

Una discusión entre Arturo Sampay y Cristina Kirchner sobre el derecho de huelga



Fabricio Ezequiel Castro (Conicet/UBA/UNPAZ)

En el discurso de asunción presidencial del año 2011, una irónica Cristina Fernández de Kirchner pronuncia frente al Congreso de la Nación y con motivo de dos importantes huelgas de trabajadores petroleros y docentes en el sur del país, las siguientes palabras:

Sinceramente, el derecho de huelga es un derecho que asiste a todos los trabajadores por imperio de la Constitución reformada...alguien me dijo, no pude corroborarlo antes de venir acá, por eso lo digo a título de algo que me dijeron...que parece ser que en la constitución peronista de Sampay no estaba el derecho de huelga, ¿Podrá ser posible? No creo. [Interviene alguien del público] ¿Eh? Ah, no había conflicto con Perón. Ay, mirá que bien. Qué bueno que está esto. O sea que cuando estaba Perón no había derecho a huelga, digo por los que lo reivindican a Perón y nos critican a nosotros. Con nosotros derecho de huelga hay, pero no de chantaje ni de extorsión [Aplausos].¹

Evidentemente, la acusación no se dirigía al padre de la Constitución de 1949, más bien apuntaba contra aquellos trabajadores cuya definición peronista no les impedía presionar con reivindicaciones desmedidas a un gobierno autodenominado popular. La falta de consideración de cierta “aristocracia obrera” (pues la presidenta había señalado que los petroleros y docentes sureños ganaban los mejores

¹ Cristina Fernández de Kirchner (10 de diciembre de 2011).

salarios del país) respecto de los beneficios salariales y de la solución no represiva de los conflictos laborales desató el enojo presidencial y la advertencia respecto de las diferencias con el primer peronismo en cuanto al derecho de huelga.

Hecha la anterior aclaración, el extracto del discurso de Cristina Fernández nos servirá de excusa para recuperar la obra de Arturo Enrique Sampay, autor relegado del pensamiento nacional en general y, llamativa y especialmente, de la filosofía jurídica argentina.

El objetivo del presente trabajo consistirá, entonces, en la rehabilitación del pensamiento de Sampay para promover un diálogo crítico con el kirchnerismo. Para lograrlo, deberemos reponer con cierta exhaustividad las principales ideas del jurista argentino, no por mero impulso detallista, sino debido a su carácter holístico, que impide una separación analítica entre su teoría política y su filosofía del derecho. Nuestras conclusiones destacarán cómo el kirchnerismo, en el terreno jurídico, se aleja del constitucionalismo del primer peronismo para enfatizar la promoción y la extensión de los derechos humanos, inclinándose, en la tensión ideológica entre el peronismo y el liberalismo, por este último.² A la vez, mostraremos que la gran lección de Sampay al kirchnerismo reside en la imposibilidad de llevar a cabo reformas económicas populares sin una transformación constitucional que las asegure.

1. Las bases del pensamiento jurídico-peronista

El abogado argentino Arturo Enrique Sampay (1911-1977) pasó a la historia como miembro informante de la reforma constitucional de 1949. Su historia con el peronismo es, sin embargo, ambivalente, pues su figura estuvo atada a la suerte política de Domingo Mercante, gobernador por entonces de la provincia de Buenos Aires y mentado por muchos como sucesor presidencial de Juan Domingo Perón. Este último tuvo éxito al impedir el ascenso de su antiguo aliado, cuya caída en desgracia selló el destino político y el exilio de Sampay. El conflicto con la Iglesia, además, agregó un factor al distanciamiento del jurista, adscripto durante toda su vida a las filas del nacionalismo católico. Sampay regresará al país recién en la década de 1970, dado que a la pérdida de apoyo dentro del peronismo se sumó la intolerancia antiperonista de la Revolución Libertadora, que destruyó la reforma del 49 a través de la constituyente de 1957. Este derrotero no impidió, sin embargo, que Sampay sea considerado uno de los intelectuales más importantes del peronismo, dominio indiscutible si nos ceñimos al derecho.

Para presentar su pensamiento, iremos de lo general a lo particular. En un primer apartado, comentaremos sus ideas sobre el Estado y el derecho en relación con sus críticas al Iluminismo liberal y positivista característico de principios del siglo XX. Posteriormente, mencionaremos su concepto central de Constitución para, por último, restringirnos a la reforma del 49, dentro de la cual abrevaremos sobre los derechos del trabajador y el argumento de Sampay para excluir el derecho de huelga del conjunto

² Lo dicho no significa plantear una falsa contradicción entre peronismo y derechos humanos. Sin embargo, la consagración de derechos individuales en la obra de Sampay se justifica en el marco de otra tradición de pensamiento. Por otro lado, entendemos que este autor no agota la producción jurídica peronista, pero al ser el ideólogo de la reforma del 49, es altamente representativo de los principios del primer peronismo.

de la legislación constitucional obrera. Finalmente, en una parte más especulativa de este trabajo, intentaremos delinear algunas hipótesis y comparaciones con el kirchnerismo, para responder qué aspectos de Sampay todavía lo interpelan.

1.1. La teoría del Estado y del derecho

Existen dos puntos cardinales que vertebran toda la teoría político-jurídica de Sampay. El primero es la determinación de un enemigo teórico: el liberalismo. En realidad, la crítica abarca a la modernidad política en general, de la cual la ideología liberal es una expresión consecuente. A estas, Sampay le opone una construcción teórica algo extraña a nuestra época pero, como señala Alberto Buela (2011), habitual por aquellos años: el catolicismo político, una corriente sumamente influida por el tomismo, la tradición hispánica, y dotada además del sistema crítico del pensamiento contrarrevolucionario francés e inglés encarnado en nombres como Joseph De Maistre, Louis de Bonald y Edmund Burke. Así, antimodernidad/antiliberalismo y catolicismo político funcionan como paraguas sobre los que descansa la obra de Sampay. Como señalan Mackinnon y Petrone (1998), estos rasgos ideológicos eran comunes en el populismo clásico (propio de los años 1950 en América Latina), el cual ejercía un antiliberalismo “en bloque” que fusionaba a su enemigo (la vieja oligarquía agroexportadora) con el pensamiento liberal. De este modo, combatía en dos planos: en el teórico, proyectaba reemplazar el corpus de la Ilustración y, en el político, intentaba desplazar a esa elite oligárquica por otra de cuño popular. Urgía entonces la pronta aparición de un sujeto político popular dotado de una sólida ideología antiliberal.

La “tercera vía” del populismo argentino suponía, al menos en el autor aquí considerado, rescatar la tradición clásica y enfrentarla a la modernidad liberal. Detallemos entonces estos dos aspectos, la antimodernidad y la vuelta al modo clásico.

En los textos *La filosofía del iluminismo y la constitución nacional de 1853*, publicado en 1944 y en el segundo volumen de la *Introducción a la teoría del Estado*, de 1951, Sampay construye una fuerte crítica de la modernidad política. Partiendo de la afirmación de que en toda ideología subyace una cosmovisión sobre el hombre y sobre Dios, como presupuestos a partir de los cuales se sustenta un cuerpo de ideas políticas, postula que los dos grandes defectos de la modernidad son el antropocentrismo y el agnosticismo filosófico. En cuanto a lo primero, la consideración moderna coloca al hombre en el centro de la reflexión filosófica, sobrevalorando su capacidad para transformar el mundo a través de la exaltación de sus atributos, en especial, de los derivados de su razón. El liberalismo, a su vez, incorpora una evaluación moral: el hombre es bueno por naturaleza. A partir de esto, no sorprende que la consecuencia sea, en política, el contractualismo. Este, al sostener que la legitimidad de un gobierno parte del consentimiento racional entre los hombres para resguardar derechos inalienables, mantiene la autonomía humana respecto de cualquier figura trascendente, autorizando la posibilidad de la autodeterminación política. En la rama liberal de la teoría del contrato, cada ciudadano, una vez garantizada su libertad individual, es libre de perseguir sus fines sin importar su concordancia con los de la sociedad. Por otro lado, lo que caracteriza a la Ilustración, destaca Sampay, es una excesiva fe

en la razón, considerada a partir de la modernidad como la vía por excelencia para realizar lo político con independencia de la fe y de la revelación, puesto que ya no hay nada por encima del hombre.³ No obstante, la religión no desaparece como tal, pero se proclama una cierta equivalencia entre todas las religiones, privatizándolas del Estado. Ya no hay una concepción religiosa que insufla de fuerza moral a la nación, ni que le dé dirección. Por el contrario, esta privación ideológico-moral redundará en la neutralidad estatal.⁴ En consecuencia, la excesiva valoración del hombre, patente en el carácter inmanente de la modernidad y en la exageración de las facultades de la razón humana para la construcción política y la cohesión social, se combina con la proclamación de un estado neutral frente a todas las religiones y reducido, por lo tanto, a un aparato técnico cuya misión es proteger la seguridad de los ciudadanos atomizados. Todo ello se apoya convenientemente en las aspiraciones degradantes de la burguesía de acotar las funciones del Estado a la garantía del libre desenvolvimiento del mercado. Así, el liberalismo defiende un supuesto orden natural social de relaciones humanas económicas, motorizadas por la persecución individual y utilitaria del propio interés, donde el Estado solo debe custodiar el bien privado y toda otra intervención perturba.

El otro gran problema de la modernidad es el abandono del juicio moral en política. El regreso al pensamiento clásico en Sampay opera principalmente devolviendo a la ética su lugar primordial. La política, la economía y la sociedad se rigen para nuestro autor por criterios éticos. La pregunta ahora se desplaza no al mejor modo de mantener y conservar el poder (Maquiavelo), ni a la construcción de un aparato político llamado Estado para proteger la vida de los individuos (Hobbes), sino a considerar cuáles son los fines morales del hombre a los cuales la política estatal debe servir.⁵ El esfuerzo teórico del jurista argentino parte de la pregunta por los fines justos. ¿Hacia dónde debe orientarse la comunidad? ¿Cuál es la finalidad del Estado? ¿Qué es vivir bien? Todas preguntas aristotélicas y tomistas. Sampay establecerá sus axiomas en base a una antropología clásica-cristiana, por la cual el hombre es un *zoo-politikon* que se encuentra bajo la égida divina y que no es ni bueno ni malo, sino tendencialmente lo uno y lo otro, según su relación con la gracia divina y la obediencia a las virtudes católicas.⁶ El hombre creado por Dios es inherentemente social. De esta sociabilidad innata, surge la afirmación de una esencia humana que habilita un discurso sobre los fines. Si existe una naturaleza intrínseca, provista por Dios, entonces la misión del hombre consistirá en la perfección de dicha esencia, como una exigencia interior que lo obliga al logro de la plenitud de su ser y que, dado su carácter sociable, solo puede hacerse en comunidad. Para la realización del ser es necesario que la vida común se dirija políticamente hacia su meta verdadera y justa. Vemos claramente la vuelta al derecho natural objetivo propio de los clásicos, aunque revestido por el tomismo, que prioriza la pregunta por lo moral.

3 “[E]n el iluminismo encuentran madurez [...] los elementos característicos del Renacimiento: el abandono de la metafísica [...] la antropología filosófica que considera al hombre como un ser autónomo y absoluto, [y] una visión radicalmente optimista de la naturaleza humana” (Sampay, 2011a: 8-9).

4 “Esta inmanentización del contenido esencial de la Religión, operada por el iluminismo, es conectada con la neutralidad cultural del Estado, y con su más inmediata secuela: la equiparación de todas las religiones” (Sampay, 2011a: 16).

5 Para las consideraciones sobre Maquiavelo y Hobbes, ver Sampay (2011b: 464-466).

6 “El hombre [...] está tironeado por el mal, aunque sin dejar de ser solicitado por el bien [...] el hombre es perfectible por la infusión de la nueva vida que le da la gracia santificante, y por la realización del paradigma de las virtudes cristianas” (Sampay, 2011b: 466).

Ahora bien, existen diversos fines. Hay fines verdaderos, que responden al desarrollo de la esencia única de los hombres y otros falsos, inadecuados para dicho objetivo. Partiendo de un correcto conocimiento de la naturaleza humana, que para Sampay significa afirmar la universalidad y la invariabilidad del carácter sociable del hombre (todos los hombres son esencialmente iguales y, por ende, todos tienden hacia el mismo fin), surge la vara para medir la justicia e injusticia de las acciones económicas y políticas.

La política debe subordinarse a una serie de principios éticos para encaminar a la sociedad hacia su fin natural. El Estado es aquella autoorganización de la comunidad bajo una autoridad cuya misión es dirigir a la sociedad hacia el bien. Es una unidad de orden, que permite a cada hombre realizarse con plenitud. La economía, por su parte, también se rige por principios morales. Pero al ser la política y más precisamente el Estado el encargado de dirigir éticamente a la comunidad, la economía, también subsumida al orden ético, dependerá de la regulación político-estatal.⁷ Llegados aquí, es importante una aclaración: el Estado no determina los fines propios de la comunidad. Tampoco los hombres. Es la cosmovisión cristiana verdadera la que los asigna. Dichos fines están predeterminados por el Creador y fundamentan el derecho natural justo. El Estado realiza a través del derecho los principios verdaderos relativos a una comunidad. Sampay, con esto, delimita la famosa tercera posición: no se trata ni de un Estado liberal desentendido de los fines y restringido a mera maquinaria técnico-política proveedora de seguridad, ni de un Estado absolutizado, deificado, al cual los destinos del hombre se subordinan en pos de una grandeza imperialista. El Estado no “es” un fin, más bien “tiene” fines por cumplir. La tercera vía implica un Estado subsumido a principios éticos superiores, que norman el derecho positivo de acuerdo con criterios fijos de lo justo y lo bueno para guiar a los hombres de una comunidad a la realización de su perfección, criterios todos que no son determinados por ella, sino que le vienen de afuera, que lo “trascienden”. De ahí la recuperación de la definición aristotélica: el Estado es la “comunidad perfecta y soberana” (Sampay, 2011b: 394). Es una comunidad en la que no existe una separación Estado-sociedad civil, pues los hombres sociales necesitan inexorablemente de una autoridad que los acompañe en la realización de su perfección, imposible, como hemos dicho, de alcanzar individualmente dada la sociabilidad natural. Es soberana y perfecta porque no existe nada por encima de ella, es la máxima ordenación y la mayor reunión de hombres posible con vistas a la obtención de su íntegro desarrollo. No obstante, está supeditada a la trascendencia, al derecho natural divino que predetermina la esencia humana y, por lo tanto, la dirección de los fines. ¿Cuáles son esos fines? El completo desarrollo del ser del hombre. ¿Cómo se logran? A través de la adquisición de bienes exteriores (no reductibles solo a bienes materiales, sino también a culturales y sociales) en tanto insumos para el progreso integral de cada uno de los habitantes de una sociedad.

Recapitulando, Sampay es un pensador antimoderno que se vale de una concepción aristotélico-tomista por la cual resitúa a la ética dentro de la política, atribuyéndole al Estado la misión de dirigir a la comunidad hacia su fin verdadero, a partir de una antropología católica y esencialista que define al hombre como animal social y político trascendido por Dios. Con este aparato conceptual, encara una

7 “[L]a Economía es una realización de la Ética a través de la Política [...] el Estado, en su carácter de institución que sirve a la aplicación y efectividad de los principios éticos a través del Derecho, le es natural la función reguladora de las cuestiones económicas” (Sampay, 2011a: 84).

crítica a la inmanentización de la modernidad y a la excesiva confianza en la razón humana liberal, pero también al absolutismo estatal moderno que convierte al Estado en un fin en sí mismo, cuando en rigor es meramente un instrumento al servicio del hombre. De este modo, si el liberalismo sitúa los fines en la defensa del interés individual y de un orden armónico surgido del concurso de los intereses privados del mercado de la sociedad civil y si, por otra parte, el absolutismo totalizante propone al Estado como finalidad, la tercera vía sampayana defenderá la realización del hombre en comunidad, donde el Estado será el vehículo director hacia lo justo, pero para lo cual necesitará recuperar criterios éticos de dirección política y económica. Lo dicho implica un margen fuerte de intervención estatal, pero también una cierta apertura de acción para el individuo. El Estado está al servicio del hombre y no al revés. La libertad individual existe, aunque subordinada, en caso de conflicto, al interés social.

2. La Constitución democrática y la reforma del 49

Hemos visto que la causa final del Estado es el bien común. Sampay entiende por “bien” el perfeccionamiento del hombre y por “común” la participación ciudadana con ajuste a un criterio verdadero de justicia. El bien en el hombre, por su naturaleza social, solo puede lograrse en asociación. Del éxito de la comunidad depende el desarrollo de un sentimiento común denominado por el jurista argentino “patria”. El Estado, a su vez, es definido como una unidad de orden, una organización central de la sociedad, un “obrar humano mancomunado” (Sampay, 2011b: 329) con arreglo al mencionado fin. El esencialismo del que hemos hablado no obstaculiza las particularidades sociales. De hecho, existe un marco cultural sobre el que una determinada civilización se apoya para realizar su perfección. En occidente es el cristianismo y en Argentina, a su vez, es el modo hispánico de realizar lo ético, aquello que constituye el “ser nacional” distintivo en el marco de la igualdad esencial entre los hombres. La dirección estatal nacional debe confluir hacia el logro de su “argentinidad moral”. Es interesante notar aquí la doble vía de justificación de un determinado tipo de orientación del Estado: una esencial, común a todos los hombres y otra específica de nuestra raíz cultural. Ambas direccionan hacia una cosmovisión cristiana de la sociedad.

El Estado determina lo ético a través del derecho. La norma jurídica más importante es la Constitución, con lo cual nuestro siguiente paso es extendernos en su tratamiento. A la dilucidación de su concepto general y de sus implicancias para la reforma constitucional argentina nos dedicaremos en las próximas páginas.

2.1. La idea de Constitución

Para ilustrar este punto, hemos seleccionado dos textos, correspondientes a dos épocas diferentes de la vida de Sampay. El primero recoge las intervenciones constituyentes de nuestro jurista en la reforma constitucional del 49. Por su temática específica la dejaremos para el final. El segundo abarca uno de los últimos textos de su producción intelectual, *Constitución y pueblo*, de 1973, donde se observa una leve in-

clinación al socialismo sin que opere necesariamente una transformación de sus ideas centralmente católicas. La coherencia exhibida por Sampay en ambos trabajos autoriza su inclusión en un mismo apartado.

La obra del jurista argentino opera siempre con la misma definición aristotélica de Constitución:

La constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política soberana, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es la clase social dominante en la comunidad y de cuál es el fin asignado a la comunidad por esa clase social dominantes (Sampay, 2012: 55).⁸

Según Sampay, dicha definición nos permite identificar una parte dogmática de la Constitución, donde se revela el fin perseguido por la comunidad o, en otras palabras, los principios, las ideas que fundamentan la organización constitucional y, por otro lado, una parte orgánica, relevante en cuanto señala la distribución y funciones de los poderes del Estado. La parte dogmática es la más importante y, subordinada a ella, se encuentra la orgánica. Por encima de esta construcción, Sampay identifica otra: la Constitución real y la jurídica. La segunda tiene que ver con la positivización de una realidad surgida de los factores de poder concretos. La “real” se relaciona, entonces, con la dominación de un grupo sobre otro a partir de luchas históricas cuyos vencedores dan lugar a la Constitución jurídica en una situación dada.⁹

Otro aspecto del concepto de Constitución es la recuperación sampaiana de los argumentos de Burke contra la asamblea nacional francesa, de los que se vale el jurista argentino para criticar el constitucionalismo que pretende la creación racional de una norma fundamental sin atender a las condiciones contextuales, esto es, al desarrollo histórico y al desenvolvimiento de las fuerzas políticas y sociales de un determinado territorio, como si acaso la creación de un poder constituyente fuera un mero experimento científico y no la traducción de una situación de dominación. La Constitución escrita no es más que la legalización de la real, emanada de las fuerzas dominantes que se apropian del control de los fines de una comunidad. Con ella, se efectúa la coacción jurídica y la subordinación de los individuos de una comunidad hacia un fin. Sin embargo, como hemos dicho, no todos los fines son justos. Existe la posibilidad de valorar una Constitución para determinar si su finalidad es justa y, por ende, legítima. El fin verdadero de una Constitución es la justicia, o lo que es lo mismo, la distribución de acuerdo con la necesidad de desarrollo de cada integrante de la sociedad. Es decir, dice Sampay, repartir de modo justo el acceso a bienes exteriores necesarios para la subsistencia, el bienestar y el deleite. Notar aquí como la referencia a bienes exteriores no es meramente material, e implica una cierta economía distributiva de acceso a lo cultural.

8 Las citas originales son, en realidad, dos extractos: “Régimen político es una organización de la ciudad, de sus magistraturas y especialmente de la que tiene autoridad sobre todas” (Aristóteles, 2007: 118 [1279^a]) y “un sistema político es una organización de las ciudades relativa a las magistraturas, a cómo están repartidas, cuál es la autoridad del régimen y cuál es el fin de cada comunidad” (Aristóteles, 2007: 149 [1289^a]).

9 Sampay (2012: 25-26) y Sampay (2011c: 33).

Completemos lo expuesto profundizando la clasificación de los distintos tipos de Constitución. Ya describimos la diferencia entre Constitución real y jurídica. Ahora bien, dentro de la jurídica, puede hablarse de Constitución formal y material. La primera refiere al derecho estrictamente positivo y la segunda a los contenidos surgidos como principios directivos de la comunidad, positivos o no, pero presentes en el derecho.

Agreguemos otra distinción, sociológica esta vez, introducida por Sampay. Según nuestro autor existen, de acuerdo al sector dominante que la realiza, solo dos tipos de Constitución. Una oligárquica, cuando el grupo detentor del poder convierte en suyo lo que pertenece a la comunidad, reorientando los fines de esta a los propios según un criterio oligárquico de justicia y, a la inversa, una Constitución justa y verdadera denominada democrática, en la cual priman criterios patrióticos de distribución y disposición al desarrollo de los integrantes de una comunidad.¹⁰ El sujeto que lleva adelante una Constitución de este tipo es el sector popular o sus comendatarios. Coherente con lo tratado hasta aquí, para Sampay existen Constituciones justas o injustas. El criterio de evaluación sobre las virtudes de una Constitución es diferente al que esperaríamos encontrar desde un punto de vista democrático-liberal, por cuanto no importa el modo de acceso al poder en el momento de juzgarla, sino tan solo la justicia de sus fines. Lo que establece la legitimidad no es la legalidad (como plantea Sampay que hace el liberalismo), sino precisamente el contenido. Un gobierno puede, por ejemplo, tomar el poder por las armas, reformar la Constitución y ser legítimo, si tiene el apoyo del pueblo y ubica sus acciones de acuerdo con el bien común. En ese caso, se lo denomina “revolucionario”. En el caso contrario, estamos frente a un mero “golpe de Estado”, que pone en peligro a la comunidad por sus criterios impuros de justicia. Todos los actos políticos son valorables de acuerdo a su orientación respecto del bienestar general, o sea, del acceso que brinden a los bienes exteriores. Para ejercer el juicio y distinguir lo bueno de lo malo no importan las formas de acceso al poder. Estamos en presencia de una idea sustantiva de democracia, muy lejana, por cierto, a la legalidad procedimental del positivismo jurídico.

Apuntemos las ideas del apartado. Una Constitución puede ser estudiada en su aspecto real o jurídico, como se desprende de la definición de Aristóteles. Dentro del jurídico es posible dividirla en una parte formal (legal-positiva) y otra material (principios-usos) o, según su función, en su faceta orgánica (atribución de las tareas del Estado) o dogmática (ideas-supuestos). Por otro lado, de acuerdo al sujeto político que la promueva y, sobre todo, de la justicia de sus principios, una Constitución puede ser oligárquica (ilegitima) o democrática (justa). Lo importante es retener la independencia de lo orgánico-formal para la evaluación del carácter justo o injusto de una norma fundamental. En lo que resta, aplicaremos lo visto a la reforma peronista de 1949.

¹⁰ Notar aquí, nuevamente, la impronta aristotélica. Similar al criterio de identificación de las formas puras e impuras de gobierno, la injusticia oligárquica se define por su orientación al bien de una parte y no al bien común. Ver Aristóteles (2007: 118-120 [1278a-1280a]).

2.2. El artículo maldito

La reforma constitucional peronista de 1949 significa para Arturo Sampay una revolución moral. Y lo es porque toda revolución cambia un cierto ethos, un impulso vital sobre el modo en el que esa comunidad establece sus fines. La reforma modifica el “ethos burgués” heredado de la Constitución alberdiana de 1853, representante fiel de las acusaciones relevadas en nuestro segundo apartado.¹¹ Aun reconociendo sus virtudes, tales como haber otorgado legalidad al territorio nacional o haber sostenido nobles principios de igualdad y libertad, el núcleo de la Constitución de 1853 es la proclamación de un Estado no interventor, basado en la autorregulación de los hombres en el mercado y, por lo tanto, en la sobrestimación de las capacidades humanas, pensamiento posible gracias a la exclusión de los parámetros finalistas y divinos del obrar político y social.

Todo nuevo orden, si quiere perdurar, debe constitucionalizarse en una nueva ley positiva que reoriente los principios que animan el fin de la comunidad política. El fin de la Constitución del 49 es, precisamente, la justicia social, definida como “la justicia que ordena las relaciones recíprocas de los grupos sociales con las obligaciones individuales, dando a cada uno su participación en lo general” (Sampay, 2011c: 48). La función primordial de la reforma propuesta por Sampay es la subordinación del interés individual al interés social.¹² Si no entran en contradicción con la Constitución, podrá existir la libertad de mercado, de contratación y derecho a la propiedad privada. ¿Cuál es la justificación para esta idea?: si el hombre obtiene su perfección gracias a la justicia de una comunidad bien organizada, entonces todo fin social será mayor que el interés individual, incluso para el ciudadano afectado.

Esta función social es para el constitucionalista argentino fruto de una concepción ética cristiana, base moral de la reforma. En consecuencia, la nueva Constitución tiene su epicentro mucho más en la parte dogmática, dedicada a los principios, que en la orgánica, al modificar la plataforma ideológica liberal y al garantizar la protección social de grupos considerados vulnerables como la familia, la ancianidad y los trabajadores. En el último caso, por ejemplo, cambia la concepción constitucional. El trabajo deja de ser definido en términos de mercancía para convertirse en una labor de orden ético, en la cual cobra especial relevancia la dignidad del obrero. Se reconoce a los sindicatos ser los portavoces de sus demandas, pero se autoriza a la vez una “zona indefinida” de libre contratación. De todos los derechos reconocidos a partir de 1949 (que la Libertadora mantendrá después) se exceptúa uno, cuya ausencia ha generado gran polémica, como vimos en la crítica de Cristina Fernández al comienzo de nuestro artículo: el derecho de huelga. ¿Por qué razón Sampay niega la consagración constitucional de este derecho? El autor lo explica en la sesión constituyente del 8 de marzo de 1949: el derecho de huelga no puede positivizarse, a pesar de ser un derecho natural, por la misma razón por la que no puede constitucionalizarse el derecho político de resistencia. Es una cuestión de coherencia normativa, pues una Constitución no puede proclamar el monopolio estatal de la fuerza y, al mismo tiempo, estipular aquellos casos en los que esa fuerza, guardiana de los derechos que allí se consignan, puede

11 Sampay (2011c: 159-166).

12 “[T]iene prioridad el derecho de todos al uso de los bienes materiales sobre el derecho a la apropiación privada” (2011c: 46).

romperse. Es decir, existen la huelga y la resistencia, pero corromperían la eficacia del aparato legal si fueran escritos. El derecho de huelga es “extrajurídico” porque de otro modo se institucionalizaría la violencia civil y solo el Estado detenta esa violencia. El derecho existe y, de hecho, en niveles jurídicos inferiores puede reglamentarse el carácter y los límites de resolución de los conflictos entre patrones y obreros. La no constitucionalización de la huelga no significa para Sampay su prohibición (su inconstitucionalidad) dado que, en su opinión, la legalidad estatal no agota la atribución de derechos.¹³ Recordemos, para reforzar lo expuesto, que el acto de positivizar traduce el derecho natural objetivo-divino y que siempre subsisten materias sobre las que no puede legislarse, pero que aun así mantienen su valor jurídico.

La Constitución de 1949 sobrevivió, al menos en una mínima parte, en las incorporaciones de los derechos sociales del artículo 14 bis de la Revolución Libertadora. Cabe preguntarse, ¿qué molestó verdaderamente de dicha Constitución, si se mantuvo e incluso se amplió su legislación social? El mismo Sampay, reflexionando sobre el pasado, precisa dos cuestiones. Primero, realiza una crítica política a Perón por no haber generado las bases de un movimiento popular que perdurara a su persona y mantuviera la vigencia de la Constitución. En segundo lugar, a pesar de la incorporación del artículo 14 bis, el afán liberal de los derrochadores de Perón estaba concentrado sobre un apartado completo de la reforma del 49 titulado “La función social de la propiedad, el Capital y la actividad económica”, y compuesto de tres artículos: el 38, el 39 y el famoso artículo 40:

Art. 38. La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar [...] la utilización del campo y [...] procurar a cada labriego la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o intereses general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.¹⁴

Art. 39. El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino.¹⁵

Es notable la coherencia de estos artículos con la reconstrucción del pensamiento de Sampay a la que nos hemos abocado. Las referencias al bien común son constantes. Veamos ahora un fragmento del artículo “maldito”:

13 “[S]i bien existe un derecho natural de huelga no puede haber un derecho positivo de la huelga, porque [...] es evidente que la huelga implica un rompimiento con el orden jurídico establecido [...] no olvidemos que la exclusión del recurso a la fuerza es el fin de toda organización jurídica” (Sampay, 2011c: 39-40).

14 González Arzac, A (2011: XLVIII).

15 González Arzac, A (2011: XLVIII).

Art. 40. La organización de la riqueza y su explotación tiene por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El estado mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del estado [...] toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto, dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios [...] 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.¹⁶

La Revolución Libertadora podía admitir ciertas garantías constitucionales a los obreros, a la postre ya existen incluso en el contexto internacional, pero no permitirá un direccionismo semejante en la economía. La reforma del 49 no solo garantizaba los derechos sociales de los sectores débiles de la población, sino que también constitucionalizaba el “cómo” lograr su protección. Habilitaba las medidas de contenido necesarias para dotar al Estado de instrumentos para realizar su fin. Es este un aspecto fundamental de la reforma de Sampay, pues una de sus preocupaciones residía justamente en evitar que la Constitución se convierta en una anodina declaración de intenciones. Al enterrar el apartado completo, los golpistas de 1955 cercenaron la capacidad del Estado para concretar los derechos sociales, reinstalando una Constitución “oligárquica”.

3. Observaciones finales. Sampay y el kirchnerismo

Este apartado establece algunas hipótesis y conjeturas para contribuir a la discusión sobre el fenómeno político del kirchnerismo. Desconocemos en la actualidad la existencia de trabajos que aborden sistemáticamente la concepción jurídica kirchnerista en relación con su filosofía política. Dicha tarea se encuentra, probablemente, por realizar. En cambio, hay una importante cantidad de ensayos respecto de la nueva ola constitucional de América Latina que se remonta a los años 1990 y nos sigue hasta hoy, y cuya variante argentina es la reforma de 1994, sobre la cual el kirchnerismo no realizó modificaciones. Solo por mencionar algunos autores, tanto Gargarella (2010) como Uprimmy (2011) coinciden en señalar dos características centrales del neoconstitucionalismo latinoamericano. En el aspecto orgánico (delimitación de las funciones de los órganos estatales) estas se concentraron en la limitación del hiperpresidencialismo y en la generación de nuevas instancias de participación ciudadana a través de la creación de organismos estatales autónomos del poder político. En el aspecto dogmático, los estudiosos identificaron el aumento del acervo de derechos constitucionales consagrados en favor de minorías étnicas y de nuevos sujetos como, por ejemplo, los consumidores. En Argentina, la incorporación de nuevos derechos se dio por la equiparación de los tratados internacionales de derechos humanos con la Constitución nacional. Este es uno de los datos clave de la relación entre el kirchnerismo y lo jurídico.

¹⁶ González Arzac, A (2011: XLVIII-XLIX).

Durante sus tres mandatos, la mayoría de las innovaciones legales extendieron los derechos civiles de las minorías invocando el paraguas ideológico de los derechos humanos. Indudablemente este es uno de sus principales avances en materia de justicia, pero difiere de las propuestas promovidas por Sampay, quien si bien hacia el final de su vida menciona la importante cuestión de los derechos humanos¹⁷ (aunque algo al pasar), sus fundamentos filosófico-jurídicos retoman otra línea de pensamiento. Probablemente, las adscripciones a tradiciones diferentes se hayan visto influidas por el contexto. Sampay, ya lo hemos mencionado, pertenece a una generación que ejerció una crítica liberal “en bloque” que permitió fusionar un sujeto político (la oligarquía) con un corpus ideológico específico (el liberalismo). En el caso del kirchnerismo, la transición democrática, en manos del radicalismo de Alfonsín y la presencia creciente en el escenario político de los movimientos sociales, fueron convirtiendo a los derechos humanos en el tópico discursivo-jurídico dominante del progresismo. El retraso en su efectivización política (esto es, más allá de su positivización, la acción estatal de su realización concreta) fue revertida especialmente por el kirchnerismo y presentada como un logro fundamental hacia la democratización del país. Aquí, entonces, hay ruptura entre el primer peronismo y los gobiernos de los Kirchner.

Otro de los elementos puestos en juego desde la transición democrática, y que el kirchnerismo continuó, es la valoración de la forma institucional. El régimen político devino una condición necesaria para la sociedad, una especie de presupuesto ineludible para la buena convivencia nacional. La “forma” institucional-procedimental de la democracia se convirtió en un valor en sí mismo. Por lo tanto, el piso democrático-liberal indiscutido socialmente impidió al kirchnerismo sostener, como Sampay, un ideal de democracia únicamente sustantivo que desestime el modo de acceso al poder (las elecciones, por ejemplo) y priorice como único elemento de juicio la realización del ideal de justicia social. La apreciación de la ley positiva constituye un aspecto notable para comprender las declaraciones de Cristina Fernández en el primer párrafo de nuestro trabajo. La ley se ampara, es cierto, sobre un derecho natural (los derechos humanos) pero, a tono con el neoconstitucionalismo latinoamericano, la positivización de derechos es una misión primordial, pues nunca “está de más” dotar a los ciudadanos de instrumentos legales de defensa. Tal es el caso del derecho de huelga.

En consecuencia, en el aspecto jurídico no es Sampay y, por ende, el constitucionalismo peronista el referente concreto del kirchnerismo, sino más bien el liberalismo. No obstante, es indudable la presencia en el discurso kirchnerista de tópicos relativos a los derechos de los trabajadores y la legalización de algunos beneficios sociales, también verificables en nuestra cita de apertura, pero en lo fundamental prima el liberalismo, dado que el criterio de los derechos humanos es eminente y, en ese marco, la defensa jurídica de las minorías. En lo jurídico-normativo es constatable la primacía de las victorias liberales de los gobiernos kirchneristas (reforma del código civil, matrimonio igualitario, eliminación de las calumnias e injurias, ley de medios, etc.)¹⁸ por sobre las económicas. Lo

17 Respecto del proyecto de una nueva Constitución, en 1973 Sampay afirmaba “Asimismo, junto con el respeto y la promoción de los derechos humanos –cabalmente determinados por la Declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948–, se debe estimular la libertad creadora del pueblo” (Sampay, 2012: 106). La mención es solitaria dentro de los textos que tomamos.

18 A pesar de constituir una ley antimonopolios, en la ley de medios la cuestión económica es, en realidad, un paso para salvaguardar el derecho liberal al libre acceso a la información.

dicho no obsta la ausencia del ideario de Sampay, pues el peronismo es un factor intrínseco de su actitud política, pero no es necesariamente así en el terreno jurídico.

Creemos que la gran lección legada por Sampay al kirchnerismo se cifra en su idea acerca de la imposibilidad de realizar una revolución social sin constitucionalizar el cambio de orientación de la vida del Estado. En otras palabras: sin una reforma constitucional, sin un “artículo 40”, lo intentado por el kirchnerismo en materia económica, en rigor jurídicamente reducido a disposiciones administrativas del Poder Ejecutivo, se escurre frente al menor traspie electoral.¹⁹ Al kirchnerismo, suponemos que nos diría Sampay, le faltó dotar de rigidez jurídica a sus conquistas económicas. Debió haber constitucionalizado la supremacía de lo social sobre lo individual ya presente en su discurso y en el ideal regulativo que orientaba su administración de los recursos.²⁰

En conclusión, en el terreno jurídico triunfa (y esto es ciertamente saludable) el aspecto liberal. Creemos que desde este punto de vista debería analizarse el derecho en el kirchnerismo. A su vez, de Sampay aprendemos la endeblez de una transformación económica no constitucionalizada, y más aún, agregamos, en tiempos donde el peligro de los golpes militares es irrelevante para la persistencia de un modelo constitucional.

Bibliografía

Aristóteles (2007). *Política*. Madrid: Alianza.

Buela, A. (2011). Palabras liminares. Sampay y el iluminismo constitucional. En *Iluminismo y Ciencia jurídica*. Buenos Aires: Docencia.

González Arzac, A. (2011). Palabras liminares. Arturo Enrique Sampay: La Constitución Argentina de 1949. En *La Constitución Argentina de 1949*. Buenos Aires: Docencia.

Kirchner, C. F. (10 de diciembre de 2011). No soy la presidenta de las corporaciones, sino de los 40 millones de argentinos. (II) Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=GrxFAHEVs5g>

Sampay, A. E. (2011a). *Iluminismo y Ciencia jurídica*. Buenos Aires: Docencia.

----- (2011b). *Introducción a la Teoría del Estado: volumen II*. Buenos Aires: Docencia.

----- (2011c). *La constitución Argentina de 1949*. Buenos Aires: Docencia.

----- (2012). *Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Ediciones del Instituto Superior Dr. Arturo Jauretche.

¹⁹ Una excepción podría ser la reforma orgánica del Banco Central. En cuanto a lo demás, la recuperación de los fondos jubilatorios, la asignación universal por hijo, la estatización de YPF y de Aerolíneas Argentinas son logros supeditados a la presión de los afectados y sobre los cuales no es necesario ejercer una mayoría política aplastante para doblegarlos. Es decir: basta un decreto para derribar de un plumazo las conquistas reseñadas.

²⁰ Una aclaración necesaria es advertir que nuestro señalamiento no deja de tener en cuenta la facilidad con la cual un articulista postula un deber ser y la dificultad extraordinaria de la política para concretarlo. Las condiciones objetivas y subjetivas para concluir si efectivamente podría haberse reformado la Constitución pertenecen a los historiadores y a los analistas políticos y no serán consideradas aquí. No obstante, los ideales regulativos en política no son ociosos desde el momento en el que plantean metas futuras y horizontes a realizar.

Gargarella, R. (2010). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares. *Crítica y Emancipación. Revista Latinoamericana de ciencias sociales*, II(3), 169-188.

Uprimmy, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En *El derecho en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Mackinnon, M. M. y Petrone, M. A. (1998). Introducción: los complejos de la cenicienta. En *Populismo y neopopulismo en América Latina*. Buenos Aires: Eudeba.