

Ab

Revista de Abogacía

Un encuentro y una multiplicidad de enfoques en torno al derecho

Sobre derechos sociales y su exigibilidad

Arturo Sampay y yo

Reconfigurando el ordenamiento jurídico argentino

El derecho humano a la igualdad y la prohibición a la discriminación en razón del género: reflexiones sobre el sistema educativo y las cotidianidades en el aula

El derecho como herramienta de transformación y cambio: desde el derecho a la remuneración justa al salario mínimo, vital y móvil

Investigar en derecho en –y sobre– la cárcel. La experiencia del Programa de Estudios e Investigación del Centro Universitario Devoto

El concepto de “racionalidad” en la teoría de la argumentación

Los derechos de las mujeres trabajadoras en el contexto del neoliberalismo tardío. Aportes para una filosofía humanista del derecho del trabajo

Los derechos subjetivos de las comunidades originarias guaraníes: problemas que plantean al orden jurídico (art. 75, inc. 17 CN)

Los derechos de la ancianidad en la Reforma Constitucional de 1949 y después 70 años de la Constitución del '49. 25 años de la reforma constitucional del '94

El potencial emancipatorio del derecho: tratados de derechos humanos y desigualdades sociales

A raíz de la Constitución de 1949. Reflexiones desordenadas

Las raíces iusnaturalistas de los derechos sociales en la Reforma de 1949: un planteo crítico

Lineamientos para una renovación de la fenomenología del derecho

La educación superior, un derecho humano

El derecho administrativo como el lenguaje de los DESCA

Acceso a internet como derecho humano en el siglo XXI

Pensar una enseñanza para desmercantilizar el conocimiento

La Constitución argentina de 1994 y el constitucionalismo en América Latina. Tensiones entre lo instrumental y lo aspiracional de la Reforma

Ab

Índice

PRESENTACIÓN

Un encuentro y una multiplicidad de enfoques en torno al derecho	5
Gonzalo Gastón Semeria	

ARTÍCULOS

Sobre derechos sociales y su exigibilidad	7
Ernesto Abril	

Arturo Sampay y yo	19
Lucia María Aseff	

Reconfigurando el ordenamiento jurídico argentino	27
Daniel Barrionuevo	

El derecho humano a la igualdad y la prohibición a la discriminación en razón del género: reflexiones sobre el sistema educativo y las cotidianidades en el aula	39
Mariela Blanco	

El derecho como herramienta de transformación y cambio: desde el derecho a la remuneración justa al salario mínimo, vital y móvil	47
Matías Nicolás Castro	

Investigar en derecho en -y sobre- la cárcel. La experiencia del Programa de Estudios e Investigación del Centro Universitario Devoto	55
Paola Victoria Colombero	

El concepto de “racionalidad” en la teoría de la argumentación	71
Gerardo Galetto	

Los derechos de las mujeres trabajadoras en el contexto del neoliberalismo tardío. Aportes para una filosofía humanista del derecho del trabajo	83
Moira Goldenhörn	

Los derechos subjetivos de las comunidades originarias guaraníes: problemas que plantean al orden jurídico (art. 75, inc. 17 CN) Daniel Gualberto Gómez	95
Los derechos de la ancianidad en la Reforma Constitucional de 1949 y después Rodolfo Hugo Lagar	109
70 años de la Constitución del '49. 25 años de la reforma constitucional del '94 Sergio Lambruschini	119
El potencial emancipatorio del derecho: tratados de derechos humanos y desigualdades sociales Franco Nicolás Martínez	125
A raíz de la Constitución de 1949. Reflexiones desordenadas Mario Portela	131
Las raíces iusnaturalistas de los derechos sociales en la Reforma de 1949: un planteo crítico Mauricio Elvio Remillier	135
Lineamientos para una renovación de la fenomenología del derecho Jorge Roggero	141
La educación superior, un derecho humano Silvina Romero	147
El derecho administrativo como el lenguaje de los DESCA Gonzalo Gastón Semeria	153
Acceso a internet como derecho humano en el siglo XXI Marcos Serel	163
Pensar una enseñanza para desmercantilizar el conocimiento Cecilia Sgrazutti	169
La Constitución argentina de 1994 y el constitucionalismo en América Latina. Tensiones entre lo instrumental y lo aspiracional de la Reforma Laura Juliana Soto Moreno	175

Ab-Revista de Abogacía

Año IV | N° 6 | mayo de 2020

© 2020, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2020, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN: 2545-8485



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **Soledad Cadierno**

Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**

Diseño, arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

Corrección de estilo: **Nora Ricaud**

staff

Director y Editor responsable: **Martín Cormick**

Coordinador editorial: **Gonzalo Gastón Semeria**

Publicación electrónica - distribución gratuita



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc) Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de esta publicación ni de la Universidad Nacional de José C. Paz.

Un encuentro y una multiplicidad de enfoques en torno al derecho



Gonzalo Gastón Semeria

En este número recopilamos algunas ponencias y trabajos presentados en el XII Encuentro de Profesores/as de Teoría General, Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho, celebrado en esta oportunidad en nuestra UNPAZ los días 13 y 14 de septiembre de 2019.

Convocadas y convocados bajo el lema “A 70 años de la Constitución de 1949 y 25 años de la Reforma Constitucional de 1994”, profesoras y profesores de las Universidades Nacionales del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires, de Rosario, de San Martín, de Avellaneda, de Córdoba, de Buenos Aires, de Lomas de Zamora, de La Plata, de Mar Del Plata, del Nordeste, del Centro de la Provincia de Buenos Aires, del Comahue y de nuestra Universidad, discutieron sobre una multiplicidad de entrecruzamientos entre, por un lado, la filosofía del derecho, la teoría política y la sociología jurídica y, por otro, los textos constitucionales de 1949 y la Reforma de 1994, hurgando más allá y detrás de la mera literalidad de ambos articulados.

La discusión fue intensa, plural y abierta a incontables interrupciones, acotaciones y comentarios de comentarios, que incluso no se suspendieron durante el café y los almuerzos. Tantas voces disonantes y tantas otras cómplices permitieron que todas y todos experimentemos (otra vez) la multiplicidad de enfoques y lecturas que dan cuenta de la imposibilidad de darle un cierre unívoco al derecho.

El derecho es, y a la vez está, en tensión. Las diferentes escuelas y corrientes nos acompañan en este proceso caótico de asumir posiciones. Tarea para nada desdeñable si tenemos en cuenta que

en el transcurso de estos recorridos construimos los relatos que dan nombre, cuerpo y sentido a la realidad de todos y todas.

Reuniones como esta acortan distancias y nos ponen en contacto con Otros que quizás no piensan al derecho como nosotras y nosotros, pero seguro del XII Encuentro en la UNPAZ nadie se fue como vino. Esperamos que ustedes transiten una sensación similar al finalizar la lectura de este número.

Sobre derechos sociales y su exigibilidad



*Dr. Ernesto Abril**

I. Introducción

A su tiempo, oportunamente el profesor Vázquez expuso dos proposiciones relativas a la tipología adjudicada a los derechos sociales (en adelante DS) que, en términos generales, comparto (Vázquez, 2015: 97-98). Así, sostuvo 1) que estructuralmente carece de sentido distinguir entre derechos civiles y políticos, o sea, aquellos que Isaiah Berlin (2001) relacionó con la necesidad de la libertad “positiva” y los DS que resultan limitados por el principio de la libertad “negativa”, y 2) que ese contraste no se sostiene por la indebida forma de establecer diferencias entre ambos principios. Todo ello, persiguiendo confrontar el primer principio con aquello relativo a la igualdad como elemento necesario y suficiente que le impone al Estado fuertes restricciones en la protección o fomento de los DS (Dworkin, 2014: 132-146 y 399-427).

La primacía de los derechos civiles y políticos encontró constante fundamento en los principios políticos del liberalismo y su correlativa influencia en determinada moralidad entendida como doctrina de deberes, como una tradicional concepción del derecho natural dentro de una cultura caracterizada por la existencia de derechos fundamentales. Estos últimos son derechos que proporcionan razones justificatorias a gobiernos que solo otorgan protección respecto de aquellos que se presentan como civiles y políticos.

* Ex Profesor Titular de Introducción al Derecho, Cátedra “C”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina e Investigador CONEAU Categoría I.

En otros términos, respecto de los DS resultan caracterizados como aquellos que establecen particulares límites frente a cualquier intento de afectarlos, aun cuando las decisiones de la comunidad puedan perfeccionar la situación de la mayoría de quienes la integran. Al respecto, Dworkin sostuvo: “afirmar que algunos intereses de determinadas personas son tan importantes que es menester protegerlos aun de las políticas que, en efecto, harían que la gente en su conjunto estuviera mejor” (2014: 132-146).

La influencia de la obra de Locke estableció la efectiva vigencia de leyes que constituyeron los fundamentos de las ideas políticas de libertad individual, así como restricción a las decisiones de los gobiernos. En lo sucesivo, estos derechos individuales pasaron a considerarse como inherentes a la naturaleza del hombre y, por tanto, preceden a toda forma de asociación colectiva.¹

II. La primacía de los derechos individuales y sus consecuencias

La primacía conferida a estos derechos civiles y políticos provocó resultados paradójicos. Así, por un lado, se estimó que la idea de DS resulta incompatible con los derechos individuales, al punto que a estos últimos se los califica como “cartas de triunfo” (Dworkin, 2014: 400-401). Y, en segundo lugar, al creer que los derechos individuales preceden a toda forma de organización política, resultaría imposible –sin incurrir en contradicción– sustentar que un Estado constitucional de derecho pudiera tener facultades para promover y defender esos DS.

A su tiempo, el positivismo jurídico clásico rechazó tal doctrina del derecho natural para introducir la idea de un derecho entendido como expresión de una voluntad de la autoridad soberana y, del mismo modo, reconocer la autonomía del derecho respecto de la moral y la política. Esta nueva teoría privilegió el aspecto estrictamente jurídico de los derechos al vincularlos con una interpretación dogmática de la ley y del principio de legalidad. Si ellos son una muestra de la expresión de deseos o expectativas de un pueblo soberano, el concepto de ciudadanía se define por su pertenencia a la comunidad. A su vez, el derecho se transforma en instrumento de los ciudadanos para promover cambios en la conformación de la propia organización social. Pese a todo, se mantiene la idea de que los DS no pueden constituir parte del derecho positivo –aun cuando integren la parte sustantiva de la Constitución– por no estar incorporados en la práctica institucional y su consecuente difusa exigibilidad. De esta forma, perdura la idea de ver los derechos individuales como consecuencia de acuerdos o contratos entre sujetos determinados, en tanto disponen de una efectiva protección jurídica.

Esta idea de los derechos forma parte de una concepción jurídica similar a la sostenida por Hohfeld (1992) en su teoría de los opuestos jurídicos. Conforme a ella, los derechos subjetivos se caracterizan

¹ Del mismo modo, Dworkin (2014) llega a sostener que “La obligación política forma parte de este tópico porque surge de una relación que se da entre los sujetos que comparten la pertenencia a una comunidad política. Pero marca la transición de lo personal a lo político, porque los ciudadanos se eximen en parte de sus obligaciones políticas a través de una *entidad colectiva artificial separada*. Las comunidades políticas sólo son reuniones de individuos pero algunos de estos tienen papeles y poderes especiales que les permiten actuar, por sí solos o en conjunto en nombre de toda la comunidad” (lo destacado en cursiva me pertenece).

por mantener su correlatividad respecto a deberes u obligaciones.² De esta forma, el liberalismo presenta una versión atomizada del individuo que, en conjunto, opera con una noción de ciudadanía no caracterizada por la pertenencia a la comunidad, sino con la satisfacción de un supuesto autointerés (Dworkin, 2014: 399).³ Con idéntico criterio, Fernando Atria supo expresar que “la noción de ‘derechos’ en algún sentido implica recortar la situación de dos personas, el acreedor y el deudor, y separarla del resto de las consideraciones morales válidas” (2003: 24 y ss). Asimismo, sostiene este autor que la correspondencia *derecho-deber* no puede aplicarse con relación a la noción de los DS porque estos solo especifican al sujeto portador de los mismos y tal característica resulta insuficiente para establecer quién tiene el correlativo deber de satisfacerlos. Así, para ratificar esta idea, Atria imagina a una persona desempleada que reclama su derecho a trabajar y, ante ello, se pregunta: ¿quién es el sujeto obligado a satisfacer esa demanda? Su conclusión es que, al no determinar la norma tal requisito, se acredita su imposibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de esa obligación. Por eso, este expositor señala que es “crucial para que podamos hablar de derecho subjetivo [...] la posición en la que se encuentra una persona con potestad para decidir si la obligación de otro será o no coactivamente exigida” (Atria, 2003: 22).⁴ Esta misma vulnerabilidad que se atribuye a los DS es lo que obstaculiza su realización y motiva que Carlos Rosenkrantz sostenga la necesidad de evaluar con seriedad la conveniencia de eliminarlos de la nómina de derechos con rango constitucional (es decir, los incluidos en el art. 14 bis CN 1994). Y, para fundar tal extrema conclusión, afirma: “la existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la Constitución” (Rosenkrantz, 2003: 247).

III. Joseph Raz y la idea de primacía de los deberes sobre los derechos

Por lo expuesto, resulta que el análisis liberal de los derechos –contra las percepciones habituales– conduce a sustentar que no existen DS. Y que, por definición, los derechos individuales y los sociales se excluyen mutuamente. Ello hace posible comprender el intento de Joseph Raz por señalar la necesidad de una teoría de los derechos que permita generar un concepto más general de los mismos. Conforme a ese objetivo, Raz manifiesta que ella debe exponer las relaciones entre diferentes nociones de “derechos”,

2 La obra consta de traducción de Genaro Carrio y nota preliminar. Corresponde destacar que, a pesar de la precisa exposición efectuada en la citada obra, se afirma que en su interpretación se ocultan enfrentamientos entre dos teorías distintas acerca del fundamento extrajurídico de los derechos subjetivos. Para mayor información remito a Moreso y Vilajosana (2004: 184).

3 Además, en relación al párrafo anterior, Dworkin sostiene: “debemos reconocer –refiriendo a la política– un sector distinto del valor: la moral política. La ética estudia cuál es la mejor manera que tiene la gente de manejar su responsabilidad de vivir bien, y la moral personal, que debe cada uno, como individuo a los demás. La moral política, en contraste, estudia qué debemos todos juntos a los otros como individuos, cuando actuamos en esa *persona colectiva artificial* y en su nombre” (cursivas agregadas).

4 Esta tesis muestra que Atria no acepta la idea de la existencia de daños estructurales que fundamentan procesos judiciales en los cuales se presentan. Ejemplos de ellos, pueden encontrarse en nuestra jurisprudencia en casos resueltos por nuestra CSJN, a saber: “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, Fallos 328:1146, sentencia del 3 mayo de 2005 y Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c. /Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo, Fallos 329-2316, sentencia del 20 de junio de 2006. A su vez, las ideas de Atria son puestas en duda por Fiss (2007: 38 y ss). Sin embargo, Atria (2014) parece seguir esta tesis, al adoptar la tesis de Marshall sobre las instituciones que reconocen que los DS tienen un régimen (de “lo público”) que los distingue de aquellos bienes de consumo sometidos a las reglas mercantiles. Incluido en Marshall, T. H. y Bottomore, T. (1992). *Ciudadanía y Clase Social*. Madrid: Alianza, pp. 15-82.

tal como se presentan en diversos contextos, es decir, tanto en el específico lenguaje jurídico como en la política y la moral. En función de ello, considera que es posible identificar diversas clases de derechos, es decir, de algunos que tienen carácter institucional frente a otros que carecen de esa cualidad.

Los mencionados en primer término se muestran como derechos jurídicos, en especial cuando son parte de sistemas normativos que tienen determinado su ámbito de aplicación, como sucede con los partidos políticos, las asociaciones deportivas, las instituciones educativas, etc. Por el contrario, el otro tipo de derechos se vincularía con convenciones aceptadas de acuerdo a costumbres de una determinada comunidad o grupo social.⁵ Al mismo tiempo, se observan muchas disposiciones sociales que no se caracterizan por su pertenencia a un sistema normativo y los derechos que ellas confieren no pueden reclamarse ante los tribunales. Agrega que son muchas las personas que comparten la idea, respecto de los derechos humanos fundamentales, de que todos los detentan con independencia de su reconocimiento en la práctica jurídica.

La noción de derecho es seleccionada como elemento a partir del cual Raz inicia su análisis para sostener que de todos los sistemas institucionalizados resulta ser el que presenta determinaciones más articuladas y rotundas. Pero, si tal es el punto de partida para lograr una noción más precisa de los derechos jurídicos, nuestra atención requiere volver a centrarse en la idea de conflicto de intereses y, con ello, estimo que indebidamente se retorna a atribuirles un carácter exclusivamente adversarial.

Estas dificultades que produce la ortodoxia liberal son las que hacen posible que una concepción socialista del derecho sostenga que el lenguaje de los derechos no es adecuado para describir las distintas características y fines del Estado. De allí que Raz intente defender cierta idea de primacía de los deberes sobre los derechos y, además, considere que la ciudadanía, por definición, se vincula con la pertenencia a una comunidad (Gargarella, 2005: 61-70).⁶ De este modo, aquello que permitiría justificar una asociación humana –cualquiera sea su forma– debe contribuir a eliminar la desigualdad y toda división de los hombres en estratos o clases. De esa manera, acorde a la interpretación socialista, el lenguaje de los derechos y los deberes no alude solamente a conflictos entre acreedor y deudor, sino a la necesidad de que existan mutuos compromisos. No obstante, parece ocioso sostener que la primacía de los deberes sobre los derechos sigue sin generar precisión respecto de la noción de estos últimos.

5 Es importante para comprender que el término americano *community* no es un exacto sinónimo del término *comunidad* en castellano, ni del francés *communauté*, ni del alemán *Gemeinschaft*. Es significativo que en alemán se usa el término *Kommunitarismus* para evocar la corriente comunitaria americana. En Estados Unidos la palabra refiere tanto a la comunidad política en el sentido global, como a subcomunidades culturales, religiosas o étnicas que aquella comprende. En su acepción más simple, la *community* es un conjunto de individuos en estado de interdependencia, ligados entre sí por las costumbres, los hábitos y las situaciones existenciales comunes que, por este hecho, se encuentran dirigidos a debatir y decidir igualmente en común. Al respecto, se define la “comunidad” (Bellah, 2008: 393), como “un grupo de personas que dependen socialmente unas de otras que participan juntas en los debates y en la toma de decisiones que comparten ciertas *prácticas* que, a la vez, definen la comunidad y son alimentados por ella. Una comunidad de este tipo no se forma rápidamente. Casi siempre posee una historia y en este sentido es también una comunidad de memoria, definida en su pasado y su memoria de este pasado”.

6 Allí nos dice, en otros términos, que los derechos individuales que nacieron con las revoluciones burguesas del siglo XVIII, según una mezcla de motivos moralmente más atractivos que otros (barrera para despotismos y custodiar la distribución desigual de la propiedad), hoy son afectados por derechos humanos en tanto poderoso instrumento en manos de los más desaventajados que, por medio de ellos, pueden poner detrás de las rejas a militares autoritarios, a dictadores de toda clase o a prepotentes millonarios.

Pero, al mismo tiempo, tampoco resulta posible inferir que ella sea una noción carente de sentido. Esto así, porque si sostenemos que existe un deber social de eliminar la desigualdad es, necesariamente, en tanto se verifica un correlativo derecho para que los individuos sean tratados como iguales. En esa misma dirección, Raz refiere a problemas involucrados en un análisis que pretenda oponerse a la preeminencia del papel de los derechos. La concepción que se oponga al liberalismo, según sostiene, solo podrá circunscribir sus argumentos a criticar las consecuencias incoherentes y equívocas de su análisis de los derechos, pero no puede privar de relevancia al rol de los mismos, tanto sea en cuestiones teóricas como prácticas.

Ciertamente, conforme a la apreciación común, los derechos aluden a buenos propósitos; generan beneficios y, en consecuencia, poseen un valor para el sujeto portador del mismo. Contrariamente, el deber solo se justifica si contribuye a proteger o promover algún derecho, lo que hace posible sostener que los deberes concluyen por ser dependientes o derivados de los derechos. Pese a ello, Raz insiste en proponer un análisis que supere estas dificultades conceptuales y, en consecuencia, defiende una versión de liberalismo de bienestar en términos de primacía de los deberes, según la cual, tendría sentido afirmar que una persona tiene deberes que sirven a su propio interés y al respecto señala que si existen deberes para con uno mismo, esto significa que no todos los deberes surgen de derechos, porque claramente un ser humano no puede tener derechos oponibles a sí mismo. Las concepciones actuales del bienestar individual consideran problemática la idea de los deberes para con uno mismo. Los deberes solo pueden basarse en razones categóricas (Raz, 2001: 45).

Sin embargo, mantiene que ellos no tienen derechos sobre los bienes comunes y tampoco proporcionan una prueba convincente de la primacía de los deberes. Esto al estimar que es normal que las autoridades públicas sean garantes directos en el cumplimiento del deber de proteger los bienes comunes.

A su vez, los ciudadanos son portadores de demandas, expectativas o derechos que hacen posible justificar esos deberes. Para mayor precisión, al tiempo de caracterizar el sentido prioritario que Raz otorga al deber, cita el caso de los deberes de respeto, ayuda y solidaridad originados en relaciones filiales, de amor o de amistad. Vinculado a lo anterior, sostiene que en esa clase de relaciones

Los derechos se orientan a obtener resultados. Son adecuados para contextos en los cuales lo que resulta más importante es la manera en que las acciones de una persona afectan los intereses de otra. Si por otra parte, lo más importante es que respetemos, ayudemos, etcétera, a otra persona por amistad, amor, u otro motivo especial, los derechos están fuera de lugar. (Raz, 2001: 48).⁷

⁷ Al respecto, estimo importante retornar a la cuestión que denomino “adversarial”, la cual, según afirma Lon Fuller, solo encuentra legitimidad de la adjudicación en una forma individualista de consentimiento, tal como tener derecho a participar en el proceso (1978: 353-409). Frente a esta postura, Fiss manifestó que no puede concebirse la actividad de los tribunales en forma aislada, sino como “una fuente coordinada de poder estatal y como parte integral del sistema político en toda su extensión”, tal como ocurrió en litigios que llama estructurales, tal el caso de *Brown v. Board of Education* ante problemas de desagregación en el sistema escolar (Fiss, 2007: 83).

Tal solución sería válida si es que se vuelve a caracterizar los derechos por su naturaleza adversativa. Superar este déficit conceptual tendría relación con un concepto general de los derechos que pudiese prescindir de la idea de conflicto de intereses y, por ello, considero que el análisis de Raz no logra proporcionar tal concepto.⁸

Concluir que no hay derechos dentro del matrimonio o la amistad parece contradecir lo que habitualmente se entiende por esa clase de relaciones humanas. Así, por ejemplo, sucede con la amistad cuando se la caracteriza con ciertos discernimientos mutuos y sentimientos recíprocos. Sentimos afecto por nuestros amigos y deseamos su bien. Solemos esperar que sus planes se cumplan y nos comprometemos de maneras diversas cuando se proponen alcanzar ciertos fines. Esto muestra que la amistad es una forma de conocimiento recíproco y no una mera cuestión de deseo individual. Cuando se delibera con un amigo se admite, de algún modo, que él puede comprender algo que ignoro o bien, que conoce mejor la manera que, en determinadas ocasiones, puedo comprometer mi propia identidad frente a las alternativas que se me presentan. Es, en suma, admitir que el amigo llega a conocernos más de lo que sabemos de nosotros mismos.

No obstante, corresponde admitir que son correctas ciertas críticas acerca de la identificación de los derechos con los intereses y, sin embargo, sustentar que es posible tener un interés en la obtención de algo, sin que implique tener un derecho. Así, al hablar de la existencia de un derecho, el interés constituye una razón suficiente para justificar el deber de otra persona de satisfacerlo.

El hecho de que el deber se encuentre justificado pasa a depender no solo de la ponderación del interés del sujeto al que favorece, sino de los intereses del sujeto del deber que pueden resultar perjudicados por su cumplimiento. La apreciación del bienestar de las partes involucradas en la satisfacción de un derecho demostraría el carácter interpersonal de los derechos.⁹ El análisis de los derechos en función de una evaluación del bienestar, corresponde al plano de la moralidad social porque tal evaluación se da en función de principios o reglas compartidas por instituciones o grupos de individuos. Comprender las demandas que son expresión de los DS no exige que ellos dispongan del mismo tipo de exigibilidad que los derechos subjetivos, tal como describe el neoliberalismo. Por eso, esta parte del análisis tiene el propósito de asumir la defensa de cierta armonía o selección que haga posible articular la disputa entre liberalismo y socialismo con relación al concepto de derecho que integre, de modo más o menos sistemático, aspectos valiosos de cada una de las posiciones en conflicto. Tal conciliación presupone cierto modelo de análisis cuyo fundamento pueda conducir a elaborar una red de concep-

8 En la obra y texto citado precedentemente, Raz remite a una cita a pie de página que lleva el número 38, y se ubica en página 408 del mismo libro y, al respecto, afirma: "Surgen dificultades que conducen a soluciones complicadas con los casos en que, aunque sea mejor que un acto se realice por el motivo adecuado, es preferible que se haga a que no. No es necesario examinar tales casos en el presente".

9 Estimo importante retornar a la cuestión que denomino "adversarial", la cual, según Lon Fuller afirma, sólo encuentra legitimidad de la adjudicación en una forma individualista de consentimiento, tal como tener derecho a participar en el proceso (1978: 353-409). Frente a esta postura, Fiss manifestó que no puede concebirse la actividad de los tribunales en forma aislada, sino como "una fuente coordinada de poder estatal y como parte integral del sistema político en toda su extensión", tal como ocurrió en litigios que llama estructurales, tal el caso de *Brown v. Board of Education* ante problemas de desagregación en el sistema escolar. (Fiss, Owen, 2007: 83 y ss).

tos relacionados entre sí, respecto de aquel que se desea considerar. A su vez, es una propuesta de relacionar esa red de conceptos específicos con otros que se desprenden de la representación del mundo y tienden a facilitar un sentido común, conforme al cual, el estudio de la cuestión no debe apartarse de un uso habitual de los conceptos examinados.

IV. Sobre los presupuestos que generan la disputa

De lo expuesto es posible confirmar las principales dificultades que advierto al analizar el concepto de derechos, y sostengo que ellas tienen origen en dos presupuestos fundamentales, a saber:

IV.I. La primera se relaciona con la noción de individuo antecedente, en tanto es uno de los problemas centrales de los argumentos liberales sobre los derechos. Ello motiva la exclusión de los DS por su concepción unilateral o atomista del individuo, es decir, por una descripción que prescinde de la comunidad a la que pertenece. Para la ideología a la que aludo, el ser humano se define por motivaciones o intereses egoístas y la sociedad solo tendría un valor instrumental, dado que los acuerdos sociales constituyen cargas impuestas por obtener fines privados. Es decir, en otros términos, el liberalismo favorece un sistema económico social que tiene como pilares fundamentales la propiedad privada, el contrato y el funcionamiento irrestricto del mercado, sin perjuicio de las diferencias que se advierten sobre la permisibilidad de la intervención del Estado en supuestos específicos. Ante semejante visión, no pueden existir más derechos que los subjetivos y, por ello, la idea de un derecho social concluye siendo autocontradictoria. Por esto, Michael Sandel afirma que el individuo que emerge de esta perspectiva es “un sujeto epistemológicamente empobrecido en lo que respecta al ‘yo’, conceptualmente mal equipado para dedicarse al tipo de reflexión capaz de llevarlo más allá de una atención a sus preferencia y deseos, y para contemplar, y de esta manera volver a describir, al sujeto que los contiene” (Sandel, 2000: 192 y ss). Esto es una consecuencia de la limitación que adjudican a la ética liberal tanto Rawls (1997: 159-165) como Dworkin (1978: 114-143), dado que, conforme a sus ideas, no existe posibilidad de conocimiento de uno mismo en tanto sus límites cognitivos se adoptan *ex ante*.

Con esta imagen del ser humano, las ideas liberales prescinden de la influencia de aspectos relevantes de la experiencia moral que es constitutiva de su personalidad, de sus convicciones, sentimientos y compromisos.

Estos atributos son los que caracterizan a cada sujeto particular pero, en gran medida, ello constituye el resultado de su pertenencia a una sociedad. Por el contrario, si admitimos que nuestras comunes prácticas lingüísticas aluden a rasgos característicos de nuestra naturaleza, corresponde concluir que la noción de derechos tiene que ser definitivamente social y relacionada con un compromiso entre los seres humanos respecto de las actitudes interpersonales ordinarias.¹⁰

¹⁰ Al respecto, aprecio que el vocabulario final de todos nosotros no es otro que aquel en el cual los proyectos de largo aliento son formulados, donde las esperanzas profundas y los miedos son expresados y nuestra historia de vida es contada, tal como, según entiendo, lo expresa en otros términos (Rorty, 1996: 13 y 73).

Desde esta perspectiva, los límites de la identidad se muestran abiertos y sometidos, en mayor o menor medida, al escrutinio. El conocimiento de sí mismo no puede caracterizarse como un proceso estrictamente privado y, por tanto, nos encontramos ante un conocimiento ni tan *transparente* para uno, ni tan *opaco* para los demás (Sandel, 2000: 224).¹¹ Tal concepción de las personas las coloca fuera del ámbito público y, por tal razón, Sandel sostiene que para ellas la agencia humana es solo una premisa política y no constituye parte de sus logros u objetivos. “El ‘yo’ deontológico, despojado de todos los lazos constitutivos posibles, no es un ‘yo’ liberado sino un ‘yo’ privado de poder” (Sandel, 2000: 220).¹² Por el contrario, una perspectiva normal del individuo concluye que su identidad personal no se encuentra anticipadamente determinada y que, en parte, depende del tipo de experiencia que contribuye a su formación. A ello se agrega que tanto los eventos privados como los públicos son parte de la experiencia y constituyen un rol decisivo para la conformación del “yo”. Desde esta perspectiva, si es que la política no incluye entre sus fines la satisfacción de expectativas ordinarias de miembros de la sociedad –generadas en intereses y necesidades básicas– tenderá a provocar decepciones y distorsiones. Al conocimiento de los bienes comunes no se accede en soledad, sino que es el resultado de nuestras relaciones interpersonales (Sandel, 2000: 189). Nuestras disposiciones regulares hacia las acciones de otros no solo son actitudes reactivas personales de gratitud o resentimiento, sino que también comprenden actitudes generales o impersonales de indignación o desaprobación moral frente a la mala voluntad o indiferencia hacia los demás, aun en los casos en que el propio interés no se encuentre comprometido. De allí que podemos calificar como “morales” tales actitudes que determinan formas reactivas de gratitud frente a la buena voluntad de los demás hacia nosotros, y de resentimiento frente a la ofensa. A su vez, la noción de DS comprendería demandas o expectativas generales que formulamos por medio de actitudes reactivas impersonales de aprobación o desaprobación moral (Strawson, 1995: 37-67).

IV. II. El segundo presupuesto que genera dificultades en el análisis liberal de los derechos es su formalismo, en tanto se considera que la existencia de ellos es evidente por los requisitos establecidos en orden a su ejercicio y exigibilidad.

Así, es necesario destacar que cuando referimos a la justicia social, lo hacemos respecto de una justicia distributiva y, por tanto, no hay duda de que ella es parte constitutiva o atributo de las instituciones. También debido al contexto en que nos encontramos, no hablamos de un atributo de decisiones individuales que, en determinada resolución jurisdiccional, se estime como justa en tanto satisface lo dispuesto por el derecho. Al hacer esta precisión, la pregunta sobre la justicia de una institución encuentra fundamento en la forma en que se distribuyen beneficios y cargas. A este respecto, es un ejemplo relevante –vinculado a la educación– la forma de evaluar las instituciones. En tal contexto, al parecer tratamos

¹¹ Las similitudes que presenta el argumento de Sandel con el paradigma de la intersubjetividad propuesto por Jürgen Habermas son notorias y muy significativas. Para un análisis pormenorizado de la constitución intersubjetiva de la identidad, recomiendo la lectura que hace Habermas (1988: 188-239) de Mead Herbert.

¹² En tanto, parafraseando al mismo, todo sucede detrás de un velo de ignorancia donde no existe contrato ni acuerdo y es solo una forma de descubrimiento, es decir, aquello no se desprende de una preferencia porque, dentro de ese contexto no es posible elegir fines que “correlativen” deseos preexistentes en orden a su valor y los medios que se disponen para satisfacerlos.

de centrar nuestro análisis en cuál es el rol que el mismo satisface o afecta respecto de la transmisión de puestos de trabajo de una generación a otra. Y esto es así porque al pensar en este ámbito el impacto del sistema de distribución, es posible verificar la forma en que afectan a muchos de los empleos pretendidos.

De esta forma, lo que procuramos es que un sistema educativo, más o menos equitativo, se destaque por los criterios de distribución en las oportunidades y, a su vez, el rendimiento que permita alcanzar la calificación exigida. Es decir, en otros términos, que la relación entre el sistema educativo y la forma de incorporar a las personas a puestos de trabajo deseables constituye un elemento *sine que non* para evaluar la forma de distribución de beneficios y cargas que, en conjunto, producen. De este modo, con el mismo método es posible apreciar la justicia de otras instituciones (Brian, 2001: 373 y ss).¹³ Y tal reflexión es pertinente porque los derechos sociales operan en un nivel intermedio de moral institucional y no se expresan como acatamiento generado por temor a sanciones, sino que se tornan explícitos en demandas y disposiciones de aquello que requieren las instituciones para considerarlas justas. De otro modo, sostengo que los derechos sociales: *a*) no presuponen sanciones ni amenazas de las mismas y *b*) se expresan directamente en demandas y reivindicaciones de lo que se considera “justo” respecto de determinada institución.

Por ello, concluyo que explicar el concepto de derechos requiere una abstracción más sistemática respecto de la naturaleza del hombre y de su situación moral. Conforme a Strawson, que “manifieste las relaciones que existen entre los diferentes compartimentos de nuestra vida intelectual y humana” (Strawson, 1997: 57).

Por último, destaco que el debate entre liberalismo y socialismo puede ser producto de nuestra tendencia a idealizar formas de vidas diferentes que se confrontan y varían no solo de una persona a otra, sino con relación a una misma persona, en diferentes momentos y circunstancias de su vida. Por eso, estimo que tanto los defensores del liberalismo como los que apoyan ideas socialistas deberían asumir ciertas formas de mitigar lo que de complejo y diverso tienen respecto de formas de vida imaginables, para otorgar especial relieve a una de ellas sobre las demás. De ese modo, ambas posturas que generan la disputa son proposiciones que se infieren de formas disímiles para establecer nuestras comunes representaciones y de hacerlas ostensibles de un modo equilibrado y armonioso.¹⁴

13 Barry destaca la función de un sistema educativo vigente en determinada sociedad, cuando hace posible determinar si es que resulta justo o no, al vincularse con una política educativa que tienda a posibilitar el acceso a cargos calificados entre determinados estratos sociales reducidos o no.

14 Al expresar que “muchas de estas imágenes adquieren una prominencia equívoca de una sola imagen; se trata de la imagen ideal compuesta que pertenece a nuestras horas más frías, horas en las que a cada dios se le concede lo suyo y en las que se evita el conflicto por medio de una reordenación cuidadosa y una adecuada subordinación de cada parte a las demás” (Strawson, 1997: 70).

V. Bibliografía

- Abramovich, V. et al (comps.) (2003). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara.
- (comps.) (2007). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales/Canadian International Development Agency/Ediciones del Puerto.
- Ackerman, B. (1993). *La justicia social en el estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1999). *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa.
- Añón, M. J. (2001). *Igualdad, diferencias y desigualdades*. México: Fontamara.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Amartya, S. (2009). *La idea de la Justicia*. Madrid: Taurus.
- Atria, F. (2003). ¿Existen derechos sociales? *Revista Virtual Cartapacio de Derecho*, 4.
- Bacqué, M. H. y Blewener, C. (2015). *El empoderamiento: una acción progresiva que ha revolucionado la política y la sociedad*. Barcelona: Gedisa.
- Barry, B. (2001). *Teorías de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Bellah, R. et al (2008). *Habits of the Heart*. Berkeley: University of California Press.
- Berlin, I. (2001). Dos conceptos de libertad. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza.
- Dworkin, R. (1978). Liberalism. En S. Hampshire (comp.), *Public and Private Morality*. Cambridge: Harvard University Press.
- (2014). *Justicia para erizos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Fischer, M. et al (2013). *Cuatro perspectivas sobre la libertad*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons.
- Fuller, L. (1978). The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, 92(2).
- Gargarella, R. A. (2005). Derecho y disociación. Un comentario a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. *Discusiones*, (4). Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcpn2d9>
- González Lagier, D. (coord.) (2015). *Conceptos básicos del derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Habermas, J. (1988). Individuación por vía de socialización. Sobre la teoría de la subjetividad de George Herbert Mead. *Pensamiento postmetafísico*. México: Taurus.
- Hohfeld, W. N. (1992). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara.
- Honneth, A. (2014). *El derecho de la libertad*. Buenos Aires: Katz.
- Hutchinson, F. (1999). *Escritos sobre la idea de virtud y sentido moral*. Madrid: CEPC.

- MacIntyre, A. (2001). *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.
- Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- O'Donnell, G. (2008). *Catacumbas*. Buenos Aires: Prometeo libros.
- (2010). *Democracia, agencia y Estado. Teoría con intención comparativa*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Pogge, T. (2005). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós, p. 134.
- Rawls, J. (1993). *Teoría de la justicia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Política.
- (1997). The Basic Structure as Subject. *American Philosophical Quarterly*, (14).
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.
- (2013). *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Rosenkrantz, C. (2003). La pobreza, la ley y la Constitución. En A. Bullard et al, *El derecho como objeto e instrumentos del cambio social*. Buenos Aires, Editorial del Puerto.
- Rorty, R. (1996). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Madrid: Editorial Paidós.
- Sandel, M. (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Sikkink, K. (2013). *La cascada de la justicia*. Buenos Aires: Gedisa.
- Strawson, P. (1995). *Libertad y resentimiento*. Barcelona: Paidós.
- (1997). *Análisis y metafísica*. Barcelona: Paidós.
- Svampa, M. (2005). *La sociedad excluyente: la Argentina bajo el signo del neoliberalismo*. Buenos Aires: Taurus.
- Vázquez, R. (comp.) (2003). *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa.
- (2011). *Normas, razones y derechos: filosofía jurídica contemporánea en México*. Madrid: Trotta.
- (2015). *Derechos sociales y desigualdad. Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-ITAM, Centro de Estudios de Actualización en Derecho.
- Young, I. M. (2011). *Responsabilidad por la justicia*. Madrid: Morata/Fundación Paideia Galiza.

Arturo Sampay y yo



*Lucía María Aseff**

En el aniversario de la reforma constitucional del año 1994, que es el tema que nos convoca en este Encuentro, he decidido referirme a la Constitución Nacional que rigió desde el año 1949 hasta la reforma del año 1957, tantas veces omitida en los programas de Historia Constitucional Argentina y de Derecho Constitucional de algunas de las facultades de Derecho de nuestro país. Y para ello, dado el escaso tiempo con que contamos para este tipo de intervenciones, he decidido rescatar la figura de su inspirador, el Dr. Arturo Enrique Sampay, cuya filiación jusfilosófica aristotélico-tomista dista mucho de aquellas con las que particularmente siento más afinidad, mas sin que ello me impida reconocer lo valioso de su aporte y los puntos de encuentro que he hallado.

Arturo E. Sampay, a quienes muchos reconocen como el padre del constitucionalismo social en la Argentina, nació el 28 de julio de 1911 en Concordia y falleció el 14 de febrero de 1977 en La Plata. En sus inicios fue un radical yrigoyenista que en tal representación fue concejal de dicha ciudad por la Unión Cívica Radical, y participó activamente en la campaña de nacionalización del petróleo impulsada por Yrigoyen y por el General Mosconi.

Se recibió de abogado en el año 1932 con brillantes notas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata y se doctoró con una tesis sobre “La crisis del estado de derecho liberal burgués”.

* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Posteriormente llevó a cabo estudios en Suiza con Dietrich Schlinder, en Milán con Francesco Olgiatti y Amintore Fanfani, y en París con Louis Le Fur y Jacques Maritain. Casado, fue padre de tres hijos.

En 1944 se instaló en La Plata e ingresó como docente en la Universidad Nacional de esa ciudad.

Como radical apoyó la candidatura de Perón en 1945 integrando la Unión Cívica Radical Junta Renovadora, a la que también pertenecía el vicepresidente de la fórmula, Hortensio Quijano. En algún momento –que no pude precisar– se vinculó con FORJA, y en 1946 fue designado como fiscal de la provincia de Buenos Aires bajo el gobierno de Domingo Mercante; luego, convencional constituyente y miembro informante, por el peronismo, de la reforma constitucional del año 1949. En verdad, fue su relator ante la Asamblea Constituyente, pero su producción científica en el ámbito jurídico trasciende estos límites, puesto que sus obras selectas abarcan 17 tomos.

En 1952 se produce el distanciamiento entre Perón y Mercante, y en 1954 el conflicto con la Iglesia, por lo que, claramente asumido como un hombre del gobernador y del nacionalismo católico, terminó siendo perseguido por el gobierno, lo que hizo que disfrazado de sacerdote huyera del país para protegerse de sus enemigos, en un periplo que primero lo llevó a Paraguay, luego a Bolivia y terminó en Montevideo.

Como era de esperar, con la caída del peronismo también fue perseguido por el gobierno de la así llamada Revolución Libertadora, siendo rehabilitado recién cuando el peronismo vuelve al poder en el año 1973, reintegrado a sus cátedras y designado juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1973 a 1976. También fue miembro de la Comisión contra la Discriminación Racial de las Naciones Unidas.

Era un erudito.

Cuando falleció, su valiosa y vasta biblioteca fue subastada y algunas de sus obras terminaron en las mesas de saldos de las librerías y los puestos que circundan los tribunales de Buenos Aires y La Plata, porque no eran épocas favorables para que el Estado rescatara su legado como hubiera debido suceder por su dimensión ética y jurídica.

Pero en el año 2014 la provincia de Entre Ríos lo declaró ciudadano ilustre *post mortem* mediante el dictado de la Ley N° 10330.

También fue publicista; entre sus numerosas obras pueden contarse: *La filosofía del iluminismo y la constitución argentina de 1853* (Depalma, 1944); *Introducción a la Teoría del Estado* (1951); *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica* (Abeledo Perrot, 1965); *Las ideas políticas de Juan Manuel de Rosas* (1970); *Constitución y Pueblo* (1974); *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional* (Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975) y *Las constituciones de la Argentina entre 1810 y 1972*, obra póstuma y monumental publicada por Eudeba en 1975.

Actualmente existe un instituto Arturo Enrique Sampay, dirigido por José Francisco Cholvis, orientado a rescatar y difundir sus ideas.

Mucho se ha dicho y escrito sobre el artículo 40 de la Constitución del 49 –que debe ser leído en concordancia con el 38 y el 39–, que sirvió de base, en ese entonces, a nuevas constituciones latinoamericanas como las de Bolivia y Venezuela.

Premonitoriamente dijo Sampay en uno de sus discursos en la convención constituyente:

Ahora es una realidad que la economía debe programarse con criterios extraeconómicos, especialmente políticos y, por ende, éticos: terminó la época en que la política, según el esquema liberal era considerada como un factor de “perturbación” para la economía libre y hoy es verdad que la economía libre es un factor de perturbación de la política.

En lo que me concierne, tengo un lejano trabajo publicado en uno de los boletines de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, dedicado a mostrar las disidencias y coincidencias que los críticos podíamos llegar a encontrar con algunos puntos y vertientes del jusnaturalismo, pero lo hice hace tanto tiempo que me fue imposible hallarlo –no existía la digitalización–, no obstante lo cual podré rescatar algunas de las ideas plasmadas entonces (que probablemente no sean las mismas que las de ahora ni en cantidad ni en calidad). Pero, sobre todo, la posibilidad que ambas vertientes teóricas se asignan de poder tomar distancia del derecho positivo para analizarlo críticamente, desde una perspectiva metajurídica, restando a la dogmática el rol predominante que el positivismo le ha dado, advirtiendo sus déficits y propiciando su modificación desde otra óptica axiológica que los jusnaturalistas han fincado siempre en principios de justicia y de moral universalmente válidos –que no existen, basta conocer la historia para saberlo–, esencialmente metafísicos, mientras que desde esta ribera del saber jurídico nos hemos ocupado en develar cómo se producen y legitiman los cambios necesarios desde las prácticas sociales expresadas en discursos productores de sentido, a partir de un enfoque filosóficamente materialista de la materia jurídica.

Aclarado lo cual, he de decir que esa Constitución del 49 exige en el artículo 81 que al tomar posesión de su cargo el presidente y el vicepresidente juren “*por Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios* desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo..., y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina”, lo que actualmente entenderíamos como un fundamentalismo inadmisibles en cuanto excluye de estas dignas funciones a personas de otros credos, a los agnósticos y a los ateos, discriminándolos sin fundamento alguno. Sin contar que no enuncia entre los derechos del trabajador el derecho de huelga –lo que mucho se le ha reprochado, si bien hay quienes sostienen que no fue incluido por no creerlo necesario, porque forzoso es señalar que tampoco lo prohíbe–, cuya inclusión, transformándolo en una garantía de superior rango jerárquico, se debe a la reforma llevada a cabo en el año 1957 bajo un régimen de facto (!!).

No obstante, tiene ese maravilloso capítulo IV (artículos 38, 39 y 40) bajo el título “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”, cuando 70 años después impera el despojo de nuestros recursos naturales enajenados al mejor postor en operaciones de dudosa legitimidad, donde

además participan funcionarios del gobierno que deberían defender los intereses del país que dirigen, y entonces no puedo menos que celebrar estas normas y su figura, sintiendo que hemos retrocedido de manera ignominiosa por cuenta y orden de ese estado liberal burgués que tanto criticó, entre otras cosas. Que seguidamente paso a transcribir:

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 fiscalizarla distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4º. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invención o descubrimiento por el término que le acuerda la ley. La confiscación de bienes queda abolida para siempre de la legislación argentina.

Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilios de ninguna especie en tiempos de paz.

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.

Art. 40.- 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. 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 de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, *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, con la correspondiente participación en su producto, que se convendrá con las provincias.

Los servicios públicos pertenecen originariamente 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.

El precio por la expropiación de empresas concesionarias de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión, y los excedentes sobre una ganancia razonable, que serán considerados también como reintegración del capital invertido. (Los destacados me pertenecen).

Era demasiado bueno y no podía durar. De hecho, así fue.

Pero no solo se suplantó esa revolucionaria Constitución por otra que eliminó todo vestigio de aquello que podía hacer a una nación económicamente libre, socialmente justa y políticamente soberana, sino que además se omitió de la historia constitucional de la Argentina, motivo por el cual generaciones enteras de abogados egresados con posterioridad a 1955, tanto de universidades públicas como privadas, ni siquiera se enteraron de su existencia, como si solo mencionarla fuera una gravísima falta académica.

Y aquí estamos: con muchos de nuestros recursos naturales en manos extranjeras, con una inmensa cantidad de compatriotas en situación de pobreza y con grave afectación de nuestro futuro como país en virtud de habernos endeudado con los organismos financieros internacionales por generaciones y generaciones, mientras que los países más poderosos y prósperos del mundo –a los que nos encontramos subordinados– ejercen un sano proteccionismo sobre sus recursos, su industria y todos sus bienes estratégicos (incluyendo, desde ya, la ciencia y tecnología, a la par de sus productos primarios y su industria).

Mientras que nosotros no somos económicamente libres, tenemos un país socialmente muy injusto, y la soberanía política se ha perdido a manos de quienes monitorean nuestro desarrollo a fin de garantizar adecuadamente el cobro de sus deudas.

Va de suyo que no se me escapa que estos principios tal vez hoy no podrían ser estrictamente aplicados porque el mundo es otro. Han pasado exactamente 70 años. Pero tampoco, que muchos de los gobiernos que se sucedieron –no todos– privilegiaron una visión economicista dependiente del país que, a su turno, los arrasó.

Y como el tiempo vital ha pasado y he abandonado los dogmatismos que supe cultivar en la juventud, la figura de Sampay y esta Constitución se agigantan, y me traen al presente la de otras dos personas –vivas– que también profesan algunas de sus cualidades: valientes defensores de sus principios desde una postura jusfilosófica que no comparto, he pensado en el Dr. Salvador María Lozada y su histórico fallo dictado en la quiebra del grupo económico Swift-Deltec, desactivando el fraude que pretendían cometer contra acreedores reales del patrimonio de estas empresas por medio de la inclusión de acreedores ficticios que abultaban el pasivo de la quiebra y dejaban sin posibilidades dignas de cobro al resto. Un nacionalista católico con cuyas posiciones de vida no tengo casi coincidencias, pero que fue un juez ejemplar, sin temores, de los que hoy escasean y me gustaría que abundaran, sin reparos en llevar adelante lo que creyó justo y legal, y que afortunadamente fue respaldado por la CSJN de ese entonces (estoy hablando de un proceso que transcurrió entre los años 1972 y 1974).

Tampoco puedo menos que rescatar la figura de Rolando E. Gialdino, doctor en derecho internacional público y especialista en derecho laboral, de una extraordinaria versación, que fue secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –que particularmente califico de virtuosa, para distinguirla de la actual– que tuvimos desde el año 2004 hasta el año 2014, jusnaturalista él también, de cuya pluma salieron los fallos mejor fundados y más progresistas en defensa de los trabajadores, poniendo por encima sus derechos al ritmo del progreso universal de los DD.HH. así como la inalienable dignidad de la persona humana. Él trajo como fundamento de los fallos de ese entonces, a menudo, el *jus cogens*, desde una posición que personal y teóricamente no comparto porque se universalizan construcciones

culturales que responden a los valores, la ideología y la tradición de determinadas sociedades en un momento de su historia, pero que no osaría contradecir en su aplicación concreta a casos emblemáticos resueltos por esa Corte como “Aquino”, “Vizzoti”, “Milone”, “Castillo”, “Llosco”, “Obregón”, “Ascuá” y tantos otros, cuyos efectos están siendo desactivados no solo por una nueva legislación regresiva, sino también por los fallos de una CSJN que tiene entre sus miembros un representante del positivismo puro y duro, cuyos méritos académicos no se pueden negar, que siendo abogado logró, por ejemplo, el reconocimiento de la Comunidad Homosexual Argentina, por lo que se lo podía suponer progresista, pero que en materia de derechos sociales –como agudamente lo ha apuntado nuestro compañero, el Dr. Ernesto Abril–, castigos a los genocidas y reparación a las víctimas, entre muchos otros casos críticos, no ha reparado en la justa solución del caso porque su posición jusfilosófica se lo permite y hasta lo obliga a desestimar esta dimensión de lo jurídico.

Situaciones, casos y personas como las que acabo de señalar me han llevado a interrogarme sobre si podría aferrarme a mis propios dogmas o a mis ideas centrales acerca del derecho para discutir las de estos dignos hombres en vista de su resultado, o si debía tener la amplitud de criterio y de entendimiento necesarios para admitir el extraordinario valor de sus aportes en el momento en que los hicieron. Reitero: 1949, 1972/74, 2004/2014.

Y claro que no pienso que todo dé lo mismo ni que podría compartir *in totum* lo que ellos hicieron, escribieron y sentenciaron.

¿Habría que calificarlos como pre- o pospositivistas –por decirlo en términos actuales–, metafísicos o realistas, acientíficos en su concepción del derecho o sencillamente como juristas formados, valientes y con firmes convicciones éticas?

Porque si bien –dicho esto a modo de mero ejemplo– no comparto en absoluto que la ciencia jurídica es el derecho natural objetivo e inmutable, como dice Sampay en *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica* (p. 47) y no desconozco la calidad de jurista del creador del *decisionismo*, a nadie sensato que conozca algo de historia escapa a dónde nos llevaron uno y otro. Porque a pesar de que la Constitución del año 1949 otorga al Estado un decisivo papel intervencionista cuando se trata de proteger y guardar para sí sus propios recursos, ello no puede compararse a una teoría de corte autoritario en la administración del Estado y la protección de los ciudadanos como la de Carl Schmitt, que legitimó tanto daño.

A esta altura de las cosas creo que si bien no es vano estar filiado y amparado teóricamente en el espacio que cada cual siente que es el que mejor lo representa y cuyos postulados comparte, porque además nos proporcionan una mirada crítica para el análisis, hay ocasiones –escasas, por cierto– en que siento que es lo de menos. O que no es determinante.

Que las etiquetas no importan.

Que en algunos casos puntuales no debemos temer si nos acusan de eclecticismo o sincretismo, porque debe quedar claro que tampoco es eso lo que propongo.

Quiero decir que, si tenemos la mente abierta, el corazón sensible y sabemos dónde estamos parados para fundar nuestras decisiones y transmitir nuestros conocimientos, tendremos el suficiente espacio para poder compartirlo con estas personas tan diversas de nosotros mismos como diverso es el mundo. Cuyas ideas y decisiones fueron en su momento –y lo siguen siendo– tan avanzadas y a contramano del papel que los poderosos han asignado generalmente a los países débiles como el nuestro, que fueron sepultadas por el olvido y la omisión, cuando no destinatarias de humillaciones inmerecidas. Que para ejemplificarlo en términos actuales diría que muy probablemente hoy se inclinarían por el pañuelo celeste, que no me representa en absoluto.

Pero que nos han dejado enseñanzas y ejemplos que podemos transmitir a nuestros compañeros y alumnos como un valor inconmensurable que trasciende escuelas jusfilosóficas, ideas religiosas o morales y estereotipos a la moda.

Porque han sabido pararse dignamente sobre sus convicciones aun sabiendo los riesgos que corrían, dado que nunca la defensa de los débiles fue bien vista por los poderosos.

Y es por eso que tal vez me he animado, aunque esté muy lejos de su estatura ética y de sus conocimientos –con algún exceso de optimismo e imaginación–, a alumbrar un sencillo texto de homenaje como este, que he resumido en el ambicioso título “Arturo Sampay y yo”.

Rosario, 5 de agosto de 2019

Reconfigurando el ordenamiento jurídico argentino



*Daniel Barrionuevo**

A modo de aclaración

Esta ponencia tiene la finalidad de compartir con ustedes algunas profundas inquietudes que me han surgido luego de la reforma del Código Civil o (para ser más preciso) la sustitución del viejo Código por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Es decir que me propongo fundamentalmente reflexionar sobre nuestra práctica docente y no tanto desarrollar una teoría explicativa de la cuestión de fondo. Entiendo esta instancia como adecuada para hacerlo, ya que probablemente los colegas aquí presentes hayan tenido o tengan iguales inquietudes.

La cuestión central pasa por dos momentos de nuestro programa de Introducción al Derecho (Cátedra A de la Facultad de Derecho de Córdoba), pero que en realidad involucra a su totalidad porque hace a la concepción (que se tenga o que se presente) del derecho en sentido objetivo.

El primer momento se refiere a cómo presentar el “ordenamiento jurídico” o “sistema jurídico” a nuestros alumnos. El segundo está referido al lugar que en ese objeto de estudio que llamamos derecho ubicamos a la Constitución Nacional.

* Profesor Titular de Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía, Profesor Adjunto de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

Hay tantos temas involucrados en estas dos cuestiones que su abordaje y análisis profundo supera en exceso las posibilidades de hacerlo en una ponencia para este Encuentro de Profesores.

Si bien he titulado formalmente la ponencia como “Reconfigurando el ordenamiento jurídico argentino”, coloquialmente podría nominarla de la siguiente manera: “Cómo presentar el ordenamiento jurídico argentino y no morir en el intento”.

Planteo general

La gran mayoría de los autores que han escrito textos de Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho, Derecho Constitucional, etc., para los alumnos de las distintas facultades de derecho del país, han presentado y descrito al ordenamiento jurídico argentino en base a dos premisas fundamentales:

- a) El ordenamiento jurídico positivo es un sistema de normas jurídicas (coercibles).
- a) En él hay una norma de máxima jerarquía (norma primaria) de la cual derivan la validez el resto de las normas del ordenamiento.

Sin embargo, luego de la reforma constitucional de 1994, a la par (e incluso por encima) de la Constitución Nacional aparecen los tratados internacionales que se refieren a derechos humanos.

Asimismo, el nuevo Código Civil y Comercial al momento de tratar sobre la aplicación e interpretación de las normas –además de mencionar a la Constitución y los tratados referidos en el párrafo anterior– incorpora también los principios y los valores.

De allí, entonces, es que surgen las inquietudes:

- ¿Qué decirles a nuestros alumnos?
- ¿Que el derecho positivo no solo está constituido por normas jurídico-positivas?
- ¿Que lo integran también principios? ¿Qué principios? ¿Cuáles son esos principios? ¿Principios generales del derecho positivo argentino? ¿Principios generales del derecho?
- ¿Que los valores se suman al ordenamiento?; ¿los individuales, los sociales, los del que juzga?; ¿los que tengan los doctrinarios?; ¿los de los partidos políticos mayoritarios?
- ¿Principios y valores morales? ¿Principios y valores contenidos en el derecho natural? ¿Qué derecho natural? ¿Derecho natural basado en la razón y/o en Dios y/o en la naturaleza de las cosas y del hombre?
- ¿Pero no estábamos preguntándonos por el ordenamiento jurídico positivo?

La nueva legislación civil y comercial

Si bien muchas de las cuestiones que incorpora el nuevo Código Civil y Comercial, especialmente en su título preliminar, ya estaban presentes en nuestros programas, reflexiones y práctica jurídica, no estaban expresadas en la normativa anterior.

Pero, además, se explicitan de un modo confuso (y por qué no caótico) cuestiones que complican más aún la forma de presentar el ordenamiento o sistema jurídico.

El Código Civil vigente hasta 2015 establecía en su artículo 15 que los jueces no podían dejar de resolver los asuntos que fueran sometidos a su decisión, aunque respecto de ellos las leyes nada establecieran.¹

El artículo siguiente daba pautas de cómo, a través de qué métodos y herramientas debía procederse a interpretar e integrar el derecho.² Afirmaba que cuando existieran normas que se referían al caso en cuestión, para aplicarlas se debía utilizar el método literal y/o sistemático de interpretación. Cuando estos métodos fueran insuficientes, recién entonces se debía tener en cuenta “el espíritu de la ley” (expresión que sin duda generó y genera controversias), entendiendo por ello la voluntad del legislador y/o finalidad de la norma y/o situación histórica que la motivó y/o a la que estaba destinada a regular, etc.

Si el operador jurídico, luego del esfuerzo interpretativo no tenía certeza de cómo resolver el caso, se encontraba frente a una “laguna del derecho” y allí quedaba habilitado para recurrir a normas que regulaban casos “análogos”, y en última instancia a “principios generales del derecho” (otra expresión respecto de la cual la doctrina y la teoría general no son pacíficas).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina parece haber dejado atrás esa distinción que algunos autores de la teoría general del derecho realizaban. En efecto los artículos que se refieren a esta cuestión rezan textualmente lo siguiente:

ARTICULO 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

ARTICULO 3°.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

1 Art. 15. Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

2 Art. 16. Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Puede observarse con claridad que el artículo 2º, bajo el epígrafe “Interpretación”, menciona técnicas y herramientas que resuelven tanto problemas de interpretación (palabras, finalidad, disposiciones de los tratados de derechos humanos) como de integración (leyes análogas y principios y valores jurídicos).

A su vez, en el artículo 3º, se les impone a los jueces el deber de resolver mediante “decisión razonablemente fundada”. La norma no distingue cuándo esta obligación debe cumplirse, en consecuencia, la misma opera tanto cuando existe norma que se refiera al conflicto sometido a decisión cuanto el mismo no esté mentado por norma alguna del subsistema o del sistema en su conjunto.

Si partimos del supuesto de que “el legislador es racional” (Nino, 2001: 328), no podemos pensar que esto sea un error legislativo; por el contrario, tiene que significar una “habilitación”, o mejor aún, una “ratificación” a una tarea, a una forma de trabajo que los tribunales de nuestro país –incluida la Corte Suprema de Justicia– venían llevando a cabo.

Me refiero a que los jueces, en general, no hablaban de lagunas o de integración del derecho para fundar sus decisiones en caso de ausencia de norma expresa para fundar sus sentencias. Por el contrario, usaban en sentido amplísimo el término *interpretación*; al cual agregaban expresiones como “en sentido amplio”, “*a contrario sensu*”, “según tal principio”, “teniendo en cuenta tal valor”, “según la voluntad del legislador o la del constituyente”, etc.

En definitiva, pretendían disimular u ocultar (consciente o inconscientemente) la labor creadora de los jueces. Admitir que la decisión no se encuentra fundada en ley, es decir, que la misma no es el producto de un silogismo, torna vulnerable la sentencia frente a instancias de apelación.

La falta de norma (laguna normativa) y/o la probable injusticia o falta de equidad al resolver aplicando una norma expresa (laguna axiológica) conducía a los jueces a resolver las cuestiones usando eufemismos como los que he mencionado supra para encubrir la clara tarea creadora del derecho que realizaban y que en un estricto análisis “republicano” en principio les estaba vedado.

Con relación a todo ello, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación instala (o hace expreso) legislativamente un cambio de paradigma en la concepción del derecho, el cual venía siendo anticipado tanto por los jueces como por la doctrina. Sin duda que ello genera implicancias tanto en plano teórico como práctico.

El capítulo 1 del “Título Preliminar” del nuevo Código pretende establecer los diversos elementos y presupuestos que permiten visualizar este cambio. Por otra parte, menciona también las técnicas a desarrollar para tornar operativa la propuesta.

Allí se trata y se distingue el “derecho” y la “ley”, se menciona a “los casos”, y se enumeran las fuentes del derecho, a saber, la ley, los usos y las costumbres.

Sin embargo, se omitió mencionar a la jurisprudencia que estaba incluida en el anteproyecto del Código. Tampoco ha sido tratada por el nuevo código la doctrina, emanada de teóricos de la ciencia y de la filosofía del derecho, que en reiteradas oportunidades sirven a los jueces para fundar sus decisiones,

siendo que las conclusiones de dichos trabajos doctrinarios aportan objetividad al conocimiento del derecho y por ende a cómo debe aplicarse el mismo.

El nuevo Código también genera cierto grado de incertidumbre con relación a la utilización de los denominados *principios*. Autores tales como Perelman, Alexy y/o Vigo, reconocen y explican que los principios jurídicos pueden tener distintas funciones, tales como teleológicos, sistematizadora, limitativa, etc.; no obstante ello, el Código Civil y Comercial solo les reconoce una función interpretativa. Es de hacer notar que la jurisprudencia anterior a la entrada en vigencia del nuevo código había utilizado los principios con variadas funciones.

En los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se afirmó que la razón de ser del título preliminar radica en la necesidad de que los operadores jurídicos cuenten con las guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que frecuentemente debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no solo de reglas, sino también de determinados principios y valores. Así mismo, en lo que hace a su misión en el Código, una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar reglas que confieran una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco para la comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación e integración de lagunas (Lorenzetti, 2012).

Bajo el epígrafe “Interpretación”, el artículo 2 del Código Civil y Comercial establece que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Debemos puntualizar que, según nuestro criterio, en principio toda norma jurídico-positiva debe ser interpretada para su aplicación. Es necesario interpretar las leyes, pero también los contratos, las sentencias, los decretos, la Constitución, etc., aunque de esto no hable el nuevo Código. Y también es necesaria la interpretación de los hechos, de las conductas reales. La interpretación jurídica debe referirse tanto a normas como a conductas.

Recordemos que la interpretación jurídica se desarrolla en dos campos, sobre las normas y sobre los hechos. En el primer caso, tratando de determinar y/o atribuir sentido y alcance de la disposición normativa; y en el segundo, procurando describir y calificar conductas y hechos.

La interpretación jurídica, fundamental y necesaria a la hora de resolver conflictos conforme a derecho, es mucho más amplia que la mera interpretación de la ley, la cual es solo un aspecto de una de las formas de aquella.

Nos preguntamos ¿este artículo satisface los requerimientos de los operadores jurídicos que a la hora de aplicar el derecho necesitan interpretarlo para realizar correctamente su tarea?

Por otra parte, a la hora de aplicar el derecho para solucionar conflictos de intereses se suele distinguir entre *casos fáciles* y *casos difíciles* (Dworkin, 1989) (y también *trágicos*) (Atienza, 1997).

Respecto de los primeros se encuentra, con relativa sencillez, en el ordenamiento jurídico la solución al conflicto.

Por el contrario, los casos difíciles no tienen una solución, o la solución prescripta lleva a cometer una evidente injusticia, o existen varias soluciones posibles dentro del mismo ordenamiento.

Frente a ello, los juristas discuten el grado y la forma de discrecionalidad con las que lícitamente se pueden resolver los conflictos. Pero también si es posible establecer una respuesta al conflicto que se pueda considerar como “la correcta”.

Frente a los dispositivos normativos del nuevo Código Civil y Comercial analizados hasta aquí, resulta importante plantear el grado de predecibilidad instalado en el sistema jurídico argentino.

Debe entenderse por predecibilidad: “parte esencial de la seguridad jurídica que aspira a que las reglas jurídicas y su aplicación creen y mantengan el orden social de un modo tal que sea posible para los miembros de la sociedad planear sus actividades por adelantado, tanto individual como colectivamente”.³

Al contrario, la falta de predecibilidad del sistema nos conduce a la discrecionalidad y ella a la relativa falta de seguridad jurídica. Da allí que resulte ineludible hacer referencia a la labor de los jueces frente a este cambio de paradigma instalado desde el nuevo Código Civil y Comercial.

Estoy convencido de que los alumnos necesitan que le aportemos algo de claridad o que les demos elementos que les permitan visualizar y comprender mejor el panorama de su objeto de estudio al cual pretendemos introducirlos con nuestra asignatura.

Es por eso y con ese fin que la tarea de reconstrucción y de reconfiguración que es necesario hacer requiere de las herramientas, criterios y conceptualizaciones que la Teoría General puede aportar.

Con respecto al lugar que ocupa la Constitución Nacional

Durante años nos hemos referido al ordenamiento jurídico como “sistema jerarquizado de normas coercibles destinado a regular, en determinado tiempo y espacio, la conducta en su interferencia intersubjetiva”.

Con ello hacíamos presente que:

- a) El conjunto de normas jurídicas positivas constituía un sistema, por lo tanto, entre sus elementos encontrábamos relaciones de coordinación y subordinación que lo estructuraban y ordenaban como un todo armónico (Villagra, 2002: 207 y ss).
- b) En este sistema dinámico había norma de diversas jerarquías, dando validez las superiores a las inferiores (Kelsen, 1979).

³ Real Academia Española. *Diccionario del español jurídico*. <https://dej.rae.es>

- c) Que las normas que formaban parte del sistema eran coercibles, estableciendo obligaciones para los destinatarios; pero a su vez otorgando facultades para exigir el cumplimiento de esos deberes. De allí que se consideran impero-atributivas (Villagra, 2002: 161).
- d) Las normas del sistema solo tienen validez en determinado tiempo y espacio. No son ni eternas ni universales.
- e) Están destinadas preponderantemente a regular la conducta de los seres humanos en sociedad, estableciendo cuál de todas las conductas posibles es la que “debe ser”.

Con esta conceptualización hacíamos referencia a un conjunto de normas, con una estructura piramidal, del cual se predicaban ciertos atributos como la unicidad, la plenitud y la coherencia. Sosteníamos que la Constitución estaba ubicada en el vértice del sistema y que de ella se derivaban todas las demás mediante diversos actos de creación normativa de inferiores, los cuales a su vez resultaban actos de aplicación de normas superiores.

Las normas jurídicas positivas no son otra cosa que “decisiones acerca de la conducta que debe ser”. Los valores, en especial los valores jurídicos, son los que supuestamente se toman en cuenta a la hora de tomar esas decisiones. Los motivantes de las decisiones normativas tenían poca relevancia y solo se los mencionaba como justificatorios de las normas positivas.

También se sostenía que existen “principios”, “principios generales” y/o “principios generales del derecho” que inspiraban o informaban a los creadores y aplicadores del derecho, lo cual quedaba patentizado en el contenido de las normas.

Encontrábamos algunas normas que hacen referencia o remiten a algún “principio” (*in dubio pro operario*, interés superior del niño, etc.) o a algún “valor” (la Constitución Nacional en el preámbulo).

Pero tanto principios como valores no eran considerados como integrantes de la pirámide jurídica con la cual representábamos gráficamente al sistema jurídico positivo, el cual –por definición–, como ya hemos dicho, se presentaba como un “conjunto de normas” y no de “valores” ni de “principios”.

No obstante ello, poco a poco, pero cada vez con más fuerza, los operadores jurídicos interpretaban y/o aplicaban o dejaban de aplicar ciertas normas basándose en valores y/o principios, con los cuales terminaban resolviendo controversias jurídicas, es decir, los aplicaban a los casos concretos. Especialmente en “casos difíciles”, en lagunas del derecho (tanto normativas como axiológicas) era cuando esto sucedía.

Sin dudas que estos casos caían en campos de la incertidumbre respecto a la suerte que correrían en instancias superiores toda vez que no respetaban el tradicional silogismo instalado, en el cual la premisa mayor era la norma jurídica positiva, la premisa menor el caso concreto sometido a decisión y la conclusión era la norma derivada con la cual se solucionaba el conflicto. El juez debía limitarse a aplicar y no a crear normas, ello motivaba la falta de confianza respecto de la decisión. Además, transparentar estas situaciones ponía en jaque una visión muy estrecha y ficticia del sistema republicano. La discrecionalidad judicial genera resquemores.

Desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación a la situación de hecho y jurisprudencial descripta se suma lo dispuesto por los artículos de la primera parte. Estableciendo lo que en la exposición de motivos de la norma se da en llamar “diálogo de fuentes”.

En efecto, a partir del nuevo Código, la ley debe interpretarse y aplicarse en conjunto y en relación con normas constitucionales, con normas que surgen de tratados internacionales sobre derechos humanos, y con *valores y principios*. Así entonces, estos últimos se transforman en obligatorios, tienen fuerza normativa.

En consecuencia, hoy claramente no podemos seguir diciendo que el ordenamiento es meramente “un conjunto de normas”, sino que “el ordenamiento es un sistema que está integrado por un conjunto de normas, principios y valores”.

Crisis de jerarquía de la Constitución Nacional

Además, a mi entender, entra en crisis la idea de —o lo que significa— que la Constitución Nacional sea la norma jerárquicamente superior del sistema. Y ello es así por dos motivos:

A. Por las diversas *jerarquías* que ostentan los diversos tratados internacionales.

En el texto original de la Constitución Nacional (con la reforma de 1860) se consagraba el carácter de “ley suprema” de los tratados internacionales,⁴ aun cuando su ubicación jerárquica normativa debía dilucidarse vía interpretación según el sistema jurídico argentino (debía tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 27 y 67 de la carta magna).⁵

La reforma constitucional de 1994 estableció de modo explícito que los tratados internacionales son superiores a las leyes nacionales, y que determinados tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos poseen jerarquía constitucional o pueden, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, alcanzarla (art. 75).⁶

4 Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

5 Artículo 27.- El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

6 Artículo 75.- Corresponde al Congreso: Inc. 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 Cruelles, 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

Conforme al análisis que hacen los especialistas en derecho internacional público (Drnas de Clément, s./f.), para determinar la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho interno, no podemos basarnos en consideraciones fundadas solo en el derecho argentino. Debemos tomar en cuenta ciertos aspectos sustantivos del derecho internacional que determinan la jerarquía de los tratados entre sí, los que deben ser interpretados en el contexto del derecho internacional como un todo, aspecto contemplado de modo implícito por el artículo 75 de la CN y relevante para los operadores jurídicos a la hora de invocar derechos u obligaciones fundados en un tratado internacional.

La Constitución Nacional al señalar que los tratados son ley suprema de la nación y que son superiores a las leyes nacionales (incluso, en ciertos casos, son de jerarquía constitucional), no resuelve la problemática de la jerarquía normativa del derecho interno.

Por el contrario, nos introduce automáticamente en el complejo mundo de la prelación entre los distintos tipos de pactos internacionales y su aplicabilidad, tanto en base a razones sustanciales como formales, a saber (Drnas de Clément, s./f.):

1. cuestiones vinculadas al sistema de organización internacional.
2. a la superioridad o inferioridad de una norma de conformidad a la posición doctrinaria o tipología del discurso jurídico.
3. al contenido sustantivo de los tratados.
4. a cuestiones formales de vigencia, validez y aplicabilidad de los tratados.

B. Por vía de la *interpretación*

Pero, además, al momento de interpretar para poder aplicar cualquier norma del sistema, incluso las constitucionales, el resultado no puede contradecir, vulnerar o conculcar lo dispuesto por estos tratados. En caso de ocurrir o darse esa situación, deberá aplicarse directamente lo dispuesto por la norma internacional.

En consecuencia, si el resultado de la interpretación de una norma constitucional tuviera ese carácter, los jueces deberán resolver la cuestión aplicando la norma o principio de derecho internacional y no el dispositivo constitucional.

Tanto el artículo 1 como el 2 del nuevo Código incorporan, a los efectos de aplicar, de interpretar y de integrar, a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos, lo cual

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.

solidifica el proceso de constitucionalización del Código Civil y Comercial y también de sometimiento a las convenciones internacionales.

De los artículos citados en el párrafo anterior se deriva que el sentido de la norma ya no será descubierto en los elementos propios de ella o de sus palabras. Advertimos que pierde relevancia lo que ha querido decir el legislador o cuál haya sido su voluntad, y que lo decisivo será otorgar un significado a las palabras de la norma que sea compatible con los principios y valores de la comunidad y los plasmados en los derechos fundamentales consagrados en los tratados de derecho humanos. Sabido es que la interpretación de la ley no puede ser considerada válida si no resulta compatible con preceptos de jerarquía superior.

El epígrafe del artículo 2° del nuevo Código dice “Interpretación” pero, como ya hemos dicho, no solo se refiere a ello, sino también a la integración de la ley por medio de la analogía (“leyes análogas”). Además, menciona las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos (las cuales, en rigor de verdad, son fuentes del derecho y no pautas interpretativas), y a los principios y valores jurídicos. Entiendo que aquí se produce una confusión entre fuentes del derecho y herramientas o métodos de interpretación jurídica. En el artículo 1° del mismo ordenamiento se establece la necesidad de aplicar las leyes “conforme” a lo que establece la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, los cuales son normas jerárquicamente superiores al propio código. Por tanto, estas normas jerárquicamente superiores al Código no son meras pautas interpretativas, sino fuentes primarias del derecho. Sostener lo contrario implicaría que la Constitución y los tratados de derechos humanos se convierten en pautas interpretativas.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en 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 Interamericana, intérprete última de la Convención Americana –remarcado añadido– (párrafo 124). (13 de julio de 2007, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”. *Fallos*: 330:3248).

Decir que se debe interpretar la ley de conformidad con la Constitución y los tratados de derechos humanos es una redundancia, ya que el artículo 31 de la CN dispone que tales normas son la ley suprema de la nación.

En definitiva, no puede ni debe arribarse a la interpretación de una norma (incluidas las constitucionales) mediante el análisis de sus palabras, su finalidad o mediante leyes análogas que no resulte compatible con los principios, valores o disposiciones de los tratados de derechos humanos.

A modo de conclusión

El análisis de las disposiciones legislativas referentes a la interpretación y la integración del derecho nos lleva como investigadores a plantear la necesidad de ahondar en una profunda reformulación de la descripción del “sistema jurídico argentino” como conjunto de normas obligatorias integrado no solo por estas, sino también por valores y principios, no solo con aquellas de origen nacional, sino también internacional.

Sin duda que el aspecto de la vieja y tradicional pirámide jurídica con la que se presentaba al derecho argentino vigente tiene hoy otro aspecto, contenidos de diversos orígenes y naturaleza, e incluso con diferentes grados de obligatoriedad para los operadores jurídicos y en general para los ciudadanos y habitantes del territorio argentino. Por ello propiciamos que un próximo trabajo de investigación apunte a ello.

Es claro que los propósitos del legislador expresados en la exposición de motivos que acompañó al proyecto de ley no pudieron ser del todo plasmados en el texto normativo, dejando así a los operadores jurídicos frente a una brecha que deberá llenarse con esfuerzos intelectuales importantes si se pretende llegar a una seguridad jurídica mínima.

Bibliografía

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2006). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexy, R. (1988). Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, 5.
- (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. y Ferrajoli, L. (2005). *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: UNAM.
- Atienza, M. (1997). Los límites a la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía*, (6).
- (1999). El derecho como argumentación. *Isegoría*, (21), 37-47.
- Carrió, G. (1979). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cossio, C. (1947). *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Buenos Aires: Losada.
- (2002). *El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial*. Buenos Aires: El Foro.
- Cruz, P. (2007). *El lenguaje de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta.

- Drnas de Clément, Z. (s./f.). Constitución Nacional y jerarquía de los Tratados Internacionales. Recuperado de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionnacional>
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Grajales, A. A. y Negri, N. J. (2015). *Argumentación jurídica*. Buenos Aires: Astrea.
- (2016). *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Astrea.
- Guibourg, R. (2002). *Provocaciones en torno del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Hart, H. L. (1980). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. México: UNAM.
- Lorenzetti, R. (2006). *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos del Derecho*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- (2012). Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley*, 2012-C-581.
- (dir.) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Llambias, J. (1979). *Código Civil Anotado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Manili, P. L. (2017). *El bloque de constitucionalidad*. Buenos Aires: Astrea
- Nino, C. S. (2001). *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- (2012). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Ost, F. (1989). *Perelman Charles. Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica* Madrid: Gredos.
- (1993). Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces. *Doxa*, (14).
- (1997). *El Imperio retórico: Retórica y argumentación*. Bogotá: Norma.
- Raffaeli, A. y Cuñado, A. (2016). Deber de resolver e Integración del Derecho. *Revista de Derecho Privado*, (3), 180.
- Ross, A. (1970). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba
- Vernengo, R. (1995). *Curso de Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: Depalma.
- Villagra, A. E. (2002). *Elementos para una introducción al derecho*. Córdoba: Advocatus.
- Villagra, A. y Barrionuevo, D. (2000). *Introducción al Derecho. Los fundamentos del Derecho*. Córdoba: Advocatus.
- Vigo, R. (1978). *Integración de la Ley*. Buenos Aires: Astrea.
- (2006). *Interpretación Jurídica*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Wroblewski, J. (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas.

El derecho humano a la igualdad y la prohibición a la discriminación en razón del género: reflexiones sobre el sistema educativo y las cotidianidades en el aula

La necesaria puesta en acción de una práctica educativa con perspectiva de género



Mariela E. Blanco*

“Una sociedad más justa e igualitaria es una sociedad que se piensa y se desea a sí misma libre de cualquier opresión de género y proponiendo la ampliación de las pluralidades de los sujetos que la componen”

(Red Universitaria de Género, 2018)

1. Las relaciones de género en la base de las desigualdades de la educación formal

Nos hemos acostumbrado, sin cuestionamiento alguno, a considerar como verdadero aquel conocimiento construido según ciertas pautas que ignoran o silencian las relaciones desiguales de género.

En general, los sesgos sobre el género son difícilmente identificables y reconocibles porque están velados en ideologías profundamente arraigadas en lo que es considerado “natural” o “viene dado”.

* Abogada graduada en la Universidad de Buenos Aires, Adjunta interina de Teoría General del Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y Profesora Adjunta interina de Función Social de una Administración Democrática de Justicia, Jefa de Trabajos Prácticos regular de Introducción al Derecho y Ayudante de Primera interina del Taller de Escritura y Argumentación de la Universidad Nacional de José C. Paz (Argentina). profmarielablanca@gmail.com

Así, sobre la base orgánica que distingue a hombres y mujeres, se elaboran construcciones colectivas estereotipadas con implicancias en el rol y las actividades socialmente esperadas para unos y otras. Según estas representaciones colectivas, el hombre se ubica en el espacio público y se encargaría de tareas tales como la producción y la conducción de las instituciones de poder, y la mujer quedaría confinada a las tareas domésticas, incluyendo en ello la organización de la casa y la crianza de los hijos (Iucci, 2015).

Reconocer este rumbo sobre el género permite desafiar la idea de que los hombres y las mujeres están naturalmente adaptados a determinados roles, y se empiezan a delinear aquellos aspectos de la realidad social que pueden ser cambiados al no estar definidos biológicamente.¹

1.1. ¿Cómo se expresan esas desigualdades?

En muchos casos, los estereotipos y los prejuicios de género son internalizados por los propios profesores y profesoras que inconscientemente esperan cosas diferentes de los y las estudiantes, de modo que se les determina la carrera educacional, reproduciendo las desigualdades de género.

Si revisáramos nuestras prácticas cotidianas, podríamos advertir que estamos formulando juicios de valor y tomando decisiones a partir de ideales de “mujer” y “varón”. Para poner en evidencia la afirmación precedente, se propone una serie de ejemplos.

Si nos detenemos en analizar la selección de los libros de texto y materiales curriculares, por ejemplo, del derecho, notaríamos que, en su mayoría, son producciones de hombres, no trayendo a los centros del análisis las obras de mujeres, lo que deslegitima sus obras y las relega a un segundo plano. Otro tanto sucede cuando se hace un repaso por la ciencia y la historia de la humanidad, donde no se reconocen los roles y las aportaciones de las mujeres.

Las concepciones naturalistas y diferenciadas del género también aparecen al estudiar el tema del embarazo adolescente, en donde solo se trabaja sobre la adolescente, recayendo toda la moralidad y el cuestionamiento sobre ella.

La naturalización acerca del cuidado de los hijos como una obligación exclusiva de las madres. En cualquier cuaderno de comunicaciones escolar podríamos encontrar el siguiente mensaje: “Mamita: No olvides revisar regularmente la cabecita de tu hijo,² así entre todos, evitaremos la llegada de ‘seres extraños’ al jardín”. O este otro que utiliza el genérico masculino: “Familia: El lunes 18 de marzo a las 13.45hs. tendremos la primera reunión de padres del 2º grado ‘C’. Esperamos que puedan concurrir. Saludos”.

Otro testimonio ilustrativo que comprueba que las mujeres expresan su conciencia social a través de ideas, acciones e instituciones formadas predominantemente por hombres, y que solo pueden aspirar

1 Entendemos al género como ordenador de las relaciones sociales –y no como atributo de los individuos–, que puede aparecer como sistema de estatus, como representación, como organización del poder (Di Marco, 2005).

2 Se advierte la utilización del genérico “hijo”. Esto lo desarrollaremos en el punto 1.1.1. El lenguaje sexista.

a conocerse en términos masculinos, es el recogido por Felipe Pigna en el relato sobre la vida de Cecilia Grierson, primera médica argentina:

En 1894, se inscribió en un certamen para ser profesora sustituta de la Cátedra de Obstetricia para parteras, pero el concurso fue declarado desierto. “Fue únicamente a causa de mi condición de mujer, según refirieron oyentes y uno de los miembros de la mesa examinadora, que el jurado dio en este concurso de competencia un extraño y único fallo: no conceder la cátedra ni a mí ni a mi competidor. Las razones y los argumentos expuestos en esa ocasión llenarían un capítulo contra el feminismo”, recordaría años más tarde.³

El grado de desigualdad también se pone de manifiesto en los cargos docentes que ocupan las mujeres en las universidades de todo el país. Si bien las mujeres componen poco más de la mitad de la planta docente universitaria nacional, los puestos de mayor jerarquía (titular, asociado, adjunto) son cubiertos en su mayoría por hombres (62%), ubicándolas en cargos de menor envergadura (JTP, ayudante de 1°).⁴

Otro tanto ocurre en lo referente al gobierno universitario, solo uno de cada diez rectores en el país son mujeres. La diferencia disminuye cuando analizamos la proporción en la distribución de cargos de vicerrector (29% mujeres y 71% hombres) y secretaría académica (57% mujeres y 43% hombres). Es dable recalcar que solo en las facultades de ciencias humanas hay más decanas mujeres. El resto de las facultades vinculadas a otras ramas de la ciencia son gobernadas ampliamente por hombres.

Los datos relevados por los informes en análisis señalan que existe consuetudinariamente una mayor exigencia de requerimientos educativos y académicos para las mujeres a la hora de ocupar cargos de docencia, investigación o gobierno universitario. Y a esto se le suma la naturalización del cuidado de los hijos y las tareas domésticas en cabeza de las mujeres, que hace que estas tengan menos posibilidades de aspirar a ocupar esos espacios en relación a los hombres.

1.1.1. El lenguaje sexista

Merece un análisis aparte lo que ocurre con el lenguaje utilizado en el aula, usualmente el genérico masculino, con independencia de a quienes va dirigido el mensaje.

El lenguaje refleja nuestra concepción del mundo y al mismo tiempo colabora en la construcción de las imágenes de las personas y los grupos sociales. En este sentido, el lenguaje sexista ha ayudado a legitimar y reproducir relaciones de género desiguales que invisibilizan a las mujeres.

El lenguaje sexista se reconoce como una forma de exclusión que refuerza la situación de discriminación de las mujeres y promueve la generación de estereotipos. No obstante, el lenguaje también puede

³ La cita se encuentra en <https://www.elhistoriador.com.ar/cecilia-grierson/>

⁴ Informe elaborado por el Centro de Estudios Atenea y FEDUN, y otro realizado por docentes de la UNLP.

servir como un poderoso instrumento de cambio para identificar y eliminar los factores discriminatorios que el lenguaje excluyente pueda contener.

En castellano existen una serie de mecanismos verbales mediante los cuales la discriminación sexual se recrea y mantiene con el uso del genérico masculino neutro. Este es uno de los fenómenos más graves de discriminación lingüística en castellano que radica en usar el género masculino como neutro, por ejemplo: Señor Juez, para referir al cargo público sin detenerse en quien detenta ese cargo.

Bengoechea, en su texto *Sexismo y androcentrismo en los textos normativos-administrativos*, analiza algunos estereotipos que ponen de manifiesto lingüísticamente la creencia de que las mujeres no tienen personalidad por sí mismas, sino que su posición e incluso su mera existencia les vienen dadas por su situación relativa con respecto a las demás personas, atribuyéndoles un destino de mera relación, sin considerarlas en sí, por sí, o para sí, sino en las otras personas, por las otras y para las otras.

Entre algunos ejemplos se pueden citar: la mención de las mujeres únicamente en su condición de madres, esposas, etc., es decir, en función de los y las demás con quienes se relaciona; los tratamientos de cortesía para la mujer que recuerdan su dependencia del varón (señora, señorita), frente al tratamiento de señor para hombres, independientemente de su estado civil.

Otro tanto ocurre la postura en contra de la feminización de los cargos y con la ausencia de nombres para nombrar profesiones en femenino, especialmente las más prestigiosas. Muchos femeninos de cargos y profesiones no se empleaban porque no había mujeres ejerciendo esos empleos. No existía ninguna necesidad de nombrarlos. En otros casos sí contamos con femeninos, aunque se suele esgrimir en contra de su uso que son voces que tienen una menor tradición y documentación en nuestra lengua.

Pero, como afirma Eulalia Lledó, la lengua tiene un valor simbólico enorme. Lo que no se nombra, o no existe, o se le está dando carácter de excepción, por tanto, denominar en masculino a una mujer que practica una profesión o cargo tiene consecuencias: invisibiliza a las mujeres que lo ocupan; presenta su caso como una excepción que demuestra, no que las demás mujeres podrían, sino que ni podrían ni deberían; marca con una dificultad más el acceso a algunos cargos (alegando una pretendida resistencia de la lengua a crear el femenino o postulando que es una incorrección lingüística); reserva el masculino para actividades prestigiadas.

2. ¿Qué es lo que cuenta como conocimiento? El currículo

Concebimos al currículo como lo que puede ser aprendido. Un conjunto de experiencias mediante las cuales quienes aprenden construyen una concepción del mundo más cercana a la concepción de los científicos (Driver, 1988). Este es un enfoque constructivista de la pedagogía, donde la edificación del conocimiento parte del mismo sujeto de aprendizaje.

La enseñanza y el aprendizaje se concretan en el currículo, y si las mujeres y los hombres se encuentran inmersos en una sociedad basada en el conocimiento, entonces el objetivo del currículo

es la formación de sujetos sociales y políticos en un medio cultural caracterizado por la gestión del conocimiento y el manejo permanente de un gran cúmulo de información. Para ello, la selección de la información que se busca transmitir debe ser valorada por la mediadora o el mediador conforme a los intereses y el contexto de los educandos, de una manera crítica a fin de mejorar su calidad de vida. (Avendaño-Castro y Parada-Trujillo, 2013).

2.1. El currículo, lo explícito y lo oculto

Los procesos de enseñanza-aprendizaje suponen una selección de determinadas visiones, sentimientos o conocimientos acerca del mundo y de la sociedad, identificando a ciertos elementos considerados importantes y excluyendo a muchos otros del currículo. Este proceso selectivo y excluyente no es un producto de la casualidad sino, como hemos visto, tiene tradición histórica.

Llamamos currículo oculto al constituido por todos aquellos aspectos del ambiente educativo que, sin ser parte del currículo explícito, contribuyen de forma implícita a aprendizajes sociales relevantes.

Lo que se aprende en el currículo oculto son fundamentalmente, actitudes, comportamientos, valores y orientaciones que permiten que estudiantes se ajusten de forma más conveniente a estructuras y pautas de funcionamiento para aprender cómo ser hombre o mujer, lo que, resulta indeseable si buscamos una enseñanza con perspectiva de género.

Por ello, se debe realizar un análisis más amplio del currículo, un marco que tenga en cuenta las interrelaciones entre el sistema educativo y lo que acontece en otras esferas de la sociedad. Este modo de análisis permitirá captar las conexiones existentes entre el currículo explícito y oculto de las instituciones educativas y las producciones políticas, culturales y económicas.

2. 2. El currículo multiculturalista

A partir de ese análisis más amplio del currículo, se pueden ver las conexiones entre este y el multiculturalismo para advertir el grado de desigualdad en razón de, por ejemplo, el género, que no pueden ser reducidas a una dinámica de clase.

Silva (1999) define al multiculturalismo como un fenómeno ambiguo. Por un lado, el multiculturalismo es un movimiento legítimo de reivindicación de los grupos culturales dominados al interior de aquellos países para tener sus propias formas culturales reconocidas y representadas en la cultura nacional. Por otro lado, puede ser visto como una solución para los “problemas” que la presencia de grupos raciales y étnicos presenta, al interior de los países, en la cultura nacional dominante.

Proponemos, entonces, un currículo multiculturalista crítico que, además de enseñar la tolerancia, el respeto, la convivencia armoniosa entre las culturas, permita analizar los procesos por los cuales las diferencias son producidas a través de relaciones de asimetría y desigualdad, cuestionándolas permanentemente.

Si modificáramos el currículo existente por aquel que refleje las formas por las cuales la diferencia es producida por relaciones sociales de asimetría, se lograría una enseñanza con perspectiva de género, intentando hacer foco en algunas cuestiones fundamentales: 1) la situación desigual de las mujeres de la sociedad, 2) los aportes que las mujeres han hecho a la construcción del pensamiento, la ciencia y la historia de la humanidad, 3) la necesidad de entender y tolerar la diferencia, 4) la promoción de la participación activa de las mujeres en los distintos espacios.

Un currículo multiculturalista será una parte necesaria de los conocimientos y habilidades de quienes participan en la sociedad, contribuyendo a la comprensión de la cultura y los intereses de las otras y otros participantes.

Con esto queremos decir que resulta necesaria la disposición de una estrategia educativa para producir más igualdad en todo el conjunto de las relaciones sociales al que está unido el sistema educativo (Connell, 2009).

3. Frente a los fenómenos sociales, la universidad debe incorporar cambios en su estructura, currículo y funcionamiento

No se puede prescindir del papel de la universidad en materia de la promoción de las mujeres. Si las mujeres han sido omitidas históricamente de los sistemas de poder que vertebran la estructura social, la universidad debe incorporar cambios en su estructura, currículo y funcionamiento para equilibrar las desigualdades que, a lo largo de este trabajo, hemos identificado.

A la hora de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, desde una perspectiva socioeducativa, la universidad debería fomentar medidas y objetivos tales como:

- a) La atención especial en los currículos al principio de igualdad entre mujeres y hombres.
- b) La eliminación y el rechazo de los comportamientos y contenidos sexistas y estereotipos que supongan discriminación entre sexos, con especial consideración a los libros de texto y materiales educativos.
- c) La integración del estudio y aplicación del principio de igualdad en el desarrollo de las actividades pedagógicas.
- d) El establecimiento de medidas y actividades educativas destinadas al reconocimiento y enseñanza de los aportes que las mujeres han realizado a la sociedad.
- e) El desarrollo del conocimiento, las habilidades, las actitudes y los valores que capacitarán a las y los estudiantes para participar, como ciudadanas y ciudadanos activos e informados, en nuestra sociedad democrática.
- f) La promoción de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de poder y toma de decisiones.

Si bien, hoy por hoy, en las universidades han comenzado a ponerse en práctica lo dispuesto por la Ley N° 27499, Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las Personas que integran los Tres Poderes del Estado, es necesario que se realicen esfuerzos en aportar a la sociedad profesionales con formación democrática para el desarrollo de un comportamiento ético, crítico y transformador.

La universidad debe no solo incorporar y reflexionar sobre la temática del género, sino que debe comprender los cambios que se suceden en la complejidad del entramado social para garantizar la equidad de género. De esta forma, y con este influjo en la formación profesional y de los ciudadanos, nos desafía a abrir espacios reflexivos y críticos para la transformación de la realidad, alejándonos del rol estático de la formación disciplinar.

4. Conclusiones

En el presente trabajo hemos tratado de evidenciar que la sola teorización sobre las cuestiones de género no expresa ni resuelve la total complejidad de las formas de dominación, discriminación, ni todas las contradicciones que se originan. En este sentido, es responsabilidad de la universidad, como institución generadora de conocimiento, cumplir con la necesidad de inclusividad de todas las dimensiones y de todos los sectores sociales en su formulación.

Y para que puedan verse resultados concretos en relación a la equidad de género que se busca lograr, es fundamental que exista no solo una activa participación de la comunidad universitaria que la incentive, sino también un accionar de todos los miembros de la sociedad para garantizar su efectivo cumplimiento.

5. Bibliografía

- Avendaño-Castro, W. y Parada-Trujillo, A. (2013). El currículo en la sociedad del conocimiento cognitiva. *Educación y Educadores*, 16(1), 159-174. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/834/83428614008.pdf>
- Bengochea, M. (s./f.). *Sexismo y androcentrismo en los textos normativos-administrativos*. Recuperado de <http://www.upm.es/sfs/Rectorado/Gerencia/Igualdad/Lenguaje/sexisimo%20y%20androcentrismo%20en%20texto%20administrativos.pdf>
- Connell, R. (2009). *La justicia curricular*. Recuperado de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Argentina/lpp/20100324023229/10.pdf>
- Di Marco, G. (2005). *Democratización de las familias*. Buenos Aires: UNICEF.
- Driver, R. (1988). Un enfoque constructivista para el desarrollo del currículo en ciencias. *Enseñanza de las Ciencias*, 6(2), 109-120.
- Espinosa Miñoso, Y. (2008). *Dislocando saberes y prácticas de la perspectiva de género en la educación: de la búsqueda de equidad a la fractura del sujeto educativo*. Recuperado de https://www.academia.edu/1097680/Dislocando_saberes_y_pr%C3%A1cticas_de_la_perspectiva_de_g%C3%A9nero_en_la_educaci%C3%B3n_de_la_b%C3%BAqueda_de_equidad_a_la_fractura_del_sujeto_educativo

- Federación de Docentes de las Universidades (2018). *Informes 2017. La Educación Superior en Argentina*. Buenos Aires: Centro de Estudios para el Desarrollo Nacional.
- Mollo Brisco, G. y Moguiliansky, M. (2016). Mujeres directivas en las universidades nacionales argentinas, *Revista Digital Ciencias Administrativas*, junio, 39-51.
- Iucci, M. (2015). *Las relaciones de género y el (difícil) desarrollo de proyectos productivos dentro de un programa social*, en *Género, Trabajo y Políticas Sociales*. Buenos Aires: CLACSO, p. 164.
- López Pardina, T. (2012). De Simone de Beauvoir a Judith Butler: el género y el sujeto. *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo* (37), 101-107. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10550/46341>
- Rojas Alarcón, P. (s./f.). *Redes Sociales y Violencia de Género Discusión sobre la formación de ciudadanos y el rol de la Universidad*. Recuperado de https://www.academia.edu/38755918/Ensayo_Redес_Sociales_y_Violencia_de_G%C3%A9nero_Discusi%C3%B3n_sobre_la_formaci%C3%B3n_de_ciudadanos_y_el_rol_de_la_Universidad?email_work_card=title
- Santome, J. (1995). *El currículo oculto*. Madrid: Morata.
- Silva, T. (1999). *Documentos de identidad. Una introducción a las teorías del currículo*. Belo Horizonte: Auténtica Editorial.

El derecho como herramienta de transformación y cambio: desde el derecho a la remuneración justa al salario mínimo, vital y móvil



*Matías Nicolás Castro**

En las sociedades modernas, donde las necesidades a satisfacer aumentan y evolucionan década tras décadas, el derecho al salario mínimo, vital y móvil debe acompañar tal progresión para evitar de esta manera convertirse en una tragicomedia jurídica. El objeto de esta investigación es analizar su desarrollo constitucional a partir de 1949 y la normativa que lo reglamenta, desde los presupuestos epistemológicos de las teorías críticas. Se propone demostrar que el derecho como discurso jurídico no se halla exento de connotaciones ideológicas, en consecuencia, surge la imperiosa necesidad de desmitificar su neutralidad, dado que su producción se encuentra atravesada por cuestiones políticas, sociales y económicas. Además, al entender que el mismo es una práctica social específica permite incluir a la eficacia. Así, esta investigación no limita su objeto, propone un análisis interdisciplinario observando al derecho junto a elementos que son propios de la vida en comunidad.

La libertad de trabajar, ganar un salario justo y fundar sindicatos, pongamos por caso, está garantizada. Pero son cada vez más los trabajadores que no tienen, hoy por hoy, ni siquiera la libertad de elegir la salsa con la que serán comidos. Los empleos duran menos que un suspiro, y el miedo obliga a callar y obedecer: salarios más bajos, horarios más largos, y a olvidarse de las vacaciones pagas, la jubilación y la asistencia social y demás derechos. Las instituciones financieras internacionales, las “chicas superpoderosas” del mundo contemporáneo, imponen la “flexibilidad laboral”, eufemismo que designa el entierro de dos siglos de conquistas obreras. Y las grandes empresas multinacionales exigen acuerdos “unión *free*”, libres

* castromatt2009@gmail.com

de sindicatos, en los países que entre sí compiten ofreciendo mano de obra más sumisa y barata. Menos mal que “Nadie será sometido a esclavitud ni a servidumbre en cualquier forma” (Galeano, 2002).

El derecho ordena pero convence, impone pero persuade, amenaza pero disciplina. Frente a dicha afirmación es necesario revelar su supuesta neutralidad. La temática de esta ponencia es el salario mínimo, vital y móvil, abarcando su evolución constitucional desde 1949 hasta la Reforma de 1994 y las leyes que lo reglamentan. El marco teórico adoptado es el de las teorías críticas en cuanto definen al derecho como “una práctica social específica de naturaleza discursiva en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación económico social determinada”.

Por lo tanto, se propone un abordaje amplio, el cual no solo recae sobre la norma jurídica, sino también sobre los procesos de carácter social que la preceden y exceden. Como un producto social históricamente connotado y axiológicamente no neutral, su tratamiento requerirá de una práctica teórica específica, que atienda al fenómeno tanto en su proceso de producción como en su faz de producto elaborado (Aseff, 2004).

En relación, para que se realice una comprensión más acabada del objeto de estudio es necesario precisar el marco histórico en el que evoluciona, porque este lo condiciona y debe ser un presupuesto epistemológico necesario para la comprensión de su formación. Se asume de esta manera la existencia de diferencias en las diversas formaciones económico-sociales a través del tiempo (Cárcova, 1991).

En cuanto al objeto, es necesario hacer referencia a la categorización dogmática del mismo dentro de los derechos sociales, específicamente “los derechos del trabajador”. De esta manera, el análisis debe ser integral con el texto constitucional.

La primera positivización de este derecho fue a través de un decreto ley en 1945 durante un cambio de paradigma –desde el Estado gendarme hacia el de bienestar–, producto directo de las desigualdades sociales y de luchas por conquistas de prerrogativas por parte del proletariado, el que también se había acrecentado durante las últimas décadas producto de las migraciones internas “desde el campo a las ciudades”. Este contingente sin experiencia sindical ni política comienza a ser parte de un escenario ajeno, donde las desigualdades comienzan hacerse más notorias, mientras que la existencia del derecho está justificada en la protección de la libertad, la igualdad formal, los derechos políticos y la propiedad, y abandona a este conjunto al asecho de las fuerzas del “mercado” (Lorenzo, 1999). El Decreto N° 33302/45 establece en este sentido en su considerando: “hace más de cuarenta años es reclamada por las organizaciones obreras una ley de salario mínimo”. Como se observa a través del derecho, se reconocen las luchas de estos movimientos y es el instrumento esencial de la materialización de esta transformación.

En lo económico, el modelo agroexportador caducó y se gestó uno nuevo basado en la industrialización sustitutiva de importaciones, la causa de este suceso es el estancamiento de la actividad agropecuaria tradicional, el estímulo a la industria, la aparición de pequeñas y medianas empresas de capital nacional. Además, en lo político surge un nuevo movimiento liderado por Juan Domingo Perón, el cual estaba compuesto por la clase obrera y los pequeños y medianos empresarios de origen nacional.

En 1944, como secretario de trabajo declara: “La Constitución del ’53 abolió la esclavitud, pero lo hizo teóricamente, porque no es menor la esclavitud de un hombre que en el año ’44 trabajaba para ganar 12,15 o 30 pesos por mes”. De esta manera, el nuevo bloque es portador de un modelo distinto al propugnado hasta ese momento por las diversas fracciones de la antigua clase dominante. Este requiere medidas redistributivas del ingreso para impulsar la demanda interna (Torrado, 1992).

Estos sucesos son antecedentes mediatos a la Reforma de 1949, mediante la cual Argentina ingresa al constitucionalismo social. En el informe del despacho de mayoría de la comisión revisora de la Constitución, se observa la intervención de Sampay, allí expresa:

La Constitución es una estructura de leyes fundamentales que es el cimiento de la organización política del Estado, fijando sus fines y enumerando los medios adecuados para conseguirlo [...] Dicho con otras palabras, la Constitución es el orden creado para asegurar el fin perseguido por una comunidad política, y la que instituye y demarca la órbita de las diversas magistraturas gubernativas. Estas dos partes de toda constitución, que acabo de definir glosando a Aristóteles y a su gran comentario medieval, son las llamadas, por la doctrina de nuestros días, parte dogmática y parte orgánica, respectivamente, de una constitución (Sampay, 1975).

Sin embargo, desde la oposición se expresaba que el único objetivo era introducir la reelección presidencial inmediata, por lo tanto, la reforma se da en un contexto de antagonismo político donde la búsqueda de “consenso” estaba imposibilitada por los actores políticos del momento.

La Convención Constituyente de 1949 produjo reformas en el Preámbulo, en la parte dogmática y en la parte orgánica, introduciendo una nueva filosofía en su texto, lo que ha llevado a muchos académicos a considerar que, en realidad, se trata de una nueva ley suprema. Donde se observa con más notoriedad dicha consideración es en el Preámbulo, allí se establece el objetivo de “promover la cultura nacional ratificando la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”. Dichos preceptos son consustanciales del peronismo, el fundamento de tal incorporación se sustentaba en que eran los ideales de las mayorías expresada electoralmente, lo que obliga “por respeto a la voluntad democrática a llevar dichos principios la Constitución”, sin tener en cuenta que la historia demuestra que no han existido ni existen mayorías permanentes o eternas.

Asimismo, para Sampay la cultura nacional era un medio esencial para conformar la conciencia nacional “la conciencia propia del ser argentino”. Así atacando la universalización dentro de los efectos propios de la globalización (Lorenzo, 1999).

La remuneración justa es incorporada constitucionalmente en el Capítulo III, “Derechos del trabajador”, artículo 37-2:

Derecho a una retribución justa.- Siendo la riqueza, la renta y el interés del capital frutos exclusivos del trabajo humano, la comunidad debe organizar y reactivar las fuentes de producción en forma de posibilitar y garantizar al trabajador una retribución moral y material que satisfaga sus necesidades vitales y sea compensatoria del rendimiento obtenido y del esfuerzo realizado.

Como se observa, el trabajo goza de una preponderancia jurídica inexistente hasta ese momento, cuando se lo define como el único medio generador de riquezas, ya que la renta y el interés del capital son frutos mediatos del trabajo humano. Y, por lo tanto, el trabajador como sujeto de derecho que requiere una tutela jurídica particular, no solo por la desigualdad existente con el demandante de su fuerza de trabajo, sino también por su importancia como único creador de riqueza. La remuneración mínima no puede ser producto de la oferta y la demanda, es necesario la intervención directa del Estado para salvaguardar la satisfacción de las necesidades de los trabajadores.

El derecho a la remuneración justa se encuentra dentro de la categoría dogmática de los derechos del trabajador, que posteriormente en la Reforma de 1957 fue abolida y suplantada por el artículo 14 bis, el cual produce una invisibilización –no inocente– de los derechos sociales producto directo de un “acopio” de ellos en un solo artículo.

Dicha Reforma fue realizada durante la “revolución libertadora”, el 23 de septiembre de 1955 preste juramento como presidente provisional de la república el general Eduardo A. Lonardi, ante la conmovición de una gigantesca multitud que colmaba la Plaza de Mayo y que gritaba frenéticamente “¡Libertad!”. El componente social de dicha manifestación eran los sectores medios y altos de la sociedad Argentina, pero a la par la tristeza anidaba en las barriadas proletarias. A partir de ese momento en la revolución se genera un nuevo antagonismo, por un lado, una posición católica-nacionalista, y otra liberal extrema liderada por Rojas. Finalmente, esta última prospera y decretan la intervención de la Confederación General del Trabajo y sindicatos, y la disolución y proscripción del Partido Peronista (Rodríguez Lamas, 1985). En materia económica sostuvo los lineamientos elaborados por Raúl Prebisch, el cual promocionaba las exportaciones agropecuarias con un limitado industrialismo atacando a la inflación con medidas de corte ortodoxo. Además Argentina hizo su ingreso al Fondo Monetario Internacional y al actual Banco Mundial (Torrado, 1992).

Se trataba de un intento de retorno a la Argentina de 1943 y para ello había que modificar todas aquellas estructuras del antiguo orden, y qué otra “herramienta” más eficaz que el derecho para cometer este fin.

En aquellos álgidos momentos de la política nacional, algunos juristas frente a las adversidades dan cuenta que el verdadero motivo de la Reforma de 1957 no era otro que la eliminación del artículo 40, el cual limitaba el avance extranjero sobre los bienes y servicios de interés nacional como el transpor-

te, la luz, la electricidad, el petróleo. Dicho artículo fue objeto de durísimas críticas por parte de la derecha económica durante años. Sin lugar a dudas, se interpreta que el nuevo modelo triunfante no coincide con los lineamientos de la Constitución que regía hasta ese momento.

De esta manera, mediante una proclama, el 27 de abril de 1956 el gobierno de facto declaró vigente la Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898, con exclusión de la de 1949. Tal disposición atenta con las instituciones, porque no solo invalida una reforma constitucional que había tenido vigencia, sino que el rigor de esta nueva se limita si se opone a los objetivos de la revolución. Además, interpretaron que la misma necesitaba de una reforma, por lo cual se produjo la convocatoria de la Convención Constituyente mediante decreto.

Dicha Convención designó una Comisión Revisora de la Constitución de 1853, y esta elaboró un despacho con disidencias. Los aspectos más sobresalientes al efecto de esta investigación es el artículo 14 bis actual, la reforma agraria, la reproducción casi textual del artículo 40 antes mencionado. Por efecto directo de estos dos últimos ítems no se logra el *quorum* necesario para que la Convención pudiese sesionar y solo se llegó a sancionar el artículo 14 bis (Lorenzo, 1999).

En 1994, en un mundo “globalizado” donde parece esfumarse la presencia estatal en la economía y en las políticas sociales, donde nuevamente retoman el privilegio las “fuerzas del mercado”, se produce la última reforma constitucional de la República Argentina.

En lo político, había dos monólogos, por un lado, el oficialismo triunfalista y, por el otro, una oposición feroz, el diálogo racional había desaparecido, producto de la despolitización por el desprestigio de la clase política. En materia económica, el nuevo justicialismo había encarado la política de privatizaciones que hizo nacer una nueva hegemonía de un grupo dominante beneficiado por las políticas del Estado (Gambina y Campione, 2003). En este contexto se presenta un proyecto elaborado por juristas como Carlos V. Corach, José R Dromi, Ricardo García Lema. Este proyecto le daba fuerza constitucional al ideario neoconservador, receptando la reconversión total del sector público, dándole estabilidad constitucional a las reformas económicas instrumentadas durante este nuevo modelo. Frente a la falta de consenso, se produjo un acercamiento del radicalismo liderado por Raúl Alfonsín y se firmó el Pacto de Olivos, donde se acuerda no modificar la primera parte de Derechos y Garantías (Lorenzo, 1999).

El artículo 14 bis se halla inmerso dentro esta última categoría excluida de cualquier tipo de modificación. Indirectamente se produce una legitimación a la Reforma del 1957 y se suprime los idearios de la Constitución de 1949. El objeto de estudio queda invisibilizado en el conjunto de los derechos sociales contenidos en dicho artículo, desapareciendo así la preponderancia que había logrado el trabajo humano sobre los diferentes factores de producción. En consecuencia, también la categoría dogmática en la que se hallaba, lo que condujo a interpretar que la Ley Suprema Argentina carece de un sector normativo específico dedicado al orden o al régimen económico. Y frente a dicha suposición se tienen dos alternativas, por un lado, sostener que nuestra Constitución no tiene previsiones en la materia y, por el otro, que las tiene dispersas y hay que esmerarse en encontrarlas (Bidart Campos, 1997).

Como contrapartida a la evolución constitucional de este derecho, están aquellas normas que lo reglamentan, las cuales evolucionan e involucran de acuerdo al contexto político, económico y social. El Decreto N° 33302/45 y la Ley N° 20744/74 –Ley de Contrato de Trabajo– establecen la misma enumeración de necesidades sociales a satisfacer: “alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimientos, vacaciones y previsión”, sin embargo, el primero abarca al trabajador con cargas de familias.

En cuanto a la fijación del monto, a partir de la Ley N° 16459/64, se puso en funcionamiento el Consejo del Salario Mínimo Vital y Móvil, sin embargo, estaba garantizada la movilidad periódica según el costo de vida, pero con la sanción de la Ley N° 21297/76, modificatoria de la Ley de Contrato de Trabajo, se produjo la derogación de dicho presupuesto.

Actualmente la determinación está regulada por la Ley Nacional de Empleo en los artículos 135 a 138, en los cuales se determina la composición del Consejo por 16 representantes de los empleados y 16 de los trabajadores, y un presidente designado por el Ministerio de Trabajo, el cual en casos de no lograrse un acuerdo laudará (Grisolia, 2016). Como se observa, la eficacia de este derecho queda subordinada del contexto económico, político, histórico de un momento determinado. La satisfacción de dichas necesidades enumeradas en la Ley de Contrato de Trabajo queda a merced de los operadores del poder de turno.

En conclusión, este instituto, como el derecho mismo, está inmerso en lo “político”, por lo tanto, no es neutral. En consecuencia, va a depender de la ideología de quienes detentan el poder en un momento determinado y hagan uso del mismo como herramienta de dominación. Sin embargo, se comprueba la existencia de “la función paradójica del derecho”, y se observa que, si bien se reproducen las condiciones de existencia del sistema, también el derecho cumple una función transformadora. Por ende, el derecho tiene dos facetas, una faceta regulatoria y otra emancipadora, pero por sí solo no puede ser emancipador o no serlo, porque emancipadores son aquellos movimientos u organizaciones que recurren al derecho para progresar en sus luchas, como en este caso los trabajadores.

Consecuentemente, el discurso jurídico no solo debe estudiarse “internamente”, sino también “externamente”, es decir, dando cuenta de las circunstancias en la que es usado como “acción de los procesos de la comunicación”. Por lo tanto, su producción como la comprensión del discurso como texto y como acto de habla dependen de varios factores cognoscitivos importantes que incluyen las creencias, los deseos, los intereses, los objetivos, las actitudes, las normas y los valores (Aseff, 2005).

Finalmente, y a modo de propuesta, desde la teoría general se debe promover un abordaje del ordenamiento jurídico íntegro, que contenga los presupuestos epistemológicos necesarios que permitan al aprendiz una comprensión acabada del fenómeno jurídico, entendiéndolo como un objeto de estudio complejo que se halla atravesado por el poder, la ideología, el contexto social en el cual se produce y circula, y además entendiéndolo como productor de sentido social.

Bibliografía

- Aseff, L. M. (2004). *La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general*. Rosario: Juris.
- (2005). *Las fuentes del derecho y otros textos de teoría general*. Rosario: Juris.
- Bidart Campos, G. J. (1997). *Economía, Constitución y Derechos Sociales*. Buenos Aires: Ediar.
- Cárcova, C. M. (1991). *Acerca de las funciones del derecho. Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Galeano, E. (07/04/2002). Ni derechos ni humanos. *Página/12*. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-3685-2002-04-07.html>
- Gambina, J. C. y Campione, D. (2003). *Los años de Menem. Cirugía mayor*. Buenos Aires: Cono Sur.
- Grisolia, J. A. (2016). *Manual de Derecho Laboral*. Buenos Aires: Albeledo Perrot.
- Lorenzo, C. R. (1999). *Manual de Historia Constitucional Argentina*. Rosario: Juris.
- Rodríguez Lamas, D. (1985). *La revolución libertadora*. Buenos Aires: CEDAL.
- Sampay, A. E. (1975). *Las constituciones de la Argentina. 1910/1972*. Buenos Aires: Universitaria.
- Torrado, S. (1992). *Estructura social de la Argentina: 1946/1983*. Buenos Aires: De La Flor.

Investigar en derecho en -y sobre- la cárcel. La experiencia del Programa de Estudios e Investigación del Centro Universitario Devoto



*Paola Victoria Colombero (UBA-UNPAZ)**

Introducción

El Programa de Estudios e Investigación del Centro Universitario Devoto (PEICUD) inició su actividad en forma extracurricular hacia fines de 2018 en el Centro Universitario Devoto, a partir de la demanda de estudiantes y graduados interesados en profundizar y expandir su actividad académica más allá del estudio y en dirección a la producción científica. Es un espacio que se desarrolla con formato de taller y en él se llevan adelante trabajos académicos de investigación que abordan temáticas carcelarias. El proyecto parte de una propuesta transdisciplinaria de la que participan investigadoras/es-docentes de diferentes áreas, entre ellas, la jurídica, que orientan a los investigadores-estudiantes en sus producciones. Como centro de producción académica y espacio de consulta sobre la problemática carcelaria, el PEICUD fomenta al mismo tiempo la producción de conocimiento, el análisis crítico y la creatividad científica de los estudiantes que participan del taller. La investigación en contexto de encierro como ejercicio de libertad y de práctica de generación de conocimiento académico jerarquizado se entiende, así, como núcleo de la propuesta del proyecto PEICUD.

* Abogada (UNR). Maestranda en Filosofía del Derecho (FD-UBA). Becaria UBACyT de Maestría. Ayudante de Segunda: Teoría General del Derecho. Cátedra Ruiz. Profesora adjunta interina CUD: De Auschwitz a la Esma: la filosofía ante los genocidios. Docente de Introducción al Derecho, UNPAZ. Aspirante a Docente Adscripta: FDER-UNR, Filosofía del Derecho, Cát. B. Coordinadora de Metodología y seguimiento del PEICUD. Activista de Abosex. paolavcolombero@gmail.com

La presente situación carcelaria está signada por la tendencia en alza a la encarcelación masiva, por la declaración de la emergencia carcelaria, problemáticas que se suman a las prácticas sistemáticas de represión, como son los malos tratos y torturas, y a la continua negación de derechos humanos básicos, el acceso a la salud, al trabajo digno y al derecho a la educación. Esta forma de poder que se ejerce tanto sobre el individuo, a través de las disciplinas, como sobre la población carcelaria, a través de un poder que administra la vida y la muerte, tensiona con prácticas de resistencia como lo son las que se tejen en el Centro Universitario Devoto y, en particular, en el Taller de Investigación.

Múltiples preguntas surgen para ser planteadas, aunque no integralmente abordadas –menos aun resueltas– en el presente trabajo. Entre ellas: ¿cuál es la legitimidad de la producción de conocimiento científico intramuros en relación con la producida extramuros? ¿Se planteará un debate metodológico sobre las particularidades de método en contexto de encierro? ¿Cómo reivindicar la posibilidad de contribuir desde la propia experiencia del encierro y su estudio académico a la visibilidad, conocimiento y reflexión sobre la situación carcelaria, su precariedad, sus limitaciones estructurales y coyunturales, así como su potencia, como lo son las prácticas de resistencias?

Interpelaciones más pequeñas también guían la propuesta, especialmente respecto del rol docente como orientadora del proceso de investigación y como mediadora en los procesos de circulación de sentidos científicos, jurídicos y pedagógicos, tanto rejas adentro como muros afuera.

Breve historia del Centro Universitario Devoto

El año 1985 es el año de la fundación. Una mujer, parecía perdida, se cruza en las escalinatas del edificio de la Universidad de Buenos Aires, en Azcuénaga 280, con Marta Laferriere, quien estaba trabajando en la planificación del Ciclo Básico Común. Era la madre de una persona privada de su libertad en Devoto quien se acercaba a la UBA para pedir que su hijo pudiera inscribirse y estudiar en la universidad. Así empieza el relato de Marta Laferriere (2003) –licenciada en Ciencias de la Educación y coordinadora académica del Programa UBA XXII– para hablar del surgimiento del Centro Universitario Devoto (CUD).

Las voces que relatan la fundación dejan ver que primero hubo prácticas, encuentros, trabajos, proyectos, y que luego vino el convenio. A fines del año 1985 se firma un convenio entre la UBA Rector Normalizador, Delich, y el Servicio Penitenciario Federal (SPF), Daray, por el cual se establece que “los internos (procesados y condenados) alojados en Unidades del Servicio Penitenciario Federal, sin ningún tipo de discriminación, podrán iniciar y/o continuar los estudios universitarios”.¹ En febrero de 1986 fue ratificado con la aprobación del Consejo Superior de la UBA.

¹ Convenio entre la Universidad de Buenos Aires y el Servicio Penitenciario Federal, Expte. Nº 920/1985. El resto de la reglamentación la conforman: Ratificación del Convenio firmado por la UBA con el Servicio Penitenciario Federal, Resolución CS Nº 63/1986; Incumbencia y dependencia del Programa de la Secretaría de Asuntos Académicos, Resolución R Nº 344/1988; Creación del Programa UBAXXII dependiente de la SAA, Resolución CS Nº 4950/1993; Reglamento y programa de estudios del Programa UBAXXII, Resolución CS Nº 7349/2013.

El primer profesor del programa fue el doctor en Filosofía Héctor Leis. Había estado preso por motivos políticos en Devoto a principios de los setenta y luego se había marchado hacia el exilio a Brasil. A su regreso, Laferriere lo convocó para dar clases y, de traje y corbata, volvió a atravesar las interminables rejas de Devoto para conocer a los tres primeros inscriptos. Se dictaron las materias comunes del CBC y luego se incorporó la carrera de Abogacía. Más adelante, también Psicología, Sociología, Contador Público, Letras y diversos talleres.

El programa empieza en un lugar muy pequeño. El pedido era por un estudiante, pero rápidamente son tres y en el segundo cuatrimestre ya once. Cuenta Laferriere que los primeros estudiantes proponen un espacio que cuando lo ve, “era como una puerta negra... Y digo negra porque esa puerta durante la dictadura había sido quemada motivo de un motín”. Son los estudiantes quienes se proponen recuperarlo y así resignificar el espacio. Entonces se solicitó y obtuvo la ex Planta 4, que consistía en un espacio de 1.500 metros cuadrados. Es el espacio que ocupa hoy el CUD y tiene aulas, salas de computación, sala de actos, biblioteca, las coordinaciones internas, cocina, comedor, un consultorio jurídico, baños, etc.

Los estudiantes fueron los que se encargaron del reacondicionamiento y de la construcción de las instalaciones con materiales que, en su mayoría, fueron donaciones. En la actualidad, miembros del Grupo Universitario Devoto (GUD) cuentan que, de igual manera, autogestivamente, se sostienen la mayoría de los proyectos, actividades, talleres y emprendimientos.

Es evidente que la vigencia del sistema democrático habilitó que la UBA y el SPF pudieran acordar “llevar la universidad a la cárcel” (Laferriere y Silva, 2003). Sin embargo, una lectura más compleja hace Daroqui (2012) cuando dice:

No se puede descontextualizar históricamente el momento en que se produce el acuerdo entre la UBA y el Servicio Penitenciario Federal. Fue en 1985, cuando estaba recién comenzando una democracia bastante sitiada, pero que sostenía la bandera de los derechos humanos. Entonces, las distintas fuerzas de seguridad que participaron activamente en la represión –y el Servicio Penitenciario Federal fue una de ellas– necesitaban mostrar otra cara. La flexibilidad, la disposición a que ingresara en la cárcel la Universidad, sobre todo la Universidad de Buenos Aires –que había sido víctima de una fuerte represión durante la dictadura– llamaba poderosamente la atención. Piense que algunos profesores, que empezaron a dar clases en Devoto en el 86, habían sido presos políticos en esa cárcel. Saludaban a los guardiacárceles, que los reconocían. Algunos no pudieron entrar nunca, porque precisamente no toleraban volver a la cárcel. Hoy sería impensable iniciar un proyecto así.

Es quizás en la línea de lo impensable, de lo imposible, que se ubica la creación del PEICUD como un acto propiamente político, siguiendo a Žižek (1998) sobre que dicho acto

no ocurre simplemente dentro del horizonte de lo que aparece ser “posible” –redefine los propios contornos de lo que es posible (un acto logra lo que, dentro de un universo simbólico dado, parece ser “imposible”, incluso cambia sus condiciones, de forma tal que crea retrospectivamente las condiciones de su propia posibilidad).

A fin de hacer un mapa de los centros universitarios que conforman el Programa UBA XXII:²

Centro Universitario Devoto (CUD); Centro Federal de Detención de Mujeres, Unidad 31, Ezeiza; Colonia Penal de Ezeiza, Unidad 19; Centro Universitario Ezeiza (CUE); Complejo Penitenciario Federal I, Ezeiza.

Específicamente, las actividades en el Centro Universitario Devoto (CUD) son: Ciclo Básico Común para Derecho, Sociales, Económicas, Psicología, Letras y Filosofía. Las carreras de grado que se dictan son: Abogacía; Letras; Contador Público; Administración de Empresa; Psicología; Sociología; Filosofía. También la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales dicta el Taller de Informática.

Respecto de la organización interna, es interesante mencionar que todos los estudiantes del programa UBA XXII participan de las elecciones de sus representantes estudiantiles; además de esto los estudiantes del CUD realizan sus propias votaciones para elegir autoridades gremiales y académicas del Grupo Universitario Devoto, experiencia inédita de agremiación en una cárcel argentina.

CUD: 1985, 2019 y ahora ¿cómo seguimos?

El 12 de marzo de 2018, el jefe de Gobierno porteño, Horacio Rodríguez Larreta; el ministro de Justicia de la Nación, Germán Garavano, y el presidente de la Administración de Bienes del Estado (AABE), Ramón Lanús, firmaron un convenio marco para desafectar el Complejo Penitenciario Federal de Devoto. Nada dice respecto del Centro Universitario Devoto. El 7 de junio se discutió y se votó en la Legislatura de CABA el proyecto, que resultó aprobado por 37 votos afirmativos, contra 5 negativos y 14 abstenciones, ratificando el traslado de Devoto a Marcos Paz. Los presos, como los desechos, lo que sobra, se quieren afuera de los límites de la Ciudad, de hecho, lo más lejos posible.

Populismo punitivo y emergencia carcelaria

La presente situación carcelaria está signada por la tendencia en alza a la encarcelación masiva, por la declaración de la emergencia carcelaria, problemáticas que se suman a las prácticas sistemáticas de represión, como son los malos tratos y torturas, y a la continua negación de derechos humanos básicos, el acceso a la salud, al trabajo digno y al derecho a la educación. Esta forma de poder que se ejerce tanto sobre el individuo, a través de las disciplinas, como sobre la población carcelaria, a través de un

² Disponible en <http://www.uba.ar/uba22/>

poder que administra la vida y la muerte, tensiona con prácticas de resistencia como lo son las que se tejen en el Centro Universitario Devoto y, en particular, en el Taller de Investigación.

En las últimas décadas se incorporó al debate criminológico y penal la perspectiva del “populismo punitivo”³ como concepto que denota el recurso a medidas punitivas alimentadas por la demagogia del discurso de la inseguridad y el miedo. Este fenómeno, conocido también como populismo penal, se caracteriza por una inmediata y permanente llamada al derecho penal para hacer frente a determinadas problemáticas sociales que, generalmente, tienen en común una gran repercusión mediática.

Por populismo punitivo, Bottoms se refiere al uso que los gobiernos hacen del derecho penal, guiados por las siguientes presunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso. Unos años después fue Simon (Larrauri, 2006) quien, con otra categoría analítica, busca describir una idea similar: la de “gobernar a través del delito” (governing through crime), que se refiere a la actividad de gobierno que busca afrontar los problemas sociales con el recurso prioritario al sistema penal.

La española Elena Larrauri (2006) toma de David Garland ciertos indicadores que dan cuenta de este fenómeno. Basándose en la experiencia norteamericana, dicho autor afirma que se ha efectuado un viraje de un modelo punitivo orientado a la resocialización a un modelo penal basado en la incapacitación.⁴

Son diversos los trabajos y múltiples los enfoques que nos han habilitado a pensar y preguntarnos si es posible encontrar replicados los mencionados indicadores en nuestro contexto, y analizando otros teóricos europeos, latinoamericanos y argentinos,⁵ no dudamos en sugerir que el surgimiento de una “cultura del control” es un fenómeno generalizado.

Entre las líneas generales de cambio que indica Garland (2005) en *La cultura del control*, podemos enumerar la sensación permanente de crisis, el resurgimiento de la prisión y el surgimiento de nuevas escuelas criminológicas, el declive del ideal de la rehabilitación, el surgimiento de la justicia “expresiva”, el tono emocional de la política criminal, la politización populista de las medidas de control y la seguridad comunitaria.

En la coyuntura argentina actual hemos podido detectar los siguientes elementos como manifestaciones de una tendencia a gobernar a través del derecho penal:

1) El ideal resocializador como principio rector del sistema penal, que busca orientar todas sus decisiones y prácticas, se halla en crisis. Más allá de la aplicación concreta o no de medidas resocializadoras, este fin hoy no se defiende políticamente.

3 Término acuñado en 1995 por el criminólogo inglés Anthony Bottoms en *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, en C. Clarkson, C y R. Morgan (eds.), *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon Press.

4 Incapacitación implica intentar que alguien sea incapaz de delinquir. Conlleva el giro hacia una política criminal dirigida a reducir las oportunidades de delinquir.

5 En adición a los autores que hemos citado, consideramos relevante al menos nombrar a Baratta, Alessandro; Bergalli, Roberto; Wacquant, Loic; O'Malley, Pat; Pavarini, Massimo; Tiscornia, Sofía; Oliveira, Alicia; García Mendez, Emilio; Gargarella, Roberto; Zaffaroni, Eugenio.

2) El aumento de un clima punitivo entre la población. Las personas parecen haber perdido la posibilidad de identificarse con el delincuente, de lo que se sigue que no es posible desarrollar empatía alguna. Esto puede responder al hecho de que se representa al delincuente como a un “otro”, más o menos inasimilable al “nosotros”, es decir, como una especie diferente. De esta forma se esencializa aquello que separa a ese tipo de individuos del resto –en términos biológicos o culturales–. Coincidimos en llamar a esto una “criminología del otro” (Garland, 2005: 231).

3) El resurgimiento de las sanciones punitivas y degradantes. Las penas en la actualidad deben ser “expresivas”: por un lado, el público se muestra más punitivo y, por otro, el legislador también está dispuesto a intensificar el nivel de reproche a través de las penas, más allá de su aplicación efectiva.

4) El ingreso de la víctima en el proceso. La víctima ha hecho su entrada en todo el sistema penal exigiendo mayor protagonismo y derechos, lo cual, sin ser correlativo, ha sido interpretado como un reclamo para limitar derechos y recursos destinados al delincuente.

5) La politización y el uso electoral de los temas referidos al delito y al sistema penal. En el contexto argentino, tomando los trabajos de Máximo Sozzo (2007) desde los años noventa, y fundamentalmente luego de la sanción de la Ley N° 24660 de Ejecución Penal, podemos analizar cómo el “crecimiento de la inseguridad urbana se presentó como una ‘emergencia en el discurso de los actores políticos y de los medios masivos de comunicación” (Sozzo, 2007). Cuando se habla de inseguridad urbana, se toma en especial consideración el “delito de la calle” y la sensación creada en torno a él: se ha afirmado que dicha centralidad estuvo ciertamente vinculada a un componente “material”, es decir, el crecimiento de dicho delito. Sin embargo, no es el dato material por sí solo lo que determina esta importancia casi exclusiva, sino el modo en que se dota al mismo de sentido, intermediado por discursos políticos, partidarios, electorales y los medios de comunicación. Se traza así una especial relación entre los modos de hacer política, las campañas electorales y las medidas destinadas a enfrentar la inseguridad urbana, configurándose como elemento fundamental la sensación de inseguridad y demanda ciudadana de mayor seguridad. Entonces, la construcción de sentidos que gira en torno a esta sensación y esta demanda, debe ser vista como un proceso complejo.

Varias medidas legislativas dan cuenta de este fenómeno: entre ellas, un caso ejemplificador son las reformas sancionadas por el Poder Legislativo Nacional entre abril y agosto de 2004, luego del secuestro y asesinato de Axel Blumberg.⁶ A raíz del suceso, el Congreso sancionó una serie de leyes que reformaron el Código Penal, aumentaron las penas para diversos tipos de delitos y reformaron el instituto de la libertad condicional, haciendo más exigentes los requisitos para su obtención. Entre dichas reformas se decidió limitar los derechos o beneficios de los condenados por homicidios *criminis causae*, delitos contra la integridad sexual seguidos de muerte, secuestro seguido de muerte, homicidio en ocasión de robo.

6 Según Sozzo, se han dado dos momentos –fuertes– de ascenso del “populismo punitivo” en Argentina. La “Cruzada Axel”, marcó el segundo momento, como consecuencia del secuestro y asesinato del joven Axel Blumberg en marzo de 2004. El primero se había iniciado con las campañas electorales del año 1999 para la elección de presidente de la nación y de gobernadores provinciales y la campaña electoral para elegir jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en el año 2000.

6) La privatización de las tareas de control del delito y su comercialización, en conjunto con el surgimiento y expansión de servicios de policías privadas o dispositivos de seguridad privada. En la Argentina aún no se han aprobado los proyectos legislativos que prevén desarrollar cárceles privadas, instalaciones que en EE.UU. datan de más de dos décadas. Sin embargo, podemos ubicar en la década de 1990 el surgimiento de empresas de servicios de seguridad y su rápida consolidación en el mercado. Algunos de los productos que se ofrecen son: monitoreo urbano y alarmas, personal de seguridad, seguimiento y rastreo satelital, botones de pánico, ofrecidos en forma aislada o en paquetes de servicios integrados. Es fundamental pensar en el orden que Valencia Sayak (2010: 27) nos indica en *Capitalismo Gore* cuando dice: “en un mundo donde la economía de bienes ilegales incluye la vida humana amenazada o en pedazos, su conservación, cuidado y libertad también son una mercancía, y su compra y venta, un mercado”; ya que vivimos en sociedades hiperconsumistas donde la vida y los cuerpos se constituyen una mercancía, por lo tanto, tienen un valor de cambio, y así también su cuidado, protección, conservación, la libertad e integridad son productos relacionados con la vida que se comercian en mercados tanto legales como ilegales.

7) Un sentimiento constante de crisis, el cual se ve plasmado en una multitud de reformas legislativas, penales, procesales y penitenciarias, que expresa también un generalizado descrédito del saber criminológico experto o, desde otro ángulo, la construcción de un nuevo saber especializado, donde los sentimientos y emociones de la “gente” toman un lugar preponderante, paradójicamente un modo de legitimación “desde abajo” (Sozzo, 2007).

8) La incapacitación o neutralización del preso, privándolo de su libertad durante un lapso de tiempo más o menos prolongado –en extremo, cadena perpetua–, como garantía de que no pueda volver a delinquir.

Habiéndonos referido a los elementos que consideramos expresan el fenómeno del populismo punitivo, indicaremos las medidas que son el resultado de su instrumentación. Las mismas pueden consistir en la creación de nuevas figuras delictivas; el agravamiento de las penas en el caso de figuras delictivas ya existentes; la flexibilización de determinadas garantías o beneficios del imputado o directamente su eliminación. Consideramos que una herramienta fundamental del populismo penal es el encarcelamiento. En este orden de ideas, afirma Máximo Sozzo (2007) que uno de los emergentes más visibles del ascenso del populismo penal en la Argentina ha sido el crecimiento drástico e impresionante de la población privada de su libertad en los últimos años, especialmente en las jurisdicciones penitenciarias más importantes desde el punto de vista cuantitativo: de 1999 a 2015 la población carcelaria argentina aumentó en un 113,55%, donde el 14,13% se encontraba en cárceles federales y 46,06% en cárceles del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires.⁷

7 Según el Informe Estadístico de la Procuración Penitenciaria de la Nación ante el Comité contra la Tortura de la ONU, publicado en marzo de 2017, en base a datos de la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, en 1999 la cifra de personas privadas de su libertad era de 34.040 detenidos y, según las últimas estadísticas penitenciarias disponibles, en diciembre de 2015 había un total de 72.693 personas presas en el conjunto de cárceles de la Argentina. De ellas, 33.482 estaban en cárceles del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires y 10.274 en cárceles federales, siendo la segunda jurisdicción en importancia numérica.

Devoto tiene capacidad para 1.850 personas y en la actualidad son más de 2.000. Solo la cuarta parte son condenados y en los últimos tiempos se incrementó la llegada de acusados de delitos como el narcomenudeo.⁸

Programa de Estudios e Investigación del Centro Universitario Devoto

En este contexto, hacia fines de 2018 fue que el Programa de Estudios e Investigación del Centro Universitario Devoto (PEICUD) inició su actividad en forma extracurricular en el Centro Universitario Devoto, a partir de la demanda de estudiantes y graduados interesados en profundizar y expandir su actividad académica más allá del estudio y en dirección a la producción científica. Es un espacio que se desarrolla con formato de taller y en él se llevan adelante trabajos académicos de investigación que abordan temáticas carcelarias. El proyecto parte de una propuesta transdisciplinaria de la que participan investigadoras/es-docentes de diferentes áreas, entre ellas la jurídica, que orientan a los investigadores-estudiantes en sus producciones. Como centro de producción académica y espacio de consulta sobre la problemática carcelaria, el PEICUD fomenta al mismo tiempo la producción de conocimiento, el análisis crítico y la creatividad científica de los estudiantes que participan del taller. La investigación en contexto de encierro como ejercicio de libertad y de práctica de generación de conocimiento académico jerarquizado se entiende, así, como núcleo de la propuesta del proyecto PEICUD.

En una entrevista que le realizan a Laferriere para *Delito y Sociedad*, en el año 2003, cuenta que las actividades que se realizan en el CUD son actividades de docencia, investigación y servicios. En el mismo número de la revista, se publica un artículo “La pena indeterminada” con la autoría del CUD y miembros del GUD narran una tradición en trabajos de académicos y de investigación. Sin embargo, en el presente, se hace cuesta arriba recabar información acerca de los proyectos orientados a la investigación, de los estudiantes que ganaron becas, de los proyectos que han recibido apoyo y subsidios de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UBA. Poco ha quedado sistematizado.⁹

El CUD ha sufrido muchos embates. En el año 2011 tuvo lugar un gran retroceso cuando se allanaron las instalaciones, se suspendieron las actividades académicas, se desarmó el pabellón de estudiantes y se trasladaron presos estudiantes a otras unidades penales.¹⁰ Otro es más reciente, en agosto de 2018, sin notificación previa a las autoridades fue requisado por el SPF sufriendo daños y pérdidas materiales, como material bibliográfico, computadoras, legajos académicos, entre otros.

En la actualidad el traslado acecha la continuidad de los proyectos educativos, y de vida, de las personas alojadas en Devoto. Sin embargo, el CUD sigue resistiendo y el PEICUD desafía los límites de lo posible al escribir su versión de la historia.

8 Datos obtenidos en una reunión con las máximas autoridades del penal.

9 Aunque no es el objetivo del presente trabajo, es un estudio que, sin lugar a dudas, debería ser hecho.

10 Pedido de informes al Poder Ejecutivo Nacional sobre diversas cuestiones relacionadas con el funcionamiento de las actividades universitarias del programa UBA XXII por parte del Servicio Penitenciario Federal. Recuperado de <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=0687-D-2011>

Forman parte del taller estudiantes-investigadores y docentes. Un encuentro presencial en modo taller tiene lugar cada dos o tres semanas. Los ejes de las investigaciones son:

1. Las condiciones de realización del derecho a la educación en el CUD y sus dificultades.
2. El objetivo principal de esta investigación es el poder mostrar los distintos motivos que llevan a este alto índice de reincidencia. Los factores que inciden en esta problemática, tanto desde el punto de vista laboral, como desde el punto de vista social.
3. Las condiciones de trabajo de las personas privadas de su libertad ambulatoria que se encuentran alojados en el complejo penitenciario de la CABA.
4. Analfabetismo Digital de los profesionales que salen de la cárcel, especialmente ciencias económicas
5. Las relaciones de poder entre el SPF y el GUD, es decir, entre la lógica del poder punitivo (SPF) y sus prácticas, que colisionan en el espacio del CUD con la lógica universitaria (GUD, Grupo Universitario Devoto), que comprende autogestión, independencia, libertad, autonomía, ejercicio racional de los derechos y la elaboración de tácticas y estrategias de resistencia al poder punitivo y sus prácticas desocializantes.
6. Estudio desde la sociología acerca de las percepciones y sentidos sobre el estudio superior en la cárcel desde la perspectiva de los detenidos estudiantes

Como producto científico inmediato se espera la publicación de trabajos tanto en forma individual en revistas especializadas como en formato de libro coordinado desde el PEICUD (el primero se encuentra ya en preparación), así como la intervención en forma personal, o mediante la lectura de sus trabajos, en actividades académicas organizadas en el ámbito libre.

Se planea, asimismo, la realización de actividades junto a otras instituciones académicas que promuevan el intercambio, y que afiancen y jerarquicen el espacio. Un primer resultado en este sentido ha sido el trabajo conjunto con el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), que ha organizado en las facultades de Derecho, de Filosofía y Letras, de Arquitectura, Diseño y Urbanismo (todas UBA), y en el CUD, la serie de conferencias “Ciencia tras las rejas” (4 al 7 de junio de 2019), en la cual ha habido intervención académica activa como organizadores y expositores de investigadores en formación del PEICUD.

Por otra parte, es un resultado esperado la visibilización de problemáticas que incentivan la creación de líneas de investigación alternativa. Esto se vincula directamente con la producción de documentos de consulta y propuesta para la revisión organizacional e institucional del ámbito carcelario y judicial de ejecución de la pena, así como con los espacios relacionados de salud, educación, trabajo y esparcimiento.

Surgen preguntas sobre la investigación, la metodología, el rigor: ¿cuál es la legitimidad de la producción de conocimiento científico intramuros en relación con la producida extramuros? ¿Se planteará un debate metodológico sobre las particularidades de método en contexto de encierro? ¿Cómo reivindicar la posibilidad de contribuir desde la propia experiencia del encierro y su estudio académico

a la visibilidad, conocimiento y reflexión sobre la situación carcelaria, su precariedad, sus limitaciones estructurales y coyunturales, así como sus potencias, como lo son las prácticas de resistencias?

Interpelaciones más pequeñas también guían la ponencia, especialmente respecto del rol docente como orientador del proceso de investigación y como mediador en los procesos de circulación de sentidos científicos, jurídicos y pedagógicos, tanto rejas adentro como muros afuera.

Debate epistemológico: multiplicando autores

Desde una tradición foucaultiana, podemos pensar este proceso de producción de conocimiento inserto en la tensión entre “el poder” y “el saber”. En este sentido, me interesa pensar desde Foucault el método genealógico como método de análisis histórico. Dice que “Llamamos genealogía al acoplamiento de los conocimientos eruditos y de las memorias locales que permite la constitución de un saber histórico de la lucha y la utilización de ese saber en las tácticas actuales” (2000: 18). Es decir, que con el método genealógico se trata de hacer entrar en juego los saberes locales, discontinuos, descalificados, no legitimados, contra la instancia teórica unitaria que pretende filtrarlos, jerarquizarlos, ordenarlos en nombre del conocimiento verdadero y de los derechos de una ciencia que está alcanzada por unos pocos. Afirma que las genealogías son esencialmente anticiencias. La genealogía debe dirigir la lucha contra los efectos de poder de un discurso considerado científico. La genealogía de los saberes juega en el eje discurso-poder. En un orden, según mi entender, similar, Žižek declara que la izquierda “debe preservar las huellas de todos los traumas, sueños y catástrofes históricos que la ideología imperante del ‘fin de la historia’ preferiría obliterar”.

En este sentido, la genealogía nos lleva a entender que no hay una verdad, sino múltiples verdades que se han generado a través de diversas luchas. Así, cuando hablo de saberes sujetos entiendo toda una serie de saberes que, según Foucault, habían sido descalificados como no competentes o insuficientemente elaborados: saberes ingenuos, jerárquicamente inferiores, por debajo del nivel de conocimiento o científicidad requerido. Y la crítica se efectuó a través de la reaparición de estos saberes bajos, no calificados o hasta descalificados (los del psiquiatrizado, del enfermo, del enfermero, del médico que tiene un saber paralelo y marginal respecto del saber de la medicina, el del delincuente), de estos saberes que el autor llama el saber de la gente (y que no es propiamente un saber común, un buen sentido, sino un saber particular, local, regional, un saber diferencial incapaz de unanimidad y que solo debe su fuerza a la dureza que lo opone a todo lo que lo circunda).

El sentido común, como es sabido, es el menos común de los sentidos. El sentido común es impuesto por un conjunto de ideas y prácticas dominantes en un momento y lugar determinados, cuyo propósito fundamental como el de la ideología en general, consiste en “naturalizar” lo contingente, en hacer de la contingencia un dato natural, inmutable, incuestionable y permanente. Sin embargo, el saber sometido o sujetado, como modo de aprehender la realidad, es más que saber distorsionado, contiene en su interior la memoria bruta de los enfrentamientos; este redescubrimiento de las luchas sociales permite cuestionar lo naturalizado, porque da cuenta de la génesis social de las prácticas sociales.

No obstante, un marco teórico que parece alojar mejor la propuesta, el decolonial/poscolonial, parece ser el adecuado para continuar esta investigación. Mignolo ha denominado “Las epistemologías de frontera”, las cuales se manifiestan en las fronteras donde el Sur frota con el Norte y sangra, donde el Este frota con el Oeste y vibra. Nos enseña Mignolo (2010) que

Para desprenderse de la matriz colonial del poder y de la lógica de la colonialidad acomodada en *pensée unique* (a la monocultura de la mente) es necesario instalarse en una epistemología fronteriza, en alternativas A la modernidad (y no en modernidades alternativas): esto es, el desprendimiento y el proceso de descolonización tienen por horizonte un mundo trans-moderno, global y diverso.

Podemos pensar el CUD como un espacio de frontera, una espacialidad fronteriza, es la universidad dentro de la cárcel, rejas para entrar al CUD, que lo separan material y simbólicamente del resto de la cárcel, rejas para salir.

Adscribo, en este sentido, al pensamiento decolonial, en tanto se refiere una exigencia ética y una política: la de la pluriversalidad. En oposición a diseños globales y totalitarios en nombre de la universalidad, la pluriversalidad constituye una apuesta por visibilizar y hacer viables la multiplicidad de conocimientos, formas de ser y de aspiraciones sobre el mundo. La pluriversalidad es la posibilidad de que en el mundo quepan muchos mundos y contribuir a hacer posible otros mundos otros.

La tarea del estudiante-investigador puede pensarse como situarse en un espacio diferente, pienso en el “tercer espacio de enunciación”, como lo concibe Homi Bhabha (2002), el cual destruye el espejo de la representación y desafía la unidad de los significantes de una cultura. En forma similar, desde la geografía crítica legal, podemos configurar un espacio del medio, *in between*, en el sentido que da a este término Edward Soja (1996), un espacio donde lo vivido, la experiencia y lo particular alcancen un protagonismo político, desde donde sea posible articular distintas formas de acción política en contra de la opresión humana.

En una entrevista, Eduardo Silva, ex preso en la cárcel de Devoto y estudiante de la primera etapa, habla de las especiales concepciones del tiempo y del espacio cuando se está preso, así como las relaciones personales y formas culturales. Respecto del CUD, lo piensa como una conquista de un espacio de libertad y ruptura con la rutina carcelaria. Usa una analogía tiempo de la pena/pantano para representar el tiempo que pasó preso:

veo los tres años de pena como un pantano; en donde salir es cruzar el pantano y donde tus proyectos los situas en el otro lado del pantano. Y esperarás entonces a que llegue el momento de sortearlo, y si no tenés la posibilidad que dentro del pantano te sitúes y aproveches lo que el pantano te da y encontrarle un sentido.

Considero que los fines reales de la pena son castigar y no las declaradas conforme las teorías “Re” (re-educar, resocializar, reintegrar). Por lo tanto, no veo en los espacios educativos un plan de curación de la persona detenida, un proyecto para que “aprenda” a vivir en sociedad conforme a las normas legales, usos y costumbres. Las posibilidades de estudio son, en primer lugar, una estrategia de sobrevivencia (Daroqui, 2012). Algunos para salir del pabellón, otros para hacer “algo positivo” en el “pantano” (Silva, 2003), otros simplemente para ver y hablar con personas de afuera.

No obstante, la investigación tiene una potencia específica, que es la de generar saberes y conocimientos desde la propia experiencia. Producir discursos sobre educación, trabajo, organización gremial, ejecución de la pena, trayectorias, cotidianidades, violencias, todo un complejo entramado de prácticas sociales que conforman la realidad de personas presas, procesadas o no, condenadas o no.

Una idea poderosa en el poscolonialismo es la del sujeto subalterno, que es este ciudadano subordinado aun después de su descolonización, y que Spivak interroga críticamente diciendo que frecuentemente se le interpreta o se le mediatiza su voz, más allá de lo que puede hablar. Estudiantes-investigadores hablan de lo recurrente que son las investigaciones para hablar del CUD, lo cansados que están de que vayan a entrevistarlos y nunca saber qué pasó con esas palabras. Los enorgullece que se repita que “El Centro Universitario Devoto es la única experiencia, a nivel mundial, de la enseñanza universitaria en cárceles”, pero parecen cansados de ser objeto de metodologías extractivistas.

Siguiendo a Karina Bidaseca (2013), me interesa decir que

para Spivak, el subalterno es una subjetividad bloqueada por el afuera, no puede hablar no porque sea mudo, sino porque carece de espacio de enunciación. Es la enunciación misma la que transforma al subalterno. Poder hablar es salir de la posición de la subalternada, dejar de ser subalterno. Mientras el subalterno sea subalterno, no podrá hablar.

Aclara la profesora que

esta postura sólo se comprende cuando Spivak desnuda su posición: que la única opción política posible para la subalternidad, es precisamente dejar de ser subalternos, en otras palabras, intensificar la voz, hacerla propia, lejos de la representación. El subalterno no puede hablar porque si habla dejará de ser subalterno.

En este sentido, se trata de pensar críticamente qué voces tienen autorización o se encuentran habilitadas para “hablar” en la esfera de la política, reconociendo que en ese “hablar” y ser escuchados se juega no solo el acceso a derechos, sino a la categorización como persona, ciudadana y sujeto de derecho.

Es enriquecedora la enseñanza Boaventura de Sousa Santos (2009) que afirma

El pensamiento occidental moderno es un pensamiento abismal. Éste consiste en un sistema de distinciones visibles e invisibles, las invisibles constituyen el fundamento de las visibles. Las distinciones invisibles son establecidas a través de líneas radicales que dividen la realidad social en dos universos, el universo de “este lado de la línea” y el universo del “otro lado de la línea”. La división es tal que “el otro lado de la línea” desaparece como realidad, se convierte en no existente, y de hecho es producido como no-existente. No-existente significa no existir en ninguna forma relevante o comprensible de ser.

Nos dice De Sousa Santos que lo que es producido como no-existente sufre una exclusión radical porque se encuentra más allá del universo de lo que la concepción aceptada de inclusión considera es su otro. Fundamentalmente, lo que más caracteriza al pensamiento abismal es, pues, la imposibilidad de la presencia de los dos lados de la línea. Más allá de esto, solo está la no-existencia, la invisibilidad, la ausencia no-dialéctica.

De Sousa Santos explica con claridad que en cada uno de los dos grandes dominios –ciencia y derecho– las divisiones llevadas a cabo por las líneas globales son abismales hasta el extremo de que efectivamente eliminan cualquier realidad que esté al otro lado de la línea. Esta negación radical de la co-presencia fundamenta la afirmación de la diferencia radical que, en este lado de la línea, separa lo verdadero y lo falso, en la lógica de la ciencia; lo legal y lo ilegal, en la lógica del derecho. El otro lado de la línea comprende una vasta cantidad de experiencias desechadas, hechas invisibles tanto en las agencias como en los agentes, y sin una localización territorial fija.

Claro que esta forma de pensar plantea desafíos epistemológicos, nuestras metodologías son extractivistas, dice De Sousa Santos, aun las de las ciencias sociales, el trabajo empírico es extractivista, nuestros conocimientos son sobre el otro. Las epistemologías del Sur se proponen conocer con el otro, multiplicar autores para luchar contra la dominación. Son, en este sentido, metodologías colaborativas. El PEICUD no se propone producir conocimiento científico sobre los estudiantes-investigadores, se propone crear las condiciones materiales y simbólicas para que sujetos privados de su libertad resistan a través de la creación de saber, se constituyan en sujetos audibles, productores de sentido y hagan correr la voz.

Consideraciones finales

Han quedado pendientes por la extensión de este trabajo y mi elección de priorizar el recorrido sobre diversas expresiones de las experiencias educativas y académicas que desafían la producción del conocimiento de base científicista, develan el carácter político y epistemológico de la producción de conocimientos; profundizar el carácter de las rupturas epistemológicas que propone De Sousa Santos, tematizar los lados que separan la línea abismal, la sociología de las ausencias, las prácticas que se constituyen como sociología de las emergencias, entre otros conceptos fundantes de las epistemologías del Sur.

Si hacer epistemología del Sur, si aprender del Sur y con el Sur, entendido el mismo como una metáfora del sufrimiento humano causada por el capitalismo, el colonialismo y el heteropatriarcado, implica reinventar la emancipación/liberación social, rastrear la producción de saberes en las luchas contra la opresión, entonces rescato la voz de los estudiantes-investigadores privados de su libertad que articulan las luchas por el derecho a la educación, por el trabajo digno, la sindicalización, por el derecho a decir, por deconstruir miradas y estereotipos estigmatizantes,¹¹ para ser sujetos activos del derecho a ser y plan de vida. Rastrear las prácticas teóricas del CUD, del GUD, y particularmente del PEICUD, sus modos de conocer y de producir conocimiento, se piensa como un pequeño grano de arena, al ejercicio de perseguir una justicia cognitiva global. Hago mía la afirmación de De Sousa Santos cuando dice que la resistencia política necesita tener como postulado la resistencia epistemológica, ya que no es posible una justicia social global sin una justicia cognitiva global.

Bibliografía

- Bidaseca, K. (2013). *El pensamiento feminista de Spivak*. Seminario “La Lengua Subalterna. Leer a Spivak”. Universidad Nacional de San Martín. Lectura Mundi.
- Bhabha, H. (2002). *El lugar de la cultura*. Buenos Aires: Manantial.
- Daroqui, A. (2012). Entrevista a Alcira Daroqui. *Clarín*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.org/alcira-daroqui-trabajo-y-educacion-son-una-especie-de-ficcion-dentro-de-la-carcel/>
- De Sousa Santos, B. (2009). *Una Epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores-CLACSO, pp. 160-209.
- Foucault, M. (2000). *Defender la sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- (2002). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa, Barcelona.
- Laferriere, M. y Silva, E. (2003). Entrevista a Marta Laferriere y a Eduardo Silva, ex-presos en la Cárcel de Devoto. *Delito Y Sociedad*, 1(1), 77-87. <https://doi.org/10.14409/dys.v1i1.87>
- Larrauri, E. (marzo 2006). Populismo punitivo... y cómo resistirlo. *Jueces para la democracia*, 55.
- Mignolo, W. (2007). El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. En S. Castro-Gómez y R. Grosfoguel (eds.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores.
- (2010). *Desobediencia epistémica: Retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad*. Buenos Aires: Ediciones del Signo.
- Sayak, V. T. (2010). *Capitalismo Gore*. Barcelona: Melusina.

11 Jonathan Arguello con su investigación sobre las identidades que se despliegan en el encierro es un referente. Ver <https://www.enredando.org.ar/2019/08/31/la-potencia-de-la-educacion-en-contextos-de-encierro/>

Segato, R. L. (2007). *La Nación y sus Otros. Raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de Políticas de la Identidad*. Buenos Aires: Prometeo Libros.

---- (2013). *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. Buenos Aires: Tinta Limón.

---- (2016). *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de sueños.

Sozzo, M. (mayo 2007). ¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-de-pósito” en Argentina. *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 1.

Žižek, S. (1998). *Porque no saben lo que hacen. El goce como un factor político*. Buenos Aires: Paidós.

El concepto de “racionalidad” en la teoría de la argumentación



Gerardo Galetto (FCJS-UNL)

Introducción

En la cultura occidental moderna se ha impuesto un modelo de racionalidad asociado al desarrollo de las ciencias experimentales que suele asumirse como presupuesto de toda “empresa racional” (Toulmin), también del derecho y las ciencias sociales. Esta ponencia reflexiona sobre la posibilidad de superar ese paradigma, analizando algunas características del fenómeno denominado –demasiado vagamente– “posmodernidad”. Para Kaufmann, este movimiento “no puede despacharse simplemente con un gesto de rechazo” (1992: 6); por el contrario, se debe prestar atención a muchas de sus críticas. También Michele Taruffo (2010) afirma que el posmodernismo “ha provocado la crisis irreversible de muchas ideas ingenuas que no merecen ser recuperadas” (2010: 92). Si se toman en serio estas palabras, tal vez deban abandonarse algunos modos de concebir la realidad propios de una ontología sustancialista, que no solo han sido fundamentales para el iusnaturalismo sino también para el positivismo jurídico. Conceptos como “objetividad” y “verdad”, que han caracterizado a la racionalidad moderna, no son tan desestimables como a veces ligeramente se afirma, pero deben resignificarse después del fin de la metafísica.

Historia de la razón

Cualquier persona medianamente formada conoce que la razón filosófica tiene fecha y lugar de nacimiento. Sin embargo, en la teoría de la argumentación como en otros segmentos de la reflexión científica, suele constatarse un reflejo inconsciente: el de pensar la razón como un fenómeno ahistórico y universal. Esta inercia mental probablemente se deba a que el relato predominante en Occidente ha sido el de una aparición repentina de la racionalidad, como si el *logos* hubiera nacido “sin pasado, sin padres, sin familia” (Vernant, 1993: 335) y como si desde aquel momento hasta hoy no hubiera hecho otra cosa que progresar hacia conquistas cada vez mayores. Así se justificaría la pretendida superioridad del hombre griego –y del occidental moderno, su heredero– con respecto a otros pueblos y culturas. Autores como Vernant, en cambio, señalan que, lejos de tratarse de un suceso cuasi milagroso –“de igual modo que las escamas se desprenden de los ojos del ciego”– el paso del mito al *logos* obedeció a un conjunto de condiciones bien precisas entre las que sobresale el nacimiento de la *polis*. La filosofía es hija de la ciudad, del ágora, del debate.

La razón no se descubre en la naturaleza, está immanente en el lenguaje. No se forma a través de las técnicas que operan sobre las cosas; se constituye por la puesta a punto y el análisis de los diversos medios de acción sobre los hombres, de todas esas técnicas de las que el lenguaje es instrumento común: el arte del abogado, del maestro, del orador, del hombre político. La razón griega es la que permite actuar de forma positiva, reflexiva, metódica, sobre los hombres, no de transformar la naturaleza (Vernant, 1993: 364).

También Chatelet rechaza la tesis del “milagro griego”, señalando el carácter situado de “la invención de la razón”.

Es claro que Grecia ha conocido por razones contingentes e históricas acontecimientos tales que algunos hombres han podido hacer aparecer este género original que no tenía equivalentes en su época y que se impuso en un debate con otros géneros culturales que también buscaban la preeminencia. Y por otras razones contingentes, tuvo un éxito sorprendente (1993: 15).

De esta forma, invita a tomar conciencia de que la razón tiene una historia que conviene tener presente para recontextualizar la situación actual, evitando que el olvido de los orígenes provoque una rigidez indebida en la consideración de lo que llamamos “racional”.

Autores como Toulmin (2000)¹ o el mismo Chatelet (1993)² constatan un proceso progresivo de identificación de “lo racional” con la capacidad de formalización y demostración empírica, que se acelera a partir de la revolución científica. Este proceso coincide con una paulatina subjetivación de la razón, que la convierte en un formidable instrumento de poder, pero que como contrapartida ha generado también las condiciones que dificultan una vida autónoma y creativa

Nítidamente parecen retroceder –sin desmedro de la ampliación de los horizontes de actuación y pensamiento debida al saber técnico– la autonomía del sujeto individual, su posibilidad de resistirse al creciente aparato para el manejo de las masas, el poder de su fantasía, su juicio independiente (Horkeimer, 1973: 11).

Este diagnóstico es del año 1947, pero cabe preguntarse si ha perdido actualidad. Sobre el particular, Kaufmann señala que

el cargo decisivo de lo posmoderno contra lo moderno, esta “ilustración perenne” que ha dispuesto todo como puro señorío y utilidad del saber, consiste en que se ha demostrado incapaz de dar respuesta a los interrogantes que son verdaderamente de importancia para los hombres (Kaufmann, 1992: 6).

Kaufmann considera que con el paso del tiempo se han borrado las fronteras semánticas entre “inteligencia” (*dianoia-ratio*) y “razón” (*nous-intellectus*). La primera refiere a la actividad analítica, discursiva, de disección y abstracción, mientras que “razón” significa la actividad más elevada del espíritu, la unidad del saber, la dialéctica comprensión de la totalidad. En la filosofía clásica, ambas fuerzas engendran el conocimiento, mientras que este equilibrio se ha perdido en la actualidad.

1 Véase especialmente el capítulo III de *La cosmovisión moderna* (Toulmin, 2000). Allí señala que las teorías científicas de la modernidad tienen un “subtexto” vinculado a la situación política y social. Este autor se pregunta por la relación existente entre la visión mecanicista de la modernidad y la necesidad de justificar la estabilidad y jerarquías sociales. Para Toulmin, la modernidad cartesiana y newtoniana es en realidad una reacción al escepticismo de Montaigne, quien habría ejecutado el primer movimiento (“gambito”) del mundo moderno, con una actitud más humanista, práctica y concreta. La exigencia de certeza que se institucionalizó después como criterio de verdad y rigor científico es producto del miedo a los desmanes que asolaron a Europa durante la guerra de los treinta años. Tanto la filosofía de Leibniz como la ciencia de Newton son expresiones de la nueva *cosmópolis*, y reflejan el pensamiento de la burguesía intelectualmente progresista y socialmente conservadora.

2 “La filosofía toma sus objetos de una realidad exterior. Para los griegos ese objeto exterior es esencialmente la política, la ciudad. Una prueba de que la filosofía, aunque absolutamente autónoma en la definición de su estilo, no es independiente de su contexto. El nuevo comienzo de la filosofía en los siglos XVI y XVII está vinculado con la aparición de otro contexto, el de la ciencia. Ahora la filosofía no se va a nutrir de la realidad política sino de las profundas transformaciones de la concepción de la naturaleza”. (Chatelet, 1993: 63).

El concepto racionalista de ciencia significa una sobrevaloración de la “ratio”, una absolutización y un sobreesfuerzo de la inteligencia analítica. Dicho concepto desestima la función fundante unitaria de la razón, que ofrece en general primero la base de la actividad de la inteligencia (Kaufmann, 1992: 22).

De este planteo el autor extrae dos consecuencias. La primera es que la racionalidad es estrecha si no asume la existencia de otras fuerzas que también son protagonistas de las decisiones: “Un hombre que crea poder pensar y juzgar todo racionalmente (deducir sus decisiones solo de la ley), tiene con seguridad una racionalidad subdesarrollada” (Kaufmann, 1992: 26). La segunda es que se debe superar el esquema sujeto-objeto. Siguiendo a Gadamer sostiene que

el que quiera entender un sentido introduce necesariamente su prejuicio y con ello también su evidencia en el proceso de comprensión. Un entender de tal índole no es objetivo, porque el sentido no es ninguna substancia, pero tampoco es subjetivo, sino reflexivo y orientado tradicional y situacionalmente: es más bien a un mismo tiempo subjetivo-objetivo. Todo intento de separar la racionalidad de la personalidad que comprende, está condenado al fracaso (1992: 40).

También Manuel Atienza parece denunciar la identificación entre racionalidad y lógica como si fueran términos equivalentes. La lógica es una condición necesaria de la argumentación racional, pero no suficiente. En la vida real no usamos esquemas sino argumentos, y en ellos importa el contenido de las premisas.

Argumentar no consiste tanto en presentar una serie de proposiciones estructuradas en una determinada forma, cuanto en ofrecer razones (buenas razones) sobre cómo es (cómo ha sido o cómo será) tal aspecto del mundo, o sobre qué debemos hacer (o deberíamos haber hecho o deberemos hacer en el futuro) frente a determinadas circunstancias (Atienza, 2012: 181).

La racionalidad no depende entonces solamente de que la forma lógica sea correcta, sino también de la solidez de las premisas elegidas y del apoyo que estas brinden a las conclusiones. La imagen para juzgar la racionalidad desde esta perspectiva no es tanto la de la cadena como la del tejido o la de las patas que sostienen una mesa (Atienza, 2012: 178; las metáforas son de Wisdom, Perelman y Olbrecht Tyteca). El sobredimensionamiento unilateral de la razón formal olvida el carácter práctico del razonamiento jurídico (y tiende a desconocer el uso práctico de la razón en general, acercándose –paradójicamente– a la postura escéptica para la que “razón práctica” es un oxímoron).³ Se trata, al decir de Atienza, de un “imperialismo lógico”, que tiene dos versiones: una obvia, que consiste en despreciar todo lo que

3 Tal es el caso –según Atienza– de Ross, exponente del realismo jurídico. (Atienza, 2012: 37-38).

no sea análisis formal de las argumentaciones y que identifica la racionalidad con los procedimientos deductivos; y otra versión sutil, que comienza admitiendo que la lógica no es todo en el derecho, pero que afirma que donde acaba la deducción comienza la arbitrariedad.

Racionalidad posmoderna

Los autores hasta aquí mencionados no podrían considerarse defensores de la posmodernidad. Al contrario, nos advierten que hay motivos para desconfiar de ella porque bajo este rótulo se encuentran muchas experiencias que no tienen nada de científicas ni de racionales. Pero también sostienen que no se puede ignorar el desafío que ella supone para el racionalismo moderno. No se trata de dejar atrás la modernidad, sino de realizar lo que todavía no se ha logrado en plenitud. La modernidad sigue teniendo posibilidades no actualizadas, herencias no recibidas, promesas no cumplidas. “Democracia”, “derechos humanos”, “racionalidad” son conceptos que encierran mucha más significación que la que se da por aceptada.

Más que “posmodernidad”, sería mejor utilizar la expresión “posmetafísica” para denominar a la época que ha seguido a la secularización provocada por el acontecimiento que Nietzsche denomina “la muerte de Dios”. Con esta expresión, tal como Heidegger ha puesto de manifiesto, Nietzsche se refería a la pérdida de un fundamento estable y objetivo, capaz de funcionar como referencia última para nuestro pensamiento y para nuestros juicios y proposiciones. El proceso ha sido largo, y podría ser descrito como una progresiva transformación de la “realidad” dura y fáctica, en relato e interpretación. “El mundo verdadero –se afirma en el *Ocaso de los ídolos*– ha devenido en fábula”. La lectura heideggeriana de este “anuncio” y “acontecimiento” es que se trata de la culminación de un proceso que comenzó con los primeros filósofos griegos, que al preguntarse por el “ser” lo confundieron con el “ente”. De esta forma, se fue instaurando un pensamiento que pretende disponer del “ser” como si fuera una “cosa”, con las consecuencias de dominio y manipulación de la realidad que alcanzan su culminación en la técnica planetaria. En este sentido, se puede encontrar un “aire de familia” en la lectura heideggeriana con la realizada por Horkheimer y Adorno.

Este relato de la historia de la razón como “olvido del ser” pone en crisis la idea de verdad como correspondencia. Si se da por supuesto que los “hechos” están “ahí afuera” y que pueden servir como criterio para determinar la verdad de “p” (entre comillas en este caso, según la definición de Tarski), se estaría recayendo en la ilusión metafísica. Podría objetarse que no se necesita ninguna “teoría del ser” para justificar racionalmente nuestras argumentaciones. Pero no es cierto. Siempre estamos presuponiendo una determinada idea de “ser”. Cuando afirmamos “tal gobierno no es democrático” o “tal medida política es injusta”, o cuando intentamos definir qué es la familia, por ejemplo, no solo tenemos una idea de “democracia”, “justicia” y “familia” respectivamente, sino que también presuponemos –aunque no lo hagamos explícito– una determinada concepción del “ser”. Y, lógicamente, si identificamos el ser con lo presente objetivamente en el ente, costará entender y aceptar que la realidad –por mucho que

la hayamos naturalizado— puede acontecer de otra manera; que “democracia”, “justicia” o “familia” se dicen de muchas maneras, porque acontecen de muchas maneras.

Si se acepta que —a pesar del innegable avance científico y tecnológico— no hemos exorcizado la metafísica, entonces lo mejor sería asumir que necesitamos “otro” pensamiento sobre el ser. Sugiero que el “pensamiento débil” es la opción que mejor responde a la situación contemporánea. No porque sea una teoría filosófica más “verdadera” con respecto a las opciones “erróneas” del pasado, sino porque es la que mejor describe y explica la situación en la que nos toca vivir y pensar. En esta perspectiva, la verdad ya no se deja considerar como *adecuatio* con cosas que son independientemente del sujeto cognoscente, sino como *aletheia*, manifestación de lo que está oculto en la opacidad del ente. Esta es, a grandes rasgos, la propuesta de Vattimo, en línea con Nietzsche, Heidegger y Gadamer.

Desde una perspectiva neopragmática, Rorty llega a conclusiones parecidas. El filósofo norteamericano considera que la búsqueda de la verdad como correspondencia es una sustitución de la experiencia religiosa, que juzga la realidad humana desde “algo” no humano. Prefiere reemplazar el término “objetividad” por el de “solidaridad” o “consenso no forzado”. Cuando decimos que una proposición es verdadera, lo que efectivamente está ocurriendo es que hemos alcanzado un acuerdo sobre el uso que estamos haciendo de los términos y sobre las creencias que consideramos aceptables. La pregunta que se hace el filósofo es: ¿acuerdo entre quienes? Y su respuesta es categórica: entre “nosotros”. Siempre que hablamos acerca de algo lo hacemos buscando el acuerdo entre los miembros de una comunidad, que puede ser real o imaginaria, a la cual pertenecemos o nos gustaría pertenecer. Por ello la primacía de la solidaridad sobre la objetividad. Rorty es consciente del peligro que encierra el etnocentrismo y por ello enfatiza que su propuesta solo funciona en comunidades dispuestas a ampliar el “nosotros”, es decir, en una comunidad abierta, integradora, liberal.

Rorty rechaza la idea de que la ciencia sea un saber especial, capaz de brindarnos un conocimiento de la realidad “tal como es”.

Mi rechazo de las nociones tradicionales de la racionalidad puede resumirse diciendo que el único sentido en que la ciencia es ejemplar es que es un modelo de solidaridad humana. Deberíamos concebir las instituciones y prácticas que componen las diversas instituciones científicas como sugerencias sobre la manera en que puede organizarse el resto de la cultura (1996: 63).

La ciencia es valiosa no tanto por una superioridad epistemológica sino sobre todo por las comunidades que crea: en ellas se debate, se buscan acuerdos, se los cambia, se tiene la posibilidad de verificar o refutar la conveniencia de las afirmaciones que se hacen. Podría decirse que lo valioso de la ciencia es que se trata de un “nosotros” especial, dispuesto a modificar los consensos alcanzados.

En esta perspectiva la “subjetividad” también adquiere otro valor. Porque ya no puede ser considerada cartesianamente como una “sustancia” que está “afuera” de los “objetos” que se pretenden conocer o so-

bre los cuales se habla, sino que –podría decirse sin traicionar el pensamiento de Rorty– tanto el yo como el no yo se encuentran dentro del lenguaje que utilizamos para referirnos a las cosas, que –en algún sentido– son creadas lingüísticamente. Rorty adhiere a la idea nietzscheana del lenguaje como “ejército móvil de metáforas, metonimias y antropomorfismos” mediante los cuales se crean relaciones intersubjetivas, que deberían permitir a los seres humanos concebirse como buenas personas a las que basta la solidaridad (1996: 53) De ahí que no sea una buena idea pensar que el lenguaje descriptivo es capaz de prescindir de las valoraciones: siempre estamos valorando, sencillamente porque el objetivo de la vida es el bien, y eso es lo que perseguimos también al hablar, en cualquier discurso: filosófico, científico, religioso o político.

En este sentido, “racional” significa algo como “sensato” o “razonable” en vez de “metódico”. Designa un conjunto de virtudes morales: tolerancia, respeto a las opiniones de quienes nos rodean, disposición a escuchar, recurso a la persuasión antes que a la fuerza. Éstas son las virtudes que deben poseer los miembros de una sociedad civilizada para que ésta dure. En este sentido, “racional” significa algo más próximo a “civilizado” que a “metódico” [...] Según esta concepción, ser racional es simplemente examinar cualquier tema –religioso, literario o científico– de un modo que descarte el dogmatismo, la actitud defensiva y la radical indignación (Rorty, 1996: 59).

Ética y emociones

Lo dicho hasta aquí pretende mostrar que utilizar los términos “verdad” y “objetividad” implica reconocer que ellos operan en un contexto ético del que no pueden aislarse. Por el contrario, se tiende a producir una teoría de la argumentación que privilegia el *logos*, descuidando el *pathos* y el *ethos* (Plantin, 2012: 89 y ss.). En sentido aristotélico, *ethos* significa: a) la personalidad del orador; elementos extradiscursivos que le pertenecen –institucionalmente o por lo que muestra– a quien hace uso de la palabra; b) el conjunto de circunstancias que hoy llamaríamos culturales, el paradigma presupuesto en el discurso, constituido sobre todo por valores, preferencias, juicios estéticos, costumbres (*mores*). Con respecto a a) en teoría de la argumentación se suele considerar una falacia la apelación a estos elementos para darle más fuerza al discurso (la falacia ética), y con respecto a b) el modelo racionalista tiende a separarlo del mundo de los “hechos” y prescribe prescindir de valores, que le quitarían “objetividad” al discurso.

Pero, ¿es posible seguir sosteniendo que un argumento sería “racional” solo cuando cumple con dichos estándares? ¿No hay que revisar estas “racionalidades normativas” a la luz del fin de la metafísica? Es comprensible que en el mundo jurídico aspiremos a que un juez, por ejemplo, no dictamine de acuerdo con sus valores personales o con su estado de ánimo. O que de los comunicadores sociales se espere que transmitan información sin confundirla con sus juicios y opiniones. Esto forma parte de los respectivos “nosotros” que pretendemos o imaginamos para estas personas y sus actividades. Pero, ¿hasta qué punto es realizable este ideal?

Incluso en situaciones donde todos deseamos el máximo de objetividad posible, es necesario considerar el *ethos* desde el que se juzga o desde el que se construyen las proposiciones. Imaginemos el caso de un

policía que dispara contra un hombre que intenta escapar después de haber cometido –presuntamente– un robo. ¿Qué proposición podría corresponderse con “lo que realmente pasó”? ¿El policía es alguien que cumple con su deber o que se extralimita en sus funciones? ¿Es alguien que actúa en defensa propia? En ese caso, ¿lo hace con medios proporcionales o se excede en la legítima defensa? ¿El hombre que huye es un presunto delincuente o una víctima del abuso policial? Obviamente, hay que tener en cuenta los “hechos relevantes” al momento de investigar y narrar la historia: si el hombre que huye está armado, si hay evidencia de que intenta agredir al policía, si hay riesgo para la vida de este o de terceros. Pero, nuevamente, ¿con qué criterio se asigna la “relevancia” para elegir o desechar un dato? Parecería que la respuesta a los interrogantes planteados depende, más que de *p* sin comillas, del *ethos* desde el cual se razona.

No desconozco la necesidad de respetar la integridad de los hechos, ni niego la capacidad de la razón para conocerlos. Pero dicho conocimiento no debería clausurar la discusión. La búsqueda de objetividad entendida al modo realista (*adecuatio*) no parece suficiente para encontrar la “verdad” más profunda de algunas situaciones, que requieren no solo de la *ratio* (para volver a Kaufmann) sino del *intellectus*, de la actitud comprensiva, del *nous*. ¿Cuál sería el criterio de racionalidad para evaluar argumentos referidos a violaciones de derechos humanos? ¿Es solo la “objetividad” de los hechos?

en sociedades que han vivido experiencias recientes de dictaduras y violaciones de los derechos humanos [...] el problema de saber qué les ocurrió en verdad a las personas que desaparecieron en el vórtice de la violencia policial es un problema central. [...] Sin embargo, la necesidad de saber la verdad objetiva sobre tantos hechos de este tipo no tendría sentido si no estuviera inspirada a su vez en la necesidad de hacer justicia, por lo tanto, de hacer valer no la objetividad en cuanto tal sino el derecho de todos los que sufrieron o sufren hasta ahora, y el propio derecho de la comunidad a reafirmarse como lugar de convivencia civil, de verdadera amistad política (Vattimo, 2010: 32).

La discusión que periódicamente se reabre en Argentina acerca del número de los desaparecidos por la última dictadura, ¿no muestra que en realidad lo que se discute son dos paradigmas en cierto modo inconmensurables? ¿Cuál debería ser el criterio epistemológico para decidir la cuestión? ¿Qué tipo de objetividad debemos esperar de quién sostiene una cifra u otra? ¿La ausencia de razones estrictamente demostrativas indica ausencia de racionalidad?

No se trata aquí de “relativismo” o de arbitrariedad, sino más bien de todo lo contrario: argumentar para evitar lo arbitrario, la humillación en todas sus formas, lo que es indigno de un ser humano. Y los criterios para ello son los consensos alcanzados y los disensos racionales (“consensos no forzosos y desacuerdos tolerantes”, Rorty, 1996: 65), para los cuales tenemos argumentos decentes, que no dependen solo del respeto a los procedimientos establecidos.⁴ La racionalidad de nuestro juicio o de

4 “Consenso y capacidad de consenso deben fundarse cualitativamente y no sólo asegurarse formalmente. Con dificultad se declarará satisfecho alguien condenado injustamente, no obstante haber sido sometido a un proceso legal” (Kaufmann, 1992: 34).

nuestros argumentos depende de y está relacionada con esta atmósfera que se oculta pero se muestra en el discurso. La tarea del intelectual probablemente sea hacer patente el contexto ético que subyace a las construcciones discursivas. Y esto vale también, y, sobre todo, para la argumentación jurídica.

El proceso de creación jurídica muestra una estructura compleja, que implica momentos productivos, dialécticos, posiblemente intuitivos, en todo caso no exclusivamente lógico formales, y que el juez nunca infiere la decisión sólo de la ley, sino que llega al caso siempre con un determinado preconcepto, establecido principalmente por la tradición y la situación (Kaufmann, 1992: 25).

Discusiones como las de los ejemplos anteriores generalmente van acompañadas –en los medios, en las redes sociales y en la vida cotidiana– de fuertes reacciones emotivas. Rabia, enojo, a veces indignación suelen ser el *pathos* típico de estas discusiones. ¿Qué lugar les cabe a las emociones en una reflexión sobre la racionalidad argumentativa? La respuesta clásica es: ninguno. La emoción sería un obstáculo para la razón, y por tanto debería evitarse en el locutor y en los interlocutores. Todo recurso a las emociones del auditorio sería una estrategia falaz. Especialmente conocemos las falacias *ad misericordiam*, *ad populum*, *ad baculum*, *ad verecundiam*, algunas variantes de la falacia *ad hominem*, uso emotivo del lenguaje. Por el contrario, una teoría de las emociones que conjugue la filosofía con los hallazgos de las neurociencias y del psicoanálisis permite otro tipo de consideraciones. La emoción, según la teoría neoestoica de Martha Nussbaum, además de su componente fisiológico y psicológico tiene siempre un elemento de juicio personal. De hecho, ante un mismo estímulo, distintas personas reaccionan de diversa manera (se emocionan distinto), porque no juzgan del mismo modo. Este sería el elemento racional, que es susceptible de cultivo y educación. Esto demostraría que es racional enojarse, indignarse, temer, avergonzarse en algunos casos, mientras que en otros no lo es. La alexitimia de la teoría tradicional de la argumentación no respeta esta racionalidad profunda.

Nussbaum estudia también las emociones sociales, aquellas que superan la individualidad personal y permean las instituciones y cuerpos políticos. Y lógicamente este enfoque supone responsabilizarse por el *pathos* que creamos con nuestros argumentos, y que puede envenenar emotivamente a la sociedad. Episodios como los linchamientos que cada tanto reaparecen en nuestro país,⁵ ¿no nos invitan a revisar discursos que generan odio, alimentan el resentimiento, que buscan chivos expiatorios? Una cultura democrática debería tratar de “debilitar” y no exacerbar estos sentimientos.

Emociones como la empatía y la compasión juegan un rol decisivo al momento de garantizar los derechos de los más vulnerables. En la sociedad “real”, donde persisten muchas diferencias injustas,

5 29 de marzo de 2019, un hombre muerto a patadas por una pueblada, acusado de ser el padre de un joven acusado –falsamente– de violación. 19 de abril de 2019, Ciudad Evita, un ladrón atrapado por unos vecinos (que participaban de una celebración religiosa callejera) que le ataron las muñecas con los cordones de sus zapatillas y lo asfixiaron. 22 de marzo de 2014, en Rosario un joven de 18 años es muerto por una turba tras intentar robar una cartera. Conf. Gargarella, “Linchamientos y un ejercicio de empatía”, en <https://seminariogargarella.blogspot.com/2014/04/linchamientos-y-un-ejercicio-de-empatia.html>

la justicia no puede ser solamente igualdad formal ante la ley. Dicha igualdad formal no existe, es una abstracción que solo tiene lugar en la argumentación que intenta justificar una decisión tomada. Un ejemplo que puede resultar iluminador es el caso conocido como *Loving vs. Virginia* (Nussbaum, 2009: 526). En 1958 Mildred Jeter, una mujer de color, se casa con Richard Loving, blanco. Lo hicieron en el estado de Columbia, donde no existían impedimentos para uniones interraciales y regresaron después a Virginia, donde los matrimonios mixtos estaban prohibidos. Acusados por un *jury*, fueron condenados a un año de cárcel o a mudarse de estado por al menos veinticinco años. Apelan la sentencia ante la Corte Suprema del estado de Virginia, pidiendo la inconstitucionalidad de dicha ley. La Corte confirmó la sentencia, argumentando que la prohibición de matrimonios mixtos no violaba el principio de igualdad ante la ley, porque afectaba tanto a la persona de color como a la persona blanca, por tanto “no constituía una injusta discriminación basada en la raza” (1966).⁶ Quien hizo ese dictamen, ¿entendía lo que significa pertenecer a una minoría racial en una sociedad racista? ¿Puede decirse que fue un fallo “racional”? Si hubiera tenido lo que Nussbaum denomina “empatía ampliada” o simplemente compasión, ¿hubiera dictaminado de la misma manera? Podríamos dejar el caso norteamericano y poner en su lugar a los excluidos de cualquier sociedad. ¿Se puede percibir la injusticia sin compasión? ¿Recurrir a la compasión es irracional?

Conclusión

El triunfo de la razón sobre la irracionalidad nunca parece definitivamente logrado. Kaufmann habla del “eterno retorno del irracionalismo” y Horkheimer constataba que la victoria sobre la barbarie consumada en los campos de batalla necesitaba afianzarse en el campo de la teoría. Toda su obra parece un esfuerzo destinado a precisar la importancia que el concepto de racionalidad tiene para una convivencia social que permita la mayor libertad posible para cada ciudadano. A su vez, Vattimo y Rorty pretenden continuar el espíritu de la Ilustración liberando a la razón humana de la carga metafísica.

Esta ponencia ha querido proponer, subrayando el carácter histórico y situado de la razón y tomando nota de la crisis posmoderna, la necesidad de ampliar el concepto de racionalidad, recuperando la unidad entre *ratio e intellectus* (*dianoia-nous*), que en términos actuales sería recuperar la complementariedad entre analítica y hermenéutica. Al mismo tiempo se sostiene la necesidad de generar una teoría de las emociones que permita comprender el valor racional de las mismas. Así se revaloriza su lugar en la teoría y *praxis* argumentativa.

⁶ La apelación siguió en la Corte Suprema de los EE.UU. que, en 1967, dictaminó con voto unánime que dichas leyes eran inconstitucionales, considerándolas discriminatorias y destinadas a sostener la supremacía de los blancos, y que por tanto no había ninguna razón que justificase este ordenamiento.

Bibliografía

- Atienza, M. (2012). *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Chatelet, F. (1993). *Una historia de la razón. Conversaciones con Emile Noël*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Horkheimer, M. (1973). *Crítica de la razón instrumental*. Buenos Aires: Sur.
- Kaufmann, A. (1992). *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Temis.
- Nussbaum, M. (2009). *L'intelligenza delle emozioni*. Bolonia: Il Mulino.
- (2014). *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Barcelona: Paidós.
- Plantin, C. y Muñoz, N. (2011). *El hacer argumentativo*. Buenos Aires: Biblos.
- Plantin, C. (2012). *La argumentación. Historia, teorías, perspectivas*. Buenos Aires: Biblos.
- Rorty, R. (1996). *Objetividad, relativismo y verdad*. Barcelona: Paidós.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Vattimo, G. (2007). *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. Barcelona: Gedisa.
- (2010). *Adiós a la verdad*. Barcelona: Gedisa.
- Vernant, J. P. (1993). *Mito y pensamiento en la Grecia Antigua*. Barcelona: Ariel.

Los derechos de las mujeres trabajadoras en el contexto del neoliberalismo tardío

Aportes para una filosofía humanista del derecho del trabajo



Moira Goldenhörn*

Introducción. Una Constitución para el siglo XXI: constitucionalismo transformador, feminismo y buen vivir

“El modelo heredado de democracia del constitucionalismo recae en una ideología de contrato social-sexual que restringe estructuralmente la ciudadanía total de las mujeres”.

Blanca Rodríguez-Ruiz y Ruth Rubio-Marín, 2007.

“No se puede transformar, por ejemplo, la distribución de derechos dentro de este sistema, que es el objetivo de la macropolítica, sin transformar también al tipo de subjetividad que le corresponde: pues si las cosas mueven sólo en un nivel sin que se desplacen a otro, acaban por volver al mismo lugar”.

Suely Rolnik, 2019.

* Abogada (UCALP), PG en Gestión Cultural y Comunicación (Flacso), Maestranda en Cs. Sociales y Humanidades (UNQ). Ex docente UBA y CBC, actual docente en Unicen. mgolde@gmail.com

La idea central de este ensayo surge a partir del análisis de los sujetos que se constituyen en los textos de nuestra carta magna en sus diferentes momentos. Este análisis no se dirigió solo a las constituciones de 1949 y 1994, sino también a la de 1853, la que entendemos sigue siendo el sustento ideológico de la reforma de 1994.

A partir de allí, efectuamos una búsqueda desde una perspectiva crítica de los sujetos subalternos que permanecieron invisibles en dichos textos, contrastando los textos constitucionales entre sí; y los textos, a su vez, con las demandas y prácticas de resistencia de los tiempos históricos y actuales, para la visibilización y consideración tanto de esos sujetos invisibles como ciudadanos sujetos de derechos, como de sus reclamos en cuanto derechos en sí.

Luego del análisis de quiénes fueron los sujetos de dichos textos constitucionales y visibilizando actores subalternos, planteamos la necesidad de cambiar el sustrato ideológico del texto constitucional por una visión humanista integradora de los diferentes aspectos y funciones de la persona para su realización como tal, superando el androcentrismo patriarcal, la lógica liberal logocéntrica y el sistema capitalista neoliberal como fundamentos morales del derecho constitucional.

En el recorrido de este análisis, encontramos que las constituciones liberales del siglo XIX estuvieron signadas por los ideales del liberalismo individualista que se desarrollaron a partir de la Revolución francesa constituyendo un sujeto ciudadano hombre, blanco, europeo, propietario y, además, privilegiándose a los acaudalados. Posteriormente, la Constitución Nacional de 1949 giraba en torno al modelo de sujeto trabajador en el Estado de bienestar, posibilitando el acceso a los privilegios que solo tenían los ricos y los propietarios, extendiendo la protección a las familias de los trabajadores y a los trabajadores pasivos. Y, por último, vimos que con la reforma de 1994 se introdujo al escenario de la ciudadanía a las entonces llamadas “minorías” y luego “grupos vulnerables” dentro de “los nuevos derechos” incorporados en el texto y a través de los tratados internacionales de derechos humanos.

Planteamos entonces aquí que la gran reforma de 1994, pese a todos los avances propuestos en materia de derechos humanos, no contempló un cambio de perspectiva ideológica a través de la cual fueran reconocidos los nuevos derechos y los nuevos actores incluidos en el ejercicio de la ciudadanía; con lo que, todo lo incorporado continúa aplicándose en la actualidad desde la cosmovisión liberal plasmada en la Constitución de 1853 y el espíritu neoliberal de la globalización de los derechos humanos, donde prevalecen como principios generales la supremacía de los derechos civiles y políticos, la libre competencia del mercado y la propiedad privada sin una función social, y las personas son consideradas un factor económico de los medios de producción, ya que su valor social depende de su productividad económica para el sistema.

En este artículo proponemos, entonces, un entrecruzamiento nutritivo de saberes: feminismo, anticapitalismo y Sumak Kawsay.

Desde un posicionamiento feminista crítico en el que buscamos integrar posiciones tradicionales de los estudios feministas críticos del derecho, como Catharine MacKinnon, Frances Olsen, Carole Pateman, Nancy Fraser, con los estudios críticos que desde Latinoamérica se vienen produciendo desde

los feminismos con Diana Maffía, Rita Segato, Suely Rolnik para conformar un marco teórico nuevo, otras “epistemologías del sur” (De Sousa Santos, Boaventura, 2010a) para la búsqueda de la equidad, en un enfoque integral, diverso y horizontal en la interseccionalidad, y desde el cual podemos dar cuenta de una cosmovisión que integre las diferentes esferas de la vida humana al enfoque del ser humano que se efectúa desde el Estado y el derecho, rescatando el espíritu protectorio de los trabajadores, las familias, los niños y los ancianos bajo la noción del cuidado, que incluye también a la Tierra como sujeto de derechos y cuidados a los que todas las personas estamos obligadas.

Todo ello, apoyado en postulados críticos al neoliberalismo tardío que adquieren relevancia a la hora de contrarrestar la naturalización de una lógica hegemónica basada en la explotación para la maximización de beneficios económicos y que promueve, en esta instancia, la retirada del Estado (Žižek, Slavoj, 2008)¹ para dar libre curso al mercado en el ámbito del trabajo donde la *autoexplotación* es la nueva forma de la competitividad empresarial (Han, Byung-Chul, 2011).

En este punto, decidimos ir un poco más allá, proponiendo una superación del capitalismo, su lógica y sus prácticas de explotación basándonos en una idea poscapitalista (Cubillo-Guevara, Ana Patricia; Hidalgo-Capitán, Antonio Luis y García Álvarez, Santiago, 2016) del Sumak Kawsay como humanismo (Rivadeneira Núñez, Guadalupe, 2013) receptivo de diversos reclamos feministas (D’Amico, Paula y Pessolano, Daniela, 2013) en su propuesta de respeto, empatía y cuidado (Rivadeneira Núñez, Guadalupe, 2016) no solo como un imperativo de la razón, sino también como una urgencia visible desde la etología y percibida como cierta desde la intuición corporal (Guattari, Félix y Rolnik, Suely, 2016; Rolnik, Suely, 2019).

La lógica capitalista neoliberal en las relaciones humanas: el individualismo de la competencia, meritocracia y eliminación del adversario para la competitividad empresarial

Cuando fue a Oslo a recibir el Premio Nobel de la Paz (1952), Albert Schweitzer desafió al mundo “a atreverse a enfrentar la situación [...] El hombre se ha convertido en un superhombre [...] pero el superhombre con su poder sobrehumano no ha alcanzado el nivel de la razón sobrehumana. En la medida en que su poder aumente se convertirá cada vez más en un pobre hombre [...] Debe despertar nuestra conciencia el hecho de que todos nos volvemos más inhumanos a medida que nos convertimos en superhombre”.

Erich Fromm, 1976

¹ Solicitamos una excepción respecto de las normas APA para las citas, ya que es nuestra intención explicitar el género de los y las autoras citados utilizando sus nombres de pila.

De los peores males que el neoliberalismo ha impuesto en la humanidad es el individualismo (Marcuse, Herbert, 1954; Han, Byung-Chul, 2011; Žižek, Slavoj, 2008) y la internalización de la competencia eliminatoria empresaria como parámetros de moral social y ética personal para una vida exitosa en el sistema capitalista. La atomización social y la conformación de pequeños guetos delimitados por agrupamientos de sujetos conformados como tales a partir de sus hábitos de consumo son, entonces, el resultado actual de una propaganda meritocrática que vino a minar disimulada y lentamente los débiles preceptos de una moral social receptiva de la solidaridad como práctica subjetivante y del trabajo como factor ético de identificación personal y colectiva de la mano del giro financiero de las economías.

La internalización de la meritocracia como sistema de referencia ético para el merecimiento de los derechos propios de la ciudadanía (fundamentalmente los derechos económicos, sociales y culturales) desarmó también los intentos comunitarios de cooperación y de empoderamiento colectivo surgidos en los sesenta y setenta en Latinoamérica y retomados en Argentina durante los noventa como paliativos del vaciamiento estatal y la crisis del 2001 al escindir los bienes inmateriales de las desigualdades en la distribución capitalista a las que están sujetos los bienes tangibles y desvincular el contexto macro del campo de las acciones individuales. En la actualidad es considerada como una responsabilidad únicamente individual de las personas el no acceder a determinadas realidades culturales vinculadas con la educación y el trabajo, sea en relación de dependencia o autogestivo y, consecuentemente, a determinados bienes indispensables para la vida (alimento, vivienda, servicios públicos).

Desde la lógica meritocrática individualista, el concepto ético de no discriminación e igualdad de oportunidades se vuelve un obstáculo para el desarrollo de la libre competencia, a través de la cual no triunfa el más apto sino quien mayores privilegios ostente en la distribución desigual de bienes económicos y culturales, reservando para sí los lugares de toma de decisión e imposición de las normas sociales que perpetúan sus privilegios.

El origen de la vulnerabilidad laboral femenina: la lógica capitalista encuentra al patriarcado. El agravante ante la desprotección estatal

“el cuidado permite atender las necesidades de las personas dependientes, por su edad o por sus condiciones/capacidades (niños y niñas, personas mayores, enfermas o con algunas discapacidades) y también de las personas que podrían auto-proveerse dicho cuidado”.

Corina Rodríguez Enríquez, 2017.

En el contexto descrito anteriormente, es lógico ver que las mujeres por su condición biológica de ser personas con capacidad de gestar no se encuentran en igualdad de oportunidades respecto de los hom-

bres. Esta capacidad de gestar ha sido la mayor razón de limitación para su carrera laboral en general, y un sistema androcéntrico y logocéntrico que ha colocado a las mujeres en un lugar de inferioridad frente a los hombres al atribuirles menor capacidad intelectual y resistencia física (Olsen, Frances, 1990) termina de hacer el resto. Estas dos realidades se agravan, paradójicamente, cuando desaparece la capacidad de gestar por ser la mujer una persona trans, o la presunción de su desaparición cuando se trata de una mujer lesbiana, por cuestiones discriminatorias transfóbicas y lesbofóbicas típicas de la heteronorma binaria patriarcal, que se traducen en impedimento de acceso al trabajo formal para las primeras y en situaciones de acoso laboral y sexual en el trabajo para las segundas (OIT, 2015).

Sin embargo, no queremos limitar el planteo a la desigualdad laboral ni al techo de cristal que pesa sobre las mujeres en razón de la biología y los condicionamientos culturales patriarcales. También es la intención de este trabajo visibilizar que, en función de esa división sexual del trabajo, las mujeres no solo somos trabajadoras remuneradas fuera del hogar sometidas a las leyes meritocráticas neoliberales entre las cuales se entrecruzan también imposiciones estéticas estereotipadas para una mejor labor y remuneración,² sino que el patriarcado también obliga a ser quienes encabezan el trabajo hogareño de cuidados en la esfera familiar: crianza de hijos e hijas, alimentación, vestido, limpieza, atención de familiares enfermos, cuidados a familiares ancianos, etc.

De esta manera, las mujeres afrontan una doble y a veces triple jornada laboral por una paga igual o inferior a la de los hombres, en solo una de ellas.

Sometidas a las leyes del mercado ante “este gradual ‘desvanecimiento’ del Estado-Nación” del que habla Slavoj Žižek, las mujeres se enfrentan a una grave precarización de la vida por la doble limitación que se les impone: empobrecimiento material de su fuerza vital por la dificultad de encontrar descanso físico y mental en la jornada laboral, y acortamiento del horizonte laboral en razón de la discriminación sexual y de género.

Ideología patriarcal: privilegios masculinos y derecho del trabajo: la doble jornada laboral pertenece a las mujeres. El beneficio del trabajo femenino pertenece al patriarcapitalismo³

Así, enseguida después de haber citado a Catón, Cicerón elogia propiamente la vida contemplativa. Según él, la vida contemplativa, y no la vida activa, convierte al hombre en aquello que en un principio debe ser.

Byung-Chul Han, La sociedad del cansancio.

² Me refiero al concepto de “buena presencia” y a la exigencia de fotos en los CV.

³ Utilizo el neologismo “patriarcapitalismo” para explicar este fenómeno de alianza patriarcal (privilegios masculinos) y capitalista (resulte de un beneficio económico) que oprime y somete a las mujeres dentro del sistema.

La cita de Byung-Chul Han (2011) resulta significativa por varias cuestiones. Primero, porque desde la tradición patriarcal occidental solamente puede *realizarse* como persona quien dedica tiempo a la vida contemplativa. Si, desde hace siglos, las mujeres poseen una doble o triple jornada laboral, poco queda para un espacio de contemplación ociosa de la vida, ante lo cual, por lógica, cabe preguntarse ¿qué posibilidad existe, en este cuadro de situación, para que las mujeres se realicen en su propia existencia como las personas “que deben ser”?

En segundo término, porque pasa desapercibido el punto si no somos conscientes de las palabras: Cicerón habla de “hombre”, y no en el sentido de “ser humano”, sino de “varón”.

Así las cosas, para tomar cabal consciencia de la realidad laboral de las mujeres, debemos partir de considerar la división sexual del trabajo que, además, trajo aparejada la incapacidad de derecho que por siglos pesó sobre las mujeres (Pateman, Carole, 1995); con lo que tenemos una larga historia de mujeres trabajadoras privadas de todo derecho, sobre todo derechos económicos, civiles y políticos; a quienes además les competen las tareas de reproducción en el hogar, es decir, el trabajo no remunerado de los cuidados para la reproducción de la fuerza de trabajo. Por omisión de la ley en el primer caso e invisibilización patriarcal en el otro, las mujeres se encontraron por siglos con una doble o triple responsabilidad laboral, en gran parte precarizada y no paga, de la que ha resultado muy difícil o directamente imposible sustraerse. Notable semejanza con la esclavitud.

A la hora de intentar explicar este fenómeno que podemos conceptualizar como *la necesidad del trabajo femenino, en tanto gratuito y/o precarizado, para el sostenimiento del patriarcapitalismo*, Suely Rolnik (2019) es tajante en su observación orientada hacia el deseo: ella interpreta que la colonización del deseo es el factor fundamental para la reproducción del capitalismo cuando afirma que las personas destinan su fuerza vital más poderosa a legitimar su vida dentro de los parámetros capitalistas previstos para cada una de ellas. Es lógico que los beneficiados por este sistema quieran y deseen su continuidad, pero ¿por qué lo desearían las mujeres?

A través de la observación de este proceso de colonización del deseo podemos conocer alguna de las razones por las que muchas mujeres continúan reproduciendo esta forma de vivir; aunque debe quedar en claro que no por orientarse su deseo a ello resulta menos opresiva la forma en que las mujeres trabajadoras transcurren sus vidas. Al decir que el deseo está colonizado, entra en el análisis la forma en que esta colonización ocurre, y es que culturalmente, a través de la transmisión de ciertos mitos como el del instinto materno y la generosidad desinteresada y obediente, el poder vital del deseo femenino colonizado viene a sumarse como una fuerza concurrente en la hegemonía patriarcapitalista para que, tendiendo a las tareas gratuitas de cuidados y trabajos sexualizados precarizados, resulte funcional al sistema y su funcionalidad lo sea de modo imperceptible por fuera de análisis críticos feministas.

Afirmamos, entonces, que el deseo femenino aparece como colonizado a la hora de perpetuar los roles y funciones atribuidos a las mujeres en la división sexual del trabajo, por prácticas culturales hegemónicas que resultan subjetivantes desde la asunción deseada de los estereotipos sexuales y de género.

Paralelamente, podemos intentar explicar el alejamiento de los varones de las tareas y funciones de cuidados desde los textos de Rita Segato (2017), quien nos habla de los estereotipos machistas de reproducción de la violencia patriarcal como “pedagogías de la crueldad”, que funcionan como prácticas disciplinadoras de los hombres en su socialización. Ella afirma que esto ocurre aun en los hombres de las comunidades originarias, donde ingresan estas prácticas en la socialización mediante procesos muy lentos de colonialización occidental, y agregamos que por transculturación en los descendientes directos de europeos en América. De ese modo, dichas prácticas de crueldad terminan cristalizando en condiciones de ser que eliminan la empatía por la anulación de toda emocionalidad en los hombres, con el consecuente desentendimiento de la crianza de niños y niñas, por un lado; y, por otro, mediante la desensibilización ante el dolor ajeno promueven el ejercicio del dominio de mujeres y niños mediante el uso de la crueldad, el que se ve facilitado por la relación de poder que les tiene como privilegiados.

A partir de este orden de ideas resulta claro comprender por qué no se ha puesto la atención ni del derecho ni de la moral social, por siglos, en el desgaste sufrido por las mujeres debido a la doble o triple jornada laboral que afrontan, como también ha permanecido invisible la colonialización del deseo masculino para que su socialización continúe respondiendo a las mismas pautas.

Retomando el punto de Cicerón, vuelven los interrogantes: ¿pueden, en esta realidad, las mujeres desarrollarse acabadamente como personas, creando la vida que anhelan vivir? Y surgen nuevos: ¿hay acaso posibilidad para las mujeres de asumir un deseo que trascienda a estas condiciones de vida que las acompañan históricamente?

Las infancias como variable de ajuste económico: vulnerabilidad de las infancias, trabajo no remunerado de mujeres cercanas y trabajo precarizado de mujeres racializadas

“El hecho de no hacer nada no está vacío, tiene un significado: decir sí a las relaciones existentes de dominación”.

Slavoj Žižek. *Repetir Lenin*, 2013.

Al mencionar recientemente la doble y triple jornada laboral a la que las mujeres se enfrentan cada día, hacemos referencia entre otras cosas a las tareas de crianza de hijos e hijas, que aún hoy recaen principalmente en cabeza de las mujeres. Ahora bien, la misma realidad expuesta da cuenta de la imposibilidad material de estar presentes para el cuidado, escucha y educación de bebés, niños y niñas cuando existe la obligación y necesidad de trabajo remunerado en las mujeres madres.

¿De qué manera, pues, es posible entonces la atención de bebés y niños en su desarrollo infantil? Podemos decir que si las mujeres se encuentran en situación de precariedad y vulnerabilidad ante el sistema, esa condición de precariedad y vulnerabilidad aumenta respecto de las infancias, ya que encontramos

bebés y niños desprotegidos, sin cuidados adultos en algunos casos, a causa del trabajo materno y la ausencia paterna por diferentes causas (desentendimiento de la paternidad, separación, trabajo paterno).

Pero, de todos modos, sin llegar a tales extremos de maltrato infantil por abandono material, la generalidad de los casos en que la madre se encuentra abocada al trabajo fuera del hogar, ante la inexistencia o insuficiencia de espacios públicos educativos y de cuidados que posibiliten la compatibilización del trabajo materno con la crianza, bebés y niños son cuidados en forma gratuita por mujeres cercanas a la madre (abuelas, tías, amigas, vecinas) o por cuidadoras en condiciones aún más precarias de trabajo, generalmente mujeres racializadas o migrantes (Rodríguez Enríquez, Corina, 2017).

Así las cosas, las infancias descuidadas o criándose alejadas de sus mapadres y las mujeres más vulnerables sustentan desde la precariedad de vida al patriarcapitalismo como sistema neoliberal tardío.⁴ Aparece clara esta cuestión en este punto, ya que entendemos que es aquí donde se entrecruza la ideología meritocrática –que propugna la autogestión familiar con independencia del resto de la sociedad y puertas adentro del hogar hasta la escolarización formal a los 5 años de edad– con la necropolítica (Rolnik, Suely, 2019) como complemento ideológico de este darwinismo social donde las vidas perdidas en su despliegue material se presumen vidas sin importancia para el sistema de producción y consumo.

Conclusión a modo de propuesta. El buen vivir como superación del neoliberalismo en una filosofía humanista del derecho del trabajo. Los cuidados hacia las personas y la biosfera como una función primordial de la humanidad por fuera de la lógica del capital. La libertad en la descolonización

“No puedes cambiar a las personas, pero puedes cambiar el sistema para que las personas no sean empujadas a hacer ciertas cosas”.

Slavoj Žižek, 2008

“El desafío, entonces, es nada más ni nada menos que asegurar una buena vida en comunión con otros seres humanos y con la naturaleza”.

Paula D’Amico y Daniela Pessolano, 2013.

Al plantear lo que vemos como el origen de la explotación laboral femenina en función de su sexo y de su capacidad reproductiva, que ha sido históricamente entendida como una función social, procu-

⁴ Sobre este punto Corina Rodríguez Enríquez habla de la “reproducción de la desigualdad” (2017) y en Aguinal et al (2011) se menciona expresamente esta cuestión.

ramos visibilizar la función social de cuidados como una función humana primordial, inherente a la humanidad misma y que no se limita solo a la crianza de los hijos.

Siguiendo a De Sousa Santos (2010b), podemos vislumbrar un socialismo del buen vivir como una posible salida para la transición de un sistema capitalista extractivista y fundado en la explotación de las personas y el ambiente a un sistema a escala de la vida como una integralidad, con la humanidad situada en las necesidades y el potencial de buen vivir que Latinoamérica presenta. Este cambio de cosmovisión incluye necesariamente la idea de la transición del colonialismo a la autodeterminación (De Sousa Santos, Boaventura, 2010b), y hablamos aquí también de la liberación del deseo trascendiendo las exigencias patriarcapitalistas.

Desde una perspectiva humanista del Sumak Kawsay, podemos imaginar una sociedad que reconozca las obligaciones de cuidado, acompañamiento e intercambio nutritivo con la familia, los grupos vulnerables y el ambiente mismo como integrantes del concepto de “trabajo” en cuanto actividad humana. Pensemos en los nuevos enfoques que un cambio de paradigma traería al campo del derecho laboral y las perspectivas que se abren a la vida humana como proyección de un deseo libertario apoyado en la empatía.

Pensar en el trabajo no como deber alienante basado en la explotación y la sustracción de la plusvalía, sino como una gran potencialidad de desarrollo personal y comunitario más allá del aspecto meramente económico implica, de mínima, la reducción de la jornada laboral productiva de 8 horas que fuera propuesta desde la división escolástica de la jornada, por su falsedad intrínseca: en el neoliberalismo tardío no se trabajan solo 8 horas al día. Al menos, no las mujeres.

Esa libertad de tiempo que se gana al reducir la obligación productiva puede dirigirse al florecimiento de todo el sistema donde lo individual y lo colectivo se potencian recíprocamente: las colectividades, mediante el cultivo de afecto hacia las personas; el desarrollo personal, mediante la *vita contemplativa*, que a su vez permite conocer la certeza intuitiva de ser parte del gran sistema de la vida empatizando con animales y el entorno natural.

Pensar en considerar la empatía como guía del obrar humano nos permite ver en el paradigma del Buen Vivir “una alternativa al enfoque hegemónico del desarrollo” (D’Amico, Paula y Pessolano, Daniela, 2013) en el que tanto las personas como los animales y el ambiente somos sujetos de derechos donde lo que importa es la conservación de los sistemas de vida y las comunidades, no los individuos. Asimismo, se hace posible también pensar los vínculos interpersonales por fuera de la dinámica y lógica capitalista, el asociativismo de las personas en función de la cooperación solidaria trascendiendo el ánimo de lucro signado por la competencia meritocrática. Desde este enfoque, más allá de las personas, lo importante son los vínculos entre ellas, el sistema relacional.

En este contexto de exterminio necropolítico y de autoexplotación, pensar en el Buen Vivir, en “la espléndida existencia” (Rivadeneira, Guadalupe, 2016), nos permite imaginar estrategias no solo de supervivencia y duración de la vida humana en el planeta Tierra, sino una forma de trascender la existencia de miseria, escasez, contaminación y enfermedades a la que Latinoamérica está condenada desde el mismo momento de la colonización capitalista europea.

Se ha dicho que la modernidad con el sujeto individual, el capitalismo y la invasión a América ocurrieron todos el mismo día; pues bien, al autodeterminarnos, mediante una nueva constitución que recepte recursos conceptuales no coloniales y no occidentales (De Souza Santos, 2010), y definirnos como una sociedad basada en la unidad en la diversidad, en la que el factor unificador sea el bien común de las personas, los animales, el ambiente y la Tierra, entendidos todos como una integridad indisoluble sobre la que la vida se asienta, podremos comenzar a sentir y disfrutar la libertad en el cuerpo, individual y colectivo.

Bibliografía

- Aguinal, Margarita; Lang, Miriam; Mokrani, Dunia y Santillana, Alejandra (2011). Pensar desde el feminismo: críticas y alternativas al desarrollo. En M. Lang y D. Mokrani (comps.), *Más allá del desarrollo*. Quito: Fundación Rosa/Luxemburgo/Abya Yala.
- Camusso, Mariángeles (2017). Trabajo doméstico y Buen Vivir: un desafío para las narrativas publicitarias. *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, 134, 161-180.
- Cubillo-Guevara, Ana Patricia; Hidalgo-Capitán, Antonio Luis y García-Álvarez, Santiago (2016). El Buen Vivir como alternativa al desarrollo en América Latina. *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, 5(2).
- D'amico, Paula y Pessolano, Daniela (2013). Diálogos entre Feminismos y Buen Vivir/Vivir Bien: distintas perspectivas, múltiples puntos de encuentro. *Confluencia*.
- De Sousa Santos, Boaventura (2010a). *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Quito: Abya Yala.
- (2010b). Hablamos del socialismo del Buen Vivir. *ALAI, América Latina en Movimiento*.
- Gudynas, Eduardo y Acosta, Alberto (2011). La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 16(53), 71-83.
- Han, Byung-Chul (2010). *La sociedad del cansancio*. Barcelona: Herder.
- (2011). *Topología de la violencia*. Barcelona: Herder.
- Houtart, François (2011). El concepto de sumak kawsai (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad. *ALAI, América Latina en Movimiento*.
- Lajo, Javier (2008). ¿Qué dice el Sumaj Kawsay? La Escuela Indígena de “Qhapaj Ñan”. Recuperado de <http://chaski-runasimi.blogspot.com/2007/08/qu-dice-el-sumaj-kawsay.html>
- (2011). Un modelo Sumaq kawsay de gobierno. *Socios*. Recuperado de <http://www.voltairenet.org/article171245.html>
- (2012). Illanar: facultad andina que supera el “razonar”. *ALAI, América Latina en Movimiento on line*. Recuperado de <http://www.alainet.org/es/active/59396>

- Larragna Sarriegui, Mertxe y Jubeto Ruiz, Yolanda (2017). Contribuciones de la Economía Feminista a la Construcción de una Economía Solidaria. En *Economía Feminista. Desafíos, propuestas, alianzas*. Buenos Aires: Madreselva.
- Marcuse, Herbert (1993 [1954]). *El Hombre Unidimensional: Ensayo sobre la Ideología de la Sociedad Industrial Avanzada*. México: Planeta.
- (2001 [1998]). Tecnología, Guerra y Fascismo. En *Otra parte -textos inéditos*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia/San Pablo: Fundação Editora da UNESP.
- OIT (2015). *Orgullo (PRIDE) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Argentina*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Servicio de género, Igualdad y Diversidad, OIT.
- Olsen, Frances (1990). El sexo del derecho. En David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (pp. 452-467). Nueva York: Pantheon.
- Pateman, Carole (1995). *El Contrato Sexual*. Barcelona: Anthropos.
- Sepúlveda, Patricia (2013). ¿Contrato o subordinación? Las dimensiones del Contrato sexual, según Carole Pateman. Seminario Fundamentos filosóficos de la Teoría Feminista y de la Teoría de Género. Facultad de Filosofía y Letras, UBA.
- Rivadeneira Núñez, Guadalupe (2013). El Sumak Kawsay en Sumpa - Santa Elena. Recuperado de <http://lalineadefuego.info>
- Rodríguez Enríquez, Corina (2017). Economía del Cuidado y Desigualdad en América Latina. Avances recientes y desafíos pendientes. En *Economía Feminista. Desafíos, propuestas, alianzas*. Buenos Aires: Madreselva.
- Rodríguez Ruiz, Blanca y Rubio-Marín, Ruth (2007). De paridad, igualdad y representación en el Estado democrático. *Revista española de derecho constitucional*, 27(81).
- Rolnik, Suely (2019). *Esféricas de Insurrección: Apuntes para descolonializar el subconsciente*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Rolnik, Suely y Guattari, Félix (2006). *Micropolítica. Cartografías del deseo*. Madrid: Traficantes de sueños, Mapas.
- Segato, Rita (2017). *La guerra contra las mujeres*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Valverde Gefaell, Clara (2015). *De la necropolítica neoliberal a la empatía radical. Violencia discreta, cuerpos excluidos y repolitización*. Barcelona: Icaria.
- Žižek, Slavoj (2008). *En defensa de la intolerancia*. Madrid: Sequitur.

Los derechos subjetivos de las comunidades originarias guaraníes: problemas que plantean al orden jurídico (art. 75, inc. 17 CN)



*Daniel Gualberto Gómez**

En tanto se considere que el derecho es un instrumento creado por los hombres para regular la vida social, las normas jurídicas avanzan y se ramifican hacia todas las áreas sociales. En lo que respecta a las comunidades aborígenes, se está produciendo en algunas regiones de nuestro país un verdadero etnocidio, es decir, la desaparición y exterminio de etnias y culturas. El inciso 17 del artículo 75 de la CN no es eficaz. ¿Hasta dónde el ordenamiento jurídico del país puede inmiscuirse y revisar las tradiciones y creencias de los miembros de los pueblos originarios, sin afectar derechos subjetivos fundamentales anteriores a ese orden jurídico? ¿A la luz de qué parámetros culturales y de pensamiento ha de juzgarse a las instituciones que se han dado los pueblos originarios para regir su propia vida comunitaria? ¿Cuáles son los límites morales y no meramente territoriales que debe tolerar el sistema jurídico nacional para propiciar la convivencia entre las diferentes comunidades y ciudadanos que la habitan? ¿Puede el derecho objetivo imponer una determinada ideología y el sostenimiento de una cultura predominante?

Las creencias espirituales y las tradiciones ancestrales que mantienen las comunidades aborígenes y, concretamente, las comunidades Mbya guaraníes establecen un tipo especial y particular de conocimiento, desarrollando patrones que entran a menudo en conflicto con los criterios culturales de la civilización occidental.

* Profesor titular Cátedra "A" Introducción al Derecho, Profesor Adjunto Cátedra "B" Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste (UNNE).

Para dar solución a las reivindicaciones y reclamos de estas comunidades, las tradiciones de los pueblos aborígenes deben ser respetadas y valoradas a la luz de criterios superadores interdisciplinarios que pongan al derecho como un instrumento más para la solución política de dichos problemas, y no como el único instrumento ordenador.

El pueblo Mbya

La selva en la Argentina está en peligro de desaparecer. Solo quedan vestigios selváticos en las provincias argentinas de Tucumán, Chaco, Formosa y Misiones. El pueblo y la cultura Mbya guaraní, al igual que la selva, también está en peligro de extinción. Aún no se han mensurado las implicancias de semejante pérdida. Si se pierde la selva, se perderá irremediablemente, tal como someramente lo conocemos ahora, el pueblo Mbya y con ellos, para el débito de la humanidad, una cultura milenaria, sus secretos, una forma de vida comunitaria original y única.

La resistencia a la colonización europea encontró refugio en la selva. La lengua guaraní, expresión de su cultura, existió allí antes que la lengua castellana y portuguesa en América del Sur, y fue perdiendo progresiva presencia a medida que fue avanzando sobre estas tierras el español y el portugués. El pueblo Mbya nunca ha dejado de desarrollar y de preservar una visión cosmológica y panteísta del mundo, en la búsqueda terrenal de la *tierra sin mal*, partiendo del cumplimiento de normas sagradas denominadas *Teko marangatú*.

Un Mbya debe hablar su variante guaraní, casarse con una mujer del mismo grupo y vivir en una comunidad de la etnia, conforme a los principios que rigen la vida en comunidad, bautizado por un chamán que descubre una *palabra-alma* que le proporciona identidad y pertenencia al grupo (Bartolomé, 2009: 127).¹ La presencia de estos guaraníes en la provincia argentina de Misiones, data de (aproximadamente) hace más de mil años, según concuerdan muchos autores (Sampé; Noelli), conviviendo en principio con los gaynayá, sea de manera pacífica o bélica en forma intermitente y/o alternativa.

Entre los tres países (Argentina, Brasil y Paraguay) la población total del pueblo Mbya puede ser estimada en unos 35.000 habitantes atrapados en un dilema étnico, político, jurídico, cultural y ecológico que atraviesa las fronteras nacionales (Bartolomé, 2009). Los desplazamientos territoriales del pueblo representarían no una emigración sino una reterritorialización que viene a configurar una extensa sociedad en red que permea fronteras políticas y sociales.

El conocimiento total no es posible de ser alcanzado sino a través de una proyección existencial sin intolerancias, dominaciones, discriminaciones o explotaciones. De aquí pues que el sentido ideológico y nacionalista de los Estados no tiene importancia para este pueblo, ya que la membresía a una entidad estatal u organismo nacional no supone de modo alguno la renuncia a su pasado cultural preexistente y subsistente. Esta circunstancia es fundamental para entender cuáles son sus derechos y de qué manera

¹ Bartolomé, M. A. (2009). *Parientes de la selva: los guaraníes Mbya de la Argentina*. Asunción: CEADUC.

los reivindican, para conservar su noción peculiar de la territorialidad, reproduciendo sus diferencias culturales con la población jurúa (blanca). Algunos autores no dejan de hacer notar, además, el cambio de la tradición guaraní guerrera a una nueva cosmovisión apologética de la paz y del amor (Clastres; Fauto; Codogan). Dentro de la estructura comunitaria, son los chamanes o Karái Opygua (los Pa'í) los depositarios o transmisores, intérpretes y reproductores de las cosmovisiones guaraníes, y hasta responsables de las reformulaciones ideológicas en los distintos contextos históricos. (Bartolomé, 2009).

La continua deforestación del hábitat natural producida por el colonizador apropiador ha llevado al pueblo Mbya a un estado actual de desesperación, ya que se acortan y desaparecen las posibilidades de desplegar su vida disfrutando del bienestar que le produce la selva. Es como si destruyeran su casa y aniquilaran su identidad. El concepto de *tierra sin mal*, sin embargo, no está necesariamente ligado a una tierra que proporcione bienestar material, ya que la tierra, en la creencia guaraní, está dotada de una espiritualidad que debe ser interpretada para ser alcanzada, esto es, no es cualquier tierra la que se encuentra exenta del mal, sino aquella tierra objeto de deseo espiritual y que también posee un sentido de tal índole o naturaleza. No hay posesión, hay una relación con la tierra que debe ser desarrollada y cultivada.

Frente a las declaraciones formales del Estado, algunas comunidades han adoptado una postura estratégica para salvaguardar su cultura, su hábitat y, en definitiva, su existencia, mediante decisiones tomadas en asambleas, donde todos sus miembros pueden tener participación, son escuchados y se generan debates de donde surgen los consensos necesarios para la elaboración de las políticas que permitan a estas comunidades el reconocimiento de sus atributos.

La cuestión cultural. Cultura y derecho

Los sentidos y los alcances del mundo cultural son inconmensurables, ya que la mirada *del otro y de los otros* puede llevarnos a explorar límites no imaginados al momento de la creación del objeto cultural. El derecho también puede ser mirado y examinado como una cultura sin límites.² La mirada sobre el derecho debe respetar en cierto modo su contexto histórico, su idiosincrasia, su pertenencia a lugares y situaciones disímiles y no homogéneos, la génesis de sus tradiciones y costumbres, para que el enfoque retrospectivo nos traiga visos de realidad y de objetividad, es decir, para que se pueda realizar una reconstrucción del concepto en función de los nuevos tiempos.

El problema se plantea en ciertas concepciones del Estado moderno cuando el abordaje de las consecuencias que acarrearán distintas miradas sobre el ordenamiento jurídico trata de regular el entrelazado de actos, hechos y situaciones provenientes de diferentes culturas. Se discute si el abordaje o la mirada que debe prevalecer tiene que ser única o plural.

² “Decir que el derecho no tiene límites no es sugerir que el derecho no sea controvertido. El derecho no reconoce los límites como barreras jurisdiccionales particulares más allá de las cuales no puede ir, sino como formas de experiencia en competencia”. Kahn, P. (2001). *El análisis cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona: Gedisa, p.169.

Para muchos autores la cultura debe ser vista como un vehículo o un medio por el cual se negocia la relación grupal. Si no se presta la debida atención al fenómeno grupal y se la relaciona con la idea del egocentrismo en función del otro, se perpetúa alguna ilusión óptica y objetivismo falso que conlleva a una distorsión de la realidad, que –a su vez– perjudica el análisis de la llamada cuestión cultural. Tal es la postura de autores de la talla de Jameson y Žižek.³ Resulta por demás claro que la lucha de clases en estos autores juega un rol fundamental en la comprensión y explicación de toda relación sociológica y/o de poder. No obstante, cabe aclarar que al decir que la sociedad supone un sistema normativo, este sistema o conjunto de normas no necesariamente debe ser reducido al derecho, ya que las formas normativas de regulación de la conducta humana pueden ser variadas, siendo el derecho tan solo una de estas formas, sin que esté del todo seguro de que sea la forma más fuerte de regulación, aun cuando haga uso de la coacción disponible en una sociedad. Por más que la historia en algún momento del siglo pasado ha prejuizado de “salvaje” la vida de los guaraníes y tomando en consideración además que se habla de comunidades guaraníes, lo cierto es que el despliegue de la religiosidad practicada y sus concepciones morales nos dan muestra acabada de una rica civilización autóctona.

En el plano moral hay ciertos principios que los guaraníes parecen haber sustentado. Las costumbres en principio no convalidan la venganza como una forma de justicia, mas no la descartan. En algunas ocasiones es convalidada por los directores morales de una comunidad a cargo del mismo ofendido (Bertoni, 1922: 172).⁴ El uso de armas contra los semejantes también se encuentra moralmente prohibido. Hay ciertas reglas vigentes que no pueden determinarse si son reglas jurídicas o morales porque la moral en la civilización guaraní está estrechamente ligada con las normas que pueden ser consideradas como jurídicas. No diría que están identificadas, pero sí que no se encuentran demarcadas, o estrictamente limitadas. Por ejemplo, no se puede matar animales preñados, la caza de animales solo se realiza cuando resulta estrictamente necesaria para la subsistencia; no se puede recoger los huevos de las aves si son silvestres o no se encuentran en el ámbito doméstico de una comunidad; las especies sagradas y las medicinales deben ser preservadas y sus usos deben ser limitados a los casos y en los supuestos estrictamente necesarios; por herida, igual herida; por muerte, igual muerte; el duelo se encuentra permitido siempre que sea con garrote; los golpes deben ser hechos para desarmar y no para matar; para continuar el duelo es necesario que el contrario recoja nuevamente su arma (su garrote); las causas del duelo solo serán por insulto personal, nunca por cuestiones de propiedad. La reserva es el principio de la integridad personal; el dolor y la sensibilidad debe ser manejado por cada individuo; disimular el dolor físico es una gran muestra de grandeza moral; hay que ser cuidadoso en no aparentar una gran vanidad; el trato debe ser reflexivo, tranquilo y reservado. Quien hace el bien tiene una ventaja moral, y la violencia nunca debe ser utilizada para educar. Parecieran ser tanto principios morales como jurídicos, pero firmemente arraigados en las costumbres guaraníes.

Estas costumbres, sea en forma de órdenes, por intermedio de la palabra o simplemente en forma ostensiva o ejemplificativa se pasan de generación a generación, de familia a familiares, por eso es

3 Jameson, F. y Žižek, S. (2008). *Estudios Culturales*. Buenos Aires: Paidós, p.103.

4 Bertoni, M. S. (1992). *La civilización guaraní*. Asunción: Ex Silvis.

tan importante la organización de la familia en la vida del pueblo guaraní. En el caso de los Mbya guaraníes, la cuestión de la distribución de los bienes por parte del derecho es compleja, puesto que involucra decisiones políticas, ideológicas y por supuesto culturales, que los guaraníes si bien lo aceptan, no están plenamente identificados, ya que la cultura occidental, por decir de algún modo, se contrapone en muchos puntos a las prácticas y concepciones culturales del pueblo Mbya. Ello debe ser considerado así puesto que los Mbya son portadores de una cultura ancestral que implica la adopción de una postura moral, religiosa, social y comunitaria que es anterior a la irrupción del Estado tal como lo entendemos en la actualidad.

De allí que si no se interpreta ni se comprende adecuadamente esta circunstancia, la imposición por parte del Estado de un discurso ideológico, de una moral positiva, de una religión extraña a sus creencias, y de un concepto de sociedad antes que el de comunidad, llevará necesariamente a la pérdida para la civilidad de una cultura que ha perdurado a través de siglos.

Debe haber pues, una especie de “libertad negativa” (Nino, 2013: 232)⁵ por parte del resto de la sociedad y sobre todo por parte del Estado de no interferir en el genuino disfrute de los parámetros culturales de las comunidades guaraníes en la Argentina. Para ello, resulta necesario conocer primero, interpretar luego y comprender después, que no se trata de una comunidad que comparte plenamente las actitudes y los presupuestos de una doctrina liberal de derechos, o de una economía de mercado, propias en algún sentido de la concepción occidental y capitalista. La interculturalidad, en opinión de Camilo Borrero (2003),⁶ supone como partida el reconocimiento de la autonomía del derecho propio de cada cultura.

El problema que plantea el derecho indígena en general y el derecho de los guaraníes en particular radica en la forma de relación entre el derecho estatal y este derecho regional, por decirlo de algún modo. Implica también recocer la existencia de distintos sistemas jurídicos disímiles imperantes dentro de un mismo territorio, lo que para la concepción monista del derecho resultaría inaceptable, cuando se trata de derechos que son incompatibles. Esto es así, puesto que mientras que el derecho estatal es fundamentalmente escrito, el derecho indígena guaraní es de carácter consuetudinario, y quien no conoce las costumbres ancestrales del pueblo que lo practica no puede empatizar ni conocer sus bases o principios. Cuando un hecho es delito conforme al derecho estatal y que, dicho sea de paso, regula también la vida comunitaria de los aborígenes, y sin embargo esa misma conducta no constituye delito según las costumbres del derecho indígena, ¿quién debe juzgar las conductas?, ¿el tribunal estatal que desconoce básicamente la cultura indígena o los tribunales de las comunidades, que conocen sus costumbres e ignoran, a su vez, las regulaciones del Estado?

Los procesos de juzgamiento indígenas son inmediatos, rápidos y orales, mientras que los procesos estatales son escritos y largos. En el procedimiento indígena no hay sucesivas apelaciones ni revisiones y generalmente lo que decide quien juzga la acción es una decisión total, definitiva e irreversible. El

5 Nino, C. S. (2013). *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

6 Borrero García, C. (2003). *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: Centro de Investigación y Educación Popular.

valor de la palabra oral o ritual tiene una fuerza mayor, ya que conlleva el compromiso y la ética respaldada por muchos años de práctica constante y permanente.

En el derecho aborígen existe un marcado compromiso comunitario en extirpar el mal o la conducta indeseada, y uno de los peores castigos que recibe un miembro de una comunidad aborígen es el repudio de la comunidad. Precisamente, por el valor que se otorga a la palabra y al cumplimiento de las normas, la culpa es muy grande.

El marco jurídico internacional y estatal

La protección a los derechos subjetivos de las comunidades originarias en general, en el ámbito internacional es extensa y amplia. La Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual estos optan libremente su condición política y persiguen también libremente su desarrollo económico, social y cultural. El texto de la Declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas del 13 de septiembre de 2007 sirve como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo de todos los pueblos y naciones. El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el antecedente inmediato de este, que lleva el N° 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas, de otras poblaciones tribales y semitribales son los únicos instrumentos internacionales que se ocupan en particular de los derechos de los pueblos indígenas centrándose fundamentalmente en el problema de la discriminación/no discriminación hacia las comunidades aborígenes. Se aplica a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional; y a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Las 100 reglas de Brasilia constituyen pautas básicas para facilitar el acceso a la justicia de los grupos vulnerables entre los que se encuentran las comunidades aborígenes. Las redes iberoamericanas de administración de justicia las fueron aprobando, haciéndolas de aplicación obligatoria en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones. En este proceso, resulta sumamente importante destacar la adhesión que efectuara a tales reglas la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes el 21 de octubre de 2010.

Si bien la aplicación obligatoria de los estándares básicos se encuentra controvertida en ámbito de la doctrina y la jurisprudencia, constituyen sin duda pautas de valoración especial y un aporte incommensurable para garantizar, precisamente, el acceso a la jurisdicción de los grupos vulnerables, entre los que cuentan particularmente las comunidades aborígenes. La eficacia en la aplicación de las

reglas y del sistema internacional referido a los derechos de las comunidades aborígenes dependerá fundamentalmente de la labor de sus destinatarios, es decir, de quienes en mayor o en menor medida son considerados como operadores del sistema jurídico, cortes supremas, jueces, fiscales, abogados, defensores, policías, penitenciarios, asociaciones profesionales del derecho.

La reforma constitucional del año 1994 incorporó a la Constitución Nacional el artículo 75, inciso 17, que textualmente establece: Corresponde al Congreso de la Nación

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Esta norma marca lo que metafóricamente puede describirse como *el infierno y el cielo* en el transcurso de la larga lucha de las reivindicaciones de los pueblos aborígenes. El cielo, por el reconocimiento de sus derechos al más alto nivel normativo, y el infierno, por la forma impuesta y casi inconsulta con que fue llevada a cabo la reforma en relación con las comunidades originarias, pero por sobre todo y fundamentalmente, por la cosificación que vivió durante cientos de años la comunidad aborígen.

Debemos recordar aquí que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional instaura lo que se conoce como el “bloque de constitucionalidad”, que otorga valor constitucional a diversos tratados internacionales que pasan a formar parte de nuestro derecho interno con jerarquía superior a las leyes, algunos de los cuales se encuentran referidos puntualmente a las comunidades aborígenes.

En una enumeración que de modo alguno pretende ser exhaustiva o taxativa, son reconocidos a las comunidades aborígenes los siguientes derechos: a ser diferentes; a ser respetados en su diferencia; al territorio entendido este en el concepto más amplio y comprensivo posible; a ser considerados como preexistentes (étnica y culturalmente) al orden jurídico nacional; a la (su) identidad; a tener una educación bilingüe e intercultural; a ser reconocidos por el Estado; a la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan; a recibir por parte del Estado nacional o provincial tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano; al mismo desarrollo humano; a ser participados o consultados en las gestiones y o actos referidas o que comprometan; a sus recursos naturales y a los intereses que de cualquier modo los afecte; a la autodeterminación o autogobierno; a la preservación de su idioma y de su cultura; a la personería jurídica, al acceso al sistema de justicia en condiciones de igualdad, de modo real y efectivo, es decir, el derecho a una tutela judicial efectiva. Es obvio que, además de los derechos apuntados, tienen los mismos derechos reconocidos a todos los ciudadanos en forma individual. De ellos, asumen singular

importancia los derechos electorales, activos y pasivos, el derecho a trabajar en condiciones de igualdad y sin discriminaciones, los derechos previsionales, a la salud, y el derecho de acceso a una vivienda digna.

Hay varias leyes nacionales que se refieren a la llamada *cuestión indígena*, entre las que merecen destacarse, en primer término, la Ley Nacional N° 23302, que marcó la apertura de otra etapa con el nuevo advenimiento de la democracia luego de la dictadura del llamado Proceso de Reorganización Nacional y, en segundo lugar, la Ley N° 26160, que declara la emergencia sobre la posesión y propiedad de las tierras de las comunidades aborígenes, impidiendo su desalojo. El decreto reglamentario de la Ley nacional N° 26160 fue sancionado el 23 de agosto de 2007 (Decreto PEN N° 1122). Por su parte, la Ley nacional N° 26554 prorrogó los plazos acordados por la Ley N° 26160, y la Ley N° 26894 llevó la prórroga hasta el 23 de noviembre de 2017.

Sin embargo, como quedara dicho anteriormente, una de las primeras leyes nacionales que desde el retorno de la democracia a la vida política del país (1983) marcó y señaló los lineamientos futuros de la política nacional indígena no ha sido cumplimentada como se esperaba. La misma fue sancionada en el año 1985 (Ley nacional N° 23302), y aunque plagada de buenas intenciones, sus normas y declaraciones no fueron efectivas.

La reglamentación de la ley también a pesar de sus buenas intenciones, en lugar de simplificar los trámites de las adjudicaciones y concesiones de derechos previstos en la legislación, las hizo tan burocráticas que sus normas y disposiciones se tornaron de cumplimiento imposible, a más de no haber recibido la anuencia y adhesión de las provincias, por no disponer estas de los recursos necesarios para la implementación de sus políticas.

Por otro lado, la Ley nacional N° 26331, relativa a los presupuestos mínimos de protección de ambiental de bosques nativos y la Ley nacional 26522 de medios audiovisuales completan, básicamente, el panorama del marco jurídico nacional relacionado con los derechos de las comunidades aborígenes.

El artículo 19 de la primera de las normas generales mencionadas en el párrafo anterior (Ley N° 26331) estatuye que todo proyecto de desmonte o manejo sostenible de bosques nativos deberá reconocer y respetar los derechos de las comunidades indígenas originarias del país que tradicionalmente ocupen esas tierras.

El artículo 24 en su inciso e) (Ley nacional N° 26331) establece como uno de los contenidos del estudio de impacto ambiental –cuando deba hacerse una autorización para desmonte o aprovechamiento sostenible– que deberá contener la descripción del ambiente en que desarrollará el proyecto: definición del área de influencia, estado de situación del medio natural y antrópico, con especial referencia a situación actualizada de pueblos indígenas, originarios o comunidades campesinas que habitan la zona; los componentes físicos, biológicos, sociales, económicos y culturales; su dinámica e interacciones; los problemas ambientales y los valores patrimoniales.

La autoridad de aplicación que establece la ley, previo a cada concesión o autorización debe extremar las precauciones de control de los requisitos establecidos en dichos artículos.

La segunda de las normas generales referidas (Ley N° 26552) procura preservar entre otros objetivos la diversidad e identidad culturales, la diversidad lingüística y la impronta local de los contenidos audiovisuales. Así, se dice que la diversidad cultural y lingüística, al promover el respeto de la identidad cultural, las tradiciones y las religiones, es fundamental para el desarrollo de una sociedad de la información basada en el diálogo entre culturas y en una cooperación regional e internacional. Es un factor importante del desarrollo sostenible.

La Ley de la provincia de Misiones N° 2727 creó la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes. Dicha ley fue publicada en el *Boletín Oficial* de la provincia de Misiones, el 27 de diciembre de 1989. Por el artículo primero se instituye un régimen de promoción integral de las comunidades guaraníes existentes en la provincia de Misiones, fundado en el pleno respeto de sus valores culturales y espirituales y propias modalidades de vida.

La intención o espíritu legislativo fue otorgar en propiedad tierras fiscales a las comunidades indígenas que se inscriban conforme lo establecido en la ley en forma totalmente gratuita, aspecto este que fue parcialmente cumplido tanto en orden a la transmisión de tierras como en razón de los gastos generados, ya que el plan de adjudicación de tierras ocasionó conflictos entre las mismas comunidades, en tanto que casi un treinta por ciento de las comunidades existentes en la provincia no fueron favorecidos con la declaración legislativa, sea porque la totalidad de las peticiones no fueron escuchadas, sea por la falta de resolución de los conflictos territoriales que venían de arrastre bajo la vigencia de la legislación derogada.

Por otro lado, se estableció legalmente desde el año 2010 para la provincia de Misiones la Ley de Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos, que constituye un instrumento de cumplimiento esencial a los fines de la reivindicación de los derechos de las comunidades guaraníes. El Poder Ejecutivo de la Provincia de Misiones en el mes de julio de 2003 (Decreto N° 917) reconoció al Consejo de Ancianos Arandú y guías espirituales como instituciones representativas de la cultura y religiosidad ancestral de la nación Mbya guaraní. La Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Misiones reconoció por Disposición N° 097 del mes de agosto de 2003, como organismos comunitarios autoritativos, tanto a la comunidad indígena del Consejo de Ancianos como a los guías espirituales de la nación Mbya guaraní, mientras que la Secretaría de Culto dependiente de la Dirección Nacional respectiva de la nación reconoció y les otorgó a las mismas entidades los certificados de inscripción respectiva.

En la provincia de Misiones, algunos casos judiciales que involucraron como víctimas a niños de la comunidad Mbya tuvieron trascendencia mediática a nivel nacional y determinaron o posibilitaron no solo la discusión o el debate sobre los derechos subjetivos de las comunidades aborígenes, a veces en colisión con valores de la llamada cultura occidental, sino además sumieron en continuo estado deliberativo a dichas comunidades aborígenes Mbya que bregan para revertir el abandono en que se encuentran y la desatención por parte del Estado, tanto como para procurar obtener los medios a fin de no perder su hábitat natural y su cultura.

No viene al caso reproducir en este ámbito las innumerables teorías sobre la naturaleza de los derechos subjetivos, sus múltiples matices y conceptos, pero es bueno recordar que es aceptada la generalidad de

la tesis que afirma que así como no existen derechos subjetivos sin que correlativamente existan personas portadoras de deberes jurídicos, tampoco pueden existir las relaciones jurídicas sin un orden jurídico que les sirve de sustento o base. Concretamente, no hay derechos subjetivos ni relaciones jurídicas sin un orden jurídico que los contemple. Por ello, consideraba Kelsen un error ver al derecho subjetivo y objetivo de manera independiente y distinta, ya que estima metafóricamente que son dos caras de una misma moneda. No hay derecho subjetivo sin un orden jurídico que lo sustente y le sirva de base.

Los derechos subjetivos de las comunidades originarias

Problemas que plantea al orden jurídico el reconocimiento de estos derechos. Si bien cierto es, uno de los sentidos de uso de la expresión *derecho subjetivo*, está circunscripta a la relación jurídica (derechos y deberes en forma conjunta) o al cúmulo de relaciones jurídicas, de manera un poco más estricta, los derechos subjetivos están constituidas por ciertas prerrogativas, privilegios, inmunidades, potestades, competencias o capacidades que se hacen valer en forma individual o grupal frente a otras personas físicas o jurídicas, individuales, grupales o estatales. Los derechos subjetivos se hacen valer contra otros u otros por el carácter correlativo de los conceptos jurídicos fundamentales en juego y por el carácter social del derecho.

No existe un listado uniforme de derechos subjetivos. Existen derechos más o menos universalizados, pero la vigencia de tales derechos depende del régimen político que adopten los Estados y frente a los cuales se hacen valer. Con relación al tema del epígrafe, examinaré algunos pocos derechos subjetivos para demostrar problemas concretos que la realización de tales derechos origina problemas al orden jurídico.

El derecho a la tierra. El concepto de *territorio* para los guaraníes no es de naturaleza geográfica ni jurídica. Es un concepto que comprende estas dos acepciones, las abarca, pero va mucho más allá que estos significados tradicionales. La tierra está impregnada de espiritualidad, como toda la vida de la comunidad guaraní. Los guaraníes constituyen una nación sin fronteras. El concepto de frontera no lo entienden, ni lo limita. Para los guaraníes el derecho de sus comunidades no tiene fronteras. La nación guaraní es anterior a la constitución de los Estados. La naturaleza migratoria del pueblo cuando interpretan un llamado de Dios que los incita a migrar, hace que sin dudar abandonen el sitio o territorio de instalación de su comunidad para ir en busca de la tierra prometida, de la tierra sin mal. El derecho a la tierra entonces es el derecho a la vida misma de los guaraníes.

Como lo hace notar Barón (2015), estamos en presencia de un movimiento de recomposición de las fronteras étnicas que cuestiona las categorías académicas y oficiales establecidas para analizar la alteridad. A criterio de este autor,⁷ el resurgimiento de la llamada *cuestión indígena* se debe entre otros muchos factores a dos aspectos fundamentales: la promulgación de disposiciones legales favorables a

7 Rodríguez Barón, N. (2015). Cultura jurídica Indígena en la Argentina. En M. Carrasco, A. Lombraña, N. Ojeda y S. Ramírez (coords.), *Antropología jurídica. Diálogos entre antropología y derecho*. Buenos Aires: Eudeba, p. 230.

la histórica reivindicación de tierras que ocupaban con anterioridad a la conquista; y la existencia de un contexto internacional propicio por tales demandas. Así dice este autor que

La lucha de los pueblos indígenas de Latinoamérica para decidir la mejor forma de gobernarse y de mantener sus identidades, sus lenguas, religiones, ha sido reconocida por el sistema jurídico internacional y nacional de manera parcial en algunos países.⁸

La relación con la tierra es una construcción constante de los aborígenes de tipo espiritual antes que material. Los guaraníes en particular construyen su relación con la selva, su hábitat natural y, por ende, a través de la selva, de la tierra que la sustenta. La destrucción u ocupación del hábitat natural donde construyen esa relación y desarrollan la espiritualidad constituye un agravio a la identidad e integridad cultural en forma directa, y en forma indirecta una afrenta al derecho a la vida. La tierra para el Mbya es la selva, el aire, el agua, el fuego, la vida, es decir, es todo lo necesario para el despliegue de su espiritualidad y de los atributos para el desarrollo de la vida de la comunidad.

El derecho a la salud. Los problemas de salud de las comunidades guaraníes Mbya en Misiones fueron tratados históricamente a través de la medicina administrada a través de los chamanes en base a árboles y arbustos medicinales que se encuentran en la misma selva y de donde se extrae la materia prima para el tratamiento del mal que afecte a algún miembro comunitario. La selva proporciona, pues, la medicina. Las propiedades medicinales de las especies arbóreas fueron transmitidas de generación en generación. El primer contacto o, si se quiere, el primer tratamiento para cualquier afección o enfermedad de un miembro de una comunidad es de índole doméstica. Esta metodología fue utilizada casi exclusivamente por los chamanes durante mucho tiempo, sobre todo en aquellas comunidades que estaban muy metidas en el espesor de la selva, de características migrantes, con poco acceso del hombre blanco (*yuruá*). Este primer contacto médico-paciente, si se quiere, hoy sigue siendo el mismo. Es decir, el diagnóstico y el tratamiento se realizan en la misma comunidad. Los remedios se consiguen en el monte, en la selva, y se acude en caso de enfermedad de algún miembro comunitario a quienes tradicionalmente en ese ámbito se encarga de la cura.

Si este contacto no tiene una evolución satisfactoria, se recurre luego a la medicina tradicional, siempre y cuando el *Karai* (hombre), o la *Kiña Karai* (mujer) lo consiente; es decir, se recurre a una atención primaria de la salud, generalmente coordinada por un agente sanitario, que es un miembro de la comunidad con conocimientos paramédicos, y que oficia de nexo o coordinador entre los centros asistenciales y la comunidad.

Para que se entienda: por ser miembros de la comunidad, los agentes sanitarios son los depositarios de la confianza de los miembros de la comunidad y sirven de nexos entre los Mbya con los médicos o centros asistenciales (medicina del blanco). Solamente en caso de extrema gravedad se recurre a la

⁸ *Ibid.*, p. 231.

atención hospitalaria o de un centro de alta complejidad, centros de salud especializados, siempre de naturaleza públicos, ya que, a los guaraníes, por los costos que representan los centros de salud privados, el acceso les está prácticamente vedado.

Según el diario digital *Misiones on line* (15/10/2018)

Unas 52.043 consultas se registraron este año en las Comunidades Mbya Guaraní, por parte de los equipos de Salud Indígena del Ministerio de Salud Pública de Misiones. Los equipos locales, distribuidos en toda la provincia, se acercan a diario a las aldeas fortaleciendo la atención primaria. Las consultas, fueron de índole médicas ambulatorias, controles de embarazo, controles del niño sano que comprenden controles antropométricos (peso/talla) y se aplicaron las vacunas del calendario obligatorio nacional. ... Otro dato interesante del trabajo que realizan a diario los agentes de Salud Indígena, es el rol que cumplen en las consultorías de acompañamiento y traslados a sus hermanos a hospitales. Ellos acompañan a sus hermanos con el fin de mediar las barreras idiomáticas y culturales para mejorar así la accesibilidad de la atención médica al paciente. Por otra parte, los agentes sanitarios Mbya Guaraní este año han realizado Talleres – Charlas, con el fin de guiar, capacitar y además compartieron conocimientos entre las familias en distintas temáticas como prevención de enfermedades, higiene, salud mental, nutrición entre otros temas.

La cultura guaraní descrea básicamente que la medicina blanca sea una alternativa válida para enfrentar en principio una afección o enfermedad de un miembro de la comunidad. Para ellos (los Mbya) es mejor recurrir a los chamanes o a la medicina que ancestralmente venían utilizando. La irrupción global de la economía consumista o de mercado ha impactado negativamente en los ámbitos de la comunidad. Tienen para exhibir a su favor la subsistencia de los guaraníes a todas las pestes y brotes infecciosos cuando se mantuvieron al margen o fuera de contacto con lo que consideran una invasión de la cultura blanca. No se conocen casos de guaraníes portadores de HIV (al menos no hay estadísticas al respecto), y esa circunstancia puede deberse a que las uniones se producen solamente en el ámbito de la comunidad. Pese a que están en zonas donde existen insectos vectores o transmisores de enfermedades (caso del mosquito con respecto al dengue y/o leishmaniasis) tampoco se conocen casos de estas enfermedades en el ámbito de dichas comunidades. Sin embargo, la ingesta de alimentos ultra procesados propios de los centros de alto consumo de índole capitalista, dio como resultado la presencia de niños con signos de obesidad. La desnutrición en el ámbito de las comunidades es bastante común y ello puede deberse en principio a que alimentos que sirven para morigerar los efectos de la desnutrición, como los derivados de la leche, no son consumidos preferentemente por los guaraníes, ya que por las características de la selva no se dedican a la ganadería, aunque sí a la agricultura.

Derecho a la educación. La constitución Nacional Argentina expresamente dispone que corresponde al Congreso garantizar el derecho a una educación bilingüe e intercultural de los pueblos indígenas (aborígenes) (art. 75 inc. 17).

En nuestro país la única educación obligatoria dispuesta por la legislación es la educación primaria. El problema que representa esta obligatoriedad con respecto a las comunidades guaraníes, y en general para todas las comunidades aborígenes, radica en la falta o carencia de programas especiales que respeten sus parámetros culturales en la enseñanza primigenia.

En la provincia de Corrientes, el guaraní es idioma oficial. Sin embargo, en casi ningún establecimiento escolar provincial de educación primaria se enseña el idioma guaraní. En la provincia de Misiones se han instalado a través de programas especiales establecimientos educativos comunitarios, que tampoco han logrado resultados satisfactorios por falta de acomodamiento de sus contenidos curriculares a las necesidades de la enseñanza de los educandos aborígenes.

El *teko kuaatí* constituye la cultura del papel, pero lo cierto es que la transmisión de la cultura en las comunidades aborígenes ha prescindido del papel como herramienta fundamental de captación de conocimientos, para ser predominantemente de naturaleza oral, que es el tipo de enseñanza que más pueden comprender, o la que les resulta más fácil de entender, sin mayores complicaciones, cuando es impartida en su propio idioma, por supuesto. Los auxiliares docentes bilingües que emergen de las comunidades poco y nada pueden hacer frente a la rigidez de los programas y contenidos curriculares que ya vienen diagramados de antemano desde los ministerios respectivos. El desconocimiento de la cultura Mbya es el principal obstáculo para obtener una optimización en el proceso de enseñanza-aprendizaje. Por supuesto que existen otros factores, entre los que cuenta a la hora de evaluar esta situación, la falta de adaptación de las aulas a las costumbres de los aborígenes, quienes no están habituados a estar sentados y quietos durante las horas que implica el proceso educativo presencial.

Otra de las cuestiones del fracaso radica en que los maestros no solo deben estar varias horas al frente del aula, sino que reglamentariamente tienen una sobrecarga laboral al verse obligados a realizar la planificación y los informes a través de planillas que suelen ser engorrosas y atentan contra la practicidad que debe primar en estos casos. Resulta también necesario adecuar, coordinar y contemplar en los planes curriculares los símbolos propios de las comunidades, tales como los cánticos y juegos, sus patios sagrados, sus horas de oración.

La lengua de contacto puede ser la española o castellana en nuestro caso, pero en Misiones hay muchas comunidades que se manejan, además del castellano, con el idioma portugués, de modo que en ese detalle la adaptación del guaraní resulta necesaria para alcanzar en forma óptima los objetivos de la educación. No es resignación de soberanía, sino practicidad ante un problema concreto y real que no puede ser soslayado en función del objetivo propuesto. Asimismo, y con respecto al idioma guaraní, cada comunidad practica una especie de dialecto con deformaciones o matices propios, lo que dificulta el proceso de comunicación y entendimiento, y al que necesariamente hay que atender y conocer para el logro de los fines educativos.

La escolaridad, por otro lado, no debe reemplazar a la socialización primaria o la educación informal que es básica en la vida comunitaria, en opinión de Bartolomé (2009). El sistema según este autor, no debe obligarlos a consumir una cultura que no es la propia, sino que fundamentalmente los conteni-

dos educativos deben permitirles reproducir sus propias pautas culturales, ejercer su propia cultura, crearla y recrearla si resulta necesario. No debe ser, ni debe haber una imposición cultural, sino en todo caso una interrelación o un proceso de aprendizaje mutuo. “Aceptar el pluralismo cultural significa entre otras muchas cosas, no escandalizarse ante las aparentes contradicciones de los derechos ciudadanos, sino reconocer la existencia de ciudadanías diferenciadas” (Bartolomé, 2009).

En suma: la instrumentación positivista de las regulaciones jurídicas en la actualidad alcanza límites insospechados, que llegan a hacer prevalecer una cultura mayoritaria, imponiendo pautas y discursos oficiales (derecho como discurso del poder) que pueden eventualmente avasallar derechos subjetivos de las minorías. La solución positivista muchas veces se abstrae de materias que hay que evaluar para arribar a regulaciones justas, desechando los aportes que pueden ser realizados desde otras áreas sociales, como, por ejemplo, la sociología, la bioética, la antropología, la etnología, etc., haciendo prevalecer teorías económicas o utilitaristas, según las cuales, la obtención de un resultado se pondera más que la justicia del caso (Fernández, 2008).⁹

La reivindicación de los derechos subjetivos de las comunidades aborígenes guaraníes crean problemas al orden jurídico, en la medida en que las disposiciones del orden normativo estatal no reconocen la diversidad cultural, no la comprenden, ni se adecúan a otras pautas culturales que escapan a los valores de la llamada cultura occidental y al sistema capitalista actualmente imperante, produciendo desigualdades e inequidades, que deben ser objeto de reparación urgente a través de normas jurídicas y de políticas adecuadas a tal realidad, para no favorecer una especie de *etnocidio* realmente lamentable para la humanidad y para la vigencia de los derechos humanos que se deben respetar y proteger, que corresponden a las minorías y grupos vulnerables en el seno de una comunidad.

Lo que se postula es que, para dar solución a las reivindicaciones y reclamos de estas comunidades, las tradiciones de los pueblos aborígenes deben ser respetadas y valoradas a la luz de criterios superadores interdisciplinarios, que pongan al derecho como un instrumento más para la solución política de dichos problemas, y no como el único instrumento ordenador. Las normas jurídicas están, pero no se cumplen. Para el cumplimiento de las normas vigentes hace falta la decisión política, el conocimiento y difusión de estas realidades y sus pautas culturales, programas que contemplen estas dificultades, y la asignación de partidas presupuestarias nacionales y provinciales (recursos) que pongan materialmente en vigencia los derechos formalmente reconocidos.

9 Fernández, C. M. (2008). *Temas de Filosofía del Derecho*. Corrientes: Editorial Moglia.

Los derechos de la ancianidad en la Reforma Constitucional de 1949 y después



Rodolfo Hugo Lagar (Facultad de Derecho-UNLZ)
hugolagar@gmail.com

I

Con motivo de la conmemoración del septuagésimo aniversario de la Reforma Constitucional nacional de 1949, el objeto de la presente ponencia es destacar y realzar la incorporación por vez primera con rango constitucional de los derechos de la ancianidad en la República Argentina, así como reseñar sus antecedentes, algunas de sus características, el posterior curso de los acontecimientos en torno a tales y su reflejo en la subsiguiente Reforma, la de 1994 –también conmemorada aquí, en este Encuentro, en su vigésimo quinto aniversario–.

Ahora bien, quisiera comenzar por formular dos observaciones con carácter previo al abordaje del objeto de la ponencia: la primera, señalar que –hasta el año 1949– nuestra Constitución se situaba enrolada en la corriente de Constituciones que nada establecían y omitían toda consideración acerca de la ancianidad, vejez, etc.; confinando sus derechos (supongamos que se aceptara como clasificación) a la categoría de “implícitos” o “no enumerados”, dispuestos por el artículo 33 de la Constitución Nacional (CN).

La segunda, señalar como su antecedente directo, en virtud no solo de una razón cronológica sino también por su importancia para el mundo del derecho y, especialmente, del derecho internacional, la Declaración de los Derechos de la Ancianidad, proclamada por la Sra. María Eva Duarte de Perón el día 28 de agosto de 1948, en el contexto de su desempeño en la Fundación Eva Perón. Como es de público y notorio conocimiento, desde la institución realizó una extensa labor por dicho sector etario,

apoyando y acompañando las medidas de gobierno, políticas públicas, llevadas adelante por su marido y entonces Sr. presidente de la Nación, Juan Domingo Perón.

En la Declaración se establece el siguiente Decálogo de Derechos, que pasó a detallar:

- 1) Derecho a la Asistencia: Todo anciano tiene derecho a su protección integral por cuenta de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos o fundaciones creados, o que se crearen, con ese fin, sin perjuicio de subrogación del Estado o de dichos institutos para demandar a los familiares remisos y solventes los aportes correspondientes.
- 2) Derecho a la Vivienda: El derecho a un albergue higiénico con un mínimo de comodidades hogareñas es inherente a la condición humana.
- 3) Derecho a la Alimentación: La alimentación sana y adecuada a la edad y estado físico de cada uno debe ser contemplada en forma particular.
- 4) Derecho al Vestido: El vestido decoroso y apropiado al clima completa el derecho anterior.
- 5) Derecho al Cuidado de la Salud Física: El cuidado de la salud física de los ancianos ha de ser preocupación especialista y permanente.
- 6) Derecho al Cuidado de la Salud Moral: Debe asegurarse el libre ejercicio de las expansiones espirituales, concordes con la moral y el culto.
- 7) Derecho al Esparcimiento: Ha de reconocerse a la ancianidad el derecho de gozar mesuradamente de un mínimo de entretenimientos para que pueda sobrellevar con satisfacción sus horas de espera.
- 8) Derecho al Trabajo: Cuando su estado y condiciones lo permitan, la ocupación por medio de laborterapia productiva ha de ser facilitada. Se evitará así la disminución de la personalidad.
- 9) Derecho a la Expansión: Gozar de tranquilidad, libre de angustias y preocupaciones en los últimos años de existencia, es patrimonio del anciano.
- 10) Derecho al Respeto: La ancianidad tiene derecho al respeto y consideración de sus semejantes.

Este documento histórico, transitó rápido su positivización bajo el dictado de un decreto presidencial y tuvo dos consecuencias importantísimas, a la luz del curso de los acontecimientos posteriores a su proclama. La primera fue su presentación e inclusión dentro de la agenda del tercer período de sesiones de la Tercera Comisión de las Naciones Unidas el 18 de noviembre de 1948, constituyéndose Argentina como el primer país en proponer dicha temática a nivel internacional. La segunda fue su

destino directo y sin escalas a la Constitución Nacional, con motivo de su expresa incorporación en la Reforma de 1949, como paso a exponer a continuación.

II

Los hoy en día llamados convencionalmente “derechos de las personas mayores” –merced a la nominalidad adoptada en el ámbito del derecho internacional– en su oportunidad fueron incorporados por vez primera como “Derechos de la Ancianidad”; formando parte de un catálogo de nuevos derechos “especiales”, pertenecientes a la segunda generación de derechos humanos, dentro de la clase “Derechos Sociales”, en el extenso artículo 37, Sección Tercera (texto según dicha Reforma de 1949). Así, paso a detallar a continuación: 1) Derecho a la asistencia; 2) Derecho a la vivienda; 3) Derecho a la alimentación; 4) Derecho al vestido; 5) Derecho al cuidado de la salud física; 6) Derecho al cuidado de la salud moral; 7) Derecho al esparcimiento; 8) Derecho al trabajo; 9) Derecho a la tranquilidad; y 10) Derecho al respeto.¹ Expresados con una técnica e imbuida de una concepción distinta al del constitucionalismo clásico.

Los convencionales constituyentes de la reforma (juristas), en el contexto de la específica protección de la familia y su concepción como sociedad primaria, resolvieron abordar la problemática específica de la ancianidad también. Apelando a la historia, el Dr. Arturo Enrique Sampay –en el “Informe del Despacho de la Mayoría de la Comisión Revisora de la Constitución, en el debate en general”, del 8 de marzo de 1949– comenzó por precisar el contexto de la condición del anciano en la era precapitalista, al describir que en “la sociedad orgánicamente estructurada [...] se aseguraba al obrero una vejez digna y decorosa mediante dos instituciones fuertemente estabilizadas y sus obras: la familia y los gremios”,² constituyendo una de sus obras los institutos de socorro para cubrir las contingencias provenientes del trabajo. Pero, con el liberalismo, “se suprimieron los sindicatos y la familia ya no se la concibió como una comunidad natural, sino como el resultado de un ‘contrato momentáneo’ entre personas vecinas”. De modo que todo ese sistema de protección quedó sin efectos “y el individuo no tuvo recursos ni amparo quedando a merced de la ley del patrono, que era ley dictada por un superior omnipotente”, con las consecuencias que sirvieron de causa y lucha por el reconocimiento de los que, más tarde, hemos dado en llamar “derechos sociales”. Y como concluye Sampay: “La fábrica arrebató el obrero del seno de la familia, y ésta, falta de protección, se desorganizó lanzando la vejez a la mendicidad”.³

Ante tal diagnóstico de Estados que –según las propias palabras del convencional y miembro informante Arturo E. Sampay– “no gastan dinero ni energías en los que, desde su punto de vista, no sirven

1 Ver en Anexo I el texto completo del artículo 37, Capítulo III.

2 “El trabajo del artesano era casi todo familiar; la producción no se cumplía en fábricas, sino dentro del hogar, y por tanto no podía plantearse el problema de la subsistencia de los ancianos porque, en cada familia, seguían siendo los jefes de cuantos vivían trabajando bajo ese techo y comiendo en la misma mesa. El sindicato agrupaba a las familias dedicadas a idéntica artesanía, y los ancianos formaban los concejos de esos gremios, trayendo como resultado el robustecimiento familiar y la creación de institutos de socorro que cubrían todos los riesgos provenientes del trabajo”. Sampay, A. E. (1949). Informe del Despacho de la Mayoría de la Comisión Revisora de la Constitución, en el debate en general, del 8 de Marzo de 1949. En *Las Constituciones de la Argentina (1810/1972): tomo I y II*. Buenos Aires: Eudeba, p. 496.

3 Sampay, A. E. (1949), *op. cit.*, pp. 496-497.

para producir ni guerrear”, de “naciones que desprecian los valores espirituales y están movidas por una concepción materialista ó belicista”, la Convención Constituyente de 1949 era muy consciente de la solución a proponer y de su dimensión: reconocer constitucionalmente a la ancianidad *por primera vez* y reponerla en la posición de dignidad que le corresponde. A su vez, de asignar directivas al rango de política de Estado (en sus especies social, económica y familiar también), al tenor de lo dispuesto en este extenso artículo 37 del Capítulo III ya mencionado. Recordar que hasta ese momento tan solo había, jurídicamente y en plano legal, referencias a su condición en materia de previsión social. Nada más.

Entonces, invito a convenir en calificar esta añadidura constitucional recurriendo a una calificación propia de lenguaje natural: “de avanzada” en el contexto de su época y a nuestra República Argentina como “precursora” –jurídicamente considerándolo– en el ámbito del reconocimiento de esta clase de derechos humanos. Aun cuando cierta parte de la doctrina cuestionó y pueda cuestionar el tenor y concepciones políticas que subyacen al mentado texto constitucional, la Reforma avanza mucho más allá de lo reglamentado hasta entonces, en respuesta *integral, universal*, a las necesidades y vicisitudes de un sector etario de la sociedad, procurando abarcar su complejidad. Solamente repárese en las propias palabras del miembro informante (“lanzando a la vejez a la mendicidad”) para darnos cuenta de que las “prácticas viejistas”⁴ son un flagelo de antaño y que el Capítulo III del artículo 37 propuesto –en todo su entramado– constituyó un instrumento jurídico de alta jerarquía a efectos de reconocer y garantizar de manera determinante los que hoy denominamos derechos de las “personas mayores”, “vejez” o “adultos mayores”.

Hoy en día viene desarrollándose el derecho de la vejez como una nueva rama del derecho de naturaleza, origen, propuesta e incumbencia muy distinta a las clásicas ramas jurídicas decimonónicas y de siglos previos. La misma encara y requiere dar un abordaje multidisciplinar de la problemática en cuestión y a la vez cabe reconocer que ha nacido “al amparo del proceso internacional de construcción de los derechos humanos como fuente principal”.⁵ Entonces, huelga detenerse un momento y pensar, convenir, que dar expreso reconocimiento a derechos tales como *a la asistencia, a la vivienda, a la alimentación, al vestido, al cuidado de la salud física, al cuidado de la salud moral, al esparcimiento, al trabajo, a la tranquilidad y al respeto mismo*; dan cuenta de una recepción temprana por nuestra Reforma Constitucional nacional de 1949 de aquellos cinco principios rectores propuestos por la ONU en 1991 y en favor de las “personas de edad” [sic]: autorrealización, independencia, participación, cuidados y dignidad. Plus, académicamente considerándolo, también de aquellos contenidos que hoy conforman la nueva rama jurídica antes menciona (y –siguiendo una reciente propuesta universitaria local– conforme su estatus de “transversal,

4 Más allá de aceptar la existencia de muchas definiciones, siguiendo a la Dra. María Isolina Dabove, adopto una definición de “prácticas viejistas” a los efectos de la ponencia: constituyen prácticas sociales que debilitan jurídicamente a las personas de edad mayor (adultas mayores), en tanto las estereotipan y las constriñen en su ámbito de actuación. Prácticas provenientes de situaciones (abuso, maltrato, exclusión social, abandono y aislamiento, pobreza, falta de acceso a la salud, etc.) y posiciones jurídicas de gran fragilidad, que lesionan inclusive sus derechos humanos. Provenientes no solo de las relaciones sociales, sino también del sistema jurídico y las valoraciones sociales. Se caracterizan por su negatividad y la propensión a convertir a las personas de edad mayor en “grupo de vulnerabilidad”. Dabove, M. I. (2018). *Derecho a la Vejez*. Buenos Aires: Astrea, pp. 39-40.

5 Dabove, M. I. (2018), *op. cit.*, pp. 25 y ss.

materialmente autónoma y orientada a la consideración de las personas mayores como sujetos de derecho en sentido pleno” y “portando consigo la premisa humanista”).⁶

Volviendo al año 1949, el artículo 37, Capítulo III, una vez que entró en vigencia la Constitución (texto según Reforma de ese año), naturalmente tuvo su impacto en el derecho público provincial. Ya sea conforme las correlativas reformas de algunas Constituciones de “viejas” provincias como así también en propios textos pertenecientes a las flamantes Constituciones de las “nuevas” provincias (Chaco, La Pampa y Misiones).

III

Sin embargo, el expreso reconocimiento constitucional de los llamados “derechos de la ancianidad” – así como fueron consagrados en la Reforma de 1949– tuvo corta vida institucional y fueron sometidos a una serie de marchas y contramarchas que paso a reseñar. En todo caso, anticipo que jamás volvieron a contar con un reconocimiento y explícita enumeración de igual tenor.

Sabido es que la Constitución Nacional (texto según Reforma de 1949) fue dejado sin efecto, a través de una proclama del gobierno de facto encabezado por el general Pedro Eugenio Aramburu, el 27 de abril de 1956. En dicha proclama, se dispone declarar “vigente la Constitución sancionada en 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimiento que hubiesen quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16 de Septiembre de 1955” (art. 1 de la proclama). En el plano del derecho público provincial, dicha proclama adopta decisiones del mismo alcance: conforme sus artículos 3 y 4, se dispone el restablecimiento de las Constituciones provinciales anteriores al régimen depuesto y dejar sin efecto las de Chaco, La Pampa y Misiones. Poco tiempo después, se formula un llamado a declarar la necesidad de la reforma constitucional nacional y elección de convención constituyente (con proscripciones de cierto partido político, claro está), cuyo desempeño tendrá lugar en la ciudad de Santa Fe durante el año 1957 y concluida su labor con la sanción hacia fines de ese mismo año.

Así, arriba a la historia constitucional e institucional de nuestro país el famosísimo artículo 14 bis, que aún nos rige y que originariamente se llamó el “artículo nuevo”. Pues fue tal la desprolijidad técnica, que se propuso incorporar, entró en vigencia y se publicó a continuación del clásico artículo 14 de la Constitución de 1853 como un conjunto de tres párrafos. Su texto fue una versión muy sucinta –y desprovista del mismo estilo de redacción– de aquel extenso artículo 37 y todos sus capítulos, reconociendo correlativamente –en cada uno de dichos párrafos– los derechos individuales (párrafo primero) y colectivos (párrafo segundo) del trabajador; como así también los derechos de la seguridad social (párrafo tercero). Y ni noticia del carácter expreso y particularizado en su nominalidad de los derechos de la ancianidad.

⁶ Léase el Programa de Estudios 2018 de la Propuesta de Curso de Posgrado, Curso de Actualización Derecho de la Vejez, UBA, cuya dirección está a cargo de los Dres. Jorge Alejandro Amaya y María Isolina Dabove.

Por ende, lamentablemente, queda despojado de dicho reconocimiento expreso integral y confinado, a tenor del tercer párrafo, a tan solo aspectos del derecho de la seguridad social y algunos aspectos del derechos de la familia; mayormente en términos de deberes del Estado. En todo caso, sujetos al rango de “derechos no enumerados” o “implícitos” conforme al artículo 33 de la Constitución Nacional. En consecuencia, la vejez en sus derechos de estatus constitucional volvió casi a foja cero y al marco jurídico asistencial, librado a su configuración en el contexto de los derechos sociales, económicos y culturales así expuestos en el consabido artículo 14 bis de la CN. Igual suerte correrá en el ámbito del derecho público provincial. Una vigencia supeditada al rango legal y a las vicisitudes de la capacidad económica del Estado.

Sin embargo, como contrapartida y en modo positivo, su mayor desarrollo y reconocimiento lo adquirirá en el ámbito del derecho internacional, a través de sucesivas firmas y ratificaciones de convenciones en materia de derechos humanos, ya sea a nivel universal y regional. Sus normas contemplaron sucesiva y crecientemente reconocer un catálogo notable de derechos e instituciones jurídicas en la materia.

IV

La Reforma Constitucional nacional de 1994 –y los correlativos procesos en el ámbito del derecho público provincial– conformaron el siguiente capítulo de raigambre constitucional de los derechos de la ancianidad y –sin llegar al estatus y carácter expreso que sí tuvieron en 1949– puede afirmarse que constituyeron un importante avance en la materia. Avance que paso a detallar.

En primer lugar, por adjudicar jerarquía constitucional a varias convenciones, pactos y tratados en materia de derechos humanos (con expresa nómina de ellos), cuyas disposiciones deben entenderse como no derogatorias y complementarias de los derechos consagrados en las normas de la primera parte de la Constitución Nacional. A la par de abrir la puerta de su jerarquización a otros tratados y convenciones en la materia, una vez aprobados por el Congreso Nacional y requiriendo a continuación de un quórum especial (dos terceras partes de la totalidad de los miembros de ambas Cámaras) para gozar de tal estatus. Así, conforman el denominado “bloque de constitucionalidad” y –más allá de ello– aquellos que no sean propuestos para tales fines, gozarán de estatus o jerarquía supralegal. (Leer el art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución al respecto). Paralelamente, destaco la importancia que esta Reforma Constitucional tiene por cuanto –con esta añadidura, aún en el marco de la atribuciones del Congreso Nacional– la República Argentina adopta el paradigma posmoderno del “Estado Constitucional y Democrático”.⁷

De este modo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 22), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 9 y 12), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVI) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26) entraron en juego y consagran derechos relacionados a la protección social de las personas. Más adelante, por vía legal y quórum especial ya mencionados (Leyes Nacionales N° 26378 y 27044), la

⁷ Para una mayor profundización, recomiendo la lectura de Dabove (2018), *op. cit.*, pp. 140 y ss.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobándose en el año 2008 y alcanzando su jerarquía constitucional en el 2014. Estos instrumentos convencionales son citados a título de ejemplo y permiten brindar a la problemática de la vejez/personas mayores una protección en aspectos parciales y/o por vía colateral.

En segundo lugar, señalo el reconocimiento al derecho al desarrollo humano por vía de obligación del Congreso Nacional de proveer lo conducente al respecto. Un excelente recurso que permite dar fundamento y encuadrar los derechos de la ancianidad, mayormente por vía de interpretación. (Leer art. 75, inc. 19, CN).

En tercer lugar, destáquese la importancia de ordenar al Congreso Nacional

legislar y promover acciones positivas 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 niño, las mujeres, *los ancianos* y las personas con discapacidad (primer párrafo del art. 75, inc. 23, CN).

Norma que permite calificar al colectivo de la ancianidad con un reconocimiento expreso y perteneciente a grupos de vulnerabilidad;⁸ a la par de brindar un importante marco que sirvió y sirve de fundamento para desarrollar políticas de Estado. En directa relación a lo aquí expuesto, señálese la importantísima decisión (también perteneciente al derecho internacional convencional) de aprobar, en el orden interno, y ratificar por el Congreso Nacional, el 23 de octubre del 2017, la Ley Nacional N° 27360: la Convención Interamericana sobre la Protección de la Personas Mayores (en su momento, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio del 2015). Instrumento que aborda de manera integral la problemática que aquí nos ocupa, aun cuando solo reviste jerarquía supralegal. Un instrumento vinculante y obligatorio para todos los operadores jurídicos, debiendo adecuarse todo nuestro orden jurídico a lo establecido por él, en el abordaje de los conflictos jurídicos referidos a la vejez.⁹

Correlativamente, el derecho público provincial hizo lo propio en su seno. En tal sentido, las Constituciones de las provincias se clasifican en tres grupos, según la manera como abordan los llamados derechos de la ancianidad: a) Constituciones que ignoran por completo a este grupo etario y en todo

8 El doctrinario Andrés Tomasello ha señalado la importancia que ciertos eventos académicos y comisiones han tenido para la redacción de dicha norma constitucional: "Se han analizado los distintos aportes de los Congresos sobre la materia y, sobre todo, los documentos presentados por la Comisión Nacional de Gerontología Social -CO.NA.GES- adherido a las Naciones Unidas y por la Comisión de Expertos de la Universidad Nacional de Rosario a la Convención Constituyente de 1994 cuyos contenidos, a su vez, enriquecieron la documentación estudiada por los convencionales para la redacción e incorporación al texto constitucional del citado inc. 23 del art. 75 actual. Se consideraron también los siguientes antecedentes gubernamentales: el Informe Final del Seminario 'Primera Reunión Nacional de Autoridades de la Tercera Edad', producido por la Secretaría de la Tercera Edad y la Secretaría de Proyectos de Cooperación Técnica del Ministerio de Salud y Acción Social en 1992; el 'Documento Final del Encuentro Federal de la Tercera Edad', Secretaría de Estado de la Tercera Edad del Ministerio de Salud y Acción Social en 1993". Tomasello, A. (2020). Los Derechos de la Ancianidad. *La Ley/Doctrina Jurídica*, 2002-3, pp. 928 y ss.

9 Dabove (2018), *op. cit.*, pp. 150-151.

caso integran la clase de derechos implícitos o no enumerados (por contener normas de esta naturaleza); b) Constituciones que se limitan a establecer ciertas pautas desde la seguridad social; y finalmente c) Constituciones que reconocen los derechos de la ancianidad y adoptan un criterio integral para el abordaje de dicha etapa y derechos. Destaco, dentro de este último grupo, a la Constitución de la Provincia de Salta (art. 35); la cual, luego de pautar los derechos de la ancianidad, contiene una cláusula o párrafo de cierre que opera como criterio rector en la materia:

Se reconoce a la ancianidad el derecho a una existencia digna, considerándola como una etapa fecunda de la vida, susceptible de una integración activa sin marginación, y es deber del Estado proteger, asistir y asegurar sus derechos.¹⁰

V

A modo de conclusión, destáquese como hito que la Reforma Constitucional de 1949 fue la primera en reconocer con estatus de derechos enumerados o expresos a los de la ancianidad, en la República Argentina, erigiéndola en país pionero en la materia y paradigma a seguir en el mundo. Luego, y tras un breve período de vigencia –tras el derrocamiento del segundo gobierno de Juan Domingo Perón–, la Constitución de 1949 fue dejada sin efecto a partir del 27 de abril de 1956 y con ello el estatus constitucional expreso, perdiéndolos para siempre y corriendo una suerte de marchas y contramarchas. Un paradigma de reconocimiento visionario, a la luz de la evolución que dicha clase de derechos especiales tuvo desde ese entonces, en el ámbito de los derechos humanos y en el contexto del derecho internacional público principalmente. Un paradigma “de avanzada” por cuanto receptó la problemática de la ancianidad en su totalidad, ofreciendo soluciones integrales que hoy reclama la llamada rama del derecho de la vejez.

10 A tales efectos, se recomiendan dos obras que abordan el estado de reconocimiento de los derechos de la ancianidad en el derecho público provincial: a) Novelli, M. H. (2006), *Los Derechos Constitucionales de los Ancianos en la Argentina*. Buenos Aires: Dunken-Fundación para las Investigaciones Jurídicas y b) Dabove, M. I., Novelli, M. H., Gonem Machello, G. N., Nawojczyk, E., Prunotto, M. E. y Rodrigo, F. M. (23/05/2008). Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los Derechos de los Ancianos. *La Ley* 2008-D, p. 751.

Anexo I

Reforma de la Constitución Nacional de 1949

ARTÍCULO 37 – Declárense los siguientes derechos especiales:

III.- DE LA ANCIANIDAD

1. - Derecho a la asistencia. Todo anciano tiene derecho a protección integral, por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos y fundaciones creados o que se crearen con ese fin, sin perjuicio de la subrogación del Estado o de dichos institutos para demandar a los familiares remisos y solventes los aportes correspondientes.
2. - Derecho a la vivienda. - El derecho a un albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas, es inherente a la condición humana.
3. - Derecho a la alimentación. - La alimentación sana y adecuada a la edad y estado físico de cada uno debe ser contemplada en forma particular.
4. - Derecho al vestido. - El vestido decoroso y apropiado al clima complementa el derecho anterior.
5. - Derecho al cuidado de la salud física. - El cuidado de la salud física de los ancianos ha de ser preocupación especialísima y permanente.
6. - Derecho al cuidado de la salud moral. - Debe asegurarse el libre ejercicio de las expansiones espirituales, concordes con la moral y el culto.
7. - Derecho al esparcimiento. - Ha de reconocerse a la ancianidad el derecho de gozar mesuradamente de un mínimo de entretenimientos para que pueda sobrellevar con satisfacción sus horas de espera.
8. - Derecho al trabajo. - Cuando el Estado y condiciones lo permitan, la ocupación por medio de la laborterapia productiva ha de ser facilitada. Se evitará así la disminución de la personalidad.
9. - Derecho a la tranquilidad. - Gozar de tranquilidad, libre de angustias y preocupaciones en los últimos años de existencia, es patrimonio del anciano.
10. - Derecho al respeto. - La ancianidad tiene derecho al respeto y consideración de sus semejantes.

70 años de la Constitución del '49. 25 años de la reforma constitucional del '94



*Sergio A. Lambruschini (Cátedra Introducción al Derecho,
Tit. Dr. Gustavo Lázaro Lipkin, UNNOBA)*

La Constitución tuvo su más plena vigencia –civil y política– en la década de 1910, con la famosa reforma electoral del presidente Roque Sáenz Peña, que bien se ha denominado “la quimera de un romántico” o “la revolución por las urnas”, al abrir la posibilidad de hacer pacíficamente un cambio trascendental que no era solamente político, sino político y social dentro de la comunidad argentina.

Dos décadas después, aproximadamente en 1930, se comienzan a poner en duda principios de la carta magna: Leopoldo Lugones había anunciado “la hora de la espada”; por primera vez en la historia constitucional argentina sucede que no solo el partido en el gobierno o un gobierno en sí mismo cuestionaran principios básicos, se cuestionaba en su totalidad todo el sistema constitucional y la democracia constitucional.

Se da inicio a la “desconstitucionalización”; se abre un proceso, al día de hoy no concluido, de verdadera declinación del derecho constitucional argentino; se ha pasado por etapas de cuestionamientos a la legitimidad. Algo más profundo y delicado que el cuestionamiento o ataque a la legalidad, la legitimidad, definida por Max Weber, es el concepto con el que se enjuicia la capacidad de un poder para obtener obediencia sin necesidad de recurrir a la coacción que supone la amenaza de la fuerza, de tal forma que un Estado es legítimo si existe un consenso entre los miembros de la comunidad política para aceptar la autoridad vigente. Representa un pensamiento, un sistema de valores, de cómo debe ser el sistema institucional de un país.

Unas décadas más tarde y con las condiciones políticas y sociales a favor, llegó la reforma del año 1949, consagrando un régimen de “cesarismo”; la conocemos como Constitución peronista, justicialista o simplemente Constitución del 49. Dicha carta magna –aunque de corta duración– marcó un antes y un después en la historia institucional de la República. Durante la primera mitad del siglo XX no se habían producido reformas constitucionales; todo se dictaba de acuerdo al texto histórico de 1853/1860, con algunas enmiendas introducidas en 1866 y en 1898.

En agosto de 1948 el Congreso dictó la Ley N° 13233, que declaró necesaria “la revisión y reforma de la Constitución Nacional, a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación”.

Con este motivo, el 5 de diciembre de 1948 los argentinos concurren a las urnas.

El resultado obtenido arroja los siguientes porcentajes: Partido Peronista 61,38%; Unión Cívica Radical 26,86%; Partido Comunista 2,95%; Partido Conservador 0,67%; en blanco y anulados 4,20%.

El sentido de la Ley N° 13233 fue virtualmente el de una declaración de la necesidad de la reforma “total” de la Constitución Nacional, pese a que en su redacción se guardó silencio en cuanto a la determinación concreta de los alcances de la reforma.

Como es sabido, la Ley N° 13233 fue impugnada en el Congreso y luego ante la propia Convención, por su sanción legislativa sin el recaudo de “los dos tercios” de los miembros de ambas cámaras, ya que solo contó con el voto de los dos tercios de los miembros “presentes”.

En la primera sesión ordinaria (1 de febrero) la minoría presentó formalmente el proyecto de resolución propiciando declarar la nulidad de la convocatoria y de los actos electorales realizados en virtud de la Ley N° 13233, la consecuente invalidez de los títulos de todos los convencionales y la inexistencia legal de la Convención.

La pregunta sería: la Constitución de 1949 ¿es lo que podemos denominar una Constitución de las “democracias constitucionales” y, a su vez, perteneciente al “constitucionalismo social”? No, se podría contestar categóricamente.

Razones sobran de ejemplo:

- 1) No acepta y reniega de las pautas de “racionalización del poder” (Mirkin Guertzevich y Carl Friedrich).
- 2) Rechazo a la constitucionalización del derecho de huelga (art. 37).
- 3) Mayor suspensión de libertades y garantías por decisión del “príncipe” (art. 34). Al estado de sitio le añadía una nueva espada de Damocles que decía: “Podrá declararse asimismo el estado de prevención y alarma en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población”.

- 4) Incorporación de las bases del control cualitativo o ideológico para el reconocimiento o proscripción de los partidos políticos (art. 15), a que dio pie el dogma de que “El Estado no reconoce libertad para atentar contra la libertad”.
- 5) Acentuada centralización del poder central y concentración total del Poder Ejecutivo Nacional (art. 83), sumado al reeleccionismo sin límites.
- 6) Degradación del “status” de la Ciudad de Buenos Aires como capital federal de la República (art. 83, inc. 3°), al decir que el presidente “es el jefe inmediato y local de la Capital de la Nación; pudiendo delegar estas funciones en la forma que determinen los reglamentos administrativos”.
- 7) Práctica impúdica de las “intervenciones federales” a las provincias, en forma arrasante y con evidente “desviación del poder”, a efectos de:
 - a) Dirimir conflictos internos del partido oficialista.
 - b) Eliminar jueces avasallando la independencia del Poder Judicial local (intervenciones parciales: Córdoba, Buenos Aires, etc.).
- 8) Discurso doble y oportunista saltando las metas estatistas y nacionalistas del artículo 40 al opuesto término de las solapadas “privatizaciones” de la ley del año 1954, según el artículo 4°, 2° párrafo, de la Ley N° 14380 sobre empresas del Estado.
- 9) La perversa maniobra de “packing” o copamiento a través de las “cláusulas transitorias”, particularmente destinadas a la limpieza o depuración, con afán peronizante, del Poder Judicial, de todos los funcionarios civiles designados con el requisito del “acuerdo” del Senado; y la reforma automática de las constituciones provinciales mediante el allanamiento de las autonomías locales (cláusulas 4°, 5° y 6°).
- 10) La eliminación práctica del instituto de la “interpelación parlamentaria” a los ministros, de acentuada tradición democrática y representativa, como instrumento de información y de control, puesto que a partir del artículo 64 el Poder Ejecutivo quedaba facultado para rehusar la concurrencia personal de los ministros ante las Cámaras y optar entre contestar “el informe” por escrito o prometer la asistencia del presidente, ilusoria.

Recordemos que el gobierno poseía un monopolio casi total de los medios de prensa y difusión; razón por la que los ciudadanos prácticamente no tenían acceso a la información, mucho menos a lo público.

La estructura “hiperpersonalista” del poder y su ejercicio ilimitado llevada adelante por el gobierno de turno podríamos compararla, salvando las distancias y las diferencias, con el famoso *dictum* de Ludwig Wittgenstein: “el sentido del mundo –acá sería el de la Ley Suprema– tiene que residir fuera de él” (*Tractatus*, 6.41), nos dice que donde acaba el sentido, se acaba la capacidad de pensar.

La reforma también afectó los derechos y garantías, invadiendo los ámbitos regidos por las normas del derecho privado.

La Constitución de 1949 estuvo marcada por el contraste frontal del artículo 40, que estipulaba entre otras cosas:

- a) La facultad del Estado para “intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad”;
- b) La importación y la exportación “estarán a cargo del Estado”;
- c) La propiedad estatal –imprescriptible e inalienable– de los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y de las demás fuentes naturales de energía;
- d) “Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación”, previéndose la compra o expropiación de los que se hallaren en poder de particulares para ser transferidos al Estado.

Pregunta, entre tantas, para hacerse: ¿por qué no se procedió de la manera prevista con la Compañía de Electricidad de la Capital Federal? ¿Por qué “desapareció” de circulación el famoso informe de la investigación Rodríguez Conde?

Pero hay más. En el Boletín Oficial del 12 de octubre de 1954 apareció publicada la Ley N° 14380, modificatoria de la Ley N° 13653 que regulaba el régimen de las empresas del Estado; en rigor de verdad, la principal innovación apareció “escondida” en el segundo párrafo del artículo 4: “Facultase al Poder Ejecutivo para disponer la transferencia o enajenación total o parcial del patrimonio de las empresas del Estado, cuando razones de interés general los justifiquen, con cargo de dar cuenta al H. Congreso”; concluía estableciendo: “El Estado responderá por el pago del pasivo no cubierto que resulte”.

Luego de la Revolución Libertadora, el gobierno provisional instaurado en 1955 asumió el ejercicio de “poderes revolucionarios”, en los cuales fundó su proclama del 27 de abril de 1956, destinada a declarar vigente a la Constitución nacional de 1853, “con las reformas de 1860, 1866, 1898 Y exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubiesen quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16 de septiembre de 1955”.

George Orwell publicó en 1948 su libro *1984*.

Nuestro título nacional podría ser:

1949 muchas promesas

(incumplidas)

1994 más promesas nuevas

(incumplidas)

Las promesas, en ambos casos y con diferencia de 45 años de distancia entre ambas constituciones, se caracterizan porque algunas eran y son irrealizables. Pero eran (y son) promesas juramentadas; muchos de los “juramentados” ejercieron o ejercen funciones ejecutivas o legislativas.

En 1974, al cumplirse el primer cuarto de siglo de la sanción del *dictum* de 1949, Perón ejercía nuevamente la presidencia de la República.

No respaldó ni auspició ni promovió ningún recordatorio; y menos aún, homenaje alguno.

En los actos formales de la reforma constitucional sancionada en 1994, se dispone expresamente que el texto de la Constitución Nacional en vigencia a partir de ese momento es el resultado de las Convenciones de 1853, 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. En ningún momento se alude para nada a la Convención de 1949. Gobierno de Carlos Saul Menem.

¿Cuál habrá sido la razón? ¿El olvido? ¿El arrepentimiento? ¿El perdón entre todos? No lo sabremos nunca, pues son interrogantes que remiten a algo superior, que es el destino.

La contraposición entre la vertiente “individualista” de los constituyentes de 1853/1860, por un lado, y la nutrición “comunitarista” del texto de 1949 puede acaso haber tenido apoyaturas ius-filosóficas de:

- a) Carlos Astrada (discípulo de Heidegger)
- b) Carlos Cossio (creador de la “teoría egológica del derecho”)

Perón, ante el Primer Congreso Nacional de Filosofía (Mendoza, 1949), expuso lo que luego se convertiría en parte del pensamiento oficialista: su obra titulada *La comunidad organizada*; esta obra exhibe un tono corporativo.

La Constitución de 1949 contenía solamente 103 artículos (menos que en el texto de 1853/1860), lo que daba una imagen “sintética” y dirigida al ciudadano de a pie, pero si lo analizamos con atención, resulta ser un “catálogo de ilusiones” con cláusulas más propias de un manual doctrinario o partidario que de una ley suprema de la nación.

Podríamos pensar en un exceso de idealismo o puro fanatismo; en otros casos, en la necesidad de suscitar procesos de sugestión colectiva en la sociedad, o quizá debemos pensar en el popular refrán “dime de qué blasonas y te diré de qué careces”. Esto forma parte del contraste dialéctico entre los instintos y sentimientos del “ser” y las difíciles responsabilidades y limitaciones objetivas del “deber”. Emanuel Kant lo resumía con esta frase: “dormía y soñé que la vida era bella; desperté y advertí que ella es deber”.

Las comparaciones son odiosas:

Presidente Perón en su mensaje al Congreso, el 10 de mayo de 1947:

Creo que la prescripción existente es una de las más sabias y prudentes de cuantas establece nuestra Carta Magna. Bastaría observar lo que sucede en los países en que tal reelección es constitucional. No hay re-

curso al que no se acuda, lícito o ilícito; es escuela de fraude e incitación a la violencia, como asimismo, tentación a la acción política por los gobiernos y funcionarios [...] En mi concepto tal reelección sería un enorme peligro para el futuro de la República.

Presidente Roosevelt 20 de enero de 1937, discurso de asunción:

Las complejidades de las relaciones humanas aumentan en tal forma que también debe aumentarse el poder para gobernarlas; el poder para detener el mal y el poder para hacer el bien. La democracia esencial de nuestra nación y la seguridad de nuestro pueblo dependen no de la ausencia de poder, sino de su adjudicación a aquellos que el pueblo puede cambiar o mantener mediante un honesto sistema de libres elecciones.

Se puede decir que las constituciones están destinadas a regir la vida de los pueblos; es por ello que es importante que dichos pueblos tengan una conciencia constitucional, respetando las instituciones y a su vez defendiéndolas ante el capricho de los gobernantes; por más representativos que estos sean, esta conciencia se logrará a través de estas cartas magnas que garanticen las condiciones para la educación, alimentación, salud y vivienda con servicios básicos indispensables para nuestros niños, que serán el futuro de nuestra nación.

El potencial emancipatorio del derecho: tratados de derechos humanos y desigualdades sociales



Franco Nicolás Martínez (Universidad Nacional de Rosario)

Francomartinezok@gmail.com

Una aproximación a la problemática

En América Latina se encuentran 10 de los 15 países más desiguales del planeta. Como dice Bernardo Kliksberg (2011), “África es más pobre que América Latina, pero América Latina es más desigual que África”. Nuestros sistemas jurídicos no son ajenos a estas circunstancias, todo lo contrario, están epistemológicamente anclados en esta aparente contradicción fáctica que los penetra y constituye, contradicción esta que es encarnada por el derecho expresando él también una paradoja desde sí, lo que desde las teorías críticas del derecho denominamos como función paradójal, donde

por un lado, reproduce las condiciones de existencia del sistema y, por el otro, se convierte en un elemento de transformación y cambio. Asumida esta función paradójal, podrá revelarse el papel sacralizador que el derecho cumple respecto de las relaciones sociales establecidas, y al mismo tiempo, su potencialidad para la remoción y modificación de tales relaciones (Aseff, 2004).

Es por ello que resulta imperioso recuperar el potencial emancipatorio que el derecho encarna; como dice Carlos Cárcova, “esta aparente contradicción se resuelve en la medida en que se rescate para el análisis, el papel de la ideología y una concepción relacionista del poder” (Cárcova, 1991).

El derecho como emancipación

Tanto los juristas como los estudiantes de derechos no somos ajenos a esta situación. A la hora de abordar el fenómeno jurídico no podemos obviar que verdad, poder y derecho son términos inescindibles. Como apunta Foucault, el principal problema alrededor del que se organiza toda la teoría del derecho desde la Edad Media es la soberanía, y requiere que la teoría del derecho abandone ese objeto considerado central, para hacer ver, en lugar de la soberanía y de la obediencia, el problema de la dominación y el sometimiento (Foucault, 2003). El discurso del derecho es el discurso del poder, el poder se legaliza en el discurso jurídico, “a través del discurso jurídico se instituyen órganos, se consagran prerrogativas, y somos constituidos como sujetos” (Cárcova, 1991), pero también y fundamentalmente a través del discurso jurídico se sacraliza el poder, lo que significa que las relaciones sociales que hacen al sistema-poder devienen sagradas, de naturaleza metafísica, enajenando la posibilidad de transformación social. Por eso es central en esta empresa de reconducir lo jurídico por los cauces de la emancipación, entender que el derecho encarna en sí mismo la contradicción dominador/dominado, entendiendo que no hay poder sin dominador, pero tampoco hay poder sin dominado, y, como afirma el precitado autor, “esta relación es cambiante, mutable, dialéctica, e histórica” (Cárcova, 1991). Recordando a Foucault, diremos que donde hay poder, hay resistencia, la que no es exterior, sino interior a la relación de poder.

Por lo tanto, el derecho no es eminentemente bueno, ni malo, sino que como práctica social específica expresa históricamente los conflictos sociales, y

dependiendo de la correlación de fuerzas en el marco del conflicto social, en manos de los grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, mientras que en manos de los grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política (Cárcova, 1991).

Puntos de partida

Derecho, ideología y poder

Es menester constituir la creación, interpretación, aplicación y enseñanza del derecho como un hecho político y, como tal, intrínsecamente ideológico. Así y solo así será posible ejercer la fuerza denunciadora de la ideología. Debemos trascender del carácter peyorativo de la dimensión ideológica, como falseamiento intencionado de la realidad con Marx, a una concepción de lo ideológico como dimensión interna, estructural al pensamiento, a una visión del mundo y fundamentalmente al conocimiento, donde la denuncia de lo ideológico permite abrir posibilidades para generar alternativas que interpelen al *statu quo*.

Junto con los escombros del muro de Berlín emergieron ciertas ideas que con una aspiración de mítica milenarista predecían el “fin”, asistíamos y éramos espectadores del fin de la historia, la

ideología, la política, la utopía. Como dice Roberto Follari, “no hay ideología que penetre más que aquella que no se presenta como tal” (Follari, 2000),

el derecho como producto social, como red significante, plasma un determinado reparto de poder social, y al hacerlo y denostarlo como propiamente natural, a-histórico, e inmutable, lo legitima y sacraliza; y ese es su aspecto ideológico, opacar y enmascarar las diferencias estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de reconducir un sistema de poder hegemónico (Ruiz, 1991).

En lo relativo a los derechos humanos, estas declaraciones de derechos y garantías, consagrados por nuestras legislaciones contemporáneas, que las más de las veces tienen solo alcances puramente formales, y que por esto pueden ser mirados con cierto escepticismo, mirados tan solo como un discurso legitimante y tranquilizador, como un discurso que promete lo que precisamente no otorga. Pero ese discurso es pasible de ser significado *nuevamente* como ideológico, transformándose en una formidable herramienta de lucha, de denuncia, de resistencia a la opresión (Cárcova, 1991). Por eso, es necesario contemplar esa doble naturaleza de los derechos humanos, donde si bien por un lado son eficaces herramientas de los pueblos mediante las cuales se le arranca al poder respeto y dignidad, también por otro lado su discurso es un potencial enajenante de la utopía.

Otro de los puntos de partida en el intento de (re)generar en el discurso jurídico un discurso de la emancipación es la de un análisis crítico de la universalidad de los derechos humanos, aceptando que la globalización no es más que un localismo hegemónico, como dice De Sousa Santos: “la globalización reproduce la jerarquía del sistema mundo y las asimetrías entre las sociedades centrales y periféricas, no existiendo por lo tanto un globalismo genuino, sino una globalización exitosa de un localismo dado” (De Sousa Santos, 2009). Es preciso “inventar” otras ciencias sociales, especialmente en la construcción de un pluralismo jurídico que contribuya a la democratización de nuestras sociedades y sea un defensor irreductible de los derechos humanos, transformando la conceptualización y la práctica de los derechos humanos de un localismo globalizado a un proyecto cosmopolita.

Considerando que

el abogado es antes que abogado un actor social que obviamente no está en un lugar neutral, su lugar está cargado de ideología y posicionamiento social, y no solamente hace una lectura técnica de las normas jurídicas sino que usa de las mismas como instrumentos de poder social (Franicevich, 2013).

Hay que remarcar una perversidad de los institutos de control social del poder, el poder aprieta pero no ahorca, aunque ajustado y apretado debo agradecerle porque me permite seguir viviendo (Franicevich, 2013).

Desde una epistemología situada

Investir al derecho de esa faceta de transformación y cambio que pareciera enajenada necesita, además, de una epistemología crítica, de situar el punto de partida gnoseológico en el no-ser, en la negatividad, en la exterioridad corporizada en la víctima. “Si entendemos que todo saber es un saber situado, el gesto epistemológico deberá ser, como propone la Boaventura de Sousa Santos, la constitución de otros inventarios del saber, *los sujetos del sur*, en la medida en que el Sur ha sido sometido a un proceso de silenciamiento ejercido por el conocimiento científico ejercido por el Norte” (Gentili, 2018). Esto no quiere decir que deba renunciarse ni soslayarse todo el sistema de conocimiento occidental, sino de abordarlo con los presupuestos necesarios que me permitan superar un colonialismo epistemológico que nos subyuga, interpeándolo desde nuestra perspectiva latinoamericana y periférica.

Hay que salir de la famosa postulación de Marx de que la violencia es la partera de la historia, para entrar en una dialéctica negativa. La partera de nuestra historia deberá ser el sujeto negado, las culturas periféricas, las que a través de un diálogo intercultural destronen al hombre occidental hegemónico del trono de la centralidad constituyente, de la subjetividad fundante, para entronizar al sujeto periférico y negado, utilizando la performatividad del discurso jurídico como eficaz herramienta de transformación social. Como bien dice Teun Van Dijk, “el discurso es acción en los procesos de comunicación” por lo que deberá orientarse esa instancia proyectiva del discurso a la jerarquización de los sujetos periféricos, como reacción contrahegemónica e insurgente que interpele a la centralidad del sistema-poder y lo subvierta en sus estructuras fundantes.

Como dice Boaventura de Sousa Santos, “es menester la creación de un nuevo sentido común en el derecho, una nueva forma de abordaje del derecho capaz de devolverle su potencial emancipatorio” (Santos).

Un objeto de estudio complejo

Como antes apuntamos, un objeto de estudio de las disciplinas jurídicas que no abarque nociones tales como el poder que lo penetra y constituye, presupuestos como verdad y justicia, el complejo proceso social en que se reproduce, un análisis de su discurso siempre oscuro y disfrazador, y un abordaje crítico de las prácticas e instituciones que el derecho instituye y legaliza se presenta como un objeto de estudio incompleto. Y no solo será un objeto de estudio fragmentario, sino también funcional y reproductor de las desigualdades sociales, porque que una cosa es la reproducción espontánea del poder social, y otra cosa muy distinta es la defensa deliberada del mismo. “Por lo tanto no hay que olvidar que todo proyecto [...] jurídico se encuentra inmerso bajo un contexto, en un espacio y tiempo determinados, que sujeta todas las posibilidades de tales proyectos” (J., 2011).

No se puede obviar al estudiar el derecho la circunstancia problemática presente en su genealogía, en su arqueología, el derecho surge a causa de las luchas, del conflicto, de la guerra y del problema. Este contexto fundante le imprime no solo una naturaleza política e ideológica, sino también un presupuesto epistemológico inexcusable, la violencia – y violencia no solo física, sino también y fun-

damentalmente simbólica y la lucha de poder. Parafraseando a Marx podríamos decir que “el derecho viene al mundo chorreando sangre y lodo por todos los poros, de la cabeza hasta los pies”. El derecho se constituye así en *una práctica eminentemente excluyente*, donde jerarquiza y legaliza una de las tantas posibilidades que se presentan en el repertorio de soluciones posibles, repugnando las demás, por lo que el mismo es significado tanto más por lo que niega, que por lo que la deóntica jurídica enuncia de manera expresa.

Como dice De Sousa Santos,

El derecho puede ser emancipatorio siempre que se logre desoccidentalizar su concepción, reinventándose de modo que encaje con las reivindicaciones normativas de grupos sociales subalternos y sus movimientos y organizaciones que luchan por alternativas a la globalización neoliberal, y contra la exclusión social (Santos).

Por último, subrayar que, si bien el derecho encarna por y desde sí un potencial emancipatorio, de manera aislada no es ni emancipatorio ni no emancipatorio, es solo una potencialidad. Dependerá de que las luchas, conquistas y prácticas de los movimientos y agrupaciones sociales se cristalicen en el derecho. Es decir que se recurra al derecho como eficaz herramienta de cambio y transformación social que canalice las utopías de los grupos sociales que pretendan una transformación social tendiente a la emancipación de los desventajados del sistema y el mejoramiento de sus condiciones de vida.

Debemos abordar el derecho de manera tal que se convierta en la herramienta que nos permita materializar la lucha contra la imagen de la realidad que el poder nos presenta –la realidad, “su construcción”, es siempre la realidad del poder– desacralizando así nuestra percepción del mundo y corporizando el cambio, para salir de la inmovilidad fáctica en la que nos encontramos inmersos.

Recordando a Eduardo Galeano,

la pobreza no estalla como las bombas, ni suena como los tiros. De los pobres sabemos todo: en qué no trabajan, qué no comen, cuánto no pesan, cuánto no miden, qué no tienen, qué no piensan, qué no votan, en qué no creen. Sólo nos falta saber por qué son pobres. ¿Será porque su desnudez nos viste, y su hambre nos da de comer? (Galeano, 2012).

Debemos ser capaces de identificar aquellas estructuras en las que el poder se desenvuelve y reproduce, de manera oculta y espontánea, especialmente en las prácticas jurídicas como estudiantes de Derecho y abogados, como operadores jurídicos, para así desenmascarar sus artilugios e interpelar sus métodos.

Bibliografía

- Álvarez, L. (2009). Matices ideológicos de los ¿nuevos? derechos. *Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica*, 223.
- Aseff, L. M. (2004). *La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general*. Rosario: Juris.
- Cárcova, C. M. (1991). Acerca de las funciones del derecho. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.
- Follari, R. (2000). *Epistemología y sociedad*. Rosario: HomoSapiens.
- Foucault, M. (2003). *Microfísica del poder*. México: Octaedro, p. 145.
- Franicevich, E. L. (2013). *Sociología para el Derecho, algunos escritos no tan sueltos*. Rosario: Nova Tesis.
- Galeano, E. (2012). Guerras Calladas. En *Los hijos de los días*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 201.
- Gentili, P. (2018). Inventar otras ciencias sociales. *Boaventura de Sousa Santos, Construyendo las epistemologías del sur*, 1, 14.
- J., A. P. (2011). Derecho, Verdad, y Poder en la teoría políticojurídica de Michel Foucault. *A Parte Rei*, 3.
- Kliksberg, B. (2011). Cómo enfrentar la pobreza y la desigualdad. *Página 12*.
- Ruiz, A. E. (1991). Aspectos ideológicos del discurso jurídico. En *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

A raíz de la Constitución de 1949. Reflexiones desordenadas



*Mario Portela**

La protección divina y la Constitución Nacional (CN). Testimonio de un evangelista acerca de la imposibilidad de su reforma y la santificación de su texto.

Excursus: desde los albores de la nación: ordenar primero y legislar después (federales) o legislar para ordenar (unitarios). Principio de la “grieta” o del antagonismo. Novoa Monreal, un recuerdo.

Con el triunfo unitario o de la oligarquía porteña (atrás del antagonismo se escondían muchas otras razones), se dictó la Constitución Nacional de 1853. De orden liberal, en lo político no tuvo eficacia alguna, en lo económico sí se cumplió. Los caudillos de los pueblos del interior fueron real y simbólicamente masacrados, tarea que siguió en la guerra inicua de la Triple Alianza, necesaria para erradicar de estas costas todo intento de soberanía, para finalizar con la Conquista del Desierto. Todo esto, entre 1853 y 1880. Se había logrado, a sangre y fuego, la unidad política y la propiedad de la tierra bajo la advocación de la CN.

Esta tomó la mayor parte de nuestras instituciones, especialmente en la segunda parte, el diseño del gobierno de la Constitución de EE.UU., pero: a) los norteamericanos tenían gran número de propietarios (grandes y pequeños) y en nuestro caso, a partir de la guerra contra el indio luego de la cual el gobierno regaló la tierra a los amigos y proveedores del ejército (2.500.000 ha de la pampa húmeda

* Profesor Emérito Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP).

fue el costo de la donación), circunstancia que fundó una economía distinta a la yanqui: de latifundio y arrendamiento, o sea, una economía rentística precursora de la timba financiera o el provecho sin esfuerzo; b) la invocación a todos los que quisieran habitar nuestro suelo no incluía hacerlos propietarios, sino explotarlos, tanto en la ciudad como en el campo; c) a diferencia de EE.UU., todo nuestro derecho administrativo y privado tenía fuentes francesas o españolas; d) escasa eficacia (¿faltaba orden?) y poco respeto por parte de los obligados y de los operadores del derecho (el éxtasis del 30).

En 1949 se pensó en refundar país e instituciones. Curiosamente, se cumple el 70 aniversario de la CN de ese año y los 100 de otra Constitución famosa, la de Weimar. En la nuestra se dio una enorme ampliación de derechos a los más vulnerables y se trató de terminar con la cultura de la renta: leyes de propiedad horizontal, de locaciones urbanas, de arrendamientos rurales y el comienzo de una incipiente industrialización. Curioso incidente con la justicia del trabajo y las estructuras patriarcales del P.J. Fin de la familia judicial, pero hubo una erosión desde lo intelectual del nuevo orden hasta lograr el silencio absoluto hacia el sistema normativo del 46/54, que incluía el desprecio a sus operadores (flor de ceibo). En lo personal, ingreso a la facultad en 1964 (apenas nueve años después del golpe) sin escuchar de ninguna cátedra una palabra acerca de ese orden nuevo y ya derrotado.

Ni la CN de 1853/1994 ni la del 49 sobrevivieron eficazmente, además de por esos desajustes, por el desapego de la ciudadanía, la manipulación de los políticos y el desprecio por parte de los tribunales (Juan Antonio García Amado dixit narrando el fracaso de Weimar). Papelón de la constituyente de 1958, citada por decreto luego de haber derogado la anterior CN, también por decreto.

La CN de 1949, al igual que su ilustre antecesora alemana, fueron detestadas por los constitucionalistas de su tiempo. Los germanos, que venían de la vieja escuela, no pudieron sustraerse a las rémoras del pasado imperial en Alemania, y en nuestro caso, a las de una educación que despreciaba, como hoy, al trabajador, a la mujer, al jubilado y al pobre (al que era imposible soportar en la universidad).

No todo fueron rosas, ya que la CN de 1949 nació con vicios de origen. Lo hizo bajo los influjos de la escolástica, que había copado el Congreso de Filosofía, y así se pensó en la inmutabilidad del sistema jurídico que fundaba, en su permanencia a través del tiempo, su carácter esencial. Pero, claro, chocaba con otro orden igualmente inmutable; el de los patrones y de la oligarquía principalmente porteña de 1853, que tuvo mucho mejor asentamiento ideológico. La gente común, salvo el testigo del principio, no cree en la importancia de la CN; los juristas la santifican, pero la desaplican cuando les conviene. Múltiples ejemplos: estados de sitio, plan Conintes, golpes recurrentes sin castigo alguno, impunidad para los bombardeos del 55, fusilamientos del 56, reemplazos de los miembros de la Corte, nombramientos por decreto, traslados de jueces.

Identificar los problemas es parte de la solución. No hay que santificar y mucho menos creer en el carácter esencial de la CN (hacerlo es entronizar un texto y convertirlo en pretexto para las peores aventuras políticas). Lo único necesario, sea cual fuera el texto, es que hay que cumplirlo, si fue legítimamente concebida y como operadores respetarla. Para esto, creo que debemos terminar con la familia judicial y su patriarcalismo. Democratizar la designación y destitución de los jueces y modificar

el régimen disciplinario. Eliminar a los políticos y a los jueces en esas dos instancias del Consejo (si es que debe seguir), modificar de raíz el sistema corrupto de concursos judiciales.

Después veremos si hay que nacionalizar banca y comercio exterior, desmonopolizar la información, dictar una nueva ley de entidades financieras, hacer una radical reforma impositiva (fuga de divisas, fondos en paraísos fiscales) y todos aquellos temas que sean útiles para fraccionar los poderes reales y fortalecer los institucionales volviendo a la cultura del trabajo.

La tarea es construir instituciones que permitan una buena resolución de conflictos (o lo que llamamos justicia) para que deje de ser cierto el *dictum* quevediano: “donde hay poca justicia es un peligro tener razón”.

Las raíces iusnaturalistas de los derechos sociales en la Reforma de 1949: un planteo crítico



Mauricio Elvio Remillier (Facultad de Derecho-UNR)
mremillier@gmail.com

Introducción

La llegada al poder del peronismo marcó un punto de ruptura en el modo de concebir el Estado y su relación con la sociedad. El viejo liberalismo individualista resultaba caduco para incorporar las transformaciones sociales y económicas suscitadas desde la década del treinta y requería de un nuevo plexo jurídico que diera respuesta a esos desafíos. En la búsqueda de esos nuevos preceptos y sus fundamentos filosóficos se plasmó, como síntesis realizadora, la Reforma Constitucional de 1949, cuyo proyecto encarnará la incorporación de los llamados “derechos sociales” bajo la impronta doctrinaria y filosófica del humanismo aristotélico-tomista. Sin desconocer las discusiones ideológicas de la época en torno a las transformaciones jurídicas acaecidas en el mundo capitalista y su repercusión en el reconocimiento de los derechos sociales, este trabajo pretende rastrear los marcos filosóficos y epistemológicos de los mismos, en la voz de uno de los principales mentores de la Reforma Constitucional, el jurista Arturo Enrique Sampay.

Los cambios en la matriz productiva acaecidos a raíz de la crisis mundial de 1930 no van a tener un correlato con la resolución política con que las viejas elites oligárquicas van a encarar las transformaciones económicas. Presa de sus contradicciones e incapaz de entender el fenómeno de crecimiento de una clase obrera industrial, mantiene las mismas recetas para atender a una masa que desea encontrar canales de participación en un Estado cooptado por la corrupción y la venalidad institucional: la represión e invisibilización. Entre 1930 y 1943 nacerá la “Argentina moderna” que definirá “las

características fundamentales del crecimiento industrial” (Portantiero, 1987: 14) y estructurará los mecanismos para la intervención del Estado sobre el mercado. En esa línea, mientras los gobiernos conservadores fueron adoptando un conjunto de medidas regulatorias con controles estatales en clave defensiva de sus intereses corporativos, en silencio se proyectará una reestructuración de la sociedad que ninguna fuerza política tradicional logrará contener en sus estructuras. Será Perón quien le dará encarnadura a ese proletariado y lo transformará en un sujeto político colectivo. Esta legitimación requerirá de un nuevo andamiaje jurídico que reflejará el reconocimiento de las masas obreras en el accionar colectivo de construcción de una nueva matriz productiva. Inmersa en este clima de transformaciones, la obra reformista de 1949 adquiere una significatividad trascendental para la vida institucional argentina, poniendo en discusión el rol que debe cumplir una Constitución para la efectiva vigencia de los derechos, su alcance concreto y el papel del Estado en la promoción de su efectivo goce.

Los derechos sociales aparecían en las nuevas matrices constitucionales como novedad disruptiva en el nuevo entramado de relaciones capitalistas poscrisis, donde el Estado liberal es severamente cuestionado por su debilidad e incapacidad para enfrentar los intereses económicos de los sectores de poder económicos. En el marco de esos planteos, emergen interpretaciones alternativas que colocan al Estado en un papel crucial de ordenador de las relaciones sociales y superador de los postulados individualistas ligados al pactismo burgués.

La búsqueda de esos fundamentos filosóficos justificativos de la “nueva etapa” histórica que inaugura el peronismo serán expresados en las discusiones acaecidas durante los debates de la Convención Constituyente de fines de 1948, de la mano de Arturo Sampay, John William Cooke y Domingo Mercante. Particularmente nos centraremos en esbozar aquellos marcos conceptuales que subyacen detrás de los debates concretos que se suscitaron a partir de la incorporación de los derechos sociales y económicos dentro del texto constitucional. Las categorías de Estado y Constitución constituyen referentes esenciales a la hora de analizar los fundamentos jusnaturalistas que vertebran todo el andamiaje de derechos laborales y colectivos incorporados, y a la hora de entender la potencialidad crítica de los mismos en su impugnación al individualismo normativo de la Constitución del 53.

Las nociones de Estado y Constitución en el pensamiento de Sampay

El clima de cambios políticos y sociales de la década del treinta encuentra al mundo académico local en plena crítica de los postulados de las teorías jurídicas vigentes. La influencia del realismo alemán de Heller y la renovación que sufren las teorías del derecho natural como crítica al Estado burgués y a los postulados juspositivistas, le preparan el camino a Sampay para una prolífica producción intelectual. Segovia encuentra en el jurista dos aportes relacionados con la contextualización histórica del constitucionalismo ligado a los valores universales católicos y el peso prioritario de lo económico en relación con el estado (Segovia, 2007: 188). Desde su obra *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*, publicada en 1942, Sampay expondrá la relación entre Estado y Constitución en

torno a una “rigurosa concepción realista del orden político” (Pierpauli, 1991: 130) que se acerca a los postulados tomistas. Para el jurista argentino el Estado

es un ente de cultura y una estructurante forma de vida, como tal, una realidad social que lo es en la historia y a quien informa su contenido de finalidad. A esta estructura social-histórica la formulan, la soportan y la sustancializan, hombres de vida conjunta, que obran y hacen de acuerdo a un sistema ideal conformado por la visión del mundo y de la persona que ellos poseen, consciente o inconscientemente, como verdad absoluta (Sampay, 2016: 27).

Esta ontología del Estado lo sitúa en el plano de lo concreto y, sobre todo, como un ente integrador de lo social, recuperando el espíritu comunitario del hombre. Así retoma este principio realista en su obra *Introducción a la teoría del Estado*, donde analiza con categorías del aristotelismo tomista las causas del ser estatal, poniendo a Dios como la causa remota a la que le otorga la primigenia capacidad de darle al hombre su naturaleza social y ubicarlo en “un concreto existir estable, en un contacto vital que hacen nacer variadas circunstancias históricas, para la realización de un fin perfectivo de los agentes” (Sampay, 2016: 405). Esta naturaleza comunitaria se recrea en la comunidad política por medio de la Constitución. Y para ello distingue entre la Constitución real, relacionada con las estructuras políticas, económicas y sociales que adopta una comunidad y la Constitución escrita, en cuanto acto formal y escrito regulatorio del conjunto del orden jurídico. Para Sampay debe ser el reflejo del orden natural y de las condiciones culturales del pueblo y encontrar su fuente de legitimidad en la concreta relación de los principios que la evocan con el *ethos* de la comunidad a la que expresa. Retoma dos conceptos de la teoría política de Santo Tomás de Aquino y de Aristóteles que son claves en teoría sobre la Constitución. La idea de Constitución primigenia y de Constitución real de las cuales surgen los lineamientos básicos de su Constitución jurídica del Estado. Dice el jurista argentino:

La comunidad política tiene ante todo una Constitución primigenia impuesta por las condiciones geográficas del país, por la ubicación del territorio estatal en el planeta y en el universo sideral, por la idiosincrasia de la población modelada por dichas condiciones geográficas y astrales y en especial por la cultura tradicional (Sampay: 2016: 44).

Mientras que la Constitución real está compuesta por la clase social dominante, por las estructuras de poder mediante las cuales esta clase ejerce el predominio (Sampay, 1978: 45). Aquí es donde se afirma que la teoría constitucional de la Reforma de 1949 adquiere una misión develadora de las relaciones de poder que subyacen en la producción normativa, tal como lo sostiene Koenig al afirmar que

Así entendida la cuestión, se desacraliza al texto constitucional y queda planteado, primeramente, que una Constitución es producto del pensamiento filosófico y político dominante y, sobre todo, pone en primer plano que la estructura de poder propia del momento histórico es quien la dicta (Koenig, 2015: 30).

Los fundamentos jusnaturalistas de los derechos sociales de la Reforma de 1949: ¿una perspectiva crítica?

La nueva Carta Magna receptaba los derechos sociales y económicos en una verdadera revolución legislativa. El llamado a la Convención Constituyente por medio de la Ley N° 13233 en 1948 establecía la necesidad de reformar la Constitución para cerrar el proyecto iniciado en 1946 con la visibilización del trabajador como sujeto activo del derecho y el Estado como su garante. Al decir de Koenig, el gran desafío que se abría “era cómo, sin matar el clima de libertad, entrecruzarla con las coordenadas de igualdad necesarias para que esa libertad se viviera en un marco de justicia y que no fuera sólo para pocos” (Koenig, 2015: 77).

El eje de la discusión giró en torno a los cambios de concepción operados respecto al trabajo y a la tutela de la dignidad del trabajador, su familia y su promoción cultural, así como sobre la nueva mirada acerca de la propiedad en su función social. A pesar de los cuestionamientos que estallaron con los convencionales opositores, en lo relacionado con la cláusula de reelección presidencial y la forma de convocatoria a elecciones de la convención constituyente, los debates permitieron centrar la atención en los derechos del trabajo. Con una visión integral del mismo, el artículo 37 plantea una interesante perspectiva en torno a las concepciones filosóficas acerca de este nuevo sujeto de tutela que reflejan la mirada del derecho natural como transformador y crítico. En efecto, si tomamos en cuenta las perspectivas que ven al derecho como una práctica social específica, donde se hallan expresados las tensiones y los acuerdos de una particular formación económica social (Aseff, 2005: 13), el entramado ideológico que sustenta la incorporación de los derechos sociales plantea un cambio de paradigma, a pesar de su fundamentación metafísica. Es que en la perspectiva de Sampay, la Constitución debía ser un instrumento vivo, de cambio y con potencialidad emancipadora. Debía ser capaz de fundar las bases de una nueva sociedad, que trascendiera lo coyuntural y diera cuenta definitivamente de una alteridad como “otro” con dignidad y pleno goce de sus derechos.

Por ello, los derechos enunciados en el artículo 37 le dan entidad a la dignidad y la satisfacción de necesidades inmateriales al trabajador, garantizando la condición humana y espiritual del trabajador para proyectar en la comunidad y extenderla hacia la familia como núcleo primario de la sociabilidad, ello es, la idea de una comunidad en clave aristotélico-tomista, reflejada por la intromisión estatal reguladora positivamente y en clave de ejercicio colectivo. Planteada en ese contexto, donde el individuo ahora es parte de un proyecto colectivo, situado e histórico, le impone al Estado un deber ineludible de proveer a su bienestar y dignidad mediante políticas concretas. Se puede decir que la Constitución de 1949 ya dejaba establecido el principio de operatividad y *pro homine* en

el plexo normativo argentino, mucho antes que la Reforma de 1949 incorporara las convenciones internacionales de derechos humanos. Por ello sostiene Javier Azzali (2014: 38):

Su principal logro [de la Constitución del '49] no fue únicamente dar rango constitucional a los derechos de los trabajadores, sociales y económicos –lo que de por sí no es poca cosa–, sino especialmente el de crear los instrumentos para que el Estado pudiera viabilizar esos derechos por medio del ejercicio de la soberanía nacional. De este modo, la reforma sentaba las bases para un proyecto de Nación a largo plazo y duradero, a través del diseño jurídico de un modelo de sociedad que trascendiera la coyuntura.

Conclusión

La Reforma Constitucional de 1949 fue el corolario de las transformaciones que a lo largo de la década del treinta se sucedieron a nivel social, político y económico en Argentina, poniendo en discusión el modelo social de integración de los trabajadores. La particular alianza que suscitó el proceso que llevó a Perón al poder en 1946 permitió a la clase obrera identificarse con un proyecto que la hacía partícipe y, a su vez, velaba por mejorar sus condiciones de vida. En ese marco, los debates que trajo aparejada la Reforma Constitucional en torno a los derechos sociales estuvieron signados por presupuestos filosóficos y epistemológicos propios de la coyuntura nacional e internacional que impugnaban el liberalismo jurídico individualista y reivindicaban el concepto de pertenencia a una comunidad. En esta perspectiva, los aportes doctrinarios y filosóficos de uno de los ideólogos más lúcidos de la Reforma, el jurista argentino Arturo Sampay, basado en su adscripción filosófica mayoritariamente aristotélico-tomista, matizada con perspectivas de la filosofía política del realismo alemán, constituyeron un invaluable aporte crítico a la idea de un derecho como práctica social, históricamente connotado y axiológicamente no neutral, tal como lo plantean las perspectivas críticas del derecho.

Bibliografía

- Aseff, L. (2005). *La Interpretación del derecho y otros textos de teoría crítica*. Rosario: Juris.
- Azalli, J. (2014). *Constitución de 1949: claves para una interpretación latinoamericana y popular del constitucionalismo argentino*. Buenos Aires: Punto de Encuentro.
- Benente, M. (comp.) (2019). *La constitución maldita. Estudio sobre la reforma del 49*. José C. Paz: EDUNPAZ.
- Koenig, M. (2015). *Una Constitución para todos. Una introducción al pensamiento de Sampay, la Constitución de 1949 y la concepción peronista de la función social de la propiedad*. Buenos Aires: Punto de Encuentro.
- Pierpauli, J. (1991). *Arturo E. Sampay: una fundamentación iusnaturalista en torno de la relación entre teoría del estado y constitución jurídica*. *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, 5, 129-145. Recuperado de <http://fundacion eliatejada.org>

Portantiero, J. (04/05/1987). *Transformación social y crisis política. La ciudad futura. Revista de Cultura Socialista*, 4, 14-15.

Sampay, A. (2016). *La crisis del estado de derecho liberal burgués*. Recuperado de <http://www.labaldrich.org>

---- (2016). *Introducción a la teoría del estado*. Recuperado de <http://www.labaldrich.org>

Ramella, S. (2008). *Arturo E. Sampay: el derecho natural y el estado. Revista de Historia del derecho*, 36, 2.

Segovia, J. (2004). Aproximación al pensamiento jurídico y político de Arturo Enrique Sampay. Catolicismo, Peronismo y Socialismo argentinos. *Revista de Historia del Derecho*.

Lineamientos para una renovación de la fenomenología del derecho



Jorge Roggero (UBA-CONICET)
jorgeluisroggero@gmail.com

En *Naturaleza y función de la filosofía del Derecho*, Norberto Bobbio distingue entre filosofía del derecho de los juristas y filosofías del derecho de los filósofos (Bobbio, 1962: 91).¹ La filosofía de Kelsen es una filosofía de juristas, pues su propuesta intenta dar respuesta a problemas propios del jurista. Este antecedente fundacional fija una deriva para el tratamiento general de la filosofía del derecho, que tiene dos consecuencias: 1) los problemas de la filosofía del derecho parecen circunscribirse únicamente a los problemas que enfrenta el operar jurídico en la práctica concreta y 2) la filosofía del derecho asume, sin mayor cuestionamiento, una fundamentación y un método que proviene de la concepción positivista de la ciencia. Esta concepción científica es la que se advierte en la búsqueda de la *Reinheit* kelseniana que, como bien destaca Juan Ruiz Manero, se caracteriza 1) por una justificación hobbesiana del derecho que se traduce en la reducción del derecho a la norma como enunciado del deber ser coactivo, y 2) por una restricción de lo racional a la racionalidad científica, en la que se asume la tesis del emotivismo ético (Ruiz Manero, 2010: 39).

En esta ponencia pretendo esbozar algún mínimo lineamiento para una tarea que entiendo que la teoría crítica del derecho debería emprender: la de una fundamentación de su propuesta más allá de la matriz epistemológica de raigambre positivista y analítica. Con este fin, propongo revisar la tradición fenomenológica, incorporando a su propuesta algunos de los aportes más recientes de los fenomenólogos actuales. La idea de fenomenología tiene la ventaja de ser capaz no solo de ofrecer un fecundo y

¹ Agradezco a Eduardo Héctor Méndez por la referencia bibliográfica.

riguroso fundamento a los estudios de la crítica jurídica, sustraído de las restricciones del cientificismo, sino también de proporcionar una metodología eficiente para el acercamiento a las problemáticas jurídicas concretas. En este sentido, un enfoque fenomenológico de la filosofía del derecho permite articular la perspectiva del jurista con la perspectiva del filósofo.

La fenomenología del derecho registra importantes antecedentes históricos. Aunque Husserl demostró escaso interés por la fenomenología jurídica, pueden encontrarse en su obra algunos lineamientos básicos. En su curso de 1897, “Ethik und Rechtsphilosophie”, Husserl destaca que el estudio del derecho debe ser realizado desde una disciplina *a priori* (cfr. Hua XXVIII: 382). Esta disciplina será una eidética material, una ontología regional que trabaja con *a priori* materiales. La eidética del derecho estudiará las vivencias de conciencia que se dan en la esfera jurídica y las objetividades que surgen de esas vivencias. Esta esfera tiene su especificidad y no puede ser reducida a la esfera moral, axiológica o antropológica.

El más importante de los discípulos de Husserl que continuó la labor de una fenomenología jurídica es sin duda Adolf Reinach. En *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, Reinach sostiene que existen leyes *a priori* que dan cuenta de un conjunto de conexiones esenciales en ciertas instituciones jurídicas, más allá de que estas sean o no reconocidas en la legislación positiva. Se trata de indagar en el estatuto ontológico de ciertas objetividades, tales como pretensiones u obligaciones surgidas de actos sociales como la promesa.

La fenomenología del derecho de Reinach es continuada por Dietrich von Hildebrand. Es destacable el aporte de este autor para diferenciar la propuesta de un derecho *a priori* de la del iusnaturalismo. Hildebrand distingue con claridad la esfera de lo jurídico de la esfera de lo moral. No hay que confundir la “obligación jurídica” (*rechtliche Verbindlichkeit*) de cumplir una promesa, que se tiene solo frente a la contraparte, con la “obligación moral” (*moralische Verpflichtung*), que se funda en un valor (conf. 1974: 404).

Ahora bien, luego de estos importantes desarrollos ¿qué ocurrió con la fenomenología del derecho? ¿Mantuvo un diálogo con las ideas de otros fenomenólogos, además de Husserl?

Ciertamente podemos nombrar algunas propuestas interesantes posteriores a la obra de Reinach y de von Hildebrand. El filósofo francés Paul Amselek, desde la publicación de su primera obra *Méthode phénoménologique et théorie du droit* (1964) hasta hoy, continúa trabajando en el proyecto de una fenomenología del derecho de cuño husserliano, capaz de eliminar todo resabio metafísico en su consideración de lo jurídico y lo ético. También en Francia, Simone Goyard-Fabre, en su *Essai de critique phénoménologique du droit* (1972), reflexionando sobre el mundo de la vida y siguiendo el método husserliano de modo riguroso, propone que el sentido de derecho surge de experiencias prejurídicas.

En 1982, David Schiff hace un balance de los diversos recorridos de la fenomenología jurídica hasta ese momento, destacando la importancia de considerar a este enfoque en su aspecto crítico y su aporte al sentido, más que a la definición del derecho (conf. Schiff, 1982: 6).

Por su parte, el profesor italiano Sergio Cotta, recogiendo los aportes de la fenomenología de Husserl, pero también los de la fenomenología hermenéutica de Heidegger, propone una “ontofenomenología perspectivística del Derecho” (Cotta, 1987: 28) buscando el fundamento de lo jurídico en la estructura ontológica del existente humano.

Finalmente, en nuestro ámbito latinoamericano, contamos con un importante antecedente en la fenomenología jurídica: la teoría egológica del derecho, reconocida internacionalmente, formulada por Carlos Cossio. Siguiendo los lineamientos de una fenomenología existencial basada en Husserl y Heidegger, Cossio propone, como punto de partida, una “fenomenología de la sentencia”, que toma el lugar del juez como lugar central del sujeto cognoscente. Frente al racionalismo, que prescinde del contacto con la experiencia, y frente al empirismo y el historicismo, que falsifican ese contacto, la teoría egológica hace de la experiencia su “punto de apoyo” (Cossio, 1944: 25). La sentencia judicial es el “objeto” privilegiado para estudiar la experiencia jurídica.

La teoría egológica del derecho está estructurada en cuatro partes, que responden a los diversos aspectos del fenómeno jurídico estudiado: 1) Ontología Jurídica, 2) Lógica Jurídica Formal, 3) Lógica Jurídica Trascendental, 4) Axiología Jurídica. 1) La Ontología indaga –a partir de la concepción husserliana de ontologías regionales– en el ser del derecho. 2) La Lógica Formal examina la lógica propia del jurista en relación al *lógos* de la norma. 3) La Lógica Trascendental constituye una teoría del conocimiento normativo. 4) La Axiología se detiene en la estructura de la experiencia jurídica en tanto conducta.

Sin embargo, más allá de estos aportes fundamentales, el despliegue de la fenomenología del derecho no ha reparado en los planteos de la llamada *nouvelle phénoménologie*. La radicalización de la fenomenología hermenéutica llevada a cabo por Jean-Luc Marion no solo reviste de especial interés metodológico en lo atinente al problema jurídico de la interpretación, sino que a través de la distinción entre una fenomenicidad objetual y otra acontecencial hace posible repensar el estatuto del fenómeno jurídico y su relación con la justicia y la otredad. Estos rasgos permiten trazar los lineamientos para un replanteo de las bases mismas del estudio del derecho.

Marion reconoce explícitamente una función para la hermenéutica en la fenomenología de la donación. Ella es la encargada de “gestionar la distancia entre lo que se da y lo que se muestra” (Marion, 2016: 98 y 97). Asimismo, Marion sostiene que la articulación entre fenomenología y hermenéutica debe ser entendida en los términos en los que la plantea Romano: “la hermenéutica auténtica es una fenomenología y la fenomenología solo se cumple como hermenéutica” (Marion, 2016: 97 n. 2 y Romano, 2010: 874). La posibilidad última de la fenomenología de la donación está dada por el despliegue de una “hermenéutica del amor” capaz de acceder a los fenómenos en su acontecencialidad (conf. Roggero, 2019). Ahora bien, esta hermenéutica acontecencial exige reflexionar respecto del modo en que puede emprenderse la tarea de la *Auslegung* prescindiendo de una inscripción en un horizonte o mundo previo. Las fenomenologías hermenéuticas acontecenciales (Marion y Romano) operan a partir de una instancia antepredicativa originaria en la que se verifica un *logos* sensible, un sentido preconceptual inmanente a la experiencia, que debe ser analizado en sus propios términos. Ante el dogmatismo de un sentido que se impone sin considerar sus condicionamientos históricos y ante la arbitrariedad de un sentido establecido convencionalmente

(“idealismo lingüístico”), confundiendo las necesidades conceptuales con las necesidades reales, las propuestas de Marion y de Romano continúan otorgando el privilegio a la instancia antepredicativa.

Como ya habían advertido Reinach y Hildebrand, este punto abre una vía para la filosofía del derecho, podríamos decir que abre una tercera vía entre el iusnaturalismo y el positivismo, que converge con la vía de la teoría crítica. Esta cuestión clave reviste una nueva complejidad en estos autores actuales porque no solo se trata de establecer objetividades, sino también de determinar las necesidades reales, los *a priori* materiales, que pueden regir la contraexperiencia del acontecimiento.

El sentido que se expresa en estas instancias no objetivables es el levinasiano sentido ético previo a todo sentido objetivo. Sostengo como hipótesis que esta apertura a la acontecibilidad del darse del fenómeno, como apertura a la otredad, exhibe un talante ético y político que puede ser traducido en términos jurídicos. La contraexperiencia responde a la estructura hermenéutica de la pregunta y la respuesta que –como bien señala Marion– debe ser entendida como una modalidad de la estructura de la llamada y la respuesta. La *Sprachlichkeit* de la contraexperiencia constituye el núcleo originario de todo lenguaje, su exigencia ética. Y esta exigencia no se circunscribe solo al rostro humano, sino que debe ser ampliada a todo fenómeno (incluso el jurídico). He aquí la tarea a realizar para una actualización de la fenomenología del derecho que no olvide su relación con el acontecimiento de la justicia.

Bibliografía

- Amselek, P. (1964). *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. París: L.G.D.J.
- (1973). The Phenomenological Description of Law. En M. Natanson, *Phenomenology and Social Sciences*, vol. 2 (pp. 367-450). Evanston: Northwestern University Press.
- (2013). Pour une phénoménologie du droit et de l'éthique sans mirages. *Revue de la Recherche Juridique*, 5, 1983-1996.
- Bobbio, N. (1962). Naturaleza y función de la filosofía del Derecho. En N. Bobbio, *Contribución a la teoría del Derecho*. Valencia: Fernando Torres Editor.
- Cossio, C. (1963). *La teoría egológica. Su problema y sus problemas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (1944). *La teoría egológica y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Losada.
- (1961). La gnoseología del error. *La Ley*, 101, 1079.
- Cotta, S. (1987). *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*. Pamplona: EUNSA.
- Goyard-Fabre, S. (1972). *Essai de critique phénoménologique du droit*. París: Klincksieck.
- Hildebrand, D. von (1974). Die rechtliche und sittliche Sphäre in ihrem Eigenwert und ihrem Zusammenhang. En D. von Hildebrand, *Gesammelte Werke, Band VII. Idolkultur und Gotteskultur* (pp. 399-415). Regensburg: Josef Habbel Verlag.

- Husserl, E. (1988). *Husserliana. Edmund Husserl Gesammelte Werke. Band XXVIII. Vorlesungen über Ethik und Wertlehre*. Dordrecht: Kluwer.
- Marion, J.-L. (1991). *La croisée du visible*. París: Éditions de la Différence.
- (2016). *Reprise du donné*. París: PUF.
- Reinach, A. (1989). *Sämtliche Werke. Textkritische Ausgabe in 2 Bänden*. Munich/ Hamden/Viena: Niemeyer.
- Roggero, J. L. (2019). *Hermenéutica del amor: la fenomenología de la donación de Jean-Luc Marion en diálogo con la fenomenología del joven Heidegger*. Buenos Aires: SB Editorial.
- Romano, C. (2010). *Au cœur de la raison, la phénoménologie*. París: Gallimard.
- Ruiz Manero, J. (2010). Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*: sobre el trasfondo de la teoría pura del Derecho y sobre lo que queda de ella. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 37-46.
- Schiff, D. (1982). Phenomenology and Jurisprudence. *The Liverpool Law Review*, IV(1), 5-18.

La educación superior, un derecho humano



*Silvina Romero**

Introducción

La presente ponencia tiene por objetivo reflexionar sobre lo que es concebido hoy como el derecho humano a la educación superior.

En el repaso de la historia de nuestras universidades nacionales, marca un hito lo dispuesto por el Decreto N° 29337/1949. Este decreto estableció la suspensión del cobro de los aranceles en las universidades nacionales, las que pasaban a ser gratuitas. En la justificación del texto se decía que “el engrandecimiento y auténtico progreso de un pueblo estriba en gran parte en el grado de cultura que alcance cada uno de los miembros que lo componen”; y agregaba “que una forma racional de propender al alcance de los fines expresados es el establecimiento de la enseñanza universitaria gratuita para todos los jóvenes que anhelan instruirse para el bien del país”.¹ Una medida que impulsaba la inclusión de sectores antes marginados, reconociéndoles el derecho social a la educación superior y abandonando la idea de privilegio.

Meses más tarde de aquel decreto se reformaría la Constitución Nacional, reproduciendo este reconocimiento al derecho social a la educación.

* Estudiante del último año de la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de José C. Paz (Argentina). romerosilv78@gmail.com

¹ Universidad Nacional de Formosa (UNAF) (2013). A 64 años del decreto de gratuidad universitaria instaurado por Perón. Recuperado de <http://www.unf.edu.ar/a-64-anos-del-decreto-de-gratuidad-universitaria-instaurado-por-peron/>

Otro hito es la Reforma Constitucional de 1994, que incorpora la llamada “nueva cláusula del progreso”. Su artículo 75, inciso 19, entre otras cosas, dice:

Corresponde al Congreso: Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Y, en la misma línea, el inciso 22, al incorporar numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, concibe a la educación como un derecho humano.

De este modo es posible advertir que la ley suprema consagra expresamente la gratuidad y equidad de la educación pública estatal, constituyéndose así en garantías que adquirieron jerarquía constitucional.²

Con esta idea rectora del derecho a la educación como derecho humano, y desde mi lugar de estudiante del último año de la carrera de abogacía, la propuesta que se intenta aquí es visibilizar quiénes somos las/los estudiantes de UNPAZ y el modo en que nos formamos para nuestro desarrollo profesional, atendiendo siempre a la “conciencia social”. Y, por último, se ensayará una conclusión con una propuesta para la universidad a la que pertenezco.

¿Quiénes somos las/los estudiantes de abogacía de UNPAZ?

Soy Silvina Romero, soy estudiante de 5° año de la carrera de Abogacía, en la Universidad Nacional de José C. Paz, tengo 40 años, soy madre de tres niños, mujer, argentina, latinoamericana y paceña, del “conurbano al fondo”, con todo lo que ello representa.

Ser paceño/a implica vivir, o más bien, sobrevivir en uno de los distritos más pobres de la provincia de Buenos Aires que, en su extensión, es mayormente calles de tierra (o mejor dicho barro), sin red de agua potable, sin conexión a gas natural, con los sistemas de salud y educativo colapsados, entre otras cosas, que, por supuesto, dificultan el acceso a la educación, y más a la educación superior, ya que las prioridades son claramente otras día a día.

Cuando me preguntan dónde queda José C. Paz, viene a mi recuerdo lo que me dijeron una vez en tono de burla: “¡Ah, José C. Paz, donde hay un cartel que dice ‘Se reciben escombros para continuar el mundo!’”. En ese entonces, esa frase me dolió. Pero hoy la rescato para darle otro sentido.

² Gelli, M. A. (2003). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley.

Hoy, para mí, lo que representa a José C. Paz es esta universidad, su gente, los estudiantes y los docentes, somos esos escombros con los que tratamos de continuar y mejorar el lugar que habitamos. Este lugar en el que crecí, con muchas necesidades, desigualdades y carencias. Tanto así que a la escuela íbamos primero a comer o a retirar la caja PAN³ y, después, a estudiar. Inevitablemente, tengo que remitirme al pasado, pero ese pasado es lo que hace aún más significativo que hoy haya llegado hasta aquí.

Dejé la primaria en 6° grado porque era consciente de que mi madre no podía comprarme los útiles escolares. Terminé la escuela primaria en una nocturna recién cuando tenía 21 años.

Los años 2000 y 2001 fueron muy difíciles. Cobraba mensualmente un plan social de \$120 por trabajar en un hospital dependiente de la municipalidad de José C. Paz, limpiando baños. Era eso o nada para sobrevivir. No había chance de estudiar.

A los 23 años empecé la secundaria, gracias a la oportunidad de un trabajo mejor que me permitía estudiar, y me recibí de Bachiller con Orientación en Gestión y Administración de Empresas.

Intenté estudiar abogacía en la Universidad de Buenos Aires, pero la lejanía, el tiempo, los gastos, la inseguridad para regresar a casa a altas horas de la noche hicieron que ese intento se trunque.

Continué trabajando, creyendo que esa era la única aspiración que podíamos tener quienes queremos modificar nuestro destino.

En el año 2012, me enteré de que se había abierto la UNPAZ. Ante esta noticia, lo primero que me atrajo fue la cercanía y, por supuesto, que Abogacía era una de las carreras ofrecidas.

El día que ingresé al CAMU⁴ fue uno de los días más felices de mi vida. En su mayoría, el estudiantado estaba en las mismas condiciones que yo: superaban los 30 años de edad, eran jefas/es de familia, con escasos recursos y primera generación de universitarios. Me sentí incluida por primera vez, algo que no me había pasado en otras experiencias. Inclusive en el primer año de la carrera, la universidad me otorgó una beca que ayudó al pago del jardín maternal de mi segundo hijo, que por ese entonces tenía un año y medio.

Todos estos años como estudiante de UNPAZ fueron difíciles y placenteros a la vez. Muchas veces tuve que postergar tiempo de estudio para atender a cuestiones familiares, laborales, etc., pero el tránsito por cada asignatura, examen, trabajo práctico, las reuniones en grupo para estudiar dejaron un aprendizaje y me fueron formando en la profesional que seré una vez recibida. Considero fundamental formar parte de grupos de estudio. Estos grupos con los que compartimos horas de estudio, vivencias, materiales (fotocopias, archivos digitalizados, resúmenes, correos electrónicos, grupos de Whatsapp, apuntes de clases, etc.) son muchas veces el sostén con el que contamos los estudiantes. En mi caso, y el de muchos, la compra de los materiales de estudio resultaba muy onerosa, por lo que nos dividía-

3 Plan Alimentario Nacional (PAN), que implementó el gobierno de Raúl Alfonsín en mayo de 1984 con el que se distribuyó una caja de alimentos mensual a familias pobres durante cinco años.

4 Curso de Ambientación Universitaria (CAMU), de carácter introductorio, de diagnóstico y de nivelación, cuya aprobación era un requisito necesario para el ingreso a las carreras de UNPAZ.

mos el material por bolillas, hacíamos resúmenes que se repartían entre todos y una puesta en común para su corrección. Así, todos teníamos el material al día.

Por diferentes razones, muchas veces nos vemos imposibilitados de rendir al máximo en la carrera. En mi caso, la crianza de mis hijos y el trabajo me demandaban mucho tiempo, sumado a que algunas materias me costaban más que otras. Eso me frustró, me enojó y me hizo abandonar en más de una oportunidad. Pero, al cuatrimestre siguiente volvía a la universidad para inscribirme porque no podía perder o desaprovechar la oportunidad de estudiar. Sentía la necesidad de estar en UNPAZ, no solo por el desafío que me representa acceder a una educación superior, sino porque es el saldo de una deuda con mi historia, la revancha de una clase social marginada, un acto de rebeldía y, sobre todo, la construcción de aquello que ansío desde hace mucho tiempo, ser una profesional. Demostrar que las personas nacidas en hogares pobres, si tenemos oportunidades, vamos a la universidad, nos superamos, somos profesionales, cambiamos nuestra realidad.

Hoy, ya en la fase final de la carrera, con el nacimiento de otro hijo que se suma a los otros dos, el camino hacia mi graduación resulta un poquito más empinado. Tengo menos tiempo para dedicarle al estudio por las obligaciones familiares, el cansancio, las mayores exigencias, etc. Algunas veces, asisto a clases con mi bebé; otras, debo quedarme en casa a su cuidado. Para sortear algunas de estas dificultades, accedo al material de estudio mediante archivos digitales y blogs, y hago resúmenes manualmente. Ya casi no puedo comprar libros ni fotocopias porque en este último tiempo tuve que cerrar mi negocio que era la fuente de ingresos con la que contaba para pagar mi material de estudio, la niñera y demás gastos que implican estar gran parte del día en la universidad. A ello se sumó que mi esposo cobra su sueldo en cuotas porque la empresa donde trabaja ha decretado la quiebra.

En fin, a pesar de todas las dificultades, mi meta es clara: seré abogada egresada de UNPAZ, lo cual tiene un valor agregado.

La formación de los abogados egresados de universidades nacionales y populares

Considero que los abogados egresados de las “universidades nacionales y populares” tienen el valioso aporte de la “conciencia social”, porque representamos a la clase trabajadora y sorteamos muchos obstáculos para acceder a la educación universitaria y tener ascenso social.

En lo personal, asignaturas como Función Social para una Administración Democrática de Justicia permitieron reafirmarme en esa conciencia social; mediante actividades me permitió replantearme la clase de profesional que quiero ser y, luego, a través de tareas en el territorio en el que se encuentra inserta la universidad, me puso de cara con las necesidades de la comunidad, generando empatía y advirtiendo la importancia del acompañamiento y la asistencia para el acceso a la justicia.

No es fácil ya recitar una norma o relatar los pasos de un procedimiento determinado cuando la realidad social, las necesidades y desigualdades se imponen, vulnerando un sinnúmero de derechos fundamentales. Por

ejemplo, la problemática local estudiada en la materia, la falta de DNI para el acceso al trabajo, puso de relieve que el ciudadano extranjero que no posee DNI no puede acceder a un trabajo registrado o hacer reclamo alguno ante la justicia, además de sus implicancias: no poder dar sustento a sus familias, estar en una situación laboral precaria, quedar excluido del sistema de seguridad social, etc. También puso en evidencia que el trámite para la obtención del DNI no contempla las limitaciones económicas, socioeducativas, idiomáticas; es decir que no se toman en cuenta las subjetividades de cada caso.

Todo ese aprendizaje nos hizo ver la importancia y la necesidad de la conciencia social para el desarrollo profesional; ello lo pudimos plasmar luego en la Práctica Territorial, en la que tuvimos contacto con problemáticas de violencia de género, discapacidad, discriminación, etc. En esta materia, como parte de la formación práctica, se reciben consultas que son distribuidas a los grupos de trabajo para su análisis y evaluación, siempre guiados por el docente a cargo. El grupo al que pertenezco trabaja en el caso de una persona no vidente quien estaba a cargo de su madre, la que percibía con su jubilación un beneficio por la discapacidad de su hijo. La madre fallece, y él deja de percibir el beneficio no contributivo, por lo que intenta tramitar una pensión derivada por fallecimiento de su madre. En este caso, advertimos que él, como tantos otros, necesita algo más que el asesoramiento jurídico. Necesita un acompañamiento personalizado por las particularidades de su discapacidad. Así es que allí estamos nosotros, yendo y viniendo a la Fundación Nano para colaborar e informar de las novedades de su caso, y tratar de lograr que finalmente ANSES le reconozca su derecho y le otorgue la pensión derivada.

Estas materias nos han demostrado la importancia de tener plena conciencia social y del rol que, como abogados y miembros de la comunidad paceña, debemos cumplir.

Personalmente, aún no tengo claridad sobre qué especialidad del derecho ejerceré (si es que es necesario especializarse en alguna área del derecho). Creí que en el tránsito de la carrera iba a develar ese camino, pero aún no lo sé. Lo que sí sé es que tengo compromiso moral con mi comunidad.

Conclusión

De alguna manera, los abogados egresados de UNPAZ debemos hacer la diferencia. Tenemos que aportar a la construcción de una sociedad más igualitaria. Empecemos por acá, por José C. Paz y sus alrededores, y preguntémosnos: ¿quién puede conocer, interpretar e intervenir en las necesidades de la comunidad? La respuesta es: nosotros, los que vivimos en este lugar tan postergado y excluido, conocemos cuáles son esas necesidades y sabemos cómo intervenir para sanearlas porque, en la mayoría de los casos, estuvimos o estamos allí.

De esta universidad egresan abogadas/os, trabajadoras/es sociales, enfermeras/os, técnicos, entre otros, que, con un trabajo mancomunado e interdisciplinario, podremos llegar a los sectores más vulnerados para informar, concientizar, acompañar y hacer en hechos al derecho. Quizás esa articulación pueda surgir desde aquí mismo.

Traigo y aplico en este sentido un pensamiento de Juan Domingo Perón:

Una doctrina sin teoría resulta incompleta;
pero una doctrina o una teoría sin las formas de realizarlas, resultan inútiles;
de manera que uno no ha cumplido el ciclo real e integral mientras
no haya conformado e inculcado una doctrina, enseñado una teoría y establecido las formas de cumplir una y otra.⁵

En fin, lo que intento transmitir en estas líneas es que, como futuras/os abogadas/os egresadas/os de UNPAZ, entendemos que el ejercicio profesional debe comprender el campo social, debemos cumplir una función social. De este modo, ya no hablaremos de “sujeto de derecho” sino de “sujeto *social* de derecho”, ampliando el concepto. Entender la importancia del rol que debemos cumplir es precisamente lo que va a hacer la diferencia en nuestra comunidad.

Tenemos ese deber simplemente porque es nuestro lugar, nuestra historia y nuestra gente. Con las herramientas que tenemos, que no son pocas, con el conocimiento adquirido, con conciencia y compromiso social, vamos a hacer la diferencia y, por qué no, también será una manera de honrar y agradecer a nuestras familias por habernos apoyado y acompañado en estos años; a todos los que hicieron posible que exista la UNPAZ; y, especialmente, a los docentes que nos forman para que estos “escombros” podamos “continuar el mundo”.

5 Perón, J. D. (1952). *Conducción política*. Buenos Aires: Ediciones Mundo Peronista.

El derecho administrativo como el lenguaje de los DESCAs



Gonzalo Gastón Semeria

Introducción

La dogmática administrativista tradicional, dada su posición política ante el derecho, parece no atender a la irrupción de una multiplicidad de demandas populares en lucha por la operatividad de los derechos.

Como muro ante la empatía, dispositivo cínico frente a la falta o subproducto de la alienación de los/as operadores/as, el derecho administrativo hegemónico ignora la heterogeneidad de lo social en su desborde, imposible de contener dentro de los márgenes del binomio decimonónico: libertad-restricción.

Desde la recuperación democrática, incluyendo la explosión del 2001, los reclamos de la ciudadanía en general, particularmente los de las personas en situación de vulnerabilidad, han sido mayormente traducidos en la instrumentación de políticas públicas tendientes a vehiculizar una prestación estatal debida. Si bien de allí no deriva necesariamente una respuesta conforme a las pretensiones de los grupos sociales, pudiéndose rastrear en la historia reciente hitos de desencuentro entre las demandas y las respuestas institucionales, resulta trascendente la presencia de la forma jurídica como lenguaje de realización de estas demandas.

En este breve ensayo problematizaremos las formas en las que el derecho administrativo hegemónico aborda la mediación entre “una necesidad” y “un derecho”, intentando saldar el hiato de la situación de desigualdad generada a partir de la falta de inscripción simbólica y ante la inoperatividad material de los derechos.

Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) funcionarán como clave de ruptura del binomio restricción-libertad, desde donde plantearémos un derecho administrativo popular que se lince con los DESCAs en la institución de una multiplicidad de realidades biográficas protegidas desde la estatalidad.

¿Qué es el lenguaje y por qué su estudio es importante para la construcción de una dogmática administrativista crítica?

Antes de comenzar con las aristas específicas de nuestra propuesta, el lazo entre el derecho administrativo y los DESCAs parece apropiado presentar algunos presupuestos del enfoque de trabajo.

La corriente crítica del derecho, en la cual nos inscribimos, irrumpe en nuestro país en los años setenta como una respuesta al agotamiento de los paradigmas jurídicos tradicionales, que no soportaron con éxito el juicio de su hacer ante los nuevos demonios de la modernidad; incluso el propio marxismo academicista, atrapado en la causalidad escatológica del positivismo científico de su tiempo, se encontró desencajado ante una nueva configuración de lo político.

Nuestra corriente, partiendo del análisis del discurso, la teoría de la ideología, la lingüística postsaussureana y el psicoanálisis lacaniano, se pregunta por el componente extranormativo del derecho, enrareciendo las cuestiones del tráfico jurídico que conforman el eje de las escuelas tradicionales. Mientras que iuspositivistas e iusnaturalistas debaten en torno a los fundamentos y resortes de la validez de un determinado sistema normativa, los/as críticos/as prestamos atención a aquello dado por hecho: el lenguaje.

Cabe señalar que la especificidad de este estudio del lenguaje no comprende a su dimensión estética, que piensa a la retórica como una técnica para el adorno de lo dicho. Por el contrario, la mirada posmarxista de la teoría de la ideología y del discurso nos habilita trabajar sobre las operaciones de institución de los sentidos. Es decir, la articulación entre un significante con un significado.

En este proceso de creación y estabilización, ignorado por la dogmática jurídica, se condensan y desplazan elementos de la cadena significante. Esta operación, a través de la cual por ejemplo la significante persona es lazada con una idea/concepto (ente susceptible de contraer derechos y obligaciones), se nos presenta en términos positivos/objetivos.

Las escuelas tradicionales del derecho suelen desatender la fuerza de estas operaciones, expulsando del campo disciplinar la cuestión de su emergencia o remitiéndola a la derivación necesaria de presupuestos universales.

Para los/las críticos/as, el contenido del derecho, las ideas/conceptos que se lanzan a sus significantes, son constitutivamente arbitrarias en la medida que su lazo es innecesario. No hay causalidad que opere en la emergencia del lenguaje, y el derecho no escapa a este milagro de la condición humana.

Arbitrarias son todas las palabras, en tanto no hay un sustrato positivo o material que permita su derivación. El lenguaje es juego de diferencias. Ahora bien, como este dispositivo de asignación de

sentidos no deviene en un discurrir absoluto, dado que sería imposible la comunicación, es preciso capturar los instantes de cierres parciales.

En estas fijaciones de sentido, en este lazo entre un significante y un significado opera una articulación hegemónica. La forma a partir de la cual una particularidad, un elemento de la cadena, asume su imposible totalidad. Esta totalidad imposible es fallida en la medida que se instituye por el desplazamiento y la exclusión de otras posibilidades, siempre latentes de emerger.

Como se pensó hegemónicamente al derecho administrativo

Con sus matices, la dogmática administrativista hegemónica en nuestro ámbito puede caracterizarse como partícipe del modelo político liberal-neoliberal de derecho, con fuerte anclaje en los postulados estructurales del positivismo jurídico.

Por una parte, encontramos visiones del Estado y del derecho ligadas a un proyecto abstencionista, de retiro ante las fuerzas naturales del mercado. Es así que el submodelo liberal de derecho piensa al Estado como gendarme o guardián del orden. Por su parte, con una sutil diferencia, el submodelo neoliberal de derecho se sustenta en el Estado, y en su intervención, para generar las condiciones de mercado.

La gubernamentalidad neoliberal interviene en la sociedad con el objetivo de generar las condiciones para que la competencia sea posible, neutralizando los factores culturales, sociales y psicológicos que obstaculizan el desarrollo de relaciones competitivas. El objetivo de la gubernamentalidad neoliberal es hacer de cada resquicio social un espacio de competencia (Nosetto, 2014: 187).

Ya sea desde el corrimiento o la intervención guiada desde el individualismo, la dogmática administrativista hegemónica comparte una frontera identitaria: su férrea oposición a la intervención material y simbólica del Estado en la operatividad de los DESCA y la reducción/eliminación de la desigualdad.

Esta perspectiva hace suyo el mantra del desarrollo del derecho administrativo como la historia del sometimiento del Estado al derecho (Delpiazzo, 2014: 30). Cuando la doctrina habla de este como la rama del derecho público que tiene por objeto el estudio de la función administrativa, deposita en los contornos de esta expresión el contenido de este derecho, que será colmado por los presupuestos políticos del modelo que articule el discurso social.

El modelo liberal-neoliberal piensa en un derecho administrativo de espaldas a los DESCA y, a la vez, contribuye en la legitimación de un molde individualista de los derechos. Además, escamotea la actual articulación de las relaciones de poder, presentando al Estado como enemigo de los derechos de un universo impreciso: “los particulares”. Esta operación analógica entre “los particulares”, además de ocultar los intereses contrapuestos entre ellos, permite reproducir el estado actual de la desigualdad.

La dogmática hegemónica nos habla hoy del Estado como si este fuera el Estado absolutista decimonónico, que de manera desenfrenada avasalla con todo a su paso; y a la vez nos oculta que, en este nuevo mundo, el mundo regido por la globalización neoliberal, las corporaciones económicas se erigen como enemigas de los derechos fundamentales.

Cabe llamar la atención sobre la llamada corriente del derecho global, versión más avanzada del submodelo neoliberal, que apunta a una transnacionalización del derecho local a partir de la “flexibilización” de las normas de derecho público local en favor de un derecho global “amigable” a las prácticas habituales del capital financiero global.

En concreto, bajo el eufemismo de la flexibilización se consolida la articulación mercado-céntrica, en detrimento de los Estados y los derechos e intereses de las mayorías que no quedan incluidas en su margen de eficiencia.

Este punto nos vincula, como lo señalamos al principio de este apartado, con el positivismo jurídico. Pues, esta ideología jurídica, al insistir en la separación del derecho y la dimensión valorativa, habilita la naturalización/objetivación de una normatividad insensible a las desigualdades y al sufrimiento que provoca la violación de los DESCAs.

Los DESCAs, los derechos colectivos y su importancia para un derecho administrativo popular y heterogéneo

El campo de los derechos humanos, desde su conceptualización hasta su expansión político-ideológica, muestra las tensiones al interior de un entramado histórico social.

Ya sea que problematicemos la occidentalización o la categorización al interior, apelando a la cronología como analogía ordenadora, el campo de los derechos humanos se encuentra en disputa. En efecto, siguiendo con el marco de nuestro enfoque teórico, podemos pensar al sintagma “derechos humanos” como un significante vacío, en el que operan cadenas significantes que condensan posiciones ideológicas lazadas en diferencia con otras. Así, el campo de los derechos humanos, el campo de los DESCAs, es constitutivamente una institución hegemónica en el discurso social.

En cuanto a su inserción en el campo positivo, este proceso de emergencia de los DESCAs, encuentra un hito importante en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 y en el Protocolo de San Salvador de 1998, instrumentos que inscriben en la agenda de los Estados el deber de satisfacción de estos derechos.

Ahora bien, los DESCAs desafían el esquema de derechos subjetivos que estructuró la lógica del pensar jurídico moderno. La transversalidad y multiplicidad de entrecruzamientos que delimitan a los DESCAs choca con la estructura individualista que hegemoniza al derecho por obrar de la ideología liberal y su huella en el imaginario.

Pensar los DESCAs desde una perspectiva crítica, que haga de estos derechos una herramienta de transformación social, nos obliga a salir de la lógica de los derechos en su faz individual e ingresar a la dimensión colectiva. Como señala Gil Domínguez,

los derechos colectivos adscriben a una visión de persona que se sitúa más allá de la individualidad y se ubica en torno a la solidaridad. Sin negarla se encuadra en un paradigma distinto, por cuanto existen diversos bienes a los cuales las personas no podrían acceder ni disfrutar debido a las limitaciones propias de la individualidad (Gil Domínguez, 2005: 134-135).

A su vez, los DESCAs, muestran cuán inadecuada resulta la perspectiva abstencionista, de retiro del Estado, para la vigencia de los derechos. Pues, los DESCAs dan cuenta de la necesidad de salir del modelo liberal-neoliberal que deposita en el mercado la asignación de recursos y acceso a las prestaciones que materializan los derechos.

La recientemente creada Relatoría Especial sobre DESCAs de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH), cuya misión es la promoción y protección de los DESCAs a partir del desarrollo e implementación de estándares dirigidos a salvaguardar la dignidad humana y contribuir a la defensa del medio ambiente, en su primer informe confeccionó una serie de temas de agenda que nos permiten ir dándole contexto a los DESCAs: agua y saneamiento, alimentación, sindicales, laborales, DDHH y empresas, medio ambiente.

De este recorte, que no comprende la inmensa complejidad de los DESCAs, podemos dar cuenta de la transversalidad y multidimensionalidad de esta trama de derechos, lo que nos exige repensar las categorías jurídicas desde las cuales abordarlos.

Este planteo adquiere mejor notoriedad cuando la Relatoría DESCAs, en el detalle de su primer informe identifica

grandes desafíos y afectaciones a los derechos humanos de personas, grupos y colectivos viviendo en situación de pobreza y de pobreza extrema, así como situaciones graves de falta de acceso o contaminación del agua en el hemisferio, falta de acceso a una alimentación adecuada, desnutrición infantil y de mujeres gestantes, desafíos en materia de acceso a la vivienda, asentamientos informales, afectaciones de derechos humanos generadas por actividades empresariales, falta de acceso a la educación, a la salud y al empleo o libertad sindical en la región, como también los particulares obstáculos para las personas, grupos y colectividades viviendo en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica. Destaca cómo con el aumento de la movilidad humana en la región, los DESCAs están especialmente amenazados para las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo. De igual forma, la Relatoría expresa su preocupación por las amenazas, la criminalización, las represalias y la violencia contra personas defensoras de derechos sociales y del medio ambiente en las Américas, así como por el uso desproporcionado de la fuerza y la represión policial en el contexto de manifestaciones, protestas y reclamos claramente relacionados con los DESCAs. [...] también

viene manifestando su honda preocupación con la expansión de los grupos anti derechos en la región, con efectos especialmente negativos en relación con los derechos sexuales y reproductivos, el acceso al aborto en condiciones compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos, los derechos de las personas LGBTTI y el derecho a la educación con perspectiva de género (CIDH, 2019).

Como puede advertirse, los DESCAs ocupan una centralidad en las vidas de las personas y de los colectivos. A punto tal, sin intenciones de establecer jerarquizaciones apriorísticas, cabría pensar hasta qué punto los derechos civiles y políticos (DCyP) pueden gozar de operatividad plena en contextos de vulneración de los DESCAs. De modo que los DESCAs irrumpen en la escena jurídica dando cuenta de la inescindible interrelación de los derechos humanos.

A su vez, dado que los derechos subjetivos se ven desbordados por la presencia de los DESCAs, en la medida que su goce debe constituirse en términos no antagónicos con el de otros, resulta pertinente abrir espacio a la noción y estructura de los derechos colectivos, mucho más adecuados para esta realidad jurídico-política.

Esta categoría de derechos, los derechos colectivos, requiere de un andamiaje jurídico propio y diverso al de los derechos subjetivos, anclados desde la óptica de la libertad negativa y la suma cero. Así, como señala Gil Domínguez, combinados los elementos titularidad, objeto y vínculo obligacional, diremos que un derecho colectivo como derecho fundamental, en los que se estructuran los DESCAs, “es la relación jurídica existente entre un sujeto activo plural y un sujeto activo colectivo, respecto de un bien colectivo mediante un vínculo obligacional que otorga al sujeto activo plural y atribuye al sujeto pasivo plural un deber” (Gil Domínguez, 2005: 149).

Pensar desde los DESCAs, además de trastocar las lógicas dogmáticas hegemónicas, implica “jugarse decididamente por el modelo de sociedad inclusiva y, para todo eso, otorgar prioridad doctrinaria y jurisprudencial al derecho al desarrollo humano, íntimamente conglobado con el derecho a la vida individual y colectiva de la humanidad en el planeta” (Zaffaroni, 2015: 122).

De modo que los DESCAs no se construyen en oposición al disfrute de otros, los DESCAs son derechos que expresan la conexidad de la vida y las múltiples redes que atraviesan una biografía.

Hasta aquí ya señalamos donde encontrar los DESCAs en el sistema jurídico positivo, dimos cuenta de la necesidad de abordarlos desde la dimensión de los derechos colectivos. Ahora, para cumplir con lo expresado en el título de este apartado, debemos dar cuenta de su importancia para pensar un nuevo derecho administrativo.

En el apartado anterior hemos planteado que el derecho administrativo se ha pensado desde un modelo liberal-neoliberal, desde el que se desprende un enfoque individualista y pro mercado. Como consecuencia de ello, el Estado aparece en esta trama como un enemigo de la libertad. En efecto, el derecho administrativo, pese a los mitos contruidos en torno a ciertas notas del régimen exorbitante, es construido como un derecho de control del Estado.

Este modelo es reforzado por el perfil de la formación de las universidades. Por ejemplo, en nuestra Universidad, de las cinco cátedras de derecho administrativo, dos son encabezadas por profesores ligados al Poder Judicial y las tres restantes por profesores que se profesionalizan en demandar al Estado.

Una nueva articulación en torno al Estado requiere de la emergencia de un nuevo relato del derecho administrativo, un relato que entienda que, en la actual distribución de las relaciones de poder en el mundo, son las corporaciones económicas concentradas aquellas que ponen en mayor riesgo a las biografías.

Seguir pensando un derecho administrativo con el fantasma del Estado totalitario es no advertir, o ser cómplice, de la conformación de un nuevo modelo totalitario con eje en la dictadura del mercado y en su eufemística regla de distribución con base en la competencia.

En este proceso de reconfiguración del Estado y del derecho administrativo, los DESCAs juegan un papel de significativa importancia, en la medida que permiten darle sustancialidad a una nueva articulación del orden social, que piense al Estado como la garantía de la plena operatividad de los DESCAs de todos/as, y no ya como el enemigo de la libertad. El Estado debe ser pensado, en el marco de una democracia heterogénea y popular, como el medio para la realización de las biografías de las personas humanas.

Además, como puede advertirse, este enfoque evita la manipulación metonímica de extender la garantía de los derechos humanos a las personas jurídicas dado que estas, a diferencia de las personas humanas, carecen del derecho a una biografía.

Las políticas públicas y el derecho administrativo: los DESCAs como referencia

Uno de los grandes debates en la ciencia política de nuestro tiempo radica en la puja gestión vs. política, entendiendo dentro de la gestión a las actividades del Estado que hacen al cumplimiento de sus objetivos y metas concretas y, por su parte, por política a las discusiones y teorizaciones sobre el poder. Así, con una asombrosa bipolaridad, se nos plantean como escenarios disociados el hacer del Estado y las formas que adquiere el conflicto en un determinado tiempo y lugar.

Así, no de casualidad, el criterio economicista fue ganando espacio en el lenguaje de las políticas públicas. Junto con ello ingresaron al campo de las políticas públicas toda una serie conceptual con eje en los criterios de la economía: competencia, eficiencia, eficacia, costo marginal, entre otros dispositivos de control del discurso que fueron quitando de escena al imaginario de los derechos y su consecuente lógica de obligación.

Que los DESCAs no hayan sido inscriptos en el imaginario como obligatorios encuentra sus razones en el despliegue de la lógica económica en el campo de las políticas públicas. Esta situación no resulta para nada menor en el momento del diseño de una política pública, en la medida que de allí derivan los criterios de construcción y operatividad. Pues, no es lo mismo pensar, por ejemplo, el derecho a la vivienda desde el paradigma de los derechos que desde la lógica económica.

Pensar las políticas públicas desde los criterios de la competencia y no desde la operatividad del enfoque de derechos permite construir un marco de legitimidad para la exclusión y desigualdad, a la vez que apacigua las culpas y responsabilidades al esfumar el deber de obligatoriedad que caracteriza al esquema de derechos.

Ahora bien, el derecho administrativo, recostándose sobre el andamiaje argumental del iuspositivismo, tampoco fue ajeno a este proceso de avance de los criterios económicos. En efecto, se plegó a esta idea de la gestión como lo propio del Estado y, particularmente, del Poder Ejecutivo desde la administración económica. Pues, bien celosos del pétreo molde liberal-neoliberal, se hizo del derecho administrativo un relato que necesariamente debía estar ajeno a las modulaciones del poder. Claro, con la pequeña salvedad que este esquema de derecho administrativo que se presenta como neutral o ajeno de toda contaminación política no deja de ser una posición política particular hegemonizada. No es casual que el derecho administrativo haya sido invadido por los famosos principios de eficacia, eficiencia, economicidad, entre otros tanto, y no por principios como, por ejemplo, *pro homine*, pro dignidad humana, pro plena operatividad de los DESCAs.

Además de ello, como lo señala Abramovich, el enfoque de derechos en las políticas públicas permite pensar a los sujetos destinatarios como titulares de derechos (y consecuentemente titulares de una situación jurídica activa) y no como meros beneficiarios asistenciales, atados a la buena voluntad y la benevolencia o lógicas del Excel y la eficiencia.

En líneas generales, el enfoque basado en derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que ellos son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas solo como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para hacer efectivas las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento (Abramovich, 2006: 36).

Palabras de cierre

En este breve ensayo hemos querido presentar, acudiendo a la corriente crítica del derecho como marco de referencia, la posibilidad de repensar el derecho administrativo. Esta operación busca hacer pasar de bajo de la barra signifiante de este sintagma a los DESCAs.

Es decir, si la dogmática hasta nuestros días hegemónica, ha pensado al derecho administrativo desde un molde liberal-neoliberal, insensible a la multiplicidad de biografías y las dignidades de las mismas, un nuevo derecho administrativo, que se haga cargo de la heterogeneidad y complejidad

de lo social, debe tomar a los DESCAs como un elemento desde el cual darle sentido al Estado y contenido al derecho administrativo.

Siendo que el derecho administrativo es el idioma del Estado, y las diferentes variaciones ideológicas su dialecto, pensar las políticas públicas desde el enfoque de derechos, abandonando los criterios economicistas, es una práctica jurídica alternativa dirigida a la construcción de ciudadanías plenas en el marco de una democracia popular y heterogénea.

Bibliografía

- Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, 88, 34-50.
- CIDH, R. D. (27 de febrero de 2019). *La Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) presenta informe sobre sus resultados en 2018 y junto a la CIDH llama al compromiso con su fortalecimiento*. Recuperado de Comunicado de Prensa: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/048.asp>
- Delpiazzo, C. (2014). El derecho administrativo 50 años después de la obra de Sayagués Laso. *Revista de la Facultad de Derecho de la UdeLaR*, 30, 87-107.
- Gil Domínguez, A. (2005). *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*. Buenos Aires: Ediar.
- Nosetto, L. (2014). *Michel Foucault y la política*. Buenos Aires: UNSAM EDITA.
- Zaffaroni, E. R. (2015). *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

Acceso a internet como derecho humano en el siglo XXI



Marcos A. Serel (Universidad Nacional de Rosario)
serel.marcos@gmail.com

No consigo representarme el mundo en que vivían los convencionales constituyentes de 1949, incluso me es complicada la tarea de recordar el mundo en el que yo mismo viví en 1994. Pero a la inversa, los legisladores nunca tuvieron posibilidades de prever la sociedad para la cual estaban legislando.

Un legislador de 1949 no habría hecho normas sobre cinturones de seguridad, inventados en 1959, códigos de barra, que aparecieron recién en 1952, o aún más, acercarse a la especializada legislación respecto a tarjetas de crédito, las cuales hicieron su debut en EE.UU. recién en el año 1950.

Ahora bien, exponer aquí la realidad de que el derecho siempre llega un paso más tarde que la sociedad y sus componentes me resulta una redundancia. Como marca la Dra. Lucía Aseff, el discurso jurídico es tanto producto como productor del discurso social,¹ y en los ejemplos precedentes no queda duda de que terminó siendo la consecuencia y no la causa de estos avances tecnológicos.

Es de esta forma que comienzo a preguntarme no por el derecho que tuvimos, ni siquiera por el que tenemos, sino por lo que depara el futuro, no puedo evitar intentar, probablemente en vano, adivinar hacia dónde se verá dirigida una nueva reforma constitucional, qué nuevos derechos serán reconocidos por el Estado, qué instituciones vetustas serán derogadas y en qué tipo de sociedad serán aplicados esos derechos.

¹ Aseff, L. M. (2003). *Argumentación jurídica y semiosis social*. Rosario: Juris.

El ejemplo más palpable de revoluciones tecnológicas que me viene a la mente, comparando las sociedades de 1949 y 1994 con nuestros días, es la aparición y globalización de internet. Este fenómeno mundial ha permitido conectar de manera instantánea lugares del mundo alejados, democratizar la información, brindar posibilidades de aprendizaje e intercambio cultural impensables en otras épocas y una innumerable lista de logros más.

Me es importante recalcar que no me detendré a analizar el fenómeno de la globalización y sus connotaciones positivas y negativas. Tomo la globalización no como algo valioso o disvalioso, sino como un hecho fáctico de nuestros días, y considero que la tarea del derecho es la de encausar dicho fenómeno de manera tal que se logre una sociedad más justa y equitativa. Es en base a esto que considero los informes del relator especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Frank La Rue, documentos fundamentales para el reconocimiento del acceso a internet como un derecho humano.

En junio del año 2011 fue publicado el informe A/HRC/17/27 del relator especial dentro del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.² En este documento, La Rue detalla las principales tendencias y desafíos al derecho de todas las personas a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo por internet. Se explica la especial y transformadora naturaleza de este medio, que permite a las personas ejercer no solo su derecho a la libertad de expresión y opinión, sino también muchos otros derechos humanos, y lo considera una herramienta capaz de impulsar a la sociedad en su conjunto.

El derecho de acceso a internet presenta dos aristas: por un lado, tenemos el acceso irrestricto al contenido en línea, a excepción de unos pocos casos previstos en el derecho internacional de los derechos humanos, y por el otro, la disponibilidad de infraestructura necesaria y tecnología como cables, módems, computadoras y software para acceder al mismo.

La Rue sostiene que internet pasó a ser un medio fundamental para el ejercicio del derecho a la libertad de opinión y de expresión, garantizado por el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 19, párrafo 2, que

2) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.³

2 La Rue, F. (2011). *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Frank La Rue. Informe anual al Consejo de Derechos Humanos. Nueva York: Organización de Naciones Unidas.

3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966. Nueva York.

Al hablar de la norma de “cualquier otro procedimiento”, se denota previsión legislativa respecto de los futuros adelantos técnicos mediante los cuales las personas pudieran ejercer su derecho a la libertad de expresión. Es en base a esto que el relator especial considera que sigue siendo pertinente al marco del derecho internacional de los derechos humanos y aplicable de la misma manera a las nuevas tecnologías de la comunicación como lo es internet.

Entre los beneficios que aporta internet nos encontramos con su alcance mundial, su velocidad y su relativo anonimato. Estos permiten difundir información a las personas de manera casi instantánea y, de esta forma movilizarlas, lo que ha generado temor en los gobiernos y los poderosos, quienes han respondido con restricciones a internet mediante el uso de tecnologías cada vez más avanzadas para bloquear contenidos, vigilar y detectar activistas y críticos, tipificando como delito la expresión legítima de opiniones y adoptando legislaciones restrictivas para justificar estas medidas.

Es concerniente recordar por esto el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual determinará qué restricciones constituirán por parte de los Estados una infracción ante el derecho a la libertad de expresión.

El mencionado párrafo dice así:

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.⁴

Como bien establece el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto, existen ciertos tipos excepcionales de expresión que dan lugar a ser restringidas legítimamente, en especial para salvaguardar los derechos de otras personas.

La Rue considera importante entender que toda limitación a la libertad de expresión necesariamente debe sortear un examen acumulativo conforme a tres elementos:

- a) Debe existir en el ordenamiento legal de manera clara y accesible para todos, en base al principio de previsibilidad y de transparencia;
- b) Debe utilizarse para alcanzar alguno de los fines enumerados en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto, es decir: i- asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966. Nueva York.

- ii- proteger la seguridad nacional y el orden público o la salud o moral públicas, de acuerdo al principio de legitimidad;
- c) Debe ser manifiestamente necesaria esta prohibición y resultar el medio menos restrictivo para lograr los objetivos previstos, acorde a los principios de necesidad y proporcionalidad.⁵

El control de toda legislación que restrinja el acceso a contenido de internet deberá estar a cargo de un organismo política y económicamente independiente a fin de asegurar su legitimidad, de forma que no haya arbitrariedades ni discriminación, así como contar con los medios necesarios para impugnar y recurrir el ejercicio abusivo de la misma.

Entre las diversas formas de control ilegítimo por parte de los Estados del acceso al contenido en internet, podemos hablar de filtros, bloqueos, garantías inadecuadas del derecho a la intimidad y protección de datos personales, hasta tipificación injustificada de expresiones en línea. Muchas veces los países se amparan en leyes sumamente vagas y amplias para justificar distintas medidas de prohibición al contenido en internet, vulnerando no solo el derecho a la libertad de expresión, sino también el principio de máxima taxatividad del derecho penal.

Por citar algunos ejemplos, no son pocos los países que continúan bloqueando el acceso a YouTube, plataforma de intercambio de videos en la que los usuarios pueden cargar, intercambiar y reproducir contenido audiovisual. O, concretamente, el caso de China, país que cuenta con uno de los sistemas más avanzados de control de información en línea. Este ha puesto en marcha distintos sistemas de bloqueos que impiden el acceso a sitios donde aparezcan determinados vocablos específicos, como ser “democracia” o “derechos humanos”.⁶

Todos estos mecanismos, no solo no cumplen con los requisitos para limitar la libertad de expresión enumerados en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sino que son aplicados arbitrariamente, sin orden judicial ni órgano de control alguno.

Cuando hablo de tipificación como delito a expresiones legítimas en línea, puedo citar como ejemplo los casos de encarcelamiento a autores de blogs en todo el mundo. De acuerdo al informe de Reporteros Sin Fronteras, en el año 2010 se encontraban a nivel global 109 autores de blogs encarcelados por cargos relacionados con el contenido de su expresión en línea, cifra que supera los 200 a la fecha.⁷

Esta medida punitiva rara vez puede respetar el principio de proporcionalidad del cual nos habla La Rue en su comentario del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto. Este accionar solo podría ser pertinente en caso

5 La Rue, F. (2011). *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Frank La Rue. Informe anual al Consejo de Derechos Humanos. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

6 Almada, Z. (2017). El gran salto atrás de China. Recuperado de https://www.eldiario.es/desalambre/salto-China-bloqueo-acceso-Internet_0_668433334.html

7 Reporteros Sin Fronteras. (2019). Barómetro de las violaciones a la libertad de expresión. Recuperado de <https://rsf.org/es/barometro>

de que el gobierno que quiera impartirlo pueda demostrar que la expresión tiene por objeto instigar a la violencia inmediata, que sea probable que esa instigación sea efectiva y por último, que exista una relación directa e inmediata entre la expresión y la posibilidad de que se produzca ese tipo de violencia.

Luego de estos ejemplos, a través de los cuales los Estados pueden vulnerar los requisitos del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto, es conveniente recordar la otra cara del derecho de acceso a internet: el de proporcionar los medios tecnológicos necesarios para alcanzar el disfrute de este derecho por parte de la población. Esto debido a que, sin políticas y planes de acción concretos, internet termina siendo un instrumento tecnológico al que solo podrá acceder un determinado sector de la población. Entiendo esta discriminación en base a los términos de inclusión y exclusión de los que hablaba Bauman,⁸ siendo estos mismos planes de acción un remedio a la exclusión y marginalidad propias de la sociedad de consumo moderna.

En el plano internacional, “en cooperación con el sector privado, dar acceso a los beneficios de las nuevas tecnologías, especialmente las de la información y las comunicaciones”, se encuentra receptado en la meta 8 f) de los Objetivos de Desarrollo del Milenio,⁹ así como también en el Plan de Acción aprobado en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información del 2003.¹⁰ A fin de poner en práctica este Plan de Acción, la Unión Internacional de Telecomunicaciones puso en marcha en 2005 el proyecto “Conectar al Mundo”.

Otro programa encaminado a democratizar la disponibilidad de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en los países en desarrollo es el proyecto “Una computadora portátil por niño”, respaldado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, que distribuye computadoras portátiles asequibles al entorno de aprendizaje concreto de los niños.¹¹ De manera similar, en nuestro país, a través del Decreto N° 459/10 se creó el programa “Conectar igualdad”, el cual tiene entre sus objetivos “reducir las brechas digitales, educativas y sociales, contribuyendo a mejorar los indicadores de desarrollo de nuestro país” y “Garantizar la inclusión social y el acceso de todos a los mejores recursos tecnológicos y a la información”.¹²

No solo se han hecho programas, fijado metas y elaborado informes respecto al derecho de acceso a internet, sino que algunos países lo han incorporado a su legislación interna. Tal es el caso de Estonia, cuyo Parlamento en el año 2000 dictó leyes que han declarado el acceso a internet un derecho humano.¹³

En el año 2016 se presenta ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el marco del Consejo de Derechos Humanos, el Informe A/HRC/32/L20,¹⁴ cuyo punto 32, también elaborado por Frank

8 Bauman, Z. (2007). *Vida de consumo*. México: Fondo de Cultura Económica.

9 Naciones Unidas (2010). *Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Nueva York: ONU.

10 Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (2003). *Plan de acción*. Ginebra: UIT, ONU.

11 UNICEF (2017). *Estado mundial de la infancia. Niños en un mundo digital*. Nueva York: UNICEF.

12 Argentina, Decreto Nacional N° 459/10.

13 Rua, M. (24/06/2018). Estonia, el primer país digital. *La Nación*. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/lifestyle/estonia-el-primer-pais-digital-nid2146490>

14 La Rue, F. (2016). *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*. Informe anual al Consejo de Derechos Humanos. Nueva York: Organización de Naciones Unidas.

La Rue, contiene algunos lineamientos y recomendaciones para los países parte respecto al disfrute y la garantía de los derechos humanos en internet.

En dicho informe el relator especial exhorta a todos los Estados a que promuevan y faciliten la cooperación encaminada al desarrollo de los medios de comunicación, los servicios y tecnologías de la información y las comunicaciones en todos los países.

En la misma línea de pensamiento, afirma la importancia de que se aplique un enfoque basado en los derechos humanos para facilitar y ampliar el acceso a internet, y solicita a todos los Estados que hagan lo posible por cerrar las múltiples formas de la brecha digital.

La Rue solicita a todos los Estados a que consideren la posibilidad de formular, mediante procesos transparentes e inclusivos con la participación de todos los interesados, y adoptar políticas públicas nacionales relativas a internet, que tengan como objetivo básico el acceso y disfrute universal de los derechos humanos.

Teniendo presentes los ejemplos citados y el desarrollo de las ideas de Frank La Rue, me es evidente que la problemática respecto a la falta de legislación de esta temática es imperante. Para alcanzar los objetivos planteados internacionalmente y de esta forma cerrar la brecha digital, creo que los Estados deberán celebrar en no mucho tiempo un tratado internacional que reconozca el acceso a internet como un derecho humano. Este hipotético acuerdo internacional, de ser ratificado por nuestro país, sería incorporado al artículo 75, inciso 22 de nuestra Constitución Nacional, junto a los demás tratados de derechos humanos.

No me quedan dudas de que, en un mundo donde se vulneran derechos humanos todos los días, el derecho a internet pasa a un segundo plano. Sin embargo, no tengo dubitaciones en concluir que la legislación en el tema es el remedio que la sociedad necesita para paliar la brecha entre los que tienen acceso y los que no a este medio masivo de información, y que estará ahora en cabeza de los Estados, las organizaciones internacionales y también de nosotros los individuos mantener esta exigencia en alto. Recordemos que los derechos humanos se adicionan los unos a los otros y no son sustitutivos entre sí.

Pensar una enseñanza para desmercantilizar el conocimiento



Cecilia M. Sgrazutti

*El octavo pasajero se pone de pie y suelta en un murmullo:
“Soy Dinero, compro las 7 almas de los infelices que en ti
creyeron, y te compro a ti, para que me sirvas y obedezcas”.
Y “el gran dragón, la serpiente antigua que se llama el dia-
blo y Satanás, el cual engaña al mundo entero” (Ap 12,9),
sonrió taimado y sentenció, antes de meterse él mismo en la
bolsa de las almas vendidas:*

*“Sea pues, señor Dinero. Pero en tu esencia misma está tu
perdición y tu bonanza hoy, será desgracia mañana”.*

*Sonata para violín en sol menor: DINERO. Comunicado
del 15 de agosto de 2019 del CCRI-CG del EZLN*

*Al margen del debate académico y político, sin embargo,
desde abajo y a la izquierda [...], millones de personas se
encuentran en movimiento. Por meros impulsos de supervi-
vencia o por la convicción de que ha llegado el momento de
realizar antiguos ideales, se extienden movimientos sociales
que abandonan impulsos meramente reivindicativos, que*

se reducen a presentar demandas al estado. No confían ya en los partidos políticos y el gobierno y se concentran en recuperar sus ámbitos de comunidad o crear otros nuevos. Instalados con lucidez más allá del desarrollo, cada vez más conscientes de la contraproductividad fundamental de todas las instituciones modernas —la medida en que producen lo contrario de lo que prometen, que la escuela genera ignorancia, la medicina enferma, el transporte paraliza— enfocan sus empeños a construir un mundo nuevo.

Gustavo Esteva, *Más allá del desarrollo: la buena vida.*

Sin embargo, en la medida que la atención se concentra en la escuela podemos fácilmente pasar por alto una preocupación mucho más profunda ¿Qué es lo que debe ser la enseñanza? ¿Seguirá la gente considerándola como un servicio —o mercancía— que puede ser producido y consumido más eficientemente por un número mayor de personas si se hacen los arreglos institucionales pertinentes?

Iván Illich, *Un mundo sin escuelas*

La mercantilización sin fin

Asistimos como espectadores a la creciente traducción en términos mercantiles de todos los aspectos de nuestra vida. El bombardeo es tal que no pareciera quedar espacio del cual poder mirar esos modos “desde afuera”. Términos derivados de los aspectos mercantiles invaden nuestra forma de comunicarnos sobre todo (hablamos del valor de las cosas, de “quien capitaliza” un hecho x, entre otros ejemplos) y, al condicionar nuestro lenguaje, también condicionan los límites de nuestro pensamiento. Todo esto solo parece tener sentido porque uno está tan inmerso en ello, que siquiera plantearse su sentido parece carente de sentido.¹

¹ Cabe recordar el análisis al respecto que realiza Holloway (2003) al señalar que “El punto de partida para nuestro pensamiento es el mundo fetichizado que nos enfrenta. Nacemos en un mundo en el que la comunidad del hacer está fracturada. La separación del hacer respecto de lo hecho impregna por completo nuestra relación con el mundo y con aquellos que nos rodean. Nuestra visión del mundo está ya pre-formada antes de que comencemos a reflexionar críticamente. El poder-sobre, la separación del hacer y de lo hecho inherente a la producción para el mercado, se presenta aquí a sí mismo de modo impersonal [...] Nuestro extrañamiento del hacer es autoextrañamiento. Aquí no hay sujeto puro, impaciente revolucionario, sino humanidad dañada. Todos estamos profundamente involucrados en la construcción de la realidad identitaria y este proceso es la construcción de nosotros mismos. La realidad que nos enfrenta llega hasta nuestro interior. Aquello contra lo que gritamos no está sólo allí afuera, está también dentro. Parece invadimos por completo, convertirse en nosotros”.

Marchamos aceleradamente en un camino de no retorno de la viabilidad, no del planeta —que ahí seguirá— sino de la vida humana en él. Se consume muy por encima de la capacidad de regeneración de la tierra, se envenena el agua para extraer recursos energéticos con una tasa de retorno cada vez más decreciente y que en pocas décadas se agotarán, se desertifican los territorios, se destruye la biodiversidad del planeta; tan es así que nos encontramos en el sexto periodo de extinción masiva de las especies que hemos relevado (y cabe advertir que somos una). Asistimos a este estado de cosas, cuyo relato parece el inicio de una novela apocalíptica quizá porque lo es, con una capacidad de negación y de atención divergente realmente notable. El capitalismo, al menos en el ámbito en que nos movemos o el que hoy nos ocupa —el ámbito académico institucional universitario—, es hegemónico, esto es, ha logrado construir un sentido por el cual no se conciben alternativas. Y una de las señales de esa hegemonía es que gran parte de los discursos —nuevamente, visibilizados entre nosotros, personas profundamente urbanas, concepto en el que profundizaré luego— que alegan cuestionar o tratar de desarticular el capitalismo explican y *se explican* los problemas de la humanidad como problemas de distribución de... dinero.

Desde 1950 al 2000 el porcentaje de la población mundial viviendo en áreas urbanas creció del 30% al 50%. Según informes y proyecciones de la ONU, actualmente la población urbana es el 55% de la población mundial y se espera que para 2050 ese porcentaje haya escalado al 68%.

La vida urbana es el exponente descarnado de la concepción del dinero como necesario —de hecho, como el único elemento necesario— para la reproducción de la vida. En nuestro proceso de socialización y configuración subjetiva, la relación entre un tomate y la tierra es vidriosa, la relación entre ese tomate y un billete es clara y evidente. La forma de contribuir socialmente es generar valor, en términos económicos. Se entiende que los conflictos sociales son pujas sobre la distribución de este elemento tan vital para la reproducción de la vida. Los reclamos sobre la no funcionalidad de un área se traducen en su necesidad de “*volcarle recursos*” a esa área, es decir, dinero. Esa mirada restringida, en el ámbito universitario, deja bastante dificultada la acción, ya que el desfinanciamiento de la universidad pública es una política concreta: el dinero puede y de hecho funciona como obstaculizante *a propósito*, y no se financia al enemigo.

La enseñanza mercantilizada

La enseñanza universitaria atraviesa una crisis de hegemonía en cuanto a producción de conocimiento, de legitimidad en cuanto a la asignación valorativa de sus producciones y la identificación concreta de tensiones entre objetivos y producciones allí abordados y los relevados por la sociedad como necesarios; y una crisis institucional relativa a la tensión concerniente a la forma de concebir la autonomía universitaria (de Sousa Santos, 2007). Uno de los puntos de mayor tensión se refiere al de la universidad como productora de conocimientos o conocedores “para el mercado”. La mirada mercantilizadora atraviesa en forma transversal distintas

concepciones de la universidad y del mundo porque está inscrita en nuestras constituciones subjetivas, y se encuentra profundamente naturalizada.

En su conferencia inaugural del CRES 2018, Boaventura de Sousa Santos resumió muy bien el impacto del capitalismo en la universidad. Allí señaló que:

Podríamos decir que el neoliberalismo está intentando hacer algo que podemos llamar capitalismo universitario. Empezó con la idea de que la Universidad debía ser relevante para crear competencias, cualificaciones que el mercado exige. Más tarde dijo que no hay un derecho a la educación porque quien puede pagar debe pagar la educación, hay un intento muy grande de privatización de la educación. Y una fase final que es la idea de que la Universidad no solamente tiene que producir cualificaciones para el mercado, ella misma tiene que ser el mercado y para ser un mercado debe ser gobernada como si fuera una empresa. La Universidad como empresa [...] hay un choque entre un capitalismo universitario que es impuesto desde arriba y un movimiento desde abajo que quiere que la Universidad sea un bien común. Y ser un bien común, ¿qué significa? No quiere decir que sea producido por el Estado solamente, puede ser producido por cooperativas, por otras entidades, siempre y cuando el objetivo no sea la ganancia porque la Universidad negocio es un negocio, pero no es una Universidad. Y eso es algo que tenemos que tener muy claro en estos momentos que es de encrucijada para las universidades [...] Lo que quiere el neoliberalismo es que la Universidad no exista en la sociedad capitalista, sino que la Universidad sea capitalista, la universidad como mercancía, mercado, empresa y es un cambio brutal este, porque si es una mercancía tiene que ser medida ¿Cómo vamos a transaccionar un producto universitario? Tiene que tener un valor y ese valor debe ser cuantitativo, no hay otra manera de valorar. Y es por eso que surge todo el problema del ranking, todo el problema de ordenar a través del ranking las diferentes universidades [...] el BM junto con el FMI han sido realmente los impulsores de vincular la Universidad al sector productivo, mercantilizar el conocimiento, comercializar la investigación [...] El conocimiento que no tiene valor de mercado, no tiene valor. Esto, a mi juicio es lo que va a matar la Universidad a largo plazo, si nosotros dejamos que todo conocimiento tiene que tener valor de mercado, entonces no hay futuro para la Universidad. Este es el fuerte dilema en el que estamos.

En efecto, algunas de las formas de concebir la inclusión no ponen en crisis la función de una universidad como creadora de valores de mercado en el sentido de la producción de un *commodity* cuyo valor se deriva de su capacidad de crear otros valores de mercado (títulos que permiten acceder a trabajos mejor pagos, por ejemplo, conf. de Sousa Santos, 2018a), sino que pretenden ampliar el rango de personas que acceden a él. Al mismo tiempo, la mercantilización y el colonialismo de la enseñanza se retroalimentan, por lo que no puede pensarse en desandar uno de estos caracteres en forma independiente del otro.

El profesor y el estudiante, constituidos subjetivamente de igual modo, necesitan incluirse en la red de acceso al dinero para acceder a reproducir su vida. Ello pone en tensión diversos objetivos que pueden confundirse en las apreciaciones (la enseñanza de *x*, la enseñanza para que, la necesidad de conseguir que la enseñanza sea rentada, la necesidad de pelear por el valor adquisitivo de esa renta, *y*, en el caso de los estudiantes, la necesidad de conseguir un empleo que genere una contraprestación en términos dinerarios

a la puesta en práctica de los conocimientos adquiridos en el ámbito universitario) y que muchas veces corren del interés o la mirada elementos que no se considera que tengan relación directa con aquellos.

Estas no son consideraciones para no tomar en cuenta. La búsqueda de inclusión en términos dinerarios constituye en el modo de vida en el que estamos insertos una necesidad imperiosa. De lo que se trata es de diseñar estrategias que nos permitan abordar otros puntos, no subsumidos a ese, para poder pensar elementos que nos permitan fortalecernos en términos de autonomía y comunidad.

La educación rebelde

En la actualidad, se dan diversos debates sobre la necesidad de recuperar capacidades de autonomía en las comunidades, y la enseñanza universitaria debe pensar el modo de contribuir a ello. La enseñanza debe, en ese sentido, centrarse en una pedagogía de las preguntas, y no de las respuestas, que contribuyan a acercar a los estudiantes a sus propias capacidades de acción –y receptación del afuera– y potenciarlas, y las responsabilidades que ello conlleva. Las materias de filosofía de la carrera de abogacía pueden cumplir un rol muy importante en esa tarea, ya que la carrera misma se ha construido mayoritariamente desde una mirada de un supuesto conocimiento técnico neutral legitimante de la posición pasiva de mayorías, que es necesario contribuir a desandar.

En ese sentido, se destacan dos temáticas a explorar: una de ellas consiste en reabordar y poner en relación con los sucesos la discusión sobre teoría metaética, ya que mediante el manejo retórico de la utilización de términos valorativos se propician procesos de abstracción de esta discusión como modo de perpetuar el carácter pasivo de los receptores.

La otra consiste en cambiar el eje de la discusión, en los hechos, y dirigir la mirada a la comunidad no desde la respuesta sino precisamente desde la pregunta, para conocer qué problemáticas identifica la comunidad de enclave. Esto contribuye a sacar de la posición pasiva a los habitantes de la comunidad, o la posición de cliente-consumidor (donde el profesional brinda un “servicio”, aunque esto solo juegue a nivel ideario, pesa muy fuerte para la construcción de subjetividades de falsa autonomía), de la posición falsa de quien se considera parte de una institución que “sabe” lo que la sociedad necesita (aunque en términos individuales uno se mire a uno mismo y sepa que uno no “sabe”, puede pensar que lo falso no es el conocimiento instituido y sobre todo la epistemología instituida, sino la intervención de uno en ella). También contribuye a reterritorializar las prácticas que la concepción abstracta del dinero tiende a desdibujar.

Referencias bibliográficas

- Amery, C. (2002). *Auschwitz, ¿comienza el siglo XXI? Hitler como precursor*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bonneuil, C. y Fressoz, J. (2016 [2013]). *The Shock of the Anthropocene. The Earth, History and Us*. Nueva York: Verso.

- De Sousa Santos, B. (2007). La Universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipatoria de la universidad. La paz: CIDES-UMSA.
- (2016) The University at a Crossroads. En R. Grosfoguel, R Hernández y E. Velásquez (eds.), *Decolonizing the Westernized University* (pp. 3-14). Lanham, Boulder: Lexington Boosk.
- (2018a). Conferencia Inaugural de la CRES 2018. Córdoba, Argentina.
- (2018b). *The End of the Cognitive Empire*. Durham: Duke University press.
- Holloway, J. (2003). *Cambiar el mundo sin tomar el poder*. Buenos Aires: Herramienta.
- Holloway, J., Matamoros, F. y Tischler, S. (2002). *Pensar a contrapelo. Movimientos sociales y reflexión crítica*. Puebla: Editorial Herramienta.
- Illich, I. [2005] (2016). *Ríos al norte del futuro*. <https://mega.nz/file/WIZ2WIDB#BzXhy1-xBgalNE-qnn-30HHiTnZ3UO1PoUOacTDGsfM>
- Klein, N. (2018). *La Batalla por el paraíso: Puerto Rico y el capitalismo del desastre*. Kindle Edition.
- Steffen, W., Crutzen, P. y McNeil, J. (2008). The Anthropocene: are humans now overwhelming the great forces of Nature. *Journal of the Human Enviroment*. *Ambio*, 36, 614-21.
- Taibo, C. (2017). *Colapso: capitalismo terminal, transición ecosocial, ecofascismo*. Buenos Aires: Libros de Anarres.

La Constitución argentina de 1994 y el constitucionalismo en América Latina

Tensiones entre lo instrumental y lo aspiracional de la Reforma



*Laura Juliana Soto Moreno**

En esta ponencia se intentará comprender la Reforma Constitucional de 1994 en Argentina, a partir del contexto latinoamericano. En este sentido, se plantea que dicha Reforma no responde únicamente a las particularidades de la coyuntura argentina (Pacto de Olivos, interés por la reelección presidencial, puja por el federalismo, retorno a la democracia, entre otros), también es posible relacionarla con los cambios que, en materia constitucional y de derechos, se venían presentando en otros países de América Latina.

Para ello, en primer lugar, se explicará la perspectiva teórica desde la cual se realiza el análisis haciendo explícita una visión crítica de las ciencias sociales y, en particular, del derecho. Esto implica una mirada transdisciplinaria y una postura que toma al derecho como una práctica social de naturaleza discursiva (A. Ruiz, C. Cárcova, entre otros). En segundo lugar, se describirán las tendencias destacadas en materia constitucional en diferentes países de Latinoamérica durante los años noventa para observar de qué manera esas tendencias se reflejaron en el texto constitucional estudiado. Por último, se intentará hacer un balance de la actualidad de la Constitución y las tensiones que, en lo jurídico y en lo político, se presentan en su aplicación. De esta forma, será posible evaluar si dicha herramienta jurídica propició cambios reales en materia de derechos o si funcionó principalmente como un instrumento de negociación políti-

* Doctoranda en Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Buenos Aires. Conicet-Instituto de Investigaciones Gino Germani, Buenos Aires, Argentina. Magíster en Derechos Humanos, Universidad Nacional de La Plata. Politóloga, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Docente JTP de Teoría General del Derecho en la Universidad Nacional de Avellaneda y de Introducción al Derecho en la Universidad Nacional de José C. Paz. Ayudante de segunda cátedra Alicia Ruíz, Teoría General del Derecho, UBA. Isotomoreno@derecho.uba.ar

ca. En resumen: 1. Perspectiva teórica a partir de las teorías críticas, tomar al derecho como una práctica social de naturaleza discursiva. 2. Tendencias constitucionales en los países latinoamericanos durante los años noventa. 3. Balance de la actualidad de la Constitución política argentina.

1. Derecho y cambio social

A. Ruiz y C. Cárcova han definido el derecho como una práctica social de naturaleza discursiva; esto implica tomar al derecho como un discurso construido a partir de las interacciones y luchas de fuerza que se dan en la sociedad. En tanto que el “conocimiento” va más allá de la historia de las ideas e implica lo que la gente entiende como “realidad” en su vida cotidiana (recordando los planteamientos de los sociólogos del conocimiento Berger y Luckman), se puede decir que la ciencia social del derecho necesita comprender su objeto de estudio como un hecho social que se transforma según las interacciones cotidianas, un derecho en la sociedad que tiene entonces facticidad objetiva y significado subjetivo (Berger y Luckman, 2011: 33). Esta concepción de la sociedad tiene íntima relación con una visión cultural del derecho, un derecho que no es inmutable y que cambia históricamente, según las características de cada pueblo y según las visiones dominantes de la “realidad”.¹ En resumen, la sociedad es un producto humano conformado por una realidad objetiva de la cual lo humano resulta en ser social, de esta forma, “el proceso por el que los productos externalizados de la actividad humana alcanzan el carácter de objetividad se llama objetivación” (Berger y Luckman, 2011: 72).

Las instituciones, las reglas, los fundamentos sociales, etc. operan desde la realidad objetiva en la experiencia de los sujetos, estos identifican la realidad como independiente de su voluntad porque esas vivencias del mundo objetivo son reconocidas en sus recuerdos. De ahí que la legitimidad de las instituciones y, en general, la realidad, cambie constantemente a partir de la nombrada relación dialéctica entre subjetividad y objetividad. Desde este punto de vista, no es posible hablar de un único conocimiento, de una verdad que aparece inmutable, según palabras de M. Foucault, lo que debe llevarse a cabo es “la constitución histórica de un sujeto de conocimiento a través de un discurso tomado como un conjunto de estrategias que forman parte de las prácticas sociales” (1992: 5), es decir, tomarlo como un sujeto inacabado.

Esa objetivación constante es transmitida de una generación a otra llevando a que las instituciones puedan ser entendidas como independientes de las experiencias sedimentadas y puedan ser separadas de los contextos históricos. En ese proceso la herramienta más importante parece ser el lenguaje, pues a través de este el sujeto se relaciona con su realidad y es a través del cual las instituciones pueden obtener legitimidad, en palabras de Berger y Luckman “el lenguaje objetiva las experiencias compartidas de los individuos y las hace accesibles a todos los que pertenecen a la misma comunidad, con lo que se convierte en base e instrumento del acopio colectivo del conocimiento” (2011: 91).

¹ Para tomar distancia de una visión relativista del derecho, considero que existen efectivamente valores y principios compartidos por la generalidad de los pueblos, como la vida, la libertad, el ansia de conocimiento, la equidad, entre otros.

En ese sentido el derecho en todas sus acepciones es un constructo de la mente humana: el derecho como objeto de estudio de la ciencia jurídica, las profecías sobre lo que harán los tribunales, las normas generales que reglamentan nuestras conductas, la actuación de la legislatura, y así podríamos continuar con innumerables concepciones de lo que es derecho. Apegarnos a una u otra definición dependerá de nuestra propia idea acerca del concepto, de las escuelas en las que nos fijemos para definirlo, dependerá de la sociedad en la que vivimos, todo esto para mostrar que el derecho y su contenido son, efectivamente una construcción o, en términos nietzscheanos, una invención. Son esta diversidad de ideas acerca del derecho lo que le otorga su particularidad y su complejidad al momento de comprenderlo y estudiarlo sistemáticamente, por lo cual cabría hablar de una opacidad de lo jurídico (a partir del concepto de C. Cárcova), pues la idea de derecho es difícil de comprender por la mayoría de las personas y el grado de comprensión también varía según las características de cada grupo social. Además de las diferencias socioeconómicas de cada país y cada sector social, Cárcova plantea el concepto de opacidad del derecho más allá de las condiciones materiales que limitan la aprehensión del derecho, él propone que esta no comprensión del derecho también abarca el trabajo teórico que realizan las personas estudiosas de dicha disciplina como ciencia. De esta forma se podría pensar que la opacidad es una cuestión estructural que hace a la práctica y a la reflexión sobre el derecho, atravesado también por el uso del lenguaje, la profundidad de los constructos mentales, la amplitud de las inquietudes teóricas, pues

esa fuente del desconocimiento [del derecho] resultaría de la complejidad de los procesos simbólicos que operan en las sociedades altamente desarrolladas y, consiguientemente, con un nivel también alto de integración. En efecto, la interacción de los hombres es allí, cada día, más sofisticada (2006a: 19).

Así entonces hay una relación dialéctica entre realidad construida socialmente e invenciones mentales que dan lugar a la opacidad del derecho.

Esto da pie para introducir el tema del siguiente apartado acerca de los cambios en materia de derecho constitucional adelantados durante la década de los noventa en América Latina. Teniendo clara la perspectiva teórica según la cual el derecho es una práctica social y, para relacionarlo con las Constituciones políticas, se entiende que estas son, sobre todo, “material simbólico que opera en un campo jurídico en el que diferentes fuerzas sociales y políticas luchan por la apropiación del sentido de los textos” (García Villegas, 2012: 97). A partir de esta idea, es necesario repasar cuáles eran esas fuerzas políticas y sociales que presionaban para los cambios constitucionales, cuál es, en todo caso, la historia externa (tomando la idea de S. Murillo) del derecho constitucional y, así, identificar el cambio *en* el derecho (en referencia a lo formal) para luego emprender la tarea de establecer si, después de dos décadas, se lograron cambios *a través* del derecho.

2. Neoliberalismo y constitucionalismo

Es necesario contextualizar la Reforma Constitucional de 1994 en la realidad latinoamericana de los años noventa, pues este fue un período muy prolífico en materia de creación constitucional, cuestión que, a su vez, puede entenderse a partir de dos motivaciones: una respuesta institucional contra los regímenes militares y, una reacción defensiva del sistema político frente a lo que se consolidaba como un modelo económico neoliberal. Comenzando la oleada de nuevas constituciones y de reformas está Brasil en 1988, en este caso la Constitución Nacional (CN) fue la reacción a un pasado autoritario, por lo cual esta fue redactada bajo los principios de Estado de derecho, democracia y derechos humanos, y otorgó una protección especial a los derechos de la niñez, la ancianidad y las comunidades indígenas.

Según el profesor Rodrigo Uprimny, comenzando con la Constitución de Brasil de 1988, es posible observar una tendencia a construir nuevas Constituciones o plantear fuertes reformas a las ya existentes en los países de América Latina: Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Ecuador en 1998 y luego en 2008, Perú en 1993, Venezuela en 1999, Bolivia en 2009; junto con profundas reformas a las cartas ya existentes de Argentina en 1994, México en 1992 y Costa Rica en 1989. Aunque cada país tiene sus particularidades al respecto, sí es posible identificar algunos rasgos comunes que posibilitan inscribir al caso de Argentina y su Reforma de 1994 en un contexto regional. En la década del noventa destacan varias discusiones que influyeron de un modo u otro en ese proceso de *neconstitucionalismo*, un modelo económico neoliberal cuya consecuencia directa fue el aumento en las desigualdades económicas, por lo cual, se observa en los textos constitucionales una preocupación por los derechos sociales. Por otro lado, la necesidad de fortalecer el sistema democrático frente a un pasado reciente de gobiernos de facto, particularmente en el Cono Sur. También, y esto se destaca en el caso de los países andinos, fuertes discusiones en torno al colonialismo y un rescate de la diversidad en las naciones latinoamericanas. “Lo que más impresiona en este conjunto es la generosidad de la cata de derechos, el reconocimiento de las diferencias y la apertura hacia la participación democrática y el carácter pluralista de la sociedad” (García Villegas, 2012: 91).

En resumen, y retomando los trabajos de Uprimny Yepes, las tendencias comunes son:

1. Adhesión teórica y práctica por alguna forma de Estado de derecho y de constitucionalismo con gobiernos civiles. En el caso de Argentina se constitucionalizó la regla democrática reconocida en el artículo 36 según la cual se protege el derecho constitucional y su mantenimiento frente a cualquier acto de fuerza contra el orden institucional. Junto con ello, se otorgó reconocimiento constitucional a los partidos políticos lo cual fortalece la participación democrática.
2. Reconocimiento del pluralismo y la diversidad. Esto se ve mucho más claro en los textos de Ecuador, Bolivia y Colombia en relación con las comunidades indígenas y afro. Sin embargo, cabe destacar que en todos los casos las constituciones no tomaron en cuenta las demandas del movimiento feminista, por lo cual, dichas reformas tampoco funcionaron para modificar a fondo las relaciones desiguales entre géneros. En el caso de Argentina el texto del 94 ni siquiera tiene en cuenta otras expresiones de la nacionalidad como sí lo hacen los textos de otros países.

3. El constitucionalismo latinoamericano puede caracterizarse como aspiracional, pues estas modificaciones buscaron profundizar la democracia y combatir las inequidades. Esto se refleja en que todas las Constituciones recientes son densas en derechos y brindan protección judicial a los derechos económicos, sociales y culturales. Para el caso de Argentina, esto se puede constatar en la Constitución Nacional (CN) en el artículo 75, inciso 22, que otorga jerarquía constitucional a los pactos internacionales; en este caso hay que destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone el desarrollo progresivo para lograr la plena efectividad de los derechos contenidos en el Pacto y, junto con ello, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Además, el artículo 86 crea la Defensoría del Pueblo como institución destinada a proteger y garantizar los derechos; también se constitucionaliza la acción de amparo individual y colectivo, junto con los recursos de *habeas data* y *habeas corpus* para la defensa de los derechos constitucionales. Estos ejemplos muestran el reconocimiento constitucional de nuevos derechos, lo cual puede explicarse a partir de un interés aspiracional reflejado en la mayoría de las reformas constitucionales en Latinoamérica. Además, incluyen en sus textos mecanismos de participación novedosos, como es el caso de la iniciativa popular y la herramienta de consulta popular previstas, respectivamente, en los artículos 39 y 40 de la CN.

También la idea aspiracional o la intención transformadora puede verse en que dichas constituciones reforzaron su fuerza normativa, entrando en la categoría llamada por Ferrajoli Estados de derecho constitucionales. Aunque para el caso argentino esto no es tan claro, pues en la primera parte de la CN se autodenomina un Estado republicano. Por lo cual, es necesario recordar la crítica del Dr. Barcesat acerca de que no es razonable mantener inmodificable el Capítulo I de la CN heredado de la primera Carta Magna de 1853, pues el modelo agroexportador y rentístico de la Constitución histórica atrasa más de 150 años y es insuficiente para encarar los desafíos del siglo XXI. Además, el modelo dogmático heredado de dicha Constitución privilegia la migración europea y desestima los lazos de unidad posibles con los países latinoamericanos, negando una identidad argentina que incluya lo negro, lo mulato, lo indígena, la realidad de los oprimidos. En ese sentido, la CN del 94 no se hace eco de los cambios adelantados en la década del noventa por otros países de América Latina, los cuales llevaron a definir las naciones en los textos constitucionales como pluriétnicas y pluriculturales, estableciendo como principio constitucional la promoción de la diversidad.

En todo caso, es necesario mencionar los cambios más importantes incluidos en la Reforma del 94: en “Nuevos derechos y garantías” se reconocen i) el derecho de resistencia a los gobiernos de facto, ii) el derecho a la iniciativa popular, iii) el derecho a un ambiente sano, iv) el derecho de bienes y usuarios a la protección, *habeas data*. Todos estos elementos en consonancia con las tendencias señaladas anteriormente: necesidad de fortalecer la democracia frente a un pasado reciente de dictaduras, preocupación por los recursos naturales y el disfrute de estos por las propias naciones y, algo para destacar en el contexto de los años noventa de plena consolidación del modelo neoliberal, el derecho a la protección de los datos privilegiando la relación de consumidores antes que la relación de ciudadanía frente a los Estados, lo cual parece contradictorio con la preocupación por los derechos sociales.

3. Balances

Después de dos décadas y un poco más, es posible hacer un balance de ese, si se puede llamar, constitucionalismo latinoamericano. Lo primero que llama la atención es la poca progresividad que ha tenido la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) bajo un modelo neoliberal que recorta presupuesto para el desarrollo de estos derechos y, a menor presupuesto, menor desarrollo. Solo para el caso de Argentina, que nos ocupa, en el último informe del Comité de DESC de las Naciones Unidas (ONU), publicado en noviembre de 2018, el organismo expresó su preocupación

por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto, en particular para las personas y grupos desfavorecidos, como consecuencia de la inflación y las medidas de austeridad. Al Comité le preocupa también que, en el marco del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, el Gobierno prevé un objetivo de déficit cero para 2019, agudizando el recorte del gasto social (ONU, 2018: numeral 5).

También lo advierte Uprimny: “la mayor parte de los nuevos textos constitucionales plantean explícitamente la promoción de la igualdad social y la superación de la pobreza; pero los resultados han sido en general, con algunas contadas excepciones, muy pobres en ese campo” (2011).

Otra contradicción respecto de los textos normativos y la realidad de nuestros países se encuentra en la tensión entre un fortalecimiento de la democracia versus el reforzamiento de la figura presidencial. Lo primero, a través de la institucionalización de nuevos mecanismos de participación como la consulta popular, junto con la creación de organismos de control autónomos para garantizar los derechos (como el caso de la Defensoría del Pueblo). Entonces es posible encontrar un interés transformador en los textos constitucionales, pero en la práctica, una tendencia al caudillismo. Es el caso de todos los países latinoamericanos. En Argentina, luego de la Reforma del 94, el presidente puede ser reelecto, tiene la facultad de legislar en materia administrativa y cuenta con la constitucionalización de los decretos de necesidad y urgencia:

la Reforma de 1994 dejó indemne la concentración del poder; muestra la ausencia, además, en forma totalmente negativa, de la arquitectura de un control racional y eficaz de los poderes constituidos. Las formas aurales de participación democrática no se han realizado y las elegidas no han bastado para estimular al auditorio ciudadano (Cholvis, 2015: 258-259).

Siguiendo la tipología desarrollada por Uprimny, en Latinoamérica se desarrolló un nuevo tipo de constitucionalismo, con muchos mecanismos de participación y muchos derechos consagrados en las cartas: “La aspiración del nuevo constitucionalismo latinoamericano parece ser entonces la de lograr una protección judicial fuerte de los derechos acompañada al mismo tiempo de una participación y

deliberación democrática fuerte” (Uprimny, 2011: 19). Sin embargo, esto parece haber quedado en una mera aspiración y, después de décadas de acción del llamado constitucionalismo latinoamericano, es posible afirmar que no se ha resuelto la tensión entre democracia y protección judicial de derechos; fundamentalmente porque, en el fondo, lo que existe es una contradicción entre un discurso jurídico que afirma proteger y garantizar los derechos individuales y sociales y un discurso económico y político que plantea la imposibilidad material de llevar a cabo esas aspiraciones. Por ejemplo, al mismo tiempo que la CN Argentina incluía en su texto nuevos derechos, se fortalecía a nivel mundial un modelo neoliberal que abogaba por la existencia de Estados eficientes con una democracia directa y representativa, antes que por una democracia social y participativa. Aunque, si analizamos con algo de perspectiva crítica, se podría pensar que el discurso constitucional que ofrece más derechos de manera formal (pues está visto que, en relación con los DESC, la idea de progresividad no ha sido cumplida en Argentina), lo hace solo de forma discursiva para brindar la ficción de un modelo jurídico más incluyente ocultando las desigualdades que, en términos de derechos y de participación, son cada vez más elocuentes. Ahora, varias décadas después, queda en evidencia el acompañamiento de ese discurso aspiracional al modelo neoliberal que venía fortaleciéndose en Nuestra América. Este proyecto implicó una revolución cultural y la planificación de un modo diferente de gobernar (llamado ahora gobernanza o gobernabilidad, según la Comisión Trilateral). La frustración por un constitucionalismo latinoamericano que no fue (que fue principalmente en lo formal) debe leerse en el contexto de una democracia de tipo *management*, esto es: “(1) menor participación popular en la política; (2) primacía de lo individual sobre lo colectivo; (3) sustitución del Estado por el mercado y determinados actores sociales; (4) preponderancia del técnico sobre el político” (Monedero, 2012: 306). Para consolidar ese modelo político-económico fue necesario un discurso jurídico aparentemente neutro, que representa los intereses de sujetos universales, negando que este es producto de las luchas por el sentido. El sentido de lo jurídico lo construye fundamentalmente, una clase política, económica privilegiada por lo general blanca, masculina y occidentalizada que, bajo la protección de las ficciones como la participación, la igualdad y la garantía de derechos se encarga de monopolizar las luchas y homogeneizar los sentidos. El complemento de este discurso jurídico homogéneo, machista y clasista es la activación de un Estado gendarme fuerte que, usando la coacción, está llamado a superar las llamadas crisis de la democracia, cada vez más frecuentes. Así, es posible justificar la existencia de democracias limitadas, represión y puesta en suspenso de la progresividad de los DESC, con el fin de alcanzar la gobernabilidad.

Y acá es necesario detenerse un poco a reflexionar sobre nuestro presente, pues toda esta información permite sacar la careta al discurso jurídico que enarbola los valores de la igualdad, la libertad, la democracia y el progreso, más bien, habría que rescatar las herramientas que ese derecho constitucional brinda a la resistencia contra el neoliberalismo, activando su función paradójica. A esta resistencia, el neoliberalismo responde modificando sus tácticas, a veces sumando más violencia, otras operando sobre el imaginario social. El énfasis en estrategias de seguridad contra la delincuencia y el terrorismo junto con la construcción de subjetividades que apelan al consumo y al éxito individual son dos caras de la misma moneda: fuerza y discurso.

La fuerza es el elemento constitutivo del poder, el que lo produce, pero la fuerza o la violencia se frustraría de no articularse en dispositivo con el discurso del orden y el imaginario social, que constituyen las condiciones de reproducción del poder producido, los garantes de la continuidad del poder conquistado o instituido con base en la fuerza (Marí, 1986: 96).

Esta relación se fortalece con la permanencia de opiniones mediáticas que legitiman la inflación penal. El sistema jurídico y político que da el marco de acción al neoliberalismo construye su homogeneidad sobre ficciones (incluso el constitucionalismo democrático de América Latina funciona como eso) en las cuales hay una interdependencia entre fuerza, discurso del orden e imaginario social (recordando al jurista E. Marí). Empero, es necesario no perder de vista los importantes avances que, en materia de derechos y mecanismos de garantía de estos, junto con vías de participación, se lograron explicitar en la Reforma de 1994. Dichas vías de participación otorgaron logros para el feminismo, aunque sus demandas no fueron tomadas explícitamente por los textos,

Se ha desarrollado una jurisprudencia de igualdad que trabaja por la igualdad formal como objetivo, han cambiado los centros y periferias del derecho constitucional poniendo en el centro el tema de género, han variado los supuestos del derecho constitucional como la distinción entre lo público y lo privado, y han avalado la creación de un lenguaje institucional propio para el análisis de los asuntos de género (Buchely Ibarra, 2014: 22).

Esto es lo que implica pensar la función paradójica del derecho y usar al mismo como arma para conseguir los objetivos políticos de los movimientos sociales tal como plantea, también, De Sousa Santos al proponer un cosmopolitismo emancipatorio.

Referencias

- Bachelard, G. (2010). *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*. México: Siglo XXI.
- Barcesat, E. (2015). A veinte años de la Reforma Constitucional. Examen y perspectiva. En Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario*. Infojus: Buenos Aires.
- Berger, P. y Luckman, T. (2011). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Buchely Ibarra, L.F. (2014). Género y constitucionalismo. Una mirada feminista al derecho constitucional colombiano. *Revista Ciencia Política* 9(18), 83-107.
- Cárcova, C. M. (2006a). *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta.

- (2006b). Sobre la comprensión del derecho. En E. Marí, C. M. Cárcova et al, *Materiales para una crítica del derecho* (pp. 153-162). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Cholvis, J. F. (2015). Constitución Nacional de 1949. Su concepción filosófica-política y diseño técnico-jurídico. En Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario*. Infojus: Buenos Aires.
- De Sousa Santos, B. (2012). *Derecho y emancipación*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferreya, R. G. (2015). Manifiesto sobre las garantías de los derechos. A propósito de los veinte años de la “Constitución reformada”. En Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario*. Buenos Aires: Infojus.
- Foucault, M. (1992). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Friedman, L. y Landinski J. (1969). El Derecho como instrumento de cambio social incremental. *Revista Derecho PUCP*, (27), 22-34.
- Gargarella, R. (2011). Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. En C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 86-108). Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- García Villegas, M. (mayo-agosto 2012). Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina. *Revista Análisis Político*, 25(75), 89-110.
- Garzón Valdés, E. y Laporta, F. J. (eds.) (2013). *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: volumen 11. El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta.
- Marí, E. (1986). Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden. *Revista DOXA*, (3), 93-111.
- (junio 1988). El poder y el imaginario social. *Revista La ciudad futura*, (11), 72-73.
- Monedero, J. (2012). El programa de máximos del neoliberalismo: el Informe a la Trilateral de 1975. *Sociología Histórica. Revista de la Universidad de Murcia*, (1), 289-310.
- Murillo, S. (2012). *Prácticas científicas y procesos sociales. Una genealogía de las relaciones entre ciencias naturales, ciencias sociales y tecnología*. Buenos Aires: Biblos Estudios.
- (2018). Neoliberalismo, democracia y Estado de excepción. En M. Campana, J. Giavedoni (comps.), *Estado, gobierno y gubernamentalidad. Neoliberalismo y Estado de excepción en Nuestramérica* (pp. 23-51). Rosario: PEGUES.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2018). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina*. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/ARG/CO/4&Lang=en
- Raffin, M. (2006). Transmutaciones del horizonte jurídico de la posmodernidad. En E. Marí, C. M. Cárcova et al, *Materiales para una crítica del derecho* (pp. 331-356). Buenos Aires: Lexis-Nexis.

Ruiz, A. (1991). Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho). En E. Marí, A. Ruíz et al, *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

---- (2007). *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 108-137). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.