiento de los derechos humanos por parte de los Estados provinciales (ver ABRAMOVICH, Víctor en “Una nueva institucionalidad pública”, Introducción a la obra colectiva). Y es un fiador activo, no expectante. Como apunta Ariel DULITZKY en su estudio sobre el tema (“Implementación del Derecho Internacional de los DDHH en los sistemas federales”) el art. 28 de la Convención Americana –o “cláusula federal”– es considerado un verdadero “anacronismo” abrogado no sólo por las tendencias actuales en la materia sino además por la jurisprudencia de la CIDH.

²⁷ Precisamente, el informe del año 2004 y sucesivos del Comité contra la Tortura (Naciones Unidas) reafirma la responsabilidad del Estado nacional frente a las violaciones sistemáticas del servicio penitenciario en la Provincia de Buenos Aires, advirtiendo sobre la impunidad que implicaría refugiarse en las autonomías provinciales. Y así destacó que el Estado argentino tiene la obligación de garantizar que en la provincia de Buenos Aires rija la prohibición de detención de menores en dependencias policiales, así como toda detención por motivos asistenciales.

²⁸ Hay un reseña completa de esta posición tradicional de la Corte Federal sobre el Habeas Corpus en ALMEYRA, Miguel A. “Repensando el Habeas Corpus”, p. 305 y ss. en *Revista de Derecho Procesal* 4). En esencia sostiene que el habeas corpus no procede frente a decisiones emanadas de Tribunales competentes (FALLOS. 68:316 in re “Altini” y sucesivos “Lucconi” (1996), “Solari”: FALLOS: 220:35); tanto como que no es la vía para revocar sentencias firmes dictadas por otros Tribunales judiciales (FALLOS 281:377; 303:1354; 311:2048; 311:133).

²⁹ Habrá que decir también, desde una lectura constitucional clásica, que la regla de competencia debe ser entendida en favor del encausado y en orden a

k. En rigor, el nuevo paradigma constitucional de los derechos humanos no finca su trascendencia, a nuestro juicio, en la incorporación de “nuevos derechos” sino en un nuevo estándar de interpretación jurídica que consagra a la persona humana y su dignidad como máximo bien a custodiar y que torna inadmisibile el que adopta la Corte Federal aquí.³⁰

l. No dejaremos de destacar también, la trama cultural que coloca a la persona bajo encierro (como en otro orden a los niños, las personas con discapacidad, ancianos, indigentes, indígenas y demás grupos vulnerables) no en condición de sujeto de derecho sino, antes bien, en sujeto despojado. En *nuda vida*, en términos de Agamben.³¹ En “no sujeto”, en “cosa”.³² Nótese que los argumentos de la Cámara provincial en pleno trasuntan un fuerte tono reivindicativo y posesivo (les fue sustraído algo), puesto que su malestar finca no en su ineficacia para frenar al poder penitenciario y su probada brutalidad en el caso -que debería controlar, investigar y sancionar para asegurar la integridad de Artigué-, sino en que se sustrajo de su órbita, de su jurisdicción, de su

evitar procesos parciales o persecutorios y asegurar la neutralidad y el debido proceso, de vigorosa protección, aún antes de 1994, a través del art. 18 CN. Ya luego de la reforma constitucional esto se enfatiza y la competencia habrá que verla, al menos como primera aproximación, como un sistema eficaz de protección inmediata de la persona y será de aquél Juez que la asegure. Así, la competencia irá con la víctima. Nos parece claro que en “Artigué” la Corte resuelve bajo el estigma del “*detenido*” y olvida su condición de ciudadano y sujeto que denuncia y acredita la violación de su derecho a la integridad psicofísica y a la vida. Así redujo la cuestión a que el “detenido” es del Juez del proceso que dispuso la prisión; una visión patrimonialista, por decir lo menos, vergonzante.

³⁰ La experiencia de transformación de nuestro Derecho a partir de la reforma constitucional es un proceso expansivo, complejo e inexorable, encabezado por la Corte Federal, como se ha reseñado, pero que aún no se incorpora cabalmente en los centros de enseñanza ni termina de consolidarse como una nueva cultura jurídica.

³¹ AGAMBEN, Giorgio: “Homo Sacer. El poder soberano y la vida desnuda”, Adriana Hidalgo Ed. 2017, p. 207 y ss.

³² Ver GARGARELLA, Roberto: “Sobre presos y jueces” y “El Estado tiene dos varas para penar delitos” (en su blog “seminariogargarella”). Aunque alarmante, esa apreciación del detenido como “no-sujeto” no es privativa de un sector de la magistratura, que en verdad expresa opiniones sociales extendidas y reproducidas sin pausa por los medios de comunicación, constituyendo así un fuerte “sentido común” frente al tema.

señorío, un recluso³³. La Corte convalida esta concepción no sólo en la sustancia de la decisión sino en el uso desafortunado del lenguaje cuando ordena “*restituir al detenido*” o el “*reintegro de la custodia del detenido al tribunal provincial*.” Los actos de nominación producen el mundo, nos recuerda Didier Eribón.³⁴

m. En el mismo orden de ideas no debe olvidarse que si bien una persona detenida es un sujeto de derechos (a la vida, a su integridad psicofísica, y a no ser sometido a torturas o vejámenes, entre otros) su reclusión y el hecho de estar sometido a una autoridad pública que reduce sustancialmente su libertad, de por sí recorta la posibilidad real de defensa y acceso a la justicia que posee una persona libre. Es entonces una persona vulnerable –desvalida– que debe gozar de trato preferente en denuncias que hacen a su encierro y a la autoridad encargada de su custodia. Esta relación de “*sujeción especial*” ha sido desarrollada por la Corte Interamericana en diversos precedentes³⁵ citados asimismo por la Corte nacional.³⁶ Tanto más cuando, como en el caso, los golpes, malos tratos y peligro de vida tienen sustento probatorio y el poder carcelario se muestra despótico. Pero esto sólo puede verse si se posa la mirada en la víctima, en vez de hacerlo en la autoridad y en una subalterna cuestión de competencias.³⁷

³³ Esto sin dejar de destacar el desconcepto que implica pretender que la configuración de su responsabilidad requiere “*connivencia*”.

³⁴ ERIBON Didier, “Principios de un pensamiento crítico”, p. 144/145, Ed. El Cuenco de Plata, 2019.

³⁵ La Corte Interamericana de DDHH., en “Loayza Tamayo vs Perú” -1997-; en “Instituto de Reeduación del Menor Panchito López vs Paraguay”, sentencia del 2-9-2004; en el caso “Ximenes López”, con sentencia del 4/7/2006, ha expresado claramente –párrafo 88, 103– que toda persona que se encuentre en condición de “*particular vulnerabilidad ... es titular de una protección especial*”, tanto como que ello conlleva “*medidas de acción positiva*.” En igual sentido en “Montero Aranguren vs Venezuela”, año 2006, donde la Corte confirma la doctrina del encierro como maltrato y tortura.

³⁶ CSJN, in re “Verbitsky”, sentencia del 3-5-2005; o propiamente “Gallardo”, sentencia del 1-11-1999.

³⁷ Pero la víctima es un “detenido” que, no hay duda de esto, ningún valor se le otorga frente al poder, y que no es concebido socialmente como un sujeto de derechos. En “Ximenes López” la Corte advierte y enfatiza en su párrafo 107 el “*desequilibrio intrínseco de poder*” que padece la persona privada de su

n. A la par de la infracción constitucional, con lo dicho se advierte un problema ético y político, que en términos de Carlos Skliar es óptico: en dirección a dónde se mira, qué queremos ver o preferimos no ver.³⁸ Hay una voz ausente en la decisión final de la Corte, una voz -la de Artigue- que no encuentra lugar ni recepción. Hay una gravedad aquí inadvertida. Nos dice Eribón que "... son las voces ausentes las que revelan, por su ausencia misma, la verdad profunda del sistema, su violencia, su brutalidad".³⁹

o. A esta altura no nos explicamos por qué razón la Cámara Federal no conduce su intervención de excepción bajo la forma del *habeas corpus* reglado por la ley 23.098, siendo que uno de sus supuestos de procedencia, como se ha visto, es exactamente el presente caso; y en cambio lo hace bajo el remedio del *amparo* federal, debilitando, a nuestro juicio, el argumento tutelar, con cita de normas internacionales que en ese entonces no integraban la CN (según "Ekjmedjián" tenían en ese tiempo rango supra legal, no constitucional)⁴⁰; tanto como es curioso el silencio de la Corte Nacional al respecto siendo que bajo ese argumento podía eludir, si así lo quería, la cuestión de competencia que se le proponía por parte de la Cámara provincial.⁴¹

libertad (en ese caso, un discapacitado mental) frente a la autoridad. Precisamente, el nuevo paradigma constitucional de los derechos humanos jerarquiza la protección especial de la víctima frente a todo otro argumento. Se trata de una prioridad absoluta.

³⁸ SKLIAR Carlos: "Pedagogía de las Diferencias", p. 18, Noveduc, 2019.

³⁹ ERIBON, Didier: "Principios de un Pensamiento Crítico", Ed. El cuenco de plata, 2019, p. 129.

⁴⁰ Nos parece que la Cámara Federal encontró mayores posibilidades de ver confirmada su intervención de excepción en la Corte Nacional bajo el argumento del "amparo" de derechos federales, que bajo la figura del "habeas corpus" (cuya jurisprudencia era regresiva), lo que confirmaría la creatividad y sutileza del *dictum*.

⁴¹ No es difícil leer, entre líneas, que la cuestión suscitaba imponderables institucionales y que ello definió la suerte del desdichado "Artigué". ¿En qué se convertiría el habeas corpus? ¿Convalidar la decisión de la Cámara Federal plantearía alterar los poderes jurisdiccionales? ¿Daría paso a la multiplicación del remedio en el fuero federal frente a decisiones de los jueces locales?. El voto del Dr. Petracchi, que advierte la gravedad de la violación a los derechos de Artigué y no sin culpa propone una solución intermedia, deja traslucir esas dudas.

p. El caso bajo estudio es excepcional puesto que el control, por vía de *habeas corpus* –aunque con la ambigüedad que lo aplica la Cámara Federal-, es ejercido por un órgano federal respecto de uno local, a cargo, éste, de asegurar el no agravamiento de las condiciones de detención. Esto puso en juego la susceptibilidad federalista, produjo tensión de poderes y un campo de incertidumbre.⁴²

q. Como se adelantó, la Corte Nacional cinco años después en el precedente “Gallardo” (*Fallos*: 322:2735, sentencia del 1/11/1999), varió su perspectiva entendiendo que la suspensión de medicamentos y de atención médica tanto como la incomunicación con su abogado –denunciados por Gallardo ante un juez federal de la Provincia de Mendoza distinto del natural a cargo de su causa, también federal-, implicaban medidas que agravaban la detención en forma ilegítima, revocando el rechazo del *habeas corpus* correctivo en las instancias de grado. Como se ha visto, allí dijo que el objeto de este instituto ha sido “establecer un medio legal adicional, rápido y eficaz para resguardar el trato digno en las prisiones y solucionar situaciones injustas que allí se planteen” y con cita de jurisprudencia internacional indicó que los hechos sufridos por Gallardo en su detención comprometen la “dignidad humana”.

r. Pudo ser esta la solución en “Artigué” dado que estos argumentos ya eran entonces derivación natural del art. 18 CN., última parte, y de su norma operativa que es el art. 3, punto 2 de la Ley 23.098.⁴³ Pero se impuso, con más repetición que razones, una visión vetusta del derecho y de la práctica constitucional y, entrelíneas, una concepción corporativa que desatiende valores preeminentes. Tomás Jofré nos recuerda que la Constitución Nacional prevalece sobre todos los

⁴² Como veremos, el derecho americano (EEUU) cuenta con un uso del Habeas Corpus que permite, aunque con fluctuaciones jurisprudenciales, la revisión ante un tribunal federal de decisiones de tribunales estatales concernientes a la libertad y debido proceso legal de una persona acusada de un delito. Esta función, que habilita la justicia federal de excepción es conocida como “collateral review” y tuvo su mayor amplitud en los años 60. También es nombrado como “relitigio subsidiario”.

⁴³ En este sentido véase BOUYSSOU Norma; PELLONI Fernando M. Hábeas Corpus: contribuciones a la causa del estado de derecho. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol.2, n.1.p. 111, notas 22, 25 y 58.

poderes, “*incluso el Judicial*”.⁴⁴ En nuestros días, el poder judicial está aún más obligado por el bloque constitucional, pues este lo instituye en garantía de cumplimiento y efectividad de la vida digna. Todo derecho humano tiene un contenido constitucional que vincula y que exige ser respetado, y será vinculante no sólo para el legislador sino también respecto de la función ejecutiva y judicial.⁴⁵

s. La Corte ha relajado la objeción de competencia provincial no delegada, en los siguientes casos, aunque ninguno con el alcance de lo resuelto por la Cámara Federal platense en Artigüé.

t. Reivindicando el sentido tutelar de esta garantía, la Corte Nacional en la causa “HARO, Eduardo M s/Incidente de Habeas Corpus Correctivo” (CSJN. Fallos: 330:2429, sentencia del 29/5/2007), expresó que se trata de errores u omisiones que conducen a “*truncar la actuación judicial que el legislador ha previsto para velar por la protección de los derechos de las personas que se encuentran privadas de su libertad*” (Cons. 7) y que de tal modo se “*desvirtuó el procedimiento del Habeas Corpus tornando inoperante esta garantía en el caso ... sin que se le diese al amparado la oportunidad de ser oído.*” (Cons. 8). Cabe destacar que Haro había sufrido la amputación de sus testículos y otras lesiones en oportunidad de ser alojado en una comisaría de Comodoro Rivadavia, pese a lo cual el Superior Tribunal de Chubut apreció que “*no se vislumbraba un empeoramiento de las condiciones de detención.*” (Cons. 5).

u. En línea análoga la Corte nacional intervino en la problemática penitenciaria de la provincia de Mendoza librando órdenes tanto a la provincia como al estado nacional para poner fin a violaciones estructurales de derechos humanos (CSJN. Fallos: 329:3863 y 330:111, in re “Lavado Diego”, sentencia del 6-9-2006 y 13-2-2007). Al hacerlo no se excusó en razones de competencia o de poderes no delegados sino que entendió que “*... le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector*

⁴⁴ JOFRE, Tomás “Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, comentado, 2da Ed., Bs.As. 1965, p. 301). Citado asimismo en CFed. Gral. Roca, sent. del 15/11/1993, ED. 156-205, con nota de Bidart Campos).

⁴⁵ BOUYSSOU-PELLONI, ob cita en nota 42, p. 140.

a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (Fallos 328:1146)."

v. Habrá que decir sin embargo, que ni en “Gallardo”, ni en “Haro” ni en “Lavado” el *habeas corpus* actuó como en “Artigué”, donde se llevó la garantía de protección de la vida e integridad física de un detenido a un campo aún no explorado. Como analiza Pitlevnik en un texto reciente⁴⁶, Artigué sigue siendo un precedente frustrado en términos de actuación proactiva de los jueces, que pone en evidencia la distancia entre el discurso judicial y las prácticas punitivas cotidianas. Con lo que advierte que la “degradación de la palabra en este escenario se traduce en su falta de operatividad”⁴⁷. Se impone la realidad del incumplimiento, del no derecho.

w. Nosotros diremos que Artigué da cuerpo a esa frustración, aquí analizada, pero también a la posibilidad siempre abierta de un cambio en las prácticas y cultura jurídicas donde la dignidad de la persona sea el centro al que mirar, atender y cuidar.

VI. ARQUEOLOGIA DE UN SILENCIO

1. La Corte nacional ha advertido sobre la distancia que se extiende entre el *corpus* constitucional y convencional en materia de derechos de personas privadas de su libertad y la realidad que lo vulnera y desafía de modo constante.⁴⁸

El Informe Anual 2019 de la Comisión Provincial por la Memoria de la provincia de Buenos Aires da cuenta de la barbarie que se vive en los espacios de encierro tanto como de la inoperancia judicial y la debilidad de los mecanismos de tutela, en el marco de una cultura

⁴⁶ PITLEVNIK Leonardo “Estándares relacionados con las condiciones de detención conforme lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en obra colectiva citada antes, p. 245/266,

⁴⁷ PITLEVNIK L. Ob.cit. p. 254/256.

⁴⁸ CSJN, en las causas citadas antes “Badín”, “Verbitsky” y “Gallardo”, entre otras.

jurídica donde el valor de la personas privada de su libertad no es tenido en cuenta.⁴⁹

Es desgarrador y vergonzante el estado de cosas que denuncia la Comisión Provincial por la Memoria en un largo catálogo de vejaciones y brutalidad, tanto como la impotencia del bloque constitucional para enfrentarlo con eficacia. Tanto así como la selectividad de la punición, dirigida a un grupo específico: jóvenes varones, pobres y excluidos.⁵⁰ Sobre el cual se construye un arquetipo de amenaza social.

Esta alienación entre la dimensión normativa, fuertemente arraigada en la dignidad de toda persona, y la indignidad cotidiana de tantas vidas, es un problema estructural que atraviesa el paradigma de los derechos humanos y no sólo en la materia que aquí se trata.

Pese a que su efectividad es uno de los principios basales del paradigma constitucional de derechos humanos, esa alienación crece y un desierto separa el ser del deber ser normativo; entre lo que se dice y lo que se hace, “entre su dimensión formal, normativa y abstracta y su dimensión concreta, fáctica y socio-práctica.”⁵¹

Pese a que el paradigma le dirige a los sectores postergados la promesa de una protección mayor y de una acción afirmativa preferente por parte del Estado, su vulnerabilidad no cede, en el marco de una economía de exclusión y marginación de los bienes esenciales. Así emerge la falta de concordancia entre el mundo real con sus fuerzas materiales arrasadoras y lo que se espera que la vida sea en términos de derechos.

En la vida de Artigué esta distancia es dramática, y es la distancia que la sentencia de la Cámara Federal interpela y remedia, con su gesto

⁴⁹ Comisión Provincial por la Memorial. Informe 2019, pags. 76/136. Sólo en el año 2018 se registraron 469 víctimas de torturas y/o malos tratos a partir de 2428 hechos; al tiempo que registra la falta de respuesta judicial –p. 179 y ss–.

⁵⁰ Según el Sistema Nacional de Estadísticas sobre ejecución de la pena del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (informe 2017) el 95% de las personas privadas de libertad son varones entre 19 y 34 años; el 80% sin estudios primarios; el 95% residentes en villas; el 84% desocupados o con trabajos temporarios informales; el 59% con prisión preventiva; y todo bajo una sobrepoblación carcelaria del 112%.

⁵¹ SANCHEZ RUBIO, David: “Derechos Humanos Instituyentes, Pensamiento Crítico y Praxis de Liberación”, p. 5 y ss., Akal, 2018)

de protección. Despeja rituales y discursos de competencia, y desafía el sentido jurídico común para traer al mundo la función de garantía que el sistema de derechos humanos le reclama a la jurisdicción. Que es, al fin de cuentas, un paso de conciencia, un compromiso con la Constitución y con el principio de humanidad. Mirar y ver para proteger. Un cambio en la cultura jurídica reclamado por el paradigma constitucional vigente que se extiende a todo proceso donde la dignidad humana esté en juego o grupos vulnerados en su renovada postergación.

La jurisdicción constitucional ejercida de este modo, repone la ciudadanía y la convivencia. Los derechos son conquistas civilizatorias, son armas para esgrimir en busca de remedios eficaces que aseguren su realidad.

2. Es irrelevante el nombre *–nomen iuris–* que lleve esta garantía de protección efectiva, pero no es otro que *“el recurso sencillo y rápido”* que reclama en art. 25 de la Convención Americana. Se llame *habeas corpus* correctivo, amparo o bien justicia de excepción, ese mandato otorga competencia al juez o jueza para preservar la dignidad de la vida.

La doctrina nos recuerda que el desarrollo del *habeas corpus* en Estados Unidos ha extendido progresivamente sus alcances, al punto de servir para cuestionar, ante los juzgados federales, condenas dictadas por tribunales estatales bajo el argumento de su parcialidad o de la violación del debido proceso del condenado, hasta alcanzar en 1963 el reconocimiento por parte de la Corte Federal del principio por el cual la transgresión a cualquier derecho constitucional del imputado –fundamentalmente de la garantía del debido proceso– autoriza la revisión de las sentencias firmes dictadas por los tribunales estatales, por vía de este remedio (*“Fay v. Noia”, 372 US 391/1963*).⁵²⁻⁵³⁻⁵⁴

⁵² Este criterio fue sustentado por el Ministro Bacqué, en minoría, en el caso “José Angel Pucheta”, Fallos: 311:133 –año 1988– habilitando la revisión de una sentencia condenatoria firme por medio del *habeas corpus*. Criterio que reiteró en “Di Salvo” (Fallos: 311:334).

⁵³ Hay un desarrollo completo del *habeas corpus* como “justicia de excepción” en la experiencia americana, hasta su más amplia cobertura a partir de “Fay c/Noia” (de la Corte Brennan) en MACHADO PELLONI: p. 175 y ss., en Derecho Procesal Constitucional, Ad Hoc., 2003. A partir de allí, el instituto ha vivido un proceso de reducción a través de la doctrina de las sucesivas Cortes

Como destaca Carrió (Derecho Procesal Constitucional, AD HOC, obra colectiva bajo la Dirección de A.Rivas, p. 165), esta garantía contra la detención arbitraria e ilegal resultó ser fundamental luego de la sanción de la “*Civil Rights Act*” en la protección del derecho de las minorías, pues la justicia de excepción funcionó frente a la reticencia de los jueces locales. Idéntica función tutelar había tenido cuando en el Siglo XIX se abolió la esclavitud, para proteger a los antiguos esclavos del encierro inconstitucional y frente a la resistencia de los estados federados del sur a aplicar la abolición y de los tribunales estatales a garantizarla.

3. Como ha quedado claro hasta aquí, Artigué no pretendía la revisión de ninguna decisión emanada de los Tribunales de la causa, ni la impugnación de una sentencia de condena o auto de prisión preventiva, como se hizo común ver en la práctica americana (donde por medio de este remedio podían impugnarse sentencias firmes de máximos Tribunales locales), sino que tan sólo recurrió a un mecanismo autónomo de tutela reconocido por una ley nacional reglamentaria del art. 18 CN. frente al agravamiento de las condiciones de detención, ante la violación recurrente y probada de su integridad, su dignidad humana y su vida, y ante la frustración de idénticos reclamos previos que mostraron la inoperancia de los Tribunales de la causa.

Así entonces, la decisión de la Cámara Federal no sólo es jurídicamente correcta –en términos del derecho vigente en ese entonces- sino

federales que impusieron nuevos recaudos sustanciales y formales para su procedencia (ver también: “Federal Jurisdiction”, 2da.Ed., Edwin Chemerinsky, p. 779/789, su Cap. 15: “Federal Court Collateral review of Criminal Convictions: Habeas Corpus.”)

⁵⁴ Los alcances y modalidades del Habeas Corpus en EEUU son también polémicos, en posturas que reproducen posicionamientos ideológicos conservadores o liberales progresistas, según el caso; esto es, la defensa del poder punitivo del Estado y su eficacia, o bien la defensa de la persona humana y el control entre poderes. Nótese que un juez federal puede revocar lo actuado por todo el sistema judicial estadual, lo que, evidentemente, crea tensiones e inseguridades para el poder público de cada Estado. Pero aún cuando uno pueda apreciar estas tensiones no se advierte que tengan mayor peso que la defensa de la integridad y dignidad humana de un detenido o asegurarle un proceso justo.

que además no podía ser otra a partir del juego interpretativo armónico de las normas vigentes.

Esto es: entre el *estándar* de garantías de un procesado/detenido que instaura el art. 18 de la CN y que la ley 23.098 reglamenta -reconociendo una acción autónoma para el supuesto de agravamiento de las condiciones de detención- y la incorporación de la Convención Americana y de la Convención contra la Tortura se cierra el círculo de protección a la persona como bien máximo tutelado.⁵⁵

¿Cómo puede tener gravitación frente al valor en peligro –el trato digno más elemental y la vida- el juego de las competencias y jurisdicciones? Artigué necesitaba un Tribunal que hiciese operativos sus derechos y garantías, el que sea que lo haga con la efectividad y urgencia que reclama el derecho vigente. Constitucionalmente leída, la competencia para el *habeas corpus correctivo* finca en aquél juez que asegure esa protección, pues en su efectividad reside su razón, su competencia. Es competente el juez que protege.

La oposición a esta solución fue política, cultural y corporativa, porque a cambio de asegurar la tutela real privilegió valores ajenos a los que debía custodiar.⁵⁶

La decisión de la Cámara Federal en Artigué -que entrona la protección como valor máximo y que allí se legitima en tanto y en cuanto es garantía efectiva para la víctima-, es una herramienta trascendente para conmover los poderes fácticos y para instaurar instancias de garantía efectiva en torno a derechos fundamentales vinculados a la libertad, la integridad física y a la vida de la personas, estén o no detenidas. Es constitutivo del *habeas corpus* tutelar estos valores, y de su amplitud y flexibilidad depende que sea la técnica de protección que

⁵⁵ A nuestro juicio la decisión de la Corte Nacional implica declinar su función constitucional prioritaria en el caso, que es proveer protección judicial a través de un “recurso sencillo y rápido” (art. 25 Convención Americana).

⁵⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el art. 25 de la Convención Americana reconoce un derecho a la tutela judicial efectiva, vale decir, “la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto.” (Informe del 29/9/99, caso n.10.194: “Narciso Palacios”, consid. 57.

reclama la Convención Americana en su art. 25, para un continente asolado por poderes fácticos despóticos.⁵⁷

La decisión de protección de la Cámara Federal evoca lo que el constitucionalismo de derechos humanos reclama a los jueces y juezas, particularmente a favor de los sectores y grupos vulnerados: ver, proteger y despejar los obstáculos que alejan al sujeto de su tutela de dignidad efectiva.

Porque sino *“los jueces reparten dolor y muerte”*.⁵⁸

Si el Derecho –que es lo mismo que decir sus operadores- no se presenta, como función esencial y distintiva, en defensa del vulnerado, entonces la persona será instrumento de otros poderes. Será vida desnuda. “Artigüe” muestra los dos modos de abordar la eminente función jurisdiccional: como protección ineludible o como olvido y negación. Como decepción del Derecho.⁵⁹

La Plata, 10 de junio 2020.

⁵⁷ Ernesto GARZON VALDES, desde una perspectiva de derechos humanos, desarrolló el concepto de *“coto vedado”* en relación a aquellos principios y valores vinculados con bienes “primarios” que hacen a la autonomía de la persona; que no son negociables ni renunciables, y que no están sujetos a la negociación política o a la voluntad mayoritaria o de autoridad alguna. Valores supremos que deben preservarse y que el Derecho y sus operadores debe proteger inexcusablemente. Es obvio que la vida y la dignidad humana está entre ellos, y es condición de todos (ver “El derecho como argumentación”, Manuel Atienza, Distribuciones Fontamara, México DF.).

⁵⁸ COVER Robert: “La Violencia y la Palabra” en ob.cit., p. 125.

⁵⁹ Es propio del fenómeno jurídico el riesgo burocrático, con la imposición de sus valores dominantes: un poder displicente, anónimo, anodino, negligente, refugiado en la instrumentalidad de formas inabarcables (para un estudio notable de estos aspectos ver TALAVERA, Pedro en su “Derecho y Literatura”, p. 163 y ss.: “El Proceso como crítica a la concepción formalista y avalorativa del Derecho”, Ed. COMARES, Granada 2006).

HACIA LA UNIDAD DE CRITERIO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL ESTADO

LA DISCUSIÓN DE 1946 EN TORNO A LA CREACIÓN DEL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO

VIVIANA KLUGER¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

El 19 de octubre de 1946 el presidente de la República Argentina Juan Domingo Perón presentaba al Congreso Nacional el Primer Plan Quinquenal, un proyecto que tenía como objetivo transformar la estructura económica del país, y por el que exponía los principales lineamientos de su acción de gobierno para los siguientes cinco años. El plan giraba alrededor de tres grandes áreas: Gobernación del Estado, Defensa Nacional y Economía.

En cuanto a la primera, el Plan se enfocaba en torno a seis aspectos: la política, la salud pública, la educación, la cultura, la justicia y la política exterior.

Entre las propuestas relativas a la política, planteaba la creación del Cuerpo de Abogados del Estado, con el objetivo de unificar las asesorías legales que existían en todos los departamentos de la Administración Pública bajo una dirección única, la Dirección General del Cuerpo de Abogados del Estado².

¹ Abogada-Doctora por la UBA (área Historia del Derecho). Profesora titular de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, UBA.

² Presidencia de la Nación, Secretaría de Asuntos Técnicos, Plan de Gobierno, 1947-1951, t. I, Buenos Aires, 1946.

El objeto del presente trabajo consiste en analizar las principales cuestiones que se debatieron en el Congreso en relación con la creación del Cuerpo, básicamente las referidas a la necesidad de que los abogados que asesoraban y representaban al Estado en los distintos organismos, se alinearan en torno a una conducción única que homogeneizara y unificara los criterios en base a los cuales se desarrollaban las referidas tareas en la Administración Pública Nacional.

A tal efecto, analizaré la Exposición de Motivos de la ley que se proponía, así como las discusiones que tuvieron lugar en la Cámara de Diputados y en la de Senadores, y que finalmente llevaron a la sanción de la Ley 12.954.

I. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y LOS DEBATES PARLAMENTARIOS

La fundamentación de la creación del Cuerpo se plasmaba en la Exposición de Motivos, en la que se sostenía que se establecía el Cuerpo de Abogados del Estado, “como base de la organización administrativa del Estado”, bajo la jefatura suprema del Procurador del Tesoro. Ello mediante una Dirección General que agrupara las asesorías y oficinas de asuntos legales que existían en ese momento en los distintos departamentos administrativos.

Esa Dirección General tendría por misión unificar directivas y criterios en la defensa y asesoramiento de la Administración Pública, ordenar los trámites y ser organismo regulador de los asuntos contenciosos del Estado.

La justificación de esta necesidad-siempre conforme la Exposición de Motivos-, era que el asesoramiento jurídico de las distintas dependencias del Estado se llevaba adelante “sin un plan prefijado” y que había existido una disgregación de actividades que se había llevado a término “sin una coordinación superior en cuanto a fines que permitieran correlacionar los particulares de cada una de las entidades, con los fines superiores del Estado”.

En el mismo documento se afirmaba que cada organismo había encarado sus propios asuntos “con un criterio exclusivista y particular”, olvidando que al perseguir el logro de sus fines, “no conseguían más

que parcialmente el de los fines del Estado” y que esa falta de apreciación de conjunto había determinado que su gestión no concordara con aquéllos y que resultara en muchos casos obstaculizadora para el cumplimiento de una política superior en el gobierno general del país³.

En la Exposición de Motivos se aludía a la falta de directivas unificadas, de un plan común para toda la administración y de jerarquía ante el exterior en la representación legal de los departamentos, que hacía que esos funcionarios tanto en la vida administrativa como ante los tribunales, no se hallaran rodeados de las calificaciones que les correspondían como verdaderos representantes del Estado “con plena conciencia del valor que ella debe representar”-y aclaraba: “no por falta en la mayoría de los casos de capacidad o preparación, sino por no hallarse respaldados por el propio Estado que no cuidó de dignificar ni de preparar para la función a tan importante sector de la administración pública”⁴. En consecuencia, la finalidad de la ley era utilizar las asesorías existentes dotándolas de una estructura orgánica que les permitiera la mayor unidad de acción dentro de un mismo cuerpo cuya dirección general recayera en el Procurador del Tesoro.

En oportunidad de debatirse el proyecto en el Congreso, se discutieron varios puntos-muchos de los cuales ya habían sido señalados en la Exposición de Motivos-, tales como la necesidad que tenía el Estado de contar con una doctrina propia, la dependencia administrativa y/o doctrinaria que tendrían las direcciones de legales de los distintos ministerios respecto de la Dirección General que se sugería crear, el sistema de ingreso en el Cuerpo y el escalafón, el sistema de rotación dentro del Estado, la intervención del Cuerpo en el ingreso de los asesores letrados, la composición del Cuerpo y las incompatibilidades para pertenecer a éste, entre otros. Los debates tuvieron lugar entre octubre de 1946 y febrero de 1947, primero en la Cámara de Senadores y luego en la Cámara de Diputados.

Cuando se presentó el proyecto en la Cámara de Senadores, el senador Armando G. Antille señaló que éste tenía por objeto formar

³ Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, octubre 23 de 1947. 59ª REUNION – 1ª SESION EXTRAORDINARIA, p.84.

⁴ Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, octubre 23 de 1947. 59ª REUNION – 1ª SESION EXTRAORDINARIA, p.85.

el Cuerpo de Abogados del Estado, bajo una dirección general, “tratando de unificar la acción de todos los asesores que, hasta ese momento lo hacían prestando, sin coordinación, sus servicios jurídicos a las reparticiones autónomas o autárquicas y a los ministerios, según correspondiera”. Agregó que se había querido dar con esta ley una unidad jurídica al conjunto de los servicios que prestaban al Estado los abogados designados con este fin. Antille afirmó que el Poder Ejecutivo tendría “una mejor representación y asesoramiento” si se aprobaba la creación del Cuerpo y se creaba la propuesta Dirección general, porque de esta forma se establecerían las formas “como ante estos servidores del Estado han de tramitarse los asuntos administrativos” y, a la vez, si se establecían las funciones que éstos debían desempeñar ante los poderes judiciales, los funcionarios que compondrán los tribunales en lo contencioso-administrativo y ante los terceros “que han de gestionar ciertas cuestiones referentes a sus intereses frente a la Nación”. Este Cuerpo, a cargo del Procurador del Tesoro como Director General del Cuerpo de Abogados del Estado, apuntaría a que existiera una “dirección única”.

En palabras del senador Antille, los distintos abogados que se habían ido sumando al servicio de la Nación a medida que se iban creando diversos organismos que requerían de estos servicios, no habían funcionado en forma coordinada y bajo una dirección única. El senador se refería a las funciones de representación y asesoramiento que este cuerpo de asesores debían tener, conforme lo que se proponía en el proyecto de Ley⁵.

Antille también insistía en la necesidad de establecer una “carrera” administrativa” y que no se escogiera “por razones e influencia” a “cualquier abogado” por el hecho de que se tuviera la presunción de sus conocimientos en virtud del título que presentara, sino que se iniciara una carrera a través de la cual se demostrara capacidad y competencia y que se escogiera a quien tuviese más condiciones⁶.

⁵ Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, noviembre 15 de 1946. 69ª REUNION – 7ª SESION EXTRAORDINARIA, pp.369-370.

⁶ Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, noviembre 15 de 1946. 69ª REUNION – 7ª SESION EXTRAORDINARIA, p.372.

Por su parte, el senador Ernesto Bavio interpretó que el espíritu del proyecto era formar un cuerpo de especialistas en materia de derecho administrativo y público⁷.

Cuando el tema pasó a la Cámara de Diputados, el miembro de la Comisión de Legislación General, diputado José Roberto Sarraute, sostuvo que el Cuerpo de Abogados del Estado “no viene a constituir nada más que un sistema de organización o estructuración armónica de todas las oficinas, delegaciones y asesorías jurídicas de reparticiones del Estado”, sino que “por medio de este nuevo organismo, que reunirá a todas las oficinas jurídicas de las reparticiones nacionales, dedicadas a un mismo fin, cual es la defensa de los intereses del Poder Ejecutivo, que son los de la colectividad, y al asesoramiento de los funcionarios que ocupan cargos de importancia en la administración, se considera el problema de manera integral y no desde un punto de vista localista”. Es que según Sarraute, con el sistema que existía, los casos se contemplaban con un criterio particular y no con un sentido de planificación e integral “para la consideración de todos los problemas”.

En función de ello, según este diputado, se hacía necesaria la estructuración de un sistema orgánico, de un cuerpo “que viene a constituir una entidad dedicada especialmente a la defensa de los intereses del Estado y que actúe en esa defensa con un criterio racional e integral...”⁸.

Para Sarraute, el Cuerpo “toma forma y estructura, en cuanto a las normas internas que se establecen de estructuración con fines de especialización, de orientación profesional”...y los abogados de las distintas asesorías solo se vinculaban profesionalmente con el Procurador del Tesoro “en cuanto a la orientación doctrinaria” que éste debía establecer⁹.

En el mismo sentido, el diputado Oscar Albrieu-también por la mayoría- explicó el objeto de la ley al afirmar que “Se tiende a unificar la administración en lo jurídico, como es uno el fin jurídico del Estado.

⁷ Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, noviembre 15 de 1946. 69ª REUNION – 7ª SESION EXTRAORDINARIA, p.371.

⁸ Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, enero 30 de 1947 (Mañana) 87ª REUNION – 28ª SESION EXTRAORDINARIA, p.22.

⁹ Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, enero 30 de 1947 (Tarde) 88ª REUNION – Continuación de la 28ª SESION EXTRAORDINARIA, p.33.

De tal modo que comenzamos con esta ley a dar la base de orden técnico profesional con la dirección general”¹⁰. Para este diputado, se estaba tratando de hacer “una buena ley que unifique el criterio jurídico del Estado” y se debía dar al país “una unificación en vista a lo contencioso administrativo, concorde con la modalidad política de nuestro Estado”¹¹.

El miembro informante de la primera disidencia-Absalón Rojas-cuestionó la amplitud de poderes del Cuerpo, porque entendía que se trataba de una institución que estaba “por arriba de los ministerios, que controla a los ministerios, que es un superministerio”. Fue por ello que se mostró en contra de limitar el ámbito de actuación de instituciones especializadas en ciertas temáticas, como lo eran las distintas reparticiones del Estado-restricción que surgiría con la creación del Cuerpo-. Para Rojas no era posible que el Procurador del Tesoro fuera “una enciclopedia jurídica”, poseedor de una “una versación ecuménica” y este proyecto de ley era “un paso más en el proceso de la absorción presidencial”¹².

Al discutirse la cuestión de las incompatibilidades, el diputado Oscar López Serrot señaló, entre otros conceptos, que los profesionales que integrarían el Cuerpo deberían actuar en forma clara y limpia y que no debían despertar “en el público, con sus pronunciamientos, ningún recelo al reconocer, en las mismas firmas que un día rubriquen, los dictámenes expedidos en representación del Estado a los mismos hombres que ayer estaban ante los poderes públicos o ante los tribunales del país defendiendo a las empresas que en cierto modo y casi siempre son enemigas, en la parte administrativa, de las cosas del Estado”¹³.

¹⁰ Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, enero 30 de 1947 (Tarde) 88ª REUNION – Continuación de la 28ª SESION EXTRAORDINARIA, p.39.

¹¹ Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, enero 30 de 1947 (Tarde) 88ª REUNION – Continuación de la 28ª SESION EXTRAORDINARIA, p.40.

¹² Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, enero 30 de 1947 (Mañana) 87ª REUNION – 28ª SESION EXTRAORDINARIA, pp. 26-27.

¹³ Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, enero 30 de 1947 (Tarde) 88ª REUNION – Continuación de la 28ª SESION EXTRAORDINARIA, p.49.

II. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de estos breves pero intensos debates parlamentarios, se escucharon voces a favor y en contra de la creación del Cuerpo.

Una mayoría de los legisladores puso el acento en la necesidad de enfilear a los asesores letrados de las diversas dependencias del Estado, en torno a una dirección única, basado en el peligro que podrían plantear visiones disímiles acerca de una misma cuestión jurídica. Fueron quienes explicaron como primer objetivo del proyecto de ley, la importancia de que existiera una Dirección General que sirviera para unificar directivas y criterios en la defensa y asesoramiento de los distintos servicios legales de la Administración Pública.

Al mismo tiempo, también hubo quienes defendieron la necesidad de preservar la visión localista, la mirada especializada, la experiencia de quienes día a día, en los servicios jurídicos, dictaminaban sobre las mismas cuestiones.

Finalmente primó la visión de crear un Cuerpo que apuntara a alcanzar la unidad en la gestión jurídica de los organismos del Estado y que trazara líneas rectoras que homogeneizaran las tareas de los abogados que se desempeñaban en ellos.

Fue así como luego de estos debates -que insumieron solo cuatro reuniones- y en los que también se trataron -como señalé al principio- cuestiones puntuales relativas al funcionamiento del Cuerpo, el proyecto fue aprobado por ambas cámaras, sancionado el 3 de marzo de 1947 como Ley 12.954 y reglamentado por el Decreto 34952 del mismo año.

Recién cuarenta y siete años más tarde, en 1994, por el Decreto 754 se creó la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, como organismo de capacitación y perfeccionamiento técnico específico de los profesionales que desarrollan su carrera administrativa en el Cuerpo de Abogados del Estado y como partícipe del proceso de ingreso al Cuerpo.

Varias de las cuestiones que se habían discutido en 1947-tales como el proceso de ingreso y la capacitación- se volcaron en este decreto, en el que se puso en cabeza de la Escuela determinar esas necesidades de capacitación, desarrollar las actividades de formación

y perfeccionamiento y realizar actividades docentes, de investigación y divulgación, actividades que probablemente hayan tenido en mente aquellos legisladores que en 1947 recién se asomaban a pergeñar un Estado cuyos asesores letrados contribuyeran a iniciar un proceso de transformaciones que garantizaran seguridad jurídica, ética, transparencia, derechos humanos e igualdad de género, entre otros objetivos.



INVESTIGACIONES

FLAVIA AMOROSO

JULIETA AMATO

RESPONSABILIDAD INDIRECTA DEL ESTADO POR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA

ESTUDIO DEL CASO DEL BARRIO DE LA BOCA DURANTE EL PERÍODO 2007-2015

FLAVIA AMOROSO¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Resumen: La Responsabilidad Indirecta del Estado por la vulneración del Derecho a la Vivienda es el objeto de esta investigación. Se ha tomado como caso de estudio el barrio de La Boca durante el periodo 2007 – 2015. Han afirmado diversos autores, que este barrio se encuentra en proceso de gentrificación.

El Estado durante el período analizado, adoptó políticas específicas que fomentaron la consolidación de este fenómeno, pero no brindó respuesta suficiente ante la afectación del derecho a la vivienda que padecen los sectores más vulnerables, a quienes afecta principalmente la gentrificación.

Esta situación, fácilmente encuadra en responsabilidad internacional, pero analizada en el ámbito nacional a través del instituto de la responsabilidad del Estado, queda sin respuesta, por la escasez de herramientas que brinda el derecho administrativo.

¹ Abogada. Mg. en Abogacía del Estado. Directora de Asistencia Jurídica Internacional en Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

El análisis del tema lleva a concluir que esta imposibilidad de configurar la existencia de responsabilidad indirecta del Estado de acuerdo a la Ley N° 26.944, resulta incompatible con los estándares internacionales de Derechos Humanos y por ende contradice los derechos consagrados en nuestra propia Carta Magna, y genera en sí misma responsabilidad estatal.

Palabras clave: Responsabilidad - Estado - Derecho - Vivienda

Abstract: The Indirect Responsibility of the State for the violation of the Right to Housing is the object of this investigation. The neighborhood of La Boca has been taken as a case study during the period 2007-2015. Various authors have stated that this neighborhood is in the process of gentrification.

During the analyzed period, the State adopted specific policies that promoted the consolidation of this phenomenon, but did not provide a sufficient response to the affectation of the right to housing suffered by the most vulnerable sectors, who are mainly affected by gentrification.

This situation, easily framed in international responsibility, but analyzed at the national level through the institute of State responsibility, remains unanswered, due to the lack of tools provided by administrative law.

The analysis of the subject leads to the conclusion that this impossibility of configuring the existence of indirect State responsibility according to Law No. 26.944, is incompatible with international human rights standards and therefore contradicts the rights enshrined in our own Constitution, and generates in itself state responsibility.

Key words: Responsibility - State - Law - Housing

*Los Derechos sociales no pueden ser
resueltos a través de las leyes del mercado.*

Prof. Carlos Balbín²

² Jornadas sobre Derechos Sociales y Doctrina Franciscana celebradas en la Facultad de Derecho de la UBA en junio de 2018.

INTRODUCCIÓN

El presente es una síntesis del trabajo de investigación presentado en el marco de la Maestría en Abogacía del Estado, dictada por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y la Universidad de Tres de Febrero. La investigación estuvo dirigida por el Dr. Sebastián Tedeschi, a quien agradezco una vez más la dedicación, la generosidad en la tarea realizada y los conocimientos compartidos.

El objeto de esta investigación fue la responsabilidad indirecta del Estado por la vulneración del derecho a la vivienda. Se utilizó como caso de estudio el barrio de La Boca durante el periodo comprendido entre los años 2007-2015. Como punto de partida, se consideró una premisa planteada por diversos autores analizados en la investigación: el barrio de La Boca, se encuentra afectado por el fenómeno de la gentrificación.

Indudablemente este proceso produce vulneraciones de derechos humanos, entre ellas la del derecho a la vivienda. De la investigación realizada, se concluye que dicho fenómeno ha sido fomentado mediante políticas públicas especiales para el barrio.

Sin embargo, al momento de juzgar en un tribunal nacional esta violación al derecho a la vivienda, aparece un obstáculo, una dificultad.

El problema de la investigación, se centró en la escasez de herramientas que brinda el derecho administrativo, específicamente en el campo de la responsabilidad del Estado, frente a aquellas situaciones de violación al derecho a la vivienda estructural, como consecuencia de la gentrificación.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En el análisis del marco teórico contenido en la investigación, se dedica especial atención al instituto de la responsabilidad del Estado.

El mismo fue creado a partir de una construcción jurisprudencial que aplicaba el antiguo Código Civil de Vélez Sarsfield para resolver estas controversias en las cuales se dirimía responsabilidad estatal. A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en agosto de 2015, ha quedado establecido expresamente que las disposiciones

de este nuevo Código no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Esta materia se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Es preciso destacar que en el año 2014 ya se encontraba sancionada la Ley N° 26.944. Esta norma, establece los supuestos que determinan la configuración de la Responsabilidad del Estado. En su primer artículo, se consagra el marco de aplicación: la misma rige la Responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. Según los parámetros de la misma, la responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

Esta ley consagra diversos lineamientos que fue creando la jurisprudencia, principalmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, ha recibido críticas por parte de algunos autores puesto que, de seguirse linealmente la pauta interpretativa que la norma prevé, los principios generales del derecho no podrán ser aplicados en forma directa y ello podría implicar un condicionamiento al juzgador³.

En cuanto a la responsabilidad estatal por actividad legítima, para que se configure, debe acreditarse: un daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; ausencia de deber jurídico de soportar el daño; sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, que se configura por la afectación de un derecho adquirido.

La ley establece que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter *excepcional*, y que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante. Esto implica que la indemnización por esta causal de atribución de responsabilidad del Estado, comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin

³ Aberastury, P. (2015)

que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Además, la Ley N° 26.944 prescribe que los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización alguna.

Sin perjuicio de considerar la importancia y necesidad de que exista una normativa específica que regule esta materia, de la lectura del texto de esta ley, se visualiza una evidente restricción o acotamiento en la responsabilidad del Estado. Esta restricción, tiene efectos en la respuesta exigible al Estado por la vulneración del derecho a la vivienda que resulta como consecuencia de la gentrificación.

Las políticas públicas que son legítimas a priori, que fomentan el proceso de transformación urbana, y generan como consecuencia indirecta la vulneración del derecho a la vivienda, al no tratarse de consecuencias directas e inmediatas del accionar del Estado, no permiten disponer su responsabilidad.

INCONSISTENCIAS CON LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Por otra parte, al efectuar un estudio comparativo de la responsabilidad local, con los lineamientos de responsabilidad que consagra el derecho internacional de los Derechos Humanos, se verifica que el sistema local de responsabilidad del Estado, no brinda respuestas suficientes para reparar la violación de obligaciones jurídicas que sí configuran en el plano internacional.

Argentina cuenta con numerosas normas que receptan y consagran el derecho a la vivienda y al hábitat. Entre ellas, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 11 del PIDESC, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación, art. 14 de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer, art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño), y los arts. 20, 31 y 38 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Al respecto, afirma Agustín Gordillo⁴ que el sistema jurídico supranacional es de aplicación directa en el derecho interno y que nuestros jueces suelen aplicarlo de este modo.

Pues no quedan dudas que deberían hacerlo absolutamente todos los jueces y todas las juezas. Sin embargo, es muy difícil que en juicios civiles de desalojos se cite al Estado en cualquiera de sus reparticiones competentes, aún cuando su rol como garante de derechos humanos, no da lugar a discusión. Las normas procesales suelen ser la herramienta para no hacer lugar a esta necesaria intervención. Por tales motivos resulta muy difícil configurar la responsabilidad del Estado a nivel local.

Sin embargo, y como mencioné anteriormente, resulta más clara la configuración de la responsabilidad internacional, cuyas consecuencias pueden impactar en el costo económico del riesgo país, en mayores tasas de interés, fuga de capitales, entre otros, que terminan acarreando menores ingresos fiscales, falta de acceso al crédito externo; pero concretamente, y de manera directa no tienen impacto sobre los damnificados en su derecho a la vivienda. Es decir, la declaración de responsabilidad internacional del Estado, no da respuesta, ni modifica la situación de expulsión de aquellas familias de sectores populares que sufren el proceso de gentrificación.

ASPECTOS BÁSICOS SOBRE EL PROCESO DE GENTRIFICACIÓN

El caso de estudio en el barrio de La Boca, ha sido analizado por diferentes antropólogos, sociólogos y politólogos, entre otros. En particular, en este trabajo se estudió la relación de aquél fenómeno, con el accionar del Estado local, y por ende su responsabilidad.

De la investigación realizada, se ha podido comprobar que el proceso de gentrificación en curso, está expulsando a los habitantes históricos del barrio, aquellos pertenecientes a sectores populares empobrecidos.

Si bien esa expulsión en sí misma no es producida directamente por el Estado, las consecuencias de las políticas públicas que en este

⁴ Gordillo, A. (2014)

barrio se desarrollan, tienen incidencia en la gentrificación, puesto que la fomentan. El Estado tuvo y aún tiene un rol importante en este fenómeno. Por un lado interviene para garantizar condiciones favorables para el negocio inmobiliario, al mismo tiempo que no toma en cuenta las necesidades de la población histórica del lugar⁵.

ASPECTOS JURÍDICO SOCIALES EN UN CONTEXTO DE GENTRIFICACIÓN EN LA BOCA

Este fenómeno comenzó años atrás, en la década del noventa con programas de revalorización, obras de saneamiento, la creación de paseos peatonales como Caminito, la re zonificación de la zona ribereña como continuadora de Puerto Madero. A ello se sumaron los proyectos culturales, como el Museo PROA, luego la Usina del Arte y más reciente el Paseo de las Artes, que aún se encuentra en construcción.

En paralelo a estos cambios, a nivel social iba consolidándose el empobrecimiento de la vida social en su conjunto. La consecuencia es la coexistencia de dos imágenes antagónicas de La Boca: una positiva, y ligada al “arte”, la “bombonera” y el turismo, y otra negativa asociada a la pobreza, la marginalidad, el deterioro y la delincuencia, relacionada estrechamente a los sectores populares que habitan, fundamentalmente en los conventillos, tan emblemáticos del barrio y los inquilinatos, ambos hacinados, y con serias deficiencias de higiene y seguridad.

Pero existe además otra característica de estos lugares. La precariedad en la tenencia: inmuebles ocupados, o habitados históricamente por personas que carecen de título o contrato alguno.

En este marco, el impulso que propone el Estado a través del Gobierno local, la delimitación como Distrito de las Artes, y la adopción de políticas especiales en esta zona, ha ido perfilando una identidad distinta del barrio, ligada a conceptos genéricos y abstractos como el “arte”, que poco a poco van neutralizando y desplazando la identidad de los sectores populares⁶.

⁵ Del Dictamen Ministerio Público de la Defensa en autos “Scabbiolo Osvaldo Clemente c/ Intrusos ocupantes Necochea 1115/1117 s/ Desalojo” - Juzgado Nacional en lo Civil N° 35

⁶ Thomasz (2014)

En este contexto, existe un circuito comercial que, aprovechando las irregularidades registrales mencionadas respecto de los inmuebles, y las condiciones de deterioro, fue tomando mayor protagonismo. Estos avances inmobiliarios y comerciales que han tenido lugar, fueron prosperando a la par de los incrementos en los alquileres de aquellos inmuebles históricos. Por otra parte, la dificultad o imposibilidad de los sectores populares de ingresar en el mercado formal de locaciones, por falta de garantía propietaria, o acreditación de ingresos, contribuye a que queden a merced de los elevados montos que exigen los locadores. Y sometidos a condiciones inseguras de estos antiguos y precarios inmuebles⁷.

Las mejoras en el barrio de La Boca, que generaron el incremento del valor del suelo, no fueron acompañadas por políticas habitacionales que dieran respuesta a las problemáticas que ya venía padeciendo la población.

La concentración de la inversión pública en un área, sin el acompañamiento de políticas específicas tendientes a regular el mercado del suelo, genera un proceso de revalorización inmobiliaria selectiva. Si nadie controla o regula ello, se gesta el terreno propicio para la renovación urbana cuya consecuencia es la expulsión de los sectores populares.

La Defensoría General de la Nación, tiene dicho al respecto que: *“La revalorización de un área de la ciudad (...) trae como consecuencia la expulsión de los habitantes históricos del barrio que serán reemplazados por una nueva clase social a través de los procesos de desalojos ‘exprés’ por la causal de intrusos. Esa expulsión masiva de los vecinos y vecinas de un barrio implica un acoso inmobiliario. Ese acoso viola lisa y llanamente el derecho a la seguridad de la tenencia, a través del hostigamiento para que no puedan continuar allí habitando.*

La seguridad de la tenencia es parte integrante del derecho a una vivienda adecuada y un componente necesario para el ejercicio de muchos otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”⁸.

⁷ ACIJ Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (2017)

⁸ Del Dictamen Ministerio Público de la Defensa en autos “Scabbiolo Osvaldo Clemente c/ Intrusos ocupantes Necochea 1115/1117 s/ Desalojo” - Juzgado Nacional en lo Civil N° 35

El informe de la Relatoría Especial de la ONU sobre Vivienda Adecuada del año 2008⁹, enumeró los obstáculos para la realización del derecho a la vivienda: destacando la falta de legislación y aplicación del derecho a una vivienda adecuada, la carencia de vivienda, los desalojos forzosos, la discriminación, el derecho humano al agua y el saneamiento, la asequibilidad. En dicho informe, al referirse a la asequibilidad, plasmó que se observaba con preocupación los procesos de gentrificación, que suelen acompañarse de aumentos del valor de las propiedades y alquileres, dejando a las familias de bajos recursos en situaciones precarias de vivienda, o directamente a la falta de vivienda.

Si bien existe un marco normativo nacional y local que protege y consagra el derecho a la vivienda de todos los ciudadanos, es a través de las políticas públicas que los Estados pueden concretar los mandatos constitucionales y normativos.

En la investigación desarrollada, observé la evolución de las políticas públicas específicas del barrio de La Boca. Comprobando que aquellas que tenían como finalidad garantizar el acceso a la vivienda, fomentar las mejoras y la rehabilitación integral del barrio, sufrieron una constante subejecución, desfinanciamiento o directamente se encuentran paralizadas. En paralelo, se consolida un contexto de creciente déficit y emergencia habitacional, potenciado por aquellas políticas públicas que fueron implementadas para fomentar la transformación urbana, y la revalorización de la zona estudiada.

ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE VIVIENDA Y HÁBITAT EN EL BARRIO DE LA BOCA

Entre las políticas específicas del barrio que fueron analizadas, se encuentran:

- **El Programa de Rehabilitación del Barrio La Boca**, que fue pensado como una propuesta innovadora, focalizada en la rehabilitación física, arquitectónica y social, comprensiva de la consolidación de la población residente en los conventillos e inquilinatos del barrio de La Boca, que se encontraban en estado de deterioro por el paso de

⁹ Relatoría Especial de la ONU sobre Vivienda Adecuada (2008)

los años. Este programa de grandes ambiciones para el Barrio, sólo fue implementado en una pequeña escala. Esta limitación es multicausal: por un lado producto de la insuficiencia de recursos, pero sin dudas la causa principal fue la falta de voluntad política de realizarlo.

- La **Ley N° 2240**, del año 2007, que declara la Emergencia Urbanística y Ambiental, en lo que respecta a la vivienda, servicios, equipamiento, espacios verdes y de actividades productivas, al polígono delimitado por las Av. Regimiento de Patricios, Av. Martín García, Av. Paseo Colón, Av. Brasil y Av. Pedro de Mendoza. En su Artículo 2° establece que el Poder Ejecutivo formulará y ejecutará, dentro de los 180 días de promulgada la ley, un programa y proyectos específicos en los aspectos declarados en emergencia. Esta norma preveía que para cumplir con los objetivos de renovación y consolidación urbana y mejoramiento ambiental del polígono delimitado, se debía intervenir sobre los inmuebles ociosos privados, para lograr su integración y puesta en valor social.

Esta norma determina que el Poder Ejecutivo es el encargado de disponer las partidas presupuestarias correspondientes con el fin de cumplir con el programa. Sin embargo, el Estado dejó de asignar recursos presupuestarios a los Programas contemplados en la ley, y por lo tanto, a pesar de continuar vigente, no se encuentran activos.

- La **Ley N° 470** que crea la Corporación Buenos Aires Sur. En lo que a la Boca respecta, se destacan las siguientes acciones: en la calle Pedro de Mendoza entre Brasil y Aristóbulo del Valle, se construyeron nuevas veredas, mejoras en la iluminación, pintura de las columnas y vigas del bajo Autopista. Se incorporó un sector verde vinculando a la Plaza Malvinas Argentinas del Complejo Catalinas Sur al bajo autopista, se realizó el mejoramiento de las condiciones de accesibilidad de los peatones. Por otro lado, en la calle Necochea, se realizaron nuevas veredas, rampas y barandas para mejorar la transitabilidad de las calles, y mejoramiento de las condiciones lumínicas de la Calle Necochea entre Brandsen y Pedro de Mendoza.

Sin embargo, varios han sido los cuestionamientos que la actuación de esta Corporación ha tenido. Inclusive han llegado a presentarse denuncias en su contra¹⁰.

¹⁰ Popular (2014)

El caso más emblemático, es el de los terrenos de Casa Amarilla. El conflicto se inicia, porque el predio de Casa Amarilla inicialmente era propiedad del IVC, quien debía construir 1200 viviendas sociales. Sin embargo, a través del Decreto 723/10, el entonces jefe de Gobierno Mauricio Macri les cambió el destino a “función pública”. De este modo, se habilitaba la posibilidad de construir un espacio público, educativo o de salud. Producida la transferencia del IVC a la Corporación Buenos Aires Sur S.E., sucedió que esta Corporación no destinó las tierras para ninguna de las tres finalidades dispuestas. El oficialismo entendía que la Corporación Buenos Aires Sur S.E. podía vender las tierras a un privado sin necesidad de someter la venta a discusión en la Legislatura. Pero esto resulta ser contrario a lo que establece la Constitución de la Ciudad. La Corporación Buenos Aires Sur S.E. si bien está interviniendo para la promoción del desarrollo de la zona sur de la Ciudad, no parece estar haciéndolo para que este desarrollo sea integral, tal como sus fines lo indican.

- La **Ley N° 4353** que crea el Distrito de las Artes. Se promocionaba que la creación de este distrito, fomentaría la industria, generaría beneficios de accesibilidad, mejorando espacios públicos y la seguridad. Se afirmaba que existirían talleres o capacitaciones de artes y oficios para que la gente del barrio pudiera desempeñarse laboralmente en los nuevos emprendimientos que surgieran. En la actualidad, la información obtenida demuestra que solamente ha fomentado el negocio y la especulación del mercado inmobiliario, generando exenciones impositivas y pocos beneficios para la población que padece vulneraciones a sus derechos fundamentales en el territorio estudiado.

En paralelo, en el período analizado se produjo el recorte y la restricción de los subsidios habitacionales, el cierre de las líneas de financiamiento para cooperativas y mutuales que establecía la Ley N° 341¹¹ sancionada por la Legislatura porteña en el año 2000, por citar solo alguno ejemplo.

Por todo lo señalado considero que el Estado interviene, fomentando y garantizando condiciones de mercado que excluyen a sectores populares, por lo tanto su responsabilidad en materia de derechos

¹¹ Defensoría del Pueblo de la CABA (2014) página 17.

humanos es indiscutible. Es el propio Estado, a través de sus políticas públicas quien fomenta y genera el proceso de gentrificación, al tiempo que no da respuestas frente a las consecuencias sociales que este fenómeno produce.

Esta situación es posible, entre otros factores, porque la responsabilidad Estatal se encuentra drásticamente acotada por la Ley específica N° 26.944. Al analizar esta norma, se concluye que esta restricción, no resulta compatible en un todo con la amplitud del reconocimiento de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional a partir de la reforma del año 1994 y que señala al Estado como garante de tales derechos.

JUDICIALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Las normas que regulan el derecho a la vivienda existen. Los programas que se relacionan con el acceso a la vivienda también, pero durante el periodo en estudio fueron desfinanciados y su enfoque restringido. Entonces el Poder Legislativo y el Ejecutivo no responden de manera directa, definiendo políticas públicas suficientes y adecuadas al déficit habitacional de la Ciudad. Por su parte, el Poder Judicial no suele admitir la incorporación del Estado como parte o interesado en los procesos relacionados con la vulneración del derecho a la vivienda entre particulares. Por el contrario, en el desarrollo de esta investigación, se ha comprobado que el Poder Ejecutivo adopta acciones concretas para garantizar el negocio y la especulación inmobiliaria. En términos generales los casos judicializados, demuestran también las dificultades existentes a la hora de que el Estado, en cualquiera de sus reparticiones, cumpla con una manda judicial que surja con fundamento en el derecho a la vivienda.

Sin embargo, se registró un antecedente en el barrio de La Boca, en el emblemático fallo dictado por el Juez Gustavo Caramelo en el caso “Ministro Brin”. Se trató de un caso de desalojo iniciado por una persona que había adquirido a través de un remate judicial, un conventillo habitado por quince familias. Gracias a la organización popular, y la mirada integral aportada por el juzgado interviniente, con una importante articulación entre los diferentes organismos públicos con

competencia en materia de vivienda y hábitat, las quince familias, que inicialmente fueron potenciales desalojados, se convirtieron en propietarios del inmueble. La organización popular tuvo un rol destacado, ya que conformaron una cooperativa de vivienda.

La citación del Estado fue fundamental: el Instituto de la Vivienda de la Ciudad otorgó dos créditos para la compra del inmueble. El resto de las familias, que no cumplía los requisitos para tramitar un crédito ante el IVC, fue beneficiaria del pago íntegro del subsidio habitacional; la Comisión de Tierras -por entonces dependiente de Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación- aportó el subsidio para la refacción integral del inmueble, cuyo proyecto y realización estuvo a cargo de un equipo de voluntarios de una cátedra de arquitectura de la Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo de la Universidad de Buenos Aires.

Este fallo demostró que el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, aplicando la normativa vigente y siempre garantizando los derechos de ambas partes, pueden configurar una solución económica, justa y ejemplar. Se preservó el derecho a la propiedad y el patrimonio del particular, y las familias lograron una solución definitiva de vivienda, en el barrio en el cual habían vivido toda su vida.

Este caso emblema, lamentablemente no ha logrado réplicas. Así lo demuestran los constantes desalojos que acontecen en el barrio de La Boca, o los trágicos incendios que conllevan desalojos aún más expeditos que aquellos sujetos al menos, a procesos judiciales¹².

A la par de ello, sí se observa el crecimiento de la obra pública y la renovación urbana, ambas ajenas a las demandas y necesidades de los sectores populares del barrio¹³.

REFLEXIONES FINALES

De la investigación se deduce que existe un Estado ausente para las personas en situación de vulnerabilidad y presente para los agentes

¹² Por ejemplo, Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 6 de la Ciudad de Buenos Aires, referente al expediente "*Bautista Prado Miriam Mercedes y Otros c/ Gcba y Otros s/Amparo*" – Expte. N° A 6379-2017/0.

¹³ De Virgilio, Lanzetta, Redondo y Rodríguez (2004)

económicos y operadores del mercado inmobiliario. El estado local, a través de sus políticas públicas y su respuesta ante las obligaciones contraídas, no resulta ajustado a la normativa que consagra el derecho a la vivienda y al hábitat y que incluso ordena realizar el máximo de esfuerzos en atención de los sectores vulnerables.

Respetar, proteger y hacer efectivos los derechos fundamentales, son obligaciones que se encuentran consagradas en el PIDESC, y extensamente detalladas en la Observación General N° 3 del Comité DESC¹⁴.

Esta imposibilidad de configurar la existencia de responsabilidad indirecta del Estado de acuerdo a la Ley N° 26.944, no resulta compatible con los estándares internacionales de Derechos Humanos. Por ende, contradice los derechos consagrados en nuestra propia Carta Magna, y genera en sí misma responsabilidad.

La situación descrita además, señala la imperiosa necesidad de adoptar un nuevo paradigma en materia de Responsabilidad del Estado por el derecho a la vivienda. En realidad, en materia de Derechos Humanos en general. En este sentido, es fundamental consagrar la función social de la propiedad, para lograr un mayor grado de protección y regulación, como forma de procurar que las políticas públicas sean dirigidas a resolver la vulneración de este derecho en los sectores más afectados.

No se escapa al análisis de este trabajo, la necesidad de exigencia, fomento y difusión de la responsabilidad empresaria y entre particulares de los derechos fundamentales de las personas. Puesto que no se trata de obligaciones inherentes y exclusivas al Estado, aun cuando éste sea quien tiene una mayor responsabilidad por los derechos fundamentales.

Los nuevos tiempos demandan mayores grados de responsabilidad de la sociedad en su conjunto por el respeto de los derechos humanos, y esto implica rever prácticas y paradigmas establecidos y concientizar socialmente sobre ello.

Al respecto considero que la Responsabilidad indirecta del Estado, por las consecuencias que provoca el proceso de gentrificación en el barrio de La Boca, durante el período comprendido entre 2007 y 2015, se configura porque la falta o insuficiencia de las medidas adoptadas

¹⁴ La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

provoca la vulneración del derecho a la vivienda y al hábitat de las personas que son expulsadas del barrio. Para esta consecuencia no existen respuestas suficientes en el marco de las obligaciones nacionales e internacionales de la Argentina en materia de derechos humanos.

En principio, la acción por Responsabilidad del Estado, ante un supuesto de responsabilidad indirecta no estaría garantizada, o contemplada en la normativa especial.

Sin embargo, podríamos afirmar que siempre existe la posibilidad de reclamar por vía del amparo judicial la vulneración indirecta del derecho a la vivienda. Pero de todas formas, el amparo es un proceso de naturaleza excepcional. Su procedencia es limitada o restringida, entre otras cuestiones por el plazo de caducidad, la necesidad de que no exista una vía más idónea y el acotado margen de discusión probatoria, entre otras¹⁵. Si bien puede resultar clave para lograr una acción positiva o negativa del Estado a fin de prevenir la violación de un derecho, una vez sucedida ésta, no parece ser el medio más idóneo de reparación.

Por otra parte, existe una tendencia generalizada de considerar a los procesos de desalojo como un conflicto meramente entre particulares, sin dar al Estado participación alguna.

De aquí también, la imperiosa necesidad de entender la responsabilidad por los Derechos Humanos en todas las vinculaciones y relaciones jurídicas.

Atrás ha quedado la discusión respecto del lugar que ocupan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico. Su jerarquía constitucional implica que todas las ramas del derecho deben estar atravesadas por el sistema supranacional. El Derecho Administrativo no puede ser la excepción puesto que su vinculación con los derechos sociales es directa. Las políticas públicas se manifiestan y se llevan a cabo mediante actos de la Administración, especialmente del Poder Ejecutivo. Es por ello que la regulación en materia de responsabilidad estatal, no puede quedar limitada al punto tal de dejar sin respuesta estas situaciones de vulneración de derechos fundamentales.

¹⁵ Abramovich, V. y Courtis, Ch. (s.f.)

En el caso del derecho a la vivienda, las consecuencias dañosas indirectas no pueden quedar fuera del ámbito de la reparación, porque ello transgrede el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos.

El requisito de relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño provocado, resulta excesivo y deja sin respuesta situaciones como la analizada en este trabajo.

La escasez de presupuesto, la imposibilidad de que el Estado sea garante mediante prestaciones positivas, no pueden ser excusa para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos fundamentales.

Los artículos 1764, 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial, al ordenar la inaplicabilidad de las normas del derecho civil a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos tanto de manera directa como subsidiaria, son de dudosa constitucionalidad. Fundamentalmente porque el artículo 2 de dicho código, indica como principio general, que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos. En sintonía con el artículo 1710, que consagra el deber de prevención del daño.

No quedan dudas que los principios emanados de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, deben ser considerados en la interpretación de toda ley.

Entonces, la imposibilidad de configurar la responsabilidad del Estado, cuando la vulneración del derecho a la vivienda es una consecuencia indirecta de su accionar, resulta incompatible con los principios generales emanados de aquellos tratados.-

REFERENCIAS

Aberastury, P. (2015). *El Código Civil Y Comercial De La Nación Y La Responsabilidad Del Estado*. A ser publicado en: Los Aspectos Constitucionales del CCyCN, Directores: Alberto Dalla Via y Alberto García Lema, ed. Rubinzal Culzoni. Recuperado de <http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2018/02/El-CCyCN-y-la-resp-del-edo.pdf>

- Abramovich, V. y Courtis, Ch. (s.f.) *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*. Recuperado de <http://www.oda-alc.org/documentos/1366995147.pdf>
- Consejo de Derechos Humanos. (13 de febrero de 2008) *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido El Derecho al Desarrollo Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Miloon Kothari*. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6084.pdf>
- De Virgilio, M. M.; Lanzetta, M.; Redondo, A. y Rodríguez, M. C. (2004). *Los procesos de renovación urbana en Buenos Aires: percepciones de habitantes de La Boca*. Mundo Urbano. Universidad Nacional de Quilmes. Recuperado de: <http://www.mundourbano.unq.edu.ar/index.php/ano-2000/38-numero-2--junio/39-2-los-procesos-de-renovacion-urbana-en-buenos-aires-percepciones-de-habitantes-de-la-boca>
- Defensoría General de la Nación. Dictamen en autos “Scabbiolo Osvaldo Clemente c/ Intrusos Ocupantes Necochea 1115/1117 s/ Desalojo” - Juzgado Nacional en lo Civil N° 35.
- Denuncian penalmente a la Corporación Buenos Aires Sur. (06 de mayo de 2014.) *Popular*. Recuperado de <https://www.diariopopular.com.ar/politica/denuncian-penalmente-la-corporacion-buenos-aires-sur-n191096>
- Gordillo, A. (2014) Tomo 2. Sección IV La Protección de los Derechos. Capítulo XVI. La Justicia Administrativa Internacional y Tomo 8. Sección IV. La Protección del Individuo frente a la Administración. Capítulo XVI. La Responsabilidad del Estado. *En Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. 10ª ed., ahora como 1ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo. Recuperado de <https://www.gordillo.com>
- Problemas y soluciones a los alquileres precarios (2017). *ACIJ Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia*. Recuperado de <https://acij.org.ar/problemas-y-soluciones-a-los-alquileres-precarios/>

Thomasz, A. G. (15 de marzo de 2017). Etnografía de un proceso de resemantización simbólico: del barrio de La Boca a Distrito de las Artes. *Quid 16. Revista del Área de Estudios Urbanos del Instituto de Investigaciones Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*. Recuperado de <https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/quid16/article/download/2854/Thomazs>

LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO DEL ESTADO NACIONAL ARGENTINO ADQUIRIDOS POR EXPROPIACIÓN

SU TUTELA ADMINISTRATIVA ANTE
SITUACIONES DE DESPOSESIÓN, FRENTE
A LOS VACÍOS LEGALES DE LA LEY
NACIONAL DE EXPROPIACIONES

JULIETA AMATO¹

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Resumen: El trabajo se centra principalmente, en analizar la afectación de los bienes inmuebles que se expropián a los fines de la construcción de caminos, por parte de la Dirección Nacional de Vialidad dentro de la Provincia de Córdoba y en identificar las distintas formas de tutela de esos bienes.

En este contexto, vamos a identificar dos situaciones problemáticas que se presentan con frecuencia: en primer lugar, la creciente expansión de asentamientos irregulares sobre espacios que, aunque no están ocupados por las rutas propiamente dichas, forman parte de las trazas con proyecto de obra vigente a ejecutarse, o forman parte del espacio necesario para el resguardo de la seguridad dentro de los que se denomina zona de camino.

¹ Abogada, Especialista en Abogacía del Estado por la ECAE-PTN, apoderada de la Dirección Nacional de Vialidad.

Y en segundo lugar, la ocupación informal de suelo, donde “la irregularidad se confunde con el continuo del tramado urbano o rural, y los límites de lo público y lo privado se tornan difusos”(Oliver, 2013: pág. 86).

De lo desarrollado, surge que la normativa local tanto registral como catastral es perfectamente compatible con la ley nacional de expropiaciones y que coadyuva a que ésta pueda cumplir con su finalidad, que es la adquisición de bienes con destino de utilidad pública, a través de la publicidad de su situación jurídica y que las medidas de tutela descriptas podrían ser implementadas en todos los organismos que tengan a su cargo la custodia y conservación de bienes de dominio público.

Palabras claves: expropiación - dominio público - tutela

Abstract: This work is mainly focused on analyzing the way private property is expropriated for the purposes of road construction, by the Dirección Nacional de Vialidad within the Province of Córdoba and on identifying the different forms of protection of those goods, once they are taken.

In this context, we are going to identify two problematic situations that frequently appear: first, the increasing expansion of irregular settlements on spaces that, although not occupied by the routes themselves, are part of the plans with a current work project to be carried out, or they are part of the space necessary for safeguarding security within what is called the road zone.

And secondly, the informal occupation of land, where “the irregularity is confused with the continuum of the urban or rural plot, and the limits of the public and the private become blurred”(Oliver, 2013: page 86).

From what has been studied, it appears that the local regulations, both registry and cadastral, are perfectly compatible with the national law of expropriations and that it contributes to the fact that it can fulfill its purpose, which is the acquisition of goods for the purpose of public utility, through the publicity of their legal situation and that the protection measures

described could be implemented in all the organisms that are in charge of the custody and conservation of public use assets.

Key words: expropriation - public property - legal protection

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra principalmente, en analizar la afectación de los bienes inmuebles que se expropian a los fines de la construcción de caminos, por parte de la Dirección Nacional de Vialidad dentro de la Provincia de Córdoba y en identificar las distintas formas de tutela de esos bienes.

En la práctica cotidiana, se presentan desafíos que se intentan resolver en el ámbito del procedimiento administrativo, con la intención de defender los intereses públicos, sin necesidad de judicializar situaciones que, por su entidad o urgencia, no ameritan tal extremo.

En este contexto, vamos a identificar dos situaciones problemáticas que se presentan con frecuencia: en primer lugar, la creciente expansión de asentamientos irregulares sobre espacios que, aunque no están ocupados por las rutas propiamente dichas, forman parte de las trazas con proyecto de obra vigente a ejecutarse, o forman parte del espacio necesario para el resguardo de la seguridad dentro de los que se denomina “zona de camino”².

Y en segundo lugar, la ocupación informal de suelo, donde “la irregularidad se confunde con el continuo del tramado urbano o rural” (Oliver, 2013: pág. 86), y los límites de lo público y lo privado se tornan difusos.

CAPÍTULO 1

Para desarrollar la temática planteada en este trabajo, es necesario hacer algunas precisiones sobre los conceptos que se irán abordando.

² Ley Nacional de Tránsito N° 24.449. Sanción: 23/12/1994 B.O.N: 10/02/1995. Artículo 5° Definiciones. A los efectos de esta ley se entiende por:...(z) Zona de camino: todo espacio afectado a la vía de circulación y sus instalaciones anexas, comprendido entre las propiedades frentistas.

Marienhoff (1960: pág. 60, § 1735, Capítulo IV, Tomo V) define el dominio público como “el conjunto de bienes que de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política -pueblo- encontrándose destinados al uso público directo o indirecto de los habitantes”.

En la Sección 2°, Capítulo 1° del Título III del Libro I del Código Civil y Comercial (en adelante CCC), se regulan los bienes con relación a la personas, siendo el Artículo 235 el que indica cuáles son los bienes pertenecientes al dominio público, el artículo 236 cuales son los bienes de dominio privado del Estado y el artículo 238, por defecto, hace mención a los bienes de los particulares, como aquellos que no son ni del Estado Nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ni municipal.

No obstante la distinción en el CCC, debería verificarse el destino que efectivamente se le ha dado a esos bienes y si existe calificación jurídica que los incluya en la categoría de bienes de dominio público. Tanto la jurisprudencia como la doctrina aceptan en la actualidad que puede considerarse de dominio público aquellos bienes que sirven tanto directa como indirectamente al uso público (Gordillo, 2014: pág. 359).

Mertehikian (2012: apartado IV) señala que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) tiene dicho desde antiguo “Que según jurisprudencia firme de esta Corte la afectación de un bien al dominio público requiere, además de la norma que la imponga, su consagración efectiva al uso o servicios general o común (Fallos: 249:383, 436; 242: 168, entre otros), debiendo, asimismo, ser susceptible de tal uso o destino (Fallos: 141:307; 146:304). Son así insuficientes las nudas declaraciones legales (Fallos: 249:436)”.

Actualmente nuestro Máximo Tribunal ha sostenido y reiterado ese criterio, diciendo que para considerar integrante del dominio público es necesaria “una consagración real y efectiva al uso o servicio público (Fallos: 194:210; 242:168) aun cuando hubiera existido una anterior afectación formal a dicho uso o servicio (Fallos: 242:168; 263:437)”

Los caracteres que a continuación describiremos, le otorgan a los bienes una protección exorbitante respecto del que tienen los bienes en el derecho común, y tienen por objeto mantener y proteger su integridad, en razón de las finalidades que justifican su existencia.

Estos son la inalienabilidad, inembargabilidad y la imprescriptibilidad. Rosatti (2007:pág. 417/418) agrega la sujeción a reglamentos de policía, es decir que están sujetos a un régimen especial y único para ellos.

Los derechos reales administrativos

Son entendidos como aquellos derechos reales cuyo objeto son cosas del dominio público. Surgidos una nota a fallo de Hauriou, a comienzos del siglo XX, hoy cuentan con gran aceptación en el derecho argentino. Los derechos reales administrativos surgen en cabeza de los concesionarios y participan además de las características de los derechos reales sobre cosa ajena, tales como su naturaleza erga omnes (oponibilidad frente a terceros, incluso frente al mismo Estado).

Cassagne y De la Riva (2014: pp. 799- 824) hablan de la existencia de un verdadero derecho de propiedad administrativa del Estado sobre los bienes demaniales y que, el derecho del concesionario constituye un desmembramiento, y que obviamente tiene carácter temporario y revocable por parte de la Administración.

Esta posición jurídica que adquiere el concesionario es más que interesante, porque al reconocerle el carácter real le otorga amplias facultades de disponibilidad, pero no de los bienes sino del uso que hace de ellos, favoreciendo, según Héctor Mairal, (como se citó en Cassagne y De la Riva, 2014) “un mejor aprovechamiento económico y social de los bienes del demanio, sin traicionar los fundamentos y alcances históricos de la figura”. Así, se compatibilizan los derechos del concesionario sobre el bien, dejando a salvo su inalienabilidad y su titularidad en cabeza del Estado.

Modos de afectación al dominio público

“La afectación es un hecho o acto del Estado en cuya virtud un bien queda incorporado al uso y goce de la comunidad” (Gordillo, 2014: pág. 363). La afectación al dominio público de bienes artificiales es la asignación como tales efectuada por ley, por acto administrativo y por hecho administrativo. (Durand, 2010: pág. 3 y ss.) se refiere a ésta, como la dedicación de un bien de titularidad estatal al uso público

directo o indirecto. Para que exista una afectación válida, (Gordillo, 2014: pág. 364/365) señala tres requisitos: a) Asentimiento de la autoridad administrativa competente. b) El bien afectado debe estar en poder Estatal mediante un título traslativo de dominio y c) El bien debe destinarse al uso público en forma actual y efectiva.

La expropiación

Una de las formas de adquisición de bienes con destino a dominio público (si es que se reúnen los elementos subjetivo, objetivo, teleológico y normativo) es la expropiación, definida como un procedimiento de derecho público por el cual el Estado adquiere bienes de los particulares para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, mediante el pago de una indemnización justa y previa (Diez, 1980: pág. 277).

Nuestro Máximo Tribunal se ha expresado al respecto, afirmando que la expropiación por causa de utilidad pública legalmente declarada, origina una relación jurídica de derecho público nacida de una manifestación unilateral de la voluntad del Estado (CSJN, Punto V del Dictamen de la Procuradora Fiscal a la cual adhiere la mayoría de la Corte en autos “Aranda Camacho, Carlos c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ expropiación irregular”, 1992) y afirma que “...la decisión de expropiar (...) produce el efecto jurídico de encuadrar la relación de las partes en un juicio en el marco del derecho administrativo y, por lo tanto, los derechos y obligaciones emergentes de esa relación escapan, por principio, a las previsiones del Código Civil...” (CSJN, Dictamen del Procurador Fiscal en autos “Dirección Nacional de Vialidad c/ Valle de Damonte, Magdalena suc”, 1972), estableciendo así, el marco jurídico que regirá las relaciones entre los sujetos intervinientes.

Los “vacíos” de la Ley de Expropiación

En este punto debemos indagar cuáles son los aspectos que la ley no aclara u omite definir y que, a los fines de este trabajo, luego se convierten en la base de las problemáticas detectadas al inicio de este trabajo de investigación.

Fundamentalmente, identificamos el tema de la publicidad del acto de la afectación de un bien a la utilidad pública. Para esto es necesario destacar la diferencia entre el acto de declaración de utilidad pública (requisito previsto en el artículo 17 de la Constitución Nacional) y el de afectación, siendo necesario que el primero se realice mediante ley de un órgano legislativo mientras que el segundo podía delegarse en una autoridad administrativa.

Tomando el caso de la Dirección Nacional de Vialidad, el Decreto Ley N° 505 (1958), en oportunidad de aprobarse su Estatuto Orgánico, se declara de utilidad pública y sujetos a expropiación todos los terrenos, servidumbres o materiales requeridos para la apertura, trazado y construcción de los caminos previstos, sus obras anexas, complementarias y sus futuros ensanches y ampliaciones.

Seguidamente, indica que la Dirección declarará la afectación a dominio público de los bienes necesarios para las obras. La afectación de bienes usualmente se hace en forma genérica para cada obra en particular, a través de un acto administrativo, que rara vez se encuentra publicada en algún medio de publicación oficial. La Ley de Expropiaciones nada dice al respecto de la publicidad de la afectación. En la práctica, ésta se realiza a través de los planos de mensura para expropiación.

Modos de desafectación de los bienes de dominio público

Cuando hablamos de desafectación nos referimos al cese de la habilitación al uso público de un bien, ya sea por incorporación al dominio privado del Estado o al dominio de los particulares y la misma puede ser de carácter formal o tácita.

En muestra de esta distinción, se ha dicho "... para que cese el carácter de dominio público de un bien, es necesaria la desafectación de su destino, la cual puede producirse no solo por las leyes o por actos administrativos sino también por hechos de la administración, que de manera tácita pero inequívoca y categórica revelen la voluntad desafectante de la autoridad competente" (Pallito Salvador Jesús c/ Propietario Av, Luis J. Dellepiane 6041 s/ Posesión vicenal, 2000, Voto de la Dra. Billa de Serrat, Cámara Nacional en lo Civil y Comercial, Sala J 14 de Julio de 2000).

CAPÍTULO 2

¿Por qué es necesario tutelar los bienes del Estado?

En primer lugar, su tutela es necesaria porque de su uso y aprovechamiento depende promover el bienestar general. Además, porque los bienes de dominio del Estado, son un activo que debe gestionarse en conjunto con los demás recursos financieros gubernamentales. Especialmente los bienes adquiridos mediante expropiación, demandan una erogación de fondos del Tesoro Nacional que, en caso de que a los bienes no se les diera el destino previsto, implicaría un menoscabo al patrimonio estatal.

Y más importante, el Estado no sólo tiene el “derecho”, sino también y fundamentalmente el “deber” de velar por la conservación del dominio público (Marienhoff, 1960: §1779 pág. 128). Todo ello constituye lo que se denomina tutela o protección de dicho dominio.

La administración de los bienes del Estado en la actualidad

En la actualidad, el sistema de administración de bienes del Estado lo concentra la Agencia de Administración de Bienes del Estado (Decreto PEN N° 1382, 2012), en el marco del mandato ordenado por el artículo 135 de la Ley N° 24.156 (1992) de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, que faculta al Poder Ejecutivo Nacional a organizar el sistema de administración de bienes del Estado. La misma normativa creó además el Registro Nacional de Bienes Inmuebles del Estado (RENABE). Entre sus objetivos encontramos la ejecución de las políticas, normas y procedimientos que rigen la disposición y administración de los bienes inmuebles del Estado Nacional, comprendiendo tanto los bienes de dominio público como los de dominio privado.

Mediante el inciso 19 del artículo 8° del Decreto PEN N° 1382/12, se otorgó facultades a la AABE para desafectar aquellos bienes inmuebles propiedad del Estado Nacional que se encontraren en uso y/o concesionados, cuando de su previa fiscalización resultare la falta de afectación específica, uso indebido, subutilización o estado de innecesariedad.

En relación con el sistema de gestión de bienes de la Ley de Expropiación, creemos que no se trata de sistemas excluyentes, sino complementarios, los cuales deben compatibilizarse para mejor administración de los bienes del Estado.

Habida cuenta de lo expresado, desde 2015 la AABE ha adquirido una función predominante, dentro del sistema de gestión de los bienes inmuebles (tanto de dominio público como de dominio privado), principalmente, porque ha adoptado tres funciones integradas entre sí: lleva adelante programas comunitarios tendientes a satisfacer el déficit habitacional (PROCREAR, Escrituración de Viviendas, PRESERVAR); brinda servicios al Estado, para una mejora en la planificación, desarrollo y ejecución de políticas públicas (Modernización de Oficinas del Estado, Optimización de uso de inmuebles) y realiza servicios inmobiliarios con fines de dinamizar la economía, impulsar el empleo y favorecer integración de áreas postergadas al tejido urbano y mejorar el entorno (Desarrollos Urbanísticos, Ventas y Concesiones)³.

CAPÍTULO 3

La normativa general respecto de la inscripción del dominio público

Lo primero que debemos destacar es que según el artículo 10 in fine de la Ley de Registro de la Propiedad Inmueble N° 17.801 (1968) se exceptúan del deber de matriculación en los registros de la propiedad, los inmuebles de dominio público. Esto es coherente con los caracteres de dichos bienes, especialmente en relación a su inalienabilidad, y es consecuente con los privilegios inherentes al régimen exorbitante de los bienes de dominio público, que implican la posibilidad de oponerlos frente a terceros, sin necesidad de que los mismos se encuentren registrados.

En segundo lugar, la misma ley afirma que la inscripción no convalida título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las

³ Funciones de acuerdo a lo publicado en la página oficial. Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/bienesdelestado> Consulta: 02/06/2020

leyes (artículo 4°), y que la inscripción se realiza a “para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley” (artículo 2°).

En consecuencia, *prima facie*, no resulta obligatoria la inscripción de estos bienes. Sin embargo, en la actualidad resulta necesaria dado incesante tráfico comercial interjurisdiccional y la seguridad jurídica que debe amparar el resguardo de los derechos subjetivos sobre los bienes, aún más, cuando hay dominio público de por medio.

La inscripción del dominio público en Córdoba

Actualmente, el Registro General de la Provincia de Córdoba se rige por la ley provincial N° 5771 (1974), dictada para regular la inscripción o anotación de todos los documentos previstos en el Decreto Ley N° 17.801, aquellos a los que por ley se imponga ese requisito, las resoluciones judiciales sobre el carácter litigioso de los bienes, los mandatos referidos a derechos reales y a actos de comercio y las respectivas cancelaciones.

En su texto no incluye ninguna referencia concreta a la inscripción del dominio público, pero haciendo una interpretación integral de su letra, hace numerosas indicaciones a las facultades que tienen los “funcionarios públicos de igual competencia que escribanos”, “autoridad administrativa”, “poderes públicos y organismos” y “funcionarios autorizantes” distintos de los escribanos y contiene además referencias específicas a actuaciones administrativas, tales como expedientes administrativos o resoluciones administrativas, como aquellos instrumentos susceptibles de inscripción.

Si contrastamos estos elementos con el procedimiento administrativo de la expropiación, por ejemplo, veremos que es perfectamente posible la inscripción de los terrenos afectados a dominio público adquiridos mediante convenio de avenimiento, ya que estos son aprobados por un acto administrativo, susceptible de inscripción. Tal es así, que por su parte, la Normativa Técnico Registral vigente indica expresamente en su artículo 62: “Serán registrados planos de mensuras parciales sólo en caso de expropiaciones o de inmuebles cuya titularidad recae en el Estado...” (Registro General de la Provincia de Córdoba, 2017).

En consonancia con estas previsiones, la Ley de Expropiaciones regula el procedimiento de inscripción directa, indicando que:

“para la transferencia del dominio de inmuebles al expropiante, no se requerirá escritura pública otorgada ante escribano, siendo suficiente al efecto la inscripción en el respectivo Registro de la propiedad del decreto que apruebe el avenimiento o, en su caso, de la sentencia judicial que haga lugar a la expropiación” (Ley Nacional de Expropiaciones N° 21.499, 1977, Artículo 32).

La normativa catastral en la provincia de Córdoba referida a los bienes de dominio público

Actualmente se cuenta con una ley sumamente actualizada, sancionada en consonancia con la Ley Nacional de Catastro N° 26.209 (2007) y con el Código Civil y Comercial vigente. Se trata de la Nueva Ley de Catastro N° 10.454 (2017), que recoge los principios y mandatos de la ley nacional.

En primer lugar, entre los principios que proclama, refiere al de no convalidación. En este sentido, el artículo 25 señala que la visación de los trabajos de agrimensura procede en mérito y control de la correspondencia de los documentos presentados, de la intervención previa de otros organismos en la medida de su competencia y de los recaudos formales y requisitos técnicos de la presentación y afirma que las facultades de policía inmobiliaria y catastral de la Dirección General de Catastro pueden ser ejercidas aún con posterioridad a la visación y registración de planos.

En segundo lugar, contiene una previsión fundamental para la tutela administrativa del dominio público y está relacionada con los requisitos de presentación de los trabajos de mensuras particulares para su visado en Catastro. El artículo 17.1 inc. I de la Resolución DGC N° 1/2015, Normativa Técnica Catastral indica que se deberá acompañar:

“Copia de plano visada por la Dirección Nacional o Provincial de Vialidad cuando el inmueble objeto del trabajo sea atravesado o colinde con camino público o ruta. En caso de rutas provinciales o nacionales, se exigirá la intervención de la autoridad vial aún cuando el inmueble se encuentre dentro de un radio municipal o comunal aprobado”.

Esto, en la práctica, promueve el control de zona de camino en diversas zonas de la provincia y posibilita identificar ocupaciones ilegales del espacio público a través del control de zona de camino, cuya fuente más segura de control es la mensura para expropiación. Esta revisión técnica es realizada por agrimensores y, en caso de detectar irregularidades, se da intervención a servicio jurídico para dar continuidad al trámite que corresponda.

El catastro provincial, en tercer lugar, contiene los requisitos técnicos necesarios para la presentación de los planos de mensura parcial de inmuebles adquiridos por expropiación con destino de utilidad pública e incluso para su desafectación del dominio público en el Capítulo X, Artículo 39.1 (Dirección General de Catastro, 2015).

Ley de Protocolización de Planos N° 10.432 (2017)

En el año 2017, se sancionó esta ley que determina que la visación o aprobación y protocolización de los planos de agrimensura, importa declararlos formalmente aptos para servir de base a la instrumentación de derechos y darles publicidad a los planos resultantes.

Esta ley aplica también a los inmuebles adquiridos por expropiación con destino de utilidad pública, ya que los mismos, como mencionamos anteriormente, son determinados a través de las “mensuras para expropiación”. Lo particular de estas mensuras, es que requieren necesariamente para su protocolización, del acto administrativo que sirva de título para la adquisición del dominio público.

Finalmente, se destaca la Resolución Conjunta N° 1/2018 (B.O.P 03/07/2018), emitida por la Dirección General de Catastro y el Registro General de la Provincia de Córdoba, en la que se determinó el procedimiento de registración aplicable a casos particulares y específicos que ameritan unificar el tratamiento registral y catastral, como lo son la mensura para expropiación y la mensura para futura unión.

CAPÍTULO 4

Problemáticas

Plantearemos a continuación las problemáticas que mencionamos en la Introducción y se podrá advertir en concreto cómo ellas involucran

bienes del Estado y por qué es necesario buscar la tutela administrativa de esos bienes. Ellas son, por un lado, los asentamientos irregulares sobre el espacio público y por el otro, la ocupación informal del espacio público.

Asentamientos informales sobre el espacio público

La existencia de asentamientos informales sobre el espacio público debe verse, primeramente, como una consecuencia de necesidades sociales básicas desatendidas por parte del Estado, en sus distintas esferas de gobierno, principalmente referido al acceso a la vivienda⁴, considerado éste, como un derecho humano básico para luego la satisfacción de otros derechos. (Oliver, 2013: págs. 104-107).

El crecimiento poblacional desmedido, excluyente e insustentable, motivado fundamentalmente por la necesidad de encontrar mejoras laborales, sanitarias y educativas, está localizado en los grandes centros urbanos y ha tenido como consecuencia la ocupación de incontables espacios destinados a la utilidad pública, especialmente, aquellos destinados a servir al ferrocarril y a las rutas y caminos.

Por citar un ejemplo, la organización sin fines de lucro “Un Techo para mi País”, muestra gráficamente en su Relevamiento del año 2016, cómo numerosos asentamientos se dan en zonas de camino⁵, zonas colindantes a caminos, en terrenos que alguna vez fueron adquiridos o se encontraban emplazados para la traza de alguna obra o en terrenos del ferrocarril, que hoy se encuentran dentro del ejido urbano y que no atienden, en muchos de los casos, a la finalidad pública para la que fueron adquiridos.

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) Art. 25 Inc. 1: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; (...). Ver también: Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969), art. 5 inc. e) iii; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976) en el Art. 11 inc. 1; la Convención de los Derechos del Niño (1990), Art. 27 inc. 3, entre otros.

⁵ Ley Nacional de Tránsito N° 24.449. Sanción: 23/12/1994 B.O.N: 10/02/1995. ARTICULO 5° DEFINICIONES. A los efectos de esta ley se entiende por...(z) Zona de camino: todo espacio afectado a la vía de circulación y sus instalaciones anexas, comprendido entre las propiedades frentistas.

De acuerdo con los datos de la Revista del Consejo Nacional de la Vivienda, como se citó en (Observatorio de Políticas Públicas, 2007), los asentamientos precarios se caracterizan por presentar una ocupación del espacio de manera espontánea, no planificada, dando como resultado un trazado irregular e intrincado.

Desde el punto de vista catastral, “los asentamientos informales son parte de la realidad territorial y tienen una expresión geoespacial, ya que son polígonos geométricos, que surgen del acceso irregular/informal del hombre al suelo, basados en una relación de hecho entre el sujeto y la cosa”. (Oliver, 2013: pág. 86).

Detrás de su conceptualización y características, no hay que olvidar el dato principal, que se trata de grupos humanos que, por necesidades básicas insatisfechas, hacen del espacio público su centro de vida.

Políticas conjuntas entre la DNV y el Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Córdoba

En este orden de ideas, y retomando lo señalado en el Capítulo 2 sobre la Agencia de Administración de Bienes del Estado, la DNV está trabajando conjuntamente con la Provincia a los fines de regularizar la situación dominial de determinados asientos informales de población sobre terrenos de dominio del Estado.

Para ello se elaboraron los informes dominiales de Villa La Tela y Villa Renault Norte. Estos terrenos fueron desafectados de la utilidad pública mediante Resolución AG N° 1871 de fecha 18 de agosto de 2009 y Resolución AG N° 332 de fecha 10 de mayo de 2002, por cambio de traza de la Avenida de Circunvalación de la Ciudad de Córdoba, a solicitud de la Resolución N° 33 (Comisión de Tierras Fiscales Nacionales Programa Arraigo, 1997).

Dichos informes fueron otorgados a la Provincia de Córdoba, a requerimiento del Ministerio de Desarrollo Social, para realizar las transferencias de dominio en favor de los ocupantes de los inmuebles, bajo la coordinación de la AABE⁶.

⁶ La Provincia de Córdoba sancionó la ley N° 10495. Expropiación de Inmuebles en Barrio Las Flores, Asentamiento “Villa La Tela”, Departamento Capital,

Irregularidad en el uso del espacio público

Al comienzo de este trabajo, identificamos como segundo punto problemático irregularidad en el uso del espacio público que surge del tramado urbano o rural indefinido.

Distintos son los orígenes de este “aprovechamiento”, ya que no está relacionado con las características sociales o económicas del tercero involucrado y en general, se trata de conductas lesivas del dominio público de carácter individual.

Motivan este actuar diferentes razones: desconocimiento de los límites entre el espacio público y el espacio privado por irregularidad en el tramado, la falta de inscripción en dominio público o por el uso de diferentes técnicas de registración por parte del Registro de la Propiedad local, también la antigüedad o carencia de la información catastral o incluso la mala fe de los enajenantes, que no informan las afectaciones parciales a los adquirentes.

Esto implica conductas lesivas que en ocasiones, alcanzan también el patrimonio de los privados, generando conflictividad e incertidumbre jurídica respecto del órgano jurisdiccional facultado para decidir, por ejemplo si interviene la justicia federal u ordinaria.

CAPÍTULO 5

Medios de tutela administrativa de los bienes

Habiendo desarrollado las problemáticas que involucran los bienes de dominio público y teniendo en consideración la normativa aplicable a los mismos, estamos en condiciones de determinar distintos medios de tutela administrativa de los bienes, frente a las situaciones de desposesión que desarrollamos en las problemáticas.

Autotutela de bienes de dominio público

La Administración Pública goza del privilegio de actuar por sí misma, en forma directa, en la tutela de los bienes dominicales para

para Regularización Dominial y Saneamiento de Títulos con destino a viviendas en el mencionado asentamiento. (B.O.P: 04/12/2017).

reprimir la actitud ilegítima del administrado. Todas las reglas atinentes a la tutela o protección del dominio público forman parte de la policía de la cosa pública, que es una nota característica del régimen jurídico de la dominicalidad y que le habilitan a la Administración a proceder unilateralmente, por autotutela, a través de sus propias resoluciones ejecutorias. Este empleo de la fuerza es considerado como un caso de coerción de policía directa.

Al respecto, tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que “existiendo una ocupación ilegítima de un espacio perteneciente al dominio público, resulta procedente la intervención de la Administración para recuperar el sector afectado. Esta autotutela administrativa constituye un verdadero privilegio a favor del Estado, configurando el rasgo del Derecho Administrativo que exorbita los márgenes del Derecho Privado, en el que sólo se encuentran disponibles las acciones judiciales pertinentes (petitorias, posesorias, interdictales)”. Dictámenes 235:446.

Como la autotutela del dominio público se trata de una excepción en el ordenamiento jurídico, para ser procedente, deben darse dos supuestos.

En primer lugar, es indispensable que el carácter público del bien sea “indubitable”, no sólo para motivar la actuación de la Administración sino también para rechazar, basado en la dominicalidad, las acciones o excepciones que deduzcan los particulares.

Y en segundo lugar, siendo de excepción dicho régimen, sólo y únicamente corresponde aplicar el procedimiento administrativo de tutela directa, o autotutela, tratándose de bienes “dominicales” stricto sensu, pero de ningún modo tratándose de bienes del dominio privado del Estado.

La opción entre la autotutela y las acciones judiciales no depende de principio alguno, sino exclusivamente de la discrecionalidad administrativa y de que se den los requisitos previstos para la tutela del dominio público, de lo contrario, quedará habilitada únicamente la vía judicial.

Tutela antes y durante la expropiación

En primer lugar, consideramos que debe hacerse hincapié en los medios de publicidad de las resoluciones que determinan los inmuebles

que estarán destinados a ser incorporados al dominio público. Para ello se necesita la sistematización de los datos de las propiedades afectadas, en qué superficie y cuáles son sus titulares dominiales, para ser incorporados al acto administrativo de afectación de inmuebles.

La publicidad en el Boletín Oficial satisface el requisito, pero fundamentalmente debería realizarse a través de los organismos locales sobre los que recae dicha función. En el Registro de la Propiedad de Córdoba puede realizarse a través de una anotación especial sobre la matrícula (art. 33, Ley N° 17.801 y art. 44, Ley N° 5771) y en la Dirección General de Catastro, antes de la presentación del plano de mensura para expropiación correspondiente, podría informarse la afectación como un supuesto de limitación administrativa (ap. 2, inc. c. del art. 4 de la Ley 10.454).

Después de la expropiación

La tutela debe surgir, esencialmente, de darles a los bienes expropiados, el destino para el cual fueron adquiridos. Esto es lo que indica la norma, la jurisprudencia de la CSJN y la doctrina.

En segundo lugar, debe anoticiarse a la AABE de los inmuebles expropiados y de su destino, luego del registro patrimonial interno dentro de la repartición. Especialmente debe hacerse énfasis en informar aquellos inmuebles que puedan ser objeto de controversia de límites o que sean más vulnerables (por ejemplo, los adquiridos con destino a áreas de descanso y esparcimiento, reforestación, puestos camineros o sub campamentos).

En caso de que por el transcurso del tiempo y por las causas que fueran, no se le hubiere dado el destino originalmente previsto a esos bienes, consideramos que puede optarse por convenir con los titulares expropiados o terceros adquirentes de los remanentes, para que puedan hacer usufructuar de las fracciones afectadas, a cambio de su conservación y su inmediata desocupación, en caso de reactivación de las obras previstas.

Además la AABE podría extender autorizaciones a los distintos organismos (existen antecedentes con relación a la DNV), a fin de que celebren contratos de concesión de uso, otorguen permisos de uso

precarios onerosos o gratuitos y custodias, sobre inmuebles de su jurisdicción, a cambio de resguardo e integridad de los mismos. Esto facilita la celeridad en el procedimiento administrativo y el éxito en la medida.

Otra situación podría plantearse y es que, frente a la imposibilidad de darse el destino de utilidad pública previsto, se acuerde con antiguos propietarios para el ejercicio del derecho de retrocesión, conforme las previsiones de la Ley Nacional de Expropiación.

Tutela administrativa de los bienes frente a los asentamientos informales

Según lo estudiado respecto de esta problemática, una vez presente, los mecanismos de tutela administrativa de los bienes intrusados es prácticamente nula.

Lo significativo en relación a estos asentamientos debe ser prevenir que sucedan, ya que una vez que se han arraigado, el Estado tiene la obligación de atender las necesidades habitacionales de los ocupantes.

En este contexto, es central la participación activa de la AABE, como órgano centralizador de la gestión de bienes del Estado, en relación con los demás organismos estatales intermedios y más cercanos a la población (la provincia y los municipios).

Una posibilidad podría ser el traslado de los ocupantes a otros terrenos estatales, que estén preparados a tales efectos, tanto en materia de infraestructura como en materia de regularización dominial.

Tutela administrativa de los bienes frente a situaciones de irregularidad en el uso del espacio público

Al respecto, la DNV debe actuar coordinada y colaborativamente con la Dirección de Catastro para que esta pueda ejercer facultades de policía inmobiliaria y catastral, durante la visación de un plano de particulares y aún después, cuando la DNV pudiera tomar conocimiento de una controversia, especialmente en áreas de zona de camino.

Esta tarea conjunta podría materializarse en la toma de conocimiento, a través de los medios digitales, de las trazas existentes y las próximas a construirse, para mejor control del dominio público, no

sólo del Estado Nacional, sino también de la provincia y de las municipalidades.

En adición a esto, se podrían plantear restricciones al dominio en los términos del artículo 1970 del Código Civil y Comercial.

La tutela judicial de los bienes de dominio público y privado del Estado

En la misma, proceden las acciones petitorias (reales) y posesorias. El Estado es legitimado activo para ejercerlas porque, independientemente de la teoría que se aborde respecto del sujeto titular del dominio público, hay un verdadero derecho de propiedad pública, con su correlativa posesión (Marienhoff, 1960: §1783, pág. 130).

El argumento de que sobre los bienes del dominio público no puede haber una posesión útil, sólo vale para los administrados o particulares, pero en modo alguno para el Estado. Por eso pudo decirse, acertadamente, que las acciones posesorias proceden, en principio, a favor del Estado, pero no en su contra (Marienhoff, 1960: §1783, pág. 130).

Finalmente, existen supuestos en que la Administración necesariamente debe recurrir a la vía judicial (Marienhoff, 1960: §1783, pág. 131): en primer lugar, cuando se trata de la represión de delitos del derecho penal, cometidos con relación al dominio público como la Usurpación (art. 181 C.P).

En segundo lugar, cuando el carácter público del bien o cosa no sea indubitable. En tal hipótesis, la Administración debe recurrir a la autoridad judicial en demanda de apoyo a sus pretensiones.

Y finalmente, cuando el pertinente acto administrativo carezca de ejecutoriedad “propia” y sólo posea la llamada ejecutoriedad “impropiada”, vale decir, cuando la ejecución o cumplimiento del acto dependa o deba solicitarse a otro órgano o autoridad.

CONCLUSIONES

Al iniciar este trabajo, la necesidad de identificar las distintas formas de tutela administrativa de los bienes, frente a situaciones de

desposesión por el establecimiento de asentamientos informales o por el uso irregular del espacio público.

Atendiendo a lo desarrollado, concluimos, por una parte, que la normativa local tanto registral como catastral es perfectamente compatible con la ley nacional de expropiaciones y que coadyuva a que ésta pueda cumplir con su finalidad, que es la adquisición de bienes con destino de utilidad pública, a través de la publicidad de su situación jurídica.

Destacamos por último, la necesidad de implementar estas medidas de tutela administrativa de los bienes, no sólo en el ámbito de la Dirección Nacional de Vialidad sino también en todos los organismos que tenga a su cargo la custodia y conservación de bienes de dominio público.

Finalmente, a modo de cierre, no podemos dejar de reflexionar sobre el hecho de que de nada sirve atender al resguardo de los bienes de dominio público para que estos puedan cumplir con la finalidad de utilidad pública para la cual fueron adquiridos, si no se atiende primero a las necesidades básicas de la población. En este sentido, el Estado globalmente debería tener políticas sostenidas a lo largo del tiempo que no lleven a oscilaciones que luego tengan impacto negativo en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia de Administración de Bienes del Estado. (17 de Julio de 2017). RESFC-2017-189- APN-AABE#JGM. *Autoriza a la Dirección Nacional de Vialidad a celebrar contratos de concesión de uso sobre inmuebles registrados en el RENABE*. Buenos Aires, Argentina.
- Aranda Camacho, Carlos c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ expropiación irregular., Fallos: 315:596 (Corte Suprema de Justicia de la Nación abril de 1992).
- Avila, F. A. (1988). Resolución General Número Cuatro- Registro General de la Provincia. *REVISTA NOTARIAL*, 1 (55).
- Azueta, A. (2016). Para una ciudad incluyente y sustentable, otro régimen de propiedad. *Direito & Praxis.*, 7 (14), 588-608.
- Casas y Romero Villanueva. (2005). *Expropiación. Ley 21.499. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*. Buenos Aires: Astrea.

- Cassagne Juan C.; De la Riva Ignacio M. (2014). Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina. *Derecho Administrativo*, Mayo/Junio, 799-824.
- Código Civil. (25 de Septiembre de 1869). Argentina.
- Código Civil y Comercial de la Nación. (1 de Octubre de 2014). Argentina.
- De la Riva, I. M. (2016). Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras? (J. H. Alterini, Ed.) *La Ley* (47), 1-3.
- De la Riva, I. M. (10 de Marzo de 2016). *Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?* Recuperado el 15/07/2018, de http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/359-Derechos_de_superficie_y_bienes_del_dominio_publico.pdf
- Decreto DNU N° 1416. (19 de Septiembre de 2013). Argentina.
- Decreto PEN N° 1382. (13 de Agosto de 2012). Argentina.
- Decreto/Ley N° 505. (22 de Enero de 1958). Argentina.
- Diez, M. M. (1980). *Manual de derecho administrativo. Tomo II*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Dilthey, W. (1980). *Introducción a la Ciencia del Espíritu*. Madrid: Alianza.
- Dirección General de Catastro. (30 de Noviembre de 2015). Resolución DGC N° 1,
- Normativa Técnica Catastral. Córdoba, Argentina.
- Dirección General de Catastro. (1 de Agosto de 2017). Resolución Normativa N° 6. Córdoba, Argentina.
- Dirección General de Catastro. (05 de Octubre de 2017). Resolución Normativa N° 7. Córdoba, Argentina.
- Dirección Nacional de Vialidad c/ Valle de Damonte, Magdalena suc, Fallos 284:23 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1972).
- Durand, J. C. (2010). Breve glosario de términos usuales en materia de dominio público. *Jurisprudencia Argentina*, III, 3 y ss.
- Escola, H. (1984). *Compendio de Derecho Administrativo. Tomo II*. Buenos Aires: Depalma.

- Gordillo, A. (2014). *Tratado de derecho Administrativo y obras selectas. Primeros Manuales* (Vol. Tomo 9). Buenos Aires: FDA.
- Kirgal Trading Company S.A. c/ GCBA s/ expropiación inversa - retrocesión (Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires 13 de Junio de 2012).
- Klikgsberg, B. (1999). Inequidad en América latina: Un tema Clave. *Revista APORTES para el Estado y la Administración Gubernamental* (Nº 13 La Cuestión Social). Recuperado el 10/06/2020 de: http://www.asociacionag.org.ar/pdfaportes/13/a13_01.pdf
- Ley Nº 24.449, Ley Nacional de Tránsito. (10 de Febrero de 1995). Argentina.
- Ley Nº10.432, Protocolización de Planos. (19 de Abril de 2017). Córdoba, Argentina.
- Ley Nacional de Expropiaciones Nº 21.499. (21 de Enero de 1977). Argentina.
- Ley Nacional Nº 17.801. Registro de la propiedad inmueble. (10 de Julio de 1968). Argentina.
- Ley Provincial Nº 5771. Registro General de la Provincia de Córdoba. (12 de Noviembre de 1974). Córdoba, Argentina. Ley de Expropiaciones Nº 189. (1866). Buenos Aires, Argentina.
- Ley Nº 24.449, Ley Nacional de Tránsito. (10 de Febrero de 1995). Argentina.
- Ley Nº 33 del Patrimonio de las Administraciones Públicas. (3 de Noviembre de 2003). España.
- Ley Nº10.432, Protocolización de Planos. (19 de Abril de 2017). Córdoba, Argentina.
- Ley Nacional de Catastro Nº 26.209. (15 de Enero de 2007). Argentina.
- Ley Nacional de Expropiaciones Nº 13.264. (23 de Septiembre de 1948). Argentina.
- Ley Nacional de Expropiaciones Nº 21.499. (21 de Enero de 1977). Argentina.
- Ley Nacional Nº 17.801. Registro de la propiedad inmueble. (10 de Julio de 1968). Argentina.
- Ley Nacional Nº 22.423. Inmuebles del Estado. Perfecciónense las normas vigentes sobre venta de bienes inmuebles pertenecientes

- al estado Nacional no necesarios para el cumplimiento de sus funciones. (12 de Marzo de 1981).
- Ley Nacional N° 23.697. Emergencia Económica. (15 de Septiembre de 1989). Argentina.
- Ley Nacional N° 23.967. Tierras Fiscales. (29 de Agosto de 1991).
- Ley Nacional N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Publico Nacional. (26 de Octubre de 1992).
- Ley Provincial N° 5771. Registro General de la Provincia de Córdoba. (12 de Noviembre de 1974). Córdoba, Argentina.
- Marienhoff, M. S. (1960). *Tratado de Derecho Público* (Vol. Tomo V). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Mecle Armiñana, E. S. (Marzo de 2001). Los derechos sociales en la Constitución Argentina y su vinculación con la política y las políticas sociales. (A. Z. (comp.), Ed.) *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía. Los límites de las políticas sociales en América Latina*.
- Mertehikian, E. (2012). *El mito del dominio público imprescriptible*. Recuperado el 30 de Enero de 2018, de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl30251-mertehikianmito_dominio_publico_imprescriptible.htm.
- Mertehikian, E. (2006). *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Eduardo Mertehikian.
- Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. (2010). *Políticas Sociales del Bicentenario, un modelo Nacional y Popular* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina.
- Mur Ramon Gumersindo c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ Prescripción Adquisitiva (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala IV 9 de Octubre de 2015).
- Nueva Ley de Catastro N° 10.454. (30 de Mayo de 2017). Córdoba, Argentina.
- Observatorio de Políticas Públicas. (Noviembre de 2007). *Administración de Bienes del Estado Bases para un Proyecto de Ley de Bienes*. Recuperado el 29 de noviembre de 2016, de Cuerpo de Administradores Gubernamentales Jefatura de Gabinete de Ministros.

- Oliver, M. C. (2013). *Informalidad e instrumentos para regularización dominial. Guía para regularización dominial. Aplicación en Asentamientos Informales del Catastro 2011 de la ONG Un Techo para mi País*. Córdoba, Córdoba, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba.
- Pallito Salvador Jesús c/ Propietario Av., Luis J. Dellepiane 6041 s/ Posesión vicenal (Cámara Nacional en lo Civil y Comercial, Sala J 14 de Julio de 2000).
- Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 235:446
- Rosatti, H. (2007). *Código Civil comentado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Pedro y Antonio Lanusse c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 194:210 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 9 de Noviembre de 1942).
- UntechoparamiPaísONG.(2016).*Relevamiento de Asentamientos Informales*. Recuperado el 23 de Enero de 2018, de <http://relevamiento.techo.org.ar/?latlng=-31.43437554415758,64.23774719238283&z=12&l=mapa&f=2&y=r2016&chart=0&table=0&details=0&detailsTab=0&nid>.
- Villegas Basavilbaso, B. (1952). *Derecho Administrativo: Instituciones fundamentales (segunda parte) - Dominio Público* (Vol. IV). Buenos Aires: TEA.



EXPERIENCIAS Y DOCTRINAS DEL CUERPO DE ABOGADOS/AS DEL ESTADO

ALEJANDRO ANANIA

ALEJANDRO JULIO GARCÍA

PEDRO FACUNDO ZURITA

HÉCTOR MAZZEI

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

GUIDO LEONARDO CROXATTO

LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS FRENTE A LA PANDEMIA

LA DECISIÓN DE LA CSJN FRENTE A LA SESIÓN VIRTUAL DEL PODER LEGISLATIVO

ALEJANDRO ANANIA¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud OMS caracterizó al coronavirus COVID-19 como una Pandemia de alta contagiosidad², el cual en ese momento ya había alcanzado la hoy exigua suma de 4.000 muertes y con presencia en 14 países. Desde ese momento las cifras no cesaron en aumentar, tanto de personas infectadas como de quienes perdieron la vida. El virus se expandió en todos los países y también en Latinoamérica, alcanzando gran número de muertos atento a la saturación de los servicios de salud causada por su alta morbilidad.

El 12 de marzo el Poder Ejecutivo dicta el Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 260/2020 por el cual se declara la ampliación de la

¹ Abogado. Especialista en Derecho Procesal y Defensa del Estado, ECAE - PTN, 2014. Diplomatura "Relaciones Laborales Colectivas en el Sector Público". (INAP-FOPECAP-UNLZ), 2018. Alumno en Orientación Asesoramiento del Estado, ECAE - PTN.

² <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

Emergencia Sanitaria³, la obligación de aislamiento preventivo para casos sospechosos y confirmados, sus contactos estrechos, para quienes ingresen al país desde zonas afectadas y la obligación de reportar síntomas.

El 16 de marzo por Resolución 207/2020 del Ministerio De Trabajo, Empleo Y Seguridad Social⁴ se dispone suspender temporalmente el deber de asistencia de los trabajadores del sector público y privado que sean mayores de 60 años; embarazadas; quienes padezcan enfermedades respiratorias; cardíacas; inmunodeficiencias; diabéticos, atento a las complicaciones en la salud que se presentaban en dichas personas en caso de contagiarse el virus.

El 19 de marzo, ante la propagación del virus en el territorio nacional, el Poder Ejecutivo dicta el Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 297/2020 por el cual se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” por un plazo de tiempo que fue reiteradamente prorrogado. Se procede así a la restricción de la movilidad y circulación de las personas salvo los casos que son especialmente exceptuados. Ello, ante la inexistencia de tratamiento médico para curar la enfermedad y la demostración de la efectividad del aislamiento social para evitar el contagio.

Las circunstancias relatadas conllevaron al Congreso de la Nación a una imposibilidad de sesionar presencialmente y, a la vez, ante la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda dictar Decretos de Necesidad y Urgencia en materia de penal, tributaria, electoral o régimen de los partidos políticos, a la inexistencia de órgano facultado constitucionalmente a realizarlo.⁵

³ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335423/texact.htm>

⁴ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335541/norma.htm>

⁵ Art. 99 inc. 3 C.N. “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo

En lo que hace al planteo analizado, los senadores se encontraban en su mayoría en sus provincias de origen, dificultándose su traslado, implicando sesionar presencialmente la ruptura de las premisas de aislamiento social, y exponiéndose los mismos al contagio.

Se plantea así en la solicitud interpuesta si ¿es constitucionalmente posible que Cámara de Senadores sesione mediante medios digitales -donde se garantice la identificación y la voluntad de los legisladores- para legislar en materia tributaria, debido a la situación de gravedad institucional generada por el COVID19, atento a que el art. 30 de su Reglamento establece que los senadores constituyen Cámara en la sala de sus sesiones?

En la formulación de la duda constitucional se tiene especialmente presente la historia reciente de la Argentina en cuanto a la existencia de maniobras de todo tipo -incluidas las judiciales- tendientes a impedir la aplicación de leyes que afecten intereses de grupos económicos.

Se trata de hechos de público conocimiento en los que no ahondaré pues basta recordar cómo con la interposición de “medidas cautelares” y diversas declaraciones de “inconstitucionalidad” han estado a la orden del día, impidiendo los efectos generales de las leyes, inclusive aquellas sancionadas con mayorías ampliadas y calificadas por su diversidad.⁶

Con éste trabajo se pretende analizar el planteo interpuesto, el fallo de la CSJN, y sugerir una posible salida institucional conforme pautas de razonabilidad coherente con la Constitución Nacional y los precedentes jurisprudenciales el máximo tribunal federal.

II. LA ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA INICIADA POR LA PRESIDENTA DEL HSN

La Senadora Cristina Fernández promovió, en su carácter de Presidenta del H. Senado de la Nación, una acción declarativa de certeza destinada a despejar el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de la realización de sesiones legislativas en el ámbito de la Cámara

general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

⁶ Las conocidas como ley de Medios y de Democratización de la Justicia.

de Senadores de la Nación, mediante la implementación de medios virtuales o remotos aplicados en el procedimiento de sanción de las leyes.

La legitimación procesal de la actora surge de su calidad de Presidenta del Senado en tanto la incertidumbre manifestada puede afectar el modo en que se deben desempeñar las funciones propias de la Presidencia, conforme las atribuciones y deberes que le encomienda el Reglamento de la Cámara, en el contexto de emergencia institucional, y por la consecuente afectación posible del funcionamiento mismo del Honorable Senado de la Nación que preside.

La duda o incertidumbre, surge de la redacción del art. 30 del Reglamento de la Cámara de Senadores según el cual *“Los senadores constituyen Cámara en la sala de sus sesiones y para los objetos de su mandato, salvo en casos de gravedad institucional”* y sobre la legalidad de efectuar sesiones virtuales. Se pregunta la actora: *“¿Es constitucionalmente posible que tal como lo establece el art. 30 del Reglamento de la H la Cámara de Senadores sesione mediante medios digitales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID19?”*

La consulta se realiza como consecuencia de haberse configurado una serie de factores, circunstancias y disposiciones constitucionales excepcionales tales como: la pandemia COVID-19; las resultantes del aislamiento social preventivo y obligatorio en materia de salud pública; las dificultades de sesionar de manera presencial (distancia de domicilios actuales de senadores, sus edades de riesgo, licencias del personal legislativo); la imposibilidad constitucional del Poder Ejecutivo de legislar con Decretos de Necesidad y Urgencia en materia penal y tributaria; y la necesidad de legislar respecto a éstas última para dar respuesta a la crisis socio económica generada por el marco de excepcionalidad y asistir económicamente a las crecientes necesidades de los sectores sociales más afectados.

En el escrito de inicio dice: *“la situación de emergencia, requiere que el Congreso de la Nación, y en lo que resulta de mi competencia este H. Senado de la Nación sesione a los fines de legislar en aquellas materias que se encuentran excluidas de modo absoluto de la posibilidad de ser legisladas por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el dictado*

de Decretos de Necesidad y Urgencia". Y que: "nunca había sucedido, como hasta ahora, que realmente hubiera una efectiva imposibilidad de sesionar, no sólo prolongada en el tiempo sino, además, en un contexto en el cual no existen certezas de cuando se podrá volver a hacerlo".

Se pone énfasis en que las situaciones descriptas revisten una gravedad institucional inusitada e inédita, que: *"En la jurisprudencia de la Corte Suprema la expresión 'gravedad institucional' comprende (en sentido amplio) aquellas cuestiones que exceden el mero interés individual de las partes y afectan de modo directo al de la comunidad. La expresión 'gravedad institucional' corre pareja con otras que, con similar sentido, utiliza la Corte. Son las de 'trascendencia institucional', 'notorio interés institucional', 'cuestión institucional seria', 'razones de interés general', 'situación que se proyecta sobre la buena marcha de las instituciones'..."*

Finalmente se plantea que la incertidumbre manifestada no solo afecta el modo de funcionamiento del Honorable Senado de la Nación, sino además el modo en el que su Presidenta debe desempeñar sus funciones propias en este contexto de emergencia institucional.

III. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El Tribunal Supremo rechazó la acción basando su decisión en que el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin necesidad de recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir, por constituir una cuestión política no justiciable.

La Corte manifestó que había establecido, por un lado, una línea jurisprudencial en materia de cuestiones no justiciables, preservando así el valor republicano de la división de poderes; y por otro lado, también había establecido ciertas excepciones a las facultades privativas de los otros Poderes del Estado en defensa de la preservación de la supremacía de la Ley Fundamental. Ambas posturas jurisprudenciales tuvieron la intencionalidad de equilibrar la posible tensión ente división de poderes y control de supremacía constitucional.

Sin embargo, argumentó la Corte, que la cuestión en análisis no se subsume en las “excepciones” que habilitan el control de la supremacía constitucional por sobre “la regla” referida a las facultades privativas de los otros Poderes del Estado.

Dichas excepciones que habilitan el control de supremacía constitucional más allá del principio de facultades privativas de los otros Poderes, se sintetizan en dos supuestos principales:

El primero, consistente en la idea de que la Corte debe velar por que ninguno de los poderes del Estado actúe por fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere, invadiendo competencias de otro poder; y el segundo, que dichas atribuciones exclusivas se efectúen del modo en que la Constitución autoriza a ponerlas en la práctica.

La Corte argumenta que éstos supuestos excepcionales no se dan porque la posibilidad de sesionar de manera remota no interfiere con el modo en que debe realizarse el procedimiento de sanción de las leyes. Ello, dado que la Constitución nada dice sobre el lugar o la forma presencial o remota en que deben encontrarse los legisladores para sesionar, deliberar y votar, a la vez que tampoco veta expresamente un procedimiento remoto

Por otra parte, es una atribución del Senado llevar adelante sus sesiones de manera presencial o remota, sin que eso invada competencias de otro poder.

La Corte manifestó que el instituto de inmunidad de los legisladores fue pensado para asegurar la deliberación parlamentaria y no para restringirla.

Por lo expuesto, manifestó la Corte, respecto a la pregunta referida a si ¿es necesario que el Senado de la Nación, para sesionar en forma virtual o remota, le solicite autorización a la Corte Suprema de Justicia de la Nación?⁷ debe ser respondida negativamente. Rechazó por ese motivo la acción entablada.

Aunque esa no es la pretensión de la actora, porque la misma consistió en que despeje la Corte toda duda o incertidumbre respecto a la constitucionalidad del trámite remoto a adoptarse por parte del

⁷ Considerando 16 del fallo.

Senado de la Nación, el Supremo responde que no le corresponde efectuar una respuesta en términos de autorización.

Es decir, según los términos del fallo, previamente a definir si es o no constitucional el procedimiento remoto para la sanción de las leyes debiera responderse si le corresponde a la Corte manifestarse al respecto, conforme las doctrinas previamente establecidas: regla y excepciones.

Fundamentó su decisión en que el Congreso, como los otros poderes del Estado, tiene autonomía para regular su modo de funcionamiento de acuerdo al artículo 66 de la Constitución Nacional, y como ya lo ha dicho la misma Corte, *“no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes”* (“Barrick”, Fallos: 342:917, considerandos 2° y 23). Por ello no se configura un caso justiciable.

Manifestó que la acción declarativa de certeza requiere la existencia de *“casos justiciables”* (“Barrick”, Fallos: 342:917), lo que no se cumple en esta petición.

En consecuencia, la cuestión sobre el carácter presencial o remoto de las sesiones del Senado son un asunto que la Constitución defirió de forma privativa y exclusiva a su prudencia política.

A pesar de ser rechazada la acción, en la fundamentación del rechazo de la misma se encuentra una certera respuesta a la duda que motiva la misma.

IV. SOBRE EL IMPACTO Y ALCANCES DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL. CRÍTICA

Según nuestra Constitución Nacional corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75. En su redacción se establece causa o controversia en el sentido de la existencia de dos partes adversas que persiguen la determinación del derecho debatido entre ellas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible a cada litigante.

Sin embargo, como veremos más adelante, la Corte no siempre se ha apegado a ejercer las atribuciones constitucionales conforme la circunstancia habilitante designada como caso o controversia.

La CSJN no tomó como un elemento a ser considerado en su fallo hechos alegados que son conducentes a la pretensión, tales como la alegada existencia de maniobras de todo tipo, incluidas las judiciales, tendientes a impedir la aplicación de las leyes que afecten sus intereses, como grupos económicos concentrados.

No es el interés de este trabajo indagar sobre la acción declarativa de certeza misma, sino de las distintas posturas de la Corte y las posibles soluciones desde el ejercicio de su función jurisdiccional.

Sin embargo, podríamos hacer algunas preguntas acerca de los requisitos de procedencia de la acción. ¿Quiénes integran la relación jurídica en los términos en que se propone la acción? Pareciera que la Presidenta del Senado, por un lado, y la misma Corte Suprema de Justicia, como intérprete último de nuestra Constitución, por el otro. Al menos a través del Derecho Federal que constituyen sus sentencias, ello, cuando la actora alega *“existencia de maniobras de todo tipo, incluidas las judiciales, tendientes a impedir la aplicación de las leyes que afecten sus intereses, como grupos económicos concentrados”*.

¿Cuál es la falta de certeza sobre el nexo que une a las partes y sobre los que se desea determinar su alcance? Pareciera ser una corriente jurisprudencial que tiende a declarar inconstitucionales a las leyes aprobadas por amplia mayoría cuando afectan los intereses de grupos económicos, lo cual podría llevar a una sentencia que determine que la extensión de la obligación, a cargo de la Presidenta del Senado, de formar quorum “en la sala de sus sesiones”, signifique “en la sala ubicada en el edificio del Congreso, excluyentemente”.

Podemos preguntarnos ¿es innecesario preguntarse sobre la existencia o no de los requisitos de procedencia de la acción declarativa?

Claro que cuando del derecho a la propiedad se trata algunos requisitos procesales tienden a acomodarse más fácilmente que otros a la luz de *nuestros virtuosos principios constitucionales*, incluso hasta desplazarse el principio de solve et repete.⁸

⁸ (CSJN; Fallos: 310:606; 310:977).

Si pensamos en el requisito de actualidad de la lesión, la jurisprudencia ya ha determinado la no literalidad del mismo, exigiéndose la actualidad sobre el estado de incertidumbre y el interés en despejarlo.⁹

Nos podemos preguntar si ante los antecedentes jurisprudenciales de la Corte y la situación de extraordinaria de hecho era necesario plantear una Acción Declarativa de Certeza. Podemos también efectuarnos respuestas contrapuestas, dependiendo de la respuesta jurisprudencial de la corte, la cual no siempre ha seguido reglas unívocas.

Es evidentemente razonable que la competencia de la Cámara de Senadores de fijar su reglamento (art. 66 C.N.) es propia de ésta, y -como tal- se trata de una facultad privativa del Poder Legislativo surgida del sistema Republicano de gobierno. También es razonable afirmar que su control de constitucionalidad realizado por el Poder Judicial debe ser restringido a casos excepcionales de suma gravedad a fin no trasgredir la división de poderes con un excesivo control constitucional.

Sin embargo, como adelantamos previamente, existen casos en que la CSJN ha extendido sus facultades revisoras de constitucionalidad, más allá de lo autorizado por la propia Constitución en su distribución de competencias, alegando un interés institucional que excede el interés de las partes y sus derechos subjetivos, específicamente de envergadura tal como el resguardo de la soberanía del pueblo y su expresión de voluntad. Ejerciendo así control de constitucionalidad sobre facultades privativas tales como la revisión de títulos de los integrantes de las cámaras (art. 64 C.N.).¹⁰

⁹ (CSJN; Fallos: 310:606; 310:977).

¹⁰ (CSJN; Fallos: 330:3160). La Cámara de Diputados de la Nación suspendió la incorporación del diputado Domingo Bussi. Luego de seguir el procedimiento establecido en el reglamento de la propia Cámara, se rechazó el diploma en sesión plenaria. Se consideró que la participación del diputado como funcionario en el régimen de facto iniciado el 24 de marzo de 1976 y en las violaciones a los derechos humanos ocurridas en ese período, configuraban la causa de “inhabilidad moral”, impeditiva del acceso al cargo.

El electo diputado promovió acción de amparo con el objeto de que se declarase la nulidad de la decisión de la Cámara de Diputados de la Nación que había suspendido su incorporación a ese cuerpo. Ante las sentencias de primera instancia que rechazaron la demanda al considerar que no se trataba

Al respecto la Corte efectuó una interpretación inconstitucional de los términos causa o controversia cuando dijo: *“existe un caso, en la medida en que la cuestión federal está relacionada con un interés institucional que subsiste al momento del dictado de la presente... (recordemos que el interés personal ya había cesado) En cambio, el interés institucional subsiste en dos aspectos. El primero de ellos es el resguardo de la soberanía del pueblo y la expresión de su voluntad, que está claramente comprometida en el caso. El segundo se refiere a la posibilidad de repetición del acto, lo que justifica una decisión esclarecedora. //// ...es necesario determinar si la Cámara de Diputados, al juzgar el cumplimiento de la regularidad formal del título, actuó dentro de los límites de su competencia o, por el contrario, se ha excedido”*¹¹

En ese sentido se puede encontrar una similitud en el bien jurídico protegido en el anterior fallo y en la ADC analizada (aunque no alegado por la actora, sí existe) en tanto la soberanía del pueblo se exterioriza a través de sus representantes (art. 22 C.N.). Si analizamos sobre la necesidad o no de plantear ésta acción, desde las reglas de la lógica y los antecedentes jurisprudenciales, parecería que la respuesta es afirmativa.

Pero hagamos un alto recordando las nociones de derecho aprehendidas en introducción a la introducción de los principios

de una cuestión susceptible de revisión judicial el actor interpuso recurso extraordinario.

La Corte entendió que el interés subjetivo del demandante configurado por su pretensión de que se declare la nulidad de las resoluciones dictadas por la Cámara de Diputados de la Nación que negaron su incorporación como miembro de dicho cuerpo es abstracta, no sólo porque resulta de cumplimiento imposible, sino porque no ha habido ninguna declaración expresa de nulidad del acto en las instancias inferiores ni ha sido materia recursiva ante el Tribunal, por lo que resultaba inoficioso todo pronunciamiento sobre el tema quedando firme la resolución dictada en el caso.

Sin embargo, consideró que en la pretensión de que se declare la nulidad de las resoluciones dictadas por la Cámara de Diputados de la Nación que negaron la incorporación del peticionario como miembro de dicho cuerpo, el interés institucional subsistía en dos aspectos: el resguardo de la soberanía del pueblo y la expresión de su voluntad y en la posibilidad de repetición del acto, lo que justificaba una decisión esclarecedora.

¹¹ Ídem IX.

elementales constitucionales: ¿Los principios de razonabilidad en el Estado de Derecho y el de Legalidad, dentro de los que podríamos incluir la no actuación por fuera de sus competencias, son los que legitiman cualquier comportamiento de los Poderes del Estado? ¿Y por qué estoy escribiendo entre signos de interrogación?

Volviendo al fallo analizado, es la misma Corte quien relativizó en su fallo las reglas de la lógica cuando manifestó que *“La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”*, y que, sus funciones como tribunal de justicia y Poder del Estado se deben cumplir dentro de una realidad histórica, de teorías morales, políticas, prejuicios y necesidades. Entonces, la Corte manifiesta que dejar de lado los elementos fácticos no se compadece con la función de administrar justicia (CSJN; Fallos: 308:2268), abriendo el camino a no hacer primar el criterio formal.

En ese sentido, la idea de cumplir las funciones como tribunal y poder del Estado en una realidad histórica, no parece aplicarse de conformidad con la gravedad institucional alegada en tanto lo decidido podría exceder el interés individual de las partes e incumbir al interés de la colectividad, en tanto el Senado no puede sesionar de modo presencial dados los riesgos en la salud; la necesidad de legislar en materia tributaria; y la imposibilidad por prohibición constitucional expresa de dictar el Ejecutivo un DNU en la materia.

¿Será demasiado pedir –no ya razonabilidad– un poco de coherencia?

V. CONCLUSIÓN

Una referencia a la realidad histórica a la que nos introduce la Corte. Si vemos el devenir histórico de los pueblos en el camino de asumir la responsabilidad participativa de su vida democrática, todo parece indicar que también existe un problema de gravedad institucional en el diseño de las instituciones republicanas.

Este problema es directamente proporcional a la envergadura del empoderamiento soberano de los pueblos ante la función conservadora del Poder Judicial heredada de los tiempos en que continuaron los jueces del Rey en Francia tras su revolución. Describirlo así es más

acertado que referirse a un poder que resguarda la constitución ante la amenaza de mayorías circunstanciales, pues, el que nombra, domina.

El dilema Republicano radica en que la autocontención o self restraint que deberían ejercer los jueces al momento de realizar el control constitucional en pos de no avasallar la república democrática, es un criterio interpretativo aplicado exclusivamente por ellos mismo, resultando una anárquica casuística que sólo tiene sentido según la variación de las partes, los intereses en juego y las épocas. Lo que conlleva a la indeterminación de su resultado, sin ningún tipo de control de poderes democráticos, abriendo las puertas hacia las arbitrariedades y ofensas al Estado Social Constitucional de Derecho.

Esa característica de indeterminación concreta del resultado es ratificada en el fallo analizado ya que los fundamentos principales se encuentran en su Obiter, o “dicho de paso”, encontrando así un activismo judicial en materia de dar respuesta efectiva a la necesidad extraordinaria de garantizar la continuidad de las instituciones; a la tarea de legislar del Congreso que resulta esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional; y al imperativo de promover el bienestar general (Preámbulo, art. 75 inc 19, 19 C.N.). Surge incluso del mismo fallo el testimonio de la Corte enumerando las veces en que no se ha limitado al ejercicio de sus atribuciones constitucionales en función de la existencia de caso o controversia.

Claro que ésta conducta variada se auto legitima en el activismo destinado a ampliar derechos; generar mecanismos procesales aún no creados por la ley, al mencionar su creación de: la doctrina de arbitrariedad; la acción de amparo en Siti y Kot; el derecho a réplica en Ekmekdjian; la acción colectiva en Halabi; incluso el tratamiento de un caso que ella misma reconoce haberlo resuelto “en abstracto”, es decir, sin caso o controversia, justificándolo por la importancia de establecer la innecesaria tramitación judicial en casos de abortos no punibles.

Podemos preguntarnos porqué la misma regla de activismo judicial que se encontraba justificada, en esos casos enumerados previamente, ya no se aplica a la actual situación de inédita pandemia mundial y mega crisis superior incluso a los años 30s, de modo que ya no se justifique trasladar los argumentos de aquellos precedentes al caso actual. Lo que es igual a preguntarse porque los argumentos del

obiter no se trasladan al holding del fallo, sin que la parte resolutive de rechazo, en el holdig, no contradiga sus propios fundamentos, del obiter, como de hecho sucedió.

En el caso, el control de constitucionalidad sobre los demás Poderes no se da de un modo teórico clásico, como cuando se garantiza la supremacía de la Constitución y se limita las mayorías coyunturales para preservar las minorías, lo cual, a su vez, pueda ser criticado por su poco fundamento democrático.

Tampoco nos encontramos, en el caso, con aquellas situaciones excepcionales, citadas por la Corte, que faculten a establecer el equilibrio entre la división de Poderes y la supremacía de la Constitución, y que habilite el Control de Constitucionalidad dado que las atribuciones en cuestión son las otorgadas al Senado; no interfieren con otros Poderes del Estado; y ninguna cláusula de la C.N. veta la modalidad remota, por lo que se plantea ese ejercicio dentro del modo autorizado.

Sin embargo, existe una situación excepcional, pandemia COVID 19 de público conocimiento, en la que se hace necesario un activismo judicial positivo, (debiendo ser expresado en una sentencia favorable a la pretensión de la actora), destinado a garantizar el debate parlamentario de forma indubitable como un elemento indispensable para la continuidad de la vida constitucional, el sistema republicano y representativo, el resguardo de la soberanía popular, y promover el bienestar general encomendado al Congreso en el art. 75, inc. 19 C.N.

¿Es indispensable, de ese modo, despejar toda divergencia o duda en cuanto a la validez del procedimiento, que pueda ser planteada en forma posterior a la sanción de las leyes, por intereses públicos o privados, legítimos o ilegítimos? El tiempo lo dirá.

EL DERECHO AMBIENTAL ADMINISTRATIVO. PROCEDIMIENTO DE IMPACTO AMBIENTAL

ESTUDIO DE CASO A PARTIR DEL AEROPUERTO EL PALOMAR - I BRIGADA AÉREA

ALEJANDRO JULIO GARCÍA¹

Universidad del Museo Social Argentino - Argentina

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEO HIPOTÉTICO

En un contexto, donde el proceso de la globalización ha avanzado apresuradamente generando un aumento del comercio internacional sin precedentes, se acredita también una degradación medioambiental intensa y mayor brecha económica entre los países, resultando evidente la inequidad que acontece y acrecienta en la actualidad.

La hipótesis del presente trabajo busca investigar dentro del procedimiento que derivó en la habilitación del Aeropuerto El Palomar para que puedan operar empresas aéreas –en particular *low cost*–, el impacto ambiental que ello genera y, lo que podría considerarse una de las formas de neoproteccionismo, como el llamado “dumping ecológico”.

El “dumping ecológico” no se encuentra particularmente fomentado ni regulado en lo que respecta al marco normativo nacional y/o provincial.

¹ Abogado. Diplomado en Género y Gestión Institucional (INDAE). Especialista en Derecho Administrativo (UCALP). Asesor Legal Ministerio de Economía.

Los países subdesarrollados no pueden competir con los niveles de sofisticación ambiental que países más desarrollados le aportan a sus productos, de modo que incurren en costos de cuidado medioambiental. Habría que evitar la aparición de ventajas competitivas basadas en normatividades poco exigentes en materia ambiental y además, por otra parte, impedir que la legislación ambiental sea utilizada con fines proteccionistas.² Es por ello que entonces entra en juego la capacidad de los países, desarrollados o no, para regular la actividad económica, según protejan o no al medioambiente.

El Aeropuerto El Palomar, creado en 1910, pertenece al Estado Nacional –en jurisdicción del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea-, y fue afectado conforme lo dispone la Resolución 721/68 del Comando en Jefe de la Fuerza Aérea al uso público para la aviación general y comercial.

En el marco de la expansión del transporte aerocomercial impulsada por la nombrada “Revolución de los Aviones”³, la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) firmó la resolución que habilita la operación de vuelos internacionales en el aeropuerto de El Palomar. De este modo, en el 2017 este aeropuerto se incorporó al Sistema Nacional de Aeropuertos (SNA).

En el actual lugar donde se instaló el Aeropuerto El Palomar, funcionaba la I Brigada Aérea El Palomar. Desde allí partían los “vuelos de la muerte” durante el gobierno de facto en la década de 1970, declarado con posterioridad Sitio de la Memoria.

El aeródromo fue refaccionado para permitir vuelos comerciales, conforme lo dispuso el Decreto 1092/2017 del 26 de diciembre.

² La transición hacia el desarrollo sustentable. Perspectivas de América Latina y el Caribe, coordinado por Enrique Leff, Exequiel Ezcurra, Irene Pisanty y Patricia Romero Lankao, se terminó de imprimir en los talleres gráficos de la empresa Jiménez Editores e Impresores, S.A., Callejón de la Luz 32-20, Col. Anáhuac, en la Ciudad de México durante el mes de agosto de 2002.

³ Carta del Ministerio de Transporte - La Revolución de los Aviones. Página Casa Rosa de la Nación Argentina. Recuperado de <https://www.casarosada.gob.ar/79informacion/carta-jefatura-gabinete/42189-carta-del-ministerio-de-transporte-la-revolucion-de-los-aviones>.

II. EL IMPACTO AMBIENTAL DEL AEROPUERTO EL PALOMAR- I BRIGADA AÉREA. LOS DAÑOS OCASIONADOS AL AMBIENTE

El presente trabajo de investigación nos permite adentrarnos en principio desde aquel estudio realizado con la participación de áreas específicas, como el Centro Integral de Servicios Tecnológicos de Acústica y Sonido (CISTAS) y la Carrera de Ingeniería de Sonido, ambas de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF), en donde se llega a advertir del impacto acústico que genera el actual tráfico del Aeropuerto El Palomar, habilitado por el Gobierno Nacional, para las operaciones de la firma FlyBondi y posteriormente otras de iguales características. Las áreas ya citadas precisaron que el tránsito aeronáutico es el que más energía acústica emite entre las fuentes de ruido de los entornos urbanos, ya que genera una molestia mayor al nivel de presión sonora continua que implica la cercanía, por ejemplo, a una autopista. Entre los efectos que suelen provocar este tipo de contaminación, el estudio indica la “perturbación del sueño”⁴.

Las personas no pueden descansar correctamente e incluso pueden llegar a la depresión, irritabilidad, pérdida de la memoria, ser medicados y someterse a tratamientos psicológicos y psiquiátricos.

Al momento de describir el impacto, el estudio de tal prestigiosa Universidad, propuso utilizar la medición NEF⁵, que consiste en un parámetro establecido por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), para la evaluación del ruido producido por gran parte de los aeropuertos argentinos, y que *“estima las probabilidades de que se produzcan demandas o acciones legales contra el aeropuerto según diferentes grados de molestia”*.

Es por ello que, a la luz de los referentes estudios, se denunciaron daño ambiental y desmonte ilegal⁶.

⁴ “Alto ruido en El Palomar”. Página 12. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/164812-alto-ruido-en-el-palomar> el 18/11/19.

⁵ Guía de evaluación ambiental de los cambios operacionales propuestos para la gestión del tránsito aéreo.- Primera edición -2014- OACI.

⁶ La denuncia fue hecha por Guillermo Iracheta, representante legal de los vecinos del sector denominado Isla Verde de El Palomar quien dialogó con el periódico Infocielo el 07 de mayo de 2018.

Desde los inicios, se había luchado para que el gobierno instalara el Aeropuerto El Palomar en una zona alejada a la urbana, ya que *“genera un aumento sustancial en los casos de cáncer, ACV e infarto en la población de la zona afectada fruto de los gases tóxicos- gasoil, benceno, material particulado- que emanan los aviones al despegar y aterrizar”*⁷.

Por otro lado, también se estableció que entre *“las cabeceras de las pistas de aterrizaje y las zonas urbanas no puede haber menos de 700 metros de distancia”*, encontrándose el aeropuerto de referencia a menos de 500 metros de distancia de un colegio de la zona y muchas casas. Además, el funcionamiento del citado aeropuerto a pocos metros de donde se encuentran los establecimientos educativos, genera por consiguiente consecuencias negativas para la salud. La construcción total del citado aeropuerto implicaría la deforestación de unas 200 hectáreas de bosques únicos en Buenos Aires⁸.

Un tema no menor y que puede generar una tragedia es que en un aeropuerto no pueden existir pájaros. Una Resolución de la ANAC⁹ indica que deben efectuarse modificaciones en el medio ambiente para evitar la introducción de aves en el predio aeronáutico. Si ello no bastara, debería efectuarse su erradicación.

Esto no es un dato menor cuando tomamos en cuenta que en El Palomar existen más de 200 especies de aves. Así, si la única forma de sacarlos implica eliminarlos (avicidio), talar los bosques y destruir los humedales, ello no pareciera ser una solución muy lógica, desde un punto de vista ecocéntrico. Sin embargo, la presencia de aves podría perjudicar el tráfico aéreo.

⁷ Según el Dr. Lucas Marisi, quien el 10 de enero de 2018 interpuso el recurso de amparo ante la justicia para que se suspendan las obras del nuevo aeropuerto El Palomar para vuelos low cost.

⁸ “Sin estudio de impacto ambiental, avanza la construcción del aeropuerto El Palomar”. Foroambiental. Recuperado de <https://www.foroambiental.net/sin-estudio-impacto-ambiental-avanza-la-construccion-del-aeropuerto-palomar> el 31/01/2018.

⁹ Mediante la Resolución 615/2015 (B.O. 18/8/2015) de la Administración Nacional de Aviación Civil se aprobó la Reglamentación Prevención del Riesgo por Fauna, que forma parte integrante de ella como Anexo, y se derogó la Resolución 923/2012 (ANAC) de fecha 10/12/2012 por la que se había dispuesto la “Reglamentación Control de Peligro Aviario y Fauna”.

El desmonte ilegal, se esta realizando sobre la zona donde se encuentra Isla Verde- arroyo Corvalán, zona sobre la cual no tiene la concesión.

Se debe evitar que se talen los bosques y destruyan los humedales, siendo fundamentales para purificar el aire, absorber el agua por las lluvias, mitigar las temperaturas extremas y ser reservorio de vida silvestre.

En el Barrio El Palomar, existe una diferencia de temperatura, por el cual se conforman esos humedales. Funciona como un embudo, de modo que las aguas de las zonas circundantes se reúnen en el centro del mismo, que es donde está ubicado el Aeropuerto.

Los pájaros se movilizan en bandadas, y escoltan los aviones de las empresas llamadas coloquialmente “Low Cost”. Los aviones se verían perjudicados por la presencia de aves en la ruta aérea, ocasionando desde colisiones hasta suspensiones de vuelos, ya que basta con que uno solo se introduzca en una turbina para generar un accidente. En pleno vuelo, un avión que se avecine a la zona de aterrizaje, en caso de volar a gran velocidad, un impacto con un ave de 500 gramos en pleno vuelo equivaldría una presión de más de dos toneladas, siendo equiparable a una bala¹⁰.

En este sentido cabe mencionar la Ley provincial de Ministerios N°15.164, la cual establece que para la habilitación de sitios con estas condiciones geográficas se requiere la autorización de la Autoridad Provincial de Aplicación en materia ambiental.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, esa autoridad es el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS)¹¹, estableciendo dentro de sus funciones, la de planificar, proyectar, fiscalizar, ejecutar la política ambiental, y planificar y coordinar con los organismos competentes, la ejecución de programas de educación y política ambiental destinada a mejorar y preservar la calidad ambiental.

¹⁰ “Los pájaros en aeropuertos suponen un gran peligro para los aviones”. Informeinsolito. Recuperado de <http://informeinsolito.com/los-pajaros-suponen-autentico-peligro-los-aviones> el 13/06/2016.

¹¹ Art. 44 de la Ley de Ministerios N° 14.989 de la Provincia de Buenos Aires, del 29/12/17.

Cabe resaltar también que se ha duplicado la contaminación por los fuertes ruidos de los aviones, junto con la contaminación atmosférica de la estela que emanan. Al respecto, se realizaron denuncias referidas al fuerte olor a combustible que permanece al levantar vuelo los aviones, y del cual se teme sea cancerígeno¹².

Asimismo, los alumnos y docentes padecen un aumento de la distracción, falta de concentración y problemas de disciplina de los chicos. Ante cada paso de los aviones, con el fuerte ruido y vibraciones que generan, se crean las condiciones para que los estudiantes padezcan problemas de aprendizaje.

En la línea de despegue y aterrizaje del lado de la localidad de Hurlingham, se encuentra la chimenea de la Empresa de Neumáticos Goodyear, que posee una altura de 75 metros. Así se viola la normativa de la OACI, que prohíbe obstáculos verticales de más de 45 metros de altura en un radio de 4 kilómetros desde los aeropuertos comerciales. En este caso, la chimenea está a solo 550 metros de la Base de El Palomar, violando claramente dicha exigencia internacional¹³.

Para ahondar en la temática, cabe destacar los trabajos del investigador del Conicet, Guillermo Jorge sobre las consecuencias ambientales de los vuelos que realizan las low cost Flybondi y JetSmart en la citada Base Aérea.

A los cuestionamientos de los vecinos de los municipios linderos a la zona en cuestión, ahora se le sumó un nuevo informe de la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS) que advierte sobre las consecuencias negativas de los vuelos.

El investigador independiente del Conicet y de la UNGS, tituló el trabajo como *“Operaciones comerciales en el aeródromo de El Palomar:*

¹² Dossier.- Un aeropuerto en el Conurbano. Para una lectura histórica y cultural de un territorio en disputa [69-88]- Daniela Soldano, María Gimena Perret Marino.- *Revista Transporte y Territorio* /21 (julio-diciembre, 2019), recuperado de <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/rtt/article/view-File/7147/6250> el 18/11/19.

¹³ “Aseguran que la Anac pidió a los vecinos de Hurlingham que señalicen las viviendas que son un “obstáculo” para el aeropuerto”. Viviloeste. Recuperado de <https://www.viviloeste.com.ar/hurlingham-la-anac-habria-pedido-a-los-vecinos-que-senalicen-las-viviendas-que-son-un-obstaculo-para-el-aeropuerto> el 01/02/2018.

Proyecciones de impacto acústico y revisión crítica de informes. Allí elabora una serie de observaciones a los informes realizados por Aeropuertos Argentina 2000.

En el relevamiento, asegura que el estudio de impacto ambiental realizado por Aeropuertos Argentina 2000 -en adelante „AA 2000“- *“en cierta manera, minimizan o dejan entrever que la conversión de la base militar en un aeropuerto comercial de alto tránsito no tiene impacto apreciable sobre la población vecina”*¹⁴.

Más adelante, detalló que *“este impacto tiene dos aristas fundamentales: la contaminación por emisiones gaseosas y la contaminación sonora”,* y que *“no se mencionan otros tipos de efectos sobre la población, no menos importantes, como los niveles incrementados de tránsito vehicular y peatonal, vibraciones, incremento de riesgo de accidentes, etcétera”*.

En cuanto a la medición de la contaminación acústica, aclaró que en el país no existe una legislación específica, pero que hay *“ciertas normas nacionales y protocolos utilizados internacionalmente que pueden ser aplicados para la determinación del grado de impacto de la operación de un aeropuerto sobre la población vecina”*¹⁵.

A su vez, hubo otro trabajo “crítico” respecto de los estudios presentados por AA2000, proveniente del Centro Atómico Bariloche. Este

¹⁴ Fsm 113686/2017 (Marisi, Leandro y otro c/Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Transporte de la Nación y otro s/Amparo ambiental) y G. Jorge, E. E. Gómez y G. Cabanne, INFORME DE TRABAJO - AUDIENCIA PÚBLICA - AERÓDROMO EL PALOMAR, “ Objeciones a la Evaluación de Impacto Ambiental presentada por Aeropuertos Argentina 2000 y grupo de trabajo”, (2018) y G. Jorge, “Aeropuerto de El Palomar: El lugar en donde nada puede salir mal (una crítica técnica a los estudios de impacto ambiental)”, II Jornadas Internacionales y IV Nacionales de Ambiente, octubre de 2018. Tandil, Buenos Aires, Argentina. También presentado en la 103° Reunión de la Asociación Física Argentina (Reunión Nacional de Física, División Industria y División Educación, año 2018).

¹⁵ “Operaciones comerciales en el aeródromo de El Palomar: Proyecciones de impacto acústico y revisión crítica de informes.”- Licenciado en Ciencias Físicas (1998) y Doctor en Ciencias Físicas (2005) por la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales, UBA. Investigador del CONICET desde 2005 y Profesor UNGS desde 2012, de Enero del 2019.

último afirma que *“de los 32 aeropuertos internacionales mencionados como ejemplos de aeropuertos en áreas urbanas, El Palomar está en el cuarto peor lugar, siendo uno de los que posee menor distancia entre cabeceras y población urbana”*.¹⁶

El citado investigador, aseguró que en todos estos estudios hay coincidencia de que ya se ha producido un gran impacto acústico con las operaciones existentes hacia finales de 2018.

Así también, el ruido de los aeropuertos suele afectar a urbanizaciones o núcleos urbanos periféricos. El problema se agrava porque el ruido de fondo es muy bajo, y el de los aviones se nota más. Por otra parte, no se sabe cuándo ni cuánto se producirá. Diversos estudios señalan los efectos negativos en la salud:

- Un informe reciente de la Comisión Europea relaciona de forma directa el ruido nocturno del transporte aéreo con el aumento de enfermedades coronarias.

- Un estudio epidemiológico sobre el ruido nocturno del aeropuerto de Colonia-Bonn concluía que, según la intensidad, se incrementa la cantidad de medicamentos recetados para la hipertensión y otras enfermedades cardiovasculares. Según este trabajo, el ruido de vuelos nocturnos afecta mucho más que el diurno y más a las mujeres que a los hombres.

- Las Guías para el Ruido Urbano de la Organización Mundial de la Salud (OMS) ya indicaban en 1999 que el ruido urbano en general provoca deficiencia auditiva, trastorno del sueño y reposo, efectos psicofisiológicos sobre la salud mental, el rendimiento o el comportamiento, entre otros.

- Estudios llevados a cabo por Eduard Estivill, especialista en trastornos de sueño, señalan que los afectados pasan de una fase profunda del sueño a otra en la que no descansan. La defensa frente a enfermedades disminuye y puede producir enfermedades metabólicas¹⁷.

¹⁶ R. G. Pregliasco, “Análisis técnico del Estudio de Impacto Ambiental II en la causa: Marisi Leandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional -PEN- Ministerio de Transporte de la Nación y otros Expte: 113.686/2018” (2018).

¹⁷ Tipos de estudios clínico epidemiológicos Pita Fernández S. Unidad de Epidemiología Clínica y Bioestadística. Complejo Hospitalario Juan Canalejo.

III. LA FALTA DE UNA ADECUADA POLÍTICA PÚBLICA DE PARTE DEL ESTADO NACIONAL Y SU OMISIÓN DE SEGUIR EL CORRECTO PROCEDIMIENTO DE IMPACTO AMBIENTAL Y SUS REQUISITOS MÍNIMOS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y PROVINCIAL ACTUAL

El Ministerio de Transporte, quien impulsó la construcción del Aeropuerto, había puesto de ejemplo a la ciudad de Washington, en Estados Unidos de América, como una de las ciudades del mundo que cuenta con aeropuertos cercanos a la población.

Esa comparación con el Aeropuerto El Palomar no es considerada una adecuada política pública. Es actualmente refutada por los vecinos de la zona, y vista como “pésimo ejemplo”, pues el aeropuerto de Washington se hizo en 1941, cuando aún no existían las normas y recomendaciones de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)¹⁸.

A la hora de la implementación del citado Aeropuerto en forma comercial, el Estado Nacional tendría que haber seguido, para una aplicación analógica, lo expresado en la Convención de Aviación Civil Internacional firmada en Chicago en 1944, ya que establece en su articulado referente al Transporte Aéreo Internacional que, si el Consejo estima que los aeropuertos u otras instalaciones y servicios para la navegación aérea de un Estado contratante (incluso los servicios de radio y meteorológicos) no son razonablemente adecuados para el funcionamiento seguro, regular, eficaz y económico de los servicios aéreos internacionales, existentes o en proyecto, el Consejo consultará con el Estado en cuestión y con otros Estados afectados con miras a encontrar los medios por los cuales la situación pueda remediarse, y podrá hacer recomendaciones a tal efecto. Resalta además que “ningún Estado contratante será culpable de infracción del presente Convenio si no pone en práctica tales recomendaciones”¹⁹.

A Coruña. Pita Fernández, S. Epidemiología. Conceptos básicos. En: Tratado de Epidemiología Clínica. Madrid; DuPont Pharma, S.A.; Unidad de epidemiología Clínica, Departamento de Medicina y Psiquiatría. Universidad de Alicante: 1995. p. 25-47. Actualización 28/02/2001.

¹⁸ Soporte Digital.- Periódico Foro Ambiental.- 31 de enero del 2018.

¹⁹ Art. 69, Convención de Aviación Civil Internacional firmada en Chicago en 1944.

En este apartado cabe mencionar la Ley Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de la Provincia de Buenos Aires N° 11.723, que dispone en su articulado, en sus partes pertinentes, que tiene por objeto la protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, a fin de preservar la vida en su sentido más amplio; asegurando a las generaciones presentes y futuras la conservación de la calidad ambiental y la diversidad biológica. En esta misma línea, el estado provincial debe garantizar a todos los habitantes el derecho de gozar de un ambiente sano, adecuado para el desarrollo armónico de la persona; el acceso a la información vinculada al manejo de los recursos naturales que administre el Estado; el derecho a participar de los procesos en que esté involucrado el manejo de los recursos naturales y la protección, conservación, mejoramiento y restauración del ambiente en general, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación de la presente y la posibilidad de solicitar a las autoridades de adopción de medidas tendientes al logro del objeto la normativa provincial pudiendo denunciar el incumplimiento de la misma.

Por otro lado, los habitantes de la provincia tienen ciertos deberes como los de proteger, conservar y mejorar el medio ambiente y abstenerse de realizar acciones u obras que pudieran tener como consecuencia la degradación del ambiente de la provincia de Buenos Aires.

Acá cabe mencionar que el Poder Ejecutivo Provincial y los municipios deben garantizar, que todo emprendimiento que implique acciones u obras que sean susceptibles de producir efectos negativos sobre el ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, cuente con una evaluación de impacto ambiental. Por otro lado, aquellos proyectos que produzcan iguales efectos, deberán obtener una declaración de impacto ambiental, expedida por las citadas autoridades. Este último requisito, no se cumplió, al habilitar el Aeropuerto que se encuentra en estudio.

Podemos definir, pues, a la evaluación de impacto ambiental como el procedimiento destinado a identificar e interpretar, así como a prevenir, las consecuencias o efectos que acciones o proyectos públicos o privados, puedan causar al equilibrio ecológico, al mantenimiento de la calidad de vida y a la preservación de los recursos naturales existentes.

Asimismo podría tomar la definición de la Dra. Leila Devia como *“la herramienta de predicción más eficaz para lograr la preservación del ambiente detectando posibles riesgos a corregir antes que sucedan, la LGA se ocupa de establecer los pasos mínimos a ser exigidos en todo el país para que el procedimiento sea válido. Así por toda obra que el territorio nacional sea susceptible de degradar el ambiente, o afectar la vida de la población en forma significativa deberá cumplir con un procedimiento de evaluación ambiental”*²⁰.

Como parte del correcto procedimiento, la Ley provincial N° 11.723 establece asimismo que previo a que se dicte la resolución administrativa en la que se adopte la autorización de, por ejemplo, un aeropuerto, la autoridad competente debería remitir el expediente a la autoridad ambiental provincial o municipal, con las observaciones que creyera oportunas, a fin de que aquella expida la importante declaración de impacto ambiental.

Esa declaración de impacto ambiental constituye, pues, un dictamen, que significa la aprobación de la realización de la obra o actividad peticionada; o la aprobación de la realización de la obra o actividad peticionada en forma condicionada al cumplimiento de instrucciones modificatorias; o la oposición a la realización de la obra o actividad solicitada²¹.

Por sobre todo, la Ley General de Ambiente nacional N° 25.675, establece los presupuestos mínimos y principios de política ambiental que deben cumplirse obligatoriamente.

Los citados presupuestos mínimos, son necesarios para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

La política ambiental nacional deberá cumplir, entre otros, con los siguientes objetivos: promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; prevenir

²⁰ Devia Leila y Silvia Nonna (2008). Nuevo rumbo ambiental, Pág. 368-369. Editorial Ciudad Argentina.

²¹ Arts. 1,2,3,5,10,11,12,20 Ley Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales provincial N° 11.723.

los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental; establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de la escala nacional y regional y procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

Respecto a los principios de la política ambiental, haré una breve mención de los mismos: principio de congruencia, principio de prevención, principio precautorio, principio de equidad intergeneracional, principio de progresividad, principio de responsabilidad, principio de subsidiaridad, principio de sustentabilidad, principio de solidaridad y principio de cooperación.

En lo que atañe al principio de sustentabilidad, que considero más que oportuno mencionar, el mismo refiere que “el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras”²².

El principio de prevención que “las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir” -este principio opera sobre la certeza del riesgo ambiental-.

Y el principio precautorio, establece que “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente” -se trata de impedir consecuencias perjudiciales probables en el medio ambiente-.

Esta Ley Nacional también se aborda la evaluación de impacto ambiental como un instrumento de la política y gestión ambiental,

²² Art. 4 Ley General de Ambiente N° 25.675.

destacando que toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución, debiendo las personas físicas o jurídicas dar inicio al procedimiento con la presentación de una declaración jurada, en la que se manifieste si las obras o actividades afectarán el ambiente. Y las autoridades determinarán la presentación de un estudio de impacto ambiental, cuyos requerimientos estarán detallados en ley particular y, en consecuencia, deberán realizar una evaluación de impacto ambiental y emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados²³.

La autoridad de aplicación de la Ley Nacional, es el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Cabe destacar que la Constitución Nacional establece en su artículo 41 que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección²⁴, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...”

En virtud de lo expuesto, es necesario entender que se considera presupuesto mínimo, según lo establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental

²³ Arts. 1,2,6,8,11, 69 a 72 Ley General de Ambiente N° 25.675.

²⁴ Los presupuestos mínimos de protección son comentados por Tomás Hutchinson- Aníbal J. Falbo.- Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires.; Carlos Alfredo Botassi.- Derecho Administrativo Ambiental; y Jorge A. Franza.- Manual de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente.

uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, dispone en su artículo 28: “Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras. La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el suelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión, ambientalmente adecuada. En materia ecológica, deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia, planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales. Asimismo, asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad de agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna. Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlos”.

En la Ley Ambiental Nacional se determina el Poder de Policía ambiental y las diferentes sanciones a los que pueden ser pasibles los infractores al ambiente. Para ello, a fin de determinar el tipo y graduación de la sanción deberá tenerse en cuenta la magnitud del daño o peligro ambiental ocasionados, la condición económica del infractor, su capacidad de enmendar la situación generada y el carácter de reincidente.

IV. ACCIONES POLÍTICAS QUE LLEVARÍAN A LO QUE SE CONOCE COMO “DUMPING ECOLÓGICO”. EL PROTECCIONISMO

La existencia del Aeropuerto El Palomar, tangencialmente, podría constituir un caso del llamado “dumping ambiental”.

Por ello es interesante sumergirnos en la cuestión del citado dumping, debido a la evolución actual de la implementación de los aeropuertos a nivel global.

El mismo tendría lugar cuando los costes ambientales se internalizan en distinto grado en el interior de dos economías que comercian entre sí. Al tener el país una regulación más permisiva, contará con una ventaja en los costes que se trasladaría a los precios. El argumento del “dumping ecológico” reside en que esa diferencia de precios es desleal, y distorsiona el comercio²⁵²⁶.

Naturalmente, la operatividad última del concepto no es otra que la de justificar una protección en el comercio entre países. Los requisitos y circunstancias que deberían concurrir según la teoría del “dumping ecológico” para motivar una protección son:

- Daño a la industria nacional (pérdida de competitividad).
- Práctica desleal del comercio.
- Relación de causalidad entre la práctica desleal y el daño sobrevenido.

Otro tema que estimo oportuno destacar -y que quizás no sea tan simple de comprender- es el problema de la competitividad. Aquí, los efectos de una política nacional de internalización de costes ambientales tienen un efecto expansivo sobre los costes de producción y un consiguiente deterioro de la competitividad internacional frente a aquellas economías que no internalizan. Surge un problema de competitividad

²⁵ Fernández Rozas, José Carlos, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Biblioteca Civitas Economía y Empresa, 2001, pp. 55-57

²⁶ Boletín Mexicano de Derecho Comparado Vol. 41 N° 121 –México- ene./abr. 2008 –Artículo- “La naturaleza del llamado dumping ecológico”- Óscar Cruz Barney, Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

para los productores nacionales en un contexto de transnacionalización²⁷ creciente de los procesos productivos, del capital, de los canales de comercialización, un proceso de mundialización en el que las economías están cada vez más abiertas y en el que la competitividad juega un papel clave para la supervivencia económica de las empresas²⁸.

En el extremo, este problema de competitividad quedaría reflejado en un proceso de deslocalización de las industrias contaminantes de los países más desarrollados a otros con un grado de desarrollo menor.

Es preciso también situar el problema de la competitividad en una perspectiva global de la economía en su conjunto, y no sólo desde las implicaciones a corto plazo sobre las industrias contaminantes. Esta visión sugiere que las políticas rigurosas en materia de protección ambiental, lejos de constituir un factor negativo de competitividad, son fuente de ventaja competitiva en el futuro. En virtud de una tendencia creciente de sensibilidad y exigencia medioambiental en los consumidores, los precursores que se anticipen a adoptar dichas normativas gozan de una posición de privilegio para competir en los mercados, aunque su competitividad se resienta en un primer momento. Es decir, para muchos sectores la competitividad sufre una evolución según una curva, que disminuye al principio, pero se recupera fuertemente después. Michael Porter se muestra decidido partidario de esta opinión cuando señala:

“Las normas rigurosas en materia de prestaciones y seguridad de los productos y de repercusiones medioambientales contribuyen a crear la ventaja competitiva. Impulsan a las empresas a mejorar la calidad, perfeccionar la tecnología y dotar a sus productos de ciertas características en las esferas que son de gran interés para los clientes (...) Son especialmente beneficiosas las reglamentaciones rigurosas que son precursoras de normas que alcanzarán una difusión internacional”²⁹.

²⁷ Artículo de Mónica Vargas Aguirre – Trabajadora Social Docente de la Universidad de Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, Chile. Título: “Algunas reflexiones acerca de la globalización”. Recuperado de <http://www.rcci.net/globalizacion/2000/fg139.htm>

²⁸ <https://www.legiscomex.com/Documentos/dumping-ecologico-estandarizacion-regulaciones-ambientales-portafolio-verde>

²⁹ Rodríguez Carmona, Antonio, “El dumping ecológico: el papel de las medidas comerciales”, Documentos de Trabajo de la Facultad de Ciencias

El nivel de desarrollo de los países condiciona así mismo las prioridades ambientales en la gestión de los recursos; de este modo, una sociedad subdesarrollada no tiene otro remedio que aceptar un deterioro del medio ambiente, en la medida en que resulte inevitable para alcanzar un mayor crecimiento económico.

Así como una sociedad en camino al crecimiento, pero a la sombra aún de los grandes países desarrollados, la Provincia de Buenos Aires ofreció al Gobierno Nacional un régimen más permisivo, no solo normativo sino presupuestario, para incentivar la instalación del Aeropuerto El Palomar en aquella área, produciendo de manera principal un gran impacto ambiental.

En el mismo orden de ideas, las autoridades autorizantes, respecto del Aeropuerto El Palomar, no habrían cumplido con todas las medidas de seguridad inherentes a la operación aerocomercial, y las denominadas líneas low cost no tendrían las mismas exigencias que cualquier otra aerolínea de bandera en Argentina y, además, no se someterían a los mismos procedimientos de fiscalización, habilitación y control.

Así pues, la ya mencionada OPDS, no habilitó el citado aeropuerto como lo marcaría la Ley Ambiental Provincial N° 11.723.

En nuestro ordenamiento, no existe una definición clara de lo que resulta ser el “Dumping Ecológico”, por lo que recurriremos a la normativa internacional. La legislación costarricense, por ejemplo, con el fin de evitar “dumping ambiental” y la existencia de “paraísos de contaminación”, taxativamente prohíbe regresiones ambientales mediante la derogación, debilitamiento o reducción de la normativa ambiental: *“Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un*

Económicas y Empresariales, Biblioteca de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, UCM.

incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio"³⁰.

En aquel país se habla de un principio de no regresión. Donde mayor desarrollo ha encontrado ese principio es en materia de derechos humanos, en especial como contracara del principio de progresión.

La Corte Constitucional de Costa Rica refiriéndose al derecho internacional ambiental estipuló que el fenómeno de internacionalización del derecho ambiental había seguido un patrón de desarrollo similar al de los Derechos Humanos, pues pasó de ser materia de jurisdicción doméstica de los Estados, a ser parte de la jurisdicción internacional. Es así como los derechos ambientales forman parte de los Derechos Humanos de la tercera categoría, no en importancia, sino por su ubicación de aceptación universal e histórica.

Ahora bien, ya en materia propia del principio de no regresión, se hace necesario exponer los instrumentos de Derechos Humanos de donde es posible fundamentar su existencia y contenido, siendo el artículo 28 de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1793 el primer precedente al establecer que "una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras", debido a que como afirma Prieur *"la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituirá entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que lleva a imponer a dichas generaciones futuras un medio ambiente degradado"*³¹.

Por su parte, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos abre la línea para el desarrollo del principio de progresividad de los Derechos Humanos, contracara de la no regresión, que reza: "Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del Hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad".

³⁰ Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA) del 01/2003.

³¹ Prieur, Michel, "El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental".

Los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificaron la visión de progresividad de los derechos humanos iniciada por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Es a partir del 2001 que la Corte Constitucional de Costa Rica mediante su jurisprudencia inicia el camino para el desarrollo del principio de no regresión, siempre ligado al ideal de progresión de los Derechos Humanos.

De las sentencias constitucionales³²⁻³³, es posible deducir la existencia de una línea jurisprudencial, que reconoce abiertamente el proceso constante e inacabado de conformación y consolidación de los derechos humanos que impone al Estado el deber de brindarles respecto y garantía, obligación que es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección y exigible en todos los estadios de su desarrollo y crecimiento.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, sería posible la existencia de regresiones ambientales de carácter temporal, como podrían ser la inaplicación de normas o relajación de umbrales de protección, siempre que se trate de situaciones excepcionales justificadas en un estado de urgencia, emergencia o necesidad, y que las medidas adoptadas sean transitorias, tengan como propósito el bien común y sean justas, razonables y proporcionadas³⁴.

El punto y final, que ayudaría a cerrar la idea del dumping, es que los productores bajan sus costos a expensas del hábitat, incurriendo

³² En la resolución 2011-13641 la Sala Constitucional ratifica su línea respecto a la función que ostenta el principio de progresividad en materia interpretativa de los derechos fundamentales.

³³ En la sentencia 2010-14467 el Tribunal Constitucional otorgó carácter de mínimo o “piso” a las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos, y en virtud de la aplicación del principio de progresividad, éstas pueden ser ampliadas por el Estado en el ordenamiento interno, prohibiendo su desconocimiento o restricción posterior a través de disposiciones legales o administrativas sin sustento técnico.

³⁴ El Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia Constitucional Costarricense. M.Sc. Mario Peña Chacón.- Revista Judicial, Costa Rica, N° 104, Junio 2012.

en dumping ambiental, dejando de lado reglas que son hoy moneda corriente en el mundo desarrollado, pero no lo fueron, por lo general, en los tiempos en que emprendió su carrera hacia el mundo moderno.

Los cuidados ambientales, tienen un alto costo, que se ahorra en muchos países, como en Argentina, contaminando tierra, agua y aire, deforestando indiscriminadamente o induciendo la erosión de los suelos.

Por otro lado, aún visto el impacto ambiental que podría generar el dumping ecológico, y en hora buena, se intentan fomentar prácticas de preservación y reconstrucción ambiental, que lamentablemente las economías más pobres no pueden pagarse, pero que deberían lograr consolidar.

Asimismo, debería realizarse un consenso ciudadano mayor a nivel mundial, buscando evitar que los resultados, en lo acordado, no sean pobres, concentrándose en la eliminación de las políticas de subsidios y las prácticas verdaderamente desleales, en la búsqueda de la mayor transparencia en el intercambio y en criterios de solidaridad y equilibrio internacional, y no que predomine en esas discusiones, el torpe criterio proteccionista que hoy tiende, por lo que se advierte, a universalizarse.

Por eso, si bien, la motivación primaria es el cuidado ambiental, y el posible impacto, bajo el criterio de que los bienes ambientales pertenecen a la humanidad y cualquiera tiene derecho a exigir su cuidado, los argumentos proteccionistas también están presentes.

Los medios utilizados para hacer frente al dumping ecológico evidencian la posible convergencia entre los principios, en ocasiones aparentemente contrarios, del medio ambiente y el comercio internacional. Pues para estos casos es necesaria la identificación de alternativas que no solo castiguen, sino que no permitan la implementación de estas prácticas desleales, que deterioran tanto las condiciones del comercio a nivel local y mundial, como las del medio ambiente.

V. LOS POSIBLES BENEFICIOS AL ÁREA EN CUESTIÓN Y AL COMERCIO INTERNACIONAL

Es necesario mencionar que el proyecto aeroportuario, genera evidentemente grandes fuentes laborales. Oportunamente, se había

dicho que: *“el aeropuerto El Palomar es a 2020 lo que el ferrocarril fue a 1860”*³⁵.

El impacto en el desarrollo local que genera un aeropuerto es abismal, porque produce más seguridad y más oportunidades laborales y comerciales.

La internacionalización del Aeropuerto El Palomar, fue el resultado del crecimiento aerocomercial que tiene la Argentina.

Hoy las firmas Flybondi y JetSmart, esta última que fines de 2019 adquirió Norwegian, operan en varios destinos de cabotaje desde el Aeropuerto el Palomar: Córdoba, Bariloche, Iguazú, Mendoza, Neuquén, Tucumán, Jujuy, Bahía Blanca, Salta, Posadas, Santiago del Estero, Corrientes y Ushuaia. Incluso en diciembre del año pasado, Flybondi empezó a estrenar destinos a Brasil, como Florianópolis, Río de Janeiro y en enero de este año a San Pablo y el 03 de marzo del mismo a Porto Alegre. Ya había comenzado meses atrás con este plan ambicioso, sumando hangares para ya volar a otros destinos a nivel internacional: como a Paraguay, Santiago de Chile y Punta del Este -Uruguay.³⁶

A medida que se vayan sumando hangares, se espera que continúen desembarcando nuevas líneas aéreas.

En julio de 2018, se realizó en el Aeropuerto El Palomar la primera ampliación. Un edificio de 302 metros cuadrados que sumó otras dos puertas de embarque para albergar más vuelos. Se construyeron una nueva “terminal satélite” con una sala de embarque complementaria a la que estaba implementada, lo que posibilitó las otras dos puertas adicionales (la 3 y 4), más sanitarios y un sector para locales gastronómicos. En septiembre del 2019 se comenzó a trabajar para reacondicionar dos enormes hangares y convertirlos en una nueva terminal con 4 nuevas puertas de acceso a los vuelos.

Se sumará un escáner más de control de seguridad (hoy hay solo uno), un nuevo sector de Migraciones y otro de Aduana para arribos

³⁵ El 28/03/2018 Biblioteca Popular Juan Manuel Giuffra se desarrolló la audiencia pública convocada por la jueza federal de San Martín, Martina Forns, por el funcionamiento de un aeropuerto comercial en la Base Aérea de El Palomar. Expresión del Intendente de Morón, Ramiro Tagliaferro.

³⁶ Prensa. Flybondi. 06/03/2020. Recuperado de <https://prensa.flybondi.com/prensa-page>.

y partidas y tres nuevos mostradores de *check-in* (quedarán ocho en total). La superficie de esta nueva ampliación será impresionante, aunque tendrá como se expresó un fuerte costo económico³⁷.

El Aeropuerto El Palomar, es el primer aeropuerto low cost de Sudamérica; es decir, que cuenta con prestaciones básicas - servicios de rampa y a pasajeros- que disminuyen los costos de operación para las aerolíneas. Por ejemplo, no hay mangas ni servicios de remolque para aeronaves³⁸.

La gente puede viajar más barato y llegar en tren. Se duplicó la cantidad de gente que viaja en avión y se sigue fortaleciendo la conectividad entre provincias.

Se realizó toda una mejora integral, en la que se ordenó el tránsito, modernizó la zona y garantizó la seguridad de vecinos y pasajeros. También se renovó la estación de trenes de la línea San Martín, que es la primera en todo el país en estar conectada a un aeropuerto.

Hoy los aeropuertos son para el mundo la evolución constante de aquellas ciudades que no eran focos de turismo, que se habían mantenido alejadas del consumo y donde el crecimiento era nulo por no atraer, por ejemplo, a un público diferente del que circulaba habitualmente por ellas. A través de ellos se está logrando que la Argentina, sobretudo en ese barrio donde se encuentra implementado el Aeropuerto El Palomar, en donde la llegada de las ya mencionadas aerolíneas low cost es una realidad, se conviertan en ciudades productivas, de renombre a nivel mundial.

En la actualidad, las aeronaves son cada día más respetuosas en materia de emisiones sonoras, aun cuando hemos destacado que producen una gran contaminación ambiental.

*Es cierto que el progreso tiene costos y beneficios pero es imprescindible que los nuevos desafíos sean comprendidos integralmente, es decir, aceptar que su evolución y mejora suelen ser una constante*³⁹.

³⁷ “¿Cómo es El Palomar, el primer aeropuerto low cost en Latinoamérica?” La Gaceta Salta. Recuperado de <https://www.lagacetasalta.com.ar/nota/126128/posta/como-palomar-primer-aeropuerto-low-cost-latinoamerica.html> el 24/09/2019.

³⁸ Soporte Digital.- <https://prensa.flybondi.com/prensa-page/2019/9/10/flybondi-se-posiciona-como-la-aerolinea-low-cost-ms-grande-de-argentina>

³⁹ Luis Alberto Franco Director de la revista Aeromarket. Publicación en el diario Infobae. Artículo: “Aeropuerto de El Palomar: otra lucha entre la modernidad y el atraso” del 19/09/2019.

Es así que el fenómeno del “dumping ecológico” forma parte de un proceso de evolución de costes más amplio (costes laborales), en el cual los países desarrollados reacomodan sus ventajas competitivas y reestructuran sus industrias. Un proceso en el que hay ganadores y perdedores.

Para finalizar, es interesante comentar que hay obras como *Aerotropolis: The Way We'll Live Next*, de John Kasarda, que explican el fascinante fenómeno de los aeropuertos y predicen que pronto los aeropuertos se construirán deliberadamente en el centro de las ciudades.

Por otro lado, si bien la justicia, con su actuación y su gama jurisprudencial, como expondremos seguidamente, ha puesto en tela de juicio si ha sido correcta la implementación del Aeropuerto El Palomar, es menester que reconozca indefectiblemente ciertas secuencias históricas, la evolución constante de la aviación y los enormes beneficios que genera.

VI. JURISPRUDENCIA APLICABLE. LA INTERVENCIÓN DE LA JUSTICIA RESPECTO A LA SITUACIÓN DEL AEROPUERTO EL PALOMAR

Por último y no menos importante, es dable destacar la intervención e injerencia de aquel grupo de habitantes del sector, denominado Isla Verde de El Palomar, quienes hubieran iniciado una serie de acciones desde septiembre de 2017, para defender el espacio donde se implementaría comercialmente, como ya se dijo, el Aeropuerto El Palomar para líneas áreas low cost, ante los serios riesgos que implicaría el funcionamiento de esa terminal aérea en el lugar. En ese mes, presentaron su primer amparo ante la justicia para exigir que se llevara a cabo una audiencia pública y un pertinente estudio de impacto ambiental.

Así, el 1 de marzo de 2018 los vecinos afectados se unieron y concurrieron al Juzgado Federal de San Martín, a cargo de la señora Jueza la Dra. Martina Forns, a efectos de pedir la intervención de la Provincia de Buenos Aires. En este aspecto, detallaron que por el Artículo 28 de la Constitución Provincial, al aeropuerto lo debería habilitar, como se mencionó, el Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable (OPDS).

Haciendo un paréntesis y continuando en unos párrafos más adelante con la intervención de la justicia y demás autoridades nacionales y provinciales, urge señalar que en lo que atañe a la Audiencia Pública, el impacto a varios niveles que tiene la instalación en El Palomar de un aeropuerto civil de uso comercial destinado, en principio, para la aerolínea low cost Flybondi, en el ámbito local, colocó el foco en el rol del Municipio y del Consejo Deliberante en cuanto a la difusión, el acceso a la información y tratamiento del proyecto de cara a los vecinos.

Presuntamente, se habría violado la ley de Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental N° 25.831 en los tres niveles (Nacional, Provincial y Municipal)⁴⁰.

En ningún momento se presentó y se debatió el proyecto del Aeropuerto El Palomar ante el Concejo Deliberante. Había un protocolo provincial de declaración de impacto ambiental, conforme a la Ley N°11.723, que no se habría cumplido, que era responsabilidad del Municipio y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. El estudio debería haberse realizado en conjunto por ambas jurisdicciones. Es menester señalar que es una potestad que tiene el Concejo Deliberante, y es una obligación del intendente.

También, en virtud de la presentación de los vecinos, de la herramienta procesal del amparo, cabe mencionar, dos fallos de gran interés, así pues:

El 2 octubre de 1986, en la causa, “Morales, Víctor H. Y Rinaldi J.J. c/. Provincia de Mendoza p/Acción de Amparo”⁴¹ el Juzgado Civil, Comercial y de Minas N° 4 de Mendoza, declaró la inconstitucionalidad de un decreto provincial vinculado a la pesca deportiva. El citado Decreto levantaba la veda deportiva de caza y pesca en la Reserva Faunística Laguna de Llanquanelo sin estudio previo. El juez entendió que la vía de amparo resulta apta para proteger el entorno debido a que “el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado es un atributo

⁴⁰ Soporte Digital.- Periódico el 1digital Argentina.

⁴¹ 4° Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza. 1986. Causa Morales, Víctor H. Y Rinaldi J.J. c/Provincia de Mendoza p/Acción de Amparo, sentencia del 2 de octubre de 1986, comentado por Carlos Alfredo Botassi en el libro “Derecho Administrativo Ambiental”, Pág. 126

fundamental de los individuos. Toda agresión al medio ambiente se traduce, a la postre, en una amenaza a la vida misma, a la integridad psico-física del hombre que se sustenta en el equilibrio ecológico, atributos aquéllos integrativos del ordenamiento jurídico fundamental que contiene una enumeración no clausurada de los derechos personalísimos. Desde esta óptica la tutela del ambiente coincide con la protección al equilibrio psico-físico del hombre, y como tal debe considerársela garantizada constitucionalmente (art. 33 CN)."

Otro hito se constituyó en la causa del 19 de febrero de 1987, "Christou, Hugo y otros c/Municipalidad de Tres de Febrero s/amparo"⁴² de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la que varios vecinos demandaron amparo contra la Municipalidad de Tres de Febrero pidiendo la anulación de una ordenanza que fijaba un área del Partido como zona industrial, convalidando la actividad de una fábrica allí instalada y cuestionada como contaminante. Sostuvieron que ese acto estaba en pugna con diversas normas de procedimiento y afectaba sus derechos a vivir una vida sana, sin las molestias de ruidos y olores que afectaban la salud; y sin el agravio moral de verse expuestos a sufrir las consecuencias de siniestros provocados por la fábrica cercana a sus domicilios. Los actores iniciaron demanda de amparo contra la Municipalidad de Tres de Febrero para que se dejen sin efecto la Ordenanza n° 1678 y el decreto municipal que la promulgó n° 918/84, por considerar a tales normas arbitrarias y manifiestamente ilegales. En las dos instancias de grado el pedido de amparo fue rechazado por entenderse que existían otras vías ordinarias para debatir sobre el punto litigioso. Finalmente la causa llegó a conocimiento de la Corte Nacional, que dio la razón a los accionantes.

En el mismo sentido, y en relación a lo expresado anteriormente y a la protección del medio ambiente y la actividad minera, cabe destacar un fallo precursor, "Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros s/ recurso de hecho" del 17 de abril del 2007⁴³, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al amparo ambiental planteado, declaró inamisible el recurso extraordinario interpuesto contra

⁴² Fallos 310:324, comentado por Carlos Alfredo Botassi en el libro "Derecho Administrativo Ambiental", Pág. 127.

⁴³ Fallos: 330:1791.

él, y falló en contra de la Provincia de Chubut y de la empresa minera también demandada, por considerar que, si bien la Nación dicta las presupuestos mínimos de protección ambiental, las provincias están facultadas para complementar dicha legislación (Art. 14 de la C.N.), y que la Ley N° 4.032 de la Provincia de Chubut no se entraba en colisión con las Leyes Nacionales N° 24.585 y N° 25.675, por lo que, resolvió paralizar explotación a cielo abierto de una mina de oro hasta que se llevara a cabo la consulta pública prevista en la mencionada ley provincial y la autoridad de aplicación provincial se pronunciara sobre el informe de impacto ambiental presentado por la empresa minera.

El fallo “Villivar” y otros posteriores, en los cuales con idéntica postura la C.S.J.N. suspende autorizaciones para desarrollar determinadas actividades ante la falta de Evaluación de Impacto Ambiental y otros procedimientos estipulados en la normativa de protección ambiental, dejó de manifiesto que la Corte se encuentra enrolada en el actual paradigma ambiental, y que en sus sentencias tiene en miras no solo el principio de prevención, que opera sobre la certeza de riesgo ambiental, sino también el principio precautorio que trata de impedir consecuencias perjudiciales probables en el medio ambiente⁴⁴.

Retomando la intervención de la justicia, se señala que a mediados del mes de mayo del 2019 la Corte Suprema de Justicia de la Nación le había exigido al Gobierno Nacional que aporte a la causa, antes del mes de junio, la Declaración de Impacto Ambiental respectiva.

En una esfera inferior, intervino en representación del colectivo de los vecinos el Dr. Marisi, que formalmente consiguiera, como se indicó anteriormente, en un inicio una medida cautelar por parte de la jueza de primera instancia la Dra. Martina Forns, mediante la cual se cancelaban las operaciones desde el aeropuerto del oeste del Conurbano. Por su parte, el Ministerio de Transporte logró levantarla, con restricciones sobre la cantidad de vuelos, y finalmente, tras una audiencia pública y una serie de obras requeridas, el Poder Ejecutivo consiguió el levantamiento total de la medida cautelar con el visto bueno de la Cámara Federal.

⁴⁴ La Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) y Thomson Reuters – La Ley.

Hasta esta instancia, el Ministerio de Transporte no había respondido al pedido de informe solicitado por la justicia, sosteniendo que en el fallo del 28 de diciembre la Cámara de San Martín dio por cumplido el principio precautorio de la Ley General de Medio Ambiente, con la presentación de dos estudios de impacto ambiental sobre las obras realizadas, la audiencia pública y doce informes de mediciones mensuales.

Sin embargo, se persistió en la no implementación del Aeropuerto en cuestión, y el recurso extraordinario presentado por el Dr. Marisi, apuntó contra el origen de la habilitación del aeropuerto. *“Durante la instrucción de la jueza Martina Forns, el Gobierno sostuvo una y otra vez que la DIA no existía porque no era necesaria. Es decir, a lo largo del pleito, el Gobierno reconoció que era cierto lo denunciado por los vecinos en cuanto a que no se había cumplido con el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), y que no se había emitido la consiguiente declaración”*⁴⁵.

La declaración de impacto ambiental original debería haber sido aprobada también por el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS), bajo la órbita del gobierno bonaerense.

Ya en agosto del 2019, la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) aprobó, una evaluación de impacto ambiental (Resolución 369/2019) en la que detalló que la cuestión ambiental en la actividad aeronáutica sigue las directrices de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)⁴⁶ sobre las operaciones aéreas en el Aeropuerto El Palomar, donde opera la mayoría de las aerolíneas *low cost*, y ratificó que la estación aérea se encontraba bajo las condiciones requeridas para operar durante las 24 horas, a pesar de aquella medida cautelar que suspendió los vuelos nocturnos. Ese mismo mes, la Jueza Martina Forns, había dispuesto prohibir los vuelos entre las 11 de la noche y las seis de la mañana, para que no afectaran las horas de sueño, a partir del mes de septiembre.

Por su parte, desde la ANAC se quedaron disconformes, y apelaron el fallo y consiguientemente aprobaron el informe que señaló

⁴⁵ <https://mensajero.com.ar/nota/101867>

⁴⁶ Administración Nacional de Aviación Civil- RESOL-2019-369-APN-ANAC#MTR- Ciudad de Buenos Aires, 27/05/2019.

que el aeropuerto estaba en condiciones de operar las 24 horas, destacando que a través del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) se dictó la Resolución N° 36/08, aprobatoria del “Reglamento para la autorización, fiscalización, habilitación y aprobación de obras”, que contempla los aspectos y requisitos ambientales necesarios para llevar adelante un proyecto de obra.

El texto precisó que la ANAC aprobó su definición de la Política Ambiental en la Resolución 299/17, que promueve la adopción de medidas en coincidencia con los planes y programas gubernamentales nacionales e internacionales y la búsqueda de una mejor calidad de vida, comprometida con la responsabilidad social.

Oportunamente, se había convocado como se expresó antes a una audiencia pública⁴⁷ para considerar los proyectos de obras y de actividades aeronáuticas en el aeropuerto, proceso que culminó con el dictado de la Resolución 534/18 del Ministerio de Transporte, que aprobó el informe final que habría dado respuestas a las preocupaciones de la ciudadanía.

Y además, se pudo inferir de la lectura de varios antecedentes que tanto la ANAC como el ORSNA, en virtud de haber autorizado los Estudios de Impacto Ambiental e Informes de Avances Mensuales en el ámbito de sus respectivas competencias, podrían hacer concluir que la actividad aeronáutica y aeroportuaria en torno al Aeropuerto El Palomar resultaría compatible con el medio ambiente.

Tras los informes realizados durante 12 meses, la ANAC argumentó que “está en condiciones de aprobar los Informes de Avance Mensual, los Estudios de Impacto Ambiental e Informe Final de Niveles

⁴⁷ Audiencia Pública N° 220, llevada a cabo el día 28 de Marzo de 2018. La Audiencia Pública tuvo por objeto considerar los proyectos de obras y actividades aeronáuticas en el Aeropuerto “EL PALOMAR”, Morón, Provincia de BUENOS AIRES, así como presentar las acciones actuales y planes para incrementar los servicios aeronáuticos comerciales desde el mencionado Aeropuerto y considerar las opiniones de los ciudadanos. Esta instancia de participación ciudadana ha sido ordenada en fecha 1 de febrero de 2018, por la Sra. Juez Martina I. Forn, a cargo del Juzgado Federal Civil Comercial y Contencioso Administrativo N° 2, Secretaría N° 1, en el marco de la causa “Marisi Leandro y otro c/ PEN – Ministerio de Transporte de la Nación y Otros/ Amparo Ambiental” (Expte. N° 113.686/2017).-

de Impacto Acústico y Calidad de Aire relativos a la nueva actividad que se desarrolla en el Aeropuerto El Palomar⁴⁸, ello sin perjuicio de continuar con las mediciones.

A partir de las ideas y vueltas expuestas, la Justicia habilitó la operatoria aeronáutica sin límite alguno y hasta el momento no ha cuestionado en otra oportunidad las obras proyectadas.

VII. CONCLUSIÓN

Al no ser apropiada la implementación del Aeropuerto El Palomar, el proyecto estuvo siempre muy cerca de no concretarse. Se luchó, para lograr que se respete la opinión colectiva, atento el medioambiente que afecta el entorno donde se encuentra el citado aeropuerto.

Una evaluación de impacto ambiental correcta nunca hubiera permitido una obra así, pero finalmente se logró su puesta en marcha. Allí, hay bosques de talar, pastizal pampeano y humedales, que son fundamentales para purificar el aire y absorber el agua. Si no existieran, esta zona se inundaría con cualquier lluvia fuerte.

El aeropuerto ya es una realidad, donde el impacto ambiental y el desmedro al medioambiente ya prosperó.

Los fines del mismo no son todos malintencionados, evidentemente, pero habría que generar o crear una contención ambiental para cuidar o preservar el ambiente no solo para la actualidad sino para las generaciones futuras.

En la actualidad, el Aeropuerto El Palomar, si bien conectó al barrio con el mundo, está teniendo una operación de movimientos diarios, del que se desprendería que el aeropuerto ya estaría por encima de su capacidad máxima de operaciones de bajo impacto, y las zonas vecinas a las cabeceras ya estarían sufriendo un impacto considerable debido al ruido aeronáutico.

La mayor contaminación de los aeropuertos es sonora. El ruido aeronáutico, que se caracteriza por tener mucha energía y poca duración, es uno de los factores que más se evalúa al momento de instalar

⁴⁸ Argumentación de la Administración Nacional de Aviación Civil el 21-08-2019.

un aeropuerto dentro de una ciudad. Es casi nula la regulación que existe en el país respecto a este tipo de ruido. Hay cierta normativa que podría mencionarse como el Código Aeronáutico a nivel nacional⁴⁹ y el viejo Código Civil Argentino⁵⁰.

En relación con el medio ambiente como bien jurídicamente protegido, en nuestro derecho interno cabe marcar como hecho importante la Reforma Constitucional de 1994, que marcó la incorporación a nuestra C.N. del derecho a un ambiente sano y la legitimación necesaria para defenderlo, teniendo como consecuencia inmediata una profusa legislación ambiental, que si bien tuteló al medio ambiente de manera desarticulada, porque legislaba a cada recurso natural por separado, esto se subsanó en parte con la entrada en vigencia de la Ley General del Ambiente que marcó políticas ambientales detalladas y claras.

Una consideración aparte merece la tutela judicial del ambiente en nuestro país. En muchas causas, los tribunales de primera instancia no aplican con estrictez los preceptos que protegen el bien colectivo medio ambiente, dejando prevalecer los intereses particulares, situación que se revierte al intervenir la C.S.J.N. la cual, en forma homogénea interpreta y aplica los Principios Preventivo y Precautorio en materia ambiental.

Muchos de los conflictos sociales, incluidos los ambientales, se gestan en la no observancia de la normativa y la falta de control por parte de las autoridades de aplicación de las diversas normas, por lo que los afectados defienden sus derechos realizando diversos tipos de reclamos y, en muchos casos, los ciudadanos deben acudir a la justicia para que sus derechos sean respetados. Deberían prevalecer otros medios de resolución de conflicto e, incluso, la audiencia pública previa a cualquier toma de decisión importante.

En el problema ambiental analizado, se pudo determinar que fueron varias las circunstancias que detonaron la discrepancia: la falta de información ambiental y el regateo de la misma por parte del Estado; la falta de espacios de participación social que deberían haber sido brindados por las autoridades de aplicación de la norma ambiental; la falta

⁴⁹ Código Aeronáutico Civil Nacional (Ley N° 17.285) - Art. 155.

⁵⁰ Código Civil Argentino Ley (modificado por la Ley N° 17.711) – Art. 2618.

de cumplimiento de los procedimientos e instrumentos que las leyes ambientales, tanto nacionales como provinciales, estipulan para llevar a cabo la implementación de obras como el Aeropuerto El Palomar. Todo esto creó una incertidumbre tal que obligó a los ciudadanos a instalar una férrea defensa de su derecho a un ambiente sano, y de esta manera se suscitó un conflicto.

Una vez instalado el conflicto, el Estado no asumió el reencauzamiento del mismo buscando instancias de diálogo, sino que fue la propia comunidad la que buscó una solución, al solicitar la audiencia pública y a falta de esta recurrió a la justicia.

La mayor dificultad se encuentra en la falta de normativa, ya que en nuestro país no existen a nivel nacional y provincial normativas que puedan servir de antecedentes para no caer en el posible llamado “dumping ecológico”.

Finalmente, y en relación con la hipótesis de trabajo que direccionó esta investigación, podemos afirmar que la misma se confirma, ya que en ella se afirma que es necesaria una mayor participación del Estado en los procesos de información y participación ciudadana, lo que evitaría condicionar la normativa ambiental a intereses de tipo económicos, y podría encauzar los conflictos sociales antes de que se instalen, y una vez instalados los conflictos el Estado debe buscar vías de solución del problema, pero del análisis de este trabajo se desprende que ello no ocurre.

Si queremos lograr una rápida y eficaz implementación del desarrollo sostenible, es esencial hacer progresar el derecho ambiental, e integrarlo e interconectarlo con otras ramas del mundo jurídico.

Más específicamente, se debe generar un proteccionismo superior, y convertir al derecho ambiental, como lo establece la legislación comparada, al rango de derecho humano de injerencia colectiva.

El aeropuerto es futuro y evolución, de ello no hay duda. Todo tiene su costo, pero siempre miremos el costo y beneficio de una obra de tal envergadura.

Para culminar, dedico esta expresión del jurista Essain José Alberto: “La utopía del desarrollo sostenible quizá no sea más que esa noción inalcanzable, aquella que en realidad no sirve para andar, para lograr cada día un paso más por esos vientos, aun cuando algunos puedan pensarla como imposible de alcanzar alguna vez”.

VIII. PROPUESTA DE RESERVA NATURAL

En virtud de todo lo expuesto, sería ideal tomar como propuesta que en esa zona se haga una reserva natural. Se busca constituir una reserva ecológica urbana denominada “Isla Verde”, donde se desarrolle un polo cultural, ambiental, educativo, recreativo y sustentable, conformando un activo real, demostrando que se puede trabajar en pos del ambiente en congruencia con el desarrollo de la población.

En la zona existe una escasa relación de 1,2 m² de espacio verde por habitante, apenas el 10% de lo que recomienda la OMS para una buena calidad de vida de la ciudadanía.

“Los terrenos que pretenden ser declarados Reserva Natural Urbana se encuentran amenazados, no solo por el impacto ambiental significativo por la operatoria aeroportuaria sino por las consiguientes etapas de ampliación planteadas sobre el sitio: Área de logística ferroviaria, nueva terminal y autopista arroyo Morón, lo que implicaría la desaparición de la totalidad del espacio natural aún preservado”⁵¹.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Normativa

Constitución Nacional Argentina.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Ley de Ministerios 2018 N° 14.989 del 29 de Diciembre del 2017 de la Provincia de Buenos Aires

Ley N° 11.723. Ley Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.

Ley N° 25.675. Ley General del Ambiente.

Normas y recomendaciones de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).

Resoluciones de la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC).

⁵¹ Organización Isla Verde Asociación Civil. (2019) Proyecto de Reserva Natural Urbana Isla Verde.

Doctrina

- Balbín, Carlos F., “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 1ª ed.
- Botassi, Carlos Alfredo - Derecho Administrativo Ambiental.
- Cafferatta, N., “Panorama actual del derecho ambiental”, en Cossari, N. y Luna, D., “Cuestiones actuales de derecho ambiental”, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2007.
- Devia Leila – Silvia Nonna, “Nuevo rumbo ambiental”.
- Documentos publicados en la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ).
- Diversos artículos de diario- Soporte Digital.
- Dossier.- Un aeropuerto en el Conurbano. Para una lectura histórica y cultural de un territorio en disputa [69-88]- Daniela Soldano, María Gimena Perret Marino. *Revista Transporte y Territorio* /21 (julio-diciembre, 2019).
- Falbo, Aníbal, “La Corte provincial y el debido procedimiento administrativo ambiental”, RDAMB. 23-194/2000.
- Franza, Jorge A. y Tomás P. - Manual de Derecho de Derecho Ambiental.
- Gherzi Carlos Alberto “Daños al Ecosistema y al Medio Ambiente”.
- Nonna Silvia “Ambiente y Residuos peligrosos”.

Doctrina consultada en el portal Thomson Reuters - La Ley

- Tomás Hutchinson- Aníbal J. Falbo.- Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires.
- Valls, Marío F. - Derecho Ambiental.- Ed. Abeledo Perrot.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

PEDRO FACUNDO ZURITA¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se realiza un estudio sobre la participación de la sociedad en el control de los contratos administrativos, confrontado el marco normativo aplicable en nuestro país con lo que sucede en la realidad, toda vez que, desde mi punto de vista, hay una discordancia entre la praxis administrativa y lo establecido en las normas jurídicas en juego.

El tema de la participación de la sociedad en el control de los contratos administrativos concitó mi atención hace varios años por desempeñarme en una Subdirección de Contrataciones de Bienes y Servicios de un organismo desconcentrado del Ministerio de Seguridad.

La escasa información pública brindada por el Estado en las contrataciones públicas junto con la desinteresada participación de la ciudadanía generó altos niveles de corrupción en la función pública, como puede observarse en los casos de Skanska, IBM, Thales Spectrum, y el renombrado Odebrecht.

En concordancia con lo expuesto, Héctor Mairal en unos de sus trabajos concluyó que el contrato administrativo se encuentra pensado para favorecer la corrupción, donde su grado de difusión difiere

¹ Abogado.

significativamente entre los diversos países. En algunos países el fenómeno es esporádico mientras que en otros la corrupción se ha instalado como un modo necesario para operar normalmente en ciertos sectores de la sociedad y de la economía (I).

Para evitar que en el futuro sucedan casos como los mencionados, es necesario el compromiso participativo de los ciudadanos, puesto que una verdadera y sólida democracia se debe construir no solo con el derecho de votar en el momento de las elecciones sino también con las interacciones necesarias para lograr su fortalecimiento y consolidación, logrando el desarrollo de políticas de estado al servicio del ciudadano en donde los servicios se presten de manera eficaz y con calidad, a partir de la construcción de políticas públicas debidamente controladas y orientadas a la gestión de resultados adecuados.

Esto supone la promoción de una gestión ética y transparente donde se exija que los funcionarios que integran órganos con poder de decisión respondan en tiempo oportuno por sus acciones en el ejercicio de su función, y esto solo se puede lograr cuando se garantiza el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, se promueve la conciencia de la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública.

El proceso de participación ciudadana adquiere más fuerza cuando contribuye en forma constructiva a una alianza entre los tres elementos más importantes de las políticas públicas y la Administración Pública: la acción burocrática, la acción política y la acción ciudadana (II).

Para analizar estas cuestiones de modo dinámico y práctico, me pareció oportuno conversar con el funcionario responsable de la Subdirección de Contrataciones de Bienes y Servicios de la Institución, sobre el acceso a la información pública en los contratos que celebra la fuerza (particularmente en el procedimiento de consulta para la elaboración de los pliegos, las actuaciones para lograr publicidad y difusión vinculadas con la transparencia y el acceso amplio durante el desarrollo del contrato) y ver en qué medida se da cumplimiento con dicha normativa jurídica, toda vez que en la mencionada Subdirección se llevan adelante los procedimientos administrativos precontractuales y, posteriormente, las ejecuciones de los contratos perfeccionados.

BREVE SISTEMATIZACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La ley de Administración Financiera y Sistemas de Control en el artículo 135 encomendó al Poder Ejecutivo Nacional (PEN) la elaboración de un proyecto de ley regulatoria del sistema de contrataciones².

El proyecto que fuera enviado por el PEN al Congreso Nacional nunca logró obtener una sanción.

Ante la carencia de regulación, el PEN dictó el Decreto 1023/01 que, por su naturaleza, es un reglamento delegado en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional. Esta norma es de indudable interés para el cometido propuesto, toda vez que se trata de un reglamento de contrataciones cuyo ámbito de aplicación es lo suficientemente amplio.

En el ámbito nacional, el Decreto Delegado N° 1.023/01 establece distintos mecanismos de participación, entre ellos: el procedimiento de consulta para la elaboración de los pliegos; las acciones de publicidad y difusión vinculadas con la transparencia y el acceso amplio a las actuaciones por cualquier interesado.

En el artículo 8 del citado Decreto Delegado establece expresamente lo siguiente: *“Cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, conforme lo determine la reglamentación”*³.

Este procedimiento fue utilizado en la provincia de Mendoza con motivo de la licitación del Hotel Plaza, en la que se dio participación a diferentes entidades ambientalistas, instrumentándose una terminal de computadora en la Gobernación de la provincia, que contenía la totalidad de los pliegos de licitación, donde cada interesado pudo formular las observaciones y sugerencias que estimó oportuno realizar mediante su inserción en el texto (III).

² Ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control.

³ Artículo 8 del Decreto Delegado 1023/01.

El Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16, en el artículo 26 reguló la etapa previa para recibir observaciones formuladas por los interesados al proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares⁴; situación antes contemplada por el artículo 32 del derogado Decreto N° 893/12.

En ese sentido, cabe señalar la Disposición N° 62 de la Oficina Nacional de Contrataciones, por la cual se aprobó el Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, que en su artículo 10 también estableció la etapa de observaciones al proyecto de pliego⁵ y en su artículo 11 reguló la publicidad que la Unidad Operativa de Contrataciones deberá realizar para recibir las observaciones⁶.

Al respecto, una de las críticas al mecanismo de participación señalado, es que las observaciones al pliego deben formularse cuando

⁴ Artículo 26 del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/16: "Cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, o en procedimientos en que no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o las cláusulas particulares completas, corresponderá que el titular de la unidad operativa de contrataciones autorice la apertura de una etapa previa a la convocatoria, para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares".

⁵ Artículo 10 del "Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", aprobado por la Disposición ONC 62: Cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, o en procedimientos en que no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o las cláusulas particulares completas, el titular de la Unidad Operativa de Contrataciones autorizará, la apertura de una etapa para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares.

⁶ Artículo 11 del "Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", aprobado por la Disposición ONC 62: La Unidad Operativa de Contrataciones deberá dar a publicidad la convocatoria para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, por los medios establecidos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Para los procedimientos que no se realicen por el sistema electrónico de contrataciones deberán remitir la información para la difusión en el sitio de internet de la OFICINANACIONAL DE CONTRATACIONES con DOS (2) días de antelación al de la fecha en que corresponda efectuar su difusión.

la Unidad Operativa de Contrataciones convoque a las reuniones; sin considerarse otros medios más efectivos (como los digitales y electrónicos).

Dicha norma habilita solamente un cauce de participación; circunstancia que resulta criticable teniendo presente los avances tecnológicos que permiten mejorar el funcionamiento de la Administración Pública, la que siempre debe ser entendida como una entidad servicial, a la que se debe despojar de antiguos componentes burocráticos para depurar sus instrumentos de actuación y potenciar sus técnicas de gestión a fin de ejercer más eficaz y eficientemente las tareas que le atribuye el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la norma aludida deja un amplio margen de actuación a los funcionarios para evaluar la pertinencia de las observaciones que se realizan al proyecto de pliego de bases y condiciones.

Respecto de los Pliegos de Bases y Condiciones, la doctrina ha señalado que es el documento elaborado por la Administración Pública en el cual ésta regula el procedimiento de selección de su futuro contratista y, asimismo, el régimen de ejecución del contrato de que se trate. El pliego de condiciones contiene, por lo tanto, las disposiciones generales especiales destinadas a regir el contrato en su formación y ejecución (IV). Así, el pliego de bases y condiciones -considerado reglamento, tanto en su consagración general como particular- de una licitación es la ley del contrato y sus cláusulas son obligatorias para todos, incluso para la Administración⁷.

Cuando la Administración confecciona, prepara y diseña sus pliegos de condiciones lo hace de manera unilateral y exclusiva, y la circunstancia de que los licitantes, al formular sus ofertas, deban hacerlo con estricta sujeción a esos pliegos son los extremos que otorgan al contrato administrativo ese carácter de contrato de adhesión⁸.

El pliego de condiciones constituye la ley de la licitación o ley del contrato, porque es en él donde se especifican el objeto de la contratación y los demás requisitos que se deben cumplimentar. Es por eso

⁷ Dictámenes PTN, 230:67 y 269:9

⁸ Dictamen PTN, 178:18.

que el contenido del pliego es decisivo para la transparencia de todo el procedimiento licitatorio⁹.

Es en los pliegos, afirma Agustín Gordillo, donde se cometen las verdaderas tropelías, los grandes costos al erario, las grandes bases de la corrupción, lo demás es mera continuación de lo ya mal empezado (V).

En la mayoría de los casos en que la Administración inicia un procedimiento de contratación, se observa que los pliegos son preparados sin publicidad ni intervención participativa de posibles interesados, lo que genera un sinnúmero de inconvenientes para el Estado, que van desde de la compra de bienes o materiales obsoletos hasta la exigencia de requisitos que no son necesarios porque el mercado ofrece otras ventajas, tornado la contratación que se pretendió realizar en ineficiente y costosa.

Por esto, la participación de los posibles interesados tiene trascendencia, siendo ellos quienes, muchas veces, conocen de manera más acabada las condiciones que imponen el mercado de que se trate. Además con ello, se logra que la Administración pueda contar y considerar las propuestas y, en su caso, mejorar o cambiar las condiciones del contrato, evitando futuras impugnaciones administrativas o judiciales (VI).

A más de ello, cabe señalar que la etapa de observaciones y consultas durante el procedimiento administrativo precontractual, es realmente fundamental para los particulares que pretendan contratar con el Estado, teniendo presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene una jurisprudencia constante y reiterada, en la que ha sostenido que quien contrata con la Administración, se impone un comportamiento activo, diligente y oportuno que lo obliga a poner de manifiesto las circunstancias susceptibles de modificar las cláusulas del contrato, con el fin de que el órgano estatal pueda evaluar si conviene al interés público celebrarlo o bien dejar sin efecto la licitación¹⁰.

Siguiendo el criterio de la Corte Suprema, si el oferente no cumple con la diligencia colaboradora que le es exigible, de acuerdo con las circunstancias del caso y la magnitud de los intereses en juego, las

⁹ C.S.J.N, "Hotel Internacional Iguazú S.A. v. Estado Nacional", (1986).

¹⁰ C.S.J.N, "Juan Carlos Radeljak V. Administración General De Puertos", Fallos: 311:2831, (1988), entre otros.

dudas interpretativas que se puedan originar durante el desarrollo del contrato deben resolverse en su contra.

En ese sentido, me parece criticable la doctrina de nuestra Corte Suprema por la cual se establece que la duda dentro de un procedimiento contractual es fatal para los derechos del contratista.

En términos actuales, sería más lógico y prudente considerar que aquellas cláusulas oscuras y ambiguas deben interpretarse en contra de quien las redactó porque siendo el propio Estado quien de forma unilateral las redacta, se impone con más vigor en él la carga de la claridad, de conformidad con el principio de buena fe contractual, en especial si se tiene en cuenta el deber de información pública que debe brindar la Administración y el deber que pesa sobre ésta de cumplir de forma irrestricta con el principio de juridicidad.

Por lo tanto, las cláusulas ambiguas y oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por parte del poder administrador deberían interpretarse en su contra cuando la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar.

Esta regla de interpretación tiene aplicación en el derecho administrativo norteamericano y se remonta al derecho romano clásico, tomando el siguiente pasaje: *“Celso expresaba que cuando en una estipulación se duda cual sea el objeto de lo hecho, la ambigüedad va contra el que estipula. Cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas contra el estipulante”* (VII).

Considero que de esta forma se podría lograr que los funcionarios que intervienen en la gestión y elaboración de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares como también en las especificaciones técnicas que integran la documentación contractual, tengan la responsabilidad en caso de surgir desacuerdo en la interpretación de los pliegos por haber redactados con poca precisión.

Muchas veces ante la falta de control suficiente, se pueden observar pliegos que presentan cláusulas o condiciones que tienen como finalidad redireccionar y favorecer a determinados oferentes, por medio de las ambigüedades que se generan en la redacción de la documentación que se utiliza en los procedimientos de selección del futuro contratista. Dichas conductas vulneran los principios generales

aplicables a los contratos administrativos, tales como los principios de transparencia y concurrencia¹¹.

En ese sentido, el artículo 18 del Decreto Delegado 1023/01 establece expresamente la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado del trámite y la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes¹².

En el desarrollo de las contrataciones públicas puede verse la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción (Obras públicas adjudicadas y pagadas en su totalidad sin ejecución; contratos celebrados sin el cumplimiento de la normativa vigente; contrataciones directas sin la debida justificación, etc).

Es aquí donde se plantean las grandes oportunidades para que los funcionarios públicos y las empresas privadas desvíen los fondos del pueblo para conseguir ganancias personales, por ello hay que prestar mayor atención en esta materia, porque como dijera James Madison en 1788: *“Si los hombres fueran ángeles, ningún gobierno sería necesario”*.

¹¹ Artículo 3 del Decreto Delegado 1023/01: Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, serán: a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes.; c) Transparencia en los procedimientos.; d) Publicidad y difusión de las actuaciones.; e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes. Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden.

¹² Artículo 18 del Decreto Delegado 1023/01: La comprobación de que en un llamado a contratación se hubieran omitido los requisitos de publicidad y difusión previa, en los casos en que la norma lo exija, o formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo fuera factible por determinado interesado u oferente, de manera que el mismo esté dirigido a favorecer situaciones particulares, dará lugar a la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre, y a la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes.

ASPECTO PRÁCTICO DEL TRABAJO

Luego de sistematizar sucintamente el plexo normativo aplicable, consideré interesante escuchar y consultar sobre las experiencias en la materia dentro del Organismo donde me desempeño, para ver cómo funciona el mecanismo de participación de la ciudadanía en los contratos que celebra la Fuerza.

En esta oportunidad mantuve un encuentro con el jefe de la Subdirección de Contrataciones de Bienes y Servicios, quien es abogado y cuenta con una Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Abierta Interamericana.

¿Qué opinión tiene de la sanción de la Ley N° 27.275 de acceso a la información pública y su relación con los contratos administrativos?

En primer término, me gustaría decir que una ley de ese tenor es muy saludable para nuestro país, tanto la sanción de la Ley Acceso a la Información Pública como la Ley de Responsabilidad del Estado eran una deuda que nos debía nuestro Congreso Nacional.

Respecto de la primera de las leyes y su relación con los contratos, entiendo que permitirá un mayor control sobre los actos estatales y esto acompañado de los avances tecnológicos que brindan mayor transparencia en el desarrollo de los contratos.

¿Qué quiere decir cuando habla de los avances tecnológicos y la transparencia en los contratos?

Claro, pongamos un ejemplo. Quizás usted es muy joven y no vivió dentro de la Administración cuando todo se manejaba en soporte papel. Antes los expedientes eran desde su inicio hasta su finalización en papel y muchas veces quedaban dormidos en los despachos, vulgarmente cajoneados por años. Esto en la actualidad no sucede y no debe suceder, con la implementación de la Gestión Documental Electrónica, en minutos se puede saber dónde está el expediente, que funcionarios han participado en la tramitación, en que despacho se encuentra y todos sus movimientos. De modo que cualquier retraso o demora de la Administración queda expuesta. Esto resulta muy bueno porque exige mayor responsabilidad frente a la sociedad.

Entre las exigencia que establece la ley de acceso a la información pública, se menciona en el artículo 30 la figura del Responsable de acceso a la información ¿tiene conocimiento si aquél fue designado por la Fuerza o por el Ministerio de Seguridad?

Para ser franco con usted, esa información no la tengo pero si la normativa lo exige debería estar designado y ejerciendo las competencias que le atribuye la ley.

Teniendo en cuenta los principios consagrados en el artículo 1 de la Ley N° 27.275 ¿Qué medida se adoptaron para cumplir con aquellos?

Se intenta brindar a los ciudadanos la mayor información con que se cuenta, tratando de evitar demoras que los puedan perjudicar en elaboración de sus ofertas y lograr con ello que la contratación llegue a su fin sin inconvenientes.

La ley también incorpora a la transparencia activa, estableciendo que se deberá facilitar la búsqueda de información a través de la página web oficial. En materia de contratos administrativos ¿qué información se brinda y se publica en la página web de la Fuerza?

En la página web del Organismo se encuentra un link, el cual permite redireccionar la búsqueda a la página de la Oficina Nacional de Contrataciones, que es el órgano rector en la materia y donde se encuentra la información necesaria sobre las contrataciones que celebra el Estado Nacional.

¿Cree que con esa medida se cumple los principios de máximo acceso y divulgación consagrados en la Ley de acceso a la información pública?

No, seguramente que no. Considero que en muchos organismos habrá desconocimiento sobre este tema y tardará un tiempo en implementarse las medidas necesarias para cumplir esta normativa de forma adecuada. De todas maneras, ya es un avance que los organismos estén obligados por ley a cumplir los principios y objetivos que contempla la norma. De hecho, ya esta conversación nos genera un avance porque nos demuestra y nos hace pensar sobre qué nos falta y cómo podemos mejorar. Con esta ley y con las nuevas tecnologías va a

ser cada vez más ágil el vínculo entre la Administración y el ciudadano, exigiéndose un adecuado servicio a la comunidad.

Puntualmente respecto de la normativa que maneja a diario. El artículo 8 del Decreto Delegado N° 1023/01 hace mención a una posible etapa de observaciones al proyecto de pliego ¿Qué aplicación tiene en la fuerza esta etapa?

Es una etapa dentro del procedimiento administrativo de selección del futuro contratista que es facultativa para la Administración que en verdad no la utilizamos nunca en la práctica institucional.

¿Cuál cree usted que es la razón de su poca aplicación?

No sé cómo será en el resto de la Administración pero dentro de nuestra Institución me parece que no se aplicó nunca esta posibilidad por la necesidad de realizar las contrataciones de la forma más rápida posible. Entiendo que en muchas ocasiones el tiempo que se maneja y las exigencias del día a día no permiten llevar adelante dicha etapa.

Ahora viendo que no tiene aplicación práctica esta etapa en las contrataciones que realiza la Fuerza ¿cómo se materializa la participación de los interesados y posibles oferentes en el procedimiento administrativo precontractual?

La participación que uno observa de los interesados y de los posibles oferentes se produce con posterioridad, es decir, una vez que el pliego se encuentra aprobado y publicado en el sistema COMPR.AR, se reciben bastantes consultas que en muchas ocasiones generan la necesidad de emitir circulares aclaratorios o modificatorias, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16. También se reciben pedidos de vistas, impugnaciones al dictamen de evaluación de ofertas y los recursos administrativos contra los actos administrativos de finalización del procedimiento.

Por último, ¿recibió alguna vez pedidos de acceso a información pública con motivo de la sustanciación de una contratación administrativa que llevó adelante la Fuerza?

No, nunca recibimos un pedido de particulares con fundamento en lo previsto en la ley de acceso a la información pública pero si

brindamos cada vez que requiere información la Unidad de Auditoría Interna. Además, anualmente debemos brindar un informe detallado de diferentes observaciones que se realizan sobre las contrataciones que se llevan a cabo.

Desde ya agradezco su colaboración para este trabajo, fue muy amable.

De nada, espero haber podido responder sus consultas e inquietudes.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo, se puede vislumbrar que existe una clara discordancia entre la praxis administrativa y la realidad normativa que establece mecanismos de participación que son muy pocos utilizados por el poder administrador.

Creo que la falta de participación ciudadana en general, sobre todo en esta etapa previa de publicación del proyecto de pliego para que los interesados formulen observaciones, obedece a una multiplicidad de factores.

Entre ellos, podría mencionarse la poca formación que tienen los cuadros de la Administración en materia de participación ciudadana y la desconfianza que tiene las personas en los estamentos que conforman el Estado.

Para evitar esto y lograr incentivar que la población se interese de los asuntos públicos, es necesario brindar una capacitación adecuada a los funcionarios que integran la Administración para lograr alcanzar cambios profundos, con una política de Estado abierta sostenida en alentar la participación ciudadana, promover la transparencia de los actos de gobierno e intensificar el trabajo en ese sentido, proponiendo a los ciudadanos las herramientas digitales adecuadas para que éstos puedan lograr de forma sencilla y rápida una participación adecuada.

Esto se relaciona con el sentido y alcance que se le atribuya al principio de participación que comprende una actuación en la estructura de la Administración, siendo necesarios mecanismos legales que aseguren la efectividad del principio.

Es clave la formación y profesionalismo de las personas que se desempeñan dentro de la Administración que permita a los ciudadanos tener confianza de que su participación no será estéril, que podrá influir en las decisiones políticas y controlar la actividad que despliega el Estado.

La participación de los ciudadanos en la búsqueda de estos resultados es fundamental, logrando hacer un sistema transparente, responsable y eficiente en la utilización de los fondos públicos.

El gobierno en sus tres funciones constitucionalmente asignadas (Ejecutiva, Legislativa y Judicial), debe garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública.

A la fecha se puede ver en los sitios web de los diferentes organismos que integran la Administración centralizada, que no facilitan la búsqueda y acceso a la información pública de manera clara, estructurada y entendible para la comunidad, como establece la Ley N° 27.275.

En el sector que me desempeño vinculado con los contratos administrativos no se publica de forma digital un listado de las contrataciones públicas, licitaciones, concursos, obras públicas y adquisiciones de bienes y servicios, de conformidad con los principios de máxima divulgación y máximo acceso.

Muchas de las disposiciones establecidas en la Ley 27.275 a la fecha no tienen aplicación práctica y tampoco se observa una vocación por cambiar esta situación.

Si bien es cierto que la Ley de Acceso a la Información Pública fue un avance desde el punto de vista normológico, esto no alcanza y no nos debería conformar.

La realidad nos demuestra que en la actualidad no hay un adecuado cumplimiento de dicha normativa, existiendo mucho desconocimiento y temor al respecto.

Sin la promoción de una cultura de apertura y transparencia, y habida cuenta de la atomización organizacional del Estado, estaremos sólo promoviendo un acceso condicionado a la información en poder del Estado.

Ante este escenario, es inevitable tener una sensación de insatisfacción, que amerita que quienes formamos parte de la Administración

intentemos cambios profundos en el quehacer administrativo y no nos quedemos inertes frente a esta realidad que nos interpela, evitando que la Ley de Acceso a la Información Pública se convierta en letra muerta.

Esos cambios llegarán cuando el respeto por el Estado de derecho se convierta en una confesión sincera de la política de Estado, común a todos los partidos políticos, donde la finalidad se encuentre siempre orientada a respetar la dignidad humana y a la satisfacción del interés público.

Porque como decía Jorge Luís Borges: *“En tiempos de auge la conciencia de un tiempo limitado puede irritar o entristecer pero en tiempos de oprobio es la seguridad de que ningún dictador nos va a empobrecer enteramente”*.

BIBLIOGRAFÍA

- Comadira, Julio Pablo. “Seminario de Contratos Públicos”. Escuela de Formación en Abogacía Pública. Procuración de la Ciudad de Buenos Aires” marzo de 2018.
- Comadira, Julio Rodolfo. Derecho Administrativo. Segunda Edición actualizada y ampliada. LexisNexis, Abeledo Perrot.
- Gordillo, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo” T. 2, 3 edición. Buenos Aires, 1998.
- Mairal, Héctor, “Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla”, Revista Rap, 2007.
- Pérez Hualde, Alejandro, “Elaboración participativa de normas: mecanismo de control”, en *Cuestiones de procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006. Esta participación se instrumentó mediante la habilitación de una terminal de computadora en la Gobernación de la provincia, que contenía la totalidad de los pliegos de licitación, donde cada interesado pudo formular las observaciones y sugerencias que estimó oportuno realizar mediante su inserción en el texto.
- R. J. Pothier, Oeuvres de R-J Pothier. Les Traités du Droit Français, (tome premier), Bruxelles, 1829 “Primera regla. 91. Se debe, en las

convenciones, investigar cuál ha sido la intención común de las partes contratantes más que el sentido gramatical de los términos”
Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, “La participación en la nueva Ley de Modernización del Gobierno Local”. Suplemento de Derecho Administrativo, Madrid, 2004.

FINANZAS PÚBLICAS, CRÉDITO EXTERNO Y FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD DE LA ABOGACÍA PÚBLICA

HÉCTOR S. MAZZEI¹

Universidad Nacional de San Martín - Argentina

I. INTRODUCCIÓN

“Tiene que actuar de manera que los acreedores
estén más interesados que cualquier otra persona
en conservar y prolongar su estancia en la Tierra”.

Honoré de Balzac. El Arte de Pagar deudas sin gastar un céntimo

Nuestro país se encuentra nuevamente en un proceso de reestructuración global de la deuda pública tanto aquella que fue emitida bajo jurisdicción internacional como con organismos internacionales de crédito. La temática es habitualmente monopolizada por expertos en finanzas y en economía, pero es innegable que el papel del derecho económico y financiero ocupa un lugar central a la hora de la defensa de los intereses nacionales en este delicado tema.

El presente trabajo busca reflexionar sobre la importancia de fortalecer la capacidad institucional en las áreas específicas de la abogacía pública para atender de una manera solvente, no sólo el cierre de las negociaciones, sino la continuidad de una deuda que tendrá un efecto intergeneracional y requerirá una atención permanente de diferentes

¹ Profesor de D. Constitucional Económico UBA y de D. Administrativo UNSAM.

cuerpos de abogados del estado en todo el período de amortización de capital y pago de los intereses. El manejo de la deuda pública debe ser constante, buscando permanentemente mejores condiciones de plazo, monto e intereses a lo largo del tiempo a fin de aliviar la carga de los servicios de la misma para los ciudadanos. Incorporar dentro de las instituciones de enseñanza del derecho en general y dentro de la Escuela del Cuerpo de Abogacía del Estado en particular, una capacitación actualizada y líneas de investigación sobre la temática, resultará esencial para este cometido.

II. CAPACIDAD INSTITUCIONAL Y DERECHO FINANCIERO PÚBLICO

Frecuentemente se manifiesta la insatisfacción de los ciudadanos sobre el funcionamiento del Estado y sobre la calidad de los servicios que éste presta. El sentido común lleva a centrar esos problemas en las áreas administrativas y en problemas de gestión. Sin embargo, el concepto de capacidad institucional nos permite abarcar un conjunto de temas que no sólo se centra en fortalecer sus aspectos internos y burocráticos, sino también en ver al Estado en su relación con los aspectos políticos problematizados y en conexión con los ciudadanos, los actores principales de las políticas que el estado atiende a través de sus diferentes organismos y sus demandas. Muchas veces el estado actuando por medio de sus funcionarios políticos y de carrera son desbordados por las demandas o lisa y llanamente cooptados por los intereses que utilizan al mismo estado como arena de conflictos y disputas.

A fin de avanzar en el concepto al que nos referimos de capacidad estatal, en su clásico texto Merilee Grindle (1996) delimita cuatro componentes de la capacidad estatal: a) la capacidad administrativa como la habilidad de los Estados de llevar adelante la distribución de bienes y servicios; b) la capacidad técnica como la habilidad de manejar las políticas macro económicas y determinar opciones de dichas políticas; c) la capacidad política para responder a demandas sociales y resolver conflictos; y d) la capacidad institucional para fortalecer las reglas de juego.

Repetto prefiere reducir sus componentes en a) capacidad política y b) capacidad administrativa, señalando que la capacidad administrativa

en términos del mejoramiento tecnológico, procedimental y de recursos humanos del Estado es condición necesaria pero no suficiente para el fortalecimiento de la capacidad estatal, considerando abordar complementariamente la capacidad política del Estado, entendiendo ésta como,

La capacidad de los gobernantes para *problematizar* las demandas de los grupos mayoritarios de la población, tomando decisiones que representen y expresen los intereses de y la ideología de los mismos, más allá de la dotación de recursos que puedan movilizar en la esfera pública (Repetto, 2009, pp. 37)

Esta definición pone de manifiesto la importancia de la capacidad de relacionarse con el contexto y con *el afuera del Estado* para alcanzar los objetivos de política pública, incluyendo la capacidad de estructurar coaliciones interinstitucionales con otras fuerzas políticas, sociales, organismos internacionales o actores del mercado.

La capacidad institucional del estado que pretendemos, debe alejarse tanto del modelo burocrático que tiende a encerrarse sobre sí mismo, como del estado al servicio de los intereses de los sectores económicos dominantes de modelo depredador. Construir un estado autónomo de esos intereses, arraigado en los objetivos de la ciudadanía en su conjunto y en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible y de los derechos humanos, requiere de un estado inteligente con personal calificado y capacitado en forma permanente y actualizada, con capilaridad hacia los sectores sociales a los que debe servir.

La bibliografía dominante centra el interés del estudio del derecho en un agente experto litigando contra el estado muchas veces en función del ciudadano, pero en la mayoría de los casos de Derecho Económico, al servicio de los sectores estratégicos dominantes y sujetos de la regulación estatal. Es notable el desequilibrio académico por ejemplo entre el derecho tributario enfocado a litigar contra el estado, y el derecho financiero prácticamente inexistente en nuestras universidades.

III. CAPACIDAD ESTATAL Y DEUDA PÚBLICA

El caso de la deuda pública es ilustrativo en este sentido. El tratamiento de esa temática, como afirmamos, sitúa las relaciones

jurídicas subordinadas a los aspectos financieros cuando no, al duro mercado de capitales. Desde el punto de vista jurídico, la deuda pública es en primer lugar una relación inmersa en el derecho: Horacio Corti (2008) define al Crédito Público como “las técnicas jurídicas mediante las cuales el Estado obtiene recursos financieros obligándose, en forma correlativa, a devolver en cierto plazo la suma obtenida, más un interés”. El carácter jurídico está presente tanto en el momento inicial de la autorización vía presupuesto o la ley especial, como en cada operación particular con los tenedores que operarán en el mercado de deuda. Cada paso está signado por aspectos constitucionales, normativos y jurídicos. Incluso la operación en el mercado financiero estará regulada por las Comisiones de Valores respectivas y por un sinnúmero de reglamentaciones aquí y en el exterior.

El conocimiento del derecho en estos casos abarca desde la Constitución y el derecho comparado hasta las leyes que autorizan el endeudamiento, las reglamentaciones de la colocación respectiva y todas las normas de regulación prudencial del Banco Central como de las Comisiones de Valores donde se opere. Los Cuerpos de Abogados del Estado de los diferentes organismos especializados en general cuentan con el conocimiento y la información respectivas. Sin embargo, en muchos casos el endeudamiento está localizado en organismos que prestan servicios públicos, que se encargan de la inversión e infraestructura pública o que ejecutan programas con financiamiento internacional.

Por otra parte, los organismos de control como la SIGEN y la Auditoría General de la Nación también ejercen su jurisdicción sobre los diferentes procesos de endeudamiento, lo que requiere profesionales en el derecho especializados en la temática.

En los casos de endeudamiento externo, los países cuentan con instituciones financieras asesoras en la colocación y en la negociación que son Bancos de Inversión Internacionales y estudios Jurídicos radicados en las plazas donde se realizan las colocaciones y donde se pueden radicar los conflictos. Nuestro país ha contado con la contratación de esos estudios principalmente en New York para representar al país en esos litigios. Desde hace muchos años, Argentina viene contratando a uno de los estudios históricos de Estados Unidos el Estudio

Cleary, Gottlieb Steen & Hamilton LLP, entre otros. Estos servicios son indispensables tanto para evitar litigios como para actuar en caso de que éstos se presenten. Su solvencia técnica y trayectoria está fuera de toda duda. Lo que queremos remarcar es que esos estudios requieren interactuar con profesionales del estado en forma habitual para discutir tanto el fondo como las estrategias de los litigios. Los profesionales del estado deben estar preparados, informados y actualizados para esta interacción a fin de evitar los típicos conflictos principal-agente, caracterizados por la asimetría informativa, el conflicto de intereses y los objetivos divergentes que siempre se verifican en este tipo de relaciones.

IV. UN ABORDAJE INTEGRAL

El crédito público y su abordaje jurídico representa el cabal ejemplo de la integridad de todo el sistema financiero público. Horacio Corti sostiene que “la unidad constitucional y conceptual de la actividad financiera pública se aprecia en todos los aspectos considerados, pero sin duda que es respecto del crédito y la deuda públicas que aquella unidad se revela con indudable nitidez... no es posible desgajar el aspecto recaudatorio y erogatorio del asunto”. (CORTI, H. 2008).

Evidentemente un abordaje de la problemática de la deuda pública es inescindible del presupuesto, del sistema impositivo, de las prioridades en el gasto público y el federalismo fiscal en nuestro caso, constituyendo una unidad conceptual que el autor define como una *Teoría General de las Finanzas públicas*.

Desde el lado económico, y en el mismo sentido, entendemos el Ministro Martín Guzmán viene planteando desde sus escritos anteriores y ahora como funcionario, la cuestión de la sustentabilidad de la deuda pública, entendiendo por sustentabilidad aquella situación de entendimiento que permita a una economía repagar la deuda post default con un crecimiento razonable de su producción, una recaudación consistente y un gasto público que permita aportar a la demanda agregada lo suficiente como para alentar la inversión y no producir el ahogo de la economía en el tiempo producto de políticas de ajuste. En una columna publicada en el Financial Times de New York, Guzmán sostiene que “En el mundo del COVID 19, no podemos seguir gastando

el 20% o más de los ingresos públicos en el pago de la deuda, tal como lo han pedido algunos acreedores. Es simplemente imposible...Las exigencias insostenibles solo dan lugar a resultados insostenibles". El presupuesto, el sistema impositivo, la provisión de bienes públicos como un todo articulado para hacer sustentable esa deuda y lograr que el estado cumpla con los objetivos constitucionales.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El fortalecimiento de la capacidad institucional en especial en temas financieros públicos dentro de los cuerpos de abogados del estado requiere apuntar hacia un perfil profesional que tenga en cuenta: a) Capacidad técnica en la problemática, b) Comprensión política de los asuntos involucrados en el examen; c) Conocimiento de los actores intervinientes, sus conflictos y las capacidades de alianzas; d) Interpretación de las variables económicas y financieras, e) Idioma técnico en derecho y finanzas, generalmente inglés.

En muchas ocasiones, los diversos organismos del estado sufren una alta rotación tanto de responsables políticos como técnicos. En temas de deuda pública esto es particularmente grave por los costos de transacción que esto conlleva para el Estado en términos de relaciones, información y conocimiento de la temática. Fortalecer la capacidad institucional de los cuerpos de abogados del estado en estas temáticas es fundamental en los organismos de naturaleza económica: Bancos públicos, áreas de finanzas, organismos de control, empresas públicas, BCRA, CNV, y otros reguladores del mercado de bienes y servicios. Lo mismo para la Procuración General de la Nación y para la Procuración del Tesoro de la Nación.

Esa alta rotación produce sensibles pérdidas en la memoria institucional de cada organismo y en el Estado en su conjunto. La capacidad institucional también radica en capitalizar las experiencias pasadas. Por ello proponemos la creación de áreas de investigación sobre la problemática de la deuda pública que aborden los aspectos jurídicos. Otro aspecto que puede ser valioso es recopilar las experiencias de quienes tuvieron a su cargo esas negociaciones con el FMI, organismos internacionales de crédito, CIADI, Club de París, diversas renegociaciones internas y externas a fin de organizar seminarios donde los

actores relaten sus experiencias como estudios de casos. Recuperar la memoria institucional es de vital importancia para el fortalecimiento de la capacidad institucional de esas áreas.

BIBLIOGRAFÍA

- CORTI, Horacio G. (2008). “Derecho Constitucional Presupuestario”. Lexis Nexis
- CORTI, Horacio G. (2010). “Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: Los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico financiero”. En *El Derecho Presupuestario en el Derecho Comparado*. Revista Jurídica de Buenos Aires. Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- GRINDLE, M. (1997) “The Good Government Imperative. Human Resources, Organizations and institutions”. Harvard University Press.
- GUZMAN, M. (2020) Financial Times. 3 de Mayo de 2020.
- REPETTO, Fabián. (2009). “El Estado y sus Capacidades. Notas “en clave” de América Latina”. En *Revista de ASAAP*. Nro. 43 Octubre 2009.
- STIGLITZ, J Y HEYMANN, D (2016) “La Vida después de la deuda. Orígenes y resoluciones de las crisis de deuda”. Eudeba

LAS INJUSTICIAS QUE (TODAVÍA) NO VEMOS

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI¹

GUIDO LEONARDO CROXATTO²

Universidad de Buenos Aires - Argentina

La defensa férrea del debido proceso, central en cualquier estado constitucional, parece hoy la última “trinchera” que le queda o nos queda a quienes defienden (o defendemos) la doctrina constitucional con su plexo básico de derechos y garantías. En cualquier república seria, la defensa de las garantías (sociales, humanas, laborales, económicas, no solo procesales) representa una obviedad. En Argentina, no. La misma es o representa una veleidad de “garantistas”. La constitución de Alberdi es garantista, porque el garantismo era y es una filosofía liberal, igualitaria. La defensa obvia del debido proceso (con sus derechos básicos, como la defensa en juicio, la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia, no extorsión de “arrepentidos”, no presos “preventivos” en cárceles “alambradas” y degradantes) no es sin embargo, a fuer de esencial en cualquier república seria, la primera ni la más central de las ideas del “garantismo”, aunque hoy parezca, precisamente por los discursos que lo arrinconan (y arrinconan a todos los abogados de derechos humanos que lo enarbolan) reducido a ello. El garantismo es mucho más que la sola defensa del debido proceso, aunque hoy no lo parezca.

¹ Juez de la Corte Interamericana de DD. HH. (CIDH).

² Abogado. Director Nacional de la ECAE.

El garantismo como doctrina constitucional defiende o tiene como metodología jurídica propia el positivismo estricto, esto es: el apego a las normas, el estricto apego al principio de legalidad. Por eso es un error (hoy naturalizado) asociar el juez “garantista” a un juez “politizado”, cuando es exactamente al revés. En la medida en que se atiene a la defensa estricta del derecho positivo (principio de legalidad), con sus garantías escritas, el juez “garantista” es el juez más independiente, el menos “politizado” de todos en su tarea. Aunque se suele predicar la imagen exactamente contraria (mostrando al juez que aplica las normas positivas, como un “garantista extremo”, y al juez que las desoye, incumpliendo su mandato, bajo cualquier pretexto, de juez “bueno”, no “garantista”). Esto no es casual. Los jueces que hacen bien su trabajo (apego estricto a la legalidad positiva, a la constitución con sus garantías “garantistas”, la misión de todo juez es defender la constitución) se lo vitupera, y a los jueces que con cualquier argumento (por eso están tan de moda, en la estela de Robert Alexy, un no positivista, los cursos de “argumentación”), se distancian de la constitución con sus normas estrictas, se lo pondera como “republicano”, no como una forma obvia, aunque solapada, de “politización” de su labor. Esta inversión no es un accidente. Pero no favorece la construcción de una justicia independiente ni republicana. Una Justicia capaz de defender las “garantías” sociales, laborales, educativas, humanas en sentido pleno, y de hacerlo sin miedo. Hoy defender cualquier garantía, por mínima que fuera, expone al juez que lo haga a ser denostado por ser un “garantista”. Obliga a muchos magistrados a bajar la cabeza.

Pero esto no es casual. Y se debe a que en realidad el anti garantismo (que viene de tiempos no democráticos) ha avanzado mucho en el ideario colectivo, asociando la idea de derrechos humanos de “delincuentes”, a perversión “anti republicana”, como si en rigor lo “justo” fuera privar de derechos “humanos” a los delincuentes”. (Vidas sin valor vital, grasa que “sobra”, diría Binding). Pero esto (este anti “garantismo”) no es lo que indica nuestra Constitución. Sin embargo, hemos llegado a este punto luego de un largo camino de recorte de derechos. El garantismo es mucho mas que una acotada filosofía sobre el debido proceso. Pero todo lo otro que el garantismo es o era (una filosofía constitucional, una teoría igualitaria, un proyecto que supone un Estado constitucional a traves de garantias sociales, laborales,

educativas, alimetarias, “garantismo” en sentido social pleno, justicia social, termino de exclusión, de hambre, de precariedad, de gente viviendo en la calle) ha sido “recortado” ya por el discurso económico, que muestra a todas estas garantías como un exceso... “ineficiente”. Como un “costo” social. El “costo” laboral, por ejemplo, es el “costo” de las garantías sociales... de los derechos de los trabajadores... Esto que Ronald Coase llamó “el problema del costo social”, que dio inicio a toda una corriente de pensamiento jurídico “eficiente” hoy muy de moda en las aulas de derecho (Law and Economics), no es sino el “costo” de las garantías de los trabajadores, además de querer recortar también el “costo” de las “garantías” de los “delincuentes”. Así llegamos a las cárceles hacinadas y degradantes (incapaces de toda “resocialización”) que hoy tenemos.

Sorprende incluso que en pleno siglo XXI nuestra constitución (que habla de cárceles sanas y limpias...) siga hablando de “reos”. Son personas. En el siglo XXI la constitución argentina no puede seguir empleando esa palabra. Ese concepto. Son personas (no “reos” como los presos encadenados que cortaban árboles en el sur, los tocones cubiertos de nieve en Usuahia) con derechos, como todo ciudadano. No hay “menos” derechos para quienes delinquen. Y sobre todo para quienes delinquen desde la vulneración previa y constante de una larga lista de derechos y garantías “costosos”. Nuestras cárceles están mayormente ocupadas por pobres. Esto nos indica algo. Algo importante, que no queremos nombrar. Como son espacios para los pobres, es que precisamente se encuentran en estado de inhumanidad, degradación, y olvido. Es una hipocresía seguir hablando de “resocialización” en cárceles así. (Cierta periodismo ha llegado a hablar de “muertes ecológicas”, muertes que le harían “bien” al “ecosistema” luego de trágicos -pero no por eso accidentales- motines, como el dramático motín de Altamira en Brasil, Carandirú no es un “accidente”, es algo más que una “tragedia”, es una forma poco discreta de amontonar y abandonar -neutralizar, y dejar morir- personas, para que se “pudran”, como se escucha muchas veces, en la cárcel). Para colmo la mitad de los encerrados están presos violando la constitución, sin condena, esperando el juicio. En prisión “preventiva”. Es tan grave lo que sucede, que resulta sorprendente que cualquiera que alce la voz para decirlo, en seguida se lo acuse de “garantista”. “Garantista” por decir una obviedad. También parece

curioso que en países como el nuestro, o países hermanos, lacerados por el hambre y la desigualdad, con millones de chicos revolviendo la basura para vivir, se diga que en estos países el problema en realidad son las “garantías” “excesivas”, el “exceso” de “derechos humanos”, el exceso de “garantismo”. Es exactamente al revés: el problema grave, serio, que tenemos, es la absoluta falta de derechos. La absoluta falta de “garantías”.

El anti-garantismo ha avanzado tanto en los medios -no solo argentinos- de comunicación, (se normaliza como nuevo sentido común, aun cuando es inconstitucional, por eso los jueces no garantistas -que se pretenden independientes- son, a su vez, “no positivistas”) que el garantismo parece arrinconado hoy en una discusión de “forma”: la defensa del debido proceso. Es -o parece- la última bandera. El último resquicio que queda en un mundo (el mundo donde el “garantismo” -y no el hambre- es un “problema”, donde las garantías -y no los chicos que revuelven la basura para vivir- son un “problema” o un “exceso”, y no los miles de seres desahuciados que se ahogan cada año en el océano buscando una vida menos cruenta), que detiene y persigue activistas que dejan agua en un desierto o una frazada como si fueran, por ese acto básico, peligrosos criminales... Sin embargo, es menester devolver al garantismo, como hemos dicho, a la discusión grande, a la discusión de fondo, sobre la importancia de defender todas las garantías, no solo las procesales, obvias y básicas (en cualquier república sería), sino también las garantías sociales, educativas, alimentarias, laborales, humanas en sentido pleno. El garantismo no es solo una acotada filosofía procesal, como parece hoy muchas veces (en parte debido a que el anti garantismo ha avanzado mucho, se han avasallado tantos derechos, que al garantismo le queda solo ese último y acotado margen: el debido proceso, porque es lo último que queda en pie frente al auge del derecho penal del enemigo, que es un derecho pre liberal de autor, y no de acto, donde las personas son encerradas, acusadas y perseguidas por lo que “son”, y no por lo que hacen, y lo que son o representan en la sociedad no lo deciden ya los jueces en un proceso con garantías legales, de allí la importancia de defender, ante este retroceso institucional severo, el debido proceso, como última trincherita de “justicia” y de garantías constitucionales, como último resquicio del Estado de Derecho moderno, sin que por defender esta verdad

de perogrullo, este ABC, uno se convierta en un “garantista”). Es una teoría igualitaria del Estado y un proyecto (o segunda ola) constitucional. El garantismo es mucho más que un enfoque sobre las garantías procesales. Es un proyecto constitucional igualitario, que trasciende –y por mucho– la mirada penal. Por eso desconfía de la respuesta punitiva. Porque entiende que no hay respuestas punitivas para severos conflictos sociales. La exclusión y el subdesarrollo no se solucionan recortando garantías.

Es menester, en definitiva, sacar al “garantismo” de la acotada discusión procesal donde el anti garantismo (que es una rémora del Proceso) parece haberlo (o habernos) arrinconado.



NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

JOAQUÍN BADOZA

LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

BREVES NOTAS A PARTIR DEL LIBRO
TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN
ADMINISTRATIVA DE ANDRÉS ASCÁRATE

JOAQUÍN BADOZA¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

1. INTRODUCCIÓN

La publicación de la reciente obra de Andrés Ascárate, *La tipificación de la infracción administrativa*², importa un trascendente hito para penalistas, administrativistas y constitucionalistas que se interesen en el contenido y límites que definen a la potestad punitiva estatal, en sus distintas variantes y vertientes.

La novedad y los alcances de esta obra se motivan y se desarrollan contra el complejo escenario jurídico en nuestro ámbito nacional actual, en el cual –en palabras del autor– “*resulta extremadamente difícil, cuando no imposible, sostener con autoridad qué es una infracción administrativa en el ordenamiento jurídico argentino. Lejos de existir una definición unánime y coherente, se constata este conjunto*

¹ Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Penal (UTDT) y en Derechos Humanos (CLACSO). Maestrando en sociología jurídica (UNLP). Doctorando en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL). Mail de contacto: joaquinbadoza@gmail.com

² ASCÁRATE, Andrés: *La tipificación de la infracción administrativa*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019.

heterogéneo de manifestaciones punitivas receptado en regímenes jurídicos dispersos, agravado por una notoria anarquía terminológica y jurisprudencial” (p. 2).

De esta forma, la obra de este joven y prometedor administrativista (cuya bienvenida al campo del derecho penal es imprescindible) asume entre sus principales objetivos analizar, concretizar y limitar el complejo proceso de tipificación de la infracción administrativa, el cual en sus propios términos se desarrolla en dos aspectos distintos pero íntimamente ligados: en primer lugar *“tipificar conceptualmente [a la infracción administrativa] como un instituto autónomo dentro del ordenamiento jurídico argentino”* y en segundo lugar *“estudiar el fenómeno que exige que cada infracción administrativa se corresponda con un tipo de fuente legislativa”* (p. 3).

Sin lugar a duda la intención de *“contribuir a dar claridad y precisión sobre la actividad que despliega la Administración diariamente al imponer sanciones en su dimensión sustantiva”* (p. 3) se demuestra como un ambicioso desafío que, como se señalará a lo largo de este trabajo, encuentra su correlato en un puntilloso y detallado desarrollo que incentivará nuevos debates entre los operadores jurídicos interesados en el derecho público. Este amplio horizonte epistemológico no es un punto menor, ya que la formación especializada en el ámbito del derecho administrativo de la cual proviene su autor puede llevar a la confusión de encorsetar a esta obra dentro del campo del derecho administrativo, limitación que se revela desde sus primeros capítulos como impropia e insuficiente para una obra de estas características.

En tal sentido, lejos de adentrarse en cuestiones propias y excluyentes del campo administrativo, la obra aquí reseñada excede esos límites e incursiona en las indefinidas y difusas aguas del derecho administrativo sancionador, disciplina poco desarrollada en nuestras latitudes –lo que también adiciona a esta obra el carácter de original y singular–.

Sin ánimos de adelantarnos, también será parte de este trabajo resaltar y analizar críticamente las tesis que Ascárate desarrolla, las cuales se traducen en novedosos planteos que la academia enfocada al derecho público no puede ignorar bajo riesgo de legitimar la arbitrariedad y la inconstitucionalidad que tiñe grandes sectores del actuar

sancionador de la Administración, tal y como ilustra hábilmente Ascárate a lo largo de su obra.

2. LA OBRA

El libro aquí reseñado se estructura en una introducción, once capítulos y las conclusiones, desarrollados con claridad y con una cómoda y razonable extensión: *I. Nociones filosóficas y metodológicas. II. El debate sobre el delito y la infracción. III. Nociones de Derecho Comparado. IV. Mapa de las sanciones en el derecho argentino. V. Noción de la infracción administrativa en el derecho argentino. VI. El principio de legalidad y las infracciones administrativas. VII. Tipicidad penal y lex certa. VIII. La tipificación administrativa: el tipo infraccional. IX. Reserva de ley e infracciones administrativas. La cuestión de la interpretación. X. Taxatividad y determinación de la infracción administrativa. XI. Certeza e infracción administrativa.*

Este libro que está destinado por su notable desarrollo a trascender la coyuntura, como señala el prologuista supremo Rosatti, centra sus esfuerzos en la búsqueda de la definición y el régimen jurídico aplicable a las sanciones impuestas por la Administración, como se indicó previamente. Pero, para llevar adelante tal empresa el autor realiza valiosas e indispensables distinciones y clasificaciones no solo entre las distintas e insondables sanciones que impone la administración –incluyendo su diferenciado régimen legal aplicable y fuente legislativa– sino que también realiza distinciones con las otras manifestaciones punitivas del Estado, como lo es en el caso de las sanciones penales –*strictu sensu* penas– y los principios clásicos desarrollados por la dogmática penal.

Sin realizar indebidos avances sobre los planteos centrales del libro, cuyo pormenorizado estudio se recomienda enérgicamente al lector, corresponde aquí señalar someramente los postulados con los que Ascárate abre una nueva vía académica esencialmente crítica, que corresponde profundizar y problematizar en aras de producir nuevas tesis jurídicas que puedan traducirse en nuevas y claras garantías para los administrados. En definitiva, es éste el objetivo que también asume Ascárate en su libro: esclarecer y batallar con los truculentos y poderosos tentáculos con los que la administración atrapa a los administrados, cristalizando sus inconsistencias, tensiones y contradicciones.

En el capítulo primero (*“Nociones filosóficas y metodológicas”*) Ascárate aborda las primordiales premisas sobre las que estructurará sus posteriores conclusiones. Sentando las bases elementales desde las que realizará sus análisis, Ascárate explicita las notas distintivas –que en muchos casos se traducen en dificultades– del derecho administrativo que marcarán indefectiblemente cualquier estudio e investigación que se emprenda sobre la infracción administrativa.

Mientras cataloga la esencialidad del debate en torno a la naturaleza jurídica de la infracción administrativa –cuestión esencial a la hora de hablar de infracciones sancionadas por la administración, ya que de allí derivarán el régimen y principios jurídicos aplicables a estos fenómenos–, el autor introduce una novedad derivada de sus conocimientos filosóficos al analizar las intersecciones de aquella con la(s) ontología jurídica(s) y la analogía (método de razonamiento jurídico). De estas precisiones el autor deriva que es posible superar las tensiones que se suscitan en la conflictiva dialéctica integrada por la ontología y el funcionalismo: mientras la primera se enfoca en *“la descripción de los institutos jurídicos para desentrañar su naturaleza o esencia”*, en la segunda *“prima una finalidad eminentemente práctica”* (p. 5).

Para tal fin, el autor se hace tres cuestionamientos centrales: en primer lugar corresponde responder si es posible hablar de esencias jurídicas; en segundo lugar corresponde averiguar si es función del jurista *descubrir* tales esencias o si por el contrario éste debe *construir* estructuras conceptuales que puedan ser utilizadas para fines prácticos; y finalmente, si dichas esencias tienen su correlato y se fundamentan a partir de una *realidad material y tangible*, con una *realidad formal* o con una *realidad meramente ideal o conceptual* (p.17).

El autor plantea soluciones a ese intrincado y bifurcado panorama, por ejemplo al señalar que el jurista debe interesarse por *“salir en busca de una realidad más o menos determinada”* asumiendo, como consecuencia lógica que *“esa realidad existe por sí misma fuera del individuo y que la interpretación de su significado tiene un límite por fuera del sujeto”* (p. 18). Sin embargo, el autor rápidamente advierte que la observación de dicha realidad es siempre subjetiva y por lo tanto incluye el discernimiento de valores, lo que implica que la interpretación muchas veces involucra un componente *creativo*. De esta forma Ascárate concluye que *“que en la aproximación del jurista a la realidad*

coexisten dos aspectos compatibles: una búsqueda ontológica, es decir, del ser de ciertos fenómenos que se le presentan; y una concomitante construcción, cultural, normativa y lingüística de la cual él también es parte” (p. 19).

Finalmente, no puede pasarse por alto que en este capítulo el autor valoriza y jerarquiza positivamente el pensamiento tópico como técnica del pensamiento problemático. Con remisión expresa a la obra *Tópica y jurisprudencia* del autor alemán Theodor Viehweg, Ascárate destaca que en este modo de pensamiento el acento recae sobre las premisas más que en las conclusiones, lo que resultará positivo para el estudio de la infracción administrativa según la perspectiva con la que encara Ascárate el resto de su obra. Es central la lógica que el autor expone en este punto, ya que como Puppe señala, la tópica se basa en un “...pensamiento problemático en lugar de un pensamiento sistemático...”, es decir, que tópico es aquello “...que no es una derivación exactamente lógica...”³. Esta original forma de afrontar la cuestión relativa a la infracción administrativa y sus confusos laberintos tendrá positivos efectos en las posteriores discusiones y conclusiones que desarrolla Ascárate. De esta forma, este capítulo se demuestra como la base sobre la cual Ascárate desarrollará sus construcciones jurídicas, por lo que es recomendada la atenta lectura de este.

En el segundo capítulo (“*El debate sobre el delito y la infracción*”), Ascárate se centra en el repaso de la discusión ontológica sobre la infracción administrativa a la que el autor contrapone una original solución a través de su valorización de la tópica del derecho en tanto ésta, como se dijo, presta atención a los interrogantes que buscan resolver los clásicos autores más que a las respuestas que éstos ofrecen, lo que le permite a Ascárate, como diría el conocido refrán, *separar la paja del trigo*.

Asimismo, el autor busca en este capítulo definir y encorsetar las singularidades que le son propias a la infracción administrativa, haciendo visible esos caracteres distintivos que la definen para determinar qué es lo más propio de este instituto. La esencialidad de la

³ PUPPE, Ingeborg: *Del naturalismo al normativismo, de la sistémica a la tópica*, Revista en Ciencias Penales y Criminológicas, Número 3, abril 2020.

infracción administrativa, señala Ascárate, no se derivará solamente del bien jurídico protegido (problemática definición que se analizará críticamente en el punto de *Reflexiones*) sino que también lo hará a partir de elementos formales propios del régimen jurídico positivo (sujetos, penas, procedimientos).

La primera cuestión en la que Ascárate se enfoca es en *cuándo* el ordenamiento jurídico califica o debería calificar un ilícito como infracción administrativa. Aunque es una pregunta que se centra en asuntos de política legislativa, lo que puede interpretarse como una zona anárquica en la que no rige principio alguno, Ascárate advierte que el quid problemático de esa cuestión es justamente los límites –que deben existir– a los que se tiene que atener el legislador a la hora de criminalizar una conducta a través de las distintas variables posibles (ya sea la propiamente penal o mediante la vía de la infracción administrativa), lo que coincide con el resurgimiento de interesantes teorías penales que buscan limitar al legislador a la hora de criminalizar penalmente conductas⁴. Esos límites, esclarece Ascárate, deben derivarse desde el Estado Constitucional de Derecho donde necesariamente prima la división de poderes y la protección de derechos fundamentales. Al mismo tiempo, señala que existen principios elementales de proporcionalidad frente al bien jurídico protegido que condicionan al legislador, obligándolo a encauzar la sanción de leyes dentro de marcos razonables, tesis que, en nuestra opinión, posee algunas imprecisiones técnicas que se desarrollaran en el apartado *Reflexiones*.

Por su parte, en el capítulo 3 (“*Nociones de Derecho Comparado*”) se estudia el régimen jurídico comparado en relación con la infracción administrativa, demostrando que es poco efectivo importar pasivamente debates y definiciones de otros países en los que los regímenes positivos son sustancialmente distintos. Como Ascárate define en sus primeros capítulos, la infracción administrativa, según su tesis, debe

⁴ En tal sentido, ver HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona 2007; HUSAK, Douglas: *Overcriminalization*, Oxford: Oxford University Press, 2007; SILVA SANCHEZ, Jesús-María: *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.

ser definida basándose en gran medida en el régimen jurídico que la regula —y que al mismo tiempo la moldea—, de lo que se desprende que la definición de la infracción administrativa ineludiblemente cambiará según el país y la estructura normativa que encolumna los extremos propios de la misma. Específicamente, analiza los países que regulan constitucionalmente a la infracción administrativa como España (cuna del desarrollo del derecho administrativo sancionador) y otros que la regulan de forma legislativa infraconstitucional (Gran Bretaña, Italia o Alemania) que fijan elementos definitorios de las infracciones y sus regímenes generales.

Los estudios de derecho comparado sobre esta cuestión son estudiados por Ascárate de forma contundente pero superficial, ya que, como se dijo, de la naturaleza de su obra se desprende que justamente las nociones de derecho comparado pueden servir para orientar la discusión, pero están imposibilitadas para ofrecer respuestas esenciales y definitorias respecto de la discusión de la naturaleza de la infracción administrativa, la que según Ascárate se define en gran esencia debido al régimen jurídico que la engloba. Por ello, cualquier persona curiosa que quiera profundizar la cuestión del derecho administrativo sancionador en el plano de derecho comparado deberá obligatoriamente recurrir a la pionera obra de Heinz Mattes *“Problemas de derecho penal administrativo”*⁵, la cual, como se desprende del libro aquí comentado, fue profundamente estudiada por Ascárate.

En el capítulo cuatro (*“Mapa de las sanciones en el derecho argentino”*) Ascárate desarrolla un impecable trabajo clasificatorio consistente en *“...sistematizar sin pretensiones de exhaustividad esas manifestaciones punitivas que surgen del ordenamiento jurídico argentino, asignando un nombre diferente a cada una de ellas...”* (p. 63). Tal clasificación la realiza partiendo desde los sujetos de la sanción, los cuales son, por un lado, el sujeto activo representado por el Estado en un sentido general y abarcativo de todas las manifestaciones de éste; y por otro lado, el sujeto pasivo que *“...no responde a una cualidad intrínseca que este posee sino a su relación de cercanía o distancia con*

⁵ MATTES, Heinz: *Problemas de derecho penal administrativo*, Edersa, Madrid, 1979.

el Estado..." (p. 65). De esta forma Ascárate comienza a esbozar su distintiva postura sobre la relevancia de la noción de sujeción especial dentro del fenómeno punitivo de la administración.

Consciente de las controversias y discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que encendió la doctrina de las relaciones de especial sujeción, fundamentalmente a partir de su viciado origen signado por arbitrarios abusos, Ascárate se encarga en reiteradas ocasiones de señalar que, con un adecuado desarrollo, esta doctrina tiene un gran potencial para explicar una enorme y variada cantidad de fenómenos y situaciones que se dan la práctica diaria. En sus propias palabras Ascárate afirma que *"no podemos criticar una doctrina que demuestra el funcionamiento de las relaciones iusadministrativas por el abuso que de ella hagan los juristas y/o funcionarios"* (p. 76). De esta forma, con constantes advertencias de que las relaciones de especial sujeción no excluyen la vigencia de principios constitucionales, en especial del principio de legalidad, Ascárate avanza en su original clasificación de las sanciones en el derecho argentino.

Además de estudiar el caso específico del empleo público, en este capítulo se encarga de articular y conectar su entendimiento sobre las relaciones de especial sujeción en el marco del derecho administrativo sancionador. De esta forma, encuentra en la doctrina de estas especiales relaciones de sujeción una forma de matizar y graduar la aplicación y vigencia del principio de legalidad según las distintas relaciones que pueden existir entre la Administración y los administrados, concluyendo en que pueden distinguirse tres tipos de sanciones dependiendo de la intensidad de la sujeción. En su propia terminología y conectada a una sólida base de conocimientos prácticos y ejemplos normativos, Ascárate las define como *sanciones de mayor sujeción o "internas", sanciones intermedias y sanciones externas o de "nula sujeción"* (p. 81). Fundamentalmente importante y trascendentes son los esquemas y cuadros con los que Ascárate ilustra sus profundas y esquemáticas ideas.

Seguidamente, el quinto capítulo (*Noción de infracción administrativa en el derecho argentino*), el profesor Ascárate se embarca en la búsqueda de la singularidad de las infracciones administrativas. Entendiendo como central a fuerte presencia de la administración, Ascárate en este capítulo estudia con mayor detenimiento aquellas sanciones graduadas por la intensidad de la sujeción de la relación

administración-administrado, al mismo tiempo que desarrolla su propia definición de Infracción Administrativa, la cual entiende como *“aquellos ilícitos sancionados con finalidad represiva por la Administración nacional, u otros órganos nacionales o entes públicos no estatales nacionales en ejercicio de función administrativa”* (p. 90).

Luego de haber definido en los primeros capítulos las principales controversias respecto de la infracción administrativa, de haber definido la misma y de haber ilustrado un mapa de sanciones en el derecho argentino, entre los capítulos 6 y 11 Ascárate se centra y se sumerge profundamente en las conexiones entre el principio de legalidad, el proceso de tipificación y las notas distintivas de éstos dentro del mundo del derecho administrativo sancionador.

Con una inobjetable rigurosidad académica, Ascárate desarrolla y reflexiona sobre el principio de legalidad y las infracciones administrativas, estudiando las particularidades del principio de legalidad penal y como éste puede transpolarse al ámbito del derecho administrativo sancionador. Para ello, estudia desde casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta el origen de la tipicidad penal, pasando por el estudio de las controvertidas leyes penales en blanco y la cuestión de la interpretación en el marco de la normativa punitiva.

Particularmente ocupa los finales capítulos la revisión y postulación de distintos estándares de taxatividad y previsibilidad que Ascárate desarrolla a los fines de intentar de limitar la, en muchas ocasiones, desbocada y arbitraria potestad sancionatoria de la Administración.

3. REFLEXIONES

Habiendo realizado un pormenorizado pero superficial repaso de las principales ideas expuestas por el esquemático y minucioso trabajo de Ascárate, corresponde ahora reflexionar sobre algunas de las ideas que el autor desarrolla. Como se dijo y como se desprende de la obra en su conjunto, es innegable la enorme potencia crítica que ciñe la visión de Ascárate: en ningún momento la obra pretende avalar los descabros de la praxis jurídica de nuestro país respecto de la anarquía legislativa y jurisprudencial respecto de las infracciones administrativas, sino que por el contrario contrasta y enfrenta a la misma a partir y desde los valores receptados y protegidos por la Constitución Nacional.

En tal sentido, el autor no vacila al momento de poner en crisis muchas de las grises zonas que tiñen al campo del derecho administrativo sancionador en nuestro país, lo que no deja de traducirse en una constante y cada vez más amplia potestad sancionatoria de la Administración, la cual es ejercida dentro de límites difusos y confusos, lo que prepara el terreno para enormes e inaceptables arbitrariedades que padecen los administrados. En tal sentido, las finas y elaboradas críticas de Ascárate inauguran un nuevo episodio en el estudio del derecho administrativo sancionador de nuestro país, motivo más que suficiente para que sus observaciones y reflexiones sean profundizadas, y, cuando sea necesario, someter a éstas a refinaciones y precisiones.

Es por ello por lo que aquí se tomarán algunas de las ideas que Ascárate desarrolla y que, a nuestro criterio, pueden ser objeto de estudios pormenorizados que tiendan a precisar y afianzar las vías críticas a las que el autor nos invita a participar a lo largo de su obra. Cabe aclarar, previo a realizar estas observaciones, que las reflexiones aquí expuestas no intentan en modo alguno desfavorecer el trabajo de Ascárate; en ese sentido, las reflexiones que siguen se realizan desde y a partir del libro de Ascárate y no contra éste, ya que entendemos que por la naturaleza propia de la obra ésta no puede abarcar con exhaustividad todos los temas que allí se tratan. Es, entonces, necesario continuar por los críticos caminos que Ascárate inauguró.

3.1. La Infracción Administrativa y el bien jurídico lesionado

Como se señaló en el apartado número dos, el bien jurídico en tanto categoría conceptual ocupa un lugar central en la obra de Ascárate, no tanto por el desarrollo que éste hace de aquel sino más bien por la utilidad que adjudica al bien jurídico a la hora de definir esencialmente qué es una infracción administrativa.

Con inobjetable acierto señala Ascárate que “...*la definición de infracción administrativa deberá componerse tanto de elementos propios del bien jurídico como de normas positivas...*” (p. 45). Partiendo desde la revalorización que el autor hace del pensamiento tópico, Ascárate encara la cuestión de la infracción administrativa y su definición desde una perspectiva realista que conjuga a la valoración que el legislador

realiza al momento de criminalizar una conducta a la luz de la potestad sancionatoria de la administración con el régimen jurídico vigente.

Con el pragmatismo distintivo que se percibe a lo largo de todo el libro, Ascárate cree que es confuso o innecesario discutir respecto de la *naturaleza propia* de la infracción administrativa sin tener en cuenta que ésta, en gran medida, es tal a partir del régimen jurídico y de las normas positivas que la sustentan. Eludiendo así el debate sobre características ónticas propias de la infracción administrativa, el autor sostiene -a nuestro entender con gran acierto- que a la infracción administrativa la definen tanto el bien jurídico lesionado del tipo infraccional específico como la regulación que el ordenamiento jurídico hace sobre aquella. En tal sentido, es destacable que las tesis de Ascárate estén estructuralmente teñidas e influenciadas por un fuerte realismo y pragmatismo. Es por ello por lo que nosotros adherimos a esa postura y entendemos que es importante que siempre tengamos presente que el jurista no crea la realidad, sino que solo crea fenómenos jurídicos -en su mayoría ficciones- que pueden tener más o menos correlación con fenómenos que se den en la realidad concreta, supranormativa.

Con toda razón el autor escapa del antológico debate sobre la naturaleza jurídica de la infracción administrativa para enseñarnos que la definición de ésta en gran medida estará compuesta por el ordenamiento jurídico vigente del país que se estudie, llegando a la conclusión de que no existe la así llamada "*infracción administrativa natural*", sino que éstas siempre serán resultado y producción de un ordenamiento jurídico específico.

Ahora bien, hasta aquí la postura de Ascárate es, a nuestro entender, contundentemente correcta y valiosa en tanto exime al jurista de debates innecesarios respecto de la existencia prejurídica de la infracción administrativa. No hay dudas de que la postura de Ascárate, que compartimos plenamente, subsume a la infracción administrativa a una creación jurídica por parte del ordenamiento legal vigente.

Pero esta subsunción de la definición de la infracción administrativa al ordenamiento jurídico vigente Ascárate la conjuga con los "*elementos propios de los bienes jurídicos protegidos*" al "*conjunto de principios, leyes y disposiciones que formaliza esa protección*" (p. 188). Aquí encontramos en la postura de Ascárate un punto que creemos

que merece ser estudiado en profundidad, advirtiéndole que es más propio de las discusiones que se dan dentro de la dogmática penal pero que, como señalaremos, creemos que puede realizar grandes aportes a la doctrina sobre la(s) infracción(es) administrativa(s).

En tal sentido, es necesario señalar, aunque sea de forma extremadamente breve, que en la dogmática penal es usual hacer referencia a la categoría del *bien jurídico lesionado* como presupuesto típico indispensable para la habilitación legítima de poder punitivo⁶. Esta construcción, que se remonta a las construcciones teóricas de los penalistas liberales, y que en nuestro ordenamiento jurídico puede ser derivada sin mayores esfuerzos del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional⁷, exige que cada tipo penal prevea una afectación -ya sea por daño o peligro concreto- a un bien jurídico específico -individual o colectivo-. De esta forma, esta construcción dogmática evita la habilitación legítima de poder punitivo en aquellos casos donde no existe un conflicto lesivo concreto, evitando así que el Estado se entrometa punitivamente en aquellas cuestiones en las que no hay un daño específico a terceros, lo que a su vez tiene una conexión directa con el *harm principle* anglosajón⁸.

Es, en síntesis, una exigencia liberal básica que se hace eco de muchísimas criminalizaciones que existieron -y existen- y que no se basan en conductas lesivas⁹; es, de esta forma, que los Estados inaceptablemente

⁶ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR: *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 128.

⁷ Sobre la historia del artículo 19 de la Constitución Nacional ver, SAMPAY, Arturo: *La filosofía jurídica del art. 19 de la C.N.*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975.

⁸ Para un mayor y detenido análisis sobre el *harm principle* en la tradición anglosajona, ver EDWARDS, James, *HARM PRINCIPLE*, Legal Theory, 20, 2014, pp 253-285 y PERSAK, Nina, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its limits and Continental Counterparts*, Springer, NY, 2007.

⁹ El punto álgido de criminalizaciones que confundieron al derecho con la moral y devinieron en incontables muertes se dio en las tristemente célebres guerras de religión. Es, luego de éstas, que los filósofos liberales desarrollaron y postularon a la lesividad como un elemento indispensable a la hora de hablar de criminalizaciones. Sobre las guerras de religiones, ver, LE ROUX, Nicolás: *Las guerras de religión*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

amplían su potestad punitiva a supuestos en los que no existe *lesividad* alguna sino simplemente conductas o personalidades que se consideran dañosas para nebulosas concepciones como las de la *moral pública*. Sin ánimos de ser aquí exhaustivos, es dable de recordar que el poder punitivo estatal siempre se inclinó a perseguir a personas *por lo que son* más que *por lo que hacen*, consagrando así autoritarios *derechos penales de autores*, lo que entra en franca contradicción con el artículo 19 de nuestra constitución, que, como se dijo, consagra al menos dos grandes principios para la potestad punitiva estatal: *el principio constitucional de acto y el principio constitucional de lesividad*¹⁰. Es por ello que el *bien jurídico* como elemento de medición de esa *lesividad* constitucionalmente exigida a las intromisiones punitivas adquiere un rol central en aquellas construcciones dogmáticas que sean conscientes de la historia de arbitrariedades y desbandes que caracterizan al poder punitivo de los Estados, que, sin limitaciones que lo contengan, pueden derivar en genocidios¹¹.

Habiendo señalado de forma extremadamente sumaria el rol central que el bien jurídico posee en aquellas corrientes doctrinarias que intentan limitar el poder represivo del Estado, corresponde ahora adentrarse a la conexión que ello tiene con el derecho administrativo sancionador y con las tesis que desarrollo Ascárate en el libro aquí reseñado.

Ascárate hace un uso recurrente del concepto de bien jurídico eludiendo, con prudencia, el enorme debate que se suscita a partir de la definición y la utilidad que posee esta categoría la categoría dentro de la dogmática penal en tanto concepto limitante del poder punitivo estatal. Sin comprometerse en una definición precisa sobre el bien jurídico, Ascárate evita inmiscuirse en una cuestión que requeriría de

¹⁰ Sobre el principio constitucional de acto y su relevancia dentro del derecho penal ver MAGARIÑOS, Mario: *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008.

¹¹ Sobre el detalle de la relación entre el principio constitucional de lesividad y la categoría del *bien jurídico lesionado* ver la bibliografía citada en nuestro previo trabajo introductorio, BADOZA, Joaquín: *El principio constitucional de lesividad y el bien jurídico: una relación esencial para la dogmática penal*, Revista de Derecho Penal y Criminología, DPyC, La Ley, octubre 2018, pp. 54-71.

una profunda e intensa investigación que desviaría sin lugar a duda el objeto principal de su obra. En efecto, como señalamos previamente, corresponde aquí tomar a la obra de Ascárate como punto de partida de nuevas discusiones, lo que de ningún modo puede entenderse como una deficiencia de la obra aquí reseñada. Son, entonces, preguntas que nos realizamos a partir de la obra de Ascárate y no preguntas contra ésta.

Son, en su mayoría, preguntas cuyas respuestas no pueden exigírsele al autor dado los límites claros y precisos en los que desarrolló su obra; aunque sin perjuicio de ello, estas preguntas deben realizarse y deben discutirse a los fines de profundizar la teoría que Ascárate desarrolla en su obra.

Volviendo al punto en cuestión, la obra aquí comentada evita comprometerse con una definición exacta y precisa sobre el bien jurídico, haciendo solo una remisión genérica a éste. En tal sentido, el enorme debate que existe sobre el bien jurídico dentro de la dogmática penal permanece invisible en la obra de Ascárate y es por lo que corresponde preguntarse: ¿Cómo afectan los distintos conceptos y concepciones existentes sobre el bien jurídico a la noción de la infracción administrativa? ¿Es, en definitiva, un debate propio de la dogmática penal que nada tiene que aportar a la disciplina del derecho administrativo sancionador, o, por el contrario, constituye un problemático punto cuyo estudio no puede ser evitado?

Sin ánimos de responder exhaustivamente esta pregunta, lo que requeriría de una investigación profunda y específica sobre el tema, creemos que los distintos conceptos existentes sobre el bien jurídico¹² necesariamente impactarían sobre los desarrollos del derecho administrativo sancionador. De esta forma, la corriente dogmática penal que se asienta sobre el funcionalismo sistémico y que critica e impugna la noción misma del bien jurídico¹³ no tendrá los mismos efectos sobre

¹² Sobre el estudio pormenorizado de la categoría jurídica de bien jurídico es indispensable el estudio de POLAINO NAVARRETE, Miguel: *El bien jurídico en el derecho penal*, Universidad de Sevilla, 1974. También ver ZAFFARONI, Raúl: *Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones*, en Libro homenaje al Profesor José Hurtado Pozo, Lima, 2012.

¹³ JAKOBS, Gunther: *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, trad. De Manuel Cancio Meliá, Ediciones Jurídicas Cuyo,

la definición de infracción administrativa que la concepción sobre bien jurídico que realiza Zaffaroni al definir a éste como una relación de disponibilidad entre un sujeto (individual o colectivo) y un objeto¹⁴.

Al respecto, cabe destacar que los intensos y arduos debates que se dieron alrededor de la definición del bien jurídico tienen como eje central la utilidad que éste puede prestar a los fines de limitar el poder punitivo estatal, lo que se demuestra central para la teoría que desarrolla Ascárate en tanto éste también busca con su obra limitar y encauzar al accionar sancionador de la administración dentro de los márgenes constitucionales. Creemos, entonces, que cualquier teoría sobre la infracción administrativa que se desarrolle sobre la premisa central de limitar el accionar muchas veces arbitrario de la Administración y del poder punitivo en general debe definir precisamente los contornos conceptuales que la categoría dogmática del bien jurídico exige para cumplir tal función limitadora. Es, entonces, necesario que la doctrina establezca una definición más o menos precisa sobre el bien jurídico, lo que permitirá realizar un análisis preciso y minucioso sobre como esa definición impactara en las distintas teorías jurídicas¹⁵.

Si la categoría del *bien jurídico lesionado* puede transpolarse sin más a la teoría sobre el derecho administrativo sancionador es otro interrogante que necesariamente debe discutirse; es, por un lado, innegable que para que se despliegue la potestad sancionatoria de la Administración ésta debe tener como presupuesto imprescindible la existencia de una conducta *lesiva* por parte del administrado. Aunque por otro lado, y sin perjuicio de ello, tampoco puede exigirse que la Administración paralice todos sus mecanismos sancionadores a la espera de que se pongan en marcha cursos que puedan lesionar o

Mendoza, 2001, pp. 53-56; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 56-60.

¹⁴ Zaffaroni define a los bienes jurídicos como entes que constituyen “*relaciones de los individuos con los objetos; el bien jurídico es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, en cuya conservación está interesado el Estado, relevando su interés mediante la tipificación de conductas que la afectan...*”, ZAFFARONI, *Teoría del delito*, EDIAR, Buenos Aires, p. 224.

¹⁵ Como ejemplo de esto ver la monumental obra de FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Bien jurídico y sistema del delito*, BdeF, Buenos Aires, 2004.

poner en peligro efectivamente a bienes jurídicos, lo que se demuestra como profundamente problemático dado el carácter propio de la dinámica administrativa según la cual, con una acertada intervención, puede frenar esos cursos incluso antes de que se materialice un peligro concreto para bienes jurídicos. El alcance y la exigencia de la *lesividad* en el derecho administrativo sancionador es aún una incógnita que no ha sido estudiada en profundidad, más allá de algunas posiciones que establecen que la intensidad de ese principio debe ser en el derecho administrativo sancionador igual que lo es en el derecho penal¹⁶. Es por ello, necesario, que administrativistas y penalistas aúnen esfuerzos en tal dirección.

Ahora bien, habiendo señalado el primer interrogante que la obra de Ascárate nos deja, éste es, la necesidad de una definición precisa de bien jurídico corresponde pasar entonces a precisar la noción del *bien jurídico protegido* que en reiteradas ocasiones utiliza Ascárate.

La cuestión relativa a la intentada tutela o protección de bienes jurídicos por parte del derecho penal es defendida por muchos cate-dráticos en la materia¹⁷, estableciendo a está como la finalidad que debe perseguir el derecho penal¹⁸. En tal sentido, Ascárate parece adscribir-se a esta corriente al adjudicar al derecho administrativo sancionador la función de tutelar bienes a través de la tipificación de conductas. Creemos que esta definición es tan bienintencionada como imprecisa e irreal y representa quizás uno de los errores más arrastrados y repetidos dentro de la dogmática penal, por lo que evitar que dicha equivocación se traslade al campo del derecho administrativo sancionador es lo que impulsa estas reflexiones.

Por ello, como se dijo previamente, muchas investigaciones y construcciones dogmáticas se han realizado en torno al *bien jurídico*

¹⁶ CASERMEIRO, Pablo: *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*, Tirant, Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 169-187.

¹⁷ La férrea defensa de este principio puede vislumbrarse con claridad en las obras de ROXIN. ROXIN, Claus: *Dogmática penal y política criminal*, trad. De Manuel A. Abanto Vázquez, IDEMSA, Lima, 1998.

¹⁸ Para mayores precisiones, CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth: *“La tutela penal de bienes jurídicos”*, Universidad Veracruzana, México, 2006, pp. 32-39.

lesionado como categoría indispensable para la habilitación legítima del poder punitivo estatal, principalmente derivando a ésta del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional. En lo que aquí importa, entonces, corresponde transpolar al derecho administrativo sancionador algunas de las conclusiones que en el ámbito del derecho penal se realizaron al respecto, tanto para limitar al poder punitivo de la administración como para así también efectuar nuevos disparadores e interrogantes que permitan avanzar en sendos caminos críticos del ordenamiento vigente actual.

Pues bien, creemos que la noción de *bien jurídico tutelado* de la que se hace eco Ascárate implica intrínsecamente una contradicción lógica insalvable, que es un tanto redundante: un bien jurídico -cualquiera sea su definición- importa que el mismo es merecedor de una protección jurídica (dada por todo el ordenamiento jurídico), por lo que necesariamente cuando hablamos de bien jurídico estamos hablando de un ente que está siendo protegido por el derecho en su totalidad. Dicho de forma más clara: es completamente contradictorio pensar en la idea de un bien jurídico no tutelado por el derecho. Si ese fue ese el caso, dicho ente no sería un bien jurídico. Se extrae así, de la simple enunciación de “bien jurídico”, que la misma implica una tutela o protección jurídica. Es el ordenamiento jurídico en general la que da diseño y crea bienes jurídicos, llegando a la legislación sancionatoria en sus distintos niveles como bienes ya tutelados jurídicamente. Es por ello que hacer referencia a *bienes jurídicos protegidos* por el derecho penal o por el derecho administrativo sancionador es, en un primer y superficial análisis, una afirmación que desde la lógica argumental se demuestra como redundante. Pero a la noción de *bienes jurídicos protegidos* por ramas jurídicas sancionadoras no solo puede hacérsele una objeción de tipo semántica, sino que la controversia implica dificultades mayores.

La principal controversia que debe ser dilucidada es aquella que se desprende a partir de la idea de que a través de la tipificación de conductas -ya sea en el derecho penal o en el derecho administrativo sancionador- se está procediendo a proteger bienes que jurídicamente son relevantes. Es, en esencia, un importante y seductor argumento que no puede ser fácil y rápidamente descartado y que merece un importante debate que excede ampliamente la presente reseña. No obstante ello, cabe señalar algunos de sus puntos más problemáticos.

Afirmar que el fenómeno normativo de tipificar conductas en la práctica efectivamente protege bienes jurídicamente relevantes ape-la a un claro sentido común según el cual las normas sancionadoras poseen un importante efecto disuasorio en la sociedad. Pero, como la criminología crítica se ha encargado de señalar respecto de los siste-mas penales y la pena en general, el efecto disuasorio de las normas sancionadoras es mucho más reducido que el que el sentido común indica¹⁹. Sin embargo, no creemos que sea necesario exigir un detallado estudio empírico respecto de la pretendida función tutelar de las nor-mas sancionatorias para señalar las contradicciones que dicha teoría conlleva. En tal sentido, creemos que hay una confusión en los planos en los que se discute.

Cuando nos preguntamos e intentamos responder en qué plano se verifica la pretendida tutela penal, necesariamente nos enfrentaremos a que sostener que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador protege determinados bienes es necesariamente un juicio de carácter *fáctico*, es decir, que se da en la realidad concreta y que excede al plano normativo²⁰. Es entonces, a nuestro juicio, erróneo presuponer que desde el proceso tipificador (el cual necesariamente debe exigir la afectación a un bien jurídico) se puede extraer una protección jurídica efectiva y real a un bien, ya que dicha protección carece de un contenido real y concreto.

Así las cosas, la asignación de una función protectora a un pro-ceso meramente normativo como lo es aprobar una norma sanciona-toria nos obliga a aceptar que el derecho represivo, desde su limita-da esfera normativa, posee una función tutelar real y efectiva. No puede obviarse, por otra parte, que dicho juicio, además de ser fáctico en tanto debe comprobarse en la realidad concreta, en dicho plano se revela completamente falso en un importante número casos, al verificar la operatividad y selectividad con la que operan los sistemas sancionado-res estatales.

A ello cabe agregar que, por cierto, la comprobación de la pre-tendida protección corre por cuenta de las agencias estatales que se

¹⁹ En detalle ver, BARATTA, Alessandro: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Editorial Siglo XXI, 5ta edición, 1998.

²⁰ ZAFFARONI, *Apuntes...*, p. 3.

encargan de perseguir y sancionar las conductas ilícitas, debiéndose advertir que dicha verificación jamás podrá darse exclusiva y excluyentemente a través de las normas: lo que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador verifican es la criminalización primaria y la pretensión discursiva tutelar de la agencia política.

No se pretende aquí sostener que la aplicación efectiva de poder punitivo o la coacción directa administrativa puedan tener la función de proteger determinados bienes jurídicamente relevantes mediante la disuasión, lo que quiere señalarse es justamente que aquello que puede llegar a tener una función protectora son tanto el poder punitivo como la coacción administrativa directa, mas no el derecho penal o el derecho administrativo sancionador²¹. La elección del legislador de tipificar determinadas lesiones que afecten a un bien jurídico por sí sola no puede ejercer una tutela en el mundo real, ya que dicho fenómeno, como se dijo, es de carácter normativo. Se mezclan así dos planos y dos conceptos diferentes, olvidando que el derecho sancionador es hueco y vacío si no fuese por la coacción que efectivamente ejercen las agencias estatales ya sea a través de sus agencias punitivas o a través de sus agencias coactivas directas.

Por otra parte, creemos también que es incompatible adjudicar al derecho administrativo sancionador o al derecho penal la pretendida función de proteger bienes, función que nunca le fue propia a las ramas jurídicas sancionadoras. En tal sentido es que advertimos que muchas veces se olvida esa esencia eminentemente sancionadora que caracteriza al derecho penal y al derecho administrativo sancionador. De ningún modo estas ramas sancionadoras del Estado poseen una esencia *constitutiva*: ni el derecho penal ni el derecho administrativo sancionador crean bien jurídico, sino que por el contrario reciben bienes ya protegidos por el resto del ordenamiento, limitándose la actuación de aquellos a solo identificar – y amenazar con una determinada pena- conductas que lesionen u ofenden de determinada manera dichos bienes. El derecho penal y el derecho administrativo sancionador tienen como función identificar y describir las lesiones típicas que

²¹ Sobre la distinción de ambos conceptos, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR: *Manual de derecho penal. Parte General*, Ediar, 2da ed, 2006, pp. 3-27.

pueden afectar a los bienes jurídicos, pero crear bienes jurídicos es una facultad que excede notablemente a la propia esencia de estas ramas jurídicas²².

La distinción es clara, ya que son la Constitución Nacional y las otras ramas del derecho las que consagran a dichos entes como bienes jurídicos, llegando a las ramas punitivas como bienes ya tutelados jurídicamente y sobre los cuales éstas solo deben catalogar las conductas que los afecten y amenazar a éstas con una sanción o pena²³. Así, el bien jurídico proviene de otras ramas jurídicas que son las que efectivamente pueden proteger bienes, mientras que el *bien jurídico lesionado* debe funcionar en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador como una categoría encargada de limitar al poder coercitivo estatal ejercido de forma arbitraria.

Lo dicho previamente no debe llevar a la equivocación de creer que las críticas a la noción de *bienes jurídicos protegidos* a través y por el derecho penal o el derecho administrativo sancionador se basan meramente en cuestiones de semántica o de lógica interna. Por el contrario, y es lo que motiva estas reflexiones como dijimos previamente, creemos que al adjudicar al derecho penal y al derecho administrativo sancionador la función de tutelar bienes jurídicamente relevantes se está cayendo en el error de generar expectativas irreales de nuestros sistemas sancionadores, los cuales son generosamente receptivos de cualquier discurso jurídico que legitime una ampliación de sus facultades. Es, en tal sentido, que creemos que es necesario que este tema se debata a los fines de evitar que el incipiente y tímido desarrollo derecho administrativo sancionador en nuestro país caiga en este frecuente error que tantos riesgos genera.

En lo que respecta a estos riesgos que se extraen de adjudicar la función protectora al derecho penal y al derecho administrativo sancionador, creemos que, al crear una expectativa falsa de efectiva tutela, mediante deducción de las leyes sancionadoras, las consecuencias son ostensibles: dicho discurso permitiría legitimar y racionalizar la

²² ZAFFARONI, Raúl: *Doctrina penal nazi*, Ediar, Buenos Aires, 2017, p. 227.

²³ TAVARES, Juarez: *Bien jurídico y función en Derecho penal*, trad. Monica Cuñarro, Hammurabi, 2004, p. 12.

punibilidad y criminalización de lesiones a bienes jurídicos por demás lejas y completamente hipotéticas, como lo es la cada vez más frecuente tipificación de ilícitos basados en peligros abstractos.

Asimismo, esta supersticiosa creencia respecto a la función tutelar del derecho administrativo sancionador y del derecho penal se da en el contexto de la hiperinflación sancionatoria y punitiva de la que somos testigos, corriéndose el grave riesgo de fomentar una técnica legislativa por demás común a nuestros ordenamientos jurídicos: la creación y clonación de bienes jurídicos inexistentes, generando así tipos infraccionales que violan directamente el *principio constitucional de lesividad* al sancionar conductas que no generan ofensa a un bien jurídico real.

Es mediante esta inversión y perversión discursiva de la que se deriva que todo bien jurídico que sea lesionado requiere de una tutela por parte del derecho sancionador, incentivando así una penalización sin límites -ya que mientras más se proteja, mejor-.

Para resumir, de la pretendida función tutelar de bienes jurídicos que se adjudica al derecho represivo, se derivan las siguientes consecuencias, todas violatorias del principio constitucional de lesividad: racionalizar intervenciones por demás desproporcionadas en relación a la lesión -el derecho represivo debe tutelar y proteger incluso cuando la ofensa sea mínima, desconociendo el *principio de insignificancia*²⁴; crear y clonar bienes jurídicos que en la realidad no existen, ya que

²⁴ Debemos aclarar que la lesión a un bien jurídicamente protegido es una condición necesaria pero no suficiente para justificar la habilitación de poder punitivo por parte de agencias estatales, ya que la lesión debe tener tal entidad que justifique la puesta en marcha del sistema penal o, en su caso, del derecho administrativo sancionador. Esto en virtud de la consonancia necesaria que debe darse entre el principio de *lesividad*, el principio de *proporcionalidad*, el principio de *razonabilidad*, *última ratio*, etc. Por consiguiente, se impone como atípica cualquier conducta que produzca una lesión insignificante, prescindiendo de la intervención del sistema penal en bagatelas o afectaciones insignificantes. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Ibid*, p. 129.

Respecto del principio de insignificancia en la jurisprudencia argentina, ver fundamentalmente el fallo (y la jurisprudencia allí detallada) "*Cutule, Pablo Alejandro s/hurto en tentativa*" dictado el 10 de julio del 2017 por la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, con el voto de los Dres. Morín, Niño y Sarrabayrouse.

como se sostuvo previamente, el *bien jurídico tutelado* tiende a espiritualizar al mismo hasta desembocar en un único bien jurídico, esto es, la voluntad del Estado; la tipificación de tipos infraccionales de peligro abstracto; adelantar la tipificación hasta el extremo de conminar actos preparatorios; y la creación de tipos infraccionales de *acumulación* (o generalización de una conducta) mediante la cual se tipifican conductas que individualmente son inocuas.

La noción según la cual la infracción administrativa está integrada esencialmente por un *bien jurídico tutelado*, en ordenamientos como el nuestro, arrasa por completo con la finalidad limitadora y contenedora que debe tener la doctrina del derecho administrativo sancionador, finalidad que continuamente persigue Ascárate en su libro.

Asimismo, cabe advertir que si incluimos en el ámbito de la tipicidad administrativa que ésta debe tener como función proteger bienes jurídicos, también se está tomando un camino político criminal completamente *sistémico*, ya que la función garantizadora del *bien jurídico lesionado* se vería deformada en una herramienta que serviría para mantener y reproducir el mismo sistema sancionador, esquilando la función limitadora que puede tener la doctrina. Así, el *bien jurídico tutelado* impone necesariamente efectos legitimantes del poder represivo estatal y a su vez altamente expansivos de éste, siendo ignoradas todas estas cuestiones por la doctrina que acepta y defiende la protección del bien jurídico atribuida al tipo como una tesis irrefutable.

En conclusión, cada vez que se utilice la expresión *bien jurídico tutelado* o *protegido* se está utilizando un concepto que: esta formulado de forma lógicamente redundante; que da por lógicas y verdaderas determinadas funciones de imposible realización fáctica; que es una construcción completamente útil y legitimante de la arbitrariedad; que es una construcción intolerablemente supersticiosa y peligrosamente romántica; y que es una creación racionalizadora de las más burdas violaciones constitucionales a las bases de un derecho represivo que éste asentado sobre las bases liberales sobre las que se erigió nuestra Constitución Nacional.

Sin ánimos de extendernos aún más sobre esta cuestión, lo que desnaturalizaría la presente reseña, debemos advertir que los progresivos estudios sobre el derecho administrativo sancionador tienen que

necesariamente estar alertados sobre la parábola involutiva del bien jurídico, mediante la cual, un concepto cuya función es limitar la coacción estatal, termina sirviendo prácticamente para legitimar, justificar y ampliar cualquier tipo de intervención represiva y punitiva.

3.2 Las relaciones de especial sujeción en el derecho administrativo sancionador

Como desarrollamos previamente, Ascárate realiza en su obra una original clasificación de las infracciones administrativas partiendo desde el concepto de las relaciones de especial sujeción. Sin comprometerse con una definición exacta de éstas, aspiración a la cual la doctrina más especializada por el tema renunció desde hace un largo tiempo²⁵, Ascárate utiliza estas relaciones de sujeción especial para realizar una clasificación tripartita y específica sobre las infracciones administrativas, a partir de la cual matiza y gradúa la aplicación del principio de legalidad dependiendo del tipo de la infracción administrativa de la que se trate.

Alerta del “*origen ideológico autoritario*” y de la “*utilización indiscriminada para inaplicar completamente el principio de legalidad*” (p. 74) que el arbitrario uso de este concepto ha tenido en el pasado, Ascárate se encarga repetidamente en su obra de dejar absolutamente claro que “*las relaciones de sujeción especial no excluyen la legalidad*” (p. 78). Tal punto no es menor y debe quedar claro ya que Ascárate es plenamente consciente de los posibles abusos que este concepto puede conllevar al intentar pervertirlo y utilizarlo para inaplicar el principio de legalidad en su totalidad, escenario que el autor se encarga de evitar a través de su minuciosa construcción conceptual.

No obstante ello, cabe destacar que del estudio pormenorizado de la obra surge manifestamente que Ascárate no aboga alegremente por la concepción de relaciones de especial sujeción sino que, por el contrario, entiende que la vigencia de éstas se desprende de hasta el estudio más superficial de la realidad cotidiana, por lo que negarlas no

²⁵ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho*, Revista de Administración Pública, nro. 34-196, p. 24.

sería más que un esfuerzo académico destinado a negar un conjunto de situaciones prácticas cuya existencia no puede obviarse.

De esta forma, Ascárate no es un autor que incentiva y motiva un uso indiscriminado de la dogmática desarrollada alrededor de las relaciones de especial sujeción sino que por el contrario realiza su análisis en dos niveles diferenciados: en primer lugar, a partir de una precisa observación de la realidad jurídicoadministrativa advierte que existen determinadas relaciones cuyas especificidades derivan de los especiales vínculos posibles que pueden tener los administrados para con la Administración; luego de advertida esa realidad, Ascárate entiende que es prácticamente imposible definir principios y reglas generales que puedan ser aplicados por igual a la enorme y diversa cantidad de relaciones jurídicoadministrativas que pueden existir, lo que lógicamente requiere de un estudio lo más diferenciado y específico posible sobre esos múltiples supuestos.

Basándose solo en la diferenciada intensidad que el principio constitucional de legalidad posee en este tipo de relaciones, Ascárate se propone *“explicar por qué es que existen parámetros distintos para juzgar las exigencias de legalidad según el grado de vinculación previa que el sujeto sancionado tenga con el órgano sancionador”* (pp. 79-80).

Ahora bien, reflexionando sobre el uso que Ascárate realiza sobre este tipo de especiales relaciones una primera aproximación a éste nos demuestra que el autor decidió, al igual que en el caso del *bien jurídico*, no comprometerse con una definición precisa y exhaustiva. Tal decisión, entendemos, es inobjetable desde el punto de vista interno y sistémico de su obra, de cuyo estudio se desprende que la precisa conceptualización de tan controvertidas categorías jurídicas importa un considerable desvío del principal objetivo de la obra. En adición, es importante recordar lo que la doctrina más clasificada sobre el tema señaló al indicar que *“hay conceptos en que, dada la indeterminación de la situación de hecho a la que se confieren, no pueden ser definidos; cualquier definición de la RleS será siempre insuficiente y por tanto, inútil”*²⁶.

Creemos, entonces, que la decisión de Ascárate fue acertada porque una exacta y exhaustiva definición de las relaciones de especial

²⁶ GALLEGO ANABITARTE, *Ibid.*

sujeción es ajena al desarrollo que el autor hace de éstas, el cual esta circunscripto exclusivamente a la vinculación e intensidad en la aplicación²⁷ que el principio constitucional de legalidad tiene en aquellas.

Si bien el desarrollo que el autor realiza sobre las relaciones de especial sujeción puede parecer un tanto superficial, es imperativo señalar que el detallado y pormenorizado estudio de estas relaciones y sus efectos dentro del campo del derecho administrativo sancionador es una tarea que debe ser emprendida prontamente por la doctrina, eximiendo así a Ascárate de ampliar el horizonte epistemológico de su obra. En efecto, es imprescindible que ese estudio tenga en consideración las distintas relaciones de sujeción especial que existen y el origen de éstas, a los fines de refinar las categorías que Ascárate desarrolló en su obra.

Por su parte, es importante advertir, como lo hace Ascárate a lo largo de su obra, que la doctrina de las relaciones de especial sujeción conlleva dentro de sí un enorme riesgo, propio de la esencia de éstas, de habilitar y reforzar las tendencias arbitrarias y abusivas que caracterizan a la potestad sancionatoria de la administración. Sin intentar ser exhaustivos, es importante señalar que aquellos juristas que incursionen en las turbulentas y mayormente inexploradas aguas del derecho administrativo sancionador en nuestro país deben tener presente que este tipo de doctrinas muchas veces sirven como discursos jurídicos legitimantes de situaciones jurídicas que son, en el marco de nuestro estado de derecho constitucional, inaceptables. Un ejemplo concreto de lo dicho se ilustra al intentar derivar de la supuesta *voluntariedad* de algunas relaciones de especial sujeción la restricción de derechos elementales²⁸.

Asimismo, y advirtiendo sobre las posibles distorsiones y perversiones que pueden realizarse a partir de las reglas de especial sujeción, es importante recordar que el campo sancionatorio de la Administración es un encandilante reflejo de la selectividad con la que opera el poder punitivo estatal y sus agencias ejecutivas, por lo que toda elucubración

²⁷ La aplicación del principio de legalidad en el intrincado mundo de las infracciones administrativas no está en discusión en la obra de Ascárate. La discusión se da en torno a la intensidad que este principio debe tener, pero siempre teniendo en cuenta que el mismo debe encontrarse vigente dentro del campo del derecho administrativo sancionador.

²⁸ GALLEGO ANABITARTE, *Ibid.*, pp. 40-47.

teórica que se realice, por más bienintencionada que sea, no puede dejar de olvidar que en la práctica lo más probable es que las agencias sancionadoras siempre impongan su *imperium* por sobre los sectores más débiles y vulnerables. En el caso concreto de las relaciones de especial sujeción, es importante prestar atención al caso de aquellas personas que se encuentran alojadas en establecimientos penitenciarios, como bien lo señala Ascárate haciéndose eco del fallo Méndez de la CSJN²⁹.

Sin perjuicio de señalar la endogámica y genética selectividad con la que desenvuelven sus tareas las agencias ejecutivas, no debemos obviar que muchas de las funciones que la Administración tiene en tanto garante del bienestar general sólo pueden cumplirse a través de las facultades sancionatorias que ésta tiene. Es decir, la selectividad con la que opera la administración en su campo sancionatorio no debe hacernos olvidar que muchas veces es la propia Administración la que requiere de, a través de las relaciones de especial sujeción, un necesario matiz para poder ejercer debidamente su facultad de control en determinados supuestos, a partir de los cuales puede realizar un aseguramiento del bienestar general.

De esta forma, es importante tener en cuenta que la potestad sancionatoria de la Administración en muchos casos puede aplicarse en supuestos en los cuales estén en juego cuestiones que hacen al orden público y al bienestar general, por ejemplo en aquellos casos donde se aplican sanciones a empresas encargadas de prestar servicios esenciales a la sociedad en su conjunto. Es, creemos, en tal sentido que la doctrina de las relaciones de especial sujeción puede otorgar ciertas facultades a la Administración para que ésta realice, siempre dentro de los márgenes constitucionales, sus principales funciones sin encontrarse obstaculizada por principios rígidos e inflexibles que, manipulados por las grandes corporaciones, pueden paralizar la facultad de control de la Administración, traducándose ello en un daño directo a la sociedad.

Es por ello que cabe finalizar nuestras reflexiones en torno a las relaciones de especial sujeción y la relación de éstas con el derecho administrativo sancionador, especialmente a partir de la graduación

²⁹ Fallo “Méndez, Daniel R. s/recurso de casación” (2011), *Fallos*, 334:1216.

en la aplicación del principio de legalidad (que siempre es aplicable), señalando que el uso que se haga de las relaciones de especial sujeción siempre debe estar justificado por las particularidades propias del accionar de la administración y no utilizando a éstas como discursos legitimantes de arbitrariedades que confrontan directamente con la arquitectura deóntica e institucional de nuestra Constitución Nacional.

De esta forma, el uso de estas relaciones es entendible y justificable en aquellos casos en los que el diverso conjunto de supuestos dispares afecta de forma objetiva la realización práctica de un rígido e inflexible principio de legalidad, tornándose necesario realizar matices para la aplicación de este principio. Esos matices que necesariamente deben hacerse son consecuentes con la naturaleza de la actuación de la propia administración, la cual es siempre dinámica y cambiante, por lo que tipificaciones completas y acabadas del enorme y múltiple número de supuestos que pueden darse en la práctica devienen absolutamente improbables.

Finalmente, otro de los supuestos que justifica los matices que ofrecen las relaciones de especial sujeción y la imprescindible aplicación a éstas del principio de legalidad se da en aquellos supuestos en los que cuando, con lo que necesariamente implicará una robusta y vigorosa dedicación, sea posible realizar una detallada y minuciosa tipificación pero ésta produzca “...una considerable pérdida de eficiencia administrativa...”³⁰. Este supuesto se da en aquellos casos en los que, superada la inconstante realidad jurídicoadministrativa, sea posible realizar una tipificación precisa y abarcadora de esos supuestos pero que, a raíz de esa sólida tipificación, se sacrifique la *elasticidad* que sirve para asegurar un correcto y eficiente funcionamiento de la Administración³¹.

4. CONCLUSIÓN

Como se señaló a lo largo del presente trabajo, la obra aquí estudiada irrumpe en la doctrina jurídica argentina poniendo de manifiesto

³⁰ GALLEGU ANABITARTE *Ibid.*, p. 48.

³¹ GALLEGU ANABITARTE *Ibid.*, p. 50.

y cristalizando el estridente abandono de la academia respecto de la disciplina del derecho administrativo sancionador. Mientras los penalistas subestiman esa rama jurídica, muchos administrativistas intentan disputar para su campo una mayor potestad sancionatoria de la Administración; pero, tanto penalistas como administrativistas olvidan que toda potestad pública, en especial aquella que es coactiva y sancionadora, debe estar controlada y restringida por precisos límites que eviten que arbitrarios desbandes. En tal sentido, no debemos olvidarnos de que el genocidio llevado a cabo por el nacionalsocialismo se realizó a partir y desde un derecho administrativo sancionador tan confuso y ambiguo como ilimitado y siniestro.

Sin que sea necesario recurrir a tales extremos históricos, es el propio Ascárate el que en su obra hace un fuerte llamado de atención que no puede ser obviado: *“Si se repasa la totalidad de sanciones aplicables en nuestro país, clasificándolas en función de los sujetos intervinientes y la presencia de la relación de sujeción especial, se llegan a catalogar por lo menos veinticinco hipótesis de competencias represivas. Sólo cuatro de ellas son analizadas por el derecho penal. Puede sostenerse, en consecuencia, que el principio de legalidad ha tenido, en materia sancionatoria, una vigencia modesta en el derecho argentino”* (p. 189).

Es por ello que la obra de Ascárate enfrenta a la dogmática penal a una intolerable incomodidad: mientras es usual creer que el finamente elaborado discurso jurídico racional de la dogmática penal ha construido una teoría lo suficientemente robusta para asegurar la vigencia de principios constitucionales que limiten el accionador sancionador del Estado, Ascárate irrumpe en la escena con una fuerte interpelación que enseña que en realidad la materia sancionatoria de nuestro país lejos esta de ser debidamente estudiada y, lo que es más importante, limitada. En tal sentido, las conclusiones que la obra de Ascárate expone son tan insoportables tanto para los penalistas a quienes se les está escapando, a través del derecho administrativo sancionador, un importantísimo número de sanciones cuyos límites son ambiguos y oscuros, como para los administrativistas que, teniendo dentro de su propio horizonte epistemológico a estos supuestos sancionadores, no han desarrollado un acabada teoría jurídica que estudie lo mínimo e indispensable sobre la infracción administrativa.

Por tal motivo, corresponde dar una calurosa bienvenida a la obra de Ascárate, la cual se encarga de adentrarse en incómodos lugares que penalistas y administrativistas han inexplicablemente olvidado. Es por eso por lo que el estudio pormenorizado de esta obra no puede postergarse, bajo riesgo de seguir legitimando, aunque sea de forma indirecta, la desbocada y poco limitada potestad sancionatoria de la administración.

No cabe dudas de que, en los próximos años y décadas, será la disciplina del derecho administrativo sancionador la que reunirá en una interesante composición a penalistas y administrativistas interesados en desarrollar teorías jurídicas destinadas a limitar la potestad coactiva del estado, estableciendo claras garantías que salvaguarden a los administrados de arbitrarias e injustificadas interferencias. En tal sentido, la obra de Ascárate es inaugural y pionera en esta disciplina, transformándose así y a poco de andar en un actual y también futuro clásico del campo jurídico del derecho administrativo sancionador.

Por su parte, es también indispensable que la sociología y la criminología, en tanto disciplinas críticas de muchas instituciones estatales, se adentren en el estudio del complejo y diverso fenómeno que abarcan las infracciones administrativas.

De esta forma, cabe finalizar el presente trabajo rescatando y abogando por un expreso pedido que realiza Ascárate al finalizar su obra y que puede ser el punto de partida de esta nueva era jurídica que reúna a penalistas y administrativistas:

“Así como resulta necesaria la pronta sanción de una ley que regule los principios generales de las infracciones administrativas, también parece aconsejable un estudio cuantitativo y empírico de la cantidad de sanciones que producen los diversos estamentos estatales y no estatales dentro de estas categorías, con la finalidad de tener una mayor y mejor comprensión del fenómeno desde el punto de vista práctico” (p. 189).

Tal estudio no puede esperar y es indispensable para la praxis jurídica de nuestro país. En tal sentido, no queda más que esperar para la realización de dicho estudio empírico -que debería ser encabezado por el propio Ascárate- el cual seguramente sea producido por esfuerzos mancomunados entre universidades y el Estado.

Quizás, mientras la limitación poder punitivo a través del derecho penal fue prioritaria durante los últimos dos siglos, estemos entrando en una nueva era jurídica en la cual el derecho administrativo sancionador será el protagonista de las discusiones que están por venir. O, mejor dicho, que ya empezaron, y la obra aquí estudiada es el claro ejemplo de ello.



DOSSIER

COVID-19 Y DERECHO

RAÚL GUSTAVO FERREYRA

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO

MANUEL GONZALO CASAS

DANIELA LÓPEZ TESTA

JUAN PABLO BOHOSLAVSKY

ÁLVARO BAUTISTA FLORES

RAFAEL VALIM

GABRIELA STORTONI

PABLO OCTAVIO CABRAL

MUNDO INFELIZ¹

RAÚL GUSTAVO FERREYRA²

Universidad de Buenos Aires - Argentina

I

La peste causa una desgracia. Con su infección apena a los seres humanos en sus espacios. En muy poco tiempo el dolor de la pandemia se cuenta a escala global. Más de 6.000.000 de infectados y cerca de 370.000 muertes en todo el mundo, al 31 de mayo de 2020. Los números crecen tan rápido que es imposible actualizarlos al ritmo de la escritura.

Desde tiempo inmemorial la humanidad ha debido enfrentar infecciones generalizadas. En muchas oportunidades, diferentes microorganismos provocaron contagios masivos de las poblaciones. A título de ejemplo, en los últimos 700 años se citan diversos agentes: la peste negra, la viruela, el cólera, la fiebre amarilla, la gripe española, la gripe asiática, la gripe de Hong Kong, la gripe porcina, el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS), el ébola, el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Así, los humanos han debido enfrentar

¹ Al lector: Confiamos en los recuerdos. La imprecisión habitual no quita entidad ni deja de ilustrar el inherente valor de verdad que podrían poseer para las razones y para las emociones de cada individuo. Aquí, una reminiscencia correspondería a la oración de Miranda: “¡Oh, maravilla! ¡Qué agradables criaturas y cuántas hay aquí! ¡Bella es la humanidad! ¡Hermoso mundo nuevo, en el que hay tales gentes!”. V. SHAKESPEARE, William: *La tempestad*, Acto V, Buenos Aires, Losada, 2005, p. 167.

² Catedrático de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor de la UBA. Posdoctor en Derecho.

nuevas enfermedades. En paralelo, han buscado aliviar sus males y reducir o eliminar la mortalidad, cuya evidencia devastadora se comprueba en los resultados trágicos ocasionados por las plagas citadas. Quizá la contagiosidad del Covid-19 se haya potenciado a la enésima, en comparación con otros momentos virales de la historia, por la circunstancia de la inmensa movilidad de que disponen los individuos en la actualidad.

La chispa viral, aparentemente, se produjo en China hacia fines del 2019. Se expande por el mundo con una velocidad de propagación, en ocasiones, superior a las propias habilidades para comprender sus causas. No se sabe ni se sabrá con seguridad la etiología exacta del mal ni de su contagio; acaso haya sido consecuencia “natural” de un descuido “natural”, pero las frágiles bases de certidumbre en el frágil inventario que se posee al escribir este texto sugieren que la génesis de la infección sucedió en China. La comprobación del origen o principio del mal acusará la configuración de una sola argumentación: las tareas que se fijarán para que no vuelva a repetirse. Lamentablemente, siempre existirá un tesoro donde los secretos, cifrados o no, permanecen ocultos.

La humanidad, acrecentada en el siglo XXI por la revolución tecnológica, asiste con miedo, esa tristeza inconstante nacida también de la imagen de una cosa dudosa³, a la propagación del mal. Porque aunque “morir es tan sólo una forma particularmente exacta de envejecer”⁴, los seres humanos temen a la fatalidad del perecimiento, el final terminal y absoluto de la existencia con vida anímica y material. Una peste que tiene un momento probable de nacimiento, pero no de caducidad ni –para ser más precisos– de control o erradicación. Las ciencias, por ahora, carecen de vacuna y de un tratamiento que mitigue o erradique la cabeza de la serpiente maligna.

El virus recorre el mundo. Si bien no reconoce clases ni estratos sociales, afecta cruelmente a los excluidos, grupo integrado por los ciudadanos pobres y los vulnerables. El virus no es un fantasma. En verdad,

³ SPINOZA, Baruch: *ética demostrada según el orden geométrico*, Madrid, Trotta, 2000, p. 140.

⁴ BARICCO, Alessandro: *Mr Gwyn*, Madrid, Anagrama, 2012, p. 62.

provoca un “malestar” real, concreto. El virus no discrimina; los seres humanos sí. Entre las líneas sin escribir, todavía, el mal del coronavirus carece de vacuna, pero ha *pandemizado* a la humanidad entera.

Mientras no se encuentre la sanación efectiva e inmediata, con tristeza, se mantendrán las proyecciones sobre la enfermedad y las tasas de morbilidad a escala global. Se arguye que la enfermedad viral no se encuentra en los libros de Medicina ni de Psicología. Sin embargo, antes de que la peste desencadenara la desgracia y el estado de malestar, existieron contribuciones científicas que, con rasgos anticipatorios, no fueron atendidas debidamente.

Desde la literatura, varios autores realizaron contribuciones respecto de la verdadera “desgracia natural” que comporta una contaminación viral que abarca a casi el mundo entero. Daniel Defoe (*Diario del año de la peste*) en el siglo XVIII; en el XIX, Alessandro Manzoni (*Los novios*) y Albert Camus (*La peste*); en el XX, Gabriel García Márquez (*El amor en los tiempos del cólera*) y José Saramago (*Ensayo sobre la ceguera*).

Aquí, en este texto, prefiero acudir a la idea de “desgracia” para comprender la fatalidad y el tambaleo de los sistemas políticos, culturales, biológicos, ambientales y económicos⁵ de toda comunidad. Una desgracia. Una sucesión continúa de hechos virales que producen una pena, un dolor. Siempre con una víctima humana. La división del mundo en “naturaleza” y “sociedad”, antojadiza pero división al fin, postula que aquello natural es lo no hecho por el hombre (Dios o su reemplazante constituyente o cualquier instancia inapelable), mientras que la sociedad es aquello hecho por el hombre. Entonces, ¿la pandemia del Covid-19 sería una desgracia “natural” o “social”?

Sé muy bien e intuyo que en la Biología y en la Medicina se discute sobre la propia “entidad”, específicamente, la ontología de los virus, ya sea como seres vivos o si constituyen una forma de vida autónoma. Sin ingresar en esa discusión ontológica, porque carezco de dientes para morder doctamente esa fruta, me pregunto en voz alta: ¿los virus son “naturales” o son “sociales”? Evidentemente, los virus se encuentran

⁵ BUNGE, Mario: *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, Barcelona, Gedisa, 2009, p. 138.

en el mundo natural, nunca fuera de él, en la inteligencia de que el ser humano integra, por derecho propio, la naturaleza⁶. Esta afirmación contiene, además, una crítica demoledora hacia todas las personas que en pleno siglo XXI, por la vía de la destrucción, contaminación y degradación ambiental, hacen todo cuanto se encuentra a su alcance para aniquilar los elementos naturales.

Antes de que se desencadenase la peste y sus consecuencias globales, otro malestar ya se encontraba instalado en el mundo. La desigualdad social y económica entre los seres humanos, que se consolidó para agravar la situación de los excluidos del reparto. En toda la historia de la humanidad, la exclusión injusta de los individuos y grupos vulnerables y marginados resulta una patética constancia existencial. Si la fuerza de la ciudadanía de una comunidad determinada se midiese por el bienestar de los menos afortunados o con mayores desventajas (Preámbulo maravilloso de la Constitución de Suiza), el estado de malestar instituiría una situación prevaleciente.

La desgracia causada por la peste ha aumentado exponencialmente la exclusión. Quienes se encontraban excluidos carecen de un sistema de salud racional que les ofrezca contención y sanación. Además, la propia peste ha astillado los cimientos de la circulación de bienes, servicios y la generación de riqueza yacente o por crearse.

Las ciencias enfrentan desafíos enormes y poseen un rol maestro en la diligencia del malestar causado. Porque deben aconsejar, dentro de los límites conjeturales y por ello siempre refutables de sus definiciones, todo aquello que deba y pueda hacerse, incluso todo aquello que no debería hacerse pero que, dado el drama vigente, podría hacerse para aliviar el desarrollo del mal.

⁶ Sigo, incipientemente, la tesis de Baruch Spinoza: "Cada uno existe por derecho supremo de la naturaleza y, en consecuencia, por supremo derecho de la naturaleza cada uno hace aquellas cosas que se siguen de la necesidad de su naturaleza. Así, pues, en virtud de un supremo derecho de la naturaleza cada uno juzga qué es bueno y qué es malo, y provee a su utilidad según su propio ingenio y se venga, y se esfuerza en conservar lo que ama y en destruir lo que odia. Y, si los hombres vivieran según la guía de la razón, cada uno gozaría de este derecho sin daño alguno de otro". V. *ética demostrada según el orden geométrico*, Madrid, Trotta, 2000, p. 209.

La desgracia ha demostrado, en poco tiempo y en muchos espacios, que no existe una sola respuesta para atacar una amenaza feroz, enorme y desconocida como esta pandemia conjugada por el Covid-19. El cuidado de la existencia con vida y dignidad de los seres humanos constituye la regla fundamental para impedir la catástrofe humanitaria. Como consecuencia, muchos Estados y ciudades dispusieron el cierre de sus fronteras⁷. Así, hombres y mujeres han dejado de reunirse en sus trabajos, con sus amistades, con sus familias. La separación –mal apodada “aislamiento social”– y los bloqueos hegemónicos se han instalado, transitoriamente, e inhiben el contacto con el otro y desde luego prohíben el calor de un cuerpo, la ternura del trato o la costumbre de las reuniones⁸.

II

La peste produjo, además, otro episodio inédito: el hecho de que las Leyes fundamentales de los Estados no han contemplado, ni calculado, ni programado en sus letras prescriptivas la tipicidad de una desgracia natural, como la narrada. La ciudadanía nace y se desarrolla con la presencia de otros seres humanos, con quienes se ha de acordar un “método” para producir una regla, llamada “Constitución”, que constituya el fundamento para ordenar las existencias en paz de una comunidad determinada. Un “método” que oriente la elaboración y el cambio de patrones generales para “guía de las acciones” que deben o pueden ser realizadas y su consecuente evaluación.

La comprensión ontológica del mundo que recojo como estatuto en este escrito supone que las leyes naturales se encuentran, en general, más allá del control absoluto de los seres humanos. Las cosas físicas, desde los átomos hasta las galaxias, no poseen controles terminales y decisivos. En cambio, todos los artefactos y organismos –y sólo ellos– requieren controles. Los organismos necesitan controles para mantener

⁷ Bernd MARQUARDT, en su ensayo “Los peligros del virus de la nazificación anti-constitucional”, ha cuestionado las reglas de bloqueo y limitación de los derechos fundamentales que llevarían, a su juicio, al ascenso de las “coronadictaduras”. V. <https://bit.ly/3ffejMh>.

⁸ CAMUS, Albert: *La peste*, en *Obras*, Madrid, Alianza, vol. II, 2014, p. 569.

su ambiente interior. Ergo, los sistemas sociales también precisan controles para conjurar, evitar o reducir las cuestiones que se suscitan como natural consecuencia de la restricción de intereses o apetencias individuales generadas en la construcción, el mantenimiento o el cambio de la comunidad. La Constitución es pura invención humana. Un instrumento que permite acercarse a la idea de la ordenación de las coexistencias en paz entre las concepciones políticas en pugna, porque su institución pretende dar por terminada la lucha de todos contra todos⁹.

En 1895 el inglés H. G. Wells “inventó” una máquina del tiempo. Su gran descubrimiento –en la más imaginativa de las narrativas– fue permitir el movimiento en el tiempo. Las Constituciones, elementos sumamente sofisticados, son o deberían ser una suerte de instrumentos que permitan a las generaciones dialogar entre sí. Que sus ciudadanos contraten y recontraten sobre el pacto fundacional, en igualdad de condiciones, con el fundamento de que son igualmente libres. Porque toda generación tiene el derecho a deliberar y disponer, en tiempo siempre presente, su forma de organización jurídica, empezando por la constitucional. Así, la ciudadanía cuenta con la posibilidad de viajar en el tiempo.

La Constitución, máquina del tiempo, es pura invención humana que autoriza y discierne la estructura de los espacios de los poderes políticos y el marco de referencia temporal de las funciones gubernativas en una comunidad determinada. El instrumento permitió y permite a los hombres alcanzar y disfrutar todo aquello que, por y con su individual energía, no lograrían. Ellas son capaces de producir un poder organizacional superior al individuado en cada ciudadano/a. Las Constituciones, el acto instituyente más relevante de una ciudadanía, definen y ordenan una fuerza con racionalidad y dirección.

Las Constituciones de América del Sud no determinan, en general, los alcances y las consecuencias de una peste. Una indeterminación provocada, quizá, porque las pestes configuran una desgracia natural y los “estados de excepción, o de defensa o de emergencia constitucional”

⁹ RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 110.

son calculados por los poderes constituyentes, en el 99 % de los casos, como resultados de hechos sociales.

Ahora bien, una rápida visita al Derecho constitucional comparado indica que la Constitución de la República Federativa de Brasil (CFRB)¹⁰, desde el artículo 21 (xviii), dispone que compete al Estado federal planear y promover una defensa permanente contra las *calamidades públicas*. Con mayor detalle normativo, en su artículo 136 determina lo siguiente:

El Presidente de la República puede, oídos el Consejo de la República y el Congreso de Defensa Nacional, decretar el estado de defensa para preservar o restablecer en breve tiempo, en lugares concretos y determinados, el orden público o la paz social amenazadas por una grave y eminente inestabilidad institucional o afectadas por *calamidades naturales de grandes proporciones*. (énfasis agregado)

En el ámbito de la Constitución brasileña, al declararse el “estado de defensa”, se determinará el tiempo de su duración, se especificarán las áreas que serán abarcadas y se indicarán, en los términos y límites de la ley, las medidas coercitivas en vigor, por ejemplo: restricciones a los derechos, ocupación y uso temporal de bienes y servicios públicos, en el supuesto de calamidad pública. Tales determinaciones serán examinadas por el Congreso de la República, órgano que, en caso de rechazar el decreto, hará cesar inmediatamente el estado de defensa por la calamidad pública.¹¹

La Argentina, desde 1853, dispone de la maquinaria constitucional más antigua en vigencia de América del Sud. Una máquina que ha tenido rupturas, incumplimientos de sus previsiones y vacilaciones en su funcionamiento. La Constitución federal de la Argentina (CFA)

¹⁰ Sobre el art. 21 (xviii) de la CFRB se puede leer el comentario de Fernanda Dias Menezes de Almeida en la obra colectiva *Comentários à Constituição do Brasil*, coordinación científica de Gilmar Ferreira Mendes, José Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck, San Pablo, Saraiva, 2014, p. 734 y ss. En la misma obra, los arts. 136 a 141 son comentados por Walter Claudius Rothenburg en las pp. 1562 a 1579.

¹¹ También pueden verse los “empréstitos compulsorios” y los “créditos extraordinarios”, con motivo de la calamidad pública, reglados en los arts. 148, ap. I, y 167, § 3, respectivamente, de la CFRB.

solamente fue objeto de reformas en seis momentos constituyentes: 1860, 1866, 1898, 1949¹², 1957 y 1994.

A partir del último cambio constituyente producido el 22 de agosto de 1994, la República Argentina, por el juego mágico de la regla de la conglobación decidida en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, confirió jerarquía constitucional a once instrumentos¹³ del Derecho internacional. Este conjunto ensalza un fabuloso grupo de derechos, bienes y deberes fundamentales que, en las condiciones de su vigencia,

¹² La reforma de 1949 instituyó un “plan maestro sobre determinada idea de justicia social”, el cual incluyó un gran menú de derechos sociales, pero mantuvo incólume el absolutismo presidencial. El 27 de abril de 1956, la dictadura militar “en ejercicio de sus poderes revolucionarios”, por intermedio de una proclama con fuerza obligatoria, declaró vigente la Constitución federal sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y la exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubieren quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16 de septiembre de 1955 (art. 1). La reforma constitucional de 1949 intentó ser borrada del imaginario jurídico y político, con la misma impropiedad que la que podrían aplicar o asumir las tareas de los seres humanos para borrar o anular la vejez de la materia o la propia expansión del Universo.

¹³ “Art. 75: Corresponde al Congreso... Inciso 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

deben entenderse “complementarios” de los reconocidos por la CFA en sus principios y reglas permanentes. Según pasan los años se han jerarquizado constitucionalmente otros tres instrumentos¹⁴. En la actualidad, gracias a la ventana abierta por el artículo 75, inciso 22, los derechos, bienes y deberes fundamentales, detalladamente descritos en cada uno de esos catorce instrumentos internacionales, no se incorporan al tejido de la Constitución; integran con ella, en condiciones de semejante igualdad normativa, el sistema de la Constitución federal (en adelante, SCFA).

En el ámbito de la CFA no hay referencias normativas sobre la desgracia natural o la calamidad pública causada por una peste. Ahora bien, al acudir al SCFA, sí se distinguen determinaciones normativas al respecto: en el artículo xxxiv de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; en el artículo 6, inciso 3, apartado c, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 8.3.c.iii del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, por la propia naturaleza de tales reglas sobre “deberes fundamentales” de las personas en caso de calamidad pública, en ningún caso, se refieren al desarrollo de las competencias de los poderes constituidos del Estado frente a una peste.

En definitiva, por tratarse de un desgraciado hecho natural unido a la propiedad anticuada de la CFA, ella no contiene enunciados normativos como la CFRB. A igual conclusión es posible arribar, incluso, al conglobarse la interpretación jurídica y acudir al SCFA, porque, repito, tampoco existen reglas jurídicas en las que anclar un pensamiento para decidir las competencias de los poderes constituidos.

Ciertamente, el SCFA posee “garantías” que la Ley fundamental se ofrece a sí misma para asegurar, en su primacía y jerarquía, dentro del ordenamiento jurídico estatal. En una tesis anunciada en el 2001, que mantengo desarrollada, las he apodado “garantías del Derecho de la

¹⁴ La ley 24.820 (1997) otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. La ley 25.778 (2003) otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. La ley 27.044 (2014) dispuso otorgar jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU).

Constitución”¹⁵. Dentro de este menú, específicamente, la declaración del Estado de sitio se ofrecería como única garantía que, por su relativa especificidad, podría haberse adjudicado. El artículo 23 de la CFA dispone:

En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

Sin embargo, la peste es un hecho natural y no un hecho del hombre, como son la conmoción interior o el ataque exterior. Además, el Covid-19 no colocó ni coloca hasta el momento en jaque el ejercicio de la Ley fundamental, ni en peligro a las autoridades creadas por ella. Frente a este encuadre, en la inteligencia de que la forma republicana asumida para el gobierno de la Argentina (art. 1) exige la “racionalidad” (art. 28) para todos los actos de todos los poderes del Estado, constituidos o constituyentes, jamás se podría declarar el Estado de sitio.

El 3 de marzo del 2020 el Ministerio de Salud de la República anunció el primer caso de coronavirus. El 19 de marzo, el Presidente de la República dictó un “decreto por razones de necesidad y urgencia”, número 297 (DNU)¹⁶. Precisamente, en el artículo 1 de este instrumento de semejanza legislativa se determinó lo siguiente:

¹⁵ V. FERREYRA, Raúl Gustavo: *Notas sobre Derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 131.

¹⁶ Los DNU producen una actividad semejante a la legislativa, aunque sin deliberación. Obviamente, la tarea de legislación se halla reservada, por la Constitución, al Congreso de la República. La concesión de esta atribución para que el Poder Ejecutivo pueda “legislar”, con algunas materias prohibidas, tiene entidad para desmadrar por completo cualquier teoría sobre la separación de funciones gubernativas. Los DNU se encuentran encajados en la CFA en su art. 99, inc. 3, desde 1994. El mal se ha profundizado con la reglamentación del instituto por intermedio de la ley 26.122. Así, estos instrumentos tenebrosos del debate público sólo dejan de existir con el rechazo conjunto de la Cámara

A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” [ASPO] en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica.

Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al CORONAVIRUS-COVID 19.

La decisión presidencial ha tenido, desde entonces, sucesivas prórrogas, las cuales han abierto algunas actividades, aunque el núcleo de la determinación, el ASPO, se halla casi incólume, con la misma significación descrita al menos hasta el 28 de junio de 2020. La amenaza desatada por la peste indujo el cuadro descrito. Asimismo, el Poder Judicial ha implementado una feria que configura casi una completa inactividad. El Congreso de la República ha comenzado, con serenidad, sus sesiones por vía telemática.

Las medidas adoptadas para controlar la pandemia han acentuado las diligencias del Presidente de la República. Desde el comienzo de la peste, el Poder Ejecutivo ha lanzado cerca de treinta decretos por razones de necesidad y urgencia¹⁷. Debe adicionarse a eso alrededor de tres decretos delegados, que al igual que los DNU participan del rango legislativo. La intensa producción de rango legislativo debe ser analizada con detenimiento y profundidad. Repárese que desde el 2006, momento en que se constituyó la Comisión Bicameral permanente de Trámite Legislativo, nunca un DNU ha sido objeto de rechazo congresual.

de Diputados y de la Cámara de Senadores, cuando el sentido común indica que debería bastar con el rechazo de solamente una de las Cámaras congresuales para eliminar la patología de los DNU o especie semejante del orden jurídico del Estado.

¹⁷ V. CAVALLINI VIALE, Delfina M. y FERREYRA, Leandro E. “Cincuenta decretos de Alberto Fernández”, en *Palabras del Derecho*, 15/5/2020, en <https://bit.ly/3cWhBCE>.

Sucintamente, en tiempos sin peste la hegemonía política y jurídica del Poder Ejecutivo es evidente y arrolladora; no corresponde decir cuáles han de ser las consecuencias en los tiempos de la peste, queda para representación del lector para el caso de que los controles congresuales fuesen débiles o inexistentes.

La decisión asumida por el Poder Ejecutivo, en la Argentina, no era ni es sencilla. Se ha descrito que el SCFA no dispone de enunciados concretos para contener a la peste. El ASPO de las individualidades personales pareciera configurar la única herramienta para mitigar la propagación del mal. Sin embargo, no puede dejar de computarse que en la Argentina el 40 % de su población de casi 45.000.000 de habitantes se encuentra sumergida en la pobreza. Otro grupo notable de habitantes integra el contingente de vulnerables. Unos y otros, los desposeídos, son los excluidos de los beneficios del reparto de bienes y servicios, quienes resultan castigados por la inclemencia de la injusticia social. Naturalmente, a todo ello, sin dudas, debe añadirse una monumental deuda pública contraída y en gran parte imposible de pagar, que muestra a la Argentina casi en cesación de pagos. Una deuda contraída, en buena parte, contra las determinaciones del SCFA, cuyo monto supera los 300.000 mil millones de dólares y se cierne acuciante sobre la misma producción de riqueza.

La economía y las finanzas del país están derrumbadas. También lo están el empleo y la producción. Por millonésima vez, hay que consensuar un programa de reconstrucción global que, con justicia social, concrete la consigna de que “gobernar es igualar”¹⁸. La desigualdad creciente en la Argentina, donde más del 60 % de su población es pobre o vulnerable, exhibe la existencia de dos mundos: una ciudadanía política y una ciudadanía social; un cuadro que la pandemia ha precipitado y empeorada a niveles desesperantes. Los excluidos, pobres y vulnerables, no disfrutan y no podrían disfrutar, con el actual estado de cosas constitucional, de una ciudadanía plena de justicia social. Un progreso con justicia social se presenta como misión fundamental del Estado, aunque para ello se debería edificar un momento

¹⁸ FERREYRA, Raúl Gustavo: “Gobernar es igualar. Isonomía, igualdad de oportunidades y justicia social en la Argentina”, Madrid, *Revista de Derecho Político*, n° 99, mayo-agosto de 2017, pp. 435-473.

constituyente y celebrar la reforma constitucional. Mientras no se produzca un reparto más igual de los bienes que se deben a la naturaleza, a los negocios o a la industria, la reducción del dualismo en los grados de la ciudadanía deberá ser propiciada con múltiples energías. La lengua de las escrituras laicas será mejor comprendida solamente por aquellos que conozcan los beneficios de una ciudadanía completa y conozcan todas sus luces.

III

El bloqueo de las fronteras de los Estados y el ASPO han sido las medidas básicas para controlar la expansión de la peste. Tales medidas, en particular el ASPO, hacen que el ejercicio y la tutela de la ciudadanía, precisamente, se desarrollen con la realización cotidiana y restringida, limitada en tiempo y espacio, de derechos de libertad, civiles y sociales básicos. Se trata, en rigor, de una circunstancia inimaginable, irrepresentable, durísima para la salud física y mental de todo individuo y la consecuente legitimación del orden jurídico constituyente del Estado en el que desenvuelve su ciudadanía. Que no quede otro camino para proteger la vida termina constituyendo otro encierro más.

La desgracia natural desencadenada por la pandemia afecta al mundo entero. Sin embargo, los conjurados para acabar con ella, los gobernantes de cada país, no actúan globalmente. Cada gobierno de cada Estado instrumenta su propia política. En las letras anteriores he descrito sucintamente la situación en la Argentina.

Se han destacado varios modelos con diferentes grados de apertura. Así, hay un modelo de Corea del Sur, uno alemán, uno chino, uno inglés, uno italiano y otro español. Por su parte, Estados Unidos y Brasil, cuyos presidentes son un antiparadigma de la democracia por su irracionalidad política y el desprecio de alteridad, muestran los números más altos de contagios y de muertes; en estos países, originalmente, sus líderes providenciales adoptaron medidas negacionistas del mal.

Al correr de estas letras, la peste no tiene ni vacunas ni letanías. El balance, cuando culmine la propagación y el contagio, demostrará la debilidad, en unos casos, y la fortaleza, en otros, de las políticas estatales en materia de salud, más allá de las suertes en la contaminación.

Todavía no se pueden conjeturar los resultados; empero, por enésima vez, una plaga ha tomado por sorpresa a la humanidad entera y, sobre todo, a sus dirigentes políticos. Un golpe sorpresivo que se ha visto favorecido en países como la Argentina, por ejemplo, dado que en el período 2015-2019, las personas que asomaron electoralmente en el poder ejecutivo intentaron la pulverización del acceso y disfrute del derecho a la salud.

En este contexto, planteo que el ASPO de las individualidades personales configura la única herramienta para mitigar la propagación del mal y el colapso del sistema sanitario: médicos, paramédicos e infraestructura ordinaria y de terapia intensiva. La discrecionalidad de los científicos no debe ser omnisciente ni omnipotente. Debe ser analizada y valorada con estricto celo. En la Argentina más de una tercera parte de las tareas económicas se desenvuelven en el marco de la informalidad. Hay un mercado voraz, pero informal. Se desconoce el precio que ocasionará el aislamiento para la economía frágil y vulnerable de esas personas. Nunca será favorable. De cualquier modo, el encerramiento, que tiene un costo altísimo para los derechos fundamentales, significa el horizonte posible, incluso sin saber su fecha de finalización.

El planteo anterior también me obliga a escrutar sus contraindicaciones. En el seno de todo Estado constitucional existe la pulsión del Estado policial; por eso, el escrutinio riguroso de las medidas transitorias adoptadas por un poder concentrado, como es por definición el poder del presidente de una República, es un antídoto, nunca suficiente, para las tentaciones autocráticas. El ASPO, en su versión demostrada en la Argentina, instituye una cuarentena, “limitada” y “de excepción” de muchos derechos fundamentales, jamás su “suspensión”, extremo éste último que se verifica con el Estado de sitio. No distinguir que se trata, por ahora, de una limitación y no de una suspensión de un derecho fundamental constituiría el mismo error que no distinguir, en Psicología, el bienestar del malestar. De manera constante, todos los días, hay que realizar un escrutinio riguroso de los derechos fundamentales; por ahora, no han sido noqueados por el ASPO, cuya transitoriedad hace a su naturaleza jurídica excepcional; jamás, una regla para la coexistencia de las identidades plurales en paz de una comunidad.

En paralelo, la subjetividad de millones de individuos atraviesa una fase singular, inédita. Ahora es pronto para evaluar tan siquiera los datos de este encierro global de los individuos que integran las comunidades más diversas en los espacios más disímiles. Sin embargo, hay algo que se sabe: se ignora por completo el impacto que el ASPO provocará sobre la subjetividad, en especial, sobre la estructura sistémico-familiar, la célula fundamental del tejido social.

IV

El malestar que ha inyectado la peste demuestra inequívocamente la cotización del derecho a la salud. Porque corresponde decirlo: sin salud no hay existencia humana con dignidad. La CFA tiene más de 12.000 palabras y los catorce instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, más de 60.000 palabras. En la CFA, a la “salud” se la menciona en el artículo 42. En los instrumentos internacionales, aparece formulada normativamente más de treinta veces. Quizá la redacción más completa se reconoce en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Siempre se supo: la producción de las normas es indispensable, pero no suficiente. Tal grado de suficiencia se alcanza con un Estado comprometido, hasta el máximo de sus recursos, competencias y habilidades, con su realización efectiva.

El mantenimiento y desarrollo de una humanidad con existencia saludable, hoy más que nunca, depende de la ciencia y, especialmente, de los profesionales, expertos y trabajadores de la salud en todas sus áreas. La ciencia se desarrolla, con avances y retrocesos en el campo experimental y teórico, en función de proposiciones capitales que comprueba o rechaza, a veces en el mismo espacio y al mismo ritmo; a veces, contradictoriamente, también. En el tiempo de la peste global, cuya evitación y cura no se conoce con argumentos sustentables, todo pareciera indicar que las autoridades constitucionales de un Estado de Derecho deberían asumir el juicio de los científicos y expertos de la salud, en las condiciones celebradas. No hay ni debe existir espacio ni tiempo para la magia ni la mística. Los ciudadanos deben obedecer

a las autoridades constitucionales. Cumplir el deber laico, aunque se intuya que el cumplimiento de las normas constituyentes del Estado fuese un compromiso moral.

Aceptar el juicio de los científicos no es lo mismo que el absolutismo de las ciencias. Todo conocimiento es relativo y susceptible de ser superado por una nueva opinión. En todo Estado democrático, la decisión final, la última palabra, debe ser asumida por la autoridad constitucional. Mal que le pese al divino Platón, felizmente los filósofos no gobiernan en los Estados. Confieso un grano de verdad en el horizonte de proyección de otro postulado añadido a renglón seguido, dado que no es expectable que los gobernantes “filosofen de un modo genuino y adecuado” encaminado al fin de los males de los Estados¹⁹.

Las CFA expresa en sus escrituras el “deber de no dañar al otro”, básicamente, en su artículo 19²⁰. Una regla elementalísima que determina, por un lado, el mundo del Derecho y el ámbito de aquello que se apoda ajurídico. Además, determina, con claridad auténtica y transparente, el principio de legalidad que cimenta al Estado constitucional. Que las personas no se dañen entre ellas y los servidores públicos cumplan con sus deberes insinúa el criterio básico e indisputable para ordenar las coexistencias de cualquier comunidad. A su turno, el “ayudar a vivir” se arroja en el conglomerado de normas que gozan de jerarquía constitucional y se encuentran instrumentadas en el Derecho internacional de los derechos humanos. El deber de no dañar y el ayudar a vivir instituyen la constelación estelar para dar cobertura a la concepción de la salud como un derecho fundamental, universal, integral y público. Este derecho debería formar parte de una agenda de discusión, en todos los niveles –local, regional y estatal– para dirigirse con su proa hacia un “programa sudamericano” solidario, que conquiste y concite en grado sumo la prevención y el cuidado de la salud

¹⁹ PLATÓN: *República*, Libro V, parágrafo 473, d, Madrid, Gredos, 2010, p. 181.

²⁰ “Art. 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

de todos y todas quienes habitan en el subcontinente. Para que otra pandemia no tome por sorpresa y sin vigilancia. Con responsabilidad hacia las generaciones futuras y la obligación que conlleva no descuidar la arquitectura del aparato psíquico.

V

La lección que surgirá de los tiempos de la peste será que no basta con no hacerse daño y proteger el individualismo. Hay que guiarse por el conocimiento científico y ser solidario siempre que se pueda, en un marco de profundo e inmarcesible respeto al otro. Un repertorio normativo fundamental para las bases mínimas del desarrollo de la vida de nuestra especie. Porque sin solidaridad no hay campo para contener el daño provocado por la desgracia natural de la peste inclemente.

La peste no plantea un dilema entre el derecho a la salud y los intereses económicos y financieros. La existencia con vida es el fundamento de todo el Derecho del Estado constitucional. No hay argumento o tesis que pueda capitalizarse frente a la protección y al sostén de la vida humana con dignidad. La vida es suprema. Tal supremacía no puede ni debe ser enjuiciada; allí donde principie una discusión sobre la primacía inalterable e inmarcesible de la vida humana se intentará su devaluación o entierro.

Cuando termine la desgracia, se encuentre la vacuna y se la distribuya y aplique como un “bien fundamental” de la humanidad, quedará expuesto con patetismo el drama de los excluidos del reparto. En el curso del drama, no dejo de pensar en la finísima ironía que describe el orgullo de la ciudadanía, en tanto para los pobres consiste en sostener y conservar a los ricos en su poder y en su ociosidad. Dentro de ese marco, tienen que trabajar por imperativo de la majestuosa igualdad de las leyes, que prohíben lo mismo al rico que al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar y robar un pedazo de pan²¹.

Los excluidos no poseen los recursos suficientes para cuidar su salud, recursos que sí tienen los incluidos. Estos privilegiados, además, cuentan con fuentes de ingresos, razonables y suficientes, para soportar

²¹ FRANCE, Anatole, *La azucena roja*, Buenos Aires, Sopena, 1954, p. 54.

la trama del malestar y sus consecuencias. Aquéllos solamente tienen su vida, la que se encuentra debilitada porque el pan cotidiano ha quedado, circunstancialmente, fuera de su alcance.

La crisis generada por la peste global demuestra que, en principio, sólo los países “muy desarrollados” –y hasta determinado punto– poseen infraestructura, conocimientos, personal profesional e instrumentos relativamente suficientes para enfrentar al “mal”. A menos de un lustro para que se produjese la tan anunciada y “anárquica singularidad” que exhibiría a la inteligencia artificial en semejantes condiciones a la “inteligencia humana”, se corrobora, también, que el principio de incertidumbre sigue regimiento el gobierno y comando de la existencia de los seres humanos individuados en sus comunidades. Ellos, en especial sus gobernantes, deberán comprender la importancia clave que poseen los estudios y las opiniones de los expertos en el cuidado y la planificación de la salud, un modelo determinante para devaluar o extirpar la injusta exclusión social.

El capitalismo económico y financiero, con sus sesgos mundiales y hegemonía excluyente, ha introducido un salvajismo que vulnera, empobrece y por eso excluye a la mayoría de los humanos. ¡Una verdadera e impiadosa infección! Por tanto, jugarse con decisión hacia un modelo de “sociedad inclusiva”, cobija una afirmación capital porque alienta el desarrollo humano sostenido y conglobado con el derecho a la vida individual y colectiva de la humanidad en el planeta²².

Con tono preocupado, ahora, al finalizar, llevo la lectura, nuevamente, al título del escrito. Pienso en contradecirlo. Por ejemplo, con una representación de la esperanza²³, esa alegría inconstante nacida de la imagen de una cosa futura o pretérita, de cuyo suceso dudamos. Una duda que se acrecienta, sin pesimismo, porque debo concluir que no existe programa político-constitucional ni protocolo científico que pueda comprender las complejidades de la existencia humana en su vida real, hasta nuevo aviso...

²² ZAFFARONI, E. Raúl: *El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2015, p. 122.

²³ SPINOZA, Baruch: *ética demostrada según el orden geométrico*, Trotta, Madrid, 2000, p. 140.

La búsqueda de la felicidad social es un camino eterno. Descreo de que pueda asimilar o construirse una concepción objetiva, según la cual la justicia de un orden jurídico colme con satisfacción a todos los individuos de la comunidad. La naturaleza no hace iguales a todos los individuos; en consecuencia, es una tarea del Derecho constitucional intentar determinada equidad para aliviar, despejar o pulverizar las diferencias y que todos y todas podamos acceder al disfrute de la vida y sus bienes fundamentales. Sin caer vertiginosamente en el relativismo ni apelar a ninguna metafísica, afirmo que la peste ha agudizado, en extremo, la patética, desdichada e injusta exclusión de los pobres y vulnerables en el mundo. Nunca es triste la verdad...²⁴

²⁴ Agradezco los comentarios de María Gracia Quiroga, Leandro E. Ferreyra, Enrique Javier Morales, Diego Dolabjian, Sebastián Toledo, César Domínguez, Mario Cámpora, Rodrigo Vissoto Junkes, Alfonso Celotto, Ricardo Rabino-vich-Berkman, Leandro Vergara, Cecilia Urquieta, Juan Ignacio Ferreyra, Diego Pinillos, Vanessa Pérez Rosales, Andrés Pérez Velasco, Guillermo Moreno, Pablo Cabral, Alejandro Amor y E. Raúl Zaffaroni.

PANDEMIA Y DIVISIÓN DE PODERES

A PROPÓSITO DE LOS DNU DICTADOS POR EL PEN EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA DESATADA POR EL NUEVO CORONAVIRUS, COVID-19

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

1. INTRODUCCIÓN

En estos días han aparecido opiniones vertidas por juristas, políticos y comunicadores en distintos medios, alertando sobre un supuesto quebrantamiento del principio de separación de poderes o, peor, de un latente autoritarismo agazapado detrás de los Decretos de Necesidad y Urgencia (en adelante, “DNU”) dictados por el Poder Ejecutivo Nacional, luego de la declaración por parte de la Organización Mundial de la Salud de la pandemia provocada por el nuevo Coronavirus, COVID-19, el pasado 11 de marzo.

Tal situación nos ha impulsado a escribir estas breves reflexiones animados por el humilde deseo de poner las cosas en el que, creemos, es su justo quicio y dimensión, advirtiendo, desde ya, que nos hemos pronunciado críticamente en otras oportunidades respecto a la utilización abusiva de la figura de los DNU².

¹ Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA).

² Nuestros trabajos: “Necesidad y urgencia... ¿universitarias? (La irrefrenable vocación legisferante del P.E.N.), Revista de Derecho Administrativo,

La pandemia desatada por el COVID-19 que nos asuela, es una, por cierto, aciaga e inesperada manifestación del fenómeno de la Globalización³ el que, hasta ahora, sólo había sido enfocado y analizado desde sus aspectos económicos, jurídicos, sociales o culturales, sin avizorarse la factible “globalización” de esta enfermedad de la que poco se sabe y mucho se desconoce y que, en un mundo interdependiente e interconectado, se ha propagado sobre casi sobre todos los países de la Tierra, generando una situación inédita en la Historia de la Humanidad, de efectos y consecuencias impredecibles a la fecha⁴.

Para abordar el tema que motiva estas líneas nos parece necesario esclarecer, *a priori*, a qué principio de división de poderes se pretende aludir, cuando se alega su actual o potencial quebrantamiento y, en todo caso, si la premisa de la que se parte para llegar a esa conclusión sigue siendo válidamente aceptable.

2. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EN SU FORMULACIÓN ORIGINARIA

Como es bien sabido, la doctrina clásica y la legislación positiva han reconocido tres actividades esenciales del Estado para realizar sus fines, las que se han delineado como resultado del esbozo de un principio lógico-racional -no exento de connotaciones políticas- provisto por el constitucionalismo de cuño liberal. Esas funciones clásicas -administrativa, legislativa, judicial- se han asignado, correlativamente, a tres órganos que ejercen partes del poder estatal, que es único⁵.

LexisNexis, N° 49 y “Un decreto para modificar el presupuesto, una preocupante tendencia que se consolida”, Revista de Derecho Administrativo, LexisNexis, Bs. As., N° 51, Enero/Marzo 2005.

³ Entre las numerosas descripciones del concepto, se ha dicho que se trata de procesos en virtud de los cuales los Estados Nacional soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales con sus respectivas responsabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios (Cfr. BECK, Ulrich, *¿Qué es la Globalización?*, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 29).

⁴ Se ha comenzado a especular y a pronosticar sobre el advenimiento de una suerte de estatalidad “pospandémica” en la que las sociedades experimentarán cambios de orden social, político, jurídico, económico y cultural aún no precisables.

⁵ Se ha dicho que la división de poderes tiene por finalidad suprema y última el amparo de la libertad humana, apareciendo el principio como el más

El examen retrospectivo de la organización de los Estados antiguos nos permite apreciar que, por contraste, en ellos mediaba una asimilación de la función administrativa con la actividad estatal *total* destinada a alcanzar sus fines. De ese tronco común, entonces, se fueron desprendiendo la actividad legislativa y la judicial.

Así la formulación de MONTESQUIEU, si bien no entrañó una construcción enteramente original pues reconocía, a ese entonces, otros antecedentes doctrinarios, como las enunciaciones de ARISTÓTELES y de LOCKE, tuvo la virtud de distinguir no sólo entre los sujetos y órganos estatales, sino también la de acollarar, a cada uno de éstos, una función determinada.

Esta concordancia subjetiva-objetiva no existía en sus referidos predecesores pues en las doctrinas de éstos no mediaban reparos para que las mismas personas ejercieran varias funciones o todas al mismo tiempo. Para JELLINEK, en efecto, no hubo ni en la formulación aristotélica, ni en la lockiana, una verdadera separación de poderes pues, en sus palabras: “*Según Aristóteles, las mismas personas pueden sentarse en el senado, en el gobierno y en el tribunal y, según Locke, el monarca participa de todas las actividades del Estado*”⁶.

ARISTÓTELES, en efecto, expuso que no era justo dejar el poder en manos de una sola persona y que en todo gobierno habría tres partes a las que debía consultar el buen legislador, especificando que, si se encontraban bien constituidas, el gobierno era “bueno” y que las diferencias que existían entre esas partes determinaban la diversidad de esos gobiernos. Una de ellas era la encargada de deliberar sobre los negocios públicos; otra la que ejercía las magistraturas y otra la que administraba la justicia. A la parte que delibera, le reservaba la atribución de declarar la guerra, acordar la paz, forjar y convenir alianzas; a la parte a la que correspondía hacer las leyes, también le encomendaba

eficaz instrumento para asegurarla en la dinámica de las instituciones políticas (Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1956, tomo VI, p. 65).

⁶ JELLINEK, Georg, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 2000, traducción de Fernando de los Ríos, p. 535.

controlar las cuentas del Estado y dictar las sentencias de muerte, destierro y confiscación de bienes⁷.

También se han citado como precursores a POLIBIO (para quien el gobierno de la república romana estaba refundido en tres cuerpos, tan balanceados y distribuidos que nadie podría decir con certeza si el gobierno era aristocrático, democrático o monárquico); a CICERÓN (*“si en una sociedad no se reparten equitativamente los derechos, los cargos y obligaciones, de tal manera que los magistrados tengan bastante poder, los grandes bastante autoridad y el pueblo bastante libertad, no puede esperarse permanencia en el orden establecido”*) y a CROMWELL (*“la autoridad suprema legislativa de la república...debe ser y residir en una persona y en el pueblo reunido en parlamento. El ejercicio de la magistratura principal y la administración del gobierno... será el lord protector”*)⁸.

Pero, como dijimos más arriba, es en MONTESQUIEU donde se puede encontrar un desarrollo del principio que se aproxima más al que conocemos en nuestros días pues, en su obra más conocida, expuso que existían tres clases de poderes estatales: el legislativo, el ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. El primero permitía al príncipe o jefe de Estado hacer leyes transitorias o definitivas o derogar las existentes; el segundo hacía la paz o la guerra, enviaba y recibía embajadas, establecía la seguridad jurídica y prevenía las invasiones; el tercero castigaba los delitos y juzgaba las diferencias entre particulares. Este último se denominaba poder judicial y, el otro, poder ejecutivo del Estado⁹. Es también destacable que este autor opinase que en una sociedad que tiene leyes (un Estado en su concepción) la libertad no podía consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y

⁷ ARISTÓTELES, *La Política*, incluida en *Obras Completas*, Distal, Buenos Aires, 2003, especialmente Libro Sexto, Capítulos XI, XII y XIII, ps. 169-178

⁸ Citados por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...cit.*, Tomo VI, ps. 69-70.

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, *Del espíritu de las leyes*, Oxford University Press, México, 1999, traducción española, en especial: Libro XI, “De las leyes relativas que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución”, ps. 106-128.

en no ser obligado a lo que no debe quererse. También que la libertad era el derecho de hacer lo que las leyes permitían y que todo hombre investido de autoridad abusaba de ella, por lo que debía estar sujeto a límites. Una Constitución podía ser tal que nadie pudiese ser obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe¹⁰.

De este modo, la doctrina de MONTESQUIEU se constituyó en un punto de quiebre que resultó a la postre la piedra basal en la que se asentó la Revolución Francesa y tuvo un influjo decisivo en el desarrollo del constitucionalismo liberal moderno y del Derecho Administrativo a tal grado que, tradicionalmente, se acostumbra a fijar el “nacimiento” de este último a partir de dicho acontecimiento trascendental en la historia de la humanidad.

Se ha dicho que el éxito de la teoría de MONTESQUIEU se circunscribió más a los aspectos políticos que a la sistematización de la actividad orgánica, poniéndose un acento exagerado en la división de poderes y pretendiéndose, de allí, extraer de rondón que a cada poder le correspondía una función, confiriéndoseles autonomía e independencia¹¹.

Maguer lo expuesto, la concreción de la teoría -y de allí su valor-, se plasmó mediante la consagración de una separación de funciones relacionadas, a su vez, con una separación de órganos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, conformantes de manifestaciones de ese único poder estatal¹².

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, ob. y loc. cit.

¹¹ Cfr. FIORINI, Bartolomé, *Teoría de la justicia administrativa*, Alfa, Bs. As., 1944, p. 40 y ss.

¹² Como certeramente se ha expresado, y en vista a la asunción de cometidos que encaró el Estado Social de Derecho, en ese reparto, el órgano ejecutivo se benefició con el fragmento mayor: al disponer no sólo directamente de la fuerza pública, sino también de todas las atribuciones inherentes al intervencionismo económico y social, como ser, la planificación, los servicios públicos, la actividad de fomento y el incremento de su poder de policía, por contrapartida de lo que aconteció con los otros dos órganos que permanecieron con sus atribuciones sin mutar (GAUNA, Juan O., “La problemática del control judicial de los actos de la Administración Pública. La Teoría de la separación de poder”, LL, t. 1979-C, ps. 922 y ss.).

Aunque, de todos modos, el modelo adquirió un sesgo distinto en el derecho norteamericano, francés y alemán, que no nos detendremos en pormenorizar¹³, en definitiva, todos los sistemas inspirados en el mismo confluyeron inicialmente en asegurar dos aspectos centrales del ideario liberal: fijar límites al ejercicio de los poderes estatales y asegurar la libertad de los ciudadanos.

El principio estuvo también presente desde los albores mismos del nacimiento de nuestro país, en las Actas Capitulares del Cabildo de Buenos Aires de los días 24 y 25 de mayo de 1810, en el Reglamento del 22 de octubre de 1811 dictado por la Junta Conservadora¹⁴ y en la obra de ALBERDI, quien, con toda elocuencia, escribió: “...*para que los procuradores o mandatarios no abusen del ejercicio de la soberanía delegada en sus manos, el pueblo reparte en diferentes mandatarios los varios modos con que puede ser ejercida su soberanía. Para ejercer la soberanía en la sanción de las leyes, entrega ese poder al cuerpo legislativo. Para ejercerla en la interpretación y aplicación de las leyes a los casos contenciosos ocurrentes, deposita esa función en manos del poder judicial. Para que las leyes se cumplan en los casos no contenciosos y se lleven a ejecución las decisiones de los jueces, el pueblo entrega esa parte especial de su soberanía al poder ejecutivo...*”¹⁵.

Es conocido también que la doctrina clásica y la legislación positiva han reconocido, a partir de la construcción de MONTESQUIEU, tres actividades esenciales del Estado para realizar sus fines, las que

¹³ Una completa enunciación de las características y evolución de dichos modelos puede consultarse en CORVALÁN, Juan G, *Estado constitucional y división de poderes*, Astrea, 2° edición, ps. 19-97. Una descripción de la regulación constitucional de la división de poderes puede encontrarse en GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del Principio de División de Poderes en las Constituciones Parlamentarias*, Dickynson, Madrid, 1° edición, 2004, ps. 24-53. Para un exhaustivo estudio del sistema norteamericano ver: BIANCHI, Alberto B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2013.

¹⁴ Cfr. ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1° edición, Tomo II, p. 21

¹⁵ ALBERDI, Juan B., *Derecho público provincial argentino, Obras Selectas*, Tomo XI, Cap. IV, p. 83, cit. por LINARES QUINTANA, *Tratado...*cit., Tomo VI, p. 82.

se han delineado a partir de un principio lógico-racional provisto por el constitucionalismo liberal y no exento de connotaciones políticas. Esas funciones clásicas -administrativa, legislativa, judicial- se han asignado, correlativamente, a los tres órganos que ejercen partes de un único poder estatal.

Como lógico corolario de esta elaboración, comúnmente se admite que las funciones del Estado pueden apreciarse desde una perspectiva *subjetiva* u *orgánica* o desde una perspectiva *material* o *sustancial*. Obviamente ninguna de las dos resulta suficiente para trazar una línea divisoria de inobjetable nitidez, ni tampoco ello es lo aconsejable desde una mirada que resignifique (o actualice) el sentido de la noción de separación de poderes y división de funciones.

De acuerdo con el punto de vista llamado subjetivo u orgánico (a veces también denominado formal), puede hacerse la distinción según que el acto sea realizado por un órgano jurisdiccional, administrativo o legislativo, para así determinar si nos encontramos ante una función de tal o cual tipo. Pero este criterio es insuficiente y, tomado a la letra, resulta ser erróneo, por cuanto los órganos legislativos y jurisdiccionales también realizan funciones administrativas.

Partiendo desde el enfoque designado como material o sustancial, es decir, ateniéndose a la descripción externa de los actos mismos, serían actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa (es decir, que crean normas o reglas de derecho); actos jurisdiccionales los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable; y actos propios de la función administrativa aquéllos que constituyen manifestaciones concretas de voluntad estatal (por oposición a las manifestaciones abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) y de cumplimiento de sus fines.

Pero es obvio que tampoco cabe estarse a este criterio sustancialista en forma literal pues ello implicaría afirmar que los tres órganos realizan las tres funciones y que no existiría, en suma, división de las mismas ni sistema de frenos y contrapesos alguno, lo cual resultaría absurdo.

Se ha señalado que todos los órganos del Estado exteriorizan su voluntad, aunque de distinta manera: permanente e inmediata en el

caso de la función administrativa y accidental y mediata en los casos de las funciones legislativa y judicial. Esta exacta aserción, debe precisarse aclarándose que el órgano ejecutivo también tiene a su cargo la función de gobierno y que las funciones administrativas de los órganos legislativo y judicial se ejercen, primordialmente, “*hacia adentro*”.

Otro criterio, que se relaciona con los expuestos y los reduce a unidad, es el denominado *mixto* que combina el elemento subjetivo u orgánico con los elementos materiales o sustanciales. Así, al Poder Ejecutivo, con más sus órganos y entes que lo secundan, además de la función administrativa sustantiva, le corresponden otras actividades, por ejemplo, la facultad reglamentaria, que es un acto de naturaleza legislativa; o la resolución de controversias en materias confiadas a órganos con especialidad técnica expresamente asignada, que son actos materialmente jurisdiccionales. El Poder Judicial, además de ejercer la función jurisdiccional y la administrativa, “*hacia adentro*”, realiza otros actos de esencia legal como el dictado de fallos plenarios por parte de las Cámaras, de aplicación obligatoria para las salas y tribunales inferiores. Y el Poder Legislativo, a más de ejercer la función de emitir normas generales y abstractas, realiza actos de sustancia jurisdiccional (v.g., juicio político) o administrativa (v.g., nombramiento de su personal). Esta noción se aproxima más a la que consideramos debe ser la imprescindible resignificación (o reactualización) de la doctrina de MONTESQUIEU, aunque requiere de ciertas precisiones adicionales y complementarias que, enseguida, expondremos.

Finalmente debemos recordar también que, para esta representación usual, mientras la actividad legislativa crea la norma, la jurisdiccional la realiza en caso de contienda y la administrativa la ejecuta, pero dentro de los límites que le marca el ordenamiento jurídico vigente¹⁶. Esta apreciación resulta inexacta pues, en rigor, el proceso creativo-aplicativo de la norma es dinámico y, salvo en los extremos

¹⁶ De acuerdo: DIEZ, Manuel M., *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Bs As, 1961, p. 11 y ss. Para este autor la función administrativa se realiza únicamente en los casos en los que la ley o la Constitución lo han querido, por lo que los órganos administrativos están siempre ligados al ordenamiento jurídico.

del ordenamiento jurídico, todo acto de creación del derecho es también aplicación del mismo y a la inversa¹⁷.

3. LA NECESARIA RESIGNIFICACIÓN (O REACTUALIZACIÓN) DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Se ha llamado la atención sobre la crisis del principio de división de poderes, a partir del dato sociológico de la desaparición de las divisiones sociales (nobleza, burguesía) que dieron causa a su nacimiento, y de la observación empírica de que las funciones estatales, objetivamente definidas, acabaron por no coincidir con las competencias concretas atribuidas por las constituciones a los complejos orgánicos¹⁸. Además, se ha señalado que el principio es de recibo aun en las constituciones de Posguerra, pero alejado de la realidad en tanto es corriente la adopción de sistemas parlamentarios en los cuales el Poder Ejecutivo y el Legislativo no se encuentran separados ni personal ni funcionalmente¹⁹.

Sin embargo, con ser exacto lo apuntado, creemos que más que de “crisis” debe hablarse de una necesidad de resignificación (o reactualización) del principio, como esa misma doctrina, por otra parte, reconoce, miraje que, por otra parte, va más allá de los sistemas parlamentarios y se proyecta también sobre los sistemas republicanos²⁰.

¹⁷ LINARES, Juan F., *Poder discrecional administrativo. Arbitrio administrativo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1958, ps 15-16. En su opinión, median a la par, y en dosis diversas, autonomía y heteronomía; se aplica la norma superior “...pero como nunca ella suministra todos los elementos del acto o norma de aplicación, resulta que ésta es siempre y en cierto grado un acto creado o el ejercicio de libertad o arbitrio –vale decir de la conducta o libertad lícita del órgano- que deja la norma superior ejecutada”.

¹⁸ GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del Principio de División de Poderes en las Constituciones Parlamentarias*, Dickynson, Madrid, 1° edición, 2004, en especial, ps. 295-339.

¹⁹ Cfr. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2° edición, 1976, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, p. 55. Este autor llama la atención respecto a que, en realidad, lo que se denomina como “separación de poderes” no es otra cosa que la distribución de determinadas funciones a distintos órganos estatales.

²⁰ Y ello sin contar que, hoy en día, la noción se ha expandido al enfocársele como una división de responsabilidades y de realización de tareas,

A nuestro juicio este nuevo vistazo al principio viene impuesta por el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho en el que gran parte de las sociedades occidentales se hayan insertas..

En efecto, la noción clásica de la división de poderes se formuló de un modo pétreo y estático, que ya no resulta acorde a las necesidades de una sociedad que se ha tornado más compleja, producto de su evolución constante y cada vez más acelerada, operada a lo largo del siglo XIX y hasta el presente²¹.

Es que la formulación y concreción originarias del enunciado, tuvieron como finalidad la preservación de los derechos que afectaban la esfera individual (igualdad, libertad). Por lo tanto, se configuraban como un ámbito irreductible a favor de los individuos representando, por ende, una garantía negativa limitante de la actuación de los poderes públicos, acorde con el modelo de Estado de Derecho Liberal.

Sin embargo, la evolución operada como producto de las demandas cada vez más insatisfechas del cuerpo social, abrió paso a la conformación del Estado Social de Derecho o Estado de Bienestar que, al reconocer estos derechos sociales, se autogeneró consecuentes deberes de prestación²².

Más tarde, el neoconstitucionalismo²³ dio paso al reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, brindándoles un cauce

aplicable a empresas o a instituciones internacionales y supranacionales, con lo que aparece convertida en una regla básica de cualquier organización (Ver: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, "La división de poderes como principio de ordenamiento", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, UNAM, México, Anuario 2007, Tomo I, ps. 211-225).

²¹ Charles EISENMANN había interpretado, incluso, que la teoría de MONTESQUIEU no pretendió prohibir que un mismo órgano reuniese funciones de más de un tipo o clase, es decir, la inexistencia de actividades comunes a los otros poderes; antes bien, la preocupación fue la de impedir la acumulación personal de dos o más funciones en su totalidad (Ver: "L' Esprit des lois et la séparation de pouvoirs", en *Mélanges Carré de Malberg* (Obra Colectiva), Recueil Sirey, Paris, 1933, ps. 175-178).

²² Nos hemos referido al nacimiento, evolución y crisis del Estado de Bienestar en nuestro trabajo: *La voluntad en los actos administrativos*, RAP, Buenos Aires, 1ª edición 2013, ps. 53-60, al que nos remitimos.

²³ También llamado "constitucionalismo contemporáneo", con acento en la protección y realización de los derechos humanos "constitucionalizados". Se

protectorio y concretizador, escenario en el que el Estado ya no es un destinatario de una pretensión de no intervención, como en los derechos de libertad, sino un destinatario de una pretensión de realización²⁴.

Teniendo en cuenta que hoy se habla de derechos de tercera y cuarta generación, parece innegable que la evolución no puede entenderse, sino como la suma de sus distintas categorías, una *adición acumulativa de derechos* que no se excluyen ni se eliminan entre sí, ni tampoco se restan²⁵. Se trata, como explica PRIETO SANCHÍS, de un modelo “dualista” de concepción de los derechos pues posee, por un lado, un carácter finalista que traduce normativamente los valores de dignidad, libertad e igualdad y, por el otro, un carácter legitimador del poder²⁶.

trata de una corriente contemporánea que aboga por una mayor presencia judicial y para ello propicia una labor de los jueces guiada por más principios que reglas y por más ponderación que subsunción. Así, por ejemplo, para Miguel CARBONELL, el neoconstitucionalismo debe ser visto desde tres niveles de análisis distintos: a) como una explicación de los textos constitucionales de Posguerra que contienen normas substantivas que representan verdaderos mandatos de actuación a los Estados para la concreción de los fines y objetivos allí establecidos; b) como el impacto en la labor de los jueces que deben ahora ejercer sus funciones con otras pautas interpretativas y aplicativas del Derecho, en forma justificada y razonable y atribuyendo contenidos normativos concretos; y c) como la gestación de desarrollos teóricos nuevos, para comprender en forma consecuente los nuevos textos constitucionales y analizar las nuevas prácticas jurisprudenciales (ver: “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, ps. 9-11).

²⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, NomosVerlagsgesellschaft, 1º edición, 1993, traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, p. 75. Ello ha llevado a opinar que el paso al Estado Social y Democrático de Derecho supone un “Estado Administrativo”, es decir, esencialmente prestador porque debe ejecutar materialmente muchas acciones que permitan a los ciudadanos un estándar mínimo que asegure su dignidad y realización de su proyecto de vida o “procura existencial” (ver: ORBEGOSO SILVA, Miluska F., *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, ps. 34-40).

²⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Marcial Pons, Madrid, 1º edición, 2016., p. 215.

²⁶ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 20. Para Rafael de ASÍS, el modelo dualista toma en

¿Cómo lograr la efectiva realización de tales derechos?

Según BOCKENFÖRDE, la única opción superadora es la de prodigarles un cariz de mandato constitucional para, de este modo, condicionar la actuación de los tres órganos estatales e impedir, en el caso de los órganos políticos, su supresión total o su desatención manifiesta²⁷.

Ese “condicionamiento” que surge del mandato contenido en el constitucionalismo contemporáneo a los tres órganos o poderes del Estado, sólo puede apreciarse a través del prisma que ofrece la Teoría de los Sistemas, formulada inicialmente en el campo de la Biología en el siglo pasado y trasladada luego al campo de las Ciencias Sociales²⁸.

Esta doctrina parte de la existencia básica de distintos sistemas o subsistemas con funciones específicas, pero nítidamente interrelacionadas entre sí, interdependientes e interactuantes, cuya finalidad es obtener objetivos dentro de un “plan”, lo que implica que no es admisible una ruptura entre cada uno de ellos. Un sistema, en pocas palabras, es una porción de la realidad que mantiene una organización frente a influencias del medio en el cual actúa, sin perder su sesgo identitario pese a las mutaciones que experimenta²⁹. La eficacia de una organización estatal, sistémicamente considerada, debe ser valorada, según PAREJO ALFONSO, de acuerdo al beneficio social que es capaz de producir³⁰.

cuenta una perspectiva ética y una perspectiva jurídica de los derechos (Vid. *Sobre el concepto y fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001 ps. 13-14)

²⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos...* ob.cit. ps. 80-81.

²⁸ Se ha atribuido a Ludwig VON BERTALANFFY, biólogo alemán, la estructuración y definición de esta teoría en 1947. Sus trabajos, realizados a lo largo de décadas, se hallan reunidos en la obra *Teoría General de los Sistemas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, traducción de la primera edición en inglés de 1968 de Juan Almela.

²⁹ De acuerdo, en lo sustancial, GRÜN, Ernesto, “El sistema de la Teoría General del Derecho: Teoría General del Derecho y Teoría General de los Sistemas” en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Asociación Argentina de Derecho Comparado, N° 14, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 239-243.

³⁰ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración*, INAP, Madrid, 1995, p. 95.

La mirada sistémica de la separación de poderes, estimamos, permite apreciar mejor aquello que GÓMEZ PUENTE, en una postura semejante a la de BOCKENFÖRDE, denomina “legalidad-encargo”, es decir, la exigibilidad a los Estados de que su obrar sea económico, eficiente y eficaz, lo que comporta también un modo de respetar el principio de juridicidad³¹.

Una visión sistémica, debe, por lo tanto, concebir el postulado de la separación de poderes en forma abierta y dinámica, tomando en cuenta el complejo haz de conexiones entre las distintas funciones, que deben pasar a considerarse en forma interdependiente e interrelacionada, superando la compartimentación propia de la elaboración primigenia. Por otra parte, entre los distintos órganos (poderes) se generan no sólo relaciones de control, como en el modelo tradicional de los frenos y contrapesos, sino también de colaboración y coordinación, lo que supone una forma distinta de entender el equilibrio de entre los poderes.

Como sostiene BALBÍN: el principio básico ya no es el de división de poderes, en los términos en los que fue interpretado originariamente y en un plano teórico, ni tampoco el de separación de funciones porque en verdad existen tres poderes diferenciados con funciones evidentemente entremezcladas³². Pero, ese “entremezclamiento”, preciso es aclarar, se genera de acuerdo al “plan” y no en forma desordenada o caótica.

Se trata, según GÁMEZ MEJÍAS, quien sigue a LOEWENSTEIN en este punto, de una *distribución* del poder más que de una división, un reparto de su ejercicio que lleva a la fragmentación de las funciones estatales, según el tipo de actividad. Con todo, este autor señala que debe evitarse que las funciones asignadas a cada órgano se tornen fungibles, diluyéndose la distinción y para ello se han elaborado, esencialmente dos doctrinas, o, mejor dicho, dos pautas orientativas que, a mi entender, guardan estrechos puntos de contacto: a) la que distingue un

³¹ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1° edición, 1997, ps. 78 y ss. Para BALBÍN, la eficacia es un principio constitucional que se interrelaciona con el derecho de las personas a una buena administración y plantea si, acaso, la gobernanza no es el nuevo paradigma de las Administraciones Públicas (*Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2° edición, 2015, Tomo I, p. 200).

³² BALBÍN, Carlos F., *Tratado...* ob. cit, Tomo I, ps. 74-75.

ámbito nuclear, o esencial, asignado por la Constitución a un órgano, que no puede ser invadido por otro órgano y ámbitos periféricos en los cuales la invasión es posible y; b) la que asigna un ámbito de actuación mínimo a cada órgano del Estado, lo que se cristaliza fijándose tareas que los órganos no pueden dejar de ejercer o estableciendo procedimientos de actuación³³.

La realidad evidencia que las relaciones y conexiones –diríamos la interdependencia e interrelación-, entre los poderes estatales son muy estrechas desde una mirada sistémica. Así, es evidente que lo que originariamente podía calificarse de avance o desborde de un poder sobre el otro, hoy se asume como una relación de colaboración y, es por eso que actualmente se admite, que el Poder Judicial deba controlar toda la actividad del Poder Ejecutivo, aun aquella tradicionalmente exenta de revisión (vg. la revisión judicial de los actos de gobierno e institucionales o la fijación de los límites básicos para el diseño de una política pública por el órgano judicial, cuando su inexistencia o ausencia puedan afectar a un derecho humano esencial). Es más, en el derecho español se ha llegado a plantear el reconocimiento de una “reserva constitucional de ejecución” y, aun cuando se admite la dificultad de trazar un límite entre las funciones legislativa y ejecutiva, se sostiene que la misma existe y cede en caso de estado de necesidad³⁴.

En suma, el principio de división de poderes subsiste, aunque adaptado a la evolución sistémica del Derecho Público: cada poder poseer un núcleo competencial constitucionalmente asignado y un círculo de competencias *periféricas*.

Las competencias periféricas pueden ser asumidas por cualquiera de los otros dos órganos, en forma complementaria o extraordinaria.

Las nucleares sólo pueden ejercerse con carácter excepcional y temporal y es este el caso de los Decretos de Necesidad y Urgencia en nuestra Constitución Nacional, luego de su incorporación a través de la reforma constitucional de 1994.

³³ GAMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado...cit.*, ps. 301-328.

³⁴ Ver: PAREJO ALFONSO, Luciano, “Existe una reserva constitucional de “ejecución”? Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales” en Cuadernos de Derecho Público, Madrid, N° 1, mayo-agosto 1997, ps. 13-42).

4. LA INSERCIÓN DEL “PLEXO COVID-19” DENTRO DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES RESIGNIFICADO (O REACTUALIZADO)

En ese contexto, a nuestro juicio, es en el que deben inscribirse los DNU emitidos por el Poder Ejecutivo en el marco de la pandemia del COVID 19, desde el dictado de los que llevan los números 260/2020³⁵ y 297/2020³⁶, y en adelante³⁷.

Desde el punto de vista de su procedencia formal y sustancial se encuentran dadas todas las condiciones que tanto nuestra Constitución Nacional en su artículo 99, inciso 3°, como la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema³⁸ y caracterizada doctrina han marcado como requisitos habilitantes para la utilización de este “instituto de emergencia o de gobernabilidad”³⁹: existen circunstancias excepcionales que imposibilitan seguir los trámites ordinarios previstos para la Constitución Nacional y no se trata de materias “prohibidas”. Además se encuentran debidamente motivados pues abundan en consideraciones científicas que aparecen, *a priori*, como razonables. Restará que la Comisión Bicameral Permanente se pronuncie sobre ellos en su oportunidad.

³⁵ B.O. 12-03-2020. Por este decreto se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud el 12-03-2020 con relación al coronavirus COVID-19 por el plazo de un año a partir de su vigencia y se atribuyeron al Ministerio de Salud, diversas facultades en su carácter de autoridad de aplicación, entre ellas, la de fijar precios máximos para insumos críticos.

³⁶ B.O. 18-03-2020. Este reglamento estableció el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para todos los habitantes del país y para aquellos que, sin serlo, se encontrasen en él en forma temporaria.

³⁷ Con posterioridad se dictaron otros DNU y también normativa complementaria compuesta por decretos, decisiones administrativas y resoluciones ministeriales que omitimos detallar en honor a la brevedad.

³⁸ Especialmente en los fallos: “Verrocchi, Ezio D. c/Poder Ejecutivo Nacional-Administración Nacional de Aduanas” s/amparo, *Fallos*, 3222: 1276; “Leguizamón Romero, Abel y otros c I.N.S.S.J.P. s/ordinario”, *Fallos*, 327 5559 y “Consumidores Argentinos c/EN-PEN-Decreto 558/02-Ley 20091 s/amparo”, *Fallos*, 333: 633.

³⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, Tomo I, p. 301; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavallia, Buenos Aires, 3° edición, 2000. ps. 619-620.

En verdad, nos atrevemos a decir que, pocas veces en nuestra vida institucional la utilización de este remedio extraordinario se ha mostrado tan justificada en atención a los presupuestos fácticos de esta gravísima emergencia sanitaria⁴⁰.

La excepcionalidad y temporalidad de las medidas, aun cuando se correspondan con el ámbito *nuclear* del órgano legislativo, así como su razonabilidad y proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación), en otras palabras, la “balanza” que idealmente concibe BARAK⁴¹ -en uno de cuyos platillos colocaríamos la restricción a los derechos fundamentales, que asumen, por su condición de tales, carácter de principios, (a trabajar, a ejercer industria y comercio lícitos, a trasladarse de un lugar a otro, a enseñar y a aprender, etc.) y, en el otro, la finalidad de preservar los de mayor peso o prevalencia absoluta (la vida, la salud)-, les otorgan a todos ellos una presunción de convencionalidad y constitucionalidad evidentes y manifiestas.

Los DNU así dictados no alteran el principio de división de poderes, entendido no con la rigidez de su formulación inicial, sino bajo la resignificación sistémica que el Constitucionalismo principialista o Neoconstitucionalismo, reclama.

Ciertamente, los DNU emitidos abren una instancia de juego institucional en el marco de esta situación de emergencia sanitaria, pues no sólo tienen efectos regulatorios inmediatos al modificar el ordenamiento jurídico vigente, sino que, a la par, obran como disparadores de relaciones de colaboración, coordinación y control entre todos los órganos estatales, como partes interdependientes e interrelacionadas de un todo que es el Estado Social y Constitucional de Derecho bajo el que vivimos.

⁴⁰ Un repaso a nuestra historia constitucional revela que las restricciones a los derechos se han dispuesto en el contexto de emergencias *económicas y sociales*, que algunos autores han calificado de “permanentes”, según da cuenta la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación vertida en los casos “Ercolano c/Lanteri de Ranshaw s/consignación”, *Fallos*, 136: 161; “Avico, Oscar A. c/de la Pesa, Saúl G”, *Fallos*, 172: 21; “Inchauspe Hermanos, Pedro c/Junta Nacional de Carnes”, *Fallos*, 199: 483; “Cine Callao”, *Fallos*, 247: 121; “Empresa Mate Lorangeira Mendes S.A. y otros”, *Fallos*, 269: 393; “Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional- Ministerio de Economía-Banco Central”, *Fallos*, 313: 1513; entre otros.

⁴¹ BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los Derechos Fundamentales y sus restricciones*, Palestra, Lima, 2017, traducción de Gonzalo Villa Rosas, ps. 380-406

Todos estos fenómenos sistémicos se suscitan conforme a un “plan” que no puede ser otro que el de la eficacia en el accionar de los órganos estatales en pos de lograr la maximización del beneficio social, dentro del cual forman parte inequívocamente la vida y la salud.

5. CONCLUSIÓN

La globalización que ha supuesto la pandemia del nuevo coronavirus, COVID-19, ha colocado a los Estados, y el nuestro no es la excepción, ante la necesidad de enfrentar esa crisis con remedios extraordinarios.

En nuestra realidad jurídica ha provocado el dictado de una serie de DNU integrantes de lo que hemos denominado como “Plexo COVID-19”, que han restringido una serie de derechos fundamentales en aras a preservar la vida y la salud de los habitantes de nuestro territorio. Creemos y anhelamos que la evolución de la enfermedad permita, gradualmente, recuperar las condiciones económicas con medidas que apunten a la reactivación de las variables. La empresa no será, por cierto, sencilla. Pero el dilema entre la vida y la salud, por un lado y la economía por el otro, no es de hierro y posee una respuesta indubitada en todo Estado Social y Constitucional de Derecho.

El dictado de los DNU durante la pandemia no presupone pues, un “Estado de excepción” que preludie la implementación de prácticas autoritarias o dictatoriales⁴², ni quiebra el principio de división de poderes resignificado (o reactualizado) enfocado desde una perspectiva sistémica inherente al modelo de estatalidad que al igual que la gran mayoría de los países de Occidente, hemos abrazado

“El ejercicio del poder acarrea muchos disgustos y exige mucho valor”⁴³.

⁴² Ver AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 5ª edición, traducción de Flavia Costa e Ivana Costa, en especial ps. 73-85.

⁴³ NIETZSCHE, Friedrich, *El viajero y su sombra*, Edicomunicación, Barcelona, 1994, traducción de Enrique Eidelstein, p. 122.

LAS LIBERTADES INDIVIDUALES EN TIEMPO DE COVID-19

LA CONSTITUCIONALIDAD DE SU RESTRICCIÓN

MANUEL GONZALO CASAS¹

DANIELA LÓPEZ TESTA²

Universidad Nacional de Tucumán

*Nuestros conciudadanos no eran más culpables que otros,
se olvidaban de ser modestos, eso es todo,
y pensaban que todavía todo era posible para ellos,
lo cual daba por supuesto que las plagas eran imposibles (...)
¿Cómo hubieran podido pensar en la peste que suprime el porvenir,
los desplazamientos y las discusiones?
Se creían libres y nadie será libre mientras haya plagas.*

Albert Camus, *La Peste*, 2ª ed., Libresa, Quito, 1990, págs. 105 y sig.

I. INTRODUCCIÓN

Argentina es una sociedad libre. Es una sociedad criolla, hija de la revolución francesa, de los barcos y de la pachamama³. Para conciliar

¹ Abogado. Master of Law (Universität Freiburg im Breisgau), Doctor en derecho (Universität Heidelberg), Profesor de Derecho de las Obligaciones (Universidad San Pablo-Tucumán).

² Abogada. Master of Law (Universität Freiburg im Breisgau), Doctoranda (Universität Erlangen-Nürnberg).

³ Sobre esto Casas, *Manuel Gonzalo*, "Die causa-Lehre in der französischen und argentinischen Privatrechtsreform", en: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, Jahr 2017, págs. 82 y sig.

estas tres tradiciones, junto a la reivindicación de los orígenes latinoamericanos en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional mediante el reconocimiento del derecho de los pueblos originarios, se consagra como pilar central de la organización social el art. 19. Esta norma recoge la idea básica legalista de que *todo lo que no está prohibido, está permitido*.

Esta premisa de corte liberal, no obstante, hoy se encuentra extraordinariamente invertida. La pandemia del coronavirus se expandió de manera vertiginosa. Pero lamentablemente no existe hasta el momento contra esto más “vacuna” que el distanciamiento social. En consecuencia, el gobierno argentino, al igual que la mayoría de los gobiernos pertenecientes a ordenamientos democráticos liberales, tuvieron que restringir temporalmente algunas libertades para controlar la transmisión de esta enfermedad y evitar, así, el colapso del sistema de salud. Se dictó mediante el decreto de necesidad y urgencia 297/2020 el 20 de marzo el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO). Con esto, se prohibió, entre otras cosas, la circulación por vías públicas, la reunión de personas, los espectáculos deportivos y musicales. Se determinó, con precisión, qué actividades podían continuar desarrollándose y bajo qué medidas. Rige excepcionalmente, desde entonces, de alguna manera, el mandato *todo está prohibido, a menos que esté permitido*.

Esta situación fue vista con recelo por algunos⁴. Por esta razón, en este pequeño trabajo, se quiere analizar si las medidas tomadas por el gobierno argentino para mitigar las consecuencias en la salud de la pandemia superan, en abstracto, el test de constitucionalidad. A tal fin, se tomará como referencia la situación de las libertades civiles del art. 14 de la Constitución Nacional, así, por ejemplo, el derecho de la libre circulación. En primer lugar, el texto atenderá si estos derechos son restringibles (*Ver II*). En esto, ellos serán interpretados a la luz de la “Teoría de los Derechos como Principios” de *Robert Alexy* (*Ver III*). Esta idea implica que las medidas que limiten estos derechos, para ser constitucionales, deben superar el control de proporcionalidad. Por eso, se analizará cuáles son los presupuestos de este control (*Ver IV*).

⁴ Así, por ejemplo, *Gargarella, Roberto*, “Frente al coronavirus, ¿es necesario restringir las libertades compulsivamente?”, *en*: Clarín, 24/3/2020, disponible en https://www.clarin.com/opinion/frente-coronavirus-necesario-restringir-libertades-compulsivamente-_0_7-hXC6hjy.html (última consulta 16/6/2020).

Para finalizar, se considerará, en vista a lo expuesto, si los decretos de necesidad y urgencia fueron las medidas idóneas para administrar la emergencia sanitaria específica del coronavirus en el país (*Ver V*).

II. LA RELATIVIDAD DE LAS LIBERTADES CIVILES

El art. 14 de la Constitución Nacional reconoce una serie de derechos esenciales para todos los habitantes de la Nación Argentina. Así, esta normativa consagra, entre otros, el derecho a trabajar, a ejercer industria lícita, a navegar, a comerciar, a circular por el territorio argentino y a asociarse con fines útiles. Muchas de estas libertades se ven restringidas hoy por las medidas de confinamiento obligatorio decretadas para paliar los efectos del coronavirus. Esta situación legal no implica, sin embargo, una violación *per se* de aquellas. El mismo art. 14 de la Carta Magna dispone, al instaurar una reserva legal⁵, que los derechos por él consagrados no son absolutos. Ellos deben utilizarse, ciertamente, “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. Estas leyes reglamentarias deben tomar en cuenta intereses estatales como el de la seguridad y el de la salud pública⁶. En esta reglamentación, no obstante, de acuerdo al art. 28 de la Constitución Nacional, los derechos no pueden ser alterados. En concreto, ellos no deben ser desvirtuados.

Esta interpretación general sobre la relatividad de las libertades constitucionales ha encontrado recepción jurisprudencial. A modo de ejemplo cabe mencionar el fallo “Peralta” del año 1990 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En tal caso se trataba de la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia que convertía los contratos de plazo fijo en bonos del estado. En ese entonces, se sostuvo que “en el sistema constitucional argentino, no hay derechos absolutos

⁵ Sobre las reservas legales en general *Alexy, Robert*, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, octava edición, Sinzheim, 2018, págs. 254 y sigs.

⁶ *Ezequiel Casagne* sostiene que “la limitación de los derechos de los habitantes por razones de salud pública es uno de los ejemplos tradicionalmente de la competencia legislativa usualmente denominada ‘poder de policía’”. *Casagne, Ezequiel*, “El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19”, en: *La Ley*, 2/6/2020, pág. 2; ver también *Gelli, María Angélica*, “La Pandemia del COVID-19. Desafíos democráticos y límites constitucionales”, en: *La Ley*, 18/5/2020, pág. 1.

y todos están subordinados a las leyes que reglamentan su ejercicio”⁷. Se estableció, además, que existen limitaciones impuestas “por la necesidad de atenuar o superar situaciones de crisis”⁸, por lo que se concluyó que ante ciertos problemas urgentes – como el de la pandemia que nos ocupa actualmente – se justifica *incluso* una reacción del Estado en forma “más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad”⁹.

La normativa internacional que compromete al Estado Argentino reconoce, igualmente, limitaciones a los derechos de libertad de acción. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos instituye en su art. 22 inc. 3 que el derecho a circular puede ser restringido en virtud de una ley para proteger, entre otras cosas, la salud pública. Su art. 27 expresa, además, que un Estado frente a una guerra, un peligro público u otra emergencia grave que amenace su independencia o seguridad podrá limitar ciertos derechos, en tanto esta restricción no entrañe discriminaciones fundadas en raza, religión, sexo, origen social o idioma. En relación a este cuerpo legal, se debe mencionar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – una de sus autoridades de aplicación – emitió el 10 de abril del 2020 la Resolución No. 1/2020 específicamente sobre la pandemia del coronavirus. En esta disposición se declara, entre otras cosas, que las medidas estatales para administrar la emergencia sanitaria deben ser adoptadas atendiendo a la mejor evidencia científica en concordancia con el Reglamento Sanitario Internacional así como con las recomendaciones emitidas por la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud. Asimismo, la resolución determina que la limitación, debido a los efectos de la pandemia, de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales debe tener lugar sólo cuando sea inevitable y debe permitir su revisión judicial.

Ahora bien, es cierto que las restricciones de los derechos fundamentales de rango constitucional deben hacerse por normas de rango

⁷ CSJN, Fallos: 313: 1513, Luis Arcenio Peralta y otro v. Estado Nacional - Ministerio de Economía- Banco Central, considerando 38.

⁸ CSJN, Fallos: 313: 1513, Luis Arcenio Peralta y otro v. Estado Nacional - Ministerio de Economía- Banco Central, considerando 38.

⁹ CSJN, Fallos: 313: 1513, Luis Arcenio Peralta y otro v. Estado Nacional - Ministerio de Economía- Banco Central, considerando 46.

constitucional¹⁰ o por normas de rango inferior a la constitución pero autorizadas por ésta a tal fin¹¹. El art. 14 de la Constitución Nacional afirma, *como principio*, que las *leyes* pueden limitar las libertades por él consagradas. Es decir, las normas dictadas por el legislador son, según la Carta Magna, las que pueden restringir, por ejemplo, la libertad de navegación. Sin embargo, en el supuesto particular de la pandemia el procedimiento en Argentina fue peculiar. Lo intempestivo de la situación llevó a que sea el Poder Ejecutivo y no el Legislativo quien debió tomar, en un primer momento, las medidas limitantes de la libertad para asegurar el distanciamiento social y, con esto, disminuir la propagación del virus. El Congreso tuvo que permanecer sin sesionar hasta tanto se dispusiera de la logística necesaria para las deliberaciones virtuales. La tasa de contagiosidad de esta enfermedad no permitía razonablemente dejarlo sesionar de modo presencial ni esperar hasta que pudiera hacerlo mediante internet. Se debió actuar. El Ejecutivo, en consecuencia, se valió, como se verá luego, del instituto de los decretos de necesidad y urgencia. Pero esta situación no significó que el Poder Legislativo renunciara en su totalidad a su potestad legisferante. Esta se transformó, más bien, conforme al art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, en un poder de contralor posterior de los decretos¹².

III. LOS DERECHOS COMO PRINCIPIOS

De lo expuesto se extrae que el art. 14 de la Constitución Argentina contiene derechos como *principios* en los términos de las teorías principalistas¹³. Allí no se consagran derechos de manera absoluta. Ni tampoco

¹⁰ Cfr. *Borowski, Martin*, "La restricción de los derechos fundamentales", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Traducción *Rodolfo Arango*, Año 20, Número 59, Mayo-Agosto, 2000, pág. 42.

¹¹ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., págs. 258 y sigs.

¹² Ver "Coronavirus en Argentina: en el debut de las sesiones virtuales, el Senado aprobó 20 de los DNU que dictó Alberto Fernández por la pandemia", en: *Clarín*, 13/5/2020, disponible en https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-debut-sesiones-virtuales-senado-aprobo-20-dnu-dicto-alberto-fernandez-pandemia_0_893BhkOMy.html (última consulta: 18/6/2020).

¹³ De manera similar *Croxatto, Guido*, "No se trata de restringir la libertad sino de proteger nuestra salud y nuestras vidas", en: *Clarín*, 29/3/2020, disponible

reglas. Esta normativa, de leerse desde la perspectiva de la “Teoría de los Derechos Fundamentales” de *Alexy*, presenta, más bien, derechos como mandatos de optimización. Esto implica que esta norma ordena realizar las libertades *en la mayor medida según las posibilidades fácticas y jurídicas*¹⁴. Las primeras posibilidades refieren a las condiciones propias de la realidad, las segundas aluden, en cambio, a los principios o reglas jurídicas que se oponen a su realización¹⁵. Se debe pensar, respecto a esto último, en un derecho que no se pueda concretar en un caso específico por chocar con otro de mayor peso. Éste desplaza a aquél¹⁶. Así, una pasajera no podrá hacer valer probablemente su derecho a la intimidad para que su nombre no figure en un pasaje de avión por sobre el interés del Estado en resguardar la seguridad de la sociedad. Estas limitaciones son propias de la necesidad de compatibilizar los derechos de los distintos miembros de una sociedad con los derechos individuales de los demás y con los derechos colectivos de la comunidad¹⁷. Esto es, al fin y al cabo, el objeto último de la cuestión jurídica: *coordinar el ejercicio de la libertad de los seres humanos*¹⁸.

Por estas razones, los derechos como principios sólo prevén una consecuencia jurídica *prima facie*¹⁹. Ellos no son como las reglas que

en https://www.clarin.com/opinion/trata-restringir-libertad-protoger-salud-vidas_0_tYmOAn4mW.html (última consulta 16/6/2020).

¹⁴ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., págs. 75 y sig. Ver además *mismo autor*, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en: *Schilcher, Bernd/Koller, Peter/Funk, Bernd-Christian* (Editores), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Recht*, Juristische Schriftenreihe, Band 125, Verlag Österreich, Viena, 2000, págs. 32 y sigs.

¹⁵ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 76.

¹⁶ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 88.

¹⁷ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 250.

¹⁸ Sobre esto en profundidad ver *Casas, Manuel Gonzalo*, “La teoría kantiana del Derecho Privado”, en: *Anuario de Derecho del Instituto del Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, No. 2, IJ Editores, Año 2020.

¹⁹ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., págs. 87 y sigs.; *Poscher, Ralf*, “Theorie eines Phantoms, Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand”, en: *RW (Rechtswissenschaft) – Heft 4*, 2010, pág. 350. Más sobre el carácter *prima facie* de las consecuencias jurídicas de los principios:

establecen mandatos definitivos. Estas prescriben con toda claridad los presupuestos fácticos de aplicación como así también sus consecuencias jurídicas²⁰. Ellas pueden ser *o cumplidas o violadas*²¹, a no ser que ellas sean inválidas o reconozcan una excepción²². Ejemplo de regla es el art. 30 de la Constitución Nacional. Esta disposición determina exactamente las formalidades que debe cumplir el proceso de reforma constitucional: la existencia de una declaración por el Congreso de la necesidad de reforma constitucional, el voto de las dos terceras partes al menos de los miembros del Congreso de esta declaración y la necesidad de una Convención convocada al efecto. De seguirse estas prescripciones, la reforma es válida. De lo contrario, ella será nula. No hay un tercer camino.

Los principios, a diferencia de las reglas, no se rigen por el método de subsunción recién sugerido. Sus consecuencias jurídicas no se activan a partir de la subsunción de situaciones fácticas a supuestos de hecho normativizados. Los principios deben aplicarse, como se dijo, en la mayor medida de lo posible. La procedencia de su restricción se juzga mediante la ponderación en el marco de un examen de proporcionalidad en el caso concreto²³. Ellos son, ciertamente, confrontados con los intereses opuestos que se busca proteger con su limitación y se valora cuál prevalece. Por eso, los principios admiten *un más/menos*.

En el contexto de la pandemia, viene a consideración la oposición entre el derecho a la vida de la comunidad y a la salud pública que se quiere proteger con el ASPO y el derecho a la libertad de acción que es restringido. Para ponderar cuál de estos prevalecería en las circunstancias actuales conviene describir antes mínimamente el control de proporcionalidad.

Sieckmann, Jan, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Nomos, Baden-Baden, 1990, págs. 79 y sigs.

²⁰ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, op. cit., pág. 76.

²¹ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, op. cit., pág. 76.

²² *Borowski*, op. cit., pág. 37.

²³ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, op. cit., pág. 149; *Borowski*, op. cit., págs. 37 y sig.; *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, op. cit., págs. 18 y sig.

IV. EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS ESTATALES

Cómo se adelantó, el carácter de principio de una norma implica que su restricción, para ser considerada válida, debe ser sometida al test de proporcionalidad²⁴. Este último, conforme *Jan R. Sieckmann*, “demanda que la interferencia o no realización de un derecho, esté justificada por razones que sean lo suficientemente importantes para sobrepasar el derecho afectado”²⁵. Para analizar esto, se deben considerar tres presupuestos²⁶. Así, en primer lugar, corresponde atender la *adecuación* del medio restrictivo elegido para lograr el fin que se persigue. Luego, se tiene que estudiar si la medida restrictiva es *necesaria*, en el sentido de no existir medidas menos afectantes al principio limitado. Por último, se debe *ponderar* el principio afectado con el principio o regla que se quiere priorizar con las medidas tomadas para ver cuál prevalece en la situación concreta. Esto es llamado “*principio de proporcionalidad en sentido estricto*”²⁷.

El mencionado test de proporcionalidad incumbe a los jueces en los casos concretos. No obstante, como lineamientos generales, se puede someter al mismo al ASPO. La restricción de las libertades de acción

²⁴ Cfr. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 100; *Borowski*, op. cit., págs. 37 y sigs.

²⁵ *Sieckmann, Jan*, “El principio de proporcionalidad como un principio universal de los derechos humanos”, traducción de *Federico De Fazio*, en: *Casas, Manuel Gonzalo/Díaz Ricci, Sergio/López Testa, Daniela/Nader, Esteban* (Coordinadores), *Ius Commune ¿Hacia un ordenamiento jurídico global?*, Astrea, Buenos Aires, 2020, pág. 59. Sobre un estudio detallado del test de proporcionalidad en el campo de los derechos fundamentales ver *Clérico, Laura*, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

²⁶ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., págs. 100, 149 y sigs., nota al pie No. 222; *mismo autor*, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, op. cit., pág. 36; *mismo autor*, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, traducción de *A. Daniel Oliver-Lalana*, en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 32, 2009, pág. 83; *Schlink, Bernhard*, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1976, pág. 181; cfr. también *Sieckmann*, “El principio de proporcionalidad como un principio universal de los derechos humanos”, op. cit., pág. 65;

²⁷ *Sieckmann*, “El principio de proporcionalidad como un principio universal de los derechos humanos”, op. cit., pág. 61; cfr. también *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 100 y 149 y nota al pie 222; *Clérico*, op. cit., pág. 26.

del art. 14 de la Constitución Nacional que él conlleva debe cumplir, entonces, para ser *proporcional* y, por tanto, *constitucional*, los tres presupuestos arriba expuestos:

Como primera medida, se debe considerar si la restricción que implica el ASPO es *adecuada* para lograr el objeto que se aspira. Así, con el ASPO se busca detener la propagación del virus, evitar el colapso del sistema sanitario cómo así también ganar tiempo para mejorar la estructura sanitaria del país. El virus se transmite por el contacto cercano con una persona infectada a través de gotículas procedentes de la nariz o de la boca de ésta al hablar, estornudar o toser, o bien si se toca los ojos, la nariz o la boca luego de haber tenido contacto con objetos o superficies ya contaminados²⁸. Por eso, para evitar su contagio, la Organización Mundial de la Salud recomienda estar al menos a un metro de distancia de las demás personas²⁹. Para asegurar esto, el gobierno argentino prohibió, con el ASPO, entre otras cosas, la reunión y la circulación de individuos. Esta medida restrictiva se presenta, a primera vista, como adecuada para lograr el distanciamiento social buscado.

En segundo lugar, es pertinente examinar si el ASPO era *necesario*. Esto significa que no deben haber existido medidas con igual eficiencia menos restrictivas de derechos. La cuarentena remite, ciertamente, a épocas medievales, cuando no existían los antibióticos ni las vacunas y la única forma de preservar la salud de la población ante un virus de alta contagiosidad era mantener alejados a los unos de los otros. No obstante, los remedios y los químicos de prevención con los que cuenta la humanidad en la actualidad no sirven eficazmente para este tipo de nuevo patógeno³⁰. De no lograrse una vacuna, por eso, la famosa inmunidad de rebaño por vía natural quizás sea la única salida que posea el mundo para volver a la vieja normalidad. Esta inmunidad implica

²⁸ Ver <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> (última consulta 16/6/2020).

²⁹ Ver <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> (última consulta 16/6/2020).

³⁰ Ver *Gallagher, James*, "Tratamientos para el coronavirus: cuánto falta para que tengamos una cura para la covid-19 y cuál es el fármaco más prometedor (y otras preguntas clave sobre la enfermedad)", *en*: BBC, 27/6/2020, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52386393> (última consulta: 18/6/2020).

de por sí numerosas muertes. Es que en el camino de lograr una alta tasa de inmunidad entre los miembros de una sociedad a través de su contagio, muchos de ellos fallecerán. Pero si esta inmunidad no se logra de manera administrada, con algún tipo de distanciamiento forzoso, como lo están llevando a cabo ciertos países como Alemania³¹, el sistema de salud colapsará y, con esto, se multiplicarán los muertos que se necesitan para lograr una inmunidad de rebaño sin vacuna. A esto cabe sumar, que en algunos lugares que en un primer momento eran reacios al confinamiento obligatorio como el Reino Unido³², una vez que la situación se descontroló, se tuvo que cambiar de opinión³³. En consecuencia, el establecimiento de una cuarentena forzosa preventiva se revela aparentemente como una medida necesaria.

Por último, para determinar si el ASPO es efectivamente proporcional se debe realizar una *ponderación* entre el derecho a la libertad de acción (libertad de circulación, libertad de entrar y salir del país, libertad de reunión, etc.) y los derechos a la vida de la sociedad y a la salud pública. Un individuo podría sostener, por ejemplo, que él quiere ejercer efectivamente su libertad de juntarse a comer un asado con amigos a riesgo de contagiarse e incluso de morir. Esta es una opción del todo válida. Sin embargo, el conflicto en el contexto de la pandemia no se presenta entre el derecho a la libertad individual y el

³¹ Ver “Angela Merkel vaticinó que ‘un 60 o 70 por ciento’ de los alemanes contraerán coronavirus”, *en*: Página 12, 11/3/2020, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/252245-angela-merkel-vaticino-que-un-60-o-70-por-ciento-de-los-alem> (última consulta: 18/6/2020); también Barrena, Juan Carlos, “Alemania prohíbe reuniones de más de dos personas en la calle sin obligar aún al confinamiento”, *en*: Diario Hoy, 22/3/2020, disponible en <https://www.hoy.es/internacional/union-europea/alemania-prohibe-reuniones-sin-confinamiento-20200322203641-ntrc.html> (última consulta: 18/6/2020).

³² Ver Ramos, Rafael, “Reino Unido quiere crear una ‘inmunidad de grupo’ contra el Covid-19”, *en*: La Vanguardia Internacional, 15/3/2020, disponible en <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200315/474144521943/reino-unido-johnson-epidemia-pandemia-rebano-inmunidad-coronavirus-covid-19.html> (última consulta: 18/6/2020).

³³ Cfr. Arce, Begoña, “Londres cambia su plan contra el virus por temor a que se dispare la mortandad”, *en*: El Periódico, 17/3/2020, disponible en <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20200317/el-reino-unido-cambia-la-estrategia-contra-el-virus-7893802> (última consulta: 18/6/2020).

derecho a la vida o salud particular. El bien tutelado con el ASPO es, más bien, la vida y la salud pública de toda la sociedad. Un ejercicio masivo de la libertad de acción podría llevar, ciertamente, a un contagio en cadena y a una saturación del sistema de salud. En esto, podrían caer enfermos los trabajadores de la salud por la imposibilidad de tomar todos los recaudos exigidos para el tratamiento seguro del coronavirus, cuantiosos infectados por esta noxa podrían terminar feneciendo por falta de respiradores al tiempo que muchos enfermos de otras dolencias podrían ser excluidos de sus tratamientos³⁴. Visto de este modo, el interés por defender la vida y la salud pública desplaza, al parecer, a la libertad particular. Preservar la vida y la salud de la mayor cantidad de ciudadanos tendría, en la ponderación, por consiguiente, un peso específico mayor que la libertad de acción individual.

En el sentido expuesto ya se ha resuelto en la reciente jurisprudencia argentina sobre el ASPO, así, en el fallo “Kingston, Patricio s/habeas corpus”³⁵. En este caso, un abogado inició una acción de habeas corpus colectivo, mediante la cual pidió la declaración de inconstitucionalidad de ciertos artículos del decreto que estableció el ASPO por ser violatorios de los arts. 1, 14, 16, 19, 23, 28, 75 inc. 29 y 99 inc. 3 de la Constitución Nacional. Él argumentó que sus libertades sólo podían ser restringidas a través de la declaración del Estado de Sitio prevista en el art. 23 de la Carta Magna. Por tanto, él buscaba el ejercicio irrestricto de sus derechos. El tribunal de primera instancia y la cámara rechazaron la pretensión. Se sostuvo que la única medida con la que se cuenta, ante la ausencia de otros recursos médicos, para evitar la propagación de la enfermedad es el aislamiento social. Por eso, se interpretó que las restricciones tomadas fueron razonables. Además, se afirmó que la excepcionalidad de la situación legitimaba la acción tomada. Se dispuso

³⁴ Ver Gil, Tamara, “Coronavirus: las víctimas colaterales de la crisis del covid-19 (y el duro dilema que enfrentan sus familiares)”, *en*: BBC, 26/3/2020, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52013643> (última consulta: 18/6/2020); “Las víctimas que nadie cuenta: así perjudica la pandemia a los pacientes de cáncer y otras enfermedades que no son COVID-19”, *en*: Infobae, 22/4/2020, disponible en <https://www.infobae.com/america/ciencia-america/2020/04/22/las-victimas-que-nadie-cuenta-asi-perjudica-la-pandemia-a-los-pacientes-de-cancer-y-otras-enfermedades-que-no-son-covid-19/> (última consulta: 18/6/2020).

³⁵ CNACrim., “Kingston, Patricio s/habeas corpus”, 21/3/2020.

que el ASPO tiende a garantizar el orden público y que él encuentra su fundamento en la necesidad de preservar la salud pública del accionante como así también de toda la comunidad. Junto a esto, se estableció que el Estado no sólo debe evitar interferir en la salud de sus ciudadanos, sino también cuidarla mediante acciones positivas.

En el contexto de la pandemia, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*BVerfG* por las siglas de su nombre en alemán *Bundesverfassungsgericht*) entendió, en cambio, que ciertas medidas administrativas limitantes de la libertad de reunión no eran del todo proporcionales³⁶. Las manifestaciones en el país teutón se encuentran reguladas. Ante la pretensión de realizar una marcha, uno debe dirigirse, por tanto, a las autoridades y solicitar un permiso. En la situación resuelta por la máxima autoridad jurisdiccional alemana se trataba de la constitucionalidad de la negativa de una autorización para una manifestación en Stuttgart, en la que participarían ochenta personas y se respetaría dos metros de distancia entre los asistentes. Frente a la negativa de la autoridad administrativa, el solicitante acudió a la justicia y pidió una medida cautelar para que se permita la marcha. Los tribunales inferiores confirmaron la posición de la autoridad involucrada y rechazaron la medida solicitada. El Tribunal Constitucional Federal Alemán admitió, por el contrario, la demanda y resolvió la solicitud. Él consideró que el derecho de reunión en espacios públicos del art. 8, párrafo 2 de la Ley Fundamental Alemana (*Grundgesetz*) gozaba en su jurisprudencia de un papel estructural por ser una libertad esencial para la democracia. Su restricción debía ser objeto, por eso, de un estricto test de proporcionalidad. Ante esto, se entendió que no correspondía la negativa al derecho a la reunión sin más. Se debía, más bien, buscar otras formas posibles de reunión que eviten el contagio e impidan la suspensión de la manifestación. Se debía pensar, por ejemplo, en un encuentro con un menor número de participantes o con criterios más estrictos. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán mandó a la autoridad administrativa de aplicación a rever el supuesto planteado³⁷.

³⁶ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 17. April 2020 - 1 BvQ 37/20 -, No. de referencia 1-29.

³⁷ Mateos Durán, Arnulfo, "El Tribunal Constitucional de Alemania y el derecho de reunión en tiempos de COVID-19", en: Nexos, 7/5/2020, disponible en

Como se advierte a partir de la contraposición de estas dos jurisprudencias, las restricciones a las libertades fundamentales deben ser valoradas por los tribunales en cada caso concreto. En términos genéricos, sin embargo, la medida del ASPO se presenta como proporcional y, de tal modo, *constitucional*³⁸. Pero si ella no hiciera excepciones como las que realiza, por ejemplo, referentes a la autorización de la movilidad de personas que se dedican al cuidado de otras, podría presentarse como irrazonable.

V. ¿ESTADO DE SITIO O DNU?

En el arriba expuesto caso “Kingston, Patricio s/habeas corpus”³⁹ el abogado actor sostenía que las libertades sólo podían ser limitadas mediante la declaración del Estado de Sitio dispuesta en el art. 23 de la Constitución Nacional. Por este motivo, es oportuno considerar, en esta sección, si el decreto de necesidad y urgencia fue la figura jurídica correcta para introducir el ASPO y, con esto, las limitaciones a los derechos de libertad de acción.

La Carta Magna Argentina consagra el Estado de Sitio en su art. 23 para el supuesto de “conmoción interior o de ataque exterior que ponga en peligro” el ejercicio de la Constitución o las autoridades creadas por ella. En esto, esta normativa permite que se suspendan las garantías constitucionales y que el Poder Ejecutivo detenga a ciertas personas como así también que las traslade de un punto a otro del país. En ella se regula una emergencia de carácter político similar a la que habilita la utilización de la intervención federal⁴⁰. El Estado de Sitio se ocupa, por tanto, de reaccionar ante atentados, como la sedición, de enemigos internos de la democracia o bien ante ataques armados de enemigos exteriores a la Nación⁴¹. Este instituto, en ese contexto,

https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?author_name=arnulfo-daniel-mateos-duran (última consulta: 17/6/2020).

³⁸ Casagne, op. cit., pág. 5.

³⁹ CNACrim., “Kingston, Patricio s/habeas corpus”, 21/3/2020.

⁴⁰ Gelli, María Angélica, Constitución Nacional Comentada, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008, Art. 23.

⁴¹ Sozzo, Gonzalo, “Una cartografía de derechos para las crisis sanitarias. A propósito del COVID-19”, en: La Ley, 5/5/2020, pág. 12.

militariza la situación⁴² y habilita al gobierno la posibilidad de arrestar y de suspender las garantías constitucionales. Por este motivo, él debe ser invocado como *ultima ratio*⁴³. La no comprensión de su excepcionalidad llevó históricamente a que se hiciera abuso del Estado de Sitio en nuestro país con los golpes militares⁴⁴.

En relación a la pandemia, muchos líderes políticos han empleado, ciertamente, la metáfora de la guerra⁴⁵. No obstante, el coronavirus no es un enemigo ni interno ni externo. Él es una enfermedad que agrede de manera invisible a toda la humanidad. Debido a esto, en la circunstancia actual debe reinar una lógica de cooperación, no de confrontación. Por esto, el Estado de Sitio no se presenta como la medida adecuada para detener la propogación de esta noxa asegurando el distanciamiento social⁴⁶. Él tiene por objeto situaciones distintas a la que presenta la COVID-19⁴⁷.

⁴² Sozzo, op. cit., pág. 12.

⁴³ Blando, Oscar M., “Estado de sitio: inconveniente e innecesario”, en: La Capital, 4/4/2020, disponible en <https://www.lacapital.com.ar/opinion/estado-sitio-inconveniente-e-innecesario-n2575570.html> (última consulta: 18/6/2020).

⁴⁴ Similar Gelli, Constitución Nacional Comentada, op. cit., Art. 23.

⁴⁵ Ver Serrano Amat, Guillermo, “Sánchez pronuncia 8 veces la palabra ‘guerra’ para pedir al PP colaboración en ‘la posguerra’”, en: El Español, 13/4/2020, disponible en https://www.elespanol.com/espana/politica/20200413/sanchez-pronuncia-palabra-guerra-pp-colaboracion-posguerra/481952387_0.html (última consulta: 18/6/2020); Vallejos, Mónica, “Coronavirus: Trump habla de ‘virus chino’ de ‘guerra’ y ‘enemigo’ y busca poderes especiales”, en: El Cronista, 18/3/2020, disponible en <https://www.cronista.com/internacionales/Coronavirus-Trump-habla-de-virus-chino-de-guerra-y-enemigo-y-busca-poderes-especiales-20200318-0043.html> (última consulta: 18/6/2020); también “China habla otra vez de ‘guerra’ contra el coronavirus”, en: TyC Sports, disponible en <https://www.tycsports.com/interes-general/china-habla-otra-vez-de-guerra-contra-el-coronavirus-20200615.html> (última consulta: 18/6/2020); Silvera Roig, Marta, “¿Guerra contra el Covid-19? No culpes a la metáfora”, en: El Confidencial, 29/04/2020, disponible en https://blogs.elconfidencial.com/tecnologia/tribuna/2020-04-29/guerra-covid-19-metaphora_2570808/ (última consulta: 18/6/2020).

⁴⁶ Concordante Sozzo, op. cit., pág. 12.

⁴⁷ Similar Boico, Roberto, “Constitución, coronavirus y aislamiento obligatorio”, en: La Ley, 6/4/2020, pág. 1. En contra de esta interpretación, en cambio, Díaz Lacoste, Alejandro, “COVID-19. El resguardo del Estado de derecho ante

A pesar de lo conveniente que sería, en el ordenamiento jurídico nacional no existe un remedio específico para actuar ante una emergencia sanitaria peculiar como la que constituye la presente pandemia o ante una calamidad⁴⁸. La Constitución Nacional, sin embargo, desde su reforma en el año 1994, pone a disposición del Poder Ejecutivo en el art. 99 inc. 3 el instituto jurídico extraordinario del decreto de necesidad y urgencia. Esta normativa posibilita al Presidente de la Nación hacer uso de decretos para “legislar” por razones de necesidad y de urgencia cuando por circunstancias excepcionales no se pueda seguir los trámites ordinarios de sanción de leyes previstos por la Constitución. Este tipo de decreto debe cumplir, conforme la Constitución, ciertos requisitos formales y materiales. Así, él debe ser, entre otras cosas, refrendado por todos los ministros de gabinete y por el jefe de los mismos. Junto a esto, él debe ser sometido a un control posterior por parte del Congreso. En cuanto a lo material, se encuentran excluidas de esta figura jurídica las cuestiones referentes al derecho penal, al derecho tributario, al derecho electoral y al régimen de los partidos políticos. Por último, el cumplimiento de los presupuestos formales y materiales de estos decretos dictados por el Poder Ejecutivo, de acuerdo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede ser sometido a revisión por parte del Poder Judicial desde la óptica de los principios del Estado Constitucional⁴⁹.

El decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo que instaaura el ASPO cumple todos estos presupuestos⁵⁰. Él fue, por eso, la vía correcta para gestionar la emergencia sanitaria excepcional que representa la actual pandemia⁵¹. Es que por lo intempestivo y frenético del crecimiento de casos de infectados en el mundo, el

el estado de pandemia”, en: La Ley, 5/5/2020, págs. 2 y sigs, para quién la ventaja que tendría la declaración legislativa del Estado de Sitio radica en que permitiría escuchar las opiniones de los expertos médicos en el recinto parlamentario.

⁴⁸ Sozzo, op. cit., pág. 11.

⁴⁹ CSJN, Fallos: 333:633, Consumidores Argentinos c/ EN – PEN, considerando 6, 8, 10 y 12.

⁵⁰ En esta dirección Boico, op. cit., pág. 4.

⁵¹ Cfr. Boico, op. cit., pág. 1; Gelli, “La Pandemia del COVID-19. Desafíos democráticos y límites constitucionales”, op. cit., pág. 1.

Estado Argentino no tenía tiempo, al momento de su sanción, de declarar por medio de una ley la emergencia sanitaria específica para el coronavirus y delegar funciones en el Poder Ejecutivo (ver art. 76 de la Constitución Nacional)⁵². El congreso, como se adelantó precedentemente, tampoco podía reunirse a sesionar de manera presencial sin riesgo de exponer a sus miembros al contagio. El ASPO, por su parte, no legisla materia vedada a los decretos de necesidad y urgencia⁵³. Los delitos relacionados a la ruptura de la cuarenta que establece el DNU 297/2020 en su art. 4, ya se encontraban tipificados en el Código Penal en los art. 205 y 239. Esta disposiciones castigan, respectivamente, a quién violare medidas para evitar la propagación de una epidemia y a quién se resistiera a la autoridad.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Los efectos del coronavirus y las medidas estatales tomadas a causa de él han alterado el orden de todas las sociedades liberales. Se ha invertido el principio legalista de *todo lo que no está prohibido, está permitido*. Desde la declaración de esta enfermedad como pandemia a comienzos de marzo por parte de la Organización Mundial de la Salud se han ido restringiendo de manera global las libertades de acción. Con esto, hoy rige excepcionalmente en gran parte del mundo el mandato *todo está prohibido, a no ser que esté permitido*. En este sentido, en Argentina se ha dictado a través de un decreto de necesidad y urgencia el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) para administrar la pandemia hasta su desaparición.

Esta situación genera suspicacias jurídicas. No obstante, esta limitación a los derechos de libertad de acción, como se ha demostrado en este escrito, a primer vista, no implican una violación a la Constitución Nacional Argentina. Esta normativa reconoce que los derechos fundamentales no son absolutos. De igual manera son considerados estos derechos en la jurisprudencia nacional y en los tratados internacionales. Es que los derechos fundamentales son principios. Esto implica

⁵² Casagne, op. cit., pág. 4.

⁵³ Así Boico, op. cit., pág. 4; Casagne, op. cit., pág. 4.

que ellos no se aplican sin más. Ellos deben ser realizados en la mayor medida posible conforme las posibilidades fácticas y jurídicas.

Por la pandemia actual, los derechos de libertad de acción han sido limitados. Principios de mayor peso como el del derecho a la vida y a la salud pública han desplazado, por ejemplo, el derecho individual a juntarse con amigos a tomar mate. Desde un somero análisis basado en el test de proporcionalidad este tipo de restricción se ha revelado aquí, sin embargo, como constitucional. La medida limitante del ASPO habría sido *adecuada* para lograr ralentizar los contagios como así también para no colapsar el sistema sanitario y mejorarlo. Ella habría sido, además, la opción menos restrictiva de derechos, es decir, *necesaria* y su objeto en la *ponderación* prevalecería frente a los derechos liberales afectados.

Por último, el instituto jurídico del decreto de necesidad y urgencia fue la vía correcta para implementar estas restricciones. El Estado de Sitio, contrario a lo que se sugirió, no era la figura de derecho pertinente para limitar las libertades. Esta reacciona, más bien, ante enemigos internos o externos del orden constitucional liberal. Pero el coronavirus no es un enemigo de la Nación Argentina. Esta enfermedad afecta a toda la humanidad. Por tanto, su administración necesita colaboración antes que confrontación. Por la alta tasa de contagiosidad de esta noxa, el Congreso no pudo sesionar para introducir el ASPO mediante ley, o bien, para delegar funciones legislativas específicas para la pandemia en el Poder Ejecutivo. No había tiempo. El Presidente se valió, por consiguiente, eficazmente del decreto de necesidad y urgencia.

COVID-19, RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y ARBITRAJES DE INVERSIÓN

JUAN PABLO BOHOSLAVSKY¹

Universidad Nacional de Río Negro - Argentina

Con el fin de minimizar tanto la tasa de contagio del Covid-19 como los efectos de la recesión económica y la crisis social que la pandemia conlleva, la mayoría de los gobiernos están implementando medidas que cubren prácticamente todas las esferas de la vida, incluida la económica. De hecho, los Estados tienen la obligación de implementar medidas proporcionales a la seriedad y escala de la crisis que afrontan a fin de proteger todos los derechos humanos de la población².

Observamos también cómo los grupos más vulnerables³ sufren las consecuencias de la enfermedad y la crisis económica que induce de una manera diferenciada y agravada: el índice de contagio, su velocidad y letalidad, así como la forma en la que la crisis golpea sus bolsillos y con ello su capacidad inmediata para disfrutar de sus derechos económicos

¹ Doctor en Derecho. Coordina el curso de posgrado sobre “Derechos humanos y políticas públicas en tiempos de Covid-19 en la Universidad Nacional de Río Negro. Entre 2014 y 2020 fue Experto Independiente en Deuda y Derechos Humanos de la ONU.

² Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, “Covid-19 Guidance”, 13 de mayo de 2020, disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19_Guidance.pdf

³ Personas que viven en la pobreza, trabajadore/as informales, desempleado/as, mujeres, niño/as, migrantes, personas privadas de su libertad, personas que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, personas con discapacidad, niño/as, etc.

y sociales básicos, lo cual nos lleva a pensar en la desigualdad como una “comorbilidad” en contexto de Covid-19⁴.

Pero muchas empresas e inversores hacen otra lectura: las medidas sanitarias implementadas -básicamente el confinamiento y el distanciamiento social-, aún cuando hayan sido recomendadas por la Organización Mundial de la Salud y tengan una reconocida eficacia para reducir los contagios, así como las medidas económicas dictadas para capear la crisis social inducida por la pandemia, reducen sus tasas de ganancias y por ese motivo el Estado sería responsable. Tal como lo acaba de advertir la UNCTAD⁵, aunque esas medidas sean tomadas con el obvio propósito de proteger el interés público y mitigar el impacto de la pandemia, podrían de todos modos ser desafiadas por inversores extranjeros mediante arbitrajes internacionales.

Esta nota está dirigida a abogado/as especialistas en derecho público con lo que no entraré en detalles acerca de qué son, cómo funcionan y qué riesgos entrañan los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) para la soberanía regulatoria de los Estados. Sólo señalaré que al día de hoy existen 2.400 TBIs vigentes y más de 1.000 arbitrajes internacionales de inversión en litigio.

Si bien aún no se han conocido casos registrados formalmente, de un repaso por los sitios y *newsletters* de los estudios jurídicos y asociaciones de inversores de América Europa, Europa y Estados Unidos, surge claro que la posibilidad de demandar a los Estados por supuesto quebrantamiento de los TBIs está siendo seriamente evaluada. Tal como se advirtió hace unas semanas..., la crisis constituye “una

⁴ CEPAL, “Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación”, Informe Especial Covid-19 No. 2, 21 de abril de 2020. Un estudio más amplio sobre los efectos de la pandemia, la crisis económico-social y las desigualdades sobre el derecho de propiedad privada, en Juan Pablo Bohoslavsky y Laura Clérico, “El derecho de propiedad en un contexto de extrema desigualdad y Covid-19” en Juan Pablo Bohoslavsky (ed.), Covid-19 y derechos humanos. La pandemia de la desigualdad, 2020, Ed. Biblos, Buenos Aires, pp. 179-195.

⁵ Unctad, “Investment policy responses to the Covid-19 pandemic”, 4 de mayo de 2020, disponible en https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf

oportunidad para revolucionar el arbitraje y promover y fortalecer sus virtudes (...) y el principio de su explosión”⁶.

Medidas como la exigencia a fabricantes de producir ventiladores (como sucedió con la General Motors en Estados Unidos), la imposición de precios máximos a productos de higiene y medicinales (drogas y kits de testeos), la coordinación mandatoria de clínicas privadas para asegurar una política de salud pública unificada, la prohibición de corte de suministro gas, electricidad y agua (para asegurar el lavado de manos) por falta de pago, la imposibilidad del cobro de peajes en las rutas para minimizar los contagios, el congelamiento o reducción del alquiler para aquello/as inquilino/as que no puedan pagarlo, la suspensión de ejecuciones hipotecarias y otras protecciones de lo/as deudore/as individuales, implementación de control de capitales para minimizar la fuga de capitales y reformas fiscales que avancen hacia esquemas tributarios más progresivos, ya han sido identificados como posibles casos de responsabilidad del Estado por afectación de las inversiones⁷.

La defensa de la fuerza mayor, aún cuando se trate de medidas para proteger –literalmente- la vida y supervivencia de la población, no se traduce automáticamente en una eximente de responsabilidad. La necesidad y la proporcionalidad de las medidas deben probarse, y Argentina sabe lo exigente que suelen ser lo/as árbitros: en la gran mayoría de los arbitrajes de inversión iniciados a causa de la crisis del 2001 se entendió que el colapso económico y social no justificó un número de medidas gubernamentales para proteger los derechos humanos de la población que afectaron los intereses de los inversores. El colapso económico de Argentina en 2001, la crisis financiera global de 2008-9 y la Primavera Árabe de 2011 constituyeron oportunidades

⁶ Caroline Simson, “Third-Party Funders’ Business Is Booming During Pandemic”, Law 360, 8 de abril de 2020, Lexis Nexis, disponible en <https://www.law360.com/legalethics/articles/1261213/third-party-funders-business-is-booming-during-pandemic>

⁷ Corporate Europe Observatory, “Cashing in on the pandemic: how lawyers are preparing to sue states over COVID-19 response measures”, 18 de mayo de 2020, disponible en <https://corporateeurope.org/en/2020/05/cashing-pandemic-how-lawyers-are-preparing-sue-states-over-covid-19-response-measures>

para que los inversores demandaran a los Estados. Nada hace pensar que no intentarán hacer otro tanto con respecto a las medidas tomadas para combatir la pandemia.

El 90% de los TBIs hoy vigentes pertenecen a la llamada *vieja generación*, que se caracterizan por no contener prácticamente ninguna excepción justificada en el interés público, ofreciendo así a los Estados un margen de maniobra muy estrecho. Las fuentes clásicas del derecho internacional, incluida la costumbre internacional, son mucho más sensibles y sensatas al momento de articular las obligaciones de los Estados y los derechos de los sujetos no estatales en contextos extraordinarios como el que atravesamos.

Junto a grupo de experto/as internacionales, en una iniciativa organizada por el Centro de Derecho Sustentable de la Universidad de Columbia, el 6 de mayo de 2020 hicimos un llamamiento (ver anexo a esta nota)⁸ a la comunidad internacional para el dictado de una inmediata moratoria de todos los arbitrajes de inversión en trámite (los que ya existían antes del brote de la pandemia) y la restricción permanente de nuevos arbitrajes que desafíen las medidas tomadas dirigidas a atender las dimensiones sanitarias, sociales y económicas de la pandemia hasta tanto los Estados hayan acordado los principios en base a los cuales se resolverán los casos de arbitraje de inversión de manera que no amenacen ni perjudiquen los esfuerzos de recuperación que de buena fe hagan los países. De hecho, El Instituto Internacional por el Desarrollo Sustentable ya preparó un borrador de acuerdo internacional para prevenir y limitar casos de arbitrajes de inversión relacionados con medidas para capear la pandemia y sus efectos sociales y económicos⁹.

En esta breve nota sólo se intenta generar atención sobre un riesgo cierto que sobre la soberanía y los derechos humanos que se cierne

⁸ “Call for ISDS Moratorium During COVID-19 Crisis and Response”, 6 de mayo de 2020, <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>

⁹ “Acuerdo para la Suspensión Coordinada de la Solución de Controversias entre Inversores y Estados con respecto a las Medidas y Controversias asociadas a la COVID-19”, 4 de mayo, disponible en <https://www.iisd.org/event/consultations-concerted-response-covid-19-related-isds-risks>

sobre todos los países, incluido Argentina. Existe una serie de preguntas fundamentales cuyas respuestas será necesario elaborar en futuras investigaciones; aquí sólo se presentan algunas ideas para contribuir a la discusión:

1) Si bien los Estados están movilizando desesperadamente sus recursos domésticos para capear la crisis, la comunidad internacional también está haciendo sus esfuerzos. Por ejemplo, los organismos multilaterales de crédito, con el FMI y el Banco Mundial a la cabeza, están implementando programas de alivio para los países más endeudados y más de 80 países ya han aplicado a sus líneas de crédito de emergencia. ¿Es legítimo que esos fondos aportados por los contribuyentes de los países miembros de esos organismos sean erosionados por los arbitrajes de inversión? ¿Es justo que los acreedores financieros acepten quitas en sus créditos a causa de la recesión provocada por el Covid-19, mientras que los inversores extranjeros que pueden ampararse en los TBIs no aceptan asumir ningún coto como consecuencia del colapso económico mundial? Estas preguntas necesitan y justifican una respuesta multilateral coordinada, tal como se sugiere en el llamamiento internacional mencionado antes.

2) Siendo que los acreedores financieros lograron en el pasado reciente abrir con éxito la jurisdicción del CIADI para formular reclamos relacionados con la reestructuración de la deuda argentina, ¿podrían hacer lo mismo ahora los acreedores disidentes del acuerdo que está siendo negociado por el Estado argentino?. Dadas las profundas repercusiones de las crisis de la deuda sobre los derechos humanos, resultaría peligroso que los TBIs se convirtieran en un foro para resolver las controversias relativas deudas soberanas. Si bien la comunidad internacional ha estado desplegando esfuerzos para prevenir o minimizar los litigios de los acreedores disidentes, al mismo tiempo que las IFIs implementan programas de alivio de deuda y abren líneas de asistencia financiera extraordinaria, el arbitraje en materia de inversiones puede abrir una nueva puerta para que dichos acreedores apliquen estrategias disruptivas. Por ende, el sistema vigente de arbitraje en materia de inversiones puede dificultar la recuperación económica y socavar la financiación estatal de los servicios públicos y las instituciones del Estado que hacen efectivos

los derechos humanos¹⁰. Otra vez se evidencia aquí la necesidad de generar instancias multilaterales para definir los alcances de los TBIs en el contexto del Covid-19.

3) ¿Cómo se resuelve el evidente conflicto normativo entre, por un lado, proteger las expectativas de ganancias de los inversores y, por el otro, proteger los derechos humanos de la población, incluyendo la necesidad de contar con recursos fiscales para asegurar una política sanitaria eficaz y un nivel de vida adecuado para la población? Desde una perspectiva del derecho internacional, y de acuerdo a las pautas elaboradas por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU¹¹, existe una necesidad de armonización a fin de evitar la fragmentación de un orden jurídico internacional que aspira a la juridicidad y, consecuentemente, a la coherencia. Ningún TBI prescinde expresamente de la aplicación de convenciones de derechos humanos. De hecho, el artículo 42 de la convención del CIADI, el 31.3.c de la Convención de Viena y las cláusulas abiertas de los TBIs que se refieren a la aplicación del derecho internacional ofrecen las ventanas formales para que el derecho de las inversiones sea aplicado de manera consistente con el de los derechos humanos.¹² La Comisión Interamericana de Derechos Humanos podría, en cualquier caso, propiciar un control de convencionalidad de las resoluciones adoptadas en esos arbitrajes de inversión. A la luz de su reciente resolución “Pandemia y derechos humanos en las Américas”¹³, y su énfasis en la política fiscal robusta que se necesita para afrontar la pandemia, la Comisión podría jugar un rol clave en el esclarecimiento de la responsabilidad de los Estados y los derechos de los inversores en la región en el contexto del Covid-19.

¹⁰ Juan Pablo Bohoslavsky, “Disputas de deuda, arbitrajes internacionales de inversión y derechos humanos”, Informe a la Asamblea General, UN Doc. A/72/153, 2017.

¹¹ Comisión de Derecho Internacional, “Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la fragmentación y expansión del derecho internacional”, UN Doc. A/CN.4/L/.702, 2006.

¹² Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Justo, “Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión”, CEPAL, UN Doc. LC/W.375, 2011.

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Pandemia y derechos humanos en las Américas”, No.1/2020, 10 de abril de 2020.

4) ¿Cuáles son las estrategias de corto plazo que podrían desplegar los Estados para evitar tener que asignar recursos humanos y económicos a atender arbitrajes de inversión en el medio de la pandemia? Obviamente, las decisiones gubernamentales con incidencia potencial sobre las inversiones extranjeras deberían pasar por el escritorio de abogado/as especialistas en TBIs antes de ser aprobadas, de manera que la necesidad y la proporcionalidad sean presentadas de manera explícita y contundente.

5) En el mediano plazo, ¿se justifica mantener un enclave legal para lo/as más rico/as del planeta, que les asegure una protección de sus inversiones mucho más favorable que la ofrecida a otros segmentos de la población que de hecho sufren las consecuencias de la pandemia de una manera desproporcionada?

ANEXO

LLAMADO A LA MORATORIA DE ISDS DURANTE LA CRISIS Y RESPUESTA DE COVID-19¹⁴

Iniciativa del Centro de Desarrollo Sustentable de la Universidad de Columbia

6 de mayo de 2020

Tiempos extraordinarios requieren medidas extraordinarias. La pandemia de COVID-19 es la mayor amenaza para la humanidad desde la Segunda Guerra Mundial. El destino de miles de millones de personas, y potencialmente millones de muertes, están en juego, particularmente en el mundo en desarrollo. El Secretario General de las Naciones Unidas ha reconocido que COVID-19 es „la lucha de una generación“. Por esta razón, la comunidad global ha tomado y continúa

¹⁴ Disponible en <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>

tomando acciones extraordinarias y necesarias. Más de la mitad de la economía mundial está bloqueada y las consecuencias económicas relacionadas generan un gran estrés en las economías frágiles. Las dificultades económicas están en aumento. Gran parte de la economía mundial está cerrada y 191 países han cerrado escuelas, lo que afecta al 91% de todos los estudiantes a nivel mundial. La OIT predice una enorme cantidad de pérdidas de empleos, mientras que la gente en muchos países cae en la pobreza, invirtiendo una década o más de progreso en la reducción de la pobreza. Los países del G20 están implementando un punto muerto en el servicio de la deuda soberana en 2020 para los países más pobres del mundo, y seguramente habrá un alivio extraordinario después de eso.

En este sentido, hacemos un llamado a la comunidad mundial para una MORATORIA INMEDIATA en todos los reclamos de arbitraje de corporaciones privadas contra gobiernos que usan tratados de inversión internacional, y una RESTRICCIÓN PERMANENTE en todos los reclamos de arbitraje relacionados con medidas gubernamentales dirigidas a las dimensiones de salud, económicas y sociales de la pandemia y sus efectos. Estos casos de inversionista-estado (a menudo denominados casos de „ISDS“) facultan a las compañías privadas extranjeras para desafiar las acciones del gobierno que afectan intereses corporativos estrechos, y a menudo resultan en grandes pagos, a veces de miles de millones de dólares, a estas compañías por supuestas ganancias perdidas. Estas demandas representan un peligro inmediato para la capacidad de las naciones en desarrollo, y la comunidad global en su conjunto, de enfrentar el desafío COVID-19.

Hay tres razones para una moratoria inmediata.

- Primero, los cierres de negocios necesarios y otras respuestas de emergencia crearán cambios sin precedentes en el entorno comercial que probablemente desencadenarán una gran cantidad de reclamos injustificados. Los inversores extranjeros afirmarán que han perdido sus ganancias esperadas. Y esto será cierto, pero por la razón vital de que todas las empresas de la sociedad se enfrentarán a una situación sin precedentes. Los gobiernos tienen el deber de proteger a sus ciudadanos y detener la pandemia sin temor a demandas por parte de empresas extranjeras o accionistas

extranjeros; Por lo general, estos son reclamos que ni siquiera pueden ser presentados contra los gobiernos por sus propias compañías nacionales.

- En segundo lugar, los gobiernos deben dirigir su atención al control urgente de la crisis de COVID-19, y no dejarse distraer por las empresas y accionistas extranjeros que podrían aprovechar la crisis utilizando vagos estándares de tratados de inversión para presionar sus reclamos.
- En tercer lugar, las adjudicaciones contra los gobiernos, con frecuencia en millones o miles de millones de dólares, que pueden representar porcentajes considerables de los presupuestos de los gobiernos, pesarían en gran medida contra las graves crisis presupuestarias que enfrentan los países en desarrollo en el contexto de la pandemia COVID-19. Como advirtió el Fondo Monetario Internacional, la recesión económica en 2020 será la más severa desde la Gran Depresión. Los gobiernos deben garantizar que el ISDS no profundice la inevitable crisis fiscal.

Por lo tanto, pedimos una moratoria completa de todos los reclamos de ISDS hasta que la pandemia haya pasado y los gobiernos hayan acordado los principios para garantizar que los futuros casos de arbitraje no obstaculicen los esfuerzos de recuperación de buena fe de los países. Estos principios deben reconocer el alcance completo y claro que los gobiernos tienen, y están obligados, a tomar todas las medidas apropiadas para salvar vidas y combatir emergencias globales, incluso cuando el resultado es una pérdida de ganancias u oportunidades de negocios, incluso por parte de inversionistas extranjeros. Además, deben asegurarse de que cualquier daño otorgado en los casos de ISDS debe respetar la grave situación financiera que enfrentan los gobiernos después de la emergencia COVID-19. A falta de estos principios claros, no habrá base para reiniciar los procesos de ISDS.

Hacemos un llamado a los países individuales para avanzar en este esfuerzo, y las Naciones Unidas y las agencias especializadas, el Grupo del Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y otras organizaciones multilaterales para implementarlo. De manera similar, pedimos a todas las personas de conciencia, incluidos los abogados que inician y los árbitros que

deciden estos casos de arbitraje, que pongan la vida de las personas por delante de los intereses corporativos en este momento grave que enfrenta la humanidad.

Phil Bloomer

Director Ejecutivo, Centro de Recursos de Empresas y Derechos Humanos

Juan Pablo Bohoslavsky

Ex Experto Independiente de la ONU sobre deuda externa y derechos humanos (2014-2020)

Sharan Burrow

Secretaria General, Confederación Sindical Internacional (CSI)

Carlos Correa

Director Ejecutivo, Centro Sur

Olivier De Schutter

Relator Especial de la ONU sobre pobreza extrema y derechos humanos

Kerry Kennedy

Presidente, Robert F. Kennedy Derechos Humanos

Justin Yifu Lin

Profesor y Decano de Nueva Economía Estructural, Universidad de Pekín; Ex economista jefe del Banco Mundial

Dani Rodrik

Profesor Fundación Ford de Economía Política Internacional, Escuela de Gobierno John F. Kennedy, Universidad de Harvard; Presidente electo, Asociación Económica Internacional

Jeffrey D. Sachs

Profesor Universidad de Columbia; Director, Red de Soluciones de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas

SE María Fernanda Espinosa Garcés

Presidenta de la 73ª Sesión, Asamblea General de la ONU (2018-2019); Ministro de Asuntos Exteriores del Ecuador (2017-2018)

SUSPENSIÓN DE PLAZOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

ÁLVARO BAUTISTA FLORES¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

1. INTRODUCCIÓN

El denominado “Aislamiento Preventivo Social y Obligatorio” (APSO), instaurado a partir del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/20 (sucesivamente prorrogado², para ciertas zonas del país, por los DNU Nros. 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, y 493/2020) implica una restricción en la libertad ambulatoria de las personas y una prohibición -temporal- en torno a la realización de diversas actividades económicas lícitas. Entre ellas actividades o servicios, se encontraron las labores realizadas por el personal del Sector Público Nacional, Provincial, Municipal y de la Ciudad de Buenos Aires. Estas limitaciones, complementadas con las adaptaciones de los medios de transporte a la situación de pandemia³ (cfr. limitaciones de frecuencia y ocupación), condujeron a la suspensión de los plazos en los procedimientos administrativos.

Conteste a lo descripto, el Decreto N° 298/2020 (posteriormente prorrogado por los Decretos Nros. 327/2020, 372/2020, 410/2020,

¹ Abogado, Procurador y Escribano por la Facultad de Ciencias Jurídicas, UNLP.

² Estas prórrogas fueron las registradas hasta la primera semana de junio de 2020.

³ A modo de ejemplo, pueden citarse las Resoluciones Nros. 71/2020, 89/2020, y 107/2020 del Ministerio de Transporte de la Nación.

458/2020, 494/2020 y 521/2020) estableció la suspensión del curso de los plazos⁴, dentro de los procedimientos administrativos regulados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (LNPA), por el Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017 (RPA) y por otros procedimientos especiales.

Así, al ser la contratación pública un procedimiento administrativo, y al ser aplicables las previsiones de la LNPA (cfr. Art. 7 “in fine”), los procedimientos de selección en trámite⁵ se hallaban alcanzado por la suspensión de plazos declarada, hasta la aparición del Decreto N° 521/2020, con las particularidades que iremos señalando.

Conteste a lo expuesto, intentaremos poner de manifiesto el impacto que ha tenido la suspensión de plazos en la contratación pública, haciendo énfasis en la normativa emitida por el Poder Ejecutivo Nacional, el cual permite avizorar su interesante valor para la comprensión del tema que nos convoca. No obstante, los escenarios descriptos podrían resultar de aplicación en las jurisdicciones donde se han dispuesto medidas de similar tenor.

2. PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN Y SUSPENSIÓN DE PLAZOS

El punto de partida, desde nuestra óptica, debe situarse en el carácter de “procedimiento especial”⁶ que reviste, valga la redundancia,

⁴ Al momento de escribir estas líneas, la prórroga se extendía hasta el 28 de junio de 2020.

⁵ Vale aclarar que, en todas las suspensiones de plazos, se exceptuaron las “contrataciones por emergencia sanitaria COVID-19”. Sobre este tema, ampliar en FLORES, Álvaro B. *“El coronavirus y su impacto en la contratación pública”*, publicado en el sitio web del Observatorio de Contrataciones Públicas de la Universidad Austral. Recuperado en <http://obcp.com.ar/opiniones/el-coronavirus-y-su-impacto-en-la-contratacion-publica>; “La contratación pública frente a la emergencia sanitaria”, Sup. Adm.2020 (mayo), La Ley, pág. 1 y ss. (Cita Online: AR/DOC/1276/2020); MURATORIO, Jorge “Contratación pública y Covid-19”, publicado en la Revista de Contrataciones Públicas de IJ Editores. Tercer número. Junio 2020. (IJ-CMXVIII-997).

⁶ Portodos, ver COMADIRA, Julio R. “La Licitación Pública. Nociones - Principios - Cuestiones”. Ed. LexisNexis. 2006. 2da. edición actualizada y ampliada.

cualquier procedimiento de selección. En virtud de esta connotación, las reglas del procedimiento administrativo le resultan aplicables a esta especie de procedimiento, aunque con ciertas modulaciones. Esto obedece a que no solamente se hallan en juego los intereses de los mal denominados “administrados” (oferentes, interesados, terceros autoexcluidos y la ciudadanía en general), sino que también, se persigue la satisfacción de una necesidad concreta la cual repercute el cumplimiento de los postulados del bienestar general.

En este sentido, los principios generales del procedimiento se aplicarán en los diversos procedimientos de selección, junto con las directrices o reglas propias de aquellos (cfr. Art 3 del Decreto Delegado N° 1023/2001). En relación a ello, puede destacarse que el principio del informalismo o formalismo moderado queda de alguna forma atemperado a raíz de la exigencia del parámetro de la debida diligencia del participante o contratista⁷, el cual -inclusive- ha sido aplicado de tal manera que hasta ha dado lugar a decisiones reñidas con la noción de justicia⁸.

En estos casos, la penetración del principio de igualdad y la relevancia del elemento forma⁹, al ser específicos y particulares en el ámbito de la contratación, relevan -en cierta forma- la aplicación directa de las reglas genéricas en materia de procedimiento. El cumplimiento de las necesidades en tiempo oportuno bajo parámetros de eficiencia y eficacia, junto con el deber de transparencia en la gestión de fondos públicos¹⁰, refuerzan la idea de la especialidad del procedimiento de selección.

Es en este contexto donde debe situarse la incidencia de la suspensión de los plazos administrativos en los contratos públicos, y sobre todo, en las excepciones que han previsto las diversas normas que determinaron la medida que venimos examinando. En esta inteligencia, los Decretos a nivel nacional anteriormente citados han dispuesto que la suspensión de plazos será “*sin perjuicio de la validez de los actos*”

⁷ Fallos 311:2831 (1988); 319: 1681 (1996); 324:4199 (2001); 330:1649 (2007), entre otros.

⁸ Fallos 324:3019 (2001).

⁹ CANDA, Fabián “El elemento forma en el contrato administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director) “Tratado General de los Contratos Públicos”. Ed. La Ley. Año 2013. Tomo II. Pág. 1262 y ss.

¹⁰ Este principio surge con meridiana claridad en Fallos 337:256 (2014).

cumplidos o que se cumplan”. Esta solución se ha replicado, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires¹¹.

3. LOS ACTOS CUMPLIDOS EN EL MARCO DE LA SUSPENSIÓN. DIVERSOS ESCENARIOS

De acuerdo con ello, es preciso desasnar los alcances de la locución transcrita. Así las cosas, la suspensión de plazos administrativos -desde la óptica de la contratación pública- operaría tanto en favor de los participantes del procedimiento de selección (ej.: no correrían los plazos para formular observaciones o interponer recursos) como de los funcionarios (respecto de estos últimos, a fin de ser relevados de responsabilidad por el incumplimiento de los términos procedimentales).

Sin embargo, el transcurso del tiempo en la contratación pública -más precisamente en la duración del procedimiento de selección- se erige como un valladar contra su eficiencia¹². Principalmente, el elemento que se ve más afectado es el valor estimado o de referencia de la contratación, a raíz de las oscilaciones de precios que se dan en nuestro país, producto del fenómeno endémico de la inflación. Esto puede dar lugar a que, entre otros supuestos, el precio oportunamente estimado (el cual sirve para determinar el tipo de procedimiento a seguir o encuadrar) quede desfasado o “histórico”, y no refleje el verdadero valor o precio de mercado¹³ de las prestaciones requeridas. Esta situación

¹¹ Conf. Decreto N° 167/2020. Sobre esta cuestión, ampliar en FLORES, Álvaro B. “Los efectos de la suspensión de plazos administrativos en la contratación pública. La situación en la Provincia de Buenos Aires”, publicado en el Centro de Información Jurídica (CIJUR) del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14910>.

¹² Ampliar en FLORES, Álvaro B. “Breves reflexiones en torno al principio de eficiencia de la contratación pública”. Publicado en el Suplemento de Derecho Administrativo de la Editorial La Ley. Año 2020 (febrero), pág. 2 (Cita Online: AR/DOC/208/2020).

¹³ Según la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), “...el precio de mercado es el aquel valor estimativo/promedio al cual se arriba mediante una comparación o relevamiento de los distintos precios que se encuentran en plaza, del bien o servicio que se estima adquirir. Se trate, en definitiva, del precio representativo de plaza, vinculado directa o indirectamente con el principio general de la razonabilidad” (Dictamen ONC 249/2015). Complementando

también se propaga a las cotizaciones o propuestas presentadas, debido a que, las mismas -al no ser representativas del costo de la prestación- no podrían satisfacer las necesidades comprometidas.

En el marco de esta problemática, deben distinguirse diferentes situaciones, de acuerdo al avance o progresión del procedimiento de selección. En este entendimiento, si no se ha celebrado el Acto de Apertura o de presentación de ofertas, es indispensable que el órgano contratante aclare en forma categórica y fehaciente la continuidad del procedimiento. En este sentido, a fin de despejar la razonable incertidumbre de los interesados, deberá indicar si se mantiene la fecha oportunamente establecida o si por el contrario, si la misma queda suspendida, mediante la emisión de circulares. Este sería, según nuestro criterio, el escenario recomendable.

Ahora bien, que ocurriría si se celebra un Acto de Apertura o se celebra la presentación de ofertas en forma electrónica sin que haya existido circular alguna que aclare o corrobore la fecha fijada originalmente: ¿se aplica la excepción de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan? Aquí es donde adquieren relevancia ciertos valores o principios de la contratación pública, que podrían dar algunas respuestas al interrogante planteado. Como se hiciera referencia *ut supra*, la debida diligencia es un rasgo inherente para aquel que participe en un procedimiento de selección, lo cual implica -en estos casos- la realización de las consultas pertinentes en torno a la prosecución del trámite. Por ello, si los interesados no han elevado consulta alguna y el órgano contratante no aclara o confirma la fecha de la realización del Acto de Apertura o presentación de ofertas, no es clara la solución acerca de si le resulta aplicable la excepción a la suspensión de los plazos.

esta idea, en el mismo precedente, el Órgano Rector destacó que “...*Lo expresado no implica desconocer que el precio promedio que puede entenderse como “justo” para determinadas transacciones privadas, en un marco de libre juego de oferta y demanda, puede no ser el mismo o bien no tener un correlato directo en el ámbito de los contratos administrativos, dados los requisitos y exigencias formales que deben cumplimentar los interesados en ser proveedores del Estado, sumado al régimen exorbitante al que voluntariamente se someten, todo lo cual, va de suyo, tiende naturalmente a encarecer determinados precios frente a ciertas circunstancias (v.g. plazo de mantenimiento de oferta, plazo de entrega, lugar de entrega, plazo de pago, etcétera)*”.

Debe recordarse la irrestricta vigencia del principio de buena fe en la contratación pública¹⁴, el cual puede erigirse como un factor de atribución específico al momento de examinar una posible responsabilidad estatal¹⁵. Es por ello que, si se configura el supuesto anteriormente descrito, se estaría en presencia de una tensión entre el deber de diligencia del interesado y la buena fe. Sin embargo, la transgresión a la buena fe en el procedimiento (sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda corresponder a los funcionarios): ¿haría inválido el procedimiento? Desde nuestra posición, si no se verifica una consulta del interesado, más allá de resultar una práctica no recomendable, entendemos que debería estarse al principio de la conservación de los actos administrativos¹⁶, el cual tiene sus raíces en el Artículo 12 de la LNPA, siendo -en principio- válida la celebración del Acto de Apertura o de la presentación de ofertas.

Si el procedimiento de selección se encuentra en la etapa de análisis de ofertas, es posible colegir otros escenarios. Tal como se mencionara anteriormente, la suspensión relevaría -en principio- a los funcionarios del deber de proseguir con el trámite de la contratación, y asimismo, generaría que los plazos procedimentales no corran en detrimento de los intereses de los oferentes. En este contexto, si se le notificase al oferente la intimación a subsanar la propuesta presentada, amén de la validez de la comunicación, a aquel no le correrían los plazos perentorios previstos en los Pliegos para cumplir con las deficiencias

¹⁴ *Fallos* 311:970 (1988); 315:890 (1992); 316:382 (1993); 315:1299 (1992); 321:1888 (1998); 320:152 (1997); 319:469 (1996); E319:2037 (1996); 324:4199 (2001); 325:1787 (2002); 326:3135 (2003); 326: 2625 (2003); 326:2686 (2003); 327:5073 (2004); 329:3537 (2006); 330:1649 (2007); 331:816 (2008); 331:1186 (2008).

¹⁵ Vid., HUTCHINSON, Tomás “La Responsabilidad Administrativa del Estado de origen Contractual”. *Revista de Derecho Público*. Rubinzal Culzoni. Año 2007. Pág. 224 y ss.; FLORES, Álvaro B. “La Responsabilidad Contractual del Estado a la luz de la Ley de Responsabilidad del Estado y el Nuevo Código Civil y Comercial”, publicado en el Suplemento de Obligaciones y Responsabilidad Civil de El Dial, en fecha 1/7/2016 (elDial DC2144); SEIJAS, Gabriela “La responsabilidad precontractual de la administración pública”, JA 2002-II-1359 (Cita Online: 0003/008733).

¹⁶ PTN, *Dictámenes* 233:336; 234:156; 248:475; 262:187; 298:159 (aplicado en materia de contrataciones públicas).

observadas. Por ello, la no presentación de las subsanaciones durante la suspensión de plazos no tendría consecuencia alguna para el oferente en términos procedimentales.

Siguiendo el razonamiento que venimos postulando, la realización de actos que impulsen el procedimiento de selección (los cuales gozarán de presunción de validez) tendrá virtualidad en la medida en que los oferentes muestren su voluntad de continuar con la prosecución del mismo (presentando las observaciones requeridas, manifestando su voluntad de no impugnar dictámenes, etc.). No debe olvidarse el principio de colaboración¹⁷, el cual adquiere importantes connotaciones en el campo de la contratación pública. Por tal motivo, hasta el momento en el cual se decide la adjudicación, la dinámica del trámite dependerá de la actitud de los oferentes, ya que, si bien no existe óbice alguno para emitir los actos pertinentes para impulsar el trámite, esta posibilidad halla su límite en la tutela de los intereses, en este caso, de los oferentes. Por ello, si se emitiese el dictamen de preadjudicación y el mismo fuere notificado a los oferentes, no obstante su validez, el mismo no surtiría efectos hasta el levantamiento de la suspensión de los plazos, lo cual generaría una virtual paralización del expediente.

Un aspecto sumamente controversial es el referido al mantenimiento de las ofertas, el cual representa un aspecto inherente a toda contratación pública. Al no realizarse distinción alguna, y del mismo modo, al no existir aclaración alguna por parte del Órgano Rector, el plazo de mantenimiento de las ofertas (cfr. Art. 12 de la Disposición ONC N° 63/2016) sigue la suerte de la suspensión declarada por los Decretos antes mencionados, y por lo tanto, aquel queda inmovilizado hasta el momento en el cual sea levantada la medida. Vale recordar que la suspensión implica exclusivamente detener temporalmente el transcurso del tiempo, lo cual determina que, una vez finalizada aquella medida, los plazos volverán a computarse, adicionándose los días que habían transcurrido hasta el momento de la suspensión,

Por tales razones, la suspensión de plazos en este punto, implicaría en los hechos una extensión del mantenimiento de las ofertas. Despejado este tópico, es menester preguntarse si esta solución se

¹⁷ Conf. PTN, *Dictámenes* 251:557; DICTAMEN ONC N° IF-2019-08246420-APN-ONC#JGM.

erige como eficiente o justa en todos los supuestos. Tal como hemos señalado anteriormente, el transcurso del tiempo sin que sea resuelto el procedimiento de selección conspira con el cumplimiento en condiciones adecuadas de las necesidades del Estado, y desde la óptica del oferente, puede generar que el monto o contenido de su propuesta no puedan satisfacer las prestaciones del objeto de la contratación.

De tal modo, una aplicación estricta de las normas involucradas determinaría que, más allá de la extensión del plazo de la suspensión, el mantenimiento continúa y ello impide al oferente, según la cantidad de días transcurridos, retirar su oferta sin la imposición de penalidades. Por lo tanto, si el retiro de la oferta se realiza en el período de suspensión, y el mismo se haya dentro del plazo de mantenimiento de la oferta, correspondería la aplicación de multas.

No obstante ello, sin perjuicio de la diligencia del participante, la propia motivación de la suspensión señala que la medida ha sido propiciada para “resguardar la tutela de los derechos y garantías de los interesados”. Por tal motivo, según el caso comprometido (sobre todo cuando la suspensión persiste), debería evaluarse la aplicación automática de este tipo de penalidades¹⁸, debido a que, el transcurso de los días de mantenimiento -sin que ellos se computen en términos procedimentales- puede ubicar al oferente en una situación gravosa, la cual también se extiende al órgano licitante, ya que puede configurarse el supuesto de que el procedimiento se encuentre en condiciones de ser adjudicado a alguien que no tendría dichas intenciones. Distinta puede llegar a ser la situación cuando los plazos han sido levantados (vgr. Decreto N° 521/2020), atento a que, al concluir la suspensión -y reanudarse los plazos- el oferente no cuenta con valladar alguno para ejercer sus derechos.

Retomando las reflexiones realizadas en los párrafos anteriores, entendemos que la situación cambia si el procedimiento de selección se encuentra en condiciones de ser concluido. En esta inteligencia, si por ejemplo, se decide la adjudicación de una contratación, la misma

¹⁸ Si nos encontráramos ante una oferta que llevaba, por ejemplo, 49 días corridos de vigencia al momento de establecerse la suspensión de plazos, puede observarse que la propuesta -en virtud de la medida- ha sido virtualmente prorrogada por más de 60 días, sin que el oferente pueda ejercer los derechos que le pudieran corresponder (en este caso, sería la posibilidad de retirar su oferta con diez días de antelación al vencimiento del período de mantenimiento de la oferta).

tendría plena validez, y por añadidura, principio de ejecución en virtud de las previsiones del Art. 12 de la LNPA y de los Artículos 5° y 6° del Anexo del Decreto N° 1030/2016¹⁹. Aquí se daría una situación paradójica para los oferentes o interesados que quisieran impugnar el acto administrativo de adjudicación, ya que, por una parte, no le correrían los plazos para la deducción de los recursos administrativos, pero a su vez, el trámite continuaría pudiendo perfeccionarse, con las consecuencias que ello acarrearía²⁰.

Por lo tanto, a los oferentes e interesados únicamente les quedaría como opción, a los efectos de lograr la suspensión de los efectos del acto -más allá de requerirla o no en sede administrativa- la promoción de una medida cautelar autónoma (si es en la esfera nacional, en los términos de la Ley N° 26.854). Sin embargo, esto tampoco será una empresa fácil, ello en virtud de las restricciones al servicio de justicia debido al aislamiento preventivo social y obligatorio²¹, debiendo solicitar la correspondiente habilitación, la cual hasta el momento ha tenido un criterio sumamente restrictivo, al menos en el fuero contencioso administrativo federal²².

¹⁹ ARTÍCULO 5°.- TRÁMITE DE LAS PRESENTACIONES. Toda denuncia, observación, impugnación, reclamo o presentación similar que se efectúe sobre las actuaciones, fuera de las previstas en el presente reglamento, podrá ser tramitada fuera del expediente del procedimiento de selección, y en principio no dará lugar a la suspensión de los trámites. Sin embargo, la jurisdicción o entidad contratante podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante decisión fundada, suspender el trámite por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta. El trámite se realizará conforme con las disposiciones de la Ley N° 19.549, sus modificaciones y normas reglamentarias.

ARTÍCULO 6°.- RECURSOS. Los recursos que se deduzcan contra los actos administrativos que se dicten en los procedimientos de selección se regirán por lo dispuesto en la Ley N° 19.549, sus modificaciones y normas reglamentarias

²⁰ No es ocioso recordar que con el perfeccionamiento de la contratación, el contratista adjudicado adquiere y consolida un derecho de propiedad.

²¹ Vid., PERRINO, Juan Pablo "La actividad judicial en el contexto de la pandemia de Covid-19", recuperado en <https://abogados.com.ar/la-actividad-judicial-en-el-contexto-de-la-pandemia-de-covid-19/25876> (última consulta: 8 de junio de 2020).

²² CNFed. Cont. Adm., sala de feria A, 05/05/2020, "Consorcio de propietarios Quartier Libertador con frente a la calle Maure 1529/39/41 esquina

4. LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y ELECTRÓNICAS Y LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS. EL DECRETO 520/20

Más allá de las apreciaciones realizadas, el expediente electrónico²³ y los sistemas de contratación electrónica (cfr. COMPRA.R, CONTRAT.AR, etc.) son elementos que contribuyen a dar dinamismos a la contratación, máxime en tiempos donde reinan las restricciones ambulatorias. Por tal motivo, al no ser necesaria -cuando resultan de aplicación estos sistemas- la realización de los tradicionales Actos de Apertura (sustituídos por la presentación electrónica de ofertas), este aspecto no se erigiría como un justificativo para no continuar con el trámite de la contratación, máxime desde que el Sector de Seguros fue excepcionado de las medidas de aislamiento²⁴. Esta cuestión, eventualmente, podría haber sido invocada como una dificultad para constituir las pólizas de mantenimiento de ofertas.

En este entendimiento, aparece como razonable la excepción a la suspensión de plazos para las contrataciones tramitadas por el sistema

Libertador 4802/12/14 c. Edenor SA s/expropiación - servidumbre administrativa"; 24/04/2020, "Kinbaum, Alfredo M. y otros c. Estado Nacional - M. de Salud de la Nación s/amparo ley 16.986"; 17/04/2020, "BCT SRL c. EN - AFIP s/inc. de medida cautelar", incidente nro. 1; 15/05/2020, "Mantyc SRL y otros c. Estado Nacional - Ejército Argentino y otro s/contrato de obra pública"; 08/04/2020, "Patane, María Silvia s/amparo por mora", rec. queja nro. 1; 04/04/2020, "Estado Nacional - DNM c. Chen, Shihai s/medidas de retención"; 06/04/2020, "World Games SA c. PEN - AFIP s/medida cautelar"; 06/04/2020, "Díaz, Carlos J. c. EN - PJN s/amparo ley 16.986"; 06/04/2020, "Bingo Ramallo SA c. PEN - AFIP s/medida cautelar (autónoma)", entre otros. En relación a habilitaciones de feria, puede consultarse "Martín, Mirta L. c. Estado Nacional - Ministerio de Transporte de la Nación s/medida cautelar (autónoma)", del 24/04/2020 y "The Steakhouse SA s/amparo ley 16.986", rec. queja nro. 1, del 29/04/2020,

²³ Ampliar en nuestro trabajo "Las transformaciones del expediente administrativo. El impacto de las TICS en los procesos administrativos", publicado en la Revista de Derecho Público de Rubinzal Culzoni, Año 2018 Tomo II. Pág. 215. En relación a sus efectos en las contrataciones por emergencia, ver DENI, Claudia "Las contrataciones públicas frente a la emergencia en la salud pública. El rol del expediente electrónico", recuperado en el sitio web del Observatorio de Contrataciones Públicas de la Universidad Austral, <http://obcp.com.ar/opiniones/las-contrataciones-publicas-frente-la-emergencia-en-la-salud-publica-el-rol-del> (última consulta: 8 de junio de 2020).

²⁴ Cfr. Decisión Administrativa N° 810/2020.

COMPR.AR, tal como lo estableciera recientemente el Decreto N° 521/2020. Con relación a ello, la Oficina Nacional de Contrataciones mediante la Comunicación N° 12/2020 recomendó a las jurisdicciones del ámbito del Art. 8 inc. a) de la Ley N° 24.156, a minimizar a lo estrictamente indispensable los actos materiales o presenciales que no puedan traducirse en operaciones virtuales en el sistema electrónico COMPR.AR. Así las cosas, el Órgano Rector señala que se debe evitar, en la medida de lo posible, requerir la presentación de muestras, pudiendo reemplazar a dicho requerimiento por folletos de especificaciones técnicas o fotos de los bienes cotizados.

Otra recomendación que se establece, la cual guarda relación con lo sostenido *ut supra*, es la referida a la selección de aquellas formas de garantías que no requieran de un acto presencial por parte del oferente ante el organismo para su integración. Este aspecto va en sintonía con la instauración de las pólizas de seguro electrónicas²⁵, las cuales se encuentran admitidas en las contrataciones de adquisición de bienes y servicios²⁶ y de obra pública²⁷.

En sintonía con lo expuesto, la ONC en el seno de la Comunicación citada, sugiere no incorporar como requisito para la presentación de ofertas las visitas a las instalaciones, reemplazando este requerimiento por especificaciones técnicas con mayor detalle, lo suficientemente precisas, pudiendo incluir fotos de los lugares o planos, para permitir a los oferentes determinar el objeto de la contratación y formular una adecuada cotización, aún sin efectuar una visita al lugar. Para los casos donde no sea posible evitar los actos materiales, el Órgano Rector estima que se deberán seguir en forma estricta las reglas de conducta generales y los protocolos que correspondan de conformidad con lo previsto en el Decreto N° 520/2020.

La suspensión de los plazos se mantiene, al menos durante el período señalado en el Decreto N° 521/2020, para las contrataciones que tramiten por el sistema CONTRAT.AR, en las cuales se canalizan los contratos de obra pública nacional. Al respecto, la ONC mediante

²⁵ Cfr. Resolución N° 610/2018 de la Superintendencia de Seguros.

²⁶ Cfr. Disposición ONC N° 96/2019.

²⁷ Cfr. Disposición ONC N° 97/2019.

la Comunicación N° 13/2020 se determinó que todas las Unidades Operativas de Contrataciones (UOC) de las Jurisdicciones y Entidades de la Administración Nacional comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la ley N° 24.156 (por aplicación del criterio de descentralización de la gestión operativa receptado en el artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01), determinarán los procedimientos de selección, difundidos en el Sistema Electrónico de Contrataciones de Obra Pública CONTRAT.AR, que continuarán suspendidos en función de eventuales prórrogas de la medida dispuesta por los Decretos citados, así como aquéllos que se exceptúen de la suspensión del curso de los plazos conforme la facultad prevista en el artículo 3 del Decreto N° 298/2020 y sus complementarios, a través de la vía que a tal fin prevé el artículo 1.13 del Anexo a la Disposición ONC N° 22/19.

En este entendimiento, la ONC estableció tener en consideración los siguientes casos:

- a) En los procedimientos de selección que se exceptúen de la suspensión del curso de los plazos, la UOC deberá ingresar por circular en el sistema CONTRAT.AR el nuevo cronograma de fechas;
- b) En los procedimientos de selección que el curso de los plazos continúe suspendido, deberá posponerse mediante circular la fecha de apertura actualmente estipulada, con fundamento en el Decreto del Poder Ejecutivo que se dicte a tal fin;
- c) Los nuevos procedimientos de selección que se difundan en el sistema CONTRAT.AR, tendrán apertura de ofertas en la fecha consignada en el cronograma por cada UOC.
- d) No será necesario remitir a la ONC los actos administrativos de excepción a la suspensión general de plazos que se dicten en el ámbito de cada jurisdicción o entidad contratante en los supuestos antes mencionados.

Como contrapartida, en los casos donde no es de aplicación el expediente electrónico o algún sistema de contratación electrónica (Ej.: los municipios de la Provincia de Buenos Aires), la cuestión tiende a complejizarse, lo cual daría sustento a la necesidad de la suspensión de los plazos administrativos, pudiendo generarse los diversos supuestos analizados en los párrafos anteriores. Sin embargo, podrían ensayarse algunas soluciones, teniendo en cuenta los nocivos efectos

de la suspensión en la oportuna satisfacción de las necesidades. Si los ordenamientos respectivos lo autorizan, y teniendo en consideración la complejidad y envergadura de la contratación, podría admitirse la presentación de ofertas por correo electrónico²⁸ (lo cual probablemente deba canalizarse mediante la emisión de una circular modificatoria). Asimismo, en aras de compatibilizar las exigencias del aislamiento social con la continuidad de la contratación, podrían estipularse la restricción de la participación *in situ* de los interesados y oferentes en el Acto de Apertura, siempre que se garantice la transmisión en vivo del acto y se asegure la posibilidad de realizar observaciones por parte de los interesados. A tales efectos, una circular modificatoria, o la emisión de un acto administrativo general sobre la cuestión, podrían ser las herramientas para canalizar esta cuestión.

Vale mencionar que también existen otras soluciones, que conlleven a dotar de mayores certezas a los interesados y contribuyen a la eficiencia de la contratación. Las normas que han determinado la suspensión de los plazos, estipulan la posibilidad de declarar la excepción al régimen de suspensión de plazos a una o varios procedimientos de selección en particular. En relación a ello, por el principio del paralelismo de las competencias, la autoridad competente para autorizar o aprobar el llamado a licitación podrá establecer podrá disponer el levantamiento de la suspensión de los plazos para una determinada contratación²⁹. La misma lógica también resultaría aplicable para las contrataciones que se encuentran en trámite, independientemente de que se haya realizado o no el Acto de Apertura o presentación de ofertas.

²⁸ Este mecanismo lo hemos recomendado para el ámbito de la contratación pública en los municipios de la provincia de Buenos Aires (ref. FLORES, Álvaro B. “Las contrataciones por emergencia en el ámbito municipal bonaerense”, publicado en el Centro de Información Jurídica (CIJUR) del Ministerio Público, recuperado en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14893>. Última consulta: 8 de junio de 2020). Asimismo, la doctrina del Honorable Tribunal de Cuentas de las Provincia de Buenos Aires se ha expedido a favor de esta modalidad (Expediente 4091-7235-2016-0-0. Disponible en el buscador de doctrina del HTC (<https://www.htc.gba.gov.ar/doctrina>)).

²⁹ Esta solución fue ensayada, por ejemplo, en la Resolución N° 394/2020 del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires (B.O. 1°/6/2020), o en la RESOLUCIÓN N° 431-SSTAYLMJYD-HGP-2020 (B.O. 12/6/2020).

5. LA SUSPENSIÓN DE PLAZOS CON POSTERIORIDAD AL ACTO DE ADJUDICACIÓN

En sintonía con lo desarrollado en el punto anterior, la suspensión de plazos también se extiende a los hitos que preceden al perfeccionamiento del contrato. En este entendimiento, respecto a las contrataciones de adquisición de bienes y servicios, la suspensión declarada alcanzaría al plazo estipulado en el Artículo 75 del Anexo del Decreto N° 1030/2016, el cual prevé que la notificación de la orden de compra se realizará dentro de los diez días hábiles de la fecha de notificación del acto administrativo de adjudicación. Esta situación generaría que, el adjudicatario, no pueda hacer uso -mientras se extienda la suspensión de los plazos- de las previsiones del último párrafo del Art. 75 citado, el cual prevé que aquel podrá desistir de su oferta sin que le sean aplicables ningún tipo de penalidades ni sanciones.

Según se indicara anteriormente, el transcurso del tiempo y la paralización de los trámites opera en contra de la eficiencia de la contratación, y en los intereses del adjudicatario, fundamentalmente, debido al potencial encarecimiento de las prestaciones. Por lo tanto, si se entendiese que la figura de la renegociación del contrato únicamente es aplicable a aquellos que hayan sido perfeccionados³⁰, la contratación adjudicada difícilmente pueda resultar perfeccionada. También aquí se genera otra potencial vicisitud, atento a que, la teoría de la imprevisión (en la cual también encuadra la irrupción de la pandemia) solo podría ser invocada una vez que el contrato se encuentre perfeccionado³¹, más allá de sus razonables críticas³².

Desde la óptica del adjudicatario, el problema es mayor, debido a que -al hallarse suspendido los plazos- *a priori*, no estaría exento de la aplicación de penalidades y sanciones si se niega a recibir la orden de compra. Entendemos que esta coyuntura puede dar lugar a situaciones injustas, las cuales podrían sortearse si se opta por relevar de

³⁰ Este temperamento pareciera desprenderse del Art. 96 del Anexo del Decreto N° 1030/2016.

³¹ Fallos 316:729 (1993); 319:1681 (1996).

³² Vid., COVIELLO, Pedro J.J. “El caso “Tecnobra”: Un fallo con interesantes planteos”, LA LEY 1993-E, pág. 486 y ss.

la aplicación de multas o sanciones por este tipo de acontecimientos, debido a que, en estos casos, la pandemia podría quedar asimilada -desde nuestra óptica- a un caso fortuito o fuerza mayor³³.

Por otra parte, desde nuestra óptica, la suspensión de los plazos culmina con la perfección del contrato. En este sentido, consideramos que, si el contrato se halla o hallaba en curso de ejecución, no cabría aplicarle la suspensión dispuesta por las diversas normas ya analizadas. No obstante la aplicación que corresponda, por ejemplo, del RPA, la relación contractual contraída -por su especialidad- queda excluida de los efectos suspensivos. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de otros institutos (caso fortuito o fuerza mayor, teoría de la imprevisión, etc.) que permitan resolver en condiciones de equidad la situación contractual, en caso de corresponder.

6. A MODO DE CIERRE

Las apreciaciones señaladas en los puntos anteriores han tenido como objetivo reseñar algunas de las situaciones que han podido o pueden surgir en virtud de la suspensión de los plazos administrativos, en el marco de los procedimientos de selección del contratista público.

Como se expresara anteriormente, consideramos saludable la exclusión de la suspensión dispuesta recientemente, atento a que, los sistemas de contratación electrónica y la buena acogida que ha tenido el trabajo remoto o a distancia -gracias a la instauración del expediente electrónico-, han posibilitado la continuidad de la gestión pública. Por ende, no se advertía fundamento alguno para extender nuevamente la suspensión oportunamente declarada.

Por su parte, no resultaría ocioso aunar criterios a fin de reactivar o relanzar las diversas contrataciones que, a consecuencia de las medidas por la pandemia, quedaron virtualmente paralizadas. Sin dejar de resaltar el temperamento activo de la ONC, podría tomarse como modelo, la propuesta ensayada por la Oficina Independiente de Regulación y

³³ Esta cuestión podrá ser tratada en FLORES, Álvaro B. "Las contrataciones públicas en trámite y COVID-19. Algunas reflexiones", (en prensa) a publicarse en la Revista de Derecho Administrativo N° 130. Editorial Thompson Reuters.

Supervisión de la Contratación de España en el documento “GUÍA PARA LA REACTIVACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA TRAS EL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS ADMINISTRATIVOS”³⁴, en donde no solamente se tratan los posibles escenarios en los procedimientos de selección otrora suspendidos, sino que también se abordan las situaciones en los contratos en curso de ejecución.

Finalmente, corresponde indicar que la prolongación *sine die* de la suspensión de plazos tiene un impacto profundo en el derecho a una buena administración o gobernanza³⁵, lo cual refuerza la idea de buscar soluciones que impulsen la continuidad de los trámites.

³⁴ El mismo puede ser consultado en <http://www.obcp.es/noticias/la-oirescon-elabora-una-guia-para-la-reactivacion-de-la-contratacion-publica-tras-el>.

³⁵ Vid., AGUILAR VALDEZ, Oscar “¿Salud Pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado sanitario y administrativo de excepción”, LA LEY 25/05/2020, págs. 2 y ss. (Cita Online: AR/DOC/1639/2020).

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO EN EL CONTEXTO DEL COVID-19

EN DEFENSA DE LA RENTA BÁSICA UNIVERSAL

RAFAEL VALIM¹

Pontificia Universidad Católica de San Pablo - Brasil

1. EL ESTADO BRASILEÑO EN EL ENFRENTAMIENTO DEL COVID-19: CONTEXTUALIZACIÓN NECESARIA

El enfrentamiento de la pandemia en Brasil ha acentuado los problemas atávicos de nuestra Administración Pública. Uno de ellos, cuyo examen reviste especial interés a los efectos de este artículo, es la tendencia a tratar de resolver problemas complejos con meras fórmulas jurídicas restrictivas, que se traducen en un aumento de las actividades administrativas de policía y la sancionatoria².

Hay una rápida proliferación de medidas de policía de sanidad y una timidez injustificada en la adopción de medidas de fomento para

¹ Abogado. Doctor en Derecho. Actualmente es profesor visitante en la Universidad de Manchester (Inglaterra), la Universidad Le Havre Normandie (Francia), la Universidad Panamericana (México) y la Universidad de Comahue (Argentina). Es miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Brasileño de Derecho Administrativo.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 438.

las personas y empresas más vulnerables. Además, a nivel federal, se está desarrollando un cínico discurso oficial que explora los efectos deletéreos de la crisis económica resultante de la pandemia y oculta el hecho de que el Gobierno Federal tiene los medios para mitigarlos.

Las dos principales providencias ampliativas de derechos dictadas hasta ahora han sido el *beneficio de emergencia para la preservación del empleo y los ingresos*, que se pagará en los casos de reducción proporcional del horario de trabajo y el salario o la suspensión temporal del contrato de trabajo, introducido por la Medida Provisional n° 936/2020, y la *ayuda de emergencia* por un monto de 600,00 reales (seiscientos reales) mensuales, durante un período de tres meses, a las personas en situación de vulnerabilidad, en los términos definidos por la Ley n° 13.982/2020.

Sin embargo, ambas son notoriamente incapaces de hacer frente a la única certeza que tenemos en este momento, que es la gravísima crisis económica y social que se avecina.

Nos parece que la situación excepcional en la que estamos inmersos reintroduce una idea que, aunque a muchos les parezca “radical”, ha sido perfeccionada durante cientos de años por estudiosos de todos los espectros ideológicos y de las más variadas disciplinas de las ciencias sociales³: *la renta básica universal*, entendida, en la definición de Philippe van Parijs y Yannick Vanderborght, como una *renta pagada por una comunidad política a todos sus miembros individualmente, independientemente de su situación financiera o exigencia de trabajo*⁴.

Como señala Bernard E. Harcourt, el momento actual “exige una revolución jurídica, política y económica capaz de inaugurar una nueva era de cooperación”⁵. La renta básica universal, lejos de ser una panacea⁶, constituye una pieza central de esta “revolución” y se presenta

³ STANDING, Guy. *Basic Income*. Londres: Penguin Books, 2017, p. 17.

⁴ PARIJS, Philippe van; VANDERBORGHT, Yannick. *Basic income: a radical proposal for a free society and a sane economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017, p. 4.

⁵ HARCOURT, Bernard E. Le coopérationisme ou comment en finir avec cette peste économique. *AOC media - Analyse Opinion Critique*. Disponible en: <https://aoc.media/analyse/2020/05/11/marches-et-pandemie/>

⁶ STANDING, Guy. *Basic Income*. Londres: Penguin Books, 2017, p. 54.

como un instrumento fundamental para la realización del proyecto de sociedad inscrito en la Constitución brasileña de 1988.

2. LA ACTIVIDAD DE FOMENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO BRASILEÑO

Como ya hemos tenido la oportunidad de señalar⁷, la Constitución brasileña de 1988 establece de forma inequívoca un Estado Social de Derecho, que es el resultado de la unión de las características jurídicas y positivas del *Estado de Derecho* - dignidad de la persona humana, soberanía popular, separación de las funciones estatales, principio de igualdad, principio de legalidad, un sistema de derechos fundamentales dotado de petrealidad, principio de tutela judicial efectiva, principio de seguridad jurídica y principio de publicidade - y del *Estado Social* - una lista de derechos sociales fundamentales, titularidad de servicios públicos y una amplia intervención en los ámbitos económico y social.

Conviene recordar, además, algunos de los fundamentos (artículo 1 de la Constitución Federal) y objetivos fundamentales (artículo 3 de la Constitución Federal) de la República Federativa de Brasil: valores sociales del trabajo (artículo 1, inc. IV de la Constitución Federal); construcción de una sociedad libre, justa y solidaria (artículo 3, inc. I de la Constitución Federal); garantía del desarrollo nacional (artículo 3, inc. II de la Constitución Federal); erradicación de la pobreza y la marginación y reducción de las desigualdades sociales y regionales (artículo 3, inc. III de la Constitución Federal).

Por lo tanto, es natural concluir que el Estado brasileño, gracias a su notorio compromiso con la justicia social, representa la antítesis del neoliberalismo. Al truismo liberal de que el Estado no debe interferir en la vida económica, a la luz del supuesto de que el mercado sería un instrumento más eficaz para la asignación de recursos y el desarrollo de la sociedad, se opone un Estado con un marcado protagonismo en la organización de los ámbitos económicos y sociales.

Asimismo, contra las formulaciones abstractas, descontextualizadas y cínicas del discurso liberal, nacidas del falso supuesto de que

⁷ VALIM, Rafael. *A subvenção no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 27.

las personas nacen iguales en derechos y obligaciones, se presenta un catálogo interdependiente y complementario de derechos fundamentales, forjado a partir de la observación, por lo demás evidente, de que los derechos de la libertad sólo tienen sentido si van acompañados de ciertas condiciones materiales.

Como enseña Manuel García-Pelayo, “si bien en los siglos XVIII y XIX la libertad se entendía como una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en principios socioeconómicos) es una condición para el ejercicio de la libertad”⁸.

Del núcleo del Estado de Derecho brasileño surge, pues, un Estado Social que, además de los propósitos del siglo XVIII de mantener el orden y la seguridad, debe alcanzar, a través de los servicios públicos y las políticas públicas, los altos objetivos que le impone la Constitución Federal. Se trata del “estado telocrático” en las palabras del profesor Fábio Konder Comparato, antagónico a la nomocracia liberal y cuya legitimidad se basa en la capacidad de alcanzar fines predeterminados⁹.

La actividad administrativa de fomento se presenta como un valioso instrumento del Estado Social de Derecho brasileño para lograr sus propósitos. No se trata de una actividad subsidiaria, incidente en las deficiencias del mercado, sino de una acción planificada del Estado destinada a la realización de los intereses públicos.

Dada la necesidad de una definición positiva y restringida de la actividad de fomento, nos parece que puede ser configurada como *la transferencia de bienes y derechos a favor de los individuos, sin contraprestación o con contraprestación en condiciones facilitadas, con el fin de satisfacer directa o indirectamente los intereses públicos*¹⁰.

Obsérvese que el último elemento de la definición revela el propósito de la actividad de fomento. Aunque a primera vista la expresión “para la satisfacción directa o indirecta de los intereses públicos” puede parecer una obviedad, contiene un rasgo decisivo del concepto

⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 14.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, 138: 43 e 44.

¹⁰ VALIM, Rafael. *A subvenção no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 56.

de fomento que formulamos. Contrariamente a lo que la mayoría de la doctrina defiende, sostenemos que, en el derecho brasileño, la actividad de fomento no se limita a salvaguardar indirectamente los intereses públicos, sino que incluye instrumentos muy importantes de satisfacción directa de los intereses públicos.

Así, al lado de las transferencias de bienes y derechos con el fin de estimular las actividades de interés público - *satisfacción indirecta de intereses públicos* – tenemos las transferencias de bienes y derechos destinadas a proteger los derechos fundamentales - *satisfacción directa de los intereses públicos* - de las cuales la *renta básica universal* es un eloquente ejemplo en Brasil.

3. LA EXIGENCIA DE UNA RENTA BÁSICA UNIVERSAL

En el Derecho Administrativo brasileño, la renta básica universal es una especie de *subsídio*, una categoría que debe ser separada de la *subvención*. Mientras esta tiene por objeto estimular ciertas actividades, satisfaciendo indirectamente los intereses públicos, los subsidios están predestinados a proteger ciertos derechos fundamentales, satisfaciendo directamente los intereses públicos. En palabras del profesor Germán Fernández Farreres, el subsidio es una técnica directamente vinculada al *status* del beneficiario¹¹.

Resulta que los subsidios son asignaciones patrimoniales a favor de los individuos sin la exigencia de contraprestación o aplicación de los recursos públicos transferidos en una determinada actividad de interés público.

Sin embargo, la renta básica universal es una especie de subsidio caracterizada por su incondicionalidad en los tres sentidos descritos por Philippe van Parijs y Yannick Vanderborght¹²: es un derecho estrictamente individual, dissociado de la situación doméstica del beneficiario;

¹¹ FARRERES, Germán Fernández. Aspectos diferenciales entre las subvenciones y las medidas de fomento económico. *Revista Española de la Función Consultiva*, p. 39.

¹² PARIJS, Philippe van; VANDERBORGHT, Yannick. *Basic income: a radical proposal for a free society and a sane economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017, p. 8.

no está sujeto a una prueba de ingresos o patrimonio; y está libre de obligaciones de cualquier naturaleza.

Esta característica está presente en el art. 1º de la Ley nº 10.835/2004, que instituyó la llamada “renta básica de ciudadanía” en Brasil por iniciativa del incansable senador Eduardo Suplicy. Conviene transcribir el mencionado dispositivo:

“Artículo 1. A partir de 2005, la renta básica de los ciudadanos será el derecho de todos los brasileños que residan en el país y de los extranjeros que residan durante al menos 5 (cinco) años en el Brasil, independientemente de su condición socioeconómica, a recibir un beneficio monetario anual”.

A pesar del largo período de consagración jurídico-positiva de la renta básica universal en el Brasil, lamentablemente la Administración Pública aún no la ha puesto en práctica. No obstante, trataremos de demostrar que esa conducta omisiva se traduce en una grave ilegalidad, sobre todo en un contexto de profunda crisis económica y social. En otras palabras, *el Jefe del Poder Ejecutivo Federal no tiene margen de apreciación para definir el momento oportuno para implementación de la renta básica universal*. En términos legales, es imperativo que se la conceda *inmediatamente*.

De hecho, los principios constitucionales, en su función interpretativa¹³, combinados con la realidad social que subyace a las normas introducidas por la Ley No. 10835/2004, señalan de manera unívoca la necesidad de concretización de la renta básica universal.

Por cierto, la lección del Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello sobre la *reducción* o incluso la *eliminación* de la discrecionalidad antes determinadas circunstancias del caso concreto¹⁴:

“Finalmente, la discrecionalidad es relativa, en el sentido de que incluso cuando la ley ha establecido, en su dicción, un cierto margen de libertad para el agente, *dicha libertad puede desvanecerse o incluso desaparecer por completo* ante la situación concreta en la que debe aplicar la norma. Es decir: ante las particularidades de

¹³ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 1019.

la situación que se le presenta, la autoridad puede encontrarse ante un caso en el que sus opciones para el cumplimiento de la finalidad jurídica están contenidas en un espacio más angusto que el que la ley franquea abstractamente, y puede incluso ocurrir, que quede una sola conducta adecuada para la satisfacción del escopo normativo. En resumen: la descriptibilidad a nivel de la norma es una condición necesaria, pero no siempre suficiente, para que subsista en situaciones concretas”.

En lo que respecta a los principios constitucionales, debemos examinar, aunque brevemente, los que fundamentan y exigen la materialización de la renta básica universal.

Desde el punto de vista laboral, la Constitución brasileña establece la *búsqueda del pleno empleo* como uno de los principios del orden económico y impone (art. 170, inc. VIII), entre los derechos del trabajador, un salario mínimo “capaz de satisfacer sus necesidades vitales básicas y las de su familia con vivienda, alimentación, educación, salud, ocio, vestido, higiene, transporte y seguridad social, con reajustes periódicos que preserven su poder adquisitivo” (art. 6, IV).

La realidad, sin embargo, es que el desempleo es un problema *estructural* más que *coyuntural* del capitalismo contemporáneo¹⁵. Ni siquiera el crecimiento económico puede aplacarlo¹⁶. Por otro lado, la precariedad y la informalidad son marcas fundamentales del mundo laboral actual.

A todo esto se añade ahora la masa de desempleados que inevitablemente generará la pandemia de coronavirus, lo que redundará en una mayor precariedad e informalidad.

La renta básica universal es una respuesta decisiva a este cuadro dantesco, a fin de salvaguardar las condiciones mínimas de vida decente para los desempleados y los trabajadores precarios¹⁷ e informales. En

¹⁵ FUMAGALLI, Andrea. Doce tesis sobre la renta de ciudadanía. In: PISARELLO, Gerardo; DE CABO, Antonio. *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*. Madri: Trotta, 2006, p. 40.

¹⁶ BASCETTA, Marco; BRONZINI, Giuseppe. La renta universal en la crisis de la sociedad del trabajo. In: PISARELLO, Gerardo; DE CABO, Antonio. *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*. Madri: Trotta, 2006, p. 171.

¹⁷ ROMAN, Diane. *Le droit public face à la pauvreté*. Paris: LGDJ, 2002, p. 423.

rigor, cumple el proyecto constitucional de proporcionar a las personas una suma periódica de dinero que les proporcione un mínimo existencial.

Además, la renta básica universal promueve una mayor estabilidad de la demanda como resultado del continuo consumo privado, lo que permite a las empresas planificar inversiones a largo plazo. Con ello se reverencia el importantísimo - aunque olvidado - artículo 219 de la Constitución Federal, según el cual “el mercado interno integra el patrimonio nacional y se fomentará para permitir el desarrollo cultural y socioeconómico, el bienestar de la población y la autonomía tecnológica del país, en los términos de la ley federal”.

También el principio de la libre iniciativa, calificado de fundamento de la República Federativa del Brasil (art. 1, inc. IV) y su orden económico (art. 170, caput) milita a favor de la renta básica universal. Aunque esta afirmación pueda parecer inusual para muchos, en las lecciones de Philippe van Parijs y Yannick Vanderborght, al garantizar “un piso incondicional, se puede esperar que un ingreso básico contribuya a desencadenar el espíritu empresarial protegiendo mejor a los trabajadores autónomos, las cooperativas de trabajadores y las asociaciones entre el capital y el trabajo del riesgo de ingresos inciertos y fluctuantes”¹⁸.

No es demasiado recordar, además, que el ingreso básico universal es un medio para lograr el tan proclamado derecho fundamental a la libertad. Como uno de los fundadores de la Constitución Americana, Alexander Hamilton, nos recuerda, “un poder sobre el sustento de un hombre equivale a un poder sobre su voluntad”. En otras palabras, la única manera de asegurar la libertad es satisfaciendo las necesidades mínimas vitales. Sin esto, tendremos un simulacro de libertad, un privilegio de clase incompatible con el constitucionalismo contemporáneo.

Por último, cabe destacar que la renta básica universal responde a todos los objetivos fundamentales de nuestra República, que son (artículo 3 de la Constitución Federal): construir una sociedad libre, justa y solidaria; garantizar el desarrollo nacional; erradicar la pobreza

¹⁸ PARIJS, Philippe van; VANDERBORGHT, Yannick. *Basic income: a radical proposal for a free society and a sane economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017, p. 24.

y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales; promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación.

Como advierte Guy Standing, la renta básica universal no erradica la pobreza, sino que desempeña un papel central en el enfrentamiento de la ya alarmante desigualdad social en todas las partes del mundo, que sólo tiende a aumentar con la pandemia de coronavirus. Baste decir que, según un estudio del Instituto de Estudios Políticos, la riqueza de los multimillonarios de EE.UU. ha aumentado casi un 10% en sólo tres semanas, justo cuando comenzó la crisis de Covid-19¹⁹.

4. CONCLUSIÓN

A los detractores apriorísticos de la renta básica universal, vale la pena recordar a Jean Rivero: “sería un error pedir a la ley más de lo que puede dar, pero sería otro error no pedir todo lo que puede dar”²⁰.

La renta básica universal no sólo es posible, sino que, en los cuadrantes de la legislación brasileña, configura un deber de la Administración Pública, al que corresponde un derecho subjetivo de todos los brasileños que residen en el país y de los extranjeros que residen desde hace por lo menos cinco años en el Brasil. Negarlo significa vaciar el núcleo de nuestro orden constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹⁹ COLLINS, Chuck. Os bilionários estão ficando ainda mais ricos com a pandemia. Basta. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/05/01/os-bilionarios-estao-ficando-ainda-mais-ricos-com-a-pandemia-basta>

²⁰ Trecho original: “serait une erreur de demander au Droit plus qu’il ne peut donner, c’en serait une autre de ne pas lui demander tout ce qu’il peut donner” (RIVERO, Jean. *Intérêts viciés de la nation et fins humaines du pouvoir*. In: *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*: contribution à l’étude du règlement juridique des conflits de valeur en droit pénal, public et international. Bruxelles: Bruylant, 1982, p. 545).

- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, 138: 39-48.
- FARRERES, Germán Fernández. Aspectos diferenciales entre las subvenciones y las medidas de fomento económico. *Revista Española de la Función Consultiva*, 13: 31-81.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PARIJS, Philip van; VANDERBORGHT, Yannick. *Basic income: a radical proposal for a free society and a sane economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017.
- PISARELLO, Gerardo; DE CABO, Antonio. *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*. Madri: Trotta, 2006.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales*, 2ª ed. Sevilla: Global Law Presse, 2006.
- ROMAN, Diane. *Le droit public face à la pauvreté*. Paris: LGDJ, 2002.
- STANDING, Guy. *Basic Income*. Londres: Penguin Books, 2017.
- SUPIOT, Alain (Coord.). *La solidarité: enquête sur un principe juridique*. Paris: Odile Jacob, 2015.
- SUPLICY, Eduardo. *Renda de cidadania: a saída é pela porta*, 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

ESTADO Y SOCIEDAD ANTE LA PANDEMIA

APUNTES PARA LA REGULACIÓN DE UN CONTRATO SOCIAL HUMANISTA

GABRIELA STORTONI¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

1. BREVE JUSTIFICACION DE ESTE ESTUDIO

Hace unos meses, con la virulenta aparición en nuestras vidas del virus COVID – 19, declarado a principios de marzo como PANDEMIA por la OMS², casi sin freno y golpeada por las imágenes de una crisis sanitaria sin precedentes – o que al menos no habían vivido ni siquiera mis padres, escribí un artículo denominado el RETO DE LA FRATERNIDAD³. Debo decir también que me inspiró el ambiente de época donde las discusiones políticas y sociales que se empezaban a dar en nuestro país estribaban en analizar que país era el deseable, o que tipo de líderes iban a salir airoso de la pandemia. Y así fue como por esos días leo un artículo en el diario anglosajón Financial Times⁴, titulado “Virus pone a prueba el capitalismo responsable”. Un editorial que me resultó por demás interesante, ya que planteó como las últimas crisis

¹ Abogada. Mg. en Derecho Administrativo, Universidad Austral.

² Ello por generar en forma vertiginosa y dramática contagios y muertes, con origen en un lejano mercado chino pero esparcida en un par de meses en todo el mundo.

³ <https://www.infobae.com/opinion/2020/04/03/el-reto-de-la-fraternidad/>

⁴ <https://www.ft.com/content/a47c734a-702e-11ea-89df-41bea055720b>

económica globales pusieron en jaque la reputación de las empresas. Dice así que la del año 2008 fue paradigmática en tal sentido. Los bancos y empresarios fueron objeto de repudio, y perdieron por ello mucho dinero. No obstante, luego se volvió a la misma normalidad de juego financiero de la especulación mas cruel. Nada se había aprendido al parecer de tamaña crisis. Y ello se replantea con el impacto del virus, que aparece como una oportunidad para rediseñar las relaciones entre el mundo empresario, el estado y la sociedad, no solo para salir de la pandemia, sino para tener un sistema mas responsable de todos los actores del proceso.

Dice el citado artículo que “...Los Estados están aplicando enormes sumas de dinero *para apoyar a las empresas, y esto lleva a un rol mas importante del Estado, ahora bien, para que la intervención no se constituya en una norma, es necesario que las empresas actúen con reciprocidad. Esto nos debería conducir a un nuevo contrato social entre las empresas, el gobierno y la sociedad británica...*” y sigue diciendo que “... las empresas no deberían considerar esto como una carga, sino una *oportunidad para recuperar la confianza*”. Esto es recuperar la reputación perdida.

Es claro que el foco del artículo del diario FT, al proponer un capitalismo responsable en un nuevo contrato social, surge obligado por la perdida del mercado mismo, que no será el mismo y, por ende, sin mercado, sin clientes, no hay venta, y entonces no hay especulación alguna que valga. El análisis es frio, por cierto, pero no por ello, menos razonable, además de realista. Aunque lo invite a pensar un gen egoísta.

En base a ello, me permití en esos momentos algunas reflexiones, desde la óptica local y la disciplina administrativista que ejerzo. En primer lugar, que la pandemia, como siempre pasa con toda crisis, vuelve a poner en el centro de la escena al Estado, como garante del salvataje y recuperación del sistema de vida en la sociedad. En segundo lugar, la conducta social fue la de acompañar la decisión gubernamental de cerramiento o confinamiento, a los fines de reducir la propagación de la pandemia. Entonces, en el cuidado propio esta el cuidado al otro, en el valor de la hermandad o fraternidad. Idealmente, pensé que, en base a la fraternidad, debería surgir un nuevo Contrato Social.

Fíjese el lector que las actividades esenciales, que van a sostener las bases de la sociedad, frente a la lucha contra la pandemia son aquellas

mas relegadas por el capitalismo y el sistema de renta financiera. Son los enfermeros, los médicos, los científicos, los maestros, los conductores de servicios públicos, los empleados de limpieza y recolección de residuos, los empleados de seguridad, entre otros. En síntesis, los mas desvalidos o en su caso los menos valorados en términos de generación de renta, los que están en la línea de batalla.

Por otro parte, el parate total del sistema va a llevar a la suspensión de la actividad de pequeñas y medianas empresas y de los ingresos para cuentapropistas, trabajadores ocasionales o sin trabajos estables, entre otras actividades que quedan fuera de lo considerado esencial. En este ramo los obreros y jornaleros, el trabajo domestico no regularizado, el trabajo en negro en todas sus formas - que se condena, pero aun hoy con todas las herramientas tecnológicas y de control de gran hermano fiscal - no logra erradicarse, pequeños emprendedores gastronómicos, comercios de servicios especiales, oficios, profesiones liberales, etc. Todos parados. Como la economía. Pero la pandemia crece de igual modo y la vida se evapora también al mismo ritmo.

La recuperación de esta situación no va a ser sencilla, y va a requerir aplicar herramientas que no sean las de antaño, ensayadas ya una y tantas veces frente a las emergencias económicas (de las cuales Argentina puede dar catedra según algunos economistas).

Por eso, la idea de un "nuevo contrato social" es lo novedoso.

Y va a ser sostenida también por diversos lideres políticos. En particular, el presidente Alberto Fernández va a decir "Sabemos lo que queremos hacer y debemos hacer, pero vamos a esperar que los barrios más populares recuperen la tranquilidad después de la pandemia. Después vamos a dar a conocer "cuatro puntos para un nuevo contrato social para un país mejor en el que la igualdad y la solidaridad sean la regla", adelantó Fernández. "Vamos a esperar, pero estamos trabajando para poner en marcha un país más federal, justo y solidario", completó el primer mandatario nacional⁵.

Como ha dicho el profesor Fethi Mansouri, Doctor en Filosofía, titular de la Cátedra UNESCO de Diversidad Cultural y Justicia Social de la Universidad Deakin, Melbourne (Australia) y Coordinador de

⁵ Fuente Télam. Declaraciones Presidenciales del 24 de mayo de 2020.

UNITWIN, Diálogo Interreligioso y Entendimiento Intercultural (IDIU)⁶ “Están surgiendo nuevas formas de solidaridad y diálogo en un momento en que el distanciamiento social parece ser el único método eficaz de bloqueo de la pandemia. Al mismo tiempo, las enormes disparidades económicas y el acceso a la atención de salud se están llevando al límite, con consecuencias inevitables en el aumento del racismo y las discriminaciones... ¿Estamos listos para comprometernos en un nuevo contrato social en vista de la era post-COVID-19?

Por ello, ¿cual va a ser el contenido de un nuevo pacto o acuerdo, cuando la distancia social se impone?

¿Que reglas deberían ser las que orienten el buen proceder, el comportamiento deseado a futuro? Máxime cuando el mundo de la pos-pandemia, puede aparecer frente a nosotros, igual que una película de streaming, como un escenario de mayor pobreza, diferencias sociales, y desigualdades.

Y entonces, con mayor preocupación, ¿que destino habrá para nuestra gente y las generaciones futuras cuando el mundo entero se dispersa tras la pandemia?

2. BREVE REFERENCIA AL CONTRATO SOCIAL DE JEAN JACQUES ROUSSEAU

Por eso, profundizando en el concepto, para poder hablar de nuevo contrato social, debemos repasar las bases pergeñadas por Jean-Jacques Rousseau en su obra “Contrato Social o Principios de Derechos Políticos” escrita en 1762.

Rousseau no fue un personaje acorde a su legado, ni mucho menos un dechado de virtudes⁷, su vida fue errática y azarosa, fue músico, escritor, vagabundo y filósofo.

⁶ <https://es.unesco.org/news/entrevista-fethi-mansouri-adelantando-nuevo-contrato-social-era-post-covid-19>

⁷ Una de las críticas mas feroces que se la han hecho, fue que cinco de los hijos que tuvo, apenas nacían los abandonaba en un orfanato. Menuda lección de fatalidad sobre el futuro y egoísmo, de quien que sentó las bases de un sistema para la libertad, la igualdad y la fraternidad.

Como dice Horacio Crespo en la Introducción a su principal obra, que menos pensaría que tendría la enorme vigencia para canalizar los problemas y las preguntas centrales del hombre en el Siglo XX y XXI. "...Los problemas de la representación en el sistema democrático, los alcances del movimiento ecologista, las complejas cuestiones presentes en la relación del individuo con la sociedad y la necesidad de poner al día, revitalizada, la gran utopía de la fraternidad entre los hombres encuentra en su obra un insoslayable referente"⁸

La idea fundamental de Rousseau en el punto es que la salida del hombre del estado de naturaleza, esta en la convicción de un acuerdo o pacto social que lo proteja. Donde relegue cierta libertad natural a cambio de derechos y libertades civiles y en base a la igualdad de las reglas a ser aplicadas a todos los que suscriben el pacto. Incluso sostiene que "bajo los malos gobiernos esta igualdad es únicamente aparente e ilusoria, solo sirve para mantener al pobre en su miseria y al rico en su usurpación. De hechos las leyes son solo útiles para los que poseen y perjudiciales para los que nada tienen de ello se sigue que el Estado social es solo ventajoso cuando todos los hombres tienen algo y ninguno tienen demasiado."⁹

Entonces en estas reglas de acuerdo social, el rol de los diferentes sujetos en juego, esto es tipo de Estado, mercado y sociedad, es esencial para que la regla sea justa, el sistema legítimo y los valores sostenibles en el tiempo.

Por ello, la pandemia pone en jaque estas reglas, ya que se nos preguntara quien debe asumir las responsabilidades de sostener la vida, la sociedad y la economía.

En este sentido, la peste desnuda las debilidades que el sistema social y político oculta. Las reglas del Contrato Social de Rousseau obligan a repensar en el nuevo contenido de las instituciones, que justifiquen que aun hoy decidamos seguir optando por abandonar el estado de la naturaleza por el estado social de derecho por la vida en sociedad y bajo un sistema de gobierno representativo y democrático.

⁸ Jean Jaques Rousseau "El Contrato Social o Principios de Derecho Político" Traducción de Leticia Halperín Donghi, con Introducción de Horacio Crespo. 2003. Ed. LA PAGINA S.A. Ed. LOSADA. ISBN 987-503-357x.

⁹ Op. Cit. Nota 1. Pagina 55

3. EL CONTRATO SOCIAL EN LA ERA DE LA PANDEMIA

3.1. La Convencionalidad en la construcción del estado constitucional y social del derecho

Según sea la visión del Estado, diferente será la acción de la Administración pública, y así vamos a ver que en nuestro desarrollo histórico-institucional, el Estado ha sido personificado como el Estado Gendarme o liberal de la revolución francesa, que dejaba hacer y vigilaba la acción de los privados, con mínimas injerencias, al Estado de Bienestar, cuyo mayor desarrollo se va a dar luego de las posguerras que exigen un Estado que genere las condiciones para la vida socialmente apta y finalmente desde los años 90 hasta ahora el denominado Estado de Subsidiariedad, que es un Estado que se mantiene atento a cubrir las necesidades públicas que no puedan ser atendidas por el mercado o por el privado.

En el siglo XX vamos a ver como se conjugan tanto el estado Liberal, donde el valor jurídico protegido es la libertad, el Estado democrático del derecho, donde el valor protegido es el derecho a la igualdad y el Estado social constitucional de derecho, donde aparecen los derechos sociales y los derechos humanos como bien jurídico a proteger.

Como ha expresado el Papa Francisco en su documento sobre la Fraternidad suscrito el año pasado con el Gran Imán, el bien jurídico tutelado es la fraternidad y ¿hacia ese valor debería ir el Estado?

La incorporación de los tratados sobre derechos humanos, con raigambre constitucional con la reforma de la Carta Magna en el año 1994, nos lleva indefectiblemente a la concepción de un Estado de Derecho que no puede prescindir de la vigencia efectiva de los derechos humanos fundamentales, los derechos sociales o los derechos de las mas desvalidos estén en juego. Vuelvo de nuevo al principio de la fraternidad o hermandad como prisma a recuperar.

Ahora bien, la impronta social de la postguerra va a ser impactada, a partir de los años 80, por una política neoliberal. El consenso de Washington fue un programa dirigido a los Estados latinoamericanos con el fin de desarrollar privatizaciones de la hacienda estatal, reducción del Estado y desregulación de las actividades.

En los últimos años la concepción filosófica del Estado de Bienestar vuelve a tomar preponderancia. Dirá Cassagne¹⁰ que Estado de Subsidiariedad en modo alguno niega el Estado de Bienestar, por lo cual la presencia estatal estará allí donde la necesidad lo requiera y el sistema capitalista no lo contenga.

Desde la filosofía Rawls, Nozick y su estado mínimo o Dworkin, van a sostener los derechos del hombre, como base de su pensamiento liberal, para fortalecer la libertad del hombre y de su elección en la vida. Otros dirán que en base en una corriente “comunitarista” obliga al Estado a tomar un rol proactivo de satisfacer las necesidades¹¹.

Sin pretender entrar en las grandes y apasionantes discusiones filosóficas, la situación actual de la pandemia nos lleva a reflexionar sobre la concepción del Estado que vamos a legitimar con nuestro consenso. Esto es, si es un sistema individualista donde el hombre satisface sus necesidades sin pensar en el contexto; o un sistema social de contención.

Debemos recordar, entonces, que ha habido una importante incorporación de nuevos derechos en nuestra Constitución, ya en la primera parte denominada de contenido pétreo, por un lado, así como en los Tratados sobre Derechos Humanos incorporados a aquella, y que veremos luego. Esto nos lleva a la necesaria aplicación de los principios de progresividad y no regresión de los DDHH y nos obliga a pensar que nuestra Constitución ya no sostiene un Estado Mínimo o de Subsidiariedad, típico del sistema neoliberal¹², sino que tiene vocación de un Estado Constitucional y Social del Derecho. Discutámoslo.

¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos “Curso de Derecho Administrativo” 12va. Ed. Actualizada. Tomo I. pag. 23. Ed. Thompson Reuters LA LEY. ISBN 978-987-03-3580. Argentina. 2018.

¹¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramón “Curso de Derecho Administrativo I con Notas de Agustín Gordillo. 1era. Ed. Argentina. Thomson-Civitas. LA LEY, Tomo I, pag. 32 y sgtes. ISBN -13: 978-987-03-0870-6. 2006 ARGENTINA

¹² Contrario a ello, el fracaso del sistema tiene muchos ejemplos en esta pandemia, pero ningún tan significativo como el caso del Premier Británico Boris Johnson, quien manifestara su posición negacionista frente al COVID-19 hasta que cayó enfermo. Y mientras tanto el famoso FT titulaba en su editorial la necesidad de un Estado Presente y de una reformulación de las reglas del contrato social.

En el concierto de garantías y prerrogativas - que hacen al clásico sistema de tensión que fuera manifestado por nuestros autores clásicos – aparece hoy la vigencia efectiva de los derechos humanos como fuente no solo de los derechos de los particulares y de las garantías, sino como justificación del obrar estatal.

Esto implica claro esta un Estado que deberá repensar las exorbitancias del derecho, ya no como ejercicio de los vestigios del poder feudal heredado por la revolución francesa, sino como herramientas para asegurar la vida digna.

Con este prisma, deberán pensarse entonces las acciones del Estado, ya en actos administrativos, reglamentos o contratos. El humanismo¹³ es entonces una fuente que vino para quedarse.

La incorporación de las reglas en materia de derechos humanos, deben ser tenidas como contenido obligatorio, al menos así lo establece la CN en su artículo 75 inciso 22 y también la jurisprudencia de la CSJN, aunque debo decir que ha sido algo errática en la última etapa.

Las nuevas reglas nos ponen frente a un nuevo Estado, preocupado por la vigencia efectiva de los derechos humanos, ya por la impronta nacional y local, como por su responsabilidad internacional. Un Estado que se legitima en la concreción de políticas públicas concertadas en un ámbito plural. Un Estado conciente como expresa Habermas de que *“... en las sociedades multiculturales, los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho constituyen los puntos de cristalización de una cultura política que integra a todos los ciudadanos; esta cultura es a su vez la base para una coexistencia igualitaria de distintos grupos y subculturas cada uno de ellos con un origen y una identidad propios”*¹⁴

Este nuevo bloque de legalidad se conforma con un ida y vuelta de lo local a lo nacional y de este a lo regional y al bloque integrado, y viceversa, sin solución de continuidad, ya que su carácter de *ius in fieri* va a garantizar del mejor modo el aseguramiento de los derechos

¹³ Tengamos en cuenta que como fuente son las bases para el dictado de otras normas o decisiones de cualquiera de los poderes y de actuación de los ciudadanos.

¹⁴ Jürgen Habermas (1999). “Israel o Atenas: ¿a quién le pertenece la razón amnésica? Johan Baptist Metz y la unidad en la pluralidad multicultural”. Madrid: Editorial Trotta, p. 99.

y tales fines remito a mi artículo sobre DDHH en la reforma de la CN, donde sostuve - antes de la reforma constitucional de 1994 - que la Corte Suprema tuvo ocasión de enderezar la interpretación sobre las relaciones jerárquicas entre el orden interno, inferior a la Constitución, y los tratados internacionales. Así, en el caso *ut supra* mencionado “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros” el Tribunal afirmó que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ratificada por el país, había alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino y, en consecuencia, ya no existía fundamento normativo para acordar prioridad a la ley por sobre el tratado.¹⁵ En efecto, el pronunciamiento citado consideró el derecho internacional convencional tiene prioridad sobre el derecho interno por cuanto “la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional”¹⁶.

Asimismo, la Corte sostuvo que “la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible

¹⁵ GELLI, María Angélica, “*Constitución de la Nación Argentina. Anotada y Concordada*,” Tomo I, Artículos 1 a 43, 4ta. edición Ampliada y Actualizada, Ed. La Ley, Año 2009, Págs.477-478, (sic).

¹⁶ Uno de los puntos más controvertidos de un tratado de integración es el referido a que sus normas, por imperio de la Convención de Viena, tienen primacía sobre el ordenamiento jurídico de los países que los suscriben. En la génesis del MERCOSUR las constituciones de los países miembros resaltaban su tendencia hacia la integración, excepto la Constitución argentina. Esta cuestión fue la que más preocupó a nuestros constitucionalistas y administrativistas, pronunciándose mediante una interpretación dinámica de la Constitución a favor de los tratados de Integración, Cassagne, Barra, Boggiano, Bidart Campos, entre otros. No podemos adentrarnos en los fundamentos esgrimidos, tanto en favor como en contra de esta cuestión constitucional, por cuanto excedería ampliamente el propósito de este estudio, pero, permítasenos señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado atrás toda disquisición jurídica sobre el punto, al reafirmar su doctrina en el caso “Fibraca Constructora S.A.”.Conforme Herrendorf, “*El caso Fibraca y un réquiem para el concepto clásico de soberanía*,” “L.L.”. 7 de octubre de 1993.

su cumplimiento; ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otra manera, significaría el incumplimiento o repulsa del tratado con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse”; y prosiguió diciendo: “cuando la Nación ratifica un tratado que firma con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que debe establecer el Congreso”¹⁷.

La misma doctrina siguió la Corte un año después en el caso “Fibracá”¹⁸, en el cual, aplicando la Convención de Viena, reafirma la “primacía” de los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna¹⁹. La doctrina que emana de ambos fallos clarifica la cuestión y establece que si las descripciones de la norma del tratado son lo suficientemente concretas, ella operará directamente y, agrega que la norma no sólo se incumple dictando normas en contrario, sino también omitiendo el dictado de decisiones administrativas o jurisdiccionales que exija la norma de derecho internacional convencional para su plena eficacia.

¹⁷ Sobre la decisión que se transcribe ha expresado Barra, en Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias. El caso “Francovich”. Una experiencia para el MERCOSUR (publicado en diario “L.L.” del 6/10/93), que del caso “Ekmekdjian” surgen dos principios fundamentales: en primer lugar, la primacía de los tratados sobre las leyes internas; en segundo término, el efecto directo de las normas contenidas en un tratado, cuando ello sea posible a la luz del texto mismo

¹⁸ El caso “Fibracá” también adquiere trascendencia de cara a la posible constitución de un tribunal comunitario, porque sienta jurisprudencia sobre la irrevisibilidad por parte de la justicia argentina de un pronunciamiento emanado de un tribunal constituido por un tratado internacional suscrito por nuestro país.

¹⁹ La Corte justifica tal interpretación en cuarto “resulta la más acorde a las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad del listado por actos de sus órganos internos” (F. 433, XXIII, C.S.N., “Fibracá Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, del 7/7/93).

Luego llego la reforma y al respecto Gelli dice que “si bien a la Convención Reformadora de 1994, se le plantearon varias alternativas a la hora de definir la supremacía en el ordenamiento jurídico argentino, los convencionales optaron por mantener la preeminencia de la Constitución por sobre todo el ordenamiento jurídico argentino –unida a los Tratados de Derechos Humanos enumerados en aquélla, conforme a las condiciones que allí se establecían- y la superioridad de las tratados por sobre las leyes”.²⁰

En efecto, el perenne art. 31 de la Constitución Nacional, en punto a las relaciones jerárquicas entre tratados y leyes de la Nación, de ahora en más en materia de Tratados Internacionales deberá ser leído en consonancia con lo regulado por los incisos 22 y 24 del artículo 75 de la Ley Suprema, en su versión reformada.²¹

Así resulta claro, y positivado, que los tratados, cualquiera sea su materia o alcance tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75 inciso 22 primera parte). Ahora bien, si se trata de Tratados de Derechos Humanos, los incorporados en el texto ab initio, y los que luego se vayan incluyen de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 75 inciso 22 tendrán jerarquía constitucional. Con los Tratados de DDHH aparece un amplio catalogo de protección de los derechos del hombre, sus derechos sociales, el reconocimiento de los derechos a individuos o grupos vulnerables, el análisis y monitoreo de políticas sociales y de servicios públicos constituyen condiciones necesarias para garantizar los Derechos Humanos en democracia y se colocan en la agenda del Estado.²² El principio pro persona, fundante de estos tratados, levantó la última esclusa para el reconocimiento de más derechos y ello obliga a darle el debido respeto en el ejercicio de la función pública para su aseguramiento.

²⁰ GELLI, María Angélica, *“Constitución de la Nación Argentina. Anotada y Concordada”*, Tomo I, Artículos 1 a 43, 4ta. edición Ampliada y Actualizada, Ed. La Ley, Año 2009. Ver análisis que realiza la autora de punto 7 del art. 75, inc. 22 C.N.

²¹ GELLI, María Angélica, *“Constitución de la Nación Argentina. Anotada y Concordada”*, Tomo I, Artículos 1 a 43, 4ta. edición Ampliada y Actualizada, Ed. La Ley, Año 2009, Págs. 478. (sic).

²² Consultado en sitio: <http://www.cels.org.ar>

A medida que crece el reconocimiento de los derechos aparece entonces una nueva disciplina para tener en cuenta a la hora de interpretar el derecho, y es el denominado “derecho de la convencionalidad”. Así la CSJN en *Giroldi*²³ sostuvo que las condiciones de vigencia de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) implican considerar “particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”²⁴, constituyendo entonces la aludida jurisprudencia una guía de interpretación para las tribunales locales, toda vez que el estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención (arts. 62 y 64 CADH).

En otro importante fallo, relativo a la prescripción de crímenes de lesa humanidad, la Corte estableció que “si lo que estaba en discusión era la imprescriptibilidad de una asociación ilícita cuyo objeto era la comisión de tales crímenes, el instrumento normativo que debía regir la interpretación era la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (conf. ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778.”²⁵ De esta manera, y si bien la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no estaba vigente al momento de los hechos, la Corte entendió que cabía su aplicación retroactiva en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, razón por la que no se viola el presupuesto de la prohibición de la retroactividad de la ley penal.

Un caso particularmente interesante ocurrió en diciembre de 2004, cuando llega a decisión de la Corte Suprema la extinción por prescripción penal respecto de Miguel Ángel Espósito por el hecho cometido en perjuicio de Walter David Bulacio. Al respecto, existía una sentencia de la CIDH del 18 de septiembre de 2003, en el caso “Bulacio vs. Argentina”, en el que se declaró la responsabilidad internacional del Estado

²³ CSJN, in re “Giroldi”, G. 342. XXVI, m 07-04-1995.

²⁴ CSJN, “Giroldi”, op.cit.

²⁵ CSJN, Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa N° 259— 24/08/2004 Fallos: 327:3312

Argentino –entre otros puntos- por la deficiente tramitación de la investigación penal respectiva, señalando específicamente que “...son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”.

En efecto, la Corte afirma que “...en consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas²⁶, es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional”²⁷, ya que de otra forma, “...la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en

²⁶ No obstante haber decidido la cuestión conforme el fallo de la CIDH, la Corte dejó sentado que “no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado. En efecto, tal como ya se señaló en este mismo expediente (conf. Fallos: 324:4135, voto de los jueces Petracchi y Bossert), son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la Constitución Nacional. La circunstancia de que sea el defensor del imputado quien haya generado tales dilaciones en nada modifica la situación, pues la defensa sólo es inviolable cuando puede ser ejercida en forma amplia. En todo caso, cuando el defensor la ejerza indebidamente, es al Estado a quien le corresponderá encauzar el procedimiento en debida forma, pero en cualquier caso, no es el imputado quien debe velar por la celeridad del proceso ni sufrir las consecuencias de incumplimientos ajenos (conf. en este sentido Fallos: 322:360, disidencia de los jueces Petracchi y Boggiano, considerando 19, in fine).

²⁷ CSJN, in re “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción”, E. 224. XXXIX, fallo del 23-septiembre-2004 (LA LEY, 2005-C, 1), Considerando 16.

este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado Argentino.”²⁸. De esta manera, en fallo dividido, la Corte revocó la prescripción y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento de conformidad con la sentencia.

Un año más tarde, en el “Caso Simon” la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a las leyes de obediencia debida y punto final, que habían sido recientemente derogadas, y estableció que “las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre “civiles y militares”. Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al “olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).”²⁹ En el caso es importante destacar como se sigue el antecedente “Barrios Altos”³⁰ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el año 2007, en el caso “Mazzeo”³¹ la Corte consagró la doctrina de la CIDH que emana del caso Almonacid Arellano³², al establecer que el Poder Judicial debe realizar un “control

²⁸ CSJN, Espósito, op. Cit. Considerando 10

²⁹ CSJN, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (causa N° 17.768) 14/06/2005 - Fallos: 328:2056.

³⁰ CIDH, caso “Chumbipuma Aguirre vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75. Allí la Corte Interamericana declaró que: son “inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Cabe destacar que igual proscripción está contenida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

³¹ Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad - Riveros. 13/07/2007 - Fallos: 330:3248

³² Corte IDH en Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154. En este caso, la Corte -refiriéndose a delitos de lesa humanidad-, sostuvo que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, ‘sus jueces’ *“como parte*

de convencionalidad” que implica tener en cuenta no solamente la letra del Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. De este modo, tras citar numerosos precedentes de la CIDH, se estableció para el caso que “... en base al mismo plexo normativo antes expuesto, producto de una hermenéutica de normas y jurisprudencia nacional e internacional, le corresponde a esta Corte declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad.”³³, ratificando la tacha de inconstitucionalidad del Decreto 1002/89, mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros, por los hechos a él imputados durante la dictadura militar.

Y este control deber ser incluso efectuado de oficio, desde que en “Rodríguez Pereyra”³⁴ establece, al declarar la inconstitucionalidad de un régimen indemnizatorio aplicable al personal militar que “la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (artículo 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte IDH- que obliga a los tribunales

del aparato Estatal, también están sometidos a ella”, lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras “el Poder Judicial debe ejercer una especie de <control de convencionalidad> entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención».

³³ CSJN, Mazzeo, op.cit., Considerando 29.

³⁴ CSJN, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012.

nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.”³⁵ Luego resuelve “*Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia de Chubut*”, estableciendo el seguimiento obligatorio por su materia, no solo de los fallos del Tribunal del DDHH, sino también de las “recomendaciones” formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado argentino en los Informes previstos por el art. 51.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La CSJN avanza en las causas “Gottschau”, “Mantecón Valdéz” y “Hooft”, para erradicar discriminaciones fundadas en normas vigentes en contradicción con los Tratados sobre Derechos Humanos. Dice Sammartino³⁶ en relación a dichos casos que la grave consecuencia que la CSJN le asigna a las previsiones normativas sospechosas de discriminación revela la preferente importancia de los bienes jurídicos que se han querido garantizar: la igualdad de trato y de oportunidades de las personas, cualquiera sea su nacionalidad.

Como consecuencia del nuevo paradigma del bloque de constitucionalidad previsto en la reforma con el nuevo Artículo 75 inciso 22, a todo el conjunto normativo de la Constitución con los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, es claro como decía el profesor Salomoni “*La hermenéutica de lo que es el derecho hoy, en*

³⁵ CSJN, Rodríguez Pereyra, op. Cit. El control de convencionalidad de oficio había sido introducido en sentencia de la Corte IDH Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia del 24 de Noviembre de 2006, Serie C N° 158. Allí se afirmó que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”. En otras palabras, “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana”

³⁶ “La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional”, en “Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. Rap, Buenos Aires, 2009, p. 59.

la Argentina, está fuera de nuestras fronteras....(Esto) significa que la Constitución ha operado como fuente global del ordenamiento, pero dentro de la fuente global del ordenamiento que será siempre la Constitución de un país, ha establecido una jerarquía de fuentes. Y en esa jerarquía de fuentes se ha atribuido el primer lugar a los tratados de derechos humanos.”³⁷

En efecto, y ya lo vimos, los tribunales nacionales y en especial la Corte Suprema, admitieron la vigencia de las normas internacionales en el derecho interno y el reconocimiento de la competencia de los órganos creados por los tratados internacionales de derechos humanos para la interpretación de las cláusulas de los tratados y su obligatoriedad. En base a esta doctrina, el aseguramiento de los derechos afectados por la pandemia podrá tener un resultado mas alentador, pero debo decir que los últimos fallos de la CSJN se han ido apartando de la aplicación de los tratados sobre derechos humanos, y de los fallos de la CSJN. La denominada por un lado teoría del margen de apreciación nacional, que surge en el tribunal europeo para derivar por la competencia, la resolución de los casos a las competencia del tribunal local, va a ser utilizada en nuestra corte para rechazar la aplicación de una sentencia condenatoria de la CIDH. En otros casos, donde estaba en tela de juicio la prescripción de acciones civiles relativas a derechos de lesa humanidad, también tendrán un retroceso, en este caso contra *legem* del propio CCyCN³⁸, en autos Villamil Amelia Ana c/ EN” del 28 de marzo del 2017, y posteriormente en el caso Ingegnieros, María Gimena *el* Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/accidente - ley especial³⁹ Esperamos que los próximos

³⁷ Salomoni, Jorge L. “Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino”. En “Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 13 y ss.

³⁸ Ver artículo 2561 CCyCN ultimo párrafo que dice que “*las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles*”

³⁹ STORTONI, Gabriela “AVANCES Y RETROCESOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN LOS FALLOS DE LA CSJN (A PROPÓSITO DE LOS FALLOS FONTEVECCHIA Y VILLAMIL) en Fuentes y procedimiento administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas. Jornadas de la Austral Edición:2019 Páginas: 638 Ediciones RAP - ISBN: 978-987-694-021-4

pronunciamientos sigan la impronta de los Jueces MAQUEDA y ROSATTI, en sus logrados votos en disidencia, así como la recta interpretación del Fiscal General Víctor Abramovich, si se trata de la vigencia efectiva de los derechos.

3.2. Educación, empleo y economía contra la desigualdad (fraternidad versus esclavitud)

El COVID-19 es prima facie una crisis sanitaria, pero la solución que da el distanciamiento social impide el desarrollo de las actividades tal como se venían dando.

Tenemos que cambiar entonces la forma de vivir, pensar y movernos. La escuela a distancia, hasta el mercado de provisiones básicas, la oficina en casa, el traslado a través de servicios seguros, el acceso a infraestructura y atención médica suficiente y finalmente el tipo de casa y lugar donde vivimos definirán no solo la calidad de vida, sino la duración de esta. Sobre todo, si el virus se mantiene en el aire, si su formato muta, y la vacuna no asegure su control total.

Las imágenes de la gripe española de principios del siglo xx y su duración de dos años son una rémora de lo que puede ocurrir. Pero el mundo era diferente antes de eso, y ahora la diferencia también va a estar dada por aquellos que, si pueden tener acceso a todos los bienes, servicios, educación y bienestar en general, de aquellos que están fuera del sistema. En materia de educación, más de 1500 millones de niñas y niños de todo el mundo se han visto afectados por no asistir a la escuela. La brecha digital será la brecha de la pobreza y de las nuevas formas de esclavitud, por la ignorancia.

Nunca hasta ahora más claro y evidente.

Aquí es quizás donde COVID-19 presenta un desafío directo para la agenda contra la discriminación, que se vera aumentada por el distanciamiento social, en particular en lo que respecta a unir a las personas, reunir a las diversas comunidades (y la diversidad significa aquí diversidad de orígenes étnicos, creencias religiosas, nacionalidades, etc.) -.

En este nuevo escenario hemos visto acciones solidarias, pero las mismas se mantendrán en un contexto posterior a la COVID-19?

¿Acaso la solidaridad o la fraternidad serán los valores que deban guiar la construcción de un nuevo contrato social?

Las comunidades de Asia oriental lograron controlar la propagación de la pandemia mucho más rápidamente que las sociedades occidentales, en parte por el régimen de gobierno y en parte por que en estas sociedades vale más lo colectivo que lo individual. Por nuestra parte, "...seguimos estando muy apegados a la noción de los derechos individuales, a la noción de las libertades y de los derechos y a la noción de que "puedo hacer lo que quiero hacer", y por lo tanto es obviamente muy difícil sostener un mensaje que vaya en contra de este tipo de norma social.

Otra cuestión para tener en cuenta es la interdependencia. La protección debe ser global. Nadie se salva solo dijo el Presidente Fernández en diálogo con los demás miembros del G20. Y ello lo mostro claramente el virus que seguirá siendo una amenaza latente global, mientras exista en un solo lugar del planeta, por la posibilidad de su propagación.

Por ello, la agenda internacional de cooperación para una infraestructura de salud, educación, economía y empleo será clave en un pacto social internacional.

Un mundo post COVID-19 impactará en cada uno de los individuos que viven en todo el mundo para que tengan una oportunidad igual de poder acceder a oportunidades similares y también puedan luchar contra la propagación de pandemias que podrán venir luego del COVID-19. Las desigualdades sociales si no las atendemos comportan un riesgo colectivo, con un alto coste para la comunidad mundial.

Cada individuo tiene un papel que desempeñar, independientemente de su ubicación y de su función. Tenemos que empezar por acordar un conjunto de nuevos valores y principios rectores que vayan desde el diseño inclusivo de políticas locales, hasta no sólo aceptar sino también ser respetuosos de la diferencia, y de estar impulsados por un conjunto de valores básicos (por ejemplo, respeto, inclusión y equidad) que reflejen nuestro mundo supra diverso e hiperconectado.

Y para que estos y otros desafíos se superen, tendremos que confiar en que cada individuo, cada ciudadano, en cada país, haga lo correcto, que es abrazar una ética de cuidado hacia todos los seres humanos sin importar su raza, religión, etnia, nacionalidad.

Es necesario mantener la diversidad como una ventaja fundamental frente a los desafíos mundiales como la COVID-19, el cambio climático y el desarrollo económico sostenible. Lo que la COVID-19 muestra es que todos necesitamos repensar las formas en que operamos como individuos, como comunidades y como sociedad global.

En igual sentido, Joan Tugores, catedrático de Economía de la Universidad de Barcelona y especialista en economía internacional⁴⁰, cree que la crisis del coronavirus puede provocar un retroceso en la globalización. El economista pide «un nuevo pacto social entre generaciones que incluya el trabajo digno, el medio ambiente y las garantías sanitarias adecuadas»

La situación, en todos los casos dependerá de lo rápido que pueda encontrarse una vacuna y de como los sectores de la producción manejen la crisis. Ahora bien, es interesante resaltar que el catedrático resalta, antes que ahora con el COVID – 19 ya existía un retroceso en los indicadores de globalización, básicamente por la guerra comercial entre Estados Unidos y China, que provocó que algunas empresas multinacionales, para evitar pagar aranceles, hayan tenido que reorganizar su producción para depender menos de los demás; y por el otro lado, por los cambios tecnológicos. "...Tenemos robots y eso nos ha llevado a actuar de una manera más desglobalizada, ya no necesitamos importar mano de obra barata o deslocalizar. La crisis del coronavirus actual puede acentuar, pues, unas tendencias que ya habían comenzado antes. Yo creo que se gestionará la globalización con un poco más de precaución, con más prudencia, y quizás algunos indicadores vayan a la baja".

La cuestión del teletrabajo puede ser una fuente de facilitación del trabajo a distancia, reducción del empleo ya por su concentración en áreas vitales y la eventual sustitución de este por robots y esto también puede provocar desempleo y desigualdades económicas, si el manejo de la crisis no está bien gestionado.

Así, por ejemplo, en la crisis de los años treinta, se puso en marcha lo que conocemos como Estado del Bienestar para hacer frente a

⁴⁰ Ver artículo publicado en <https://catalunyaplural.cat/es/la-tesis-acentua-la-necesidad-de-un-nuevo-contrato-social/>

estas desigualdades. En los últimos tiempos ya se hablaba mucho de la precarización de las condiciones laborales y salariales y de la necesidad de encontrar un nuevo contrato social para evitar que la gente en situación más precaria, mayoritariamente gente joven, se sintiera maltratada por el sistema.

Y en esto coincide Tugores en la necesidad de encontrar un nuevo pacto social intergeneracional que incluya el trabajo digno, el medio ambiente, las garantías sanitarias adecuadas. "...Debería haber sido necesario este nuevo contrato social, en cualquier caso, pero espero que la crisis sanitaria lo acentúe y acelere. Pero no será tanto la crisis sanitaria su causa, sino que será una especie de catalizador de unas necesidades que ya existían antes."

También se revaloran las actividades esenciales, antes maltratadas por el mercado. Hoy dice Tugores y coincidimos, dependemos de los repartidores, los dependientes del supermercado, de la paquetería, del trabajo de los cuidados y de algunas profesiones o tareas que se habían precarizado mucho y que ahora ha quedado demostrado que son de las más necesarias en momentos como los actuales.

Y analizar la necesidad de la renta básica universal significa que todos, sin ningún tipo de condicionante, recibirán ayudas económicas por parte del Estado. Muchos de los que hablan de una renta básica universal no hablan de eso, hablan de una renta mínima garantizada, condicionada a cumplir determinados requisitos. La renta básica universal tiene unos requerimientos difícilmente asumibles. Creo que algún tipo de formulación de estas debería ser un ingrediente de este nuevo contrato social del que hablábamos. Se debería estudiar cuál sería el formato más adecuado. En este sentido, dice el Lic. STORTONI, en referencia a nuestro país, y el impacto de la pandemia que "...Las NBIs –necesidades básicas insatisfechas–, siguen ahí, eso no es ninguna revelación, y se están propagando a cada vez más argentinos, pero quizá podamos hallar en esta pandemia oportunidades que nos ayuden a erradicar este "virus endémico..."⁴¹

⁴¹ STORTONI, Hugo "Después de un tiempo bajo tierra" publicado en <https://www.lanueva.com/nota/2020-5-23-14-58-0-opinion-despues-de-un-tiempo-bajo-la-tierra>

Los ejemplos de las sociedades que están saliendo a flote, sin sacrificio de los derechos humanos y de la cobertura de las necesidades básicas de la sociedad están ahí. Es necesario la regulación de un sistema para que el conjunto de la ciudadanía se sienta más integrado en una sociedad en la que las cosas han cambiado. En Europa hay países como Dinamarca que han optado por una vía mucho más directa: las empresas no harán despidos, el sector público paga el 75% de los salarios, las empresas el 25% y los trabajadores renuncian a unos cuantos días de vacaciones durante este año. Se ha llegado a un pacto social directo, rápido y operativo.

La actuación inmediata del sistema danés da cuenta de la conciencia social y compromiso de la sociedad en su conjunto. La clave de la implementación rápida y eficaz de la medida sin trabas burocráticas propias de los sistemas administrativos locales pueden ser un problema que debemos atacar y resolver de forma operativa.

Volviendo al Financial Times, dice Rutger Bregman⁴², la marea está cambiando, al artículo citado arriba le siguió una replica el día 4 de abril de 2020 donde resalto que “Las reformas radicales, que invierten la dirección política prevaleciente de las últimas cuatro décadas, tendrán que ponerse sobre la mesa. Los gobiernos tendrán que aceptar un papel más activo en la economía. Deben ver los servicios públicos como inversiones en lugar de pasivos, y buscar formas de hacer que los mercados laborales sean menos inseguros. La redistribución volverá a estar en la agenda... Las políticas hasta hace poco consideradas excéntricas, como los impuestos básicos sobre la renta y la riqueza, tendrán que estar en la mezcla”.

Así recordaremos a Friedman que decía que “Only a crisis – actual or perceived – produces real change. When that crisis occurs, the actions that are taken depend on the ideas that are lying around.”

Y las ideas que están pendiendo alrededor de una crisis pueden ser variadas. A la crisis de los años 70, le siguió la política neoliberal de las privatizaciones que fueron incluso abrazadas por los demócratas

⁴² BREGMAN, Rutger, The neoliberal era is ending. What comes next? Ver en The Correspondent <https://thecorrespondent.com/466/the-neoliberal-era-is-ending-what-comes-next/61655148676-a00ee89a>

tales como Bill Clinton en Estados Unidos o Tony Blair en el Reino Unido, cambios que fueron tomados como triunfos por conservadores como Regan o Tachert. Todo fue así hasta que el 2008 llegó con su crisis financiera y todo parecía indicar el colapso del neoliberalismo.

Ahora bien, nada de eso pasó, y por el contrario se hicieron grandes recortes en educación, la atención médica y en la seguridad social.

Dice la nota comentada que, según el Banco Central Británico, el Reino Unido está en vísperas de la mayor recesión desde el invierno de 1709. En solo tres semanas, casi 17 millones de personas en los Estados Unidos solicitaron pagos por impacto económico. En la crisis financiera de 2008, el país tardó dos años completos en alcanzar la mitad de ese número.

Pero ahora el enemigo no es el financista, al menos no el que nos mata, sino el virus. Pero la falencia extrema de la sanidad pública, suprimida por la necesidad de acrecentar las ganancias del mercado y los grupos económicos, demostró su graso error.

Si Friedman tenía razón y una crisis hace inevitable lo impensable, entonces esta vez la historia puede tomar un giro muy diferente. Y allí están PIKETTY⁴³, SAEZ y ZUCMAN con sus disruptivas obras. Las revelaciones de las riquezas escondidas en los paraísos fiscales, la necesidad de establecer un impuesto a la riqueza, como se propone hoy en nuestro país, aunque a modo de contribución, las asimetrías de pago de impuestos por parte de los más ricos, en relación con las tasas que pagamos los comunes, resultan más que sorprendentes.

Mantener su pervivencia, como política pública, también configura un injusto jurídico. Y recuerdo que el FT concluyó que no era tan mala idea aplicar estos nuevos impuestos, en un nuevo pacto social, donde las empresas tomen un rol responsable efectivo y el Estado sea el ejecutor de políticas de inclusión y protección del todo⁴⁴.

⁴³ Piketty, Thomas (Clichy, Francia, 1971) es director de investigación en la École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), profesor en la Paris School of Economics, de la que fue su primer director, y codirector de la World Inequality Database (WID.world). Autor de diversas obras disruptivas, tales como *Capital e Ideología*, donde trata la desigualdad en el ingreso, a lo largo de la historia.

⁴⁴ En otro orden de ideas, a dejar planteadas para su análisis, surge Mazzucato, una economista que cree que hablar de impuestos, solamente, no es suficiente.

Entonces resulta claro que en nuevo pacto social requiere del rol responsable y participativo de un nuevo empresariado, que se comprometa con el empleo, la producción y eliminación de la desigualdades. Que garantice, junto con el Estado, el acceso al trabajo digno. Que asuma, en un compliance o cumplimiento normativo ético, donde se obligue a ganancias razonables, a cumplimiento del pago de impuestos equitativos con sus ingresos.

Y finalmente, la cuestión tecnológica, pendiente de ser regulada también para no confluir en un nuevo flagelo de la pérdida del empleo, hoy, y la ignorancia y esclavitud del mañana de nuestros hijos que no accedan a la última tecnología para la educación. En estos días en Buenos Aires se están tratando leyes claves en tal sentido. El teletrabajo y el acceso a la economía del conocimiento, como parte esencial del nuevo contenido del pacto social, se imponen como contenido a referenciar⁴⁵.

3.4. El *green new deal* y su contenido como regulacion del derecho administrativo

La cuarentena mostro algo terrible: la ausencia del hombre mejora el planeta, limpia la atmosfera, libera la naturaleza. La forma de movernos, de vivir en las ciudades también se aqueja. Resultan necesarias nuevas formas que nos garanticen calidad de vida. De alguna manera el virus dejo a la luz que el daño no parece irreversible, por lo cual ver el cielo limpio en Beijing, Buenos Aires, New York o Madrid no debería ser una postal ocasional, sino un objetivo a mantener. Tener tiempo para lo propio tampoco.

“La razón por la cual los progresistas a menudo pierden el argumento”, explica Mazzucato, “es que se centran demasiado en la redistribución de la riqueza y no lo suficiente en la creación de riqueza”. Y en el 2011 escribió un libro denominado El Estado Emprendedor. Ni bobo, ni con bolsillo de payaso para promover negocios individuales. Estado presente podríamos decir. Estado inteligente.

⁴⁵ Sobre el impacto del Teletrabajo ver STORTONI, Gabriela y VALENTINI, Daniela “COVID-19 y el impacto de las decisiones administrativas en las obligaciones laborales” en <http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1248>; “El futuro de las relaciones laborales frente al COVID-19” Publicado en https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cn_pgca_a_bril2020_a.pdf y la tercer entrega del estudio en “Teletrabajo, retos para su implementación...” en https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cn_pgca_a_mayo2020_a.pdf

Es así entonces que, dentro de este contenido, el derecho administrativo debe tomar un rol efectivo, en tanto las materias que hacen al diseño urbano, los servicios públicos y el impacto de las cargas tributarias son parte de su patrimonio. Nos remitimos en parte a lo dicho mas arriba en materia de empleo, educación y cargas tributarias equitativas

Ahora bien, la indefectible incorporación de las reglas de defensa del ambiente, el agua, evitar la desforestación masiva y la protección de los glaciares y recursos naturales deben estar en la agenda de acción administrativa. Vale recordar que en el caso “Salas, Dino⁴⁶” la CSJN ordenó al gobierno de la Provincia de Salta, de manera cautelar y en base al principio precautorio, que suspendiera todas las autorizaciones para realizar desmontes y tala de alrededor de un millón de hectáreas de bosques nativos de cuatro departamentos de la Provincia, hasta tanto se realice un estudio de impacto ambiental, cuyo plazo se fijó en un máximo de 90 días. Cabe señalar que un factor determinante, en ese caso, es que, si bien se habían efectuado estudios de impacto ambiental individuales, no se había realizado ninguno integral y acumulativo.

En igual sentido, integrar en el contenido del nuevo plan la reconversión energética y priorizar el uso de las energías limpias, tales como la solar, eólica, hidráulicas y otras, aplicadas al parque automotor, los edificios y viviendas, parte de las industrias y otras áreas, es una asignatura pendiente.

Volver a poner en el eje los servicios públicos ferroviarios, como vector esencial del transporte publico de pasajeros y de cargas. Un servicio ferroviario federal y con una traza hacia el interior es imprescindible. Deben incorporarse nuevos protocolos sanitarios, eso es claro. Pero internalizada la costumbre, es una actividad que puede generar puestos de trabajo, permite mejor movilidad y evita como ninguna otra la contaminación ambiental⁴⁷.

⁴⁶ Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo. SENTENCIA del 26 de Marzo de 2009, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.Id SAJ: FA09000029

⁴⁷ Para profundizar el tema remito a los siguientes artículos, STORTONI, Gabriela “LA POLITICA FERROVIARIA EN EL CONCIERTO COMPARADO. Apuntes para pensar las políticas publicas” DOI: <https://doi.org/>

Y finalmente, en este breve repaso de contenidos, el diseño de las ciudades y la vigencia del derecho a vivir en la ciudad vuelva a ser una realidad. Como cite en otro artículo, dice “el Prof. Isaac Damsky que”... los distintos núcleos de derechos conformadores de la categoría acuñada por Henri Lefebvre en 1968 como “El derecho a la ciudad” y que ha merecido distintos reconocimientos en documentos e instrumentos internacionales tales como la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad propuesta a partir de las sesiones del Foro Social Mundial (ONU-Hábitat)... cobra importancia para ...modular los intereses públicos frente a otras formulaciones de complejidad como las contenidas en la creciente expansión de las “Megalópolis” en tanto fenómeno urbano superador, complejo y diferenciado de tradicional entramado urbano en base al cuál se acuñaron las técnicas jurídicas municipales”⁴⁸. En cita a BORJA, Jordi - muy interesante, por cierto - el autor citado expresa que uno de los rasgos característicos de las megalópolis actuales reside en que su urbanización, en las últimas décadas, genera extensos espacios ocupados, pero con frecuencia de baja densidad, por la fragmentación de lo urbano con intersticios expectantes aún no urbanizados y por la segregación social y la especialización funcional.⁴⁹

10.24215/25251678e365 y <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/9745/8646> STORTONI, Gabriela y FERREIRO, Martín “EL REGIMEN JURIDICO DEL SISTEMA FERROVIARIO” Publicado en NUEVO ESTADO NUEVO DERECHO - Aportes para repensar el derecho público argentino—LIBRO—STORTONI, Gabriela CODIRECTORA—Ed. INFOJUS - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación - Octubre de 2015 - Id Infojus: LB000178; STORTONI, Gabriela “PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE TRANSPORTE FERROVIARIO”. Publicado en “PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES” Ed: LA LEY. Año: 2012; STORTONI, Gabriela, “FEDERALISMO Y SERVICIOS PÚBLICOS”. Ed. Universidad Austral. Año 2012. STORTONI, Gabriela “GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y OPERACIONES DE SERVICIOS EN EL SECTOR TRANSPORTE”. Publicado por U Austral. Ed. Depalma. Año 2011, entre otros.

⁴⁸ DAMSKY, Isaac A. “Aproximaciones al derecho a la ciudad” en R.A.P. Nro. 443, pag. 107. Bs AS. Argentina

⁴⁹ BORJA, Jordi “Urbanismo ciudadano o urbanismo globalizado”, en *Café de las Ciudades*, Revista Digital, Año 13/Número 141, conforme cita en artículo de DAMSKY, Isaac A. “Aproximaciones....” donde el autor in commento resalta que “El efecto de escala y la discontinuidad de lo urbano tienden a romper la vinculación entre el sistema físico y la relación social. Se crean «regiones urbanas»,

Ahora bien, la mercantilización de la ciudad nunca se vio tan clara y dañina para nuestra vida como ahora. Y la diferencia social que hace a la posibilidad del contagio, la vida o la muerte, luego del ingreso del virus a través de las clases mas pudientes, se concretó en una hábitat hostil.

Los que no están en ese grave riesgo, no obstante, al estar encerrados en ciudades dormitorio, añoran la posibilidad del ámbito verde, abierto, la comunicación social, el mero paseo.

Frente a ello se nos impuso la gentrificación. Y la sensación es clara. La insatisfacción de la vida en la ciudad. Lejos de eso esta la vivienda como hogar, la movilidad sustentable, la ciudad policéntrica, diversa, plural e integrada. Aquella en la que deseábamos vivir.

Por ello se ha sostenido que “en la función pública urbanística, la Administración ejerce uno de los mayores grados de inmisión en los derechos de los particulares: por ello el desarrollo del servicio público urbanístico está compuesto, quizá como ningún otro desde actos que gozan el carácter de norma - la formación de un Plan - hasta actos que revocan derechos en aras de un interés colectivo; desde meros actos de la Administración a actos administrativos - como la información urbanística - sin excluir los actos materiales como el señalamiento de unas alineaciones. En cualquiera de ellos, la imputabilidad de responsabilidad a la Administración que los realiza puede originarse por el simple ejercicio de esa potestad, sí es causante de lesión”⁵⁰

Por todo ello, frente a la pandemia, reitero los palabras dichas en otro artículo⁵¹ en relación con que “...entiendo el Derecho al Hábitat,

a veces policéntricas, otras monocéntricas pero en las que tiende a prevalecer lo urbano sobre lo ciudadano. Aumentan las desigualdades sociales y se reduce la calidad de vida: aislamiento, dificultades de movilidad y accesibilidad, costes derivados de la especulación urbana e inmobiliaria, déficit de equipamientos y servicios en las periferias, expulsión progresiva de los sectores populares y los jóvenes de las áreas centrales, etc. Es decir, se reduce el salario indirecto (bienes y servicios colectivos y universales) y se generan procesos de pauperización relativa de la ciudadanía. El habitante es reducido muchas veces a población activa, cliente de servicios, elector o excluido. Muchos autores se refieren a esta realidad como «la disolución de la ciudad y la crisis de la ciudadanía».”¹³ / Número 141 / Julio 2

⁵⁰ MONTORO CHINER María Jesús: Op. Cit., p. 34.

⁵¹ STORTONI, Gabriela “ACERCA DEL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE EL DESARROLLO URBANO EN GRANDES URBES Y EL DERECHO AL

como manifestación del derecho a la Ciudad, es la respuesta ante la especulación inmobiliaria extrema, la visión mercantilista de la ciudad, o la gentrificación, por que no es dable sostener una sociedad justa, libre y donde todos seamos felices, si la propiedad vuelve a ser para el abuso de algunos. Se impone ya por las normas, por los precedentes, por la responsabilidad de los funcionarios actuantes, y también por que le corresponde a cada uno que vivimos en la sociedad actual, por la simple razón de la volatilidad de cualquier estructura de nuestra vida. Y por que esos algunos, hoy, serán, mañana – ya en sus hijos o descendencia - los muchos que mas tarde o mas temprano sean los excluidos del sistema.” Y esa preocupación se impone ahora con mayor razón, por la pandemia.

PALABRAS FINALES

Estas aproximaciones claramente quedan inconclusas. Deberán ser ampliadas. Hay mas derechos y mas necesidades a cubrir. No pretendo abarcar todas, pero seguiré en la senda de la construcción de una conciencia social desde el humilde lugar de una simple abogada del foro local.

Como dice Rousseau, con la idea del Contrato Social como la base de la libertad, la igualdad y la fraternidad, en un sistema democrático, que elimine las desigualdades. Ideas que hoy se pueden reforzar con un sistema de derecho fortalecido con los derechos humanos en la mira; con la persona, diversa, plural, integrada, multicultural e interconectada en escena.

Y vayan estas ideas como aportes de una ciudadana común. Y pensar que como dijo Rousseau “...por mas débil que sea mi voz en los asuntos públicos, al meditar acerca de los gobiernos, estoy dichoso de encontrar siempre en mis investigaciones nuevos motivos para amar a mi país⁵²”

HABITAT (A PROPOSITO DEL PROYECTO DE CODIGO URBANISTICO DE LA CABA)”. Publicado en ocasión de las Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, año 2017, Ed. RAP, 2018. Ver también en www.ghsyasociados.com.

⁵² Op. Cit, Libro Primero.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL GOBIERNO ARGENTINO ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

OLLIS SALUS POPULI SUPREMA LEX ESTO

PABLO OCTAVIO CABRAL¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Los problemas de la medicina como rama del Estado, no pueden resolverse si la política sanitaria no está respaldada por una política social. Del mismo modo que no puede haber una política social sin una economía organizada en beneficio de la mayoría.

Ramón Carrillo

I. PRESENTACIÓN

La pandemia que hoy azota a todo el planeta nos expone ante las distintas experiencias de cada país, donde abundan variadas respuestas de los Estados para afrontar la veloz transmisión del coronavirus, amortiguar el impacto en los sistemas de salud –públicos y privados- y disminuir el número de fallecidos por COVID-19. Estos objetivos establecidos por las autoridades públicas estatales -repetidos en todos

¹ Abogado y Especialista en Derecho Administrativo (UNLP), profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, Director de la Revista Derechos en Acción, investigador del Centro de Investigación en Derecho Crítico –CIDERCIT/UNLP- y Sub Director de la Escuela del Cuerpo de Abogados/as del Estado –ECAE- dependiente de la Procuración del Tesoro de la Nación.

los países que sufren esta enfermedad- pueden ser graficados con la frase “disminuir y retrasar la curva de contagios y muertes”. Una consecuencia directa de la difusión de la enfermedad y de las medidas y políticas públicas dispuestas para afrontar la crisis sanitaria, resultó ser la paralización de la economía, así como el aumento del desempleo, la caída de la recaudación fiscal, la disminución de las arcas públicas y el cierre de empresas, comercios y fábricas –grandes, medianos y chicos-, entre otras.

La magnitud de la catástrofe vital a la que nos enfrentamos como sociedad, nos ubica en una situación cuyo abordaje no se encuentra suficientemente regulado o normado por el derecho; nuestro ordenamiento jurídico –al igual que el de la gran mayoría de los Estados- no prevé ni resuelve el modo, acciones o conductas que los gobernantes deben adoptar para superar una pandemia de estas dimensiones. Nos encontramos, entonces, ante un fenómeno no desarrollado por el derecho, ni abordado y resuelto en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que el margen de discrecionalidad en la adopción de las medidas para combatir al coronavirus se ensancha indefectiblemente. La doctrina se encuentra en pleno análisis del impacto de la pandemia en nuestro ordenamiento jurídico, en nuestro país², la región y el mundo³.

¿Cómo debemos evaluar y caracterizar las medidas dispuestas por el gobierno? ¿Se trata de limitaciones antijurídicas que afectan gravemente derechos fundamentales? ¿Se pueden sopesar en este escrutinio entre costos y beneficios de las políticas adoptadas? ¿Hasta dónde es libre el Poder Ejecutivo para tomar decisiones que afectan derechos individuales básicos?

No obstante –y con más razón por tratarse del ejercicio de una actividad con muchos aspectos no reglados- nuestro sistema constitucional establece mecanismos de limitación de las intervenciones de

² Nicolás Francisco Barbier; “Coronavirus Covid-19. La aplicación de las medidas que impactan en el Derecho Laboral”, 6 de abril de 2020 www.saij.gov.ar/IdSAIJ/DACF200052; Álvaro Bautista Flores; “Las contrataciones públicas en trámite y COVID-19. Algunas reflexiones”, REDA;

³ Walfrido Warde e Rafael Valim, *As consequências da COVID-19 no direito brasileiro*, Editora Contracorrente, 2020; Mauricio Tapia, “¿Era imprevisible el COVID-19? Análisis en derecho francés y chileno”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, 2020-II, Fascículo 13, Buenos Aires, 24 de junio de 2020.

los gobernantes, disponiendo guías de conductas ante el conflicto de derechos en juego y pautas o estándares para evaluar la razonabilidad de las decisiones adoptadas.

Los sucesivos actos administrativos –en especial actos generales normativos- emitidos por el Presidente de la Nación –que en su conjunto constituyen una política pública ante la emergencia sanitaria y social- deberán ser evaluados en cuanto a su concordancia y respeto a nuestro ordenamiento jurídico por encontrarse en juego una serie de derechos individuales (derecho de propiedad, libertad de asociación, libertad de circulación, reunión y residencia, ejercicio del comercio, entre otros), colectivos (derecho a la salud, derecho a la vida, derecho a la alimentación, entre otros Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y resultar especialmente afectados determinados grupos vulnerados, particularmente alcanzados por la enfermedad (personas de la tercera edad, personas enfermas, personas que habitan en geriátricos, sistemas penitenciarios y villas de emergencia) o por el impacto que las medidas estatales generan en la economía (grupos de personas excluidas con riesgo en el goce del derecho a la alimentación, a un trabajo y salario digno, a condiciones dignas de vida, entre otros). En todos los casos, se trata de derechos o grupos vulnerados con garantías de protección expresas en nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En este texto propongo un primer acercamiento más general y provisorio al análisis jurídico al conjunto de las principales medidas dispuestas por el Gobierno de la República Argentina para afrontar la crisis del coronavirus evaluando el contexto político, institucional y las condiciones sociales en las que se desenvuelven. Luego sí, me gustaría desarrollar un análisis – también provisorio- respecto de la razonabilidad de la medida que más claramente pone en juego la crisis entre derechos individuales y colectivos, consistente en el *aislamiento social preventivo y obligatorio*, conocido popularmente como “*cua-rentena*”, y que se dispuso mediante una decisión administrativa que –como veremos- se fue prorrogando –con paulatinas flexibilizaciones por actividad y por zonas geográficas- hasta quedar reducida al Área Metropolitana de Buenos Aires –AMBA- y algunas ciudades provinciales, por ahora hasta el 30 de agosto de 2020.

La herramienta central en nuestro sistema constitucional para escrutar jurídicamente este tipo de medidas es la aplicación del estándar de razonabilidad. Abordaré esta pauta de interpretación en su relación con el principio de igualdad constitucional, las medidas de acción positiva, para referirme a los primeros precedentes jurisprudenciales en el que el Poder Judicial analizó el Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo N° 297/20 que diera inicio al aislamiento social preventivo y obligatorio en la Argentina.

Por último, evaluar el esquema general de las políticas sanitarias, económicas y sociales del Gobierno Nacional a la luz de las disposiciones de la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado federal.

II. EL CORONAVIRUS Y LA POLÍTICA SANITARIA, ECONÓMICA Y SOCIAL DISPUESTA POR EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA⁴

El coronavirus es una enfermedad que surgió en la República Popular de China a finales de 2019 y que en cuestión de meses se propagó por todo el planeta, si bien con una –relativa– baja mortalidad, con gran velocidad de contagio, y con afectación de un determinado grupo etario y de personas con problemas de salud de base. La Organización Mundial de la Salud (OMS) con fecha 11 de marzo de 2020 declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes a 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países.⁵

⁴ Para un completo detalle normativo ver; Delfina M. Cavallini Viale y Leandro E. Ferreyra, “Cincuenta decretos de Alberto Fernández. Desde su asunción, el Presidente dictó 38 decretos de necesidad y urgencia y 12 delegados”, blog: palabrasdelderecho.com.ar. También se puede consultar; Víctor Malavolta y Orlando D. Pulvirenti, “Pandemia Covid-19: derecho a la salud y su tutela estatal”, publicado el 30 de marzo de 2020 www.saij.gob.ar Id SAIJ: DAF200041.

⁵ Las pandemias conocidas y documentadas que antecedieron al coronavirus, se iniciaron con la “*Peste de Justiniano*”, que atacó al Imperio Bizantino cobrándose la vida de 4 millones de personas; luego –ya en la Edad Media– se destaca la “*Peste Negra*” o “*Bubónica*” una zoonosis que a partir de las ratas y las pulgas se diseminó en los años 1343/1356 por toda Europa matando al 60 por ciento de su población; ya durante el Siglo XVIII la “*Viruela*”, una enfermedad grave y

II.1. Contexto general –social, institucional y político– de las medidas adoptadas

Antes de ingresar en el detalle de las políticas sanitarias en estudio, quisiera describir superficialmente algunas características generales que comparten la mayoría de las medidas dispuestas y el contexto institucional en el que se desenvuelven las respuestas del Gobierno argentino para afrontar la pandemia del coronavirus. El marco institucional en el que se desarrollan dichas políticas es el de la plena vigencia del Estado de Derecho y de las garantías propias de una sociedad democrática, encontrándose en funcionamiento –con las adaptaciones adecuadas a la crisis sanitaria- los tres poderes constituidos.

Todas las medidas de emergencia adoptadas dan cumplimiento a las condiciones cuyo respeto es exigido para su validez, pues existe:

extremadamente contagiosa que diezmo la población mundial desde su aparición, llegando a tener tasas de mortalidad de hasta el 30%, hoy erradicada por el descubrimiento y aplicación de vacunas (En 1977 se registró el último caso de contagio del virus, que desde entonces se considera extinguido); a partir de 1918 el mundo conoció la “*Gripe Española*” que se extendió por todo el mundo casi al tiempo que las tropas se repartían por los frentes europeos durante el final de la primera guerra mundial. Los sistemas de salud se vieron desbordados y las funerarias no daban abasto. Estudios recientes han revelado datos más precisos. Se estima que la tasa global de mortalidad fue de entre el 10 y el 20 por ciento de los infectados, *llegando a morir, en todo el mundo, entre 20 o 50 millones de personas*; en 1957 se desató la “*Gripe Asiática*”, el virus de la gripe A (H2N2) de procedencia aviar produjo en el mundo alrededor de un millón de fallecidos; esta gripe fue seguida por la “*Gripe de Hong Kong*”, una variación del virus de la gripe A (H3N2) que fue registrada en esta ciudad en 1968 y se expandió por todo el mundo; en la década del ochenta del siglo pasado se conoció el “*Virus de Inmunodeficiencia Adquirida -SIDA o VIH-*”, se extendió por todo el mundo centrando gran parte de los esfuerzos de las organizaciones mundiales de la salud. Se cree que su origen fue animal, y sus efectos son algo que podría describirse como el agotamiento del sistema inmunológico, de modo que el propio virus no es letal, pero sí lo son sus consecuencias, pues dejan el organismo desprotegido frente a otras enfermedades y se calcula que el VIH ha podido causar alrededor de 25 millones de muertes en todo el mundo. Ampliar en Guiomar Huguet Pané, “*Grandes pandemias de la historia. Enfermedades nuevas que aparecían y en poco tiempo atacaban a toda una población eran capaces de atravesar fronteras y convertirse en pandemias, cambiando el destino de los lugares y las personas que se veían afectadas por ellas*”. Disponible en: <https://historia.nationalgeographic.com.es>, 25 de marzo de 2020.

1) una real situación de emergencia, constatada o declarada por órgano competente (y con control judicial sobre su existencia y subsistencia); 2) un fin real de interés social y público; 3) la transitoriedad de la regulación excepcional y por último –como veremos en los próximos puntos- 4) la razonabilidad del medio elegido, o sea, proporción y adecuación entre la medida dispuesta, el fin perseguido, y los motivos y causas que dan origen a la medida de emergencia.

En el caso del Poder Legislativo, hoy funciona en modalidad virtual pudiendo sancionar leyes y realizar las tareas de control de la actividad normativa del Poder Ejecutivo en situaciones de emergencia, encontrándose en pleno trámite la revisión de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados durante la crisis sanitaria (Ley N° 26.122, Art. 99, inciso 3, CN)⁶. Al inicio de la pandemia existía incertidumbre sobre la constitucionalidad de las sesiones a distancia, lo que llevo a la Presidenta del Senado a iniciar una acción judicial solicitando a la CSJN que habilite las sesiones virtuales. El Tribunal falló que el “Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada”⁷.

Como bien explica el profesor Guillermo R. Moreno; “...si bien la pretensión fue desestimada, la Corte Suprema claramente accedió a la solicitud de un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de las sesiones virtuales en el Parlamento Nacional. Pues, sostuvo que, de acuerdo a la doctrina de la Corte, no corresponde que el máximo tribunal se pronuncie sobre actos de los otros poderes que ya están previstos en la Constitución. De esta forma señaló que “el llevar adelante las sesiones del Senado bajo una modalidad remota en lugar de la tradicional forma presencial, orbita dentro de las atribuciones propias del Poder Legislativo referentes a la instrumentación de las condiciones para crear la ley....[y] no supone en sí misma una posible

⁶ Delfina M. Cavallini Viale y Leandro E. Ferreyra, “Cincuenta decretos de Alberto Fernández. Desde su asunción, el Presidente dictó 38 decretos de necesidad y urgencia y 12 delegados”, blog palabrasdelderecho.com.ar.

⁷ CSJ 000353/2020/CS001, 24/04/2020

invasión del Poder Legislativo al ámbito de competencias que la Constitución asigna a los demás poderes del Estado.”⁸

Luego del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que habilitó la posibilidad de sesiones virtuales en el Congreso de la Nación, ambas cámaras lograron llevar adelante sin inconvenientes sus sesiones remotas en las cuales se logró garantizar la identidad de cada legislador, el *quorum*, el debate y la votación. Así, en cuanto a la pandemia el Poder Legislativo dictó la ley 27.549, disponiendo beneficios especiales a personal de Salud, Fuerzas Armadas, de Seguridad y otros ante la pandemia de COVID- 19 (BO 08/06/2020), como también la Ley 27.548 de creación del programa de protección al personal de Salud ante la pandemia de coronavirus COVID- 19 (BO 08/06/2020).

En cuanto al Poder Judicial, ha quedado evidenciado que, a partir del dictado de las primeras medidas para afrontar la pandemia emitidas por el Poder Ejecutivo Nacional, los distintos poderes judiciales del país han emitido un importante caudal de resoluciones y sentencias que se relacionan directa e indirectamente con la posible afectación de derechos por las medidas de aislamiento social dispuestas. Esto es cabal demostración del funcionamiento del control judicial de la actividad administrativa en nuestro país, estando garantizado el cumplimiento de las garantías judiciales reguladas constitucionalmente y por tratados internacionales de protección de Derechos Humanos vigentes.⁹

Un análisis detallado del funcionamiento del Poder Judicial en nuestro país está disponible en el último reporte del CEJA¹⁰, en el cual sus autores¹¹ dan cuenta de las modalidades que permitieron la

⁸ Moreno, Guillermo Raúl, “El Congreso de la Nación Argentina y su funcionamiento a distancia. Una necesaria interpretación dinámica del texto constitucional frente a la crisis desatada por el Covid-19”, a editarse en Revista Derechos en Acción, N° 15, Junio 2020.

⁹ Ampliar en Ramiro Vélez; Diez fallos destacados con relación al aislamiento social, preventivo y obligatorio. Un repaso por las decisiones más importantes dictadas en el marco de la pandemia y su impacto en las relaciones jurídicas. Publicado en el blog: palabrasdelderecho.com.ar.

¹⁰ Ver Reporte CEJA: “Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19 Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales”, Mayo 2020.

¹¹ Jaime Arellano, Laura Cora, Cristina García y Matías Sucunza.

continuidad del servicio de justicia y que para el caso de Argentina en el ámbito federal se garantizó la atención de causas urgentes, considerando tales, por lo menos: en materia penal, cuestiones vinculadas con privación de libertad, violencia urbana y doméstica, delitos contra la salud pública, delitos migratorios, interrupción de comunicaciones, aprovechamiento de calamidad, hábeas corpus, delitos contra integridad, seguridad pública y orden público; y, no penales, asuntos de familia urgentes, resguardo de menores, violencia de género y amparos.

Como lo explican López y Vélez, luego de un muy completo estudio de la casuística de los diversos Poderes Judiciales de la Argentina en tiempo de pandemia, “Los tribunales, si bien tuvieron que disponer ferias o asuetos extraordinarios, atendieron los planteos que les fueron llevados a su conocimiento, derivados de las medidas para prevenir la propagación del virus”.¹²

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, una vez conocida la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo, acompañó la cuarentena con el dictado de la Acordada N° 6/2020 en la que ordenó una feria extraordinario respecto de todos los tribunales federales y nacionales y demás dependencias que integran este Poder Judicial de la Nación, apelando a la solidaridad que debe guiar la conducta de los habitantes de la Nación, justificando su decisión en las razones de salud pública referidas, atento lo dispuesto en el Decreto de Necesidad Urgencia 297/2020¹³. Las sucesivas prórrogas de la cuarentena dispuestas por el Gobierno Nacional fueron acompañadas por las correspondientes acordadas de la Corte

¹² López, José Ignacio y Vélez, Ramiro; “El control judicial de decisiones estatales en el marco de la emergencia sanitaria Un relevamiento de casos”, RDA,

¹³ CSJN, Acordada 6/2020, Expte. 1207/20, del 20 de marzo de 2020. Allí expresó el tribunal: “Que este Tribunal, como cabeza del Poder Judicial de la Nación, tiene la obligación de acompañar desde su ámbito las decisiones de las autoridades sanitarias competentes, quienes se encuentran en mejores condiciones de adoptar criterios plenamente informados en dichas cuestiones. A tales efectos, además de las que por su naturaleza exijan su urgente intervención, enfocara su accionar las cuestiones sanitarias -individuales generales- que se le planteen las sancionatorias de las conductas que desafían el sistema de prevención y mitigación dispuesto que socavan la solidaridad que debe guiar la conducta de los habitantes de la Nación, sin excepción alguna.”

Suprema de Justicia que, correlativamente fueron prorrogando la feria extraordinaria por el nuevo plazo de aislamiento social preventivo y obligatorio¹⁴. Consideró, al decidir el acompañamiento de la política sanitaria del Poder Ejecutivo, que la Corte ha venido adoptando diversas medidas desde el inicio de la pandemia con el objeto de garantizar el servicio de justicia: “sin descuidar las razones de salud pública que inspiraron las políticas implementadas en esa materia por la autoridad nacional y local”¹⁵. En otras de sus acordadas, el Tribunal sostuvo que todas las medidas adoptadas, si bien tienden a aumentar la prestación del servicio de justicia, deben ser: “compatibles con la preservación de la salud de las personas que la prestan y de aquellos que concurren a recibirla”¹⁶.

Finalmente, todas las medidas de gobierno referidas a la crisis del coronavirus son informadas a la población en forma veraz y confiable, tanto a través del reporte oficial diario, respecto a la evolución de los datos epidemiológicos que brindan las autoridades del Ministerio de Salud de la Nación, como a las conferencias de prensa que realiza el Presidente de la Nación cuando se produce una novedad o modificación de las medidas de aislamiento social.¹⁷

En definitiva se observa el cumplimiento de la directiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la actual situación sanitaria, en la que sostuvo que “es indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como se proteja particularmente la actividad de las y los periodistas y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o

¹⁴ CSJN; Acordadas Nros. 8/20, 10/20, 13/20, 14/20, 16/20, 18/20 y 25/20.

¹⁵ CSJN, Acordada N°25/20 de fecha 29 de junio de 2020.

¹⁶ CSJN, Acordada N° 14/20 de fecha 11 de mayo de 2020.

¹⁷ Dijo la Corte IDH en la Res. 1/2020; “El acceso a la información veraz y fiable, así como a internet, es esencial. Deben disponerse las medidas adecuadas para que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus COVID19, sea limitado y proporcional a las necesidades sanitarias y no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales, y a la observancia del principio general de no discriminación.”

restricción de derechos humanos, con el objeto de ir evaluando su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos, así como sus consecuencias en las personas.”¹⁸

II.2. Emergencia sanitaria y social. Declaración legislativa

En diciembre de 2019, el Congreso de la Nación sancionó la **Ley 27.541**¹⁹, de Solidaridad Social y Reactivación productiva en el marco de la Emergencia Pública, que en su primer artículo declaró –entre otras áreas en crisis- la emergencia sanitaria y social²⁰, delegando al Poder Ejecutivo algunas facultades²¹ y – en su título X (artículo 64 a 85)- regulando diversos aspectos de la emergencia sanitaria.

¹⁸ Corte IDH, Res. 1/2020.

¹⁹ Ley de Solidaridad Social y Reactivación productiva en el marco de la Emergencia Pública, aprobada el 21 de diciembre de 2019 (Publicada en el Boletín Oficial del 23-dic-2019).

²⁰ Artículo 1°- “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y déleganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020.”

²¹ Artículo 2°- Establécense las siguientes bases de delegación:...f) Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no transmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales; g) Impulsar la recuperación de los salarios atendiendo a los sectores más vulnerados y generar mecanismos para facilitar la obtención de acuerdos salariales.” Sobre delegación legislativa, ver: SANTIAGO (h.), Alfonso – THURY CORNEJO, Valentín, Tratado sobre la delegación legislativa, Buenos Aires, Abaco, 2003; CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, La delegación legislativa y el Estado regulatorio Una mirada crítica al agujero negro de la regulación, Ábaco, Buenos Aires, 2017. BIANCHI, Alberto B., La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública, Ábaco, Buenos Aires, 1990.

El 12 de marzo del corriente año, mediante el **Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 260/20**, se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el COVID-19, durante el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del citado decreto. Se designó como autoridad sanitaria de aplicación al Ministerio de Salud de la Nación y se lo facultó a realizar intervenciones concretas para afrontar la crisis sanitaria²², identificó las “zonas afectadas” por la pandemia de COVID-19²³, dispuso que el Ministerio de Salud deberá dar información diaria a la población sobre las “zonas afectadas” y la situación epidemiológica, respecto a la propagación, contención, y mitigación de esta enfermedad y deberá mantener informados a los centros de salud y profesionales sanitarios, públicos y privados, sobre las medidas de prevención, atención, contención y mitigación, que corresponde adoptar para dar respuesta al COVID-19.

²² En su artículo 2 el Decreto facultó al Ministerio de Salud de la Nación a; Disponer las recomendaciones y medidas a adoptar respecto de la situación epidemiológica, a fin de mitigar el impacto sanitario; Difundir en medios de comunicación masiva las medidas sanitarias que se adopten; Realizar campañas educativas y de difusión para brindar información a la comunidad; Recomendar restricciones de viajes desde o hacia las zonas afectadas; Efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, en base a evidencia científica y análisis de información estratégica de salud, sin sujeción al régimen de contrataciones de la administración nacional; Coordinar la distribución de los productos farmacéuticos que se requieran para satisfacer la demanda ante la emergencia; Entregar medicamentos, dispositivos médicos u otros elementos sanitizantes; Coordinar con las distintas jurisdicciones, la aplicación obligatoria de medidas sanitarias de desinfección en medios de transporte, salas de clases, lugares de trabajos y, en general, en cualquier lugar de acceso público o donde exista o pueda existir aglomeración de personas; Coordinar con las distintas jurisdicciones la adopción de medidas de salud pública, para restringir el desembarco de pasajeros de naves y aeronaves o circulación de transporte colectivo de pasajeros, subterráneos o trenes, o el aislamiento de zonas o regiones, o establecer restricciones de traslados, y sus excepciones, entre otras.

²³ Se indicó que la zona afectada está integrada por los Estados miembros de la Unión Europea, miembros del Espacio Schengen, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América, República de Corea, Estado del Japón, República Popular China y República Islámica de Irán.

Respecto de los insumos críticos (alcohol en gel, barbijos y otros definidos como tales), la autoridad sanitaria y el Ministerio de Desarrollo Productivo fueron facultados –conjuntamente– para fijar precios máximos y prevenir su desabastecimiento. Asimismo, reguló el aislamiento obligatorio y acciones preventivas ante casos confirmados de COVID-19 o sospechosos, la obligación de la población de reportar síntomas y la suspensión temporaria de los vuelos internacionales de pasajeros provenientes de las “zonas afectadas”.

II.3. Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (Cuarentena)

El Presidente de la Nación -Alberto Fernández- dispuso, en el marco de la emergencia sanitaria y social, el *aislamiento social, preventivo y obligatorio* de las personas que habitan la Argentina o están en el país temporalmente por el **Decreto de Necesidad y Urgencia N°297/20** -durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo- (prorrogado hasta el 28 de Junio por los DNU N°325/20, 355/2020, 408/20, 459/20, 493/20 y 520/20), con la finalidad de proteger la salud pública, con fundamento en que dicho objetivo constituye una obligación inalienable del Estado nacional en razón de la pandemia declarada por la OMS y en atención a la evolución epidemiológica del COVID-19²⁴. Como vimos, esta medida fue acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la imposición de la feria extraordinaria mediante Acordada 6/2020 del día 20 de marzo de 2020.

En estas decisiones el Poder Ejecutivo utilizó la figura de los Decretos de Necesidad y Urgencia, dando cumplimiento a los requisitos

²⁴ Artículo 1° “A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al CORONAVIRUS-COVID 19.”

constitucionales (Art. 99, inc. 3 Constitución Nacional) y jurisprudenciales para su utilización. Al respecto, es criterio de la Corte Suprema que: “es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”²⁵. Tampoco estas normas regulan materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, expresamente prohibidas por la constitución.²⁶

La medida de *cuarentena*, tal como fue regulada, implica que las personas deberán permanecer aisladas en sus residencias y abstenerse

²⁵ CSJN, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, 19/8/1999, Fallos: 322:1726. Ver también; “Consumidores Argentinos c/ EN- PEN- Dto. 558/02-SS- ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, 19/5/2010, Fallos: 333:633.

²⁶ Víctor Malavolta y Orlando D. Pulvirenti, “Pandemia Covid-19: derecho a la salud y su tutela estatal”, publicado el 30 de marzo de 2020 www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF200041. Dicen los autores al respecto: “La herramienta legal a la cual se ha acudido en esta instancia, es decir el Decreto de Necesidad y Urgencia posiblemente por sus orígenes y algunos abusos históricos que ha corregido la Justicia, no goza de buena prensa; pero no es menos cierto que si existen situaciones que pueden justificar su uso, pocas encuadrarían tan razonablemente como ésta. Nos hallamos lamentablemente frente a una de aquellas casuísticas en las que no resulta posible aguardar los tiempos propios de deliberación y reflexión de los cuerpos legislativos... Y nos detenemos brevemente en la imposibilidad de dictar normas penales o tributarias, ambos DNU, el 260/2020 y el 297/2020, cuidadosamente remiten el accionar de las fuerzas policiales y de seguridad, así como de todo funcionario, al Código Penal y sus figuras ya existentes (artículos 205 y 239), no transgrediendo en modo alguna la prohibición citada. El camino elegido entonces por parte del presidente de la Nación resulta conforme con derecho no mereciendo reproche alguno desde el punto de vista del marco jurídico imperante.”

de concurrir a trabajar y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, pudiendo sólo realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos²⁷. Quedaron exceptuadas las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia como personal de salud, de seguridad, autoridades de los gobiernos nacional y local, personal de los servicios del Poder Judicial de turno, industria alimenticia y su comercialización, entre muchos otros²⁸. Durante la

²⁷ Artículo 2°. “Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1°, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos.”

²⁸ Artículo 6°. “Quedan exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios: 1. Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo. 2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades. 3. Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes. 4. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos. 5. Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes. 6. Personas que deban atender una situación de fuerza mayor. 7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. En tal marco, no se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas. 8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos. 9. Personal que se desempeña

vigencia del aislamiento fueron prohibidos eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, y de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas, quedando suspendidas las aperturas de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas.²⁹

en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos. 10. Personal afectado a obra pública. 11. Supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de garrafas. 12. Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios. 13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca. 14. Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales. 15. Actividades impostergables vinculadas con el comercio exterior. 16. Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos. 17. Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias. 18. Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP. 19. Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad. 20. Servicios de lavandería. 21. Servicios postales y de distribución de paquetería. 22. Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia. 23. Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica. 24. S.E. Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA disponga imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos. El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de coordinador de la "Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional" y con recomendación de la autoridad sanitaria podrá ampliar o reducir las excepciones dispuestas, en función de la dinámica de la situación epidemiológica y de la eficacia que se observe en el cumplimiento de la presente medida. En todos estos casos, los empleadores y empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el MINISTERIO DE SALUD para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores."

²⁹ Artículo 5°. "Durante la vigencia del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas. Se suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas."

Dispone la norma que el Poder Ejecutivo nacional, en coordinación con las jurisdicciones provinciales y de la CABA, realizará controles permanentes y fiscalización del cumplimiento de las medidas dispuestas para garantizar el aislamiento social, preventivo y obligatorio³⁰, estando facultado el Ministerio de Seguridad a disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el decreto 297/20. Ante la existencia de una infracción a las medidas dispuestas, se hará cesar la conducta que violentó el decreto y se dará intervención al Poder Judicial con competencia en la materia.³¹

En sus considerandos el decreto resalta que la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas para hacer frente a esta emergencia, ya que, a pesar de las medidas oportunas y firmes que viene desplegando el Gobierno Nacional y los distintos gobiernos - provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el primer caso confirmado en la Argentina, el día 3 de marzo de 2020, se han contabilizado noventa y siete casos de personas infectadas en once jurisdicciones, habiendo fallecido tres de ellas, según datos oficiales al 18 de marzo de 2020.

³⁰ Artículo 3°. “El Ministerio de Seguridad dispondrá controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, de las normas vigentes dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias. Las autoridades de las demás jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en el ámbito de sus competencias, y en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispondrán procedimientos de fiscalización con la misma finalidad.”

³¹ Artículo 4°. “Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal. El Ministerio de Seguridad deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus.”

Enfatiza que nos encontramos ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, y para ello es necesario tomar medidas oportunas, transparentes, consensuadas y basadas en las evidencias disponibles, a fin de mitigar su propagación y su impacto en el sistema sanitario. Por ello, teniendo en consideración la experiencia de los países de Asia y Europa que han transitado la circulación del virus pandémico con antelación, se puede concluir que el éxito de las medidas depende de las siguientes variables: la oportunidad, la intensidad (drásticas o escalonadas), y el efectivo cumplimiento de las mismas.

El fundamento fáctico de la medida es que no se cuenta con un tratamiento antiviral efectivo ni con vacunas que prevengan el contagio de coronavirus, las medidas de aislamiento y distanciamiento social siguen revistiendo un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario de COVID-19.

Esta realidad es la que impone al Gobierno adoptar la medida de cuarentena, con el objetivo y finalidad de proteger la salud pública como una obligación inalienable del Estado nacional.

El **31 de marzo de 2020**, por **Decreto de Necesidad y Urgencia N°325/20**, se prorrogó hasta el 12 de abril de 2020 el aislamiento social y se dispuso que los trabajadores estatales del ámbito nacional que no están exceptuados de la cuarentena por el DNU N° 297, deberán realizar sus tareas –en tanto ello sea posible– desde los lugares en los que se encuentren aislados³². Esta medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la extensión de la feria extraordinaria mediante Acordada 8/2020 del día 1 de abril de 2020.

En sus considerandos, se da cuenta de una evaluación del estado epidemiológico de la enfermedad, tanto en nuestro país como en la región³³.

³² Artículo 2°. “Las trabajadoras y los trabajadores que no se encuentren alcanzados por ninguna de las excepciones previstas en el artículo 6° del Decreto N° 297/20, y deban cumplir con el “aislamiento social preventivo y obligatorio”, pertenecientes a las jurisdicciones, organismos y entidades del sector público nacional, cualquiera sea su forma de contratación, deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, pero deberán realizar sus tareas, en tanto ello sea posible, desde el lugar donde cumplan el aislamiento ordenado, cumpliendo las indicaciones de la autoridad jerárquica correspondiente.”

³³ Dicen los considerandos del DNU N°325/20; “Que, hasta el 29 de marzo de 2020, se han detectado a nivel mundial 571.568 casos de COVID-19

Se ejemplifica con las políticas públicas de otras naciones con buenos resultados en la disminución o desaceleración de la curva de contagios y muertes³⁴ y se detalla el desarrollo de la enfermedad en la Argentina que, si bien era el esperable, es necesario el paso de más tiempo para evaluar el impacto de la cuarentena³⁵. Concluye al respecto afirmando que: “no debemos dejar de lado que nos enfrentamos a una pandemia mundial que podría provocar, si no se adoptan las medidas adecuadas, una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, por lo que se deben tomar todas las medidas necesarias con el fin de mitigar su propagación y su impacto en el sistema sanitario” y destacando que la prórroga de la cuarentena dispuesta fue parte de las precisas

confirmados, con 26.494 muertes. Del total de casos, 100.314 se encuentran en nuestro continente”.

³⁴ Se lee en sus fundamentos: “Que los países que lograron aplanar la curva al día de la fecha (CHINA y COREA DEL SUR) confirmaron el impacto de tales medidas entre DIECIOCHO (18) y VEINTITRÉS (23) días después de haber adoptado las medidas de aislamiento y, en ambos casos, no se interrumpieron hasta haberse comprobado su efecto en razón del crecimiento de los casos confirmados de COVID-19. Que los países que han logrado controlar la expansión del virus han mantenido en niveles muy bajos la circulación de personas por, al menos, CINCO (5) semanas, condición necesaria para reducir la transmisión del virus... Que, según la experiencia de los países con mejores resultados, es esperable un incremento en el número de casos hasta TRES (3) semanas después de iniciada la cuarentena estricta. Que los países que implementaron medidas estrictas en el tramo exponencial de sus curvas y ya con números muy elevados de casos, no han podido observar aún efectos positivos en el número de contagios y fallecimientos.”

³⁵ Dice la norma que; “Que gracias a las medidas oportunas y firmes que vienen desplegando el Gobierno Nacional y los distintos Gobiernos Provinciales y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, así como al estricto cumplimiento de las mismas que viene realizando la gran mayoría de la población, en la REPÚBLICA ARGENTINA, al 29 de marzo, se han detectado 820 casos confirmados de COVID-19. Que la REPÚBLICA ARGENTINA ha implementado numerosas medidas tempranas para la contención de la epidemia, con la menor cantidad de casos y de días de evolución, en comparación con otros países del mundo...Que, si bien se han observado buenos resultados en la disminución de la circulación de personas, que se ven reflejados en el uso del transporte público, donde se constató una marcada disminución de pasajeros en subtes, trenes y colectivos, estos datos resultan aún insuficientes para evaluar sus efectos porque todavía no ha transcurrido, al menos, un período de incubación del virus - CATORCE (14) días-.”

recomendaciones recibidas por el Presidente de la Nación al reunirse con destacados expertos en epidemiología, a fin de proteger la salud pública.

Da cuenta el decreto, de la declaración judicial respecto de la constitucionalidad de la medida de aislamiento social, agregando que el DNU 297/20; “se ha dictado con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 y con su aplicación se pretende preservar la salud pública, adoptándose en tal sentido medidas proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma razonable y temporaria. La restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es el derecho colectivo a la salud pública. En efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas a cumplir la medida de aislamiento dispuesta, sino de todas y todos los habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio de COVID-19, depende de que cada una y cada uno de nosotros cumpla con su aislamiento, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad.”

Con fecha *11 de abril de 2020*, por **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 355/20**, el Poder Ejecutivo prorrogó hasta el día 26 de abril de 2020 las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio, facultando al Jefe de Gabinete nacional –con previa intervención de las autoridades sanitarias y a pedido de los gobiernos provinciales- a exceptuar del cumplimiento de las medidas de cuarentena al personal afectado a determinadas actividades y servicios, o a las personas que habiten en áreas geográficas específicas y delimitadas, con los respectivos protocolos sanitarios.³⁶ También dispuso la coordinación de las

³⁶ Artículo 2°. “El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de Coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional” podrá, previa intervención de la autoridad sanitaria nacional, y a pedido de los Gobernadores o de las Gobernadoras de Provincias o del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, exceptuar del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, al personal afectado a determinadas actividades y servicios, o a las personas que habiten en áreas geográficas específicas y delimitadas, siempre que medien las siguientes circunstancias: a. Que el Gobernador, la Gobernadora o el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo requiera por escrito, previa intervención y asentimiento de la máxima autoridad sanitaria local, en atención

distintas jurisdicciones para la fiscalización del cumplimiento de las medidas de aislamiento social.³⁷ Esta medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la prórroga de la feria extraordinaria dispuesta mediante Acordada 10/2020 del día 12 de abril de 2020.

En sus fundamentos, luego de repasar el contexto mundial de la pandemia, se evalúa la medida de aislamiento social adoptada en nuestro país, afirmando que, comparando el tiempo de duplicación de casos en Argentina antes y después de haberla implementado, se observó que pasó de 3,3 días a 10,3 días. Agrega que, habiéndose aumentado el testeo diagnóstico en todas las jurisdicciones del país, la proporción de casos nuevos detectados ha decrecido. Concluye que estas medidas permitieron, por el momento, contener la epidemia por la aparición paulatina de casos y de menor tiempo de evolución, registrándose una disminución en la velocidad de propagación y evitando que se verificara la saturación del sistema de salud, tal como sucedió en otros lugares del mundo.³⁸

Vuelve a informar que las más altas autoridades del Gobierno nacional mantuvieron una reunión con destacados expertos en epidemiología y recibieron precisas recomendaciones acerca de la conveniencia, a los fines de proteger la salud pública, de prorrogar la cuarentena,

a la situación epidemiológica respectiva. b. Que, junto con el requerimiento, se acompañe el protocolo de funcionamiento correspondiente, dando cumplimiento a las recomendaciones e instrucciones sanitarias y de seguridad nacionales y locales.”

³⁷ Artículo 3°. “Las autoridades de las jurisdicciones y organismos del sector público nacional en coordinación con sus pares de las jurisdicciones Provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las autoridades Municipales, cada uno en el ámbito de sus competencias, dispondrán los procedimientos de fiscalización necesarios para garantizar el cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio, de los protocolos vigentes y de las normas dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias.”

³⁸ Al respecto, amplía los argumentos el decreto en sus considerandos, al afirmar que “el comportamiento de los casos en la REPÚBLICA ARGENTINA evidencia un incipiente aplanamiento de la curva, que requiere de mayor tiempo para confirmar esta tendencia. Que nos hallamos ante una situación dinámica en la que pueden presentarse diferentes circunstancias epidemiológicas dentro del país e inclusive dentro de las distintas jurisdicciones provinciales.”

agregando que el Presidente de la Nación mantuvo una reunión por teleconferencia con los Gobernadores del país y con el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la cual se evaluó la implementación y los efectos de las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio.

El *26 de abril de 2020* se dictó el **Decreto de Necesidad y Urgencia 408/20**, por el que se prorrogó hasta el 10 de mayo las medidas sanitarias de cuarentena, ampliando las facultades de las jurisdicciones provinciales al disponer que los gobernadores podrán decidir excepciones a la misma dentro de sus territorios con la previa aprobación de la autoridad sanitaria local, siempre que se encuentren cumplidos los siguientes indicadores: que el tiempo de duplicación de casos supere los 15 días; que el sistema sanitario cuente con capacidad para dar respuesta a la potencial demanda; que la medida cuente con una evaluación positiva de las autoridades sanitarias; que la proporción de personas exceptuadas no supere el 50 por ciento del total de la población; que el área a exceptuar no debe estar definida por la autoridad sanitaria nacional como aquellas “con transmisión local o por conglomerado”³⁹. Se exceptúan expresamente de la flexibilización

³⁹ Artículo 3º: “Los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias podrán decidir excepciones al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y a la prohibición de circular, respecto del personal afectado a determinadas actividades y servicios, en Departamentos o Partidos de sus jurisdicciones, previa aprobación de la autoridad sanitaria local y siempre que se dé cumplimiento, en cada Departamento o Partido comprendido en la medida, a los requisitos exigidos por los siguientes parámetros epidemiológicos y sanitarios: 1. El tiempo de duplicación de casos confirmados de Covid-19 no debe ser inferior a QUINCE (15) días. Este requisito no será requerido si, por la escasa o nula cantidad de casos, no puede realizarse el mencionado cálculo. 2. El sistema de salud debe contar con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la potencial demanda sanitaria. 3. Debe existir una evaluación positiva de las autoridades sanitarias respecto del riesgo socio-sanitario con relación a la densidad poblacional del área geográfica involucrada. 4. La proporción de personas exceptuadas del aislamiento social, preventivo y obligatorio, no podrá superar el CINCUENTA POR CIENTO (50%) de la población total del Departamento o Partido, según corresponda. 5. El Departamento o Partido comprendido en la medida no debe estar definido por la autoridad sanitaria nacional como aquellos “con transmisión local o por conglomerado”. Cuando cualquiera de los indicadores epidemiológicos y sanitarios señalados

de la cuarentena actividades como la educación, eventos sociales, cines, teatros, centros comerciales, restaurantes y bares, gimnasios, transporte público interjurisdiccionales y actividades turísticas, entre otras.⁴⁰ En estos casos, las autoridades nacionales y locales llevarán a cabo monitoreo de la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria, pudiendo dejarse sin efecto las excepciones dispuestas.⁴¹ Esta

no se cumpliera en el Departamento o Partido comprendido en la medida, no podrá disponerse la excepción respecto del mismo y esta prohibición alcanzará a todo el aglomerado urbano que incluye sus zonas lindantes. Cuando se autorice una excepción en los términos previstos en este artículo, se deberá implementar, en forma previa, un protocolo de funcionamiento que dé cumplimiento a las recomendaciones e instrucciones sanitarias y de seguridad, nacionales y locales. Al disponerse la excepción se debe ordenar la inmediata comunicación de la medida al MINISTERIO DE SALUD de la Nación.”

⁴⁰ Artículo 4°. “No podrán incluirse como excepción en los términos del artículo 3° del presente decreto, las siguientes actividades y servicios: 1. Dictado de clases presenciales en todos los niveles y todas las modalidades. 2. Eventos públicos y privados: sociales, culturales, recreativos, deportivos, religiosos y de cualquier otra índole que implique la concurrencia de personas. 3. Centros comerciales, cines, teatros, centros culturales, bibliotecas, museos, restaurantes, bares, gimnasios, clubes y cualquier espacio público o privado que implique la concurrencia de personas. 4. Transporte público de pasajeros interurbano, interjurisdiccional e internacional. 5. Actividades turísticas; apertura de parques, plazas o similares.”

⁴¹ Artículo 5°. “Las jurisdicciones provinciales que dispusieren excepciones en el marco del artículo 3° del presente decreto, deberán realizar, en forma conjunta con el MINISTERIO DE SALUD de la Nación, el monitoreo de la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria. En forma semanal, las autoridades sanitarias locales deberán remitir a la autoridad sanitaria nacional, un “Informe de Seguimiento Epidemiológico y Sanitario COVID-19” (ISES COVID-19) que deberá contener toda la información que esta les requiera para evaluar la trayectoria de la enfermedad y la capacidad del sistema sanitario para atender a la población. Si las autoridades locales detectaren un signo de alerta epidemiológico o sanitario, deberán comunicarlo de inmediato a la autoridad sanitaria nacional. El MINISTERIO DE SALUD de la Nación realizará el monitoreo de la evolución epidemiológica y sanitaria, y si detectare una situación de riesgo epidemiológico o sanitario, deberá recomendar en forma inmediata al Jefe de Gabinete de Ministros, que adopte las medidas pertinentes para contener la transmisión del virus SARS-CoV-2 que puede incluir la decisión de dejar sin efecto la excepción dispuesta por la autoridad provincial correspondiente. El Jefe de Gabinete de Ministros podrá disponer el cese de las excepciones dispuestas en el marco del artículo 3° del presente

medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la extensión de la feria extraordinaria mediante el dictado de la Acordada N°13/2020, del día 27 de abril de 2020.

Otra gran exclusión de la posibilidad de excepcionar las medidas de aislamiento social lo constituyen los aglomerados urbanos con más de medio millón de habitantes, así como el área metropolitana de Buenos Aires (AMBA).⁴²

Por último, se flexibilizó la cuarentena permitiendo a los aislados realizar una breve salida de esparcimiento, en beneficio de la salud y el

decreto, respecto de la jurisdicción provincial que incumpla con la entrega del Informe de Seguimiento Epidemiológico y Sanitario requerido o incumpla con la carga de información exigida en el marco del “Monitoreo de Indicadores de Riesgo Epidemiológico y Sanitario – COVID-19” (MIRE COVID-19). El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de Coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional” podrá, en cualquier momento, por recomendación de la autoridad sanitaria nacional, dejar sin efecto las excepciones dispuestas en los términos del artículo 3° del presente decreto.”

⁴² Artículo 6°. “Toda vez que los indicadores epidemiológicos señalan que los grandes aglomerados urbanos son los lugares de mayor riesgo de transmisión del virus SARS-CoV-2 y donde más difícil resulta controlar esa transmisión, no será de aplicación el artículo 3° del presente decreto respecto de los aglomerados urbanos con más de QUINIENTOS MIL (500.000) habitantes, ubicados en cualquier lugar del país, ni tampoco respecto del Área Metropolitana de BUENOS AIRES. A los fines de este decreto, se considera Área Metropolitana de BUENOS AIRES a la zona urbana común que conforman la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y los siguientes CUARENTA (40) Municipios de la Provincia de BUENOS AIRES: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Brandsen, Campana, Cañuelas, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Exaltación de la Cruz, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero, Vicente López y Zárate. El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de Coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional”, podrá incluir en esta prohibición a aglomerados urbanos que tengan menos de QUINIENTOS MIL (500.000) habitantes o excluir a otros que superen esa cantidad de población, en atención a la evolución epidemiológica específica del lugar y previa intervención de la autoridad sanitaria nacional.”

bienestar psicofísico, sin alejarse más de quinientos metros de su residencia, con una duración máxima de una hora, durante el día y antes de las 20 horas.⁴³

Entre los fundamentos de la nueva prórroga de la cuarentena se informa que el tiempo de duplicación de casos era al inicio de 3,3 días y en la actualidad alcanza los 17,1 días, observando que las medidas adoptadas permitieron, por el momento, contener la epidemia por la aparición gradual y detección precoz de casos y la implementación de las acciones de control con menor tiempo de evolución, registrándose una disminución en la velocidad de propagación y evitando que se verificara la saturación del sistema de salud, tal como sucedió en otros lugares del mundo. También se da cuenta de la realización de una nueva reunión con los Gobernadores y Jefe de Gobierno de la CABA, así como con destacados expertos en epidemiología que emitieron precisas recomendaciones acerca de la conveniencia y necesidad, a los fines de proteger la salud pública, de prorrogar el aislamiento social.

La novedad consistió en la distinción de abordaje sanitario entre el tamaño de los conglomerados urbanos, ya que la Argentina es el octavo país en extensión territorial a nivel mundial y presenta una diversidad geográfica, socio-económica y demográfica que impacta en la dinámica de transmisión del virus. Se identifican áreas geográficas que justifican

⁴³ Artículo 8°. “Las personas que deben cumplir el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” podrán realizar una breve salida de esparcimiento, en beneficio de la salud y el bienestar psicofísico, sin alejarse más de QUINIENTOS (500) metros de su residencia, con una duración máxima de SESENTA (60) minutos, en horario diurno y antes de las 20 horas. No se podrá usar transporte público o vehicular y se deberá guardar en todo momento un distanciamiento físico entre peatones no menor a DOS (2) metros, salvo en el caso de niños y niñas de hasta DOCE (12) años de edad, quienes deberán realizar la salida en compañía de una persona mayor conviviente. En ningún caso se podrán realizar aglomeramientos o reuniones y se deberá dar cumplimiento a las instrucciones generales de la autoridad sanitaria. Para esta salida se recomienda el uso de cubre boca, nariz y mentón o barbijo casero. Las autoridades locales dictaran las correspondientes normas reglamentarias y, en atención a las condiciones epidemiológicas y a la evaluación de riesgo en los distintos Departamentos o Partidos de la jurisdicción a su cargo, podrán incluso determinar uno o algunos días para ejercer este derecho, limitar su duración y, eventualmente, suspenderlo con el fin de proteger la salud pública.”

un tratamiento sanitario diferenciado, distinguiendo entre aquellas en las que solo se han confirmado casos importados o casos de contactos locales a partir del caso importado y que están controladas y otras que presentan transmisión local extendida, ya sea por conglomerados o con casos comunitarios.⁴⁴

El **10 de mayo de 2020** el Presidente de la República emitió el **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 459/20**, por el que prorrogó el aislamiento social, preventivo y obligatorio hasta el día 24 de mayo del corriente año, habilitando nuevas excepciones para ciudades de hasta 500.000 habitantes, para localidades de más de medio millón de pobladores y para el AMBA. Esta medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la extensión de la feria extraordinaria dispuesta por Acordada N° 14/2020, del día 11 de mayo de 2020.

Respecto de los partidos o departamentos de hasta medio millón de habitantes, se dispuso que los Gobernadores de Provincias podrán establecer nuevas excepciones al cumplimiento de la cuarentena y a la prohibición de circular con el fin de autorizar actividades industriales, de servicios o comerciales, manteniendo los requisitos dispuestos en el artículo 3 del DNU 408, ampliando el porcentaje del total de la población alcanzada al 75 por ciento.⁴⁵ También se dispusieron facultades

⁴⁴ Especifica al respecto el decreto: “toda vez que los indicadores epidemiológicos señalan que los grandes conglomerados urbanos son los lugares de mayor peligro de expansión del virus SARS-CoV-2 y, también, los lugares donde es más difícil contener el contagio, no se establece la posibilidad de decidir excepciones al aislamiento social, preventivo y obligatorio, por parte de las autoridades de las jurisdicciones provinciales, respecto de los aglomerados urbanos con más de QUINIENTOS MIL (500.000) habitantes situados en cualquier lugar del país, ni respecto del Área Metropolitana de BUENOS AIRES, que incluye a la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y a CUARENTA (40) Partidos, a los fines de este decreto.”

⁴⁵ Artículo 3°. “NUEVAS EXCEPCIONES EN DEPARTAMENTOS O PARTIDOS DE HASTA QUINIENTOS MIL (500.000 HABITANTES): En los Departamentos o Partidos que posean hasta QUINIENTOS MIL (500.000) habitantes y siempre que no formen parte de aglomerados urbanos cuya población supere ese número, los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias podrán disponer nuevas excepciones al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y a la prohibición de circular con el fin de

para que los Gobernadores de cada jurisdicción amplíen las excepciones en ciudades de más de medio millón de habitantes y en el AMBA. En todos los casos las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando se dispongan algunas de estas excepciones deberán realizar, en forma conjunta con el Ministerio de Salud de la Nación, el monitoreo de la evolución epidemiológica y de las condiciones sanitarias correspondientes.

En sus considerandos, el decreto realiza una evaluación epidemiológica de las medidas objeto de prórroga, advirtiendo que el Estado Nacional ha mejorado e incrementado la capacidad de asistencia del sistema de salud a través de lo que se conoce comúnmente como “aplanamiento de la curva”, tarea que, como se ha verificado a lo largo de este lapso, se viene logrando con éxito. Así lo demuestra la extensión del tiempo de duplicación de casos de COVID-19, que se extendió a veinticinco

autorizar actividades industriales, de servicios o comerciales. Para ello, deberán contar con la aprobación previa de la autoridad sanitaria provincial y ordenar la implementación de un protocolo de funcionamiento de la actividad respectiva, que contemple, como mínimo, el cumplimiento de todas las recomendaciones e instrucciones de la autoridad sanitaria nacional. En todos los casos, en forma previa a disponer la excepción respectiva, la autoridad provincial deberá constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos por los siguientes parámetros epidemiológicos y sanitarios en cada Departamento o Partido comprendido en la medida: 1. Que el tiempo de duplicación de casos confirmados de COVID-19 no sea inferior a QUINCE (15) días. No será necesario cumplimentar este requisito si, por la escasa o nula cantidad de casos, no puede realizarse el mencionado cálculo. 2. Que el sistema de salud cuente con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la potencial demanda sanitaria. 3. Que exista una evaluación positiva de las autoridades sanitarias respecto del riesgo socio-sanitario con relación a la densidad poblacional del área geográfica involucrada. 4. Que la proporción de personas exceptuadas del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, no supere el SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75 %) de la población total del Departamento o Partido, según corresponda. 5. Que el Departamento o Partido comprendido en la medida no esté definido por la autoridad sanitaria nacional como aquellos “con transmisión local o por conglomerado”. Cuando cualquiera de los indicadores epidemiológicos y sanitarios indicados no se cumplieren en un Departamento o Partido, no podrá disponerse excepción alguna respecto del mismo y esta prohibición alcanzará a todo el aglomerado urbano que incluye sus zonas lindantes. Al disponerse la excepción se deberá comunicar la medida en forma inmediata al MINISTERIO DE SALUD de la Nación.”

-25- días, al 8 de mayo de 2020. Indica que la situación epidemiológica a esa fecha, en nuestro país, con un total de 5.680 casos confirmados y 297 personas que han muerto a causa del coronavirus, permite observar un comportamiento regional distinto al ocurrido en las semanas anteriores y que la evolución de la pandemia en la mayoría de los países de la región ha evidenciado trayectorias mucho más severas.

El día **24 de mayo de 2020**, se emitió el **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 493/20**, extendiendo la cuarentena hasta el día 7 de junio de 2020 y volviendo a prorrogar las medidas dispuestas originalmente por el Decreto N° 297/20. Esta medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la extensión de la feria extraordinaria dispuesta por Acordada N° 16/2020 del día 25 de mayo de 2020.

Entre sus fundamentos el decreto de necesidad y urgencia repasa el estado sanitario actual a nivel mundial, regional y de nuestro país, comparando algunos resultados provisorios alcanzados por diversas medidas adoptadas por diferentes Estados⁴⁶, y se especifican los indicadores epidemiológicos de Argentina resaltando una disminución en la tasa de duplicación de casos, que al dictado de la norma retrocedió a trece coma cuatro (13,4) días. Considera que, en atención a los resultados

⁴⁶ Expone el decreto: "Que no se conoce todavía en el mundo un país que haya superado totalmente la epidemia en forma plenamente exitosa, por lo que no puede aún validarse en forma categórica ninguna estrategia adoptada, máxime cuando las realidades sociales, económicas y culturales son diversas. Por este motivo se debe continuar en el diseño de una estrategia nacional específica para atender las urgencias y los desafíos que demanda una situación epidemiológica con características inusitadas y, en muchos aspectos, desconocidas. Que al día 22 de mayo, según datos oficiales de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), se han confirmado más de 4,9 millones de casos y 327 mil fallecidos en un total de 215 países, áreas o territorios con casos de COVID-19. Que, a nivel regional, se observa que el 70,2% de los casos corresponde a Estados Unidos de América, el 12,9% corresponde a Brasil y solo el 0,4% corresponde a Argentina, y que similar distribución presenta el total de fallecidos donde el 70,9% corresponde a los Estados Unidos de América, el 14,3% a Brasil y el 0,3% a la Argentina. Que la tasa de incidencia acumulada para Argentina es de 22 casos cada 100.000 habitantes, y resulta una de las más bajas de la región. Que la tasa de letalidad se ha mantenido relativamente estable para Argentina desde el inicio de la pandemia y a la fecha es de 4,2% y la tasa de mortalidad es de 9,8 por millón, y se mantiene dentro de los países con menor índice de mortalidad en la región."

del esfuerzo realizado por la sociedad en su conjunto y de conformidad con las recomendaciones recibidas por los expertos y las expertas que asesoran a la Presidencia, se evalúa que es necesario seguir adoptando decisiones consensuadas con los Gobernadores de las Provincias y con el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para atender a las diferentes realidades y a la evolución epidemiológica que se verifica en las distintas regiones del país.

En los considerandos profundiza en la existencia de dos situaciones sanitarias muy diferentes dentro de la geografía nacional, una más preocupante integrada por el AMBA, la zona de Córdoba y Gran Córdoba, y la zona de Resistencia y Gran Resistencia, en las que existe transmisión comunitaria sostenida y son los lugares donde se observa la mayor concentración de casos y muertes del país, por lo cual requieren de un especial abordaje para controlar el crecimiento en el número de casos, y allí deben dirigirse los mayores esfuerzos. Por otra parte, la situación del resto de las provincias donde la enfermedad ha adquirido características distintivas, sea por el origen de la infección, la evolución que se ha observado en cada brote, las dinámicas propias de cada área en relación con la demografía y la respuesta que ha podido dar el sistema de atención para hacer frente a la epidemia. Por ello, en función de la distinta evolución de la epidemia en las diversas jurisdicciones, la determinación de la forma en que debe realizarse el aislamiento social debe ser evaluada a la luz de distintos parámetros y, necesariamente, debe adaptarse a la situación particular de cada provincia, departamento o territorio. La decisión respecto al momento en que se debe avanzar o retroceder de fase no depende de plazos medidos en tiempo, sino de momentos de evolución de la epidemia en cada lugar, que deben ser monitoreados de manera permanente.

El 8 de junio de 2020, el Presidente de la Nación emitió el **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 520/20**, extendiendo la cuarentena para la región del AMBA y algunas ciudades del interior del país, hasta el día 28 de junio de 2020 y disponiendo el reemplazo del aislamiento social, preventivo y obligatorio por la medida de *Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio* para el resto de las jurisdicciones. Esta medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la extensión de la feria extraordinaria por Acordada N° 18/2020 del día 8 de junio de 2020.

En su primer capítulo el decreto regula el *Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio* estableciéndolo para todas las personas que residan o transiten en los aglomerados urbanos y en los partidos y departamentos de las provincias argentinas en tanto estos verifiquen en forma positiva los siguientes parámetros epidemiológicos y sanitarios: 1. El sistema de salud debe contar con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la demanda sanitaria. 2. El aglomerado urbano, departamento o partido no debe estar definido por la autoridad sanitaria nacional como aquellos que poseen “transmisión comunitaria” del virus. 3. Que el tiempo de duplicación de casos confirmados de COVID-19 no sea inferior a quince días.⁴⁷

Al regular el nuevo Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio, dispone lo relativo a los límites a la circulación (art. 4); reglas de conductas generales (art. 5); protocolos de actividades económicas (art. 6) y normas y protocolos para actividades deportivas, artísticas y sociales (art. 7). También aborda la evaluación para el reinicio de clases presenciales (art. 8) y detalla las actividades prohibidas durante el distanciamiento social, preventivo y obligatorio (art. 9).

En su segundo capítulo la norma vuelve a regular el sistema de cuarentena, prorrogando en su artículo 10 hasta el día 28 de junio, la vigencia del Decreto N° 297/20, que establece el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, exclusivamente para las personas que residan o se encuentren en los aglomerados urbanos y en los departamentos y partidos de las provincias argentinas, que no cumplan positivamente los parámetros epidemiológicos y sanitarios previstos en el presente decreto. A la fecha de dictado del decreto en análisis se encuentran alcanzados los siguientes lugares: El aglomerado urbano denominado

⁴⁷ Según el artículo 3 del DNU N°520, A la fecha de dictado del presente decreto se encuentran alcanzados por lo dispuesto en el artículo 2° del mismo, los siguientes lugares: Todos los departamentos de la Provincia de Catamarca; Corrientes; Entre Ríos; Formosa; Jujuy; La Pampa; La Rioja; Mendoza; Misiones; Neuquén; Salta; San Juan; San Luis; Santa Cruz; Santa Fe; Santiago del Estero; Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; Tucumán; Chaco (excepto el de San Fernando); Chubut (excepto el de Rawson); Río Negro (excepto los de Bariloche y General Roca); Córdoba, (excepto la ciudad de Córdoba y su aglomerado urbano); Provincia de Buenos Aires (con excepción de los cuarenta partidos que comprenden el AMBA).

Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA); El Departamento de San Fernando de la Provincia del Chaco; Los Departamentos de Bariloche y de General Roca de la Provincia de Río Negro; El Departamento de Rawson de la Provincia del Chubut y la Ciudad de Córdoba y su aglomerado urbano de la Provincia de Córdoba. También regula la autorización de nuevas excepciones (art. 13); los límites para la autorización para circular (art. 14); las actividades prohibidas durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio (art. 15) y la prórroga de salidas sanitarias (art. 16).

El último capítulo del Decreto de Necesidad y Urgencia regula las disposiciones comunes para el distanciamiento social y para el aislamiento social (arts. 17 a 26).

Con fecha **29 de junio de 2020** se dictó el **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 576/2020**, por el que –por un lado- se extendió el “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” desde el día 1° hasta el día 17 de julio de 2020, inclusive, y –por el otro-, se prorrogó por el mismo plazo la vigencia del Decreto N° 297/20, que establece el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para el AMBA, todos los departamentos de la provincia del Chaco; el Departamento de General Roca de la provincia de Río Negro y el aglomerado urbano de la ciudad de Neuquén de la provincia de Neuquén. Esta medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la extensión de la feria extraordinaria, a través del dictado de la Acordada N° 25/2020 del día 29 de junio de 2020.

El día **18 de julio de 2020**, mediante **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 605/2020**, se prorrogaron las políticas de salud pública para combatir la pandemia del coronavirus hasta el día 02 de agosto.

Con fecha **02 de agosto 2020**, por **Decreto de necesidad y Urgencia N° 641/2020**, se extendieron las medidas hasta el 16 de agosto del mismo año.

El **16 de agosto de 2020** se dictó el **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 677/2020** extendiendo las medidas sanitarias hasta el 30 de agosto de 2020 y se estableció un abordaje en materia epidemiológica que contempla las distintas realidades del país, distinguiendo entre el aislamiento social preventivo y obligatorio y el distanciamiento social preventivo y obligatorio.

II. 4. Prohibición de ingreso al territorio nacional

Por el artículo 1° del Decreto N° 274/20 se estableció la prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de quince días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso, con el objeto de reducir las posibilidades de contagio. Este plazo, a su vez, se ha visto prorrogado primero por el Decreto 331/20 hasta el 12 de abril de 2020, inclusive y luego, por el Decreto 365/20 hasta el 26 de abril de 2020, inclusive y luego, por el Decreto 409/20, hasta el 10 de mayo de 2020.

Esta decisión fue impugnada judicialmente. La causa quedó radicada ante la Justicia Federal de la Provincia de Tucumán, que, en cuanto a la razonabilidad de las medidas adoptadas en nuestro país, en el marco del Decreto 260/20, manifestó: "...Asimismo, se contempló que algunos derechos pueden ser temporalmente suspendidos (como los de circulación y de residencia) y, en consecuencia, que su ejercicio puede restringirse, en forma proporcionada y razonable, y por el menor tiempo posible, ante la emergencia pública en materia sanitaria que la República Argentina se encuentra atravesando. También se ha considerado que los Estados tienen la prerrogativa de regular de manera temporal el control de los movimientos migratorios a lo largo de cada una de sus fronteras, lo que comprende la facultad de restringir el ingreso al territorio nacional cuando se determine fundadamente que ello representa una amenaza o riesgo relevante para la salud pública o la seguridad"; y en ese mismo orden de ideas que: "La medida dispuesta responde a la necesidad de garantizar la salud pública frente a circunstancias de inusitadas características, siendo la protección de ella una obligación inalienable del Estado."⁴⁸

II. 5. Regulaciones económicas y sociales⁴⁹

Como medidas de acompañamiento de las regulaciones sanitarias el Gobierno generó políticas de protección económica para morigerar

⁴⁸ Cámara Federal de Tucumán, autos "C., J. A c/ Estado Nacional - Presidencia de la Nación y otro s/ amparo Ley 16.986", 11/04/2020.

⁴⁹ Ver: Organización de Naciones Unidas- Argentina: "Análisis inicial de las Naciones Unidas. Covid-19 en Argentina: Impacto socio económico y ambiental."

el impacto del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” que fueron implementadas a través de distintos instrumentos normativos. Entre las políticas para proteger el ingreso de las familias y la viabilidad de las empresas se incluye el Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), el crédito a tasa cero para las trabajadoras y los trabajadores independientes registrados y la postergación o reducción de los aportes patronales, así como un salario complementario, en el caso del programa para la asistencia a las empresas y el trabajo (ATP). A estas políticas de sostenimiento de los ingresos se sumó el pago de bonos especiales para los sectores más vulnerables (AUH, AUE, jubilados que cobran el mínimo haber jubilatorio, personas con discapacidad, entre otros) y a los sectores que trabajan cotidianamente para prevenir y contener la expansión de la epidemia, como son las trabajadoras y los trabajadores de la salud, de la seguridad y de las fuerzas armadas.

Paralelamente, el gobierno nacional adoptó una serie de decisiones adicionales destinadas a contrarrestar el incremento de los gastos para las familias y las empresas, entre ellas el congelamiento de las tarifas y la suspensión temporaria de los cortes por falta de pago de los servicios públicos; el congelamiento de alquileres y suspensión de desalojos; el congelamiento de las cuotas de créditos hipotecarios y prendarios UVA y la suspensión de las ejecuciones por estas causas y facilidades para los pagos de deudas acumuladas; el pago en cuotas de los saldos en las tarjetas de crédito, y los préstamos a tasa fija para el pago de la nómina salarial y capital de trabajo, entre otras.

También, por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 329 del 31 de marzo de 2020 (Prorrogado por Decreto 487/2020 del 18/05/2020), se prohibieron los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, así como las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de sesenta días.⁵⁰

⁵⁰ Que en el marco de las obligaciones asumidas por la REPÚBLICA ARGENTINA en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el objetivo de preservar la paz social, corresponde adoptar medidas transitorias, proporcionadas y razonables, con el fin de garantizar el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante su trabajo, que le asegure condiciones de existencia dignas para ellas y para sus familias. Que, a su vez, el artículo 14 bis de la CONSTITUCIÓN NACIONAL

Todas las mencionadas medidas generales dispuestas por el Poder Ejecutivo nacional, se encontrarían –en principio- alcanzadas por la limitación a su revisión por los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a partir de la reserva efectuada por la Argentina al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos⁵¹ respecto al control de una cuestión inherente a la política

impone una protección específica al trabajo en sus diversas formas y en la coyuntura, deviene indispensable la preservación de los puestos de trabajo. Que la Organización Internacional del Trabajo, el 23 de marzo de 2020, ha emitido un documento “Las normas de la OIT y el Covid 19 (Coronavirus)” que revela la preocupación mundial y alude a la necesidad de que los gobiernos implementen medidas dirigidas a paliar los efectos nocivos en el mundo del trabajo, en particular en lo referido a la conservación de los puestos de labor y en tal sentido recuerda la importancia de tener presente la Recomendación 166, que subraya “que todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos, para el trabajador o trabajadores interesados.”. Que, por su parte, el artículo 1733 del Código Civil y Comercial de la Nación en su inciso b) establece expresamente la posibilidad que la “fuerza mayor” no exima de consecuencias o pueda ser neutralizada en sus efectos cuando una disposición legal así lo prevea. Que una situación de crisis como la que motivó el dictado de las medidas de emergencia ya citadas, autoriza a colegir que cabe atender el principio establecido por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en “Aquino”, Fallos 327:3753, considerando 3, en orden a considerar al trabajador o trabajadora como sujetos de preferente tutela, por imperio de lo ordenado por la CONSTITUCIÓN NACIONAL. Que, asimismo, resulta indispensable continuar garantizando la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social y que ello solo será posible si se transita la emergencia con un Diálogo Social en todos los niveles y no con medidas unilaterales de distracto laboral, que no serán más que una forma de agravar los problemas que el aislamiento social, preventivo y obligatorio, procura remediar.

⁵¹ En el instrumento de ratificación de fecha 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Argentina reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones

económica general adoptada por el Estado que tenga relación con el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH⁵².

III. PODER DE POLICÍA Y EMERGENCIA

La doctrina define al poder de policía como aquella potestad –atribuida por la Constitución Nacional al Poder Legislativo– para regular el ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes. En su artículo 14 la Constitución establece que todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos allí reconocidos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio⁵³,

interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación. Se procedió al trámite de notificación de la reserva de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita el 23 de mayo de 1969. La reserva efectuada por Argentina es la siguiente: El artículo 21 de la Convención Americana (derecho de propiedad) queda sometido a la siguiente reserva: “El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, ni lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa’”.

⁵² Los alcances de la reserva fueron determinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso “Furlan” (Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C N° 246. Ídem.). Dijo la Corte: “Si bien es cierto que en el texto de la reserva no se especifican mayores componentes para determinar cuáles son las “cuestiones inherentes a la política económica” del Gobierno, el Tribunal considera que el primer inciso de dicha reserva debe ser entendido como una limitación a los órganos del sistema interamericano para que realicen una revisión de políticas generales de tipo económico que tengan relación con elementos del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana” (párr. 41).

⁵³ Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

agregando en el artículo 28, que los reglamentos de las leyes no pueden modificar los derechos reconocidos constitucionalmente⁵⁴. Se desprende de ello que el ejercicio de los derechos en un conjunto social reclama su reglamentación para hacerlos compatibles con los de los demás integrantes del núcleo social y que sólo la ley puede reglamentar los derechos que reconoce la Constitución.⁵⁵

Carlos Balbín ha expresado que es un enfoque equivocado pensar en el llamado “poder de policía”, en términos de poder del Estado, porque en realidad se trata de un juego de derechos contra derechos. Por una parte los derechos de un individuo, que pretende ejercer en plenitud sus prerrogativas y por otro lado los derechos del conjunto social —representados por el Estado o la Administración Pública— que intentan conciliar aquel ejercicio con los intereses públicos o los derechos de cada uno de los demás miembros de la comunidad.”⁵⁶

Existen dos variantes —restringida (seguridad, salubridad y moralidad) o amplia (bienestar general)— que se sucedieron en la historia de nuestro país y que se reflejan en la evolución jurisprudencial de nuestro máximo tribunal de Justicia⁵⁷.

⁵⁴ Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

⁵⁵ García Pullés, Fernando; *Lecciones de Derecho Administrativo*, p. 273. Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

⁵⁶ Citado por García Pullés. Explica la distinción entre “poder de policía” y “policía”; “mientras la policía, es una porción de la función administrativa cuyo objeto es la concreción o ejecución —por medio de actos particulares— de las leyes de policía; el poder de policía es la potestad legislativa que tiene como finalidad promocionar el bienestar general, regulando a este fin, los derechos individuales, expresa o tácitamente reconocidos por la Constitución Nacional.”

⁵⁷ García Pullés, Fernando; *Lecciones de Derecho Administrativo* “Son ampliamente conocidas las dos concepciones —restringida y amplia— del poder de policía. El primero, también llamado en inglés —narrow—, se limita a cuestiones de salubridad, moralidad y seguridad públicas e impera en Europa, especialmente en Francia y en Italia; el segundo, llamado también en inglés —broad

En la primera etapa de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el tribunal adoptó el criterio restringido respecto del poder de policía, estableciendo que los derechos individuales no eran absolutos y que podían ser restringidos para el Estado para que salvaguardar la salubridad, moralidad y seguridad públicas.

El primer precedente jurisprudencial en materia de poder de policía de nuestro máximo tribunal de justicia fue el dictado de la sentencia en la causa “Plaza de Toros”, sentenciado el 13 de abril de 1869, donde se expresó: “que es un hecho, y también un principio de derecho constitucional, que la policía de la Provincia está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el artículo catorce de la Constitución Nacional a los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio.”⁵⁸

Avanzó la Corte en el desarrollo de los fundamentos del poder de policía de salubridad en su precedente dictado en el caso “Saladeristas”, que por cuestiones metodológicas y expositivas será abordado en detalle en los siguientes puntos del presente trabajo.

En la segunda etapa de este desarrollo jurisprudencial, la Corte reconoció paulatinamente el criterio amplio de poder de policía, extendiendo la intervención del Estado con la finalidad de defender y promover los intereses económicos de la sociedad y alcanzar su bienestar general.

and plenary—, rige, actualmente, en los Estados Unidos de América. Este último es el adoptado por la Corte Suprema de Estados Unidos y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de nuestro país. De acuerdo con el criterio restringido, el poder de policía se limita a medidas tendientes a proteger la seguridad, moralidad y salubridad públicas. Conforme al criterio amplio, el poder de policía —aparte de los objetivos indicados— se extiende a la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad y al bienestar general de la misma. De ahí que se admita una policía de la emergencia y una policía de la prosperidad.”, p.377.

⁵⁸ CSJN, Empresa Plaza de Toros quejándose de un Decreto expedido por el Gobierno de Buenos Aires, Causa XXXVII, sent. Del 13-04-1869.

Así, en el caso “Ercolano”⁵⁹ el tribunal, al declarar la constitucionalidad de la ley que congelaba los alquileres de inmuebles por dos años, limitó la libertad contractual en materia de locación para vivienda, lo que visto desde una mirada liberal, sería ilegítimo, pero se comienza a advertir que el Estado debe intervenir y entonces su objeto ya no se limita, a salvaguardar la defensa, la seguridad, las relaciones exteriores y la justicia. La Corte admitió en el caso que las restricciones a los derechos constitucionales puedan ser más intensas en épocas de emergencia.

A partir de allí, la Corte convalidó diferentes medidas dispuestas en el marco de sucesivas situaciones de emergencia, tanto por el Poder Legislativo como por el Poder Judicial, reservándole al poder político la potestad de establecer la valoración sobre las condiciones fácticas que habilitan la declaración excepcional de emergencia y efectuando un estudio respecto de la razonabilidad de la medida o política dispuesta.⁶⁰

IV. EL PODER DE POLICÍA DE SALUBRIDAD. *OLLIS SALUS POPULI SUPREMA LEX ESTO*⁶¹

En este punto desarrollaré los antecedentes históricos de la regulación pública en materia de salubridad, para luego dar cuenta de tres

⁵⁹ CSJN, “Ercolano, Agustín c/ Lantieri de Renshaw, Julieta s/ consignación”, 28/4/1922, Fallos: 136:161.

⁶⁰ CSJN, “Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.”, 7/12/1934, Fallos: 172:21; CSJN, “Nadur, Amar c/ Borelli Francisco”, 15/5/1959, Fallos: 243:449; y “Russo, Angel y otra c/ C. de Delle Donne E.”, 15/5/1959, Fallos: 243:467; CSJN, “Vicente Martini e Hijos, S.R.L Infac. Ley 12.591”, 27/12/1944, Fallos: 200:450; CSJN, “Cine Callao”, 22/6/1960, Fallos: 247:121; CSJN, “Hagelin, Ragnar c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ juicio de conocimiento”, 22/12/1993, Fallos: 316:3176; CSJN, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía -B.C.R.A.)”, 27/12/1990, Fallos: 313:1513, entre otros.

⁶¹ Omar Heffes, *Salus populi: Estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad*. Explica el autor que: “Por esta razón, Cicerón plantearía una especie de cortapisa jurídica a esta autoridad suprema de los magistrados sosteniendo que “para ellos la salud del pueblo [debe ser] la suprema ley”. Pareciera que Cicerón está sosteniendo un cuestionamiento al gobierno. Tal y como se ha dicho, la frase que se encuentra originalmente en latín, reza de la siguiente manera: *Ollis salus populi suprema lex esto*. La fórmula *Ollis... esto* implicaba una conminación, una orden que debía ser cumplida. *Ollis* es un arcaísmo del pronombre *illis* y *esto* es el verbo *ser* conjugado en forma

situaciones (el HIV-Sida, las vacunas obligatorias y la prohibición de fumar en público) que –en alguno de sus aspectos centrales- están vinculados con el ejercicio del poder de policía sanitario que ejerce en estos días el gobierno argentino para combatir la pandemia del coronavirus.

IV.1. Antecedentes históricos. Los precedentes jurisprudenciales más destacados en materia de policía de la salubridad

a) Las primeras interpretaciones de la incipiente doctrina administrativista

Como a principios del siglo pasado explicaban Quiros y Emiliani, todas las cuestiones relativas a la salubridad pública tienen su policía, constituyendo lo que en el derecho administrativo se conoce como policía sanitaria, que tiene por objeto precaver las enfermedades que flagelan a las personas y los animales. Así, afirmaban; “La policía sanitaria llega muchas veces a los efectos del cumplimiento de sus fines a tomar medidas que importan un ataque a la libertad humana, ya sea aislando a los individuos o a un barrio entero, etc.; pero estas medidas que adopta a los efectos del mejor cumplimiento de sus fines, se imponen y las disculpan la gravedad de los intereses públicos comprometidos”.⁶²

En otra obra sobre Derecho Administrativo Argentino que vio la luz en los primeros años del siglo XX se abordó la cuestión vinculadas a la policía sanitaria, dando cuenta del contexto social e histórico marcado por las epidemias de finales de 1800.

En las lecciones dadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por el profesor Lucio V. López, en un curso dictado hasta el año 1894, se daba cuenta de las diversas respuestas del Gobierno frente a las sucesivas epidemias que asolaban las grandes ciudades y las zonas rurales de la Argentina. El profesor explicaba en sus clases que: “La verdad es que no se puede negar este derecho que una o varias

impersonal y actúa como la parte más relevante de la conminación y puede ser traducido como “así sea”. Evidentemente esta frase es una orden dada al magistrado, sea cual sea las características de su mandato.”

⁶² Quiros, Emilio y Emiliani, Rafael, Derecho Administrativo, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1914, Tomo II, página 336.

provincias ni aun a una ciudad, porque no hay derecho más sagrado que el que cada uno tiene de defender su propia casa; así, si estallara en la Plata una epidemia, Buenos Aires (y viceversa) podría establecer un cordón sanitario para impedir el contagio, por cuanto tiene por delante el sagrado y primordial compromiso, de custodiar la vida de su ingente población, en aquello en que no hace mal a otro, consideración que está arriba de cualquier otra: *salus populi suprema lex esto*.”⁶³

Continuaba explicando: “La higiene sanitaria es siempre un deber de la administración y mucho más lo es en las épocas de epidemia en que es necesario a toda costa impedir su propagación: uno de los medios con que se procura conseguirlo es el establecimiento de cordones sanitarios.”

Sobre la posibilidad de limitar derechos individuales, como el de propiedad, por razones vinculadas a la salubridad animal, el profesor explicaba con claridad que: “Así es que el mismo derecho de propiedad absoluta que el dueño tiene en su estancia y en sus animales de cría (por ejemplo), no es tan ilimitado que pueda impedir la intervención de la autoridad pública si llegase a ser necesario para extirpar una epidemia que pudiese dañar a los vecinos de la misma circunscripción administrativa o evitar o coartar abusos que perjudiquen, inquieten o produzcan conflictos con sus vecinos: de acuerdo en todo no solo con el orden administrativo, sino también con el Código Civil.”

b) El caso Saladeristas (1887)⁶⁴

En estos años finales del Siglo XIX, la Ciudad de Buenos Aires sufrió tres epidemias de fiebre amarilla, de 1853, 1870-71-⁶⁵ y las del cólera morbus. El Doctor Penna localizó en un mapa, los casos producidos en la ciudad y concluyó que el cólera se había iniciado a la vera del Riachuelo, siendo este su foco originario y que luego marchó: “[...] siguiendo el camino de las mayores facilidades para su difusión, es decir los lugares bajos y húmedos de la ribera, los buques del canal y las casas de las costa, ordinariamente deficientes y habitada por gente poco cuidadosa [...]” (Penna 1897, 239). De hecho, una de las características fue

⁶³ Lucio V. López, Derecho Administrativo Argentino. Lecciones dadas en la Facultad de Derecho por el Profesor de la Materia Dr. Lucio V. López. Imprenta de la Nación, Buenos Aires, 1902, p. 276.

la difusión del virus cólico en ciertos barrios, y no en toda la jurisdicción capitalina. Por ejemplo, el diario La Nación pedía la destrucción de focos de infección por medio del fuego: “No somos alarmistas, pero señalamos a la Boca como un foco de infección que es menester destruir a todo trance [...] ¡La Boca no tiene desagües ni agua que beber y su población se ingurgita sus propios desperdicios! [...]”. El diario La Prensa también criticaba la insalubridad de ese distrito, aludiendo

⁶⁴ CSJN, “Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios”, Fallos: 31:273, sent. Del 14-05-1887. El criterio fue reiterado en “C.H.Y.C. Cahiza Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Municipalidad de la ciudad de Mendoza” (Fallos: 221:151). En la causa, “Davico, Horacio E.”, el Tribunal, en similar sentido, sostuvo que la clausura de un cinematógrafo hasta tanto se subsanen las deficiencias sanitarias comprobadas comportaba el ejercicio del poder de policía en salvaguarda de la salud pública, por lo que la pertinente resolución, que restringía el derecho constitucional de trabajar y ejercer toda industria lícita, no era violatoria del art. 14 de la Constitución Nacional, ya que el organismo administrativo actuó en uso de facultades privativas y en el ámbito de su competencia (Fallos: 243:381).

⁶⁵ Pérgola F. La epidemia de fiebre amarilla en Buenos Aires. *Rev Argent Salud Pública*. 2014; Mar; 5(18):48-49. Ver también; Felipe Pigna, <https://www.elhistoriador.com.ar/la-fiebre-amarilla-en-buenos-aires/>: “El nombre dado a la “reina del Plata” no dejaba de asombrar a los visitantes extranjeros que apenas se alejaban de los ricos y elegantes salones podían percibir que no eran justamente buenos aires los que se respiraban en aquella ciudad que crecía desordenadamente y que según el censo de 1869 tenía casi doscientos mil habitantes. No había recolección de residuos y los basurales abundaban particularmente en los “barrios bajos” que tenían el raro privilegio de acumular desechos propios y extraños. El método para achicar los volúmenes de basura era absolutamente insalubre y consistía en pasar por encima de los desperdicios de una gran piedra aplanadora que reducía el tamaño de los desperdicios pero no los eliminaba sino que los dispersaba y los preparada para ser usados como relleno de terrenos bajos y desniveles sobre los que, en el mejor de los casos se ponían adoquines. Los saladeros arrojaban displicentemente sus desperdicios orgánicos a las aguas del Riachuelo que ya por entonces distaba mucho de oler a extracto francés. A todo este insalubre panorama se sumaba la falta de reglamentación sobre el entierro de los fallecidos que eran inhumados prácticamente al ras del suelo y bastaba una lluvia regular para que los restos cadavéricos se incorporaran a los riachos que confluían al Riachuelo. Todas estas fuentes infecciosas convivían sin ser molestadas en la gran urbe del Sur. El Estado estaba ausente con aviso y sólo faltaba que una epidemia pusiera a prueba la eficiencia de las leyes del mercado. Y la peste llegó en enero de 1871.”

a la indiferencia de las autoridades, por lo que entendía que el único recurso apto era el servicio de aguas corrientes y cloacas.

Vinculado a este fenómeno demográfico y al intercambio de mercancías, se evidencian las llamadas “enfermedades exóticas”, entre ellas el cólera. La mayor cantidad del intercambio se producía con Europa Occidental, región en la que desde 1830 asolaba el cólera en forma epidémica, y desde donde se difundió hacia Argentina y otros países como Brasil y Paraguay. Los barcos fueron la principal vía de traslado de la enfermedad. Buenos Aires fue una de las zonas más afectada por las primeras epidemias. En 1867 se registraron más de 5.000 casos coléricos en una población que no alcanzaba las 180.000 personas.⁶⁶ Pero la epidemia del 67 generó, además de las medidas de infraestructura urbana mencionadas, disposiciones de orden clínico. El aislamiento se convirtió en el principal medio preventivo y cobró un protagonismo central en la opinión pública. Los mensajes y recomendaciones vertidas por los médicos porteños se centraron en el blanqueo de las viviendas, la limpieza y la desinfección de las letrinas. Para entonces, algunos facultativos entendían que la cuestión higiénica se enfrentaba con superficialidad; de hecho, en 1867 el cólera ocasionó en la ciudad de Buenos Aires un total de 1.653 defunciones, lo que le hizo suponer a Besio Moreno que el número de atacados debió alcanzar cerca de 5.000, poco más del tres por ciento de la población. En 1868 retornó, pero no causó un número tan grande de víctimas como el año anterior⁶⁷.

⁶⁶ Adriana Carlina Álvarez Cardozo, La aparición del cólera en Buenos Aires (Argentina), 1865-1996, Revista Historelo, Vol 4, No. 8 / julio - diciembre de 2012 / ISSN: 2145-132X. “En este escenario tan polifacético, donde la iluminación a gas los acercaba a la “modernidad” europea, fueron las pestes producidas por la falta de higiene urbana y de aguas corrientes las que situaron a las cuestiones higiénicas en el centro de atención de la opinión pública, e impactaron tanto en el ambiente médico como en el gubernamental.

⁶⁷ Adriana Carlina Álvarez Cardozo, La aparición del cólera en Buenos Aires (Argentina), 1865-1996, Revista Historelo, Vol 4, No. 8 / julio - diciembre de 2012 / ISSN: 2145-132X. “En este escenario tan polifacético, donde la iluminación a gas los acercaba a la “modernidad” europea, fueron las pestes producidas por la falta de higiene urbana y de aguas corrientes las que situaron a las cuestiones higiénicas en el centro de atención de la opinión pública, e impactaron tanto en el ambiente médico como en el gubernamental. Dice: “La epidemia colérica también motorizó la aparición de nuevas instituciones: se fundó

Mucho más perdurables en el tiempo fueron las preocupaciones asociadas a los peligros higiénicos internos, como el conventillo, el aire, el agua y el matadero.

Los saladeros aparecieron en el siglo XVIII para producir carne salada (tasajo) con destino a Cuba o Brasil, donde era consumido por la amplia población esclava y -en el caso de Buenos Aires- a partir de una ley del año 1922 los saladeros se establecieron a una legua distante de la ciudad, tomada por la parte del oeste y del norte, desde la barranca, y por la parte del sur al otro lado del Riachuelo.

La legislatura de la Provincia de Buenos Aires, por ley de 6 de setiembre de 1871, prohibió absolutamente las faenas de los saladeros y graserías situados en el municipio de la ciudad, y sobre el río de Barracas y sus inmediaciones. Estos demandaron a la provincia por los daños y perjuicios causados argumentando que ésta actuó en forma irreflexiva y arbitraria lo que trajo la ruina injustificable de numerosos y honrados industriales. Por su parte, la provincia sostuvo que su deber era velar por la salud pública que se hallaba comprometida por los saladeros, clasificados como establecimientos insalubres de primera clase. Agregó que cumplió con su deber después de haber agotado todos los medios a su alcance para que dichos establecimientos se pusieran en condiciones higiénicas que los hicieran inocuos.

La Corte rechazó la acción y confirmó la constitucionalidad de la ley, aun cuando consideró el impacto económico de la suspensión de la actividad, al destacar que el propio gobierno evaluó: “que era una necesidad verdaderamente sentida la de que los saladeros volviesen a sus trabajos ordinarios para evitar que se interrumpiera el envío regular de nuestros productos rurales a los mercados de su consumo, lo que no

el Consejo de Higiene (1869) y se organizó la Junta de Sanidad Nacional, cuyo presidente era el capitán del puerto, asesorado por dos médicos. Ese año, el presidente y el secretario del Consejo de Higiene, los doctores Luis María Drago y Leopoldo Montes de Oca, respectivamente, formularon un proyecto de Reglamento de Policía Sanitaria Marítima para la República Argentina; con el cual se apuntaba a establecer barreras preventivas, con el fin de evitar el ingreso de enfermedades o de enfermos, que, como el cólera con frecuencia, tenían una procedencia marítima. En ese Reglamento se establecieron lineamientos básicos sobre las Juntas de Sanidad, como también las medidas relativas al despacho, salida, arribo y anclaje de buques, sobre las cuarentenas y los lazaretos.”

podría verificarse sin traer un desequilibrio en los cambios, y graves trastornos en la primera de nuestras industrias”.

Sobre los derechos adquiridos de los empresarios, dijo el tribunal que: “ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria... Que la autorización de un establecimiento industrial, está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos.”⁶⁸

En lo medular del fallo, el tribunal sostuvo que “la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (art. 2611 del Código Civil). Por consiguiente, la ley provincial de 6 de setiembre de 1871, determinando las condiciones bajo las cuales pueden establecerse saladeros en la Provincia, y retirando a los establecidos en Barracas

⁶⁸ Al respecto, amplió la CSJN; “Que siendo esto así, y deduciéndose de los principios expuestos en el 3° y 4° considerando, que las autorizaciones en virtud de las cuales se forman los establecimientos de industria, no tienen ni el carácter de una ley que ligue al poder administrativo, ni el carácter de un contrato civil que obligue al Estado para con los industriales, se sigue que éstos no pueden oponer al Estado estas autorizaciones como un título que les da el derecho de mantener sus establecimientos a despecho de los peligros y de los inconvenientes que puedan presentar, o el derecho de ser indemnizados cuando la autoridad administrativa, para poner fin a estos peligros, los manda cesar, o modificar las condiciones de su explotación.”

la autorización para continuar en ese punto, por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de ésta en daño de otro, o como dice la ley 13, título 32, partida 3a, concordante con los principios de nuestra legislación sobre la materia: “maguer el ome haya poder de fazer en lo suyo lo que quisiese; pero debelo fazer de manera que non faga dano nin tuerto a otro”.

En 1951 la Corte Suprema, en la causa “Cahiza” reiteró su doctrina del precedente “Saladeristas”, al confirmar la constitucionalidad de la clausura de una caballeriza por constituir un foco de infección y entrañar un peligro para la salud, dispuesta por el Consejo Deliberante de la Municipalidad de Mendoza, resultando un ejemplo de la policía preventiva en salvaguarda de la salud de la población.⁶⁹

En 1959 el Tribunal avaló la decisión de la Municipalidad de Merlo por la que se clausuró el Cine Cosmopolita, con fundamentos en razones de salubridad (deficiencias de higiene) y en ejercicio del poder de policía establecido en la Ley Orgánica Municipal de la Provincia de Buenos Aires, sin afectar el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita. En el caso “Davico” dijo: “Que la intendencia municipal de la ciudad de Merlo ha actuado, en la emergencia, ejerciendo el poder de policía que le compete en salvaguarda de la salud pública, vale decir, en uso de facultades que le son privativas y en el ámbito de su competencia. Su resolución de clausura del cinematógrafo ha sido dispuesta hasta tanto se subsanen las deficiencias sanitarias.”⁷⁰

Ya en el año 2004, al sentenciar en el caso “Frascalli”, en el que se impugnó la validez de un acto administrativo emitido por el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria –SENASA– que ordenó la matanza de animales -84 caprinos– pertenecientes al actor, la Corte Suprema sostuvo, remitiendo a los fundamentos del Procurador General de la Nación, que la razonabilidad —según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia aquí examinada— quiere decir que las medidas utilizadas

⁶⁹ CSJN, C.H.Y.C. Cahiza Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Municipalidad de la ciudad de Mendoza”, Fallos: 221:151.

⁷⁰ CSJN, “Davico, Horacio E”, Fallos: 243:381.

por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador... toda vez que tal adecuación exista, es decir, siempre que la actividad estatal restrictiva no aparezca como patente y arbitrariamente desproporcionada con relación al objeto del acto, su revisión jurídica será improcedente.⁷¹

En el caso “Friar”, sentenciado en 2006, la Corte sostuvo que existe un límite a la revisión judicial en tanto las medidas públicas sanitarias fueron regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. En el caso se desestimó un reclamo indemnizatorio por los perjuicios derivados de decisiones adoptadas por el SENASA –en ejercicio de la policía sanitaria- con relación al control de la aftosa –prohibición de exportar carnes durante la epidemia-, el tribunal afirmó que no incumbía a los jueces cuestionar el acierto o eficacia de las medidas adoptadas en esta materia por la autoridad competente a tales efectos.⁷²

⁷¹ CSJN, “Frascalli, José Eduardo c. SENASA”, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2004. Agregó el Tribunal: “Cabe recalcar, además, que tanto la ley 24.305 como sus normas reglamentarias, que atribuyen al SENASA la responsabilidad del control sanitario de la fiebre aftosa, le asignan también facultades para aplicar las medidas necesarias destinadas a ejercer tal control. Es evidente que la finalidad de tal clase de normas es dotar al organismo de amplias competencias para adoptar todas las acciones, a fin de evitar la propagación de la enfermedad y que no se frustre el propósito al que se ha hecho referencia anteriormente, para lo cual puede fiscalizar los movimientos de hacienda, efectuar inspecciones clínicas, e incluso aplicar medidas drásticas que incluyen el sacrificio y faena de animales.”

⁷² CSJN, “Friar SA c. Estado Nacional”, Fallos: 329:3966. Dijo la Corte que “De tal manera, si la prohibición de exportar y la falta de expedición de los certificados de aptitud sanitaria constituían medidas no sólo razonables sino indispensables ante la situación descrita, la actora nada puede reclamar al respecto. En nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en la materia, sería imposible gobernar.”

IV.2. El HIV-SIDA

Con la aparición del HIV-SIDA, el Estado –en 1990- sanciona la ley 23.798 por la que declaró de interés nacional la lucha contra esta enfermedad, entendiéndose por tal a la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación, en primer lugar, la educación de la población.

La Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de sentenciar una causa en la que un agente de la policía federal impugnaba su pase a retiro obligatorio, en virtud de detectársele la presencia de la enfermedad HIV-SIDA. El actor –subcomisario de la Policía Federal Argentina- había sido sometido -sin su consentimiento- a la reacción de Western Blot, lo que –a su juicio- constituía una violación del derecho constitucional al respeto de la privacidad y una transgresión a la ley 23.798.⁷³

El tribunal dictó sentencia el 17 de diciembre de 1997, en la que afirmó que “la ley 23.798 -que declara de interés nacional la lucha contra el SIDA- no restringe en modo alguno el marco de razonable discrecionalidad con que cuenta la Policía Federal para evaluar la salud física de sus dependientes. Ello se explica en razón de que el propósito preeminente que inspiró el dictado de esa ley no fue el resguardo del derecho a la intimidad de las personas -lo que queda corroborado, además, por las medidas dispuestas en los arts. 5°, 7° y 9° del citado cuerpo legal- sino la protección de la salud pública. En efecto, la intención del legislador fue claramente manifestada en ocasión del debate parlamentario (doctrina de Fallos: 182:486; 296:253; 306:1047); se dijo entonces: “No existen aún vacunas ni otros elementos curativos. Así el crecimiento del número de casos en relación al tiempo, parece señalar para la Argentina el establecimiento de una epidemia de características similares a la de los países del hemisferio norte. Dadas las propiedades del virus, agente causal de la enfermedad, su largo período de incubación, y la gran cantidad de mutaciones a las cuales está sujeto, se hace

⁷³ CSJN, autos: “B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo”, 17 de diciembre de 1997.

difícil prever a corto plazo el desarrollo de sistemas de prevención adecuados. Por ello deben adoptarse medidas profilácticas tendientes a controlar la expansión del mal en nuestro medio” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1° de junio de 1988, pág. 861).”

Entendió la corte que; “A los fines indicados, la norma en examen prevé - entre otras cosas (art. 1°)- la detección obligatoria del virus en determinados casos (vgr. arts. 5°, 7° y 9°), lo que supone, evidentemente, prescindir del consentimiento individual. Ahora bien, dado que la inteligencia de las leyes debe efectuarse procurando no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos: 287:79; 288:416 y 308:1118), no cabe inferir que los casos aludidos configuren una enumeración de carácter taxativo que le impida a la demandada imponer aquella medida respecto de su personal con fundamento en los principios y normas que rigen el empleo público (Fallos: 181:290, ver pág. 296).”

Destacó que la ley de lucha contra el SIDA fue dictada en ejercicio del poder de policía del Estado (art. 67, incisos 16 y 28 de la Constitución Nacional, texto anterior, actualmente, art. 75, incisos 18 y 32) el cual se manifiesta en forma de restricciones a los derechos y garantías constitucionales y se impone con prescindencia de la voluntad de los particulares (Fallos: 199:483 y 295:394, en particular, pág. 397); por ende, al fijar el alcance de las disposiciones que la reglamentan deben descartarse aquellos criterios hermenéuticos notoriamente ajenos a la naturaleza del poder que instrumenta la norma y a la intención del legislador. Es preciso inclinarse, en cambio, por aquel sentido que las concilie a todas ellas entre sí y las armonice con el resto del ordenamiento jurídico (Fallos: 289:185; 291:359; 292: 211; 297:142; 300:1080).

Concluyó que la ley 23.798 no constituye óbice para que la demandada someta a su personal a la detección obligatoria del virus que causa el SIDA.

IV.3. Las políticas públicas de vacunación obligatoria

Las vacunas -definidas por la OMS como aquellas preparaciones destinadas a generar inmunidad contra una enfermedad al estimular la

producción de anticuerpos⁷⁴ - son uno de los más importantes adelantos de la medicina en el siglo XX. Su uso permitió salvar millones de vidas y ha sido determinante para la disminución de la mortalidad infantil en el mundo.⁷⁵ Sus orígenes los hallamos a mediados del siglo XVIII, cuando el médico inglés Eduardo Jenner –el padre de la vacunación, en 1768, siendo aún estudiante de medicina, oyó que una campesina del condado de Berkeley en Escocia, planteaba que ella no podía padecer la enfermedad pues ya había sido afectada por la viruela del ganado vacuno. Después de graduado, dedicó muchos años de investigación al estudio de la vacunación, y el 14 de mayo de 1796 inoculó en un niño la linfa de una pústula de viruela obtenida de una ordeñadora que había contraído la enfermedad. Luego, para comprobar la eficacia de la vacunación inoculó al mismo niño con virus de viruela humana y nunca enfermó. Sus resultados los publica en 1798 en *Variolae Vaccinae*, y en menos de 10 años esta vacunación se había extendido al mundo entero.⁷⁶ El desarrollo científico de la vacunación y su utilización como efectiva política sanitaria en todo el mundo, luego de los logros de Louis Pasteur respecto de enfermedades como el cólera de las aves, el carbunco y la rabia, se propagó por los cinco continentes y permitió la eliminación o atenuación de innumerables virus y enfermedades.⁷⁷

⁷⁴ Organización mundial de la salud. Vacunas (www.who.int/topics/vaccines/es/). Ampliar en: María Yanina Gázquez, “Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra.”, *Revista Derecho y Salud*, p.62.

⁷⁵ Horacio Luis Barragán (Director), *Fundamentos de Salud Pública*, Editora de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2007.

⁷⁶ Denis Berdasquera Corcho, Georgina Cruz Martínez y Carmen Luisa Suárez Larreinaga, La vacunación. Antecedentes históricos en el mundo, *Rev. Cubana Med Gen Integr* v.16 n.4 Ciudad de La Habana jul.-ago. 2000.

⁷⁷ Ampliar en María Yanina Gázquez, “Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra.”, *Revista Derecho y Salud*, p.62. Dice esta autora que: “A finales del siglo XIX se registró el desarrollo de vacunas de microorganismos muertos frente al tifus, el cólera y la peste; luego se desarrolló la inactivación química de toxinas, consiguiéndose así los primeros toxoides: tétanos y difteria. La vacuna contra la tuberculosis se desarrolló en 1909. Otras vacunas desarrolladas en este período fueron la vacuna contra la fiebre amarilla (1935) y la vacuna contra el virus influenza A (1936). La edad de oro de la vacunación comenzó en 1949. Después de la vacuna contra la poliomielitis se desarrollaron vacunas frente al sarampión, la parotiditis y

La Dra. Silvia Elena González Ayala -Profesora Titular de Infectología de la Facultad de Medicina de la UNLP-, explica que: “La vacunación es un derecho y debe ser una realidad alcanzable a través de la responsabilidad y el compromiso político, de los subsectores salud y educación, así como también social. La inversión en vacunas es una de las mejores inversiones sociales que el gobierno realiza en función del costo per cápita. La estrategia de vacunación universal (acceso gratuito a las vacunas para la población blanco) permite en sucesivas etapas el control, la eliminación y la erradicación de algunas enfermedades.”⁷⁸

Abordaremos a continuación la normativa estatal que dispone la obligatoriedad de la aplicación de vacunas ya que su análisis jurídico puede ser útil para analizar algunas de las medidas sanitarias –también obligatorias- dispuestas contra el COVID-19. En la obligatoriedad de

la rubéola. La vacuna contra la varicela se creó en la década de los '70 en Japón. Otra de las vacunas de microorganismos vivos introducidas en esa época fue la vacuna antitifoidea, y se avanzó también en el desarrollo de las vacunas inactivadas frente a la poliomielitis, la rabia, la encefalitis japonesa y la hepatitis A. Durante las décadas de 1970 y 1980 se introdujeron las vacunas formuladas con proteínas purificadas o polisacáridos capsulares, que ya no aportaban células o microorganismos completos, sino una pequeña parte de aquéllos, suficiente para crear una respuesta defensiva frente a la enfermedad. Ejemplos de ellas son la vacuna antimeningocócica, la vacuna antineumocócica y la primera generación de vacunas frente al *Haemophilus influenzae* tipo B. Posteriormente se inició la era de las vacunas conjugadas, y más adelante el uso de la ingeniería genética para la formulación de vacunas ADN recombinantes, como la de la hepatitis B, autorizada en 1986. Actualmente se continúa investigando para crear nuevas vacunas para viejas o nuevas enfermedades, como es el caso del sida.”

⁷⁸ Silvia Elena González Ayala, Capítulo 36, “Las vacunas”, p. 671, en la obra Horacio Luis Barragán (Director), *Fundamentos de Salud Pública*, Editora de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2007. Agrega: “En la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de Alma Ata (1975) se estableció la estrategia de atención primaria de la salud y se inició el desarrollo del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI). Éste comenzó en 1977 en Argentina y en 1978 entró en vigencia el primer Calendario Nacional de Vacunación que incluía las seis vacunas para la prevención de las enfermedades prevalentes: difteria, tos convulsa, tétanos, poliomielitis, sarampión y formas graves de tuberculosis (meningitis, diseminación miliar). Actualmente está vigente el Calendario Nacional 2003 con la modificación de 2005.”

la vacunación se pone en juego el derecho a la autodeterminación⁷⁹, en la esfera de la libertad privada del individuo (protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional que garantiza un ámbito de autonomía como no interferencia o libertad negativa) en contraposición con la salud pública, entendida como derecho colectivo que afecta a la totalidad de la población y cuya protección está en cabeza del Estado por expresa disposición constitucional. Como veremos, la normativa nacional que establece la obligatoriedad de la vacunación, avalada por la jurisprudencia de la CSJN, es una excepción al consentimiento informado del paciente atento a que nuestro ordenamiento constitucional prioriza al derecho de salud por sobre el derecho a la autodeterminación del individuo.

La vacunación de la población fue la solución a muchas enfermedades epidémicas y la herramienta más efectiva que la ciencia médica dispuso para su combate y en algunos casos, definitiva erradicación. El citado profesor Lucio V. López, en sus lecciones dictadas a final del Siglo XIX, ya explicaba que: “Corresponde a la Municipalidad la propagación y el deber de generalizar y aplicar la vacuna. La Ley Orgánica Municipal y las ordenanzas especiales, declaran que la vacunación debe ser gratuita y obligatoria como lo aconsejan todos los higienistas modernos. Ella debe hacerse extensiva a todos los establecimientos y congregaciones de todo orden: hospitales, escuelas, cuarteles, conventos, colegios, etc., porque toda la sociedad está interesada en garantizar la salud común, sometiéndose a la obligación común que la garantice.”⁸⁰

Con el nacimiento de las vacunas como una herramienta eficaz para las políticas sanitarias que llevan adelante los Estados, surgieron también planteos judiciales que se oponían a la vacunación obligatoria, y encontramos en la jurisprudencia norteamericana un antiguo caso en

⁷⁹ Regina Martini, S., & Finco, M. (2018). Diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione: la legge sul “consenso informato” in Italia. riflessioni a partire dalla teoria dei sistemi social / Right to health and right to self-determination: the Italian law on “living will”. *Revista Derecho Y Salud*, (2), 41-54. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2018\)04](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2018)04).

⁸⁰ Lucio V. López, *Derecho Administrativo Argentino. Lecciones dadas en la Facultad de Derecho por el Profesor de la Materia Dr. Lucio V. López*. Imprenta de la Nación, Buenos Aires, 1902, p.

el que la Suprema Corte de los Estados Unidos abordó esta cuestión a la luz del derecho a la salud. Se trata del precedente “Jacobson vs. Massachussets”⁸¹, sentenciado en 1905 y que es considerado el fallo más importante en materia de salud pública en dicho país e importa el reconocimiento judicial del poder de Policía como el factor más importante para la soberanía de Estado.

Como lo explica Lawrence O. Gostin; “Hace un siglo, la Suprema Corte de los E.E.U.U en Jacobson c/Massachussets defendió el ejercicio del poder de policía para proteger la salud pública. A pesar de los avances científicos y jurídicos, los profesionales de la misma aún confrontan contra la tensión básica –presente en Jacobson- entre libertad individual y bien común. Apoyando la ley de vacunación obligatoria en el estado de Massachussets, la Suprema Corte estableció un piso constitucional de protecciones consistentes en cuatro criterios: necesidad, medios razonables, proporcionalidad y prevención de daños. Es bajo el antecedente de Jacobson, que los tribunales deben coadyudar a la salud pública en la medida que estos criterios arriba mencionados sean respetados.”⁸²

Respecto de Estados Unidos, concluye Gostin que, si la Corte norteamericana debiera hoy en día fallar sobre el caso nuevamente, diferiría probablemente en su análisis –tomando en cuenta los desarrollos en materia de Derecho Constitucional- pero también, ciertamente, reafirmaría el poder del gobierno para salvaguardar la salud pública.

Volviendo a nuestro país, hay que decir que la Argentina adoptó un régimen de prevención de ciertas enfermedades mediante un sistema de inmunización que instituyó la administración de vacunas a toda la población, de acuerdo al cronograma que a tal efecto el Estado fija. Tal régimen es de carácter obligatorio y contempló la posibilidad de disponer su cumplimiento coercitivo frente a la reticencia del sujeto obligado a la vacunación.⁸³

⁸¹ Jacobson c/Massachussets, 197 US 11 (1905).

⁸² Gostin, Lawrence O; “Jacobson c/Massachusetts a su centenario: Poder de Policía y Libertades Civiles en Conflicto”, traducción de Juan Cruz Vallefin.

⁸³ Zelaya, Mario A. “Los nuevos desafíos que enfrenta la ley de vacunación obligatoria”, Publicado en: SJA 18/09/2019, 18/09/2019, 3.

La obligación del Estado Nacional de proveer una vacuna para combatir el mal de los rastrojos fue dispuesta por la Justicia Contencioso Administrativa federal, al ordenar en el caso *Viceconte*⁸⁴ que, atento la gravedad de la enfermedad, sumado a la gran cantidad de personas con riesgo de contraerla dentro del área endémica (estimada en 3.500.000 personas), torna absolutamente necesario el máximo esfuerzo de las autoridades competentes a fin de finalizar, dentro del menor tiempo posible, todas las tareas, obras y adquisiciones pertinentes para producir la referida vacuna *Candid 1* en el país.⁸⁵

Desde aquellos lejanos orígenes de las políticas de vacunación, daremos un salto en el tiempo para analizar un caso que fue resuelto por la CSJN en el año 2012⁸⁶, en el que se debatió sobre el derecho constitucional a negarse a la aplicación de las vacunas obligatorias del protocolo oficial, con fundamento en la afectación de los derechos reconocidos en el art. 19 de la CN, como a recibir un trato médico digno y respetuoso, con respecto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad.⁸⁷

El movimiento anti-vacunas representa una mirada con fundamentos ideológicos liberales que no es original de nuestro país y que se remonta al rechazo de algunas personas a la intervención del Estado en cuestiones vinculadas con la salud pública.

El caso “N.N. D., v. s/ protección guarda de personas” se inició en Mar del Plata, donde la titular de la Asesoría de Incapaces n° 1 promovió medida de protección de derechos del niño a favor de N.N. ó U.V. mediante la cual peticionó la internación del menor en un nosocomio

⁸⁴ Causa N° 31. 777/96 “*Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional – M° de Salud y Acción Social– s/ amparo Ley N° 16. 986*”.

⁸⁵ Eduardo Mertehikian, “La ‘protección de la salud’ como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido” (Comentario al fallo “*Viceconte, M. c/ Ministerio de Salud y Acción Social*”), Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, dirigido por Agustín Gordillo, La Ley, 1998-F, 9.303.

⁸⁶ CSJN, “N.N. D., v. s/ protección guarda de personas”, sent. del 12-06-2012.

⁸⁷ María Yanina Gázquez, “Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra”, *Revista Derecho y Salud*, p.62.

público a fin de que le sea administrada la medicación/vacunación pertinente conforme el protocolo oficial de vacunación, con el auxilio de la fuerza pública⁸⁸. La acción se inició debido a que los representantes de un niño recién nacido se opusieron a que éste reciba las vacunas previstas en el Plan Nacional de Vacunación. Adoptaron esa posición debido a su propia visión de la medicina, y de la elección que profesan por los paradigmas del “modelo homeopático”, y en especial, los “ayurvédicos”. En ese contexto, manifestaron haber optado por un modelo básico de inmunización basado en directrices nutricionales, sanitarias y de profilaxis que excluyen -preferentemente- los procedimientos médicos intrusivos. Según los padres agraviados, la vacunación importa un “paternalismo compulsivo” estatal. Apoyaron su posición en el art. 19 párr. 1º de la Constitución Nacional, alegando que obligarlos a vacunar a su hijo contra sus creencias importaba una violación del principio de autonomía allí consagrado que obstaculizaba el plan de vida que aquellos habían trazado para su familia.

La ley 22.909 -B.O. del 15-IX-1983- de alcance a todo el territorio de la República (conf. arts. 1, 2, 3, 6, 11, 20) instituyó el “Régimen General para las Vacunaciones contra las Enfermedades prevenibles por ese medio”, contemplando el suministro obligatorio a todos los habitantes del país de las vacunas incluidas en la nómina cuya elaboración encomendó a la autoridad sanitaria nacional⁸⁹. El citado art. 11 de

⁸⁸ La solicitud reconoce como antecedente la comunicación que cursara al Ministerio Público el área de servicio social del Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil “D. Victorio Tetamanti” de esa localidad, dando cuenta de la negativa de la presunta madre del menor a que le realicen a éste las mencionadas prácticas, en oportunidad de concurrir al establecimiento luego de producido el parto domiciliario.

⁸⁹ Dicho contenido se ha integrado de manera sucesiva por diversas disposiciones reglamentarias dictadas al amparo de la señalada previsión legal (Resoluciones 107/1997 de la Secretaría de Programas de Salud -B.O. del 02-X-1997-; 141/97 de la Secretaría de Programas de Salud -B.O. del 22-I-1998-; 108/98 de la Secretaría de Programas de Salud -B.O. del 11-XI-1998-; 940/2000 del Ministerio de Salud -B.O. del 27-X-2000-; 174/2003 del Ministerio de Salud -B.O. del 07-III-2003-; 175/2003 del Ministerio de Salud -B.O. del 07-III-2003-; 653/2005 del Ministerio de Salud y Ambiente -B.O. del 17-VI-2005-; 48/2007 del Ministerio de Salud -B.O. del 26-I-2007 y 498/2008 del Ministerio de Salud -B.O. del 29-V-2008-).

la ley 22.909 -respecto del deber de vacunación antes mencionado-, dispuso que “los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces son responsables, con respecto a las personas a su cargo”. Sin perjuicio de la sanción de multa que prescribe el art. 17 del plexo analizado para el supuesto en que los sujetos obligados incumplan el mandato legal, el art. 18 dispone: “La falta de vacunación oportuna en que incurran los obligados por el art. 11 determinará su emplazamiento, en término perentorio para someterse y/o someter a las personas a su cargo, a la vacunación que en cada caso corresponda aplicar, sin perjuicio, en caso de incumplimiento, de ser sometidos los obligados o las personas a su cargo a la vacunación en forma compulsiva”.

Por otro lado, la ley nacional 26.529 de Derechos de los Pacientes (sancionada el 21 de octubre de 2009) establece que toda actuación médico-sanitaria puede ser rechazada aún sin expresión de causa y “requiere” el previo consentimiento informado del paciente (arts. 2º inc. “e” y 6º).

Al resolver el caso, dijo la Corte Suprema que “corresponde señalar que no se encuentra discutida en autos la prerrogativa de los progenitores de decidir para si el modelo de vida familiar (artículo 19 de 1a Constitución Nacional), sino el límite de aquella, que está dado por la afectación de la salud pública y el interés superior del niño que -en el caso- de acuerdo con la política pública sanitaria establecida por el Estado, incluye métodos de prevención de enfermedades entre los que se encuentran las vacunas”.

A finales del año 2018 el Poder legislativo de la Nación, en línea con los argumentos expuestos por la Corte Suprema en el referido precedente en el que avaló la constitucionalidad de la vacunación como un deber impuesto por el estado a las personas, sancionó la ley 27.491 que consagró la “prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular” (art. 2º, inc. “c”) y la preeminencia del interés superior del niño (art. 11) y que también impuso la norma la obligatoriedad para los habitantes de aplicarse las vacunas (art. 2) y previó que su incumplimiento generaría “acciones de la autoridad sanitaria jurisdiccional correspondiente, tendientes a efectivizar la vacunación, que irán desde la notificación hasta la vacunación compulsiva” (art. 14).

En vigencia de la nueva ley, su obligatoriedad fue solicitada por ciudadanos que se negaban a vacunar a sus hijos al poder judicial, teniendo resoluciones contrarias a excepcionar la aplicación de la vacuna.⁹⁰

María Yanina Gázquez analiza esta cuestión con los siguientes argumentos: “¿No vacunarse implica siempre un daño a la salud colectiva o se trata sólo de un riesgo potencial? Consideramos que no vacunarse no siempre implica un daño a la salud pública y a los derechos de terceros, pero si genera un riesgo potencial de daño. Basándonos en la función preventiva del Código Civil y Comercial (art. 1710), sostenemos que se debe priorizar el deber de no dañar, motivo por el cual se deben extremar los recaudos para evitar daños a los demás, especialmente el Estado a través de los programas de salud pública. La salud no sólo beneficia al individuo sino también a la sociedad. La enfermedad grava sobre la vida económica y social, debido a que reduce la productividad de las personas. La baja producción proporciona salarios insuficientes que derivan en nutrición deficiente y, por ende, en bajo nivel de vida que, en la mayoría de los casos, provoca enfermedad. A su vez, la enfermedad necesita atención e inversión de grandes sumas de dinero que el Estado podría destinar a la medicina preventiva.”⁹¹

IV.4. La prohibición de fumar tabaco en lugares públicos

Otro claro ejemplo de regulación estatal que limita las libertades individuales en protección de la salud pública son las leyes 23.054 (modificada

⁹⁰ Caso: “Defensoría de Menores e Incapaces N° 1 c. C. F., T. S. s/ medidas precautorias”, AR/JUR/11/2019, comentado por BERGER, Sabrina M., “Vacunación obligatoria y decisiones médicas familiares”, LA LEY del 22/02/2019, p. 4, cita online: AR/DOC/410/2019. Y caso: “XXX c. XXX s/ medidas precautorias (art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com.)”, comentado por URBINA, Paola A., “El interés superior del niño en el marco del Calendario Nacional de Vacunación”, LA LEY del 29/05/2019, p. 6, cita online: AR/DOC/1535/2019. Ambos citados por Zelaya, Mario A. “Los nuevos desafíos que enfrenta la ley de vacunación obligatoria”, Publicado en: SJA 18/09/2019, 18/09/2019, 3.

⁹¹ Gázquez, M. Y. (2019). Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra. *Revista Derecho Y Salud*, (3), 62-75. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2019\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2019)05). Ver también Verónica Rocamora Villena, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, “La salud en disputa. La dimensión sociopolítica y comunicacional de las controversias sobre vacunas en Chile”, Madrid, 2017.

por la ley 24.044), que prohibió la actividad de fumar en público, luego ampliada la reglamentación a otros aspectos del tabaquismo como su publicidad, mediante la sanción de la ley 26.687. Como veremos, coincide la doctrina que no existe un derecho en cabeza de las personas que eligen fumar tabaco de hacerlo en público, lesionando la salud de aquellas personas con las que comparte el espacio, ya que el principio según el cual los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común; sólo tiene el derecho a fumar en privado, al amparo del principio de la privacidad y de las acciones privadas de los hombres.

La evaluación de la intervención del Estado en protección de la salud, cambia según lo haga en aspectos del ámbito privado de las personas o del ámbito público en el que la conducta prohibida interactúa con los derechos de otras personas. Agustín Gordillo, analiza la cuestión y sostiene; “Por lo tanto, si bien el derecho de fumar en privado no resulta *prima facie* restringido por las normas y principios precedentemente expuestos, no ocurre lo mismo con el acto de fumar en público; fumar en público supone lesionar arbitrariamente la salud de los demás, y por ende resulta violatorio a las normas indicadas y no se encuentra amparado por la facultad genérica que reconoce el art. 19 de la Constitución nacional: ésta enfatiza la libertad de las acciones privadas y aun así, sólo en tanto y en cuanto no afecten la salud pública. No existiendo norma expresamente permisiva, cabe entonces concluir que no existe el “derecho” ni la “libertad” de fumar en público sino antes bien y al contrario el deber jurídico de no hacerlo.”⁹²

El profesor Gordillo explica que: “la línea divisoria de conducta lo constituye siempre la existencia o no de trascendencia de la conducta individual y privada al ámbito compartido de la vida en sociedad; ya que no parece tutelado el “derecho” de obligar a los demás seres humanos a ser sujetos pasivos involuntarios de la ingesta de bebidas, drogas o alimentos nocivos, y no puede tampoco, por ende, aceptarse en el presente una supuesta obligación de ser sujetos pasivos involuntarios de la introducción compulsiva de agentes nocivos en sus vías respiratorias, ni puede reconocerse a nadie la potestad unilateral de imponérsela

⁹² Agustín Alberto Gordillo; Adelina Loianno; Gregorio Flax. - 6a ed. - Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2007, pág. X-4.

coactivamente sin fundamento normativo expreso y razonable, con sustento fáctico suficiente, nada de lo cual ocurre en la especie.”⁹³

V. LOS DERECHOS AFECTADOS Y LA REGULACIÓN JURÍDICA DE SU LIMITACIÓN O SUSPENSIÓN LEGAL

En la limitación y reglamentación de los derechos deben respetarse los principios de legalidad (art. 19 CN) y razonabilidad (art. 28 CN), por lo que el abordaje de este conflicto desde un análisis jurídico –en especial desde el Derecho Administrativo– nos conduce, para realizar el control de constitucionalidad, a ponderar si la norma, o en generar la actividad del Estado, busca fines legítimos y si los medios utilizados para esos fines respetan el ordenamiento jurídico vigente y son razonables dentro de los mecanismos con los que cuenta la autoridad cuando limita derechos individuales o colectivos.

V.1. Los derechos individuales en juego

En este punto pretendo analizar la afectación de derechos provocada por la medida sanitaria de aislamiento social, preventivo y obligatorio, quedando marginadas el resto de las políticas públicas adoptadas en vinculación directa o indirecta con el COVID-19.

Resulta evidente la afectación de los derechos individuales reconocidos en el artículo 14 de la Constitución Nacional, que establece que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”.

Especificando un poco más, y recurriendo al nuevo sistema de fuentes internacionales de nuestro ordenamiento jurídico, la cuarentena impacta directamente sobre el derecho de reunión⁹⁴ y el derecho

⁹³ Gordillo, Agustín y Ots, *Derechos Humanos*, Ob. Cit.

⁹⁴ CADH; Art. 15: “Derecho de Reunión. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad

de circulación y residencia⁹⁵, y de una forma indirecta –derivada de las consecuencias económicas del aislamiento social- en el derecho de propiedad.⁹⁶

Tales derechos resultan pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, los mismos están sujetos a limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge en su artículo 12 inciso 1 el derecho a “...circular libremente...”, y el artículo 12 inciso 3 establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados “no podrá ser objeto de restricciones a no ser que éstas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

En cuanto al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en su Observación General No. 27 que: “...14. [...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos

democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.”

⁹⁵ CADH; Art. 22. “Derecho de Circulación y de Residencia. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley en zonas determinadas, por razones de interés público...”

⁹⁶ Art. 21. “Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley...”

perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. 15. [...] El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas”⁹⁷.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 22 inciso 3 que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado consagrados en el artículo 22 inciso 1, entre otros, “...no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

En su artículo 30, la CADH establece expresamente que las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos coincide con lo indicado por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 27, en el sentido de que “el derecho de circulación se trata del derecho de toda persona a trasladarse libremente de un lugar a otro y a establecerse libremente en el lugar de su elección. El disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Se trata de una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”... “El derecho de circulación y de residencia, incluido el derecho a salir del país, pueden ser objeto de restricciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la Convención. Sin embargo, es necesario que dichas restricciones se encuentren expresamente fijadas por ley, y que estén destinadas a prevenir infracciones penales

⁹⁷ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general no. 27, *supra* nota 135, párrs. 14 y 15.

o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática.”⁹⁸

Recientemente la Corte Interamericana emitió una resolución que indica a los Estados cuáles son las pautas de sus políticas públicas destinadas a combatir el coronavirus respetando los Derechos Humanos⁹⁹, en la que recordó los requisitos y limitaciones a las restricciones o suspensiones de los derechos...“Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.”¹⁰⁰

⁹⁸ Corte IDH Canese c/ Paraguay. En el mismo sentido. Daniel Mauro Nallar Dera, “El Estado en juicio por fallas en el sistema de salud pública. A propósito de la emergencia sanitaria (primera parte)”, REDA N° 129, Mayo- Junio 2020, p. 3 y siguientes.

⁹⁹ Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Covid-19 y Derechos Humanos. Indica el Tribunal que los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó -en su declaración del 09 de abril de 2020- los problemas y desafíos extraordinarios que los Estados americanos, la sociedad en su conjunto, y cada persona y familia están afrontando como consecuencia de la pandemia global causada por el coronavirus COVID19, en la que instó a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal. En los dos primeros puntos destaca la Corte la necesaria cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre los Estados y la necesaria colaboración de organismos multilaterales, de manera conjunta con los Estados, bajo un enfoque de derechos humanos.

¹⁰⁰ Agregó la Corte IDH agregó que: “Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.”

V.2. Los derechos fundamentales en juego.

Derecho a la salud y derecho a la vida

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Christian Courtis y Víctor Abramovich enuncian los dos aspectos que integran el contenido del derecho a la salud, en el que uno implica obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, sea por la conducta de terceros –tanto del Estado como de otros particulares–, o por otros factores controlables y otro incorpora también obligaciones tendientes a asegurar la asistencia médica –derecho a la atención o asistencia sanitaria– una vez producida la afectación a la salud.¹⁰¹ Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud.¹⁰²

La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la

¹⁰¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, La Ley 2001-D, 22.

¹⁰² El derecho a la salud desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22) entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º, arts. 4º y 5º de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1º del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (conf. CSJN, Fallos, 323:1339; CNCiv., Sala D, diciembre 22-2005, “L., E. c/ Plan de Salud Hospital Italiano de Buenos Aires”, publicado en ED del 27/3/06).

adopción de instrumentos jurídicos concretos. Así la CSJN ha recordado que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479; 324:3569), puntualizando con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994 que “la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, entre otros)”¹⁰³.

La Corte reconoció el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como al deber de los Estados parte de procurar su satisfacción, señalando que entre las medidas a ser adoptadas para garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, PIDESC), y a la asunción del Estado de su obligación “hasta el máximo de los recursos posibles” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en ese tratado (art. 2º.1, PIDESC).¹⁰⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Resolución 01/20 referida al COVID-19, dijo al respecto que: “El derecho a la

¹⁰³ 3 CSJN, I. 248. XLI. RECURSO DE HECHO causa “L. C. F. c/ provincia de Buenos Aires s/amparo”, res. del 30/09/2008.

¹⁰⁴ CSJN, caso “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho”, 24/10/2000. CSJN y CNContencioso adm. Federal, sala I, caso “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, fallos de 1/6/2000 y 5/3/1998 -La Ley, 1999-F, 749 (42.063-S)-, respectivamente; CCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II, caso “C. y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires, 2/9/1997; CNContenciosoadm.Federal, sala IV, caso “Viceconte, Mariela c. Estado nacional -Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, 2/6/1998 -LA LEY, 1998-F, 305-; CNCiv., Neuquén, sala II, caso “Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo”, 19/5/1997.

salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad”¹⁰⁵

Finalmente, corresponde destacar que el derecho a la vida –en este caso vinculado inescindiblemente al derecho a la salud–, a diferencia de los derechos individuales vistos en el punto anterior (Derecho a la circulación, derecho de reunión, derecho de propiedad) no es susceptible de ser suspendido por los Estados, aún en casos de peligro público o emergencia, no quedando autorizado el Gobierno a la limitación de las garantías previstas excepcionalmente en el artículo 27 de la CADH.

V.3. Los grupos de personas vulneradas en sus derechos fundamentales

Surge de nuestro ordenamiento nacional integrado con normas protectorias de los derechos humanos proveniente de la órbita nacional como internacional, que existen grupos o sujetos de especial protección por parte del Estado como la mujer; los niños, niñas y adolescentes; las personas con discapacidad; los adultos mayores; los pueblos indígenas; los trabajadores; las personas migrantes y las personas detenidas o privadas de la libertad. Su protección diferenciada tiene suficiente fundamento normativo en el nuevo sistema integrado de protección de los derechos humanos nacido de la última reforma de la Carta Magna federal. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el PIDESC ha dicho que “Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales

¹⁰⁵ Agregó la CorteIDH: “En estos momentos, especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores, las personas migrantes, refugiadas y apátridas, y los miembros de las comunidades indígenas”.

que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás” (Observación General N° 4, párr. 11).

Otro ejemplo de ello es la adopción de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que establece como uno de sus objetivos la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, otorgándoles un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Para alcanzar dicho objetivo, recomienda “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia El origen de esta diferenciación legal puede encontrarse, entre otras fuentes, en los criterios jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal federal.¹⁰⁶

En la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Covid-19 y Derechos Humanos, especifica el Tribunal al respecto que: “Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia.”

Dedica la Corte un párrafo especial para otro grupo de personas vulneradas; “Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros

¹⁰⁶ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008.

centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.”

Finalmente el Tribunal Interamericano refiere al grupo de trabajadores, afirmando que: “Se debe velar porque se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo e ingresos de todos los trabajadores y trabajadoras y asegurar el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana. En razón de las medidas de aislamiento social y el impacto que esto genera en las economías personales y familiares, se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle.”

V.4. El principio de legalidad del Estado Constitucional y Social de Derecho. Tutela preferencial de derechos fundamentales por sobre derechos patrimoniales

Como explica el profesor Patricio Sammartino, la última reforma constitucional reconfiguró nuestro Estado de Derecho y evolucionó al actual Estado Constitucional Social de Derecho, que lleva ínsito la genuina e irreversible expansión de los derechos fundamentales y de las garantías que los tutelan, implicando que, desde el estado constitucional, la actuación administrativa se erige en el instrumento técnico que concretiza directa e inmediatamente el acceso a los bienes que asegura hoy la Constitución. Esa función adquiere hoy mayor gravitación cuando se verifican necesidades urgentes insoslayables.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Patricio M. E. Sammartino; “Precisiones introductorias en torno a las bases del proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho”, *El Derecho*, Buenos Aires, viernes 30 de octubre de 2015. Ver también del mismo autor: “La noción de acto administrativo en el estado constitucional”, *EDA*, 2007-639.

Explica este autor que una de las consecuencias prácticas del actual Estado Constitucional Social de Derecho es que, además de los principios formales –de reserva de ley y de especificación– y materiales –de favor libertatis y proporcionalidad–, en el estado constitucional rige, como estándar teleológico de interpretación de los antecedentes de hecho y derecho del acto –causa, art. 7° inc. b), LNPA– que habrá de reflejarse en el contenido u objeto –art. 7° inc. c), LNPA–, la idea rectora de favorecer la vigencia efectiva del sistema de derechos humanos que consagra la Constitución Nacional (art. 7°, inc. f), LNPA). Recurriendo entonces a las nuevas fuentes de nuestro ordenamiento jurídico encontramos que en él se efectúa una división esencial entre distintos tipos de derechos, lo que provoca un tratamiento diferenciado del Estado, según se trate de un derecho fundamental o de un interés patrimonial o meramente económico patrimonial.¹⁰⁸

Luigi Ferrajoli, al desarrollar su teoría del derecho, desgrana las diferencias estructurales entre derechos fundamentales –en tanto universales (de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los derechos políticos y sociales)– y derechos patrimoniales –en cuanto singulares (del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito)–, que en mi opinión, justifican por sí el tratamiento diferenciado por parte del Estado, basado en una visión jurídico-política más igualitaria de la sociedad.

Comienza el jurista italiano por establecer que “Los derechos fundamentales son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos – potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar”¹⁰⁹, caracterizándolos como derechos subjetivos –intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas–, universales –pertenecientes a todos en condiciones de igualdad– e indisponibles y que “se afirman una y otra vez como leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría

¹⁰⁸ Patricio M. E. Sammartino; “La noción de acto administrativo en el estado constitucional”, EDA, 2007-639.

¹⁰⁹ Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho”, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

en su ausencia”¹¹⁰. Agrega que estos derechos “pertenecen sólo a las personas naturales y no también a las artificiales: estas últimas si acaso no son más que un instrumento para su tutela, como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos”. Así, en virtud de tales caracteres, los derechos fundamentales se corresponden con deberes absolutos (*erga omnes*), pudiendo ser dirigidos a todos –como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida– o a determinados sujetos públicos –como la obligación de la asistencia sanitaria, garantía del derecho a la salud–, y en tanto conferidos en el interés de todos, postulan para su garantía funciones de carácter público.

A partir de esta configuración teórica, Ferrajoli distingue los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales de la siguiente forma: “La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical, residiendo en el hecho de que los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado singulares en lugar de universales, y por otro lado disponibles en lugar de indisponibles...el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad: estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente a favor de sus titulares por normas téticas, sino predisuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos... Las dos clases de derechos se hallan por ello en relación de contrariedad: los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa”¹¹¹

¹¹⁰ Ferrajoli, Luigi, “*Principia iuris...*”, ob. cit., p. 776.

¹¹¹ Ferrajoli, Luigi, “*Principia iuris...*”, ob. cit., p. 718. Agrega luego: “Se manifiesta de este modo un ulterior perfil de la igualdad en los derechos fundamentales y de la desigualdad en los patrimoniales. Los derechos fundamentales son iguales no sólo en el sentido de que pertenecen a todos, sino también en el sentido de que les pertenecen invariable y normativamente en igual forma y medida. Los derechos patrimoniales son en cambio desiguales en el doble sentido de que son contingentes y mudables a causa de las vicisitudes a las que están sometidos, tanto en los titulares como en los contenidos. Éstos se acumulan y se extinguen, aquéllos permanecen siempre iguales a sí mismos. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas distintas y en diferente medida. Se puede

Los derechos patrimoniales parten de la exclusión de aquellos que no son sus titulares, a diferencia de los derechos fundamentales que se caracterizan por ser inclusivos y formar parte de la base de igualdad jurídica.

La relación de esta clasificación con la igualdad radica en la necesidad que desde el ordenamiento jurídico positivo se intervenga mediante políticas públicas garantizando el conjunto de situaciones de las que todos somos titulares y que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía, ello porque “mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales –para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces– están en la base de la desigualdad jurídica”.¹¹²

Es decir, frente a la existencia de diferencias sociales y económicas entre distinguidos grupos de personas dentro de una sociedad (diferencias como hechos) el ordenamiento jurídico puede reaccionar con indiferencia (las diferencias no son tuteladas ni reprimidas, ni protegidas ni violadas, simplemente ignoradas) mediante un contenido mínimo de la esfera pública y por el libre y desregulado juego de los poderes privados; también puede otorgar una jerarquía diferente a las distintas identidades sociales; o –por último– las diferencias pueden ser homologadas jurídicamente, es decir negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad (las diferencias son reprimidas o violentadas como desviaciones, en el cuadro de una neutralización uniformadora). Frente a dichas respuestas insuficientes ante

ser y llegar a ser más o menos rico, mientras que no se puede ser ni devenir más o menos libre. Los derechos patrimoniales, al tener por objetos cosas o prestaciones patrimoniales, se adquieren, se cambian y se venden. Los derechos fundamentales, al contrario, no se cambian ni se acumulan. Unos son alterables en su cantidad y calidad y acaso es posible que se extingan por su ejercicio; los otros permanecen invariables, cualquiera que sea su ejercicio. Se consume, se vende, se permuta o se da en arriendo una cosa que se posee. No se consumen en cambio, y tampoco pueden venderse, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, o los derechos civiles y políticos, a menos que se transformen en derechos patrimoniales”, p. 722.

¹¹² Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris...”, ob. cit., p. 718.

la configuración jurídica de las diferencias Ferrajoli opone un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

Afirma este autor que: “Lo opuesto a la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros; son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación del principio de igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no es ya contradicha sino no actuada, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal; la cual a su vez es, no ya contradicha, sino violada, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar”.¹¹³

En breve síntesis de lo hasta aquí dicho, la respuesta que el Estado debe dar frente a la existencia de personas que sufren carencias económicas y sociales derivadas de una determinada forma de distribución de recursos y bienes, es garantizar mediante acciones positivas y tutelas diferenciadas el ejercicio y efectividad de sus derechos fundamentales. Esta obligación del Estado se agudiza cuando estos mismos grupos son especialmente vulnerables por una enfermedad pandémica que por sus especiales condiciones de vida y salud los afecta en forma diferenciada respecto del resto de los integrantes de la sociedad.

Encontrándose en conflicto un derecho fundamental y colectivo (derecho a la salud y derecho a la vida de todos los habitantes del país), que encuentra una especial afectación de determinados grupos vulnerados, frente a derechos individuales (susceptibles de razonable regulación que los limite temporalmente) y derechos patrimoniales

¹¹³ Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris...”, ob. cit., p. 752.

(básicamente, derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones), resulta claro que el Estado debe –por imposición jurídica derivada del actual Estado Constitucional Social de Derecho– adoptar medidas para garantizar los primeros, limitando en forma transitoria y razonable, los segundos.

VI. CONTROL DE RAZONABILIDAD¹¹⁴

Brevemente haré mención a los criterios para controlar la razonabilidad de los actos estatales. El primero de ellos implica un nivel básico y mínimo de control y consiste en realizar un análisis de relación, entre los fines que se procuran con el dictado del acto y los medios elegidos para alcanzarlos. Es decir, según este patrón, para que el acto administrativo se muestre como razonable, basta con que el contenido del mismo resulte idóneo o apto para lograr la finalidad perseguida por el órgano del cual emana.

El segundo de ellos evidencia mayor rigidez que el anterior, puesto que aquí se evalúa que entre el contenido del acto y su finalidad exista relación de proporcionalidad, verificando, de este modo, que el medio escogido por la autoridad no exceda —por su desproporción— la finalidad pública perseguida.

Conforme lo expresa Cassagne, en lo esencial existen tres tipos o especies de conductas que despojan de razón suficiente a la pertinente actuación estatal, a saber: a) irrazonabilidad en los fines perseguidos que se apartan de lo preceptuado en las normas de habilitación (de carácter constitucional, legal o reglamentario) o de los principios generales del derecho; b) desproporción entre el objeto de la medida de policía y los fines perseguidos (argumento incorporado al derecho positivo por el art. 7º, inc. f) in fine de la LNPA); c) exceso de limitación o de punición (en el caso de aplicación de sanciones de naturaleza penal-administrativa) cuando las normas y/o medidas administrativas no guarden una adecuada proporción con los fines que persigue el

¹¹⁴ Ver Cabral, Pablo Octavio; “Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el Gobierno nacional ante la pandemia del COVID-19”, Revista Derecho Administrativo, Julio - Agosto 2020; 130; RDA, 63.

ordenamiento) y d) violación de la igualdad al introducirse en las normas o en los actos respectivos un factor de discriminación que atribuye a algunas situaciones de ventajas o de gravamen que no se conceden a otras personas que se encuentran en similares condiciones objetivas.¹¹⁵

La razonabilidad no es una exigencia que sólo deba predicarse del acto administrativo, sino que, como se evidencia en el derecho comparado es exigible a todo el actuar del Estado, con fundamento en el art. 28 de la Constitución Nacional, sea que trate del ejercicio de actividad reglada o discrecional, aunque en este último campo, el mentado recaudo se muestra como un mecanismo apropiado para el control de este tipo de facultades.

De esta manera, como lo ha destacado la jurisprudencia, la proporcionalidad actúa como un límite impuesto a la actividad de los poderes públicos, consistente en mantener un nexo de adecuada proporción entre el fin perseguido y los medios puestos en acción para su realización.

En el ámbito de la ley Nacional de Procedimientos Administrativos, la proporcionalidad —entendida como especie de razonabilidad y como condición ineludible que debe cumplir el acto administrativo— ha sido receptada por dicho cuerpo legal en el art. 7 inc. f) como un componente del elemento finalidad, al prescribirse que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

En el caso del acto administrativo, la razonabilidad surge de la vinculación entre objeto y finalidad del acto administrativo, con lo cual la ausencia de tal recaudo determina la nulidad absoluta del mismo. Por último, evidenciando un control más estricto por parte del juez, que en los supuestos analizados, encontramos el estudio de costos y beneficios que trae aparejado el dictado de un acto administrativo, lo cual se acerca en la práctica al análisis de oportunidad y conveniencia, poniendo en peligro el principio de la división de poderes, pues tal forma de proceder se encuentra vedada al Poder Judicial, incluso en el derecho comparado.

¹¹⁵ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

En este orden de cosas se ha expresado que el control de razonabilidad dentro de una causa debe realizarse a través de la aplicación de un estándar básico de razonabilidad que contemple el caso concreto de manera tal que los jueces no excedan sus funciones específicas y acaben valorando la oportunidad mérito o conveniencia de las medias adoptadas, lo que llevaría al gobierno de los jueces.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha valido de esta herramienta de la razonabilidad para controlar la actividad administrativa, sobre todo frente al ejercicio de facultades discrecionales. En tal sentido, ha señalado que “la circunstancia que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia”¹¹⁶.

VII. MOTIVACIÓN

Como explica la doctrina, la motivación de la actuación de la Administración Pública nace básicamente del principio de razonabilidad y publicidad de los actos estatales e implica que el Estado debe dar a conocer las razones de sus decisiones.¹¹⁷ Para Carlos Balbín la motivación del acto estatal es “la relación o correspondencia entre la causa y el objeto y, a su vez, entre el objeto y la finalidad. De modo que el Ejecutivo debe explicar cuál es el vínculo entre las causas y el objeto, y entre éste y la finalidad; y sólo en tal caso, el acto está debidamente motivado en términos racionales y jurídicos”, agregando que “la motivación lleva dentro de sí dos componentes, esto es: las razones y la proporcionalidad. Así, el vínculo entre la causa y el objeto debe guardar razonabilidad y, además, proporción entre ambos; igual que

¹¹⁶ La jurisprudencia de la Corte evidencia que el mecanismo de razonabilidad ha sido utilizado de manera frecuente para control del ejercicio de facultades discrecionales.

¹¹⁷ Balbín, Carlos, “Derecho Administrativo”, Edición La Ley, p. 344.

el trato entre el objeto y el fin del acto. En otras palabras, el elemento motivación del acto debe unir, pero no de cualquier modo sino de forma racional y proporcional, las causas, el objeto y el fin, dándole al acto un sentido coherente y sistemático.”¹¹⁸

La obligación de motivar el acto administrativo, como modo de reconstrucción del iter lógico seguido por la autoridad para justificar una decisión de alcance particular que afecta situaciones subjetivas, a más de comportar una exigencia inherente a la racionalidad de su decisión, así como a la legalidad de su actuar y ser, también, derivación del principio republicano de gobierno (arts. 1, Const. nac.) es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público. Si bien es cierto que la observancia de este requisito esencial no puede desvincularse del alcance de las potestades atribuidas a la autoridad administrativa por el ordenamiento, no lo es menos que su modo de concreción depende en cada caso del contenido de la atribución involucrada y, por ende, del objeto del acto que la ejercita o expresa. En otros términos, el recaudo de suficiente motivación debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo.¹¹⁹

Como recaudo de validez del acto administrativo la motivación cumple la finalidad de permitir que la Administración sometida al derecho dé cuenta de sus decisiones, permitiendo que éstas puedan ser examinadas en su juridicidad por la justicia en caso de ser impugnadas, posibilitando el ejercicio del derecho de defensa de los afectados, el que comprende el derecho a una decisión fundada, es decir, que sea el resultado de la ponderación de todos los antecedentes.

Como se puede observar de la lectura de los sucesivos decretos de establecimiento y prórroga de la cuarentena, la motivación de las medidas se encuentra suficientemente expuesta, en la que el elemento causa se halla presente en los hechos (constatación de la propagación de casos del nuevo coronavirus COVID-19 en nuestro país) y derecho (obligación constitucional del Estado de preservar la salud y vida de la población), que la medida de aislamiento social (objeto) tiene el

¹¹⁸ Balbín, Carlos, “Derecho Administrativo”, Edición La Ley, p. 344 y sgtes.

¹¹⁹ SCBA, B 59937 S 28/02/2018 Juez SORIA.

objetivo de mitigar la propagación del virus y su impacto sanitario (finalidad), destacando que las medidas que se establecieron son temporarias, resultan necesarias, razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país.

Además de tener los fundamentos de cada decisión una explicación accesible a la población general, se destaca que tienen un fundamento fáctico, reforzado por estadísticas y la permanente consulta a un grupo de científicos –médicos epidemiológicos– que asesoraron a las máximas autoridades del Gobierno Nacional, antes de la adopción de cada medida.

Las disposiciones sanitarias de asilamiento se han dictado con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 y con su aplicación se pretende proteger la salud pública, adoptándose en tal sentido medidas proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma razonable y temporaria. La restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es el derecho colectivo a la salud pública. En efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas a cumplir la medida de aislamiento dispuesta, sino de todas y todos los habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio de COVID-19, depende de que cada una y cada uno de nosotros cumpla con su aislamiento, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad.

En los sucesivos fundamentos de los decretos emitidos para el establecimiento de la cuarentena, se puede leer el desarrollo sanitario y los resultados alcanzados por el aislamiento social, evaluando positivamente la proporcionalidad de dichas políticas en relación a la finalidad establecida. En concreto estas medidas han permitido, hasta el momento, contener la epidemia, por la aparición gradual y detección precoz de casos y por la implementación de las acciones de control ante casos con menor tiempo de evolución, registrándose una disminución en la velocidad de propagación en una gran parte del país y habiéndose evitado la saturación del sistema de salud, a diferencia de lo sucedido en otros lugares del mundo.

Como lo informó el Instituto de Investigaciones Epidemiológicas (IIE), perteneciente a la Academia Nacional de Medicina; “no hay dudas que el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido en

la Argentina desde el 20 de marzo pasado fue la clave para que en el país no registrara los miles de decesos que hubo en otras naciones, tanto de la región como del resto del mundo. Si bien su postergación en las zonas afectadas es cuestionada por algunos sectores, hay unanimidad a la hora de afirmar que gracias a la cuarentena se salvaron vidas.”¹²⁰

Por último, la tendencia general de todas las medidas adoptadas evidencia que el objetivo es proteger la salud de la comunidad y minimizar las restricciones a libertades y derechos individuales, con el correspondiente avance de las excepciones al aislamiento social y la gradual liberación de zonas geográficas, donde la condición sanitaria y epidemiológica lo aconseja.

VIII. EL ESTÁNDAR DE RAZONABILIDAD Y LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

El control de constitucionalidad tiene numerosas facetas y pautas para su aplicación. Una de las que más se distingue es el estándar jurídico de la razonabilidad, que ha venido a constituirse en un sinónimo de constitucionalidad. Se ejerce sobre toda la actividad estatal (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y constata la forma en que estas decisiones alteran los derechos, principios y garantías del bloque de constitucionalidad (Constitución Nacional, Tratados DDHH, Tratados de Integración y Tratados de Derecho Internacional del Comercio)¹²¹.

La razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado, una fórmula elástica, que debe adaptarse ya que se aplica a situaciones cuyo

¹²⁰ Agrega el informe del IIE: “Este registro permite establecer en este punto que si las intervenciones se miden con este indicador específico del COVID -9, la estrategia ha sido adecuada en el objetivo de proteger vidas. Para efectuar este análisis para cada país se establece como día 1 cuando se presentó el primer fallecido y de allí se realiza el seguimiento. De esta forma es posible observar que Brasil es el estado de América Latina que tiene el mayor número de fallecidos (34.021) y Argentina el más bajo (615). Este registro permite establecer en este punto que si las intervenciones se miden con este indicador específico del COVID -9, la estrategia ha sido adecuada en el objetivo de proteger vidas”. Fuente www.perfil.com.

¹²¹ Ampliar en: Gutiérrez Colantuono, Pablo, Administración pública, juridicidad y derechos humanos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

contenido es variable, por circunstancias de las personas a las que se aplica, lugar y tiempo, contexto, etc. Su fundamento normativo lo encontramos en el artículo 28 de la Constitución Nacional respecto de las leyes y 99, inciso 2 del mismo texto, respecto de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

Lo razonable es lo justo y equitativo, con conforme con los principios y creencias de la Constitución, es lo proporcional al efecto, lo exigido por la igualdad, lo armónico dentro del todo y lo equilibrado entre los extremos.

Como vemos, la idea que anide en el ordenamiento jurídico respecto del derecho a la igualdad, necesariamente impacta –no sólo del principio de legalidad que debe guiar todo el actuar del Estado–, sino también en la construcción del estándar de razonabilidad que resulta ser la herramienta jurídica para controlar la constitucionalidad de todo el accionar de las autoridades públicas.

El concepto de igualdad ante la ley que receptó la Constitución argentina de 1853/60 en su artículo 16, es parte de una visión individualista cuya matriz ideológica liberal es parte constitutiva del constitucionalismo clásico en la que abrevia nuestra carta magna. Desde una óptica superadora se propone una mirada estructural a las relaciones entre los diferentes grupos –aventajados e incluidos y desaventajados y excluidos– que integran una sociedad en un determinado lugar y momento histórico. Adopta la forma de Igualdad como no arbitrariedad o igualdad como no discriminación.

A esta mirada liberal clásica se opone la idea de la *igualdad estructural* (art. 75 inc.23 CN) que adopta la forma de igualdad como no sometimiento o igualdad como no exclusión. El objetivo que la igualdad ante la ley persigue es el de vitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad. Tiene un claro componente estructural. Considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de la sociedad, por cuestiones ajenas a su voluntad y conducta.¹²²

¹²² Saba, Roberto; “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, Buenos Aires, 2016.

La desigualdad estructural se debe a una situación sistémica de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan. El derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad.

La propuesta de distinguir en nuestro derecho entre un tipo de principio de igualdad ante la ley de tipo liberal (art.16 CN), y de igualdad estructural fue expuesto con claridad conceptual por Roberto Saba, de quien tomamos para este punto las ideas centrales de sus trabajos.¹²³ Para dicho autor, la tradición constitucional igualitaria se inició en 1810, fue reflejada en la Constitución de 1853 y perfeccionada en la reforma de 1994. Para sostener ello, inicia su trabajo realizando una lectura de un texto de Mariano Moreno que enlaza con la Constitución de 1853, hasta proponer una confirmación de la visión estructural de la igualdad en las reformas a la carta magna del año 1994. Su argumentación intenta demostrar que; “a la luz de las modificaciones introducidas en la Constitución argentina en 1994, en particular en su nuevo art. 75, inc. 23 –pero también en los arts. 37, 75, inc. 2 y 75, inc. 19- la visión estructural de la igualdad ha sido expresamente incorporada”¹²⁴

El concepto de igualdad ante la ley que receptó la Constitución argentina de 1853/60 en su artículo 16, es parte de una visión individualista cuya matriz ideológica liberal es parte constitutiva del constitucionalismo clásico en la que abreva nuestra carta magna. Desde una óptica superadora se propone una mirada estructural a las relaciones entre los diferentes grupos –aventajados e incluidos y desaventajados y excluidos- que integran una sociedad en un determinado lugar y momento histórico.

La reforma constitucional de 1994 introdujo diferentes disposiciones para garantizar la igualdad estructural estableciendo acciones afirmativas. Así, establece la Constitución nacional que la igualdad real de

¹²³ Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados? Siglo XXI Editores, Buenos Aires, Buenos Aires, 2016.

¹²⁴ Saba, Roberto, ob. cit, pág.32.

oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará mediante acciones positivas (Art. 37); dispone como obligación del Congreso el reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural (Art. 75, inc. 17); establece que corresponde al Congreso la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a igualar el desigual desarrollo entre las provincias y las diferentes regiones de nuestro país (Art. 75, inc. 19).¹²⁵

En especial en su art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional establece que corresponde; legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

La acción afirmativa fue definida por la Organización de Naciones Unidas como: “la acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas en un aspecto o varios de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva”. Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya explican que “Las llamadas acciones positivas: son aquellas medidas especiales de carácter temporal adoptadas por el Estado encaminadas a acelerar la igualdad de facto en los distintos ámbitos de la sociedad, los cuales cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad y oportunidad y trato”.¹²⁶

¹²⁵ Damsky, Isaac Augusto, *Desde los Derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2019. Explica el autor que: “Las nuevas racionalidades de la Constitución reformada de 1994 y sus legitimidades afinadas en las ratios de los derechos humanos, apoyados sobre la dignidad de la persona humana, con más el impacto de los postulados de la democracia deliberativo participativa sobre las fórmulas constitucionales clásicas democrático representativas cerradas, sumados a las nuevas formas de actuación del campo del poder sobre un ámbito más amplio de dinámica de los intereses públicos de corte mercado centrista, nos advierten sobre un cambio de época”, p. 26.

¹²⁶ Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, pág. 415. Agregan: “Es decir, que se refieren a los medios dispuestos por el Estado para procurar alcanzar la igualdad de oportunidades mediante el otorgamiento de ventajas en forma

Pero, en una gran cantidad de casos el principio de no discriminación, sostenido por la visión individualista de la igualdad ante la ley, no provee suficientes herramientas para evitar los efectos no igualitarios de los tratos supuestamente neutrales. En estos casos, la situación de hecho de estas personas es que el trato que reciben por parte del Estado es sistemáticamente excluyente, a pesar de ser razonable.

Es preciso realizar algunos ajustes al estándar de razonabilidad, con el fin de lograr una interpretación armónica tanto del artículo 16 como del art. 75. Inc. 23 de la CN, de modo que concilie la noción de igualdad como no arbitrariedad con la igualdad como no sometimiento, implícita en las acciones afirmativas.

La Corte entendió que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial y que tal contralor debe efectuarse a la luz de los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos, debiendo tales derechos ser respetados por quienes deciden políticas públicas.¹²⁷ Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio del Estado. La tutela diferencial, como lo ha sostenido la Corte, no sólo debe materializarse al momento de decidir una política pública, sino también debe ser aplicado momento de someter al control de razonabilidad de la actividad administrativa por parte del Poder Judicial.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que: “El Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión

imperativa para corregir una desigualdad fáctica precedente. Se designa (jurídicamente) para tender a igualar (fácticamente)...Esta expresión que alude a la variante de poder de policía amplio para favorecer el ejercicio de ciertos derechos...”

¹²⁷ CSJN, Causa Q. 64. XLVI; “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, res de fecha 24-08-2012

de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de confiscatoria, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar”, agregando que: “En miras a garantizar la razonabilidad de la tarifa de un servicio público esencial es imprescindible que exista una clara diferenciación de sectores y regiones, con atención especial a los más vulnerables. En efecto, el artículo 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, atribuyéndose a su prudencia una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o un indebido privilegio personal o de un grupo. El imperativo igualitario aplicable en la presente causa no sólo deriva de modo genérico del artículo 16 y cc de la Constitución Nacional, sino también, en particular en lo relativo a la prestación de un servicio público esencial, en lo dispuesto por el art. 42 CN incorporado en la reforma constitucional de 1994, en tanto reconoce a los usuarios el derecho a un trato equitativo...”¹²⁸.

IX. UN EJEMPLO DE TUTELA JURÍDICA DIFERENCIADA EN TIEMPOS DE PANDEMIA¹²⁹. LA RES. 139/20 DEL MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO DE LA NACIÓN Y EL CONCEPTO DE “HIPERVULNERABILIDAD”

Un ejemplo claro de una tutela jurídica diferenciada, que tomó en cuenta la situación de los grupos vulnerados y la naturaleza de los derechos afectados, es la Resolución 139/20 emitida por el Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación por la que se institucionaliza una especial tutela de acompañamiento oficiosa, expedita y especializada

¹²⁸ CSJN; Caso “CEPIS c/Ministerio de Energía y Minería s/Amparo colectivo” sentencia del 18 Agosto 2016.

¹²⁹ Alderete, Claudio M, Reflexiones sobre la accesibilidad y el contexto del aislamiento obligatorio, REVISTA ADLA, N° 06, JUNIO 2020, p. 3.

hacia los reclamos presentados por consumidores hipervulnerables (personas que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores)¹³⁰, estableciendo un listado de posibles causas de hipervulnerabilidad¹³¹.

En sus considerandos se puede leer que el artículo 42 de la Constitución Nacional; “reconoce en las y los consumidores su vulnerabilidad estructural en el mercado de consumo frente a los proveedores de bienes y servicios y la necesidad de que, las autoridades públicas provean a la protección de sus derechos. Que, no obstante, la vulnerabilidad

¹³⁰ Artículo 1°: “Establécese que a los fines de lo previsto en el Artículo 1° de la Ley N° 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”.

¹³¹ Artículo 2°.- A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); c) ser personas mayores de 70 años; d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; e) la condición de persona migrante o turista; f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; g) ruralidad; h) residencia en barrios populares conforme Ley N° 27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos: 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles; 2) Ser Monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 3) Ser Beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 4) Ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social; 5) Estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social; 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (Ley 26.844); 7) Estar percibiendo el seguro de desempleo; 8) Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (Ley N° 23.848)”

estructural de todos los consumidores en el mercado, algunos de ellos pueden encontrar agravada su situación en razón de su edad, género, condición psicofísica, nacionalidad, entre otras, lo que obliga a la adopción de medidas de tutela diferenciada sobre estos sujetos.”

Agrega que la Constitución Nacional (art. 75, inc. 23) impone la necesidad de “promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la citada Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños y las niñas, las mujeres, los adultos mayores y las personas con discapacidad.”

Así, continúa fundamentando la decisión con el argumentos que; “los grupos especialmente desaventajados mencionados anteriormente, también se encuentran alcanzados por la protección de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, la “Convención sobre los Derechos del Niño”, la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, los cuales gozan de jerarquía constitucional en los términos del inciso 22 del Artículo 75 de la Constitución Nacional. Que, a su vez, respecto de los adultos mayores, están alcanzados por las previsiones de la “Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”.

Concluye el hilo argumental del razonamiento, afirmando que “la existencia de condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran ciertos grupos de personas, requiere la intervención de los tres Poderes de la República Argentina en aras a mitigar las desigualdades mencionadas”. Así también; “el reconocimiento de estos grupos desaventajados obliga al resto del aparato de la Administración Pública a intervenir en las situaciones de desigualdad y privación de derechos, especialmente cuando se trata de sujetos en situación de vulnerabilidad.”

Entiendo que este tipo de políticas públicas están en orden con los fines de nuestro actual Estado Constitucional y Social de Derecho y da cumplimiento a las obligaciones internacionales y nacionales que asumimos como Estado.¹³²

¹³² Delpech, Federico F, La aplicación del principio de no regresión en épocas de pandemia COVID-19, REVISTA ADLA, N° 06, JUNIO 2020, p. 10.

X. LOS PRIMEROS ESCRUTINIOS JUDICIALES DE LA CUARENTENA DISPUESTA POR EL GOBIERNO NACIONAL. EL AISLAMIENTO SOCIAL COMO MEDIDA DE ACCIÓN POSITIVA. LOS CASOS “KINGSTON”, “ONETO”, “BLANCO PEÑA” Y “FERRARO”

La respuesta constitucional a la situación de emergencia es un ejercicio particular del poder de policía: aunque restringe más intensamente los derechos para superar la contingencia, subsiste el control judicial de razonabilidad sobre las medidas adoptadas. A todo evento siempre debe resultar judicialable, en miras a respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que ninguna declaración de esta índole implica suspender la vigencia de la Constitución, ni, por ende, alterar la división de poderes ni permitir la violación de los derechos personales.

El señor Patricio Kingston, inició una acción judicial –habeas corpus- contra el Estado Nacional, a fin obtener la anulación de la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesta por el Gobierno argentino para evitar la propagación del Covid-19. Las razones de salud pública que motivaron el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia n° 297/2020 permitieron al Poder Judicial descartar que las restricciones a la libertad ambulatoria que se señalan en la demanda violaran derechos constitucionales o atacaran el ordenamiento jurídico.¹³³

La Cámara interviniente analizó la razonabilidad de la medida y sostuvo: “A estos fines para realizar el control de constitucionalidad se tiene que ponderar si la norma busca fines legítimos y si los medios utilizados para esos fines son razonables dentro de los mecanismos con los que cuenta la autoridad cuando limita derechos individuales (Arts. 14, 18, 19, 28 y 33 de la C.N.).”

Advirtió el tribunal que el aislamiento dispuesto constituye una restricción a la libertad ambulatoria y al derecho de reunión (Art. 14 de la C.N.). Sin embargo, consideró que esta restricción a derechos fundamentales tiene sustento en la exposición de motivos de la norma

¹³³ Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Sala Integrada de habeas corpus – 19.200/2020 – KINGSTON, Patricio. Habeas corpus. Interloc. 14/143.

de la que se extrae, en forma nítida, las razones de salud pública de público conocimiento que han dado origen a la decisión adoptada.

Agregó que; “Como se advierte de la lectura de los motivos considerados por el Poder Ejecutivo, la medida adoptada -aislamiento social- es la única a disposición que se tiene ante la ausencia de otros recursos médicos que impidan la propagación de la enfermedad... Tal medida, a su vez, encuentra adecuado fundamento en la necesidad de preservar la salud pública. Si bien implica una severa restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no sólo del afectado en forma directa, como podría ser el aquí accionante, sino de los terceros con los que se tenga contacto en caso de ser afectado por el COVID-19”... “Si bien en esos casos se trataba la necesidad de prestación médica por parte del Estado Nacional, en la situación excepcional que da cuenta la norma impugnada y la situación pública y notoria, la acción positiva a la cual puede recurrir el Estado para preservar la salud, ante la ausencia de medicación idónea que permita evitar la propagación y la afectación de la salud, es el aislamiento social al que se ha recurrido.”

Evalúo que la situación de excepcionalidad da cuenta de la legitimidad de los fines buscados que se pretenden preservar, por lo cual desde este prisma la norma tiene pleno sustento. En cuanto al medio utilizado y las restricciones dispuestas que limitan la posibilidad de reunirse y circular han sido dispuestas también en forma razonable, como se dijo, en cuanto único medio que la comunidad internacional y la información médica da cuenta para evitar la propagación de la grave enfermedad.

En cuanto a la proporcionalidad de la medida –indicó el tribunal– también se ajusta a los parámetros constitucionales en tanto se ha previsto en la legislación distintos supuestos que permiten la circulación de personas con tareas esenciales, como la asistencia a niños, niñas y adolescentes, a personas mayores y a quienes lo requieran. Además, la restricción de movimientos general tiene excepción cuando tenga sustento en cuestiones de necesidades alimentarias, de limpieza y médicas en lugares cercanos. En este contexto de excepcionalidad, también señala la Cámara, que el Poder Ejecutivo remitió, conforme surge de la norma, el decreto a consideración del Congreso de la Nación para

su tratamiento por parte de la Comisión respectiva circunstancia que demuestra que se han respetado las normas constitucionales.

Por último, razonó el Tribunal sentenciante, tampoco existe un supuesto de amenaza a la libertad ambulatoria porque el decreto en forma específica dispone que la fuerza policial en caso de detectar un incumplimiento a la norma dará noticia a la justicia penal para que evalúe la pertinencia de iniciar acciones en función de la posible comisión de los delitos previstos en los arts. 205 y 239 del C.P. En esta inteligencia, el Juez Penal con jurisdicción deberá resolver el caso concreto, por lo cual se descarta asimismo en esa situación un caso de privación de la libertad sin orden de autoridad competente (Art. 3, a contrario sensu, de la ley 23.098). En definitiva, por los argumentos expuestos, el planteo efectuado por el letrado no logra demostrar que la normativa impugnada implique una afectación a los derechos constitucionales. Por el contrario, se advierte que busca preservar la salud pública en forma razonable y proporcional.

Se destaca también la causa “Oneto, Norberto F y Villarruel, Victoria c/ Estado Nacional s/Amparo”¹³⁴, rechazada en primera instancia por el Fuero Contencioso Administrativo Federal, y en la que los actores promovieron la acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 493, que dispuso prorrogar hasta el 7 de junio el aislamiento social, preventivo y obligatorio, argumentando que tal cesión violaba los artículos 14, 28 y 36 de la Constitución Nacional y el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El juez interpretó que el planteo era abstracto por no manifestarse un conflicto inminente o actual. Además, consideró que no se cumplimentaban los requisitos para sustanciarse un proceso colectivo, en virtud, de no invocarse el sujeto colectivo al cual se representa, lo que trasgrede el Reglamento de Actuaciones en Procesos Colectivos, emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Otro antecedente relevante lo encontramos en la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional,

¹³⁴ Sentencia del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10 de fecha junio de 2020.

en autos “Blanco Peña, M. L. s/habeas corpus”¹³⁵ en la que rechazó los planteos de la accionante contra las políticas de cuarentena dispuestas por el Gobierno Nacional. En cuanto a la razonabilidad de las medidas adoptadas en nuestro país, en el marco de los Decretos Nros. 297/20, sus sucesivas prórrogas y 493/20, ha manifestado que: “...En este sentido, la restricción a la libertad ambulatoria para preservar la salud pública, y la reglamentación dispuesta por la norma se encuentra motivada en forma razonable por cuanto, como se explicó no se advierte otro mecanismo posible en este estado del conocimiento científico, ni la parte lo ha explicitado o ha brindado otras posibles opciones que demuestren que las medidas dispuestas en la norma que impugna constituyan mecanismos arbitrarios sin sustento científico o irracionales”. “...Las restricciones allí impuestas a los derechos y garantías de todos los habitantes, de acuerdo a las limitaciones según las jurisdicciones con distintas intensidades de acuerdo a la situación sanitaria, están motivadas en forma razonable como se señaló y con el fin de preservar la salud pública.”, así como también que “...los decretos de necesidad y urgencia cuestionados por la accionante no poseen tintes de arbitrariedad en tanto los fines y medios utilizados demuestran la compatibilidad constitucionalidad de las limitaciones a los derechos individuales (artículos 14, 18, 19, 28 y 33 de la CN)”.

Finalmente, la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, confirmó el rechazo de un habeas corpus presentado por Maximiliano Ferraro y otros legisladores y actores políticos de la oposición¹³⁶, quienes fundados en su derecho a circular impugnaron las medidas sanitarias de restricción ambulatoria

¹³⁵ 23588/2020/CA1 – “Blanco Peña, M. L. s/habeas corpus” - CNCRIM Y CORREC – SALA V- 29/05/2020.

¹³⁶ Los Sres. Maximiliano Ferraro, Paula Mariana Oliveto Lago, Juan Manuel López, Mariana Zuvic (quienes resultan ser Diputados de la Nación), Claudio Gabriel Cingolani, Juan Facundo Del Gaiso, María Cecilia Ferrero, Hernán Reyes, Lucía Romano (Diputados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Hugo Vicente Bentivenga (Comunero de la Comuna 8 de la CABA) y Aldana Ayelén Ruiz Zotta, son las personas que han promovido una acción de habeas corpus colectivo y preventivo con el objeto de que se ordene a las fuerzas de seguridad de la Ciudad de Buenos Aires que le permitan transitar y se abstengan de impedir la circulación a las personas que, eventualmente, el lunes 17

dispuestas por los gobiernos nacional y locales, solicitando se ordene a la policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no obstaculizar su asistencia a la marcha contra las políticas de cuarentena a realizarse el lunes 17 de agosto.

La jueza de primera instancia resolvió el rechazo *in limine* del habeas corpus, considerando que las disposiciones contenidas en el DNU 641/2020 establecen una restricción legítima, razonable y proporcional de la libertad ambulatoria de las personas con el objetivo de prevenir la propagación del coronavirus.

La alzada resolvió en sentencia emitida el 17 de agosto de 2020 confirmar la decisión de la Magistrada de grado dictada el día 16 de agosto del corriente, en tanto resolvió rechazar *in limine* el habeas corpus colectivo y preventivo interpuesto en la presente causa en favor de todas las personas que eventualmente deseen asistir a la manifestación del 17 de agosto de 2020 en la Ciudad de Buenos Aires.¹³⁷

XI. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE COVID-19 DEL ESTADO NACIONAL ANTE LA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (LEY 26.944)

Como primera cuestión, quisiera limitar el análisis a las posibles responsabilidades del Estado Nacional por la emisión de las diversas medidas sanitarias en ejercicio del poder de policía de la salubridad, cuyas previsiones normativas se encuentran en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y resultan aplicables a esta situación por haber sido medidas adoptadas por la Administración federal. No abordaremos aquí las responsabilidades derivadas de la actuación de otras instancias estatales –provinciales o municipales–, ni los posibles daños derivados en la salud por la acción directa de la enfermedad, ya sea en trabajadores estatales –médicos, enfermeros, agentes de seguridad, etc.–, personas privadas de la libertad o pacientes que fueron atendidos en alguna de las instancias del sistema público de salud argentino. Tampoco la responsabilidad derivada de una relación contractual.

de agosto de 2020 decidan manifestarse personalmente, contra una serie de cuestiones allí indicadas.

¹³⁷ CAU N° 13064-0/20 “Ferraro Maximiliano y otros s/Habeas Corpus”.

Como punto de partida para el análisis, coincido con la afirmación de Pablo Perrino y Juan Carlos Sanguinetti, quienes sostuvieron al respecto que: “a diferencia de lo ocurrido en diversos países europeos, en Argentina se adoptaron prontamente medidas para hacer frente a la pandemia. Si bien podría controvertirse la legitimidad de determinadas decisiones adoptadas, no parecería, en principio, que hayan existido incumplimientos de deberes de actuación por parte del Estado que reúnan los caracteres exigidos por la LRE y la jurisprudencia de la Corte Suprema para dar lugar a este particular supuesto de responsabilidad estatal”¹³⁸.

Por lo que, descartada en principio la presencia de políticas públicas contrarias a derecho o ilegítimas, corresponde evaluar la normativa y jurisprudencia referida a la responsabilidad por actividad lícita para enmarcar la posible reparación de los daños que pudieron ocasionar las medidas sanitarias dispuestas por el Poder Ejecutivo nacional, en el marco de la policía de salubridad orientada a disminuir las consecuencias negativas de la propagación del coronavirus en la población argentina.

1. El caso fortuito o fuerza mayor como eximente de la Responsabilidad Estatal

Ley 26.944 en su artículo 2 establece que se exime de responsabilidad al Estado por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial. Por su parte, el Código Civil y Comercial indica en el art. 1730 que se considera caso fortuito o fuerza mayor –a estos efectos funcionan como sinónimos- al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

En el caso de la actual pandemia, resulta claro que –luego de la aparición en China y la propagación por Europa- era previsible que el coronavirus impactaría en nuestro país, más tarde o más temprano, de lo que tampoco queda duda alguna es el carácter inevitable de dicha situación, como lo fue en todos los lugares de nuestro planeta.

¹³⁸ Perrino, Pablo E. y Sanguinetti, Juan Carlos; “La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19”, Revista Derecho Administrativo, Julio - Agosto 2020 | 130, RDA, pág. 120 y sgtes.

Al respecto la doctrina que abordó la cuestión sostiene que el COVID-19 es un suceso inevitable y, en general, irresistible y cumple –por ahora en modo abstracto– con los tres requisitos del caso fortuito (imprevisible, irresistible y externo).¹³⁹

2. Responsabilidad del Estado por actividad lícita

La responsabilidad estatal por actividad legítima, en la regulación dispuesta en el artículo 4 de la Ley de Responsabilidad del Estado, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; 2) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; 3) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; 4) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; 5) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido

La ley establece como principio que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional y en su artículo 5° dispone que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante. Agrega la norma que la indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

En este contexto normativo y jurisprudencial, adelantando una hipótesis sobre el impacto de las medidas de policía sanitaria adoptadas por el Estado en la producción de daños a personas físicas y/o

¹³⁹ Tapia, Mauricio, “¿El COVID-19 es un caso fortuito?”, en *El Mostrador*, 20 de abril de 2020. Medina, Gabriela, “Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19: Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de derecho comparado”, *LA LEY* (Argentina), 74, LXXXIV, ps. 2-8. Rivera, Julio César, “Los contratos frente a la pandemia”, *LA LEY* (Argentina), 2020-B, 74, año LXXXIV, ps. 8-14. Calvo Costa, Carlos A., “Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia”, *LA LEY* (Argentina), 2020-B, 78, año LXXXIV, ps. 1-6.

jurídicas, podemos sostener que éstos no tienen por causa exclusiva la política estatal en cuestión, sino que el propio coronavirus o pandemia constituye un caso fortuito que opera como concausa, excluyente de la responsabilidad estatal en los términos de la Ley 26.944.

XII. CONCLUSIONES (PROVISORIAS)

Lo provisionalidad de estas primeras conclusiones se desprenden de encontrarnos en medio del desarrollo de la pandemia, sin haber superado el esperable pico de contagios y fallecimientos, y asistiendo a una batería muy compleja de medidas y políticas públicas llevadas adelante por el Estado Nacional y los Estados locales, con el apoyo de la población del país.

Sí intentaré responder algunas de las preguntas con las que iniciamos este trabajo, afirmando que el Estado Nacional, actuando en coordinación con el resto de las esferas públicas, ha tomado una serie de medidas sanitarias y económicas, con la finalidad de garantizar el derecho a la salud y vida de la población, resultando adecuadas atento a los resultados –provisorios- hasta el momento alcanzados. Algunas de esas decisiones reglamentaron derechos individuales en forma razonable y acorde a derecho. Por ello, tratándose de una cuestión determinada por el principio de legalidad, en la que los márgenes de posibilidades de actuación están contenidos por el ordenamiento jurídico constitucional, y en virtud del principio de razonabilidad antes descripto (en el que debe ponderarse la obligación del Estado de garantizar los Derechos Fundamentales mediante medidas de acción positiva que protejan especialmente a los grupos de personas vulneradas), no existe resquicio legal alguno para las superficiales, endebles y malintencionadas especulaciones sobre “*costos y beneficios*” de las medidas adoptadas por el Gobierno nacional frente a la pandemia.

La medida de aislamiento social –que ha demostrado ser la única respuesta sanitaria posible para salvar vidas y proteger la salud pública- es prácticamente la única posibilidad que nuestra constitución le deja al Gobierno nacional, para no violar el ordenamiento jurídico y tener luego que responder nacional o internacionalmente por ello. El actual Estado Constitucional y Social de Derecho les impone a las

autoridades a respetar el derecho a la salud de la población mediante políticas públicas activas y diferenciadas a fin de garantizar derechos fundamentales de los habitantes de nuestro país y, en especial, de determinados grupos de personas especialmente vulneradas¹⁴⁰. Como lo sostuvo la Cámara que intervino en la causa judicial analizada –Kings-ton–, el aislamiento social, preventivo y obligatorio constituye una de las medidas de acción positiva a que se encuentra constitucionalmente obligado el Estado frente a la situación sanitaria que vivimos. También es obligación del Estado garantizar –mediante acciones positivas– los derechos fundamentales básicos de aquellas personas que integran grupos sociales vulnerados económicamente y que, en el contexto de paralización de las actividades, pueden ver afectada su subsistencia, calidad de vida y derechos humanos primordiales, como –por ejemplo– el de alimentación.

En este contexto crítico, todas las personas que vemos afectados –razonablemente– algunos de nuestros derechos individuales, fundamentales o patrimoniales, tenemos que correlacionar solidariamente nuestros derechos con los deberes que como ciudadanos tenemos para con la comunidad y la humanidad. Se nos impone recordar en estos tiempos, que aquellos derechos que nos reconoce el ordenamiento jurídico, están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (art. 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Quiero terminar este primer abordaje a un complejo tema en permanente desarrollo, con la mirada más general expuesta por el profesor Raúl Gustavo Ferreyra: “El *aislamiento obligatorio* de las individualidades personales configura la única herramienta para mitigar la propagación del mal. En América del Sud más de una tercera parte de las tareas económicas se desenvuelven en el marco de la informalidad. Hay una Mercado voraz, pero informal. Se desconoce el precio que para la economía, frágil y vulnerable de esas personas, ocasionará el aislamiento. El encerramiento que tiene un costo altísimo para los derechos fundamentales, significa el mejor horizonte posible, incluso

¹⁴⁰ Gutiérrez Colantuono, Pablo, Administración pública, juridicidad y derechos humanos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

sin saber su fecha de finalización. La lección que surgirá de los tiempos de la peste será que no bastará con no hacerse daño y proteger el individualismo. Hay que guiarse por el conocimiento científico y ser solidario siempre que se pueda, en un marco de profundo e inmarcesible respeto al otro. Ese repertorio normativo, fundamental para las bases mínimas del desarrollo de la vida de nuestra especie, felizmente, descansa en la abrumadora mayoría de las Constituciones de América del Sud. Sin solidaridad no hay campo para contener el daño de la peste.”¹⁴¹

¹⁴¹ Ferreyra, R. G. (2020). Editorial ReDeA N° 14. *Derechos En Acción*, 14(14), 354. <https://doi.org/10.24215/25251678e354>



REVISTA
de la **ESCUELA** del **CUERPO**
de **ABOGADOS** del **ESTADO**



Escuela del Cuerpo de
Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina

Defensa 119 8° - C1065AAA
Buenos Aires, Argentina
Tel. +54 11 4331-2712/14/20
C. e.: revistaecae@ptn.gob.ar