

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 20, N° 1 | Junio de 2022

INTERESES SUPRAINDIVIDUALES Y TUTELA AMBIENTAL PARA LAS GENERACIONES PRESENTES Y FUTURAS - Pasquale Pantalone • **LA CLASIFICACIÓN COMO OBSTÁCULO PARA EL ACCESO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL DERECHO DE LAS PERSONAS TRANS A ACCEDER SIN DISCRIMINACIÓN A UNA VIVIENDA DIGNA** - Martín Leonardo Furchi y Ramón Trejo • **EL DERECHO COMO UNA CONVERSACIÓN ENTRE IGUALES: "MÁS TEMPRANO QUE TARDE"** - Maricel J. Asar • **EL DOBLE FILO DEL ESPECISMO: SUBHUMANOS Y SUPERHUMANOS. ALGUNAS ASIMETRÍAS EN FILOSOFÍA LIBERAL CONTEMPORÁNEA** - Pablo Suárez • **PROCESO CIVIL CON ENFOQUE DE GÉNEROS: AJUSTES EN CLAVE DE IGUALDAD** - Ornella C. Piccinelli • **DEMOCRACIA, REPÚBLICA Y CIUDADANÍA EN LA DISCURSIVA PRESIDENCIAL ARGENTINA DEL PERÍODO 2010-2020. ALINEACIÓN O CONTRADICCIÓN CON LOS OBJETIVOS, PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES** - Mauricio Devoto, Verónica Nolzco, Sebastián Sal, Ariela de Rossetti & María del Pilar Basili - *Investigación realizada por el Centro de Estudios en Ciudadanía (CIVES) de la Facultad de Derecho, Universidad de Palermo*



Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

ISSN 0328-5642
e-ISSN 2718-7063

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 20, Nº 1 | junio de 2022

Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO

Dirección:

Carlos A. Calvo Costa (UBA - UP)
Eugenio C. Sarrabayrouse (UBA-UP)
Graciela Medina (UBA-UP)
Marcela Basterra (UBA-UP)

Dirección Ejecutiva:

Diego A. Dolabjian (UBA - UP)
Belén Gasparotti (UP)

Secretaría de Redacción:

Agustín M. Iglesias Díez (UBA)
Francisco Balbín (UBA)
Ian Lerner (UP)
Janice Balanian (UBA)
Juan Carlos Ruas (UBA)
Luciano Durrieu (UBA-UP)
Maia Czarny (UBA)
María Rosario Tejada (UBA)
Ricardo S. Kennedy (UBA)

Consejo Académico Editorial:

Adrián Carta (UBA - UP)
Agustina Del Campo (UDESA - UP)
Agustina Ramón Michel (CEDES - UP)
Andrea Finkelstein (UP)
Claudio Ramos Feijóo (UP)
Daniel Crovi (UBA - UP)
Diana Maffía (UBA - UP)
Eduardo Roveda (UBA - UP)
Fernando Buján (UBA - UP)
Gabriel Roller (UBA - UP)
Gustavo Beade (UBA - UP)
Gustavo Maurino (UBA - UP)
Horacio Corti (UBA)
Horacio Días (UBA - UP)
Jaime Malamud Goti (UDESA - UP)
José Luis Gargarella (UBA - UP)
José María Salgado (UBA-UNPAZ)
Juan González Bertomeu (UP)
Juan Pablo Alonso (UBA - UP)
Laura Saldivia (UBA - UP)
Leonardo Filippini (UBA - UP)

Leopoldo Godio (UBA-UP)
Marcelo Alegre (UBA - UP)
Marcelo López Alfonsín (UBA - UP)
Mariano Heller (UBA - UP)
Martín F. Böhmer (UBA - UP)
Martín Farrell (UBA - UP)
Mary Beloff (UBA - UP)
Miguel Ángel Maza (UBA - UP)
Paola Bergallo (UTDT - UP)
Pablo Hirschmann (UBA - UP)
Raúl Gustavo Ferreyra (UBA)
Ricardo Arredondo (UBA - UP)
Roberto Gargarella (UBA - UP)
Roberto Saba (UBA - UP)

Académicos correspondientes:

Brasil: Carolina Machado Cyrillo da Silva (UFRJ)
Colombia: Edgar Fuentes Contreras (UTADEO)
Ecuador: Sebastián López Hidalgo (UASB)
España: Alejandra Boto Álvarez (UNIOVI)
Italia: Alfonso Celotto (UNIROMA3)
México: Ricardo García de la Rosa (ITAM)
Perú: José F. Palomino Manchego (UNMSM)
Uruguay: Andrés Mariño López (UDELAR)

Universidad de Palermo

Mario Bravo 1050
(C1175ABT) Ciudad de Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Editado por

Universidad de Palermo, Noviembre 2021

Diseño general

Departamento de Diseño
de la Universidad de Palermo

© 2022 Fundación Universidad de Palermo

ISSN 0328-5642

e-ISSN 2718-7063

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Índice

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo | ISSN 0328-5642 | e-ISSN 2718-7063

Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Año 20, N° 1 | Junio de 2022 | Ciudad Autónoma de Buenos Aires | Argentina

Artículos	5
Intereses supraindividuales y tutela ambiental para las generaciones presentes y futuras <i>Pasquale Pantalone</i>	7-20
La clasificación como obstáculo para el acceso a los derechos fundamentales. El derecho de las personas trans a acceder sin discriminación a una vivienda digna <i>Martín Leonardo Furchi y Ramón Trejo</i>	21-32
El derecho como una conversación entre iguales: “ <i>más temprano que tarde</i> ” <i>Maricel J. Asar</i>	33-50
El doble filo del especismo: subhumanos y superhumanos. Algunas asimetrías en filosofía liberal contemporánea <i>Pablo Suárez</i>	51-88
Proceso civil con enfoque de géneros: ajustes en clave de igualdad <i>Ornela C. Piccinelli</i>	89-114
Democracia, República y Ciudadanía en la discursiva presidencial argentina del período 2010-2020. <i>Alineación o contradicción con los objetivos, principios y valores constitucionales</i> <i>Mauricio Devoto, Verónica Nolazco, Sebastián Sal, Ariela de Rossetti & María del Pilar Basilici</i>	115-190
<i>Investigación realizada por el Centro de Estudios en Ciudadanía (CIVES) de la Facultad de Derecho, Universidad de Palermo</i>	
Reseñas	191
<i>Reseña normativa</i>	193-197
<i>Reseñas bibliográficas</i>	199-206

La Revista Jurídica de la Universidad de Palermo es una publicación de la Facultad de Derecho / Centro de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad de Palermo.

La Revista Jurídica publica trabajos de académicos, investigadores, profesionales y estudiantes en una variedad de formatos que incluyen artículos, ensayos y comentarios sobre decisiones judiciales. Su contenido está dirigido a especialistas, investigadores y estudiantes de grado y posgrado.

La Revista Jurídica invita a los autores a enviar trabajos inéditos y originales a revistajuridica@palermo.edu. La Revista se organiza en base a un sistema de referato doble ciego para decidir sobre la calidad académica de los artículos enviados por los autores para su publicación, la originalidad de las ideas planteadas y la corrección de las citas.

Para obtener información, los interesados pueden dirigirse a:

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo
Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho
Universidad de Palermo
Mario Bravo 1050, 7° piso (C1175ABZ) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
República Argentina
Teléfono: +54 11 5199-4500
Fax: +54 11 4963-1560
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Los trabajos firmados no representan la opinión de la Universidad o de la Revista y son exclusiva responsabilidad de los autores.

La reproducción sin autorización de cualquier texto de la Revista, sea total o parcial, idéntica o modificada, viola derechos reservados. Con fines académicos podrá citarse un breve fragmento del texto de los artículos, a condición de que se de debidamente cuenta de su origen.

Artículos

Intereses supraindividuales y tutela ambiental para las generaciones presentes y futuras

Pasquale Pantalone*

Resumen

A partir de una importante decisión del Pleno del Consejo de Estado italiano (nº 6/2020), este trabajo busca ofrecer algunas reflexiones generales respecto del acceso a la protección jurisdiccional administrativa del medioambiente como arquetípico interés de carácter supraindividual, ofreciendo también una consideración acerca de la salvaguarda de los intereses de las generaciones futuras.

Palabras clave: Medioambiente - derechos – obligaciones – justicia administrativa

Abstract

Starting from a decision of the Plenary Assembly of the Italian Council of State (no. 6/2020), this paper aims at offering some brief general reflections with reference to access to administrative judicial protection of the environment as a typical super-individual interest, also with a view to safeguarding the interests of future generations.

Key words: Environment - rights - duties - administrative justice

* Investigador “tipo B” de Derecho Administrativo en el Departamento de Derecho Público Italiano y Supranacional de la Universidad de Milán, Pasquale.Pantalone@unimi.it.

I.- Premisa¹

Este trabajo versa sobre un ámbito —esto es, el acceso a la justicia— en que cualquier tentativa de profundización, siquiera a alguna de sus manifestaciones, resulta inevitablemente ardua. La amplitud de la materia, los vivos debates doctrinales y jurisprudenciales que últimamente la rodean² y el contexto de este trabajo³ aconsejan ceñirse a un aspecto muy concreto. Para ello se atiende a una decisión reciente del Pleno del Consejo de Estado italiano⁴, a partir de cuya fundamentación se desarrollarán algunas breves reflexiones de carácter general sobre el acceso a la protección judicial administrativa del medioambiente, como típico interés supraindividual y con vista también a la protección de los intereses de las generaciones futuras.

¹ Este artículo está basado en el trabajo previo del autor “Interessi superindividuali e giudice amministrativo: brevi riflessioni a margine di Ad. Plen. 6/2020, pensando all’ambiente’ delle generazioni presenti e future”, publicado en el número 4 (2021) de la Rivista giuridica dell’ambiente, pp. 877-890, que, a su vez, dio pie al capítulo homónimo en el libro colectivo coordinado por los profesores Amalfitano, Chiara; Galetta, Diana-Urania y Violini, Lorenza, L’accesso alla giustizia nel quadro del SD GOAL 16, Turín, Giappichelli, 2022, pp. 407-420. En el marco de las ayudas económicas de movilidad de excelencia para docentes e investigadores de la Universidad de Oviedo (España), subvencionadas por el Campus de Excelencia Internacional en colaboración con el Banco de Santander, la traducción del texto ha sido realizada por Alejandra Boto Álvarez (profesora titular de Derecho Administrativo) buscando ajustar su contenido al perfil internacional de los lectores de esta Revista. Cualquier error o imprecisión sobre el texto original le es enteramente imputable.

² Entre los últimos trabajos monográficos sobre el tema en la doctrina, pueden verse Delsignore, Monica, L’amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo, Turín, Giappichelli, 2020; Giliberti, Biagio, Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo, Padua, CEDAM-Wolters Kluwer, 2020; Mirate, Silvia, La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo, Milán, Franco Angeli, 2018. Para un análisis crítico de la doctrina reciente: Tropea, Giuseppe, “La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente”, Diritto processuale amministrativo, año XXXIX, nº 2, Milán, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021, pp. 449 y ss.

³ La consideración es válida tanto para el foro original de las reflexiones del profesor Pantalone (un Congreso sobre el tema del acceso a la justicia en el marco del Objetivo de Desarrollo Sostenible número 16 de la Agenda 2030 de Naciones Unidas y, en concreto, en un panel dedicado a los nuevos retos en el acceso a la justicia) como, si cabe con mayor razón, para la publicación de esta versión traducida (N. de la T.).

⁴ Nº 6, de 20 de febrero de 2020. Sobre la misma véase Franca, Simone, “Il ‘doppio binario’ di legittimazione alla prova dell’Adunanza Plenaria. Quale spazio per la legittimazione soggettiva degli enti esponenziali di interessi collettivi? Nota a Cons. Stato, ad. plen. 20 febbraio 2020, n. 6”, Diritto processuale amministrativo, año XXXVIII, nº 4, Milán, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2020, pp. 1029 y ss.; Mannucci, Giulia, “La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?”, Giornale di diritto amministrativo, año XXVI, nº 4, Milán, Wolters Kluwer, 2020, pp. 529 y ss. y Mirate, Silvia, “La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra ‘generalità’ e ‘specialità’”, in Giornale di diritto amministrativo, año XXVI, nº 4, Milán, Wolters Kluwer, 2020, pp. 520 y ss.

II.- La confirmación de la regla pretoria de la “doble vía” de acceso a la tutela judicial de los intereses supraindividuales

El asunto objeto de la decisión del Pleno de Consejo de Estado italiano en este caso, que realmente concierne al ámbito de la protección de los consumidores⁵, tiene su origen en la impugnación por parte de un grupo de ahorristas individuales, ante el Tribunal Administrativo Regional (TAR) de la región del Lazio, de una serie de medidas administrativas adoptadas por el Banco de Italia a finales de 2015 para hacer frente a la inviabilidad financiera de ciertas cooperativas de crédito popular italianas. De estas medidas se derivó sustancialmente, en particular, la reducción del valor económico total de los títulos (acciones y obligaciones) emitidos por estas sociedades bancarias populares que los ahorristas recurrentes detentaban.

Junto a los ahorristas individuales, entre los demandantes figuraba también CODACONS, una asociación inscrita en la lista especial de las asociaciones profesionales representativas a nivel nacional a las que hace referencia el artículo 137 del Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2005, n° 206 (en adelante el “Código de Consumo”)⁶.

En primera instancia⁷, el TAR del Lazio declaró el recurso parcialmente inadmisibles (por falta de legitimación de CODACONS) y parcialmente infundado en cuanto al fondo (con referencia a las posiciones jurídicas de los ahorristas individuales), confirmando por ende la legalidad de las medidas impugnadas.

En lo que aquí más interesa —esto es, el defecto de legitimación para recurrir de CODACONS—, el TAR del Lazio basó su decisión en la falta de previsión legislativa del derecho de acción judicial administrativa ante los tribunales de las asociaciones profesionales *ex* artículo 137 del Código de Consumo. Los artículos 139 y 140 de dicho Código⁸, en efecto, no contemplaban expresamente la acción de anulación ante el TAR entre las acciones jurisdiccionales expresamente reconocidas a dichas entidades.

Con ocasión de la apelación, se puso de manifiesto una discrepancia en la jurisprudencia de las diferentes secciones del Consejo de Estado italiano sobre la legitimación para recurrir de las entidades colectivas y, considerada una cuestión de particular importancia, la sección sexta del referido órgano elevó al Plenario —

⁵ Al texto original de las sentencias del Consejo de Estado italiano y a las de los Tribunales Administrativos Regionales que se citan más adelante puede accederse de forma gratuita a través del portal institucional <https://www.giustizia-amministrativa.it/>, con una búsqueda sencilla por la fecha y referencia de número y órgano decisorio (N. de la T.).

⁶ El texto vigente de las normas italianas puede consultarse en línea de forma gratuita a través del portal <https://www.normattiva.it/> (N. de la T.).

⁷ Sede de Roma, sentencia de la sección 2Q, de 7 de enero de 2017, n° 165.

⁸ Materia hoy incorporada, en virtud de la Ley de 12 de abril de 2009, n° 31, en materia de acción de clase, al Título VIII-bis del Libro cuarto del Código del Procedimiento Civil.

mediante la ordenanza n° 7208 de 23 de octubre de 2019— la cuestión de determinar si, a la luz de la evolución del ordenamiento jurídico, y dada la prohibición general establecida en el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil (CPC), puede aún sostenerse la existencia de una legitimación general de las entidades en defensa de los intereses meta individuales⁹ en materia de protección de estos ante el juez administrativo, o si, por el contrario, a estos efectos es necesaria una legitimación extraordinaria conferida por el legislador.

Las dos tendencias contrapuestas sobre las que debía decidir el Pleno del Consejo de Estado son:

- la orientación más tradicional, que sigue la regla conocida como de la “doble vía”, según la cual las entidades colectivas (como las asociaciones), si cumplen determinados requisitos (representatividad efectiva, finalidad estatutaria, no ocasionalidad, en algunos casos vinculación con el territorio), estarían siempre legitimadas de por sí —esto es, con independencia de una previsión legal específica— a impugnar ante el juez administrativo las medidas que consideren lesivas de los intereses difusos de la colectividad que defienden;
- otra, cronológicamente más reciente y encarnada en el pronunciamiento de la sección sexta del Consejo de Estado de 21 de julio de 2016 n° 3303, que, en cambio, se basa en “una nueva y más madura taxatividad de las acciones a ejercitar” tanto en el plano subjetivo (“quien puede actuar”) como en el objetivo (“el tipo de acción que puede ejercerse”), con la consecuencia de que la legitimación para recurrir de las entidades a las que aquí se hace referencia sería admisible únicamente en los casos establecidos por la ley de manera expresa.

10

El Pleno somete a crítica la orientación jurisprudencial más reciente, confirmando la bondad de la orientación interpretativa tradicional, sobre la base de tres argumentos principales.

En primer lugar, el progresivo reconocimiento legislativo de la protección de intereses difusos a través del tipo de entidades que nos ocupan, que asumen estatutariamente y no de forma ocasional su representación, “no puede leerse en una clave que se traduzca en la disminución de la protección [...] sino como una manifestación positiva de la necesidad de protección jurídica de intereses difusos, según el esquema ya delineado en general por la jurisprudencia, y en línea con el papel que el artículo 2 de la Constitución asigna a las formaciones sociales, así como con el enfoque más atento y evolucionado del principio de subsidiariedad

⁹ Se conocen comúnmente como categoría con el término de enti esponenziali, y esa es la expresión que emplea el Consejo de Estado; la categorización de este tipo de entidades en Derecho italiano facilita mucho la exposición, pues evita el uso de los circunloquios descriptivos con que hay que referirse a ellos en lengua española ante la falta de un consenso para su adjetivación más simple (N. de la T.).

horizontal recogido en el artículo 118 de la misma Constitución”¹⁰.

En segundo lugar, el artículo 81 del CPC (que dispone que fuera de los casos expresamente previstos por ley, nadie puede hacer valer en proceso en nombre propio el derecho de otro) no es óbice para el reconocimiento de legitimación para recurrir de entidades de defensa de derechos colectivos en ausencia de una norma jurídica específica, porque la situación jurídica compete a esas entidades, que hacen valer en su propio nombre un “derecho” que también es propio. En efecto, el interés sustancial del particular, entendido como componente individual del más amplio interés difuso, adquiere el rango de interés jurídicamente protegido (correspondiéndole la protección propia del interés legítimo) cuando se proyecta en su dimensión colectiva, como síntesis y no suma del interés de todos los miembros del colectivo o grupo de que se trate.

En tercer lugar, en Derecho Administrativo —a diferencia de lo que ocurre en Derecho Privado, donde las posiciones implicadas están vinculadas a negocios jurídicos— la norma de habilitación no sería imprescindible, porque “el cuidado del interés público, al que la atribución del poder es instrumental, no sólo caracteriza, califica y justifica [...] la dimensión unilateral y de autoridad del poder [...] sino que también sirve para poner de relieve, independientemente de los reconocimientos normativos explícitos, posiciones jurídicas que van más allá de la esfera del individuo y que se refieren en cambio a bienes de la vida de uso colectivo de cuya protección una asociación se hace promotora sobre la base de los criterios jurisprudenciales de la representatividad, el vínculo territorial y el carácter no ocasional”.

11

A la luz de los argumentos resumidos anteriormente, el Pleno del Consejo de Estado concluye, en definitiva, que “las entidades asociativas de defensa de intereses colectivos, inscritas en la lista especial de las asociaciones representativas de usuarios o consumidores, o que reúnan los requisitos señalados por la jurisprudencia, están legitimadas para ejercitar acciones en defensa de los intereses legítimos colectivos de determinadas comunidades o grupos, y en particular la acción general de anulación ante la jurisdicción administrativa, independientemente de una disposición legal expresa en este sentido”.

III.- La “colectivización” de los intereses difusos

La doctrina del Pleno que acaba de comentarse confirma la tradicional apertura de la jurisprudencia administrativa hacia la tutela de los intereses supraindividuales, originariamente anónimos y sin dueño concreto, los cuales no gozarían de otra

¹⁰ El art. 118, párr. 4 de la Constitución italiana dispone: “El Estado, las Regiones, las Ciudades Metropolitanas, las Provincias y los Municipios fomentarán la iniciativa autónoma de los ciudadanos, individualmente o asociados, para el desarrollo de actividades de interés general sobre la base del principio de subsidiariedad” (vid. https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_SPAGNOLO.pdf) (N. de la T.).

manera de protección jurídica por estar en relación con bienes de uso compartido.

No huelga recordar que la dimensión individual del interés legítimo y la connotación subjetivista del proceso administrativo (cfr. art. 24 de la Constitución italiana¹¹), en un principio, no permitieron el acceso a la justicia administrativa de los llamados “intereses difusos”, es decir, de aquellos intereses que pertenecen a una pluralidad indistinta de sujetos y que se refieren a bienes no susceptibles de disfrute diferenciado (piénsese, por todos, en la protección del medioambiente).

A falta de un anclaje normativo expreso y habida cuenta de que la protección de intereses supraindividuales no podía ser una prerrogativa exclusiva de los organismos públicos, la jurisprudencia abrió las puertas del proceso administrativo al interés difuso de sujetos singulares privados con la ganzúa interpretativa de “transformar” tal interés en un interés colectivo propio de la asociación o entidad representativa. Se trata de una ficción por medio de la cual la entidad se convierte en titular del interés (propio y distinto) del conjunto de la categoría de sujetos a los que representa¹².

Se consigue así un interés colectivo “disfrazado” de interés legítimo cuyo ente titular puede accionar, bien porque existe una norma habilitadora (son los casos de legitimación extraordinaria *ex lege*, la llamada “legitimación objetiva”) o bien tras la comprobación de que el ente posee ciertos requisitos específicos (representatividad efectiva, finalidad estatutaria, no ocasionalidad y en algunos casos vinculación con el territorio, la llamada “legitimación subjetiva”).

A la luz de lo recientemente (re)afirmado por el Pleno del Consejo de Estado, por lo tanto, el acceso a la tutela judicial administrativa de los intereses difusos se realiza por dos “vías” distintas y con el “aplastamiento” de estos intereses sobre los colectivos, en los que son más fáciles de detectar las características típicas de la personalidad y de la diferenciación propias del interés legítimo.

Dada, no obstante, la existencia de numerosos casos de legitimación atribuida *ex lege*, la compatibilidad —que el Pleno reitera— de la prohibición de la sustitución procesal del artículo 81 del CPC respecto a los casos de legitimación “subjetiva” con el recurso a la ficción de la titularidad de un interés legítimo propio de la entidad distinto del de sus componentes individuales, podría no parecer inmediatamente respaldada por un sólido aparato argumentativo.

¹¹ El art. 24 de la Constitución italiana establece: “Todo ciudadano podrá acudir a los Tribunales para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La defensa constituye un derecho inviolable en todas las fases y grados del proceso. A través de las instituciones adecuadas, se garantizará a quienes carezcan de recursos económicos los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y modalidades de indemnización en los casos de error judicial” (vid. https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_SPAGNOLO.pdf) (N. de la T.).

¹² Casetta, Elio y Fracchia, Fabrizio, *Manuale di diritto amministrativo*, 23ª ed., Milán, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021, pp. 271 y 272.

Y es que si, según la regla de la “doble vía”, la entidad puede siempre actuar en juicio respetando los requisitos ya mencionados, incluso sin una base legislativa previa (configurando así una especie de legitimación extraordinaria generalizada), la existencia de supuestos específicos de legitimación para recurrir, por el contrario, llevaría a considerar que, “fuera de los casos expresamente previstos por la ley”, el interés del individuo representado está, por regla general, separado del interés de la entidad, que, por tanto, no podría invocar en su propio nombre un interés ajeno (art. 81 del CPC).

Para restablecer la coherencia del sistema, se puede considerar que las hipótesis de legitimación objetiva no se ponen en distonía con la ausencia de alteridad predicada entre la titularidad efectiva del interés (por parte del individuo representado) y el sujeto que lo hace valer (la entidad representante), sino que constituyen únicamente una especie del género de las hipótesis de legitimación subjetiva que, a diferencia de estas últimas, han adquirido un reconocimiento legislativo expreso.

Una parte de la doctrina¹³ ha observado que los intereses colectivos representan “la otra cara” de los intereses de los miembros de un grupo que surgen en sede de representación política. En otras palabras, estos intereses no han tenido la fuerza en el ámbito legislativo para “subjetivarse”, no pudiendo asumir la condición de derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses públicos.

De conformidad con el principio de subsidiariedad horizontal (art. 118.4 de la Constitución italiana), en cualquier caso, tendrían el mérito de desempeñar un papel suplente para proteger al individuo frente al poder público cuando la Administración de que se trate no represente eficazmente los intereses de todos los componentes del colectivo, o en los casos en que la complejidad de la materia exija que el interés supraindividual a proteger se atribuya a un grupo organizado porque está mejor equipado para afrontar los obstáculos (de carácter económico pero también cualitativo) de acceso a la justicia que encontraría el ciudadano individual.

13

IV.- El amplio acceso a la justicia administrativa del interés (difuso) en la tutela del ambiente

A partir de las coordenadas teóricas expuestas, es posible presentar algunas reflexiones más específicas sobre la protección administrativa del interés difuso de la tutela ambiental en sede jurisdiccional, también desde la óptica de las generaciones futuras.

La tutela medioambiental representa el interés difuso por excelencia, cuya protección jurisdiccional encuentra expreso fundamento legislativo en el

¹³ Occhiena, Massimo, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 385 y ss.

ordenamiento italiano desde 1986¹⁴.

Así, el artículo 18, apartado 5, de la Ley de 8 de julio de 1986, n° 349 (por la que se crea el Ministerio del Ambiente), establece que las asociaciones ambientales de dimensión nacional y ultrarregional, identificadas por decreto del Ministerio de Ambiente *ex* artículo 13 de la misma Ley, podrán intervenir en los juicios por daños medioambientales y recurrir ante la jurisdicción administrativa para la anulación de actos ilegales.

Por otra parte, la regla pretoria de la “doble vía”, también ha permitido el acceso a la justicia administrativa de asociaciones y comités de protección del medioambiente no reconocidos en los términos del artículo 13 de esa Ley 349/1986 cuando, caso por caso, se demuestre en el litigio lo siguiente: la persecución estatutaria no ocasional de objetivos de protección del medioambiente, la presencia de un grado adecuado de representatividad y estabilidad, así como la identificación de un área de influencia vinculada a la zona en la que esté situado el bien de uso colectivo que se supone perjudicado¹⁵.

El amplio alcance de la protección del interés medioambiental se demuestra también desde el punto de vista objetivo de los actos impugnables, dado que la tendencia jurisprudencial prevalentemente vigente admite que pueden ser impugnados también los actos administrativos generales de carácter planificador y programador, cuando afecten negativamente a los intereses ambientales, debido a su instrumentalidad en relación con la correcta evaluación de las repercusiones sobre el paisaje y el medioambiente de las intervenciones programadas¹⁶.

El acceso a la justicia en materia de medioambiente se valora también de manera significativa en el plano supranacional.

En efecto, el artículo 1 del Convenio de Aarhus, firmado el 25 de junio de 1998 y ratificado por Italia mediante la Ley 108/2001, con el fin de “contribuir a proteger el derecho de toda persona, en las generaciones presentes y futuras, a vivir en un entorno que garantice su salud y su bienestar”, exige que cada Parte garantice el derecho de acceso a la información, la participación del público en los procesos

¹⁴ En la doctrina, entre otros muchos, pueden verse los trabajos de Delsignore, Monica, “La legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali: questioni aperte”, *Rivista giuridica dell’ambiente*, n° 1, Nápoles, Scientifica, 2020, pp. 179 y ss.; Giglioni, Fabio, “La legittimazione processuale attiva per la tutela dell’ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale”, *Diritto processuale amministrativo*, año XXXIII, n° 1, Milán, Giuffrè, 2015, pp. 413 y ss. o Duret, Paolo, “Riflessioni sulla legittimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà”, *Diritto processuale amministrativo*, año XXVI, n° 3, Milán, Giuffrè, 2015, pp. 688 y ss.

¹⁵ *Ex multis*, cfr. Dictamen del Consejo de Estado (sección 1), de 18 de diciembre de 2019, n° 3182.

¹⁶ Así puede verse, además de en el dictamen citado en la nota precedente, en sentencias del mismo Consejo de Estado de 24 de mayo de 2018 (sección 5, n° 3109) y de 14 de abril de 2001 (sección 4, n° 2329) así como en la sentencia del TAR de Lombardia (sección 2) de 29 de enero de 2021, n° 283 o del TAR del Véneto (sección 2) de 18 de enero de 2017, n° 50.

de toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medioambiente, de conformidad con lo dispuesto en el mismo Convenio.

En particular, el párrafo segundo del artículo 9 del Convenio prevé que los miembros del “público interesado”, que tengan un “interés suficiente” o, alternativamente, que hagan valer la “violación de un derecho”, tengan acceso a un procedimiento de recurso ante un órgano jurisdiccional y/o ante otro órgano independiente e imparcial creado por ley, para impugnar la legalidad material o procedimental de las decisiones, actos u omisiones en materia de medioambiente por parte de entidades públicas o privadas.

Y, de conformidad con el artículo 2 del Convenio, por “público interesado” se entiende en sentido amplio “el público que sufre o puede sufrir los efectos de los procesos de toma de decisiones en materia de medioambiente o que tiene un interés que invocar al respecto; a efectos de la presente definición, se considerarán titulares de tales intereses las organizaciones no gubernamentales que promuevan la tutela ambiental y cumplan los requisitos establecidos en el Derecho nacional”. Asimismo, se precisa que “los conceptos de ‘interés suficiente’ y de ‘violación de un derecho’ se determinarán con arreglo al Derecho nacional, en consonancia con el objetivo de ofrecer al público interesado un amplio acceso a la justicia en el marco del presente Convenio”.

A partir de todo lo visto, una vez calificadas como tales con arreglo al Derecho nacional sobre la base de criterios no innecesariamente gravosos y discriminatorios, a las asociaciones ecologistas se les reconoce automáticamente la *legitimatio ad causam*, sin que sea necesario demostrar la lesión de una situación jurídica subjetiva específica a ellas adscrita.

También a nivel de la Unión Europea, la Comisión —en línea con lo previsto por el mismo Convenio y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales (“derecho a un recurso efectivo y a un juez imparcial”)— en sus Comunicaciones de 11 de diciembre de 2019 (sobre el Pacto Verde Europeo) y de 14 de octubre de 2020 (“mejorar el acceso a la justicia en materia de medioambiente en la UE y sus Estados miembros”), se ha comprometido a facilitar el acceso a la justicia de los ciudadanos y las organizaciones no gubernamentales que promueven la protección del medioambiente ante el Tribunal de Justicia de la UE y ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Y ello, también a través de la inaplicación por parte del juez nacional de las normas internas que prevean “limitaciones indebidas a la legitimación para ejercitar la acción”¹⁷.

¹⁷ Comunicación de la Comisión Europea de 14 de octubre de 2020, par. 37. En esta materia pueden verse también las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2021 (asunto C-240/09, Lesoochranárske zoskupenie) y de 3 de octubre de 2019 (asunto C-197/18, Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland y otros).

La necesidad de una mayor protección judicial de las organizaciones no gubernamentales, ha inspirado, por ejemplo, el Reglamento (UE) n° 1767, de 6 de octubre de 2021, que modificó parcialmente el Reglamento (CE) n° 1367, de 6 de septiembre de 2006, sobre la aplicación de las disposiciones del Convenio de Aarhus a las instituciones y órganos de la Unión.

V.- El medioambiente como deber de solidaridad: ¿hacia una objetivación de la jurisdicción administrativa?

Resulta pacífico afirmar¹⁸ que el amplio acceso de los entes colectivos a la justicia administrativa responde funcionalmente a un control difuso sobre la administración del medioambiente, que constituye “una importante protección no sólo para la satisfacción de los intereses individuales, sino también para la efectividad de las mismas normas para la protección del medioambiente y, por lo tanto, del relativo interés público”. El trabajo de las asociaciones ecologistas “en efecto, tiene por objeto el interés (no individual, sino) general (tanto nacional como europeo) en que el conflicto con las garantías procesales y sustantivas para la protección del medioambiente sea efectivamente escrutado por los tribunales”.

16 Así las cosas, la meta de la máxima protección del medioambiente parece hacer de importancia recesiva, para el acceso a la justicia, la naturaleza de la situación jurídica subjetiva invocada, objetivando marcadamente el proceso administrativo.

Por otra parte, casi como para recordar la connotación objetiva originaria de la jurisdicción administrativa, la misma sentencia del Pleno del Consejo de Estado que aquí se comenta precisó que la dimensión autoritativa del poder público, además de caracterizar las relaciones de Derecho Administrativo respecto a las de Derecho Privado, vale también para atribuir a los intereses supraindividuales un relieve que es “ordinario” —es decir, “con independencia de los reconocimientos normativos explícitos”— en las primeras y que, en cambio, es “excepcional” en las segundas.

Esta tendencia a valorar la dimensión objetiva de la tutela judicial en lugar de atender a la persona legitimada en el proceso para ejercer la acción se salda con la configuración del medioambiente no ya como (objeto de) un derecho (subjetivo), sino como (objeto de) un deber de solidaridad (art. 2 de la Constitución italiana¹⁹),

¹⁸ Goisis, Francesco, “Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall’ordinamento dell’Unione Europea”, *Diritto processuale amministrativo*, año XXX, n° 1, Milán, Giuffrè, 2021, pp. 101 y ss.

¹⁹ El art. 2 de la Constitución italiana dispone: “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social” (vid. https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_SPAGNOLO.pdf) (N. de la T.).

que incumbe en particular (aunque no sólo) a los sujetos públicos al efecto²⁰.

Cabe así hablar del paso del antropocentrismo del derecho al antropocentrismo del deber, como confirman los llamados *climate change litigations*, donde, bien mirado, no se discute de “derechos” para sujetos inexistentes, sino más bien de incumplimientos por parte de los Estados de sus obligaciones en materia de protección del medioambiente²¹.

Este impulso hacia una mayor objetivación del proceso administrativo sería de gran ayuda también en vista de la proyección intergeneracional de la problemática ambiental, para hacer más fácilmente justiciables las obligaciones vinculadas a la satisfacción de los intereses de las generaciones futuras, que encuentran fundamento jurídico en el nuevo artículo 2 de la Constitución italiana “leído” conjuntamente con el principio de desarrollo sostenible²².

En efecto, de este modo se resolvería de raíz el difícil problema de la definición previa de un titular de derechos o de un representante de las generaciones futuras, evitando excesivos artificios jurídicos (como el de conferir derechos a la naturaleza o a personas que aún no han llegado a existir). Debería entonces idearse un mecanismo de activación del control jurisdiccional por impulso de entidades colectivas privadas y/o de organismos públicos que tenga por objeto el cumplimiento exacto de los

²⁰ Fracchia, Fabrizio, “Sulla configurazione giuridica unitaria dell’ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale”, *Il diritto dell’economia*, n° 2, Milán-Giuffrè, 2002, pp. 215 y ss.; más recientemente, del mismo autor puede verse el trabajo “I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell’amministrativista e l’esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali”, en un número monográfico de 2021 a cargo de Pantalone, Pasquale, “Doveri intergenerazionali e tutela dell’ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui”, de la revista *Il diritto dell’economia*, Módena, STEM-Mucchi, pp. 55 y ss.

²¹ Basta evocar aquí el célebre caso Urgenda, de diciembre de 2019, en que la Corte Suprema de los Países Bajos condenó al Gobierno a reducir al menos en un 25% la emisión de CO2 antes de finales de 2020 o, más recientemente, la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 24 de marzo de 2021, que declaró parcialmente inconstitucional la Ley alemana de cambio climático ante la falta de indicaciones detalladas sobre la reducción de las emisiones después de 2030. En la doctrina, véanse los trabajos de Ramajoli, Margherita, “Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation”, *Rivista giuridica dell’ambiente*, n° 1, Nápoles, Scientifica, 2021, pp. 53 y ss.; Valaguzza, Sara, “Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?”, año XXXIX, n° 2, Milán, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021, pp. 293 y ss. o Assanti, Emanuele Guarna, “Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda”, *Federalismi.it*, n° 17, 2021, pp. 66 y ss.

²² Artículo 3. quater del Decreto Legislativo de 3 de abril de 2006, n° 152. Mediante la reciente Ley constitucional de 11 de febrero de 2022, n° 1, entre otras cosas se inserta en la Constitución un nuevo apartado en el artículo 9, según el cual la República “tutela el medioambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, también en interés de las generaciones futuras. Una ley estatal disciplinará los modos formas de la tutela de los animales”. La proyección intergeneracional de la tutela del medioambiente, la biodiversidad y los ecosistemas adquiere de esta forma relevancia constitucional.

deberes de protección que incumben a los “custodios” del medioambiente²³.

Obviamente, con ello no se pretende neutralizar la operatividad de los dispositivos irrenunciables de la democracia representativa mediante una amplia legitimación para recurrir *uti civis*²⁴, ni considerar ilimitada la discrecionalidad del juez en la selección de los intereses que han de merecer protección para la salvaguardia objetiva de la legalidad administrativa.

Aunque se puede discutir sobre el mantenimiento de las categorías procesales tradicionales, es cierto que la importancia y las peculiaridades de los problemas medioambientales requieren la elaboración de nuevas soluciones jurídicas que el juez administrativo podría sin duda valorar, habiendo mostrado a menudo —como se puede deducir también de la reciente decisión del Pleno del Consejo de Estado italiano n° 6/2020— un enfoque suficientemente flexible. Más allá de lo que en cada caso concreto será la solución jurídica a elaborar, es preciso hacer constar que la protección del medioambiente —incluida su dimensión intergeneracional— y el control de carácter eminentemente objetivo que implica, demuestran una vez más la importancia y la extraordinaria capacidad de adaptación de la jurisdicción administrativa a los nuevos y complejos retos que plantea el acceso a la justicia de los intereses supraindividuales.

VI.-Referencias

Assanti, Emanuele Guarna, “Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda”, *Federalismi.it*, n° 17, 2021, pp. 66-93.

Casetta, Elio y Fracchia, Fabrizio, *Manuale di diritto amministrativo*, 23ª ed., Milán, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021.

Delsignore, Monica, “La legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali: questioni aperte”, *Rivista giuridica dell’ambiente*, n° 1, Nápoles, Scientifica, 2020, pp. 179-198.

Delsignore, Monica, *L’amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Turín, Giappichelli, 2020.

²³ Fracchia, Gregorio, “Quis custodiet custodes? Standing, metaphysics and transgenerational bond”, en Andina, Tiziana y Corvino, Fausto (a cura di), *Climate Justice: theory and practice*, en prensa.

²⁴ Sobre el tema puede verse Romani, Elisabetta, “Il principio dello sviluppo sostenibile nella sua dimensione processuale: suggestioni per una legittimazione a ricorrere *uti civis*”, en el número monográfico de 2021 de la revista *Il diritto dell’economia* ya citado, pp. 204 y ss.

- Duret, Paolo, “Riflessioni sulla legitimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà”, *Diritto processuale amministrativo*, año XXVI, n° 3, Milán, Giuffrè, 2015, pp. 688-788.
- Fracchia, Fabrizio, “Sulla configurazione giuridica unitaria dell’ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale”, *Il diritto dell’economia*, n° 2, Milán-Giuffrè, 2002, pp. 215-260.
- Fracchia, Fabrizio, “I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell’amministrativista e l’esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali”, *Il diritto dell’economia*, n° extra, Módena, STEM-Mucchi, 2021, pp. 55-69.
- Fracchia, Gregorio, “Quis custodiet custodes? Standing, metaphysics and trans-generational bond”, en Andina, Tiziana y Corvino, Fausto (a cura di), *Climate Justice: theory and practice*, en prensa.
- Franca, Simone, “Il ‘doppio binario’ di legittimazione alla prova dell’Adunanza Plenaria. Quale spazio per la legittimazione soggettiva degli enti esponenziali di interessi collettivi? Nota a Cons. Stato, ad. plen. 20 febbraio 2020, n. 6”, *Diritto processuale amministrativo*, año XXXVIII, n° 4, Milán, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2020.
- Giglioni, Fabio, “La legittimazione processuale attiva per la tutela dell’ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale”, *Diritto processuale amministrativo*, año XXXIII, n° 1, Milán, Giuffrè, 2015, pp. 413-456.
- Giliberti, Biagio, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padua, CEDAM-Wolters Kluwer, 2020.
- Goisis, Francesco, “Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall’ordinamento dell’Unione Europea”, *Diritto processuale amministrativo*, año XXX, n° 1, Milán, Giuffrè, 2021, pp. 101-126.
- Mannucci, Giulia, “La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?”, *Giornale di diritto amministrativo*, año XXVI, n° 4, Milán, Wolters Kluwer, 2020, pp. 529-537.
- Mirate, Silvia, “La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra ‘generalità’ e ‘specialità’”, in *Giornale di diritto amministrativo*, año XXVI, n° 4, Milán, Wolters Kluwer, 2020, pp. 520-528.

Mirate, Silvia, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milán, Franco Angeli, 2018.

Occhiena, Massimo, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milán, Giuffrè, 2002.

Ramajoli, Margherita, “Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation”, *Rivista giuridica dell’ambiente*, nº 1, Nápoles, Scientifica, 2021, pp. 53-65.

Romani, Elisabetta, “Il principio dello sviluppo sostenibile nella sua dimensione processuale: suggestioni per una legittimazione a ricorrere *uti civis*”, *Il diritto dell’economia*, nº extra, Módena, STEM-Mucchi, 2021, pp. 204-219.

Tropea, Giuseppe, “La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente”, *Diritto processuale amministrativo*, año XXXIX, nº 2, Milán, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021, pp. 449-472.

Valaguzza, Sara, “Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?”, año XXXIX, nº 2, Milán, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021, pp. 293-334.

La clasificación como obstáculo para el acceso a los derechos fundamentales.

El derecho de las personas trans a acceder sin discriminación a una vivienda digna

Martín Leonardo Furchi* y Ramón Trejo**

Resumen

Desde muy temprano, el derecho constitucional desconfió de las clasificaciones que realiza la administración pública sustentadas en el género. En los últimos años, la revisión de las clasificaciones que contuvieran un sesgo discriminatorio se comenzó a aplicar a toda la pléyade de derechos constitucionales, no sólo a aquellos derechos personalísimos. En este artículo, se realiza una revisión del derecho a la vivienda, al solo efecto de continuar el debate jurídico, bajo el prisma teórico propuesto por Dean Spade.

Palabras claves: Constitución Nacional – minorías trans – derecho a la vivienda – clasificaciones administrativas.

Abstract

From very early on, constitutional law mistrusted the classifications made by the public administration based on gender. In recent years, the revision of the classifications that contained a discriminatory bias began to be applied to the entire plethora of constitutional rights, not only to those very personal rights. In this article, a review of the right to housing is carried out, for the sole purpose of continuing the legal debate, under the theoretical prism proposed by Dean Spade.

Key words: National Constitution – trans minorities – right to housing – administrative classifications.

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de La Matanza, mfurchi@jusbaire.gob.ar

** Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de La Matanza, rtrejo@unlam.edu.ar

I.- Introducción

Uno de los paradigmas sobre los que se apoya el moderno Estado Constitucional de derecho es la protección de las minorías, tema de discusión preferente que aparece cuando se debate el contenido y papel de las Constituciones. Si bien la protección de las minorías ha sido un tema central desde la aparición del constitucionalismo, la discusión que se da en la actualidad rompe con el clásico enfoque y ha avanzado por su propia línea tanto normativa como discursiva, principalmente a raíz de la protección internacional en materia de derechos humanos. De ahí que el mismo concepto de Constitución haya cambiado el enfoque, abarcando no sólo el derecho, la soberanía o el federalismo, sino que se ha extendido a otras áreas de conocimiento social que involucra la protección jurídica de diferentes culturas que conviven en un Estado en particular.

Ha operado un descenso del modelo ideal de Constitución producto del romanticismo del siglo XIX, a la observación práctica de desarrollar acciones positivas concretas que tengan por finalidad remover obstáculos en el goce de los derechos que aquellas Constituciones consagraron y que un siglo después sigue siendo, para muchos grupos sociales, una quimera. Ante este panorama, las modernas democracias no pueden seguir tratando a las minorías sexuales –a las cuales nos referiremos en particular- como agregados sociales estandarizados. Dean Spade, en su obra “Una vida normal”, asevera que una clasificación inadecuada es -en sí misma- un grave problema, dado que la segregación por razón de sexo es utilizada para estructurar innumerables servicios e instituciones. En ese contexto, indica que aquellos cuyo historial y documentos identificativos contienen marcadores de género que no coinciden con su identidad, se enfrentan a importantes obstáculos a la hora de acceder a albergues para personas sin hogar, centros para víctimas de violencia de género, hogares de apoyo y hospitales.²

El derecho constitucional liberal que dio origen a nuestro primer constitucionalismo en 1853, consideró los estándares de libertad y justicia, junto a la defensa de los derechos individuales, de forma tal en la que el Estado sólo los reconocía, sin preocuparse por su satisfacción material.³ El reconocimiento expreso y escrito de los derechos individuales, fue exclusivamente destinado para poner un límite al ejercicio del poder por parte del Estado, no como declamación de principios o plan de gobierno, reflejado en la redacción del art 16 CN.⁴ La justicia fue entendida así

¹ Spade, Dean, *Una Vida Normal, La violencia administrativa, la política trans crítica y los límites del derecho*, Barcelona, Bellaterra, 2015. Señala el autor que la propia lógica clasificatoria es inadecuada y, a la vez, una fuente de desigualdad.

² Spade, Dean, *ibid.* pp. 153 y ss.

³ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Ed. Zavallá, 3ª ed., 2000, p. 3.

⁴ García-Mansilla, Manuel y Ramírez Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

en términos de *justicia del procedimiento*, o como modernamente se la denomina en *seguridad jurídica*, y a esto se circunscribía el Estado de Derecho.⁵

La entrada al siglo XX vio de esta manera un esquema legal igualitario, con un país completamente dividido, política y socialmente. Se estableció de hecho una pequeña casta que centralizó las conquistas políticas y económicas fruto de la bonanza que les otorgaba la balanza comercial, sin atender ese bienestar a la totalidad de la población. Conceptualmente, era “normal” que existiera dicha desigualdad, se correspondía, digamos, con el *estándar* reinante para aquél entonces. Después de esa primera aparición, la igualdad ante la ley ha ido ampliando su alcance, hasta significar que la ley no puede discriminar a las personas salvo por circunstancias relevantes, entre las que, en todo caso, no se encuentran la raza, el sexo, el nacimiento, la fe religiosa o las opiniones políticas.

En todo caso, tanto en su sentido original y más estrecho como en su sentido contemporáneo y más amplio, la igualdad ante la ley, en esta segunda acepción, no es más que una determinación sustantiva del valor de la justicia, es decir, una concepción de la justicia. Lo que supone es que, de cara a cómo deben ser tratadas, las personas no son desiguales por su pertenencia a un estamento o a un género o a una raza y, por tanto, sería injusto tratarlas, por alguno de estos motivos, de manera desigual. Por tanto, esta igualdad ante la ley no es sino la conclusión lógica que deriva de las dos premisas: igualdad axiológica (justicia) e igualdad fáctica.

23

De allí que las clasificaciones basadas en sexo se han considerado neutras o igualitarias para la población durante muchos años, sin que se les haya prestado demasiada atención. Dado ello, el presente trabajo tiene por objeto indagar sobre el impacto que suelen tener las clasificaciones basadas en el sexo o género de las personas y su incidencia en los *colectivos sociales* que históricamente han sufrido actos discriminatorios, a los fines de trazar, modestamente, una aproximación.

Para ello, emprenderemos el análisis haciendo el foco en la falta de neutralidad de las clasificaciones basadas en el género, y su sesgo en la obstaculización al acceso a derechos fundamentales que devienen de tales encasillamientos.

II.- El material jurídico relevante

A nivel normativo, la relación en el sesgo clasificatorio que se aplica sobre aquellas minorías sexuales ha sido contemplado y hoy en día cuenta con una amplia protección, sumada a un cúmulo de acciones tendientes a la concreción de la tan citada igualdad ante la ley.

Al darle rango constitucional a las distintas Convenciones y tratados en materia de derechos humanos en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, se ha

⁵ Kelsen, Hans. *¿Qué es Justicia?*, España, Ed. Planeta Agostini, 1993.

allanado parte del camino, evitando la represión y logrando una convivencia pacífica, permitiendo el pasaje a otra etapa, cual es, qué medidas debe llevar a cabo el Estado –y quienes deben ser los responsables de ellas- para su concreción efectiva.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su art. 2º que “1. *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de ...sexo...*”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su art. 2º que “1. *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de...sexo...*”; en su art. 4º que “1. *En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de... sexo...*”; en su art. 24 dispone que “1. *Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*” y refuerza el concepto requiriendo una acción positiva del Estado en el art. 26 al disponer que “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo...*”.

24

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en su art. 2º que “2. *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de...sexo...*”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su art. II que “*Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de...sexo...*”.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 24 que “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*”

Este panorama normativo enfoca la protección de las minorías como una política pública, no solamente desde una óptica de respeto o tolerancia, sino de un *hacer* positivo, concreto y actual.

La jurisprudencia internacional confirma ese camino. La recomendación

general de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a los Estados Partes, puntualmente establece la necesidad de “[a]doptar medidas, incluyendo en materia legislativa, de política pública y programas estatales, para abordar las causas subyacentes de la violencia contra las personas trans [...]. Estas medidas deben asegurar, entre otras, que las personas trans tengan acceso sin discriminación al empleo formal, educación, salud y vivienda”⁶También, y con relación al derecho de acceso a una vivienda digna, nos resulta necesario acudir al Principio N° 15 de Yogyakarta en tanto establece que los estados “[a]doptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar la seguridad en cuanto a la tenencia y el acceso a una vivienda asequible, habitable, accesible, culturalmente apropiada y segura, incluyendo refugios y otros alojamientos de emergencia, sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o estado marital o familiar”.

III.- La utilización de clasificaciones justificadas en el género. ¿Un análisis de su validez basado estrictamente en el principio de igualdad es suficiente para garantizar la no discriminación?

Entendemos que existen situaciones en donde la mera utilización de clasificaciones las convierte en *categorías* que organizan la experiencia diaria de las personas, se constituyen en verdaderos obstáculos para el acceso de determinados colectivos sociales a derechos que a nivel normativo son reputados fundamentales.

Con el pasar de los años, clasificaciones que utilizaban las características sexuales aparentemente inocuas que aparecían en cualquier formulario en el cual cada persona incorporaba sus datos personales y que nos acompañan desde una edad temprana, se erigieron como *categorías sospechosas de discriminación* (en los términos indicados por la CSJN en el precedente “Hooft”⁷) en tanto configuraron evidentes métodos de segregación por razón de género, con especial énfasis hacia las personas trans.

Si evaluamos la situación bajo el tamiz del principio de igualdad, considerando

⁶ Comisión IDH “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América” en conjunto con la Organización de Estados Americanos, Informe del 12 de noviembre del 2015, p. 292.

⁷ Fallos: 327:5118. Allí sostuvo –entre otras cuestiones- que “En presencia de un caso como el planteado, donde la norma impugnada se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad, el control constitucional exige pasar la prueba de “una justificación suficiente de la restricción” (en referencia a la doctrina del escrutinio estricto, ya aplicada por la Corte en el precedente de Fallos 321:194). Dicha justificación implica una cuidadosa prueba sobre los fines que la Provincia demandada intenta resguardar con la norma impugnada y sobre los medios utilizados al efecto. Los fines deben ser sustanciales, no meramente convenientes. Los medios, no basta que sean simplemente adecuados a los fines, sino que debe demostrarse su eficacia y que no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.”

el contexto social -histórico y actual- en que se encuentran las personas que sufren este tipo de segregación, será razonable concluir que dicho principio garantice – reforzadamente- la no discriminación.⁸

En ese mismo camino, Spade advierte tal circunstancia y pone de resalto que las demandas de igualdad jurídica que no modifican las condiciones generales de desigualdad pueden hacer que generemos involuntariamente una política trans que apoye y legitime estos mismos sistemas e instituciones que vuelven tan vulnerables a las personas trans.

La problemática que se plantea entonces redundante en que las clasificaciones basadas en el género no deberían ser analizadas de forma aislada o neutral. Debieran considerarse al mismo tiempo una serie de otras variables que exceden el binarismo distintivo, puesto que los integrantes del colectivo social bajo análisis pueden sufrir otras manifestaciones de la desigualdad derivadas -por ejemplo- de la inequidad en la distribución del ingreso. De allí que no se trate de un debate acerca de los efectos del liberalismo o comunismo, sino de observar, en los casos concretos como ese sesgo discriminatorio determina niveles de vida diferenciados en la población. Las personas trans transcurrieron como una minoría discreta –en las palabras del *Justice* Harlan Stone en el caso *Carolene Products*⁹, una vez que lograron ser visibilizadas, fueron segregadas y en la actualidad, se inscribe su inclusión social en poder participar de un acceso igualitario que otros criterios clasificatorios que les permitan una prioridad en el acceso a determinados derechos, como bien puede ser el acceso a una vivienda digna consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional. No se trata de aquellos grupos regresivos anti-sistema, sino de un grupo cuya adherencia a los principios de la democracia liberal es tan profunda e intensa como los grupos mayoritarios, por lo cual, debemos abandonar la idea de neutralidad estatal y pasar al rol activo del Estado democrático. Una política social que no abandone la neutralidad en su formulación, puede causar de esa manera mayores desigualdades y, por lo tanto, mayores injusticias.¹⁰ De allí, que la carga de la prueba no esté ya del lado de aquellos que defienden las minorías sexuales, sino de los que defienden las reglas que no incorporan las diferencias, y que deben probar que el *status quo* no es la génesis misma de la injusticia.¹¹

⁸ Conf. Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5 citado por Saba, Roberto, "Desigualdad Estructural" en *El derecho a la igualdad*, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 184

⁹ "United States vs. Carolene Products Company", 304 U.S. 144, 152, n° 4 (1938). Sobre la famosa nota de pie de página n°4, donde surge el *perjuicio contra minorías insulares y discretas*, ver Ackerman, Bruce, "Beyond Carolene Products", *Harvard Law Review*, N° 98, 1985, p. 713.

¹⁰ arbonell, Miguel "Constitucionalismo y Multiculturalismo", en *Derecho y Cultura*, N°13, enero –abril, 2004, p. 21-80.

¹¹ Así lo sostuvo la CSJN en Fallos 335: 2418 al señalar que "A partir de tal premisa, en situaciones de esta naturaleza el juicio de razonabilidad de la norma (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional)

En esa tesitura, es razonable inferir que aún con la implementación de políticas públicas de inclusión y reconocimiento con miras a la ampliación al acceso a los derechos fundamentales, aquellas distinciones que únicamente se finquen en el género (sospechosas de discriminación prejuiciosa) atentarán seriamente contra el deber impostergable del Estado de garantizar la *igualdad real de oportunidades* de aquellos grupos sociales que -a lo largo de la historia- se han encontrado en situaciones desventajosas.

IV.- La tutela judicial efectiva como eje central para el abordaje del análisis de la validez de las clasificaciones basadas en el género. Dificultades en el acceso a la justicia. Escrutinio estricto y presunción de invalidez.

Si bien Spade propone -como elemento central de su planteo- prestar importancia a la reforma jurídica en tanto no sería la principal demanda del movimiento social de que se trata, lo cierto es que el propio autor aclara que, en el transcurso de su vida cotidiana, las personas trans sufren numerosos obstáculos (en especial relacionados con el uso de clasificaciones sobre el género) en el ámbito de los programas estatales de atención social.

En efecto, en el artículo en análisis el autor hace foco en la matriz de programas administrativos que *clasifican* por género a las personas y en la generación de vulnerabilidad que provocan.

La problemática descripta se agudiza si más allá de la ostensible discriminación que sufren tales colectivos debe sumársele una serie de vericuetos y dificultades para hacer valer sus derechos en los diferentes estamentos judiciales, tanto en lo que refiere al *acceso* a la justicia como al término general que lo congloba denominado *tutela judicial efectiva* incorporada y garantida mediante su inclusión en el Bloque de Constitucionalidad Federal antes citado. Ello así, en tanto es el Poder Judicial el encargado de efectuar -aún de oficio- el control de convencionalidad de las clasificaciones que generen discriminación por motivos de género.¹²

Como método de abordaje empírico, Spade propone la utilización de distintas herramientas jurídicas, como por el ejemplo el uso de servicios legales individuales

estará guiado por un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba a fin de demostrar que el trato desigual responde a fines sustanciales —antes que meramente convenientes— y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad (Fallos: 327:5118, considerando 6°; 329:2986, considerando 5°; 331:1715, apartado VII del dictamen del Procurador General que esta Corte compartió). En definitiva, la norma habrá violado el límite constitucional cuando se verifique que el factor o supuesto prohibido es el único fundamento de aquélla y que conlleva un criterio de desvalorización o prejuicio.”

¹² Fallos:335:2333.

directos, la disposición de un abogado defensor (en el caso de causas penales) y el asesoramiento jurídico. Concretamente, las reformas jurídicas que amplíen el acceso a la jurisdicción sin obstáculos de índole formal o basados en la falta de recursos.

En este sentido, estimamos que en la Ciudad de Buenos Aires y particularmente, en el fuero en lo contencioso administrativo y tributario y de relaciones del consumo existen diversos canales de asesoramiento legal que son accesibles para todas las personas que pretendan articular una demanda tendiente a la protección judicial de derechos fundamentales.¹³

Ahora bien, la labor del juez en los casos en los que se cuestionen las clasificaciones basadas en la identidad de género que actúan como obstáculos para el pleno ejercicio de derechos fundamentales radica en el escrutinio estricto de la validez de dichas diferenciaciones a la luz del Bloque de Constitucionalidad Federal. Al respecto, cabe memorar que la Observación General N° 20 (emanada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) establece que “[l]os Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales [...] La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos”-v. parágrafo 32-.

28

Ante preceptos tan explícitos, una clasificación que genere discriminación por motivos de género se presentaría afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser dejada de lado por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés estatal que la justifique y además que no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.¹⁴

Pero esto nos lleva a otro terreno en el cual debemos ser muy cuidadosos, que implica observar a la judicatura como un medio alternativo de toma de decisiones sociales. Una revisión hecha por un juez es una reconsideración de una cuestión ya decidida en otra instancia social de decisión. Cuando esta reconsideración conduce a invalidar una acción gubernamental y a adoptar medidas alternativas proyectadas por el magistrado, los jueces están haciendo política social, por lo cual estarían operando como un sistema alternativo de toma de decisiones sociales.

Muy pocas decisiones gubernamentales como las señaladas aquí (piénsese el sinnúmero de veces que se completan formularios donde la opción sexual es

¹³ Pueden mencionarse los distintos organismos dependientes de la Defensoría General de la Ciudad y el Observatorio de Género dependiente del Consejo de la Magistratura local, brindan asesoramiento jurídico y patrocinio legal gratuito para tramitar planteo de esta índole ante los Tribunales locales).

¹⁴ Ver en particular el voto del Justice Powell en el caso, “Regents of University of California v. Bakke”, 438 US 265, 1978. En el mismo sentido, consultar Fallos: 327:5128.

binaria) tienen potencialmente serias posibilidades de ser revisadas por los jueces.¹⁵ Como cuestión general, los jueces no plantean ninguna amenaza a la mayoría de las resoluciones gubernamentales que diariamente recaen sobre diversas situaciones de los particulares.

La porción revisable de esta actividad administrativa por parte de los jueces es muy inferior a la que año a año es producida. Y la capacidad de los jueces de revisar la actividad administrativa, es menor que la capacidad del gobierno de producir tal acción¹⁶. El papel central sigue siendo de los organismos elegidos mayoritariamente, sin que ello imposibilite un papel judicial significativo. El cuadro central de toma de decisiones sociales es simple: el proceso mayoritario es el dominante, los jueces dominan de vez en cuando, pero es generalmente inactivo.¹⁷ El concepto de separación de funciones, por su parte, sugiere que los jueces identificarán y aplicarán la cuota de las tres funciones de gobierno dentro de los departamentos¹⁸.

Como corolario, y en consonancia con lo propuesto por Spade, el camino para efectivizar las disposiciones normativas nacionales e internacionales antes referenciadas, sigue siendo las decisiones mayoritarias que los departamentos del Estado aseguran a la representación social. Lo contrario es quedar a merced de una burocracia ciega a las necesidades de la población y consecuentemente con ello, limitar las garantías constitucionales de los diferentes grupos –binarios o no- que esa misma normativa se preocupa por proteger. De allí que el proceso democrático continúe siendo la principal herramienta con la cual contamos para desbaratar la lógica inconsciente que cercena cotidianamente el legítimo ejercicio de peticionar a las autoridades por parte de aquellos grupos víctimas de una clasificación genérica. Pero ese proceso mayoritario no puede ser omnipotente. La clasificación será

29

¹⁵ Inclusive a la altura de la era del debido proceso económico –la era del activismo más grande, o por lo menos el más grande desde lo judicial en materia de revisión- solamente una fracción minúscula de la acción gubernamental estuvo realmente sujeta a la revisión judicial, y mucho menos aún aquella con riesgo de anulación.

¹⁶ Para una cierta porción de la doctrina existe una tensión entre la actividad judicial y la revisión de la esfera administrativa. Por supuesto, si uno se imaginara que los jueces mediante una cierta solución simple pudiera dar solución a los sistemas extensos de producción administrativa, tal tensión sería patente y real, y la limitación judicial no existiría. Es, sin embargo, difícil de imaginar cómo eso puede ser posible ya que los jueces federales tienen un tamaño fijo. Las dificultades atribuidas a los límites físicos, bien podría ser barridas mediante el argumento de aumentar el tamaño de los juzgados y el número de jueces. Pero, para que los límites físicos no sean un problema, el aumento tendría que ser tan dramático que suena alejada la posibilidad que suceda. Sobre la tensión, ver Cassagne, Juan Carlos “Derecho Administrativo II”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6ª ed., 1998, p. 119.

¹⁷ A través de esta idea tratamos de contrastar el proceso político con el control judicial. Esta división se pone de sobresalto a los fines de reflejar la distinción entre el que produce las decisiones y el que las repasa.

¹⁸ Fue a partir del caso “Youngstown Sheet & Tube Co. v/Sawyer”, 343 U.S.579 (1952), donde se esgrimió el carácter dinámico del concepto.

inconstitucional si resulta inequitativa al remitirse solamente a las preferencias de esa mayoría. No basta que se reconozcan la diversidad de los comportamientos sexuales, sino que, además se contemple el cambio de lógica en la fabricación de clasificaciones. Una discriminación fundada en la diversidad de ciertos comportamientos sexuales no es inconstitucional porque sea inválida cualquier distinción sobre esa base, sino porque dicha discriminación resulta inequitativa al ser sólo justificable por remisión a las aparentes preferencias de la mayoría.

Estos conceptos se desprenden de las palabras del Juez Petracchi en su disidencia en el caso “C.H.A.”.¹⁹ Al señalar los principios constitucionales de “bien común” y “buenas costumbres”, expresó que “...cuando se codifica al ser humano incluyéndolo en minuciosos sistemas totalitarios que, contruidos por sucesivos ideólogos, tienen el denominador común de suprimir el riesgo de elegir (entrañable a la vida misma en tanto tiene de humana), todo supuesto logro se envilece y degrada” por lo cual “las libertades humanas pertenecen a los hombres en particular, y nuestras instituciones son producto de ese principio, y no el principio producto de las instituciones”.²⁰ Como señala Spade, las normas administrativas a menudo producen más daño al articular las vidas de las personas en su totalidad.²¹ De allí que nuestro ordenamiento jurídico “...no autoriza forma alguna de discriminación en razón de las ideas, preferencias, identidades, tendencias u orientaciones en materia sexual, siempre que las prácticas que se sigan no afecten derecho de otros”²², por lo cual las barreras administrativas no cuentan con una fuente sustantiva normativa ni jurisprudencial. De la exégesis entre ambas fuentes del derecho, es que bajo el predominio de los procesos mayoritarios producto del libre debate de ideas que otorga la democracia, el concepto de *tutela judicial efectiva* conlleva un refuerzo de ese sistema representativo.

30

V.- Breve conclusión

El artículo de Spade pone de relieve cómo a través de clasificaciones -que podrían aparecer en simples formularios de la administración- se obstaculiza el acceso a derechos fundamentales a colectivos sociales históricamente desaventajados. En ese entendimiento, en este trabajo se intentó aclarar que un análisis de la cuestión limitado al principio de igualdad en su interpretación más restringida (igualdad formal o material) no resultaría suficiente para garantizar la no discriminación

¹⁹ Fallos: 314:1521.

²⁰ *Ibíd.*, voto del Juez Petracchi, considerando 19.

²¹ Spade, D., *op. cit.*, p. 39.

²² Fallos: 314:1521. Voto del Juez Petracchi, considerando 21.

de aquellas personas que han sufrido a lo largo de la historia las gravísimas consecuencias de la segregación sexual.

Debido a ello, nos resultó prudente remarcar que es el Poder Judicial quien tiene la obligación de efectuar el escrutinio de este tipo de *distinciones sospechosas de discriminación*, que conlleva un refuerzo al sistema de representación democrático. Dicho análisis debe realizarse en los términos más estrictos, esto es, considerando el contexto social en que se encuentran las personas que sufren ese tipo de discriminación y haciendo recaer la carga de la prueba en la parte que defiende la validez de las clasificaciones de que se trata.

Entendemos que esa tarea judicial se revela como esencial en la dinámica de la división de poderes del Estado para la tutela de derechos inherentes a las personas, en este caso, aquellas que han sufrido las consecuencias negativas de discriminaciones basadas en el género o la orientación sexual.

VI.- Referencias

Ackerman, Bruce, *Beyond Carolene Products*, Harvard Law Review, N° 98, 1985.

Carbonell, Miguel “Constitucionalismo y Multiculturalismo”, en *Derecho y Cultura*, N°13, enero abril, 2004, p. 21-80.

Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo II”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6ª ed., 1998.

Comisión IDH “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América” en conjunto con la Organización de Estados Americanos, Informe del 12 de noviembre del 2015, p. 292.

Fiss, Owen, *Groups and the Equal Protection Clause*, Philosophy and Public Affairs, vol. 5.

García-Mansilla, Manuel y Ramírez Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

García-Mansilla, Manuel y Ramírez Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

Kelsen, Hans. *¿Qué es Justicia?*, España, Ed. Planeta Agostini, 1993.

Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 3ª ed., 2000.

Saba, Roberto, “Desigualdad Estructural” en *El derecho a la igualdad*, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Spade, Dean, *Una Vida Normal, La violencia administrativa, Ia política trans crítica y los límites del derecho*, Barcelona, Bellaterra, 2015.

El derecho como una conversación entre iguales: “*más temprano que tarde*”

Maricel J. Asar*

Resumen

Durante los últimos años el fenómeno de la erosión democrática ha generado un número importante de reacciones teóricas. En su último libro, Roberto Gargarella se ocupa de desentrañar las causas de este fenómeno a la vez que ofrece un ideal regulativo hacia donde deben dirigirse las reformas de los sistemas políticos: el derecho entendido como una conversación entre iguales. Estas páginas procuran reseñar la obra. Comienzan con una exposición de los argumentos centrales del autor para finalizar con algunas consideraciones críticas relativas al diagnóstico, la relación entre derechos y democracia, y el rol de la representación en los sistemas políticos.

Palabras clave: erosión democrática - democracia constitucional – instituciones políticas – diseño institucional - democracia deliberativa – constitucionalismo dialógico.

Abstract

In recent years, the phenomenon of democratic erosion has generated a significant number of theoretical reactions. In his latest book, Roberto Gargarella unravels the causes of this phenomenon while offering a regulative ideal towards which reforms of political systems should be directed: law understood as a conversation among equals. These pages attempt to review this work. They begin with an exposition of the author’s central arguments and end with some critical considerations regarding the diagnosis, the relationship between rights and democracy, and the role of representation in political systems.

Keywords: democratic erosion - constitutional democracy – political institutions – institutional design – deliberative democracy – dialogic constitutionalism.

* Abogada (UBA). Magister en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid). Docente de Derecho Constitucional (UBA).

Introducción

*El derecho como una conversación entre iguales*¹ es una obra escrita por uno de los más destacados constitucionalistas latinoamericanos; un profesor generoso, entusiasta e inspirador, que honra los principios propugnados por el libro, la conversación y la igualdad, en los más simples actos cotidianos. Asimismo, añadiría que se trata de una obra escrita por un intelectual público, cuyo compromiso irrenunciable con la igualdad y el autogobierno lo ha impulsado a dedicar su vida a reflexionar sobre distintos aspectos de nuestros diseños constitucionales a fin de promover formas de mejoramiento de la democracia.

El libro que aquí reseño es el resultado de un esfuerzo por hilvanar las preocupaciones e ideas que el autor ha ido desarrollando durante décadas.² Ello, a partir de un particular ideal regulativo: la conversación entre iguales. Se trata de una obra peculiar en la que convergen diversas disciplinas: la historia, la sociología, la filosofía política, el derecho y, añadiría también, la literaria. En algunos pasajes la lectora es invitada a viajar en el tiempo y a transitar por escenarios y diálogos imaginarios, lo que vuelve especialmente placentera la lectura de un libro de alto rigor académico.

La razón principal que impulsó al autor a embarcarse en este desafío es la profunda crisis en la que se encuentran inmersas nuestras democracias. Aquellas tempranas promesas de inclusión, representación plena, respeto de los derechos de las minorías postergadas, reconocimiento de la voz soberana hoy no son más que quimeras, pues nuestros sistemas políticos no son capaces de garantizarlas y, por lo tanto, encuentran minada su legitimidad. Asistimos a un nuevo fenómeno, el de la "erosión democrática", caracterizado por el desgaste paulatino de las democracias constitucionales, que se muestran incapaces de atender satisfactoriamente los reclamos ciudadanos, y que tiene como correlato el hartazgo de la ciudadanía, que se encuentra alienada en términos políticos.³ Desentrañar las causas de este fenómeno y pensar alternativas de superación, constituyen los tópicos que el autor desarrollará a lo largo de los veinte capítulos en los que se estructura la obra.

Su prosa fresca y su capacidad de transmitir de manera sencilla ideas complejas vuelven al libro accesible a un público amplio. Tal peculiaridad constituye otro aspecto

¹ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran – por fin – al diálogo ciudadano*. Siglo XXI Editores, 2021.

² Entre sus contribuciones previas pueden destacarse: GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel, 1996. GARGARELLA, Roberto. *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Siglo XXI. 2010. GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz, 2014.

³ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Ob. Cit. p. 18 y pp. 286-287.

que deja traslucir su vocación democrática e igualitaria, pues es un esfuerzo para que sus ideas puedan inspirar un diálogo lo suficientemente amplio e inclusivo; un modo de poner los resultados de años de investigación al servicio de la comunidad, a fin de tender puentes – hoy rotos – entre democracia y constitucionalismo a través del “método más respetuoso y honrado: el de la conversación entre iguales”⁴.

El ideal regulativo o la razón por la que luchar

Gargarella acude a un relato imaginario para describir el ideal regulativo que enlaza su obra, es decir, aquel horizonte desde el cual observa y reflexiona críticamente acerca de la realidad. De ese modo nos invita a conocer e imaginar el rostro de Vincenzo, Nicola, Aída, María, José y Juan, un grupo de inmigrantes en viaje hacia la tierra prometida. Las teorías de filosofía política plausibles normalmente acuden a un ideal tal vez inalcanzable, pero a diferencia de las variantes ilegítimas del utopismo deben permitir graduar los distintos sistemas existentes en relación con su mayor o menor aproximación al ideal. Ello vuelve necesario manejar con cierta cautela la relación entre el concepto normativo y la concepción que le da contenido. Si bien el contenido del concepto normativo estará determinado por la teoría valorativa, no todas las implicaciones de la teoría son igualmente centrales para la aplicación del concepto.⁵

35

De la conversación entre el grupo de inmigrantes, y de las condiciones que la rodean, el autor nos permite identificar los elementos centrales de su propuesta normativa. En tal sentido, el hecho del desacuerdo se presenta como una característica de las sociedades plurales y como consustancial a las circunstancias de la política. El desacuerdo se advierte en la conversación y, a su vez, la impulsa. El diálogo se desarrolla en pie de igualdad, sus participantes comparten igual dignidad moral y, a su vez, participan todas las personas potencialmente afectadas, razón por la que la inclusión resulta otra de sus notas distintivas. La imparcialidad de las decisiones adoptadas dependerá no solo de que sus participantes tengan posibilidades de intervenir, sino también de que se trate de un genuino proceso de corrección mutua y de intercambio de argumentos. Es decir, la deliberación constituye otro de sus elementos centrales. En relación con los aspectos sustanciales, se advierte que hay materias fuera de discusión; la conversación versa exclusivamente sobre cuestiones públicas, de moral intersubjetiva. Finalmente, los/as participantes no están dispuestos/as a cerrar la discusión, por el contrario, procuran reabrirla ante las nuevas discrepancias que pudieran presentarse. Conciben su conversación como un proceso abierto, continuo, inacabado.⁶

⁴ Ibíd. p. 26

⁵ NINO, Carlos S. *Fundamentos de derecho constitucional*. Astrea, Buenos Aires, 1992. pp. 11-12

⁶ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Ob. Cit. pp. 29-39.

Los elementos centrales del diálogo entre iguales nos conducen a inscribir la propuesta dentro de la tradición deliberativa de la democracia, aunque el autor parece no inclinarse por una versión específica de sus vertientes, sino que adscribe con la misma intensidad a las justificaciones de su rama deóntica como epistémica.⁷

Asimismo, de los componentes esenciales descriptos se desprende que el ideal regulativo se asienta sobre dos pilares: la autonomía individual y el autogobierno colectivo. El primero es entendido como "la libertad de cada cual para vivir su propia vida conforme a sus convicciones", que suele explicar el "compromiso constitucional con una lista de derechos individuales". En este aspecto, los derechos funcionan como muro de separación para evitar la intromisión en la esfera de nuestras "libertades elementales".⁸ Por su parte, el autogobierno colectivo se vincula a una "noción compleja y exigente de la democracia", distinta a la simple regla de la mayoría, dado que "pone un acento especial en requisitos la igualdad (estatus equivalente entre los participantes), la inclusión de todos los afectados y un proceso denso y prolongado de debate (que requiere información, transparencia, intercambio de argumentos, críticas y correcciones mutuas)".⁹

Las razones de la crisis

36

Durante los últimos años, el fenómeno de la "erosión democrática" ha generado un número importante de reacciones teóricas dentro de las que se inscribe la reciente obra de Gargarella. No obstante, el autor se apartará de la forma tradicional en la que se ha venido abordando la cuestión¹⁰; aquí radica la nota distintiva de su propuesta y uno de sus principales aportes al asunto. Es que, a su modo de ver, tales desarrollos teóricos estarían superponiendo los problemas de la democracia

⁷ Dentro de las justificaciones de la democracia deliberativa es posible distinguir entre argumentos basados en principios básicos de justicia – justificaciones sustantivas– y argumentos de tipo procedimental. Quienes adscriben a la rama deóntica suelen argumentar que la democracia honra mejor que cualquier otro procedimiento ciertos valores sustantivos determinados tales como el de igual autonomía, igualdad política o respeto mutuo. En tal sentido, véase: FORST, Rainer, *Justificación y crítica*. Katz, Bs.As., 2015. Por otro lado, los exponentes de la vertiente epistémica le otorgan al procedimiento un valor instrumental, pues se trata de un procedimiento valioso en tanto conduce a adoptar resultados imparciales desde un punto de vista moral. En tal sentido véase NINO, Carlos. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa. Bs. As., 2003; ESTLUND, David. *La autoridad democrática*. Siglo XXI, Bs. As., 2011.

⁸ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Ob. Cit. pp. 42-44.

⁹ *Ibíd.* p. 27

¹⁰ En especial reaccionará al diagnóstico y soluciones propuestas por GINSBURG, Tom & HUQ, A. *How to save a constitutional democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018. Una perspectiva similar es adoptada en el trabajo de LEVITSKY, S. & ZIBLATT, D. *Cómo mueren las democracias. Lo que la historia revela sobre nuestro futuro*,. Ariel, Barcelona, 2018.

con los problemas del constitucionalismo.¹¹ Según sostiene, el fenómeno objeto de preocupación encuentra su causa en un déficit democrático, esto es, la forma en que nuestras instituciones bloquean la intervención y control ciudadano, mas que en una falla del sistema de controles endógenos (*check and balances*). Por lo tanto, para intentar comprender adecuadamente sus causas adoptará una filosofía institucionalista, es decir, se aproximará normativamente al examen de las estructuras institucionales existentes; un aspecto, en general, subestimado por gran parte de la teoría política y jurídica.

Gargarella encuentra una de las principales causas de la crisis en los supuestos y principios elitistas que inspiraron nuestros diseños institucionales, y que terminaron por conferirle un carácter antidemocrático. Según afirma, la nota distintiva del constitucionalismo americano es la desconfianza hacia las virtudes políticas de la ciudadanía, razón por la cual, sus objetivos principales estuvieron orientados a evitar la intervención ciudadana en los asuntos públicos y a restringir su control sobre las autoridades. El paradigma elitista reinante en la época fundacional según el cual solo unos pocos se encuentran capacitados para reconocer el interés común que el derecho debe procurar, la incapacidad de la ciudadanía de anteponer la razón a la pasión, su proclividad para oprimir a las minorías tuvo una incidencia directa en las elecciones institucionales.¹² De ahí que, las instituciones constitucionales con las que procuramos honrar el principio de autogobierno colectivo poseen un vicio de origen, pues en vez de procurar "expresar y facilitar el reconocimiento de la voluntad democrática ciudadana" relegan la democracia "a límites estrechos, bajo el cuidado y control de las elites dirigentes", rompiendo, de este modo, los vínculos que debieran existir entre democracia y constitucionalismo.¹³

El problema resultante de esta elección institucional nos dice el autor, se ha agudizado con el correr del tiempo por dos razones principales. En primer lugar, porque la sociología política subyacente a esas elecciones institucionales no refleja adecuadamente la composición social actual. Las sociedades ya no están conformadas por pocos grupos, internamente homogéneos, a la vez que los problemas que enfrentamos, así como los objetivos que perseguimos como comunidad, no son los mismos del momento fundacional. En segundo lugar, nuestra época está marcada por una creciente intensidad democrática, es decir, una ciudadanía que exige intervenir de manera decisiva en los asuntos públicos. Todo ello ha resultado en un desajuste cada vez mayor entre las expectativas

⁰⁰ Según advierte, la crisis no responde a la llegada al poder de líderes despóticos o al fracaso del sistema de frenos y contrapesos, sino que está vinculado al tipo de instituciones que tenemos. La superación de la crisis que enfrentamos requiere de una transformación radical de un sistema que, a su juicio, ha quedado desbordado.

¹² GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Ob. Cit. pp. 20-21

¹³ *Ibíd.* pp. 25-26

ciudadanas respecto de las instituciones y lo que ellas pueden ofrecer, fenómeno al que Gargarella denomina como "disonancia democrática" y que, a su juicio, demanda un acuciante y necesario ejercicio de imaginación constitucional.¹⁴

Por otro lado, para objetar el esquema institucional impuesto apelará a un argumento normativo. El sesgo contramayoritario y la filosofía política elitista que guiaron a nuestros padres fundadores y que terminaron por materializarse en el conjunto de instituciones existentes, subraya el autor, resultan contrarias a nuestras más básicas aspiraciones democráticas; ellas terminan por socavar, en vez de honrar, nuestro compromiso con el autogobierno colectivo.¹⁵

Con el propósito de ilustrar la desconfianza democrática reinante en la época fundacional, Gargarella acude a fragmentos de la obra de figuras prominentes de aquel entonces: James Madison, Juan Bautista Alberdi y Andrés Bello. Asimismo, se concentra en el análisis de tres artículos específicos de "*The Federalist*" – el n° 10, el n° 78 y el n° 51– que, a su modo de ver, determinaron la estructura básica de organización del poder. De esta manera nos permite comprender cómo el elitismo epistémico y la concepción antropológica que guiaron las elecciones institucionales redundaron en la creación de una Constitución para proteger a las minorías. El problema que ella venía a enfrentar, destaca el autor, era aquel impuesto por la regla democrática.¹⁶ Así, descubrimos que tanto el diseño de cada uno de los poderes constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial) como las herramientas con las que fueron dotados, tenían como principal objetivo detener los impulsos facciosos de las mayorías (gobernadas por la pasión) que amenazaban con oprimir a las minorías (las élites de propietarios) y, consecuentemente, frustrar el proyecto común. Al mismo tiempo advertimos que el sistema de frenos y contrapesos apareció como una respuesta institucional para dar cauce a las motivaciones humanas y a la irracionalidad que tendía a prevalecer en los individuos. El autointerés, entendido entonces como fuente motivacional de los individuos, debía ser contrarrestado con autointerés. Por esta razón, para los creadores de nuestra ingeniería constitucional, resultaría fundamental que el esquema resultante combinara motivaciones personales con medios institucionales. Asignando a los funcionarios/as los incentivos institucionales adecuados iba a ser posible obtener el bien común, aún cuando el sistema se nutriera de las peores energías cívicas.¹⁷

¹⁴ *Ibíd.* p. 61

¹⁵ *Ibíd.* pp. 53-58.

¹⁶ *Ibíd.* p. 69

¹⁷ Señala Gargarella que el modelo propuesto que combina motivaciones personales, autointerés, instituciones y bien común se nutrió de la filosofía moral escocesa de la época. El aporte de Hume se advierte en la tendencia de las personas a dejarse gobernar por la pasión. Por su parte, la mirada de Smith contribuye a forjar su mirada vinculada al egoísmo como combustible motivacional de los individuos y la posibilidad de obtener resultados valiosos a partir de la creación de esquemas adecuados. *Ibíd.* pp. 83-84

Sobre este punto, Gargarella argumenta contra las asunciones de nuestros padres fundadores y la lógica errada de la propuesta madisoniana. En su opinión, al tomar al egoísmo como combustible del sistema político, no debiera resultar sorprendente que el sistema falle cada vez que los/as funcionarios/as encuentran oportunidad de desplazar al bien común para procurar su autointerés. A su vez, reacciona al argumento según el cual las disposiciones morales de las personas tienen un carácter natural y son preexistentes a las estructuras institucionales. Según afirma, tales motivaciones egoístas, así como la apatía ciudadana, son un producto endógeno del sistema institucional.¹⁸ Tal posición parece encontrar cierta explicación en su formación en la tradición del marxismo analítico.¹⁹

Para fundamentar su tesis acude al ideario republicano, desplazado del proyecto constitucional, que terminó por asumir un carácter esencialmente liberal. Según nos dice, el proyecto político republicano, encarnado por autores como Jefferson y Paine, expresaba un compromiso profundo con el ideal de autogobierno colectivo, a partir del cual estructuraban el resto sus propuestas. Los republicanos entendían que la realización del autogobierno requería "la existencia de ciertas cualidades de carácter (virtudes cívicas)" y, por ello, hacían hincapié en las condiciones sociales, económicas, políticas e institucionales que el Estado debía generar para procurar la emergencia de tales disposiciones morales. En su proyecto, la economía y la política eran esferas que no podían escindirse. Ellos eran plenamente conscientes del impacto de las bases económicas en la formación del carácter, así como también del impacto que la desigualdad económica podría tener sobre el igualitarismo político que propugnaban.²⁰

Finalmente, Gargarella se concentra en las debilidades del sistema de frenos y contrapesos y en su carácter poco atractivo en términos normativos. Este esquema también se vio imbuido por la lógica antidemocrática que inspiró el diseño en su conjunto. A su modo de ver, asignar un poder equivalente a cada una de las ramas, diseñadas para estar integradas por distintos sectores sociales (mayorías y minorías), implicó lisa y llanamente socavar el ideal democrático de autogobierno, puesto que constituyó una forma de poner en jaque al principio de prevalencia de la regla de la mayoría, al que debiera asignarse el centro institucional.²¹ Por otro lado, al tratarse de un sistema que procura canalizar institucionalmente la guerra civil, resulta una

¹⁸ *Ibíd.* pp. 81-82

¹⁹ ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge University Press, Cambridge, 1984; ELSTER, Jon. "The market and the forum. Three varieties of political theory" En ELSTER J. y HYLLEBERG A. (eds) *Foundations of social choice Theory*. Cambridge University Press, Cambridge, 1989 pp-103-132; ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

²⁰ *Ibíd.* pp. 89-93

²¹ *Ibíd.* p. 141

lógica poco amigable para promover el dialogo interinstitucional.²²

En el caso latinoamericano, nos dirá, la elección institucional adquiere dimensiones más problemáticas. Como había anticipado en un trabajo previo, nuestros diseños institucionales resultaron de un pacto liberal-conservador²³, que en el plano institucional tuvo una consecuencia concreta: la emergencia de un sistema de frenos y contrapesos desbalanceado en favor del poder ejecutivo. En tal sentido, la configuración de un presidencialismo hipertrofiado, característico de los sistemas políticos latinoamericanos y que se ha erigido como factor determinante de la labilidad institucional de nuestros sistemas no debiera sorprendernos, pues constituye una consecuencia esperable de la adopción de un modelo impuro de equilibrio, que dinamita la lógica del sistema²⁴ y que, a su vez, facilitó el desmantelamiento de la estructura de controles desde adentro.²⁵

Otra preocupación que recibirá especial atención por parte del autor es aquella vinculada a la representación política. Una vez más, Gargarella vinculará la crisis de representación en la que nos encontramos inmersos/as a las raíces históricas y al nacimiento del modelo representativo. Aquí se remontará a discusiones de la época para evidenciar la forma en que la concepción elitista de la democracia, que guiaba a los padres fundadores, impactó en el modelo de representación que terminó por consolidarse. El gobierno representativo, destaca, no surgió como un mal necesario para hacer posible el sistema democrático a gran escala, sino como una opción preferida. Se erigió sobre los supuestos que un grupo selecto podía acceder a las verdades políticas, inasibles para la ciudadanía, y que era necesario filtrar la voz ciudadana.²⁶ De ahí que el distanciamiento entre representantes y representados/as, que en la actualidad nos conduce a alertar sobre la profunda crisis del sistema representativo, fue un objetivo buscado. El problema se profundiza cuando advertimos que el sistema se organiza sobre un conjunto de controles endógenos y la única herramienta participativa con la que cuenta ciudadanía para supervisar a sus representantes es el voto periódico. Una herramienta que, por la utilización que se le ha dado, ha adquirido un carácter extorsivo, pues en muchas ocasiones nos obliga a avalar lo que repudiamos para apoyar lo que creemos aceptable. Con un solo mensaje, que finalmente es interpretado por las élites políticas a su manera, se ha vedado a la ciudadanía de la posibilidad de transmitir genuinamente sus preferencias. Asimismo, sostiene el autor, se trata de un canal institucional que ha despojado a la política de su dimensión colectiva, relegándola a actos individuales

²² *Ibíd.* pp. 144-145

²³ GARGARELLA, Roberto. *La sala de maquinas de la Constitución*. Ob. Cit.

²⁴ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Ob. Cit. pp.147-156

²⁵ *Ibíd.* pp. 284-385

²⁶ *Ibíd.* pp. 95-105

y aislados y que, a su vez, cercena las posibilidades del diálogo ciudadano.²⁷

Sobre la crisis del sistema representativo, concluirá advirtiéndolo sobre las dificultades estructurales a las que se enfrenta el modelo en la actualidad. En su opinión, el carácter multicultural de las sociedades junto con la heterogeneidad de los grupos que la componen, así como las múltiples identidades que puede adscribirse a un mismo individuo, hacen "estructuralmente muy difícil (si no imposible) para cualquier sistema que se proponga ser genuinamente representativo, cubrir las dimensiones relevantes de la identidad de cada uno, para lograr la representación efectiva de todos".²⁸ Ello, según el autor, urge a que echemos a andar nuestra imaginación constitucional para contener toda esa vida política que se desarrolla por fuera de la esfera pública institucional, y que nuestros esquemas no son capaces de "reconocer, capturar y expresar".²⁹

Derechos y control judicial

En su afán por recomponer los vínculos entre democracia y constitucionalismo, y con la firme convicción de que "la protección de los derechos debe ser posible sin la construcción de un sistema institucional contramayoritario; que el constitucionalismo debe ser posible sin el sacrificio de la democracia"³⁰, Gargarella nos invita a repensar el modo en que concebimos los derechos y la forma tradicional en que se ha entendido su relación con la democracia.

Como punto de partida, reacciona, al igual que lo hiciera Bentham, a la concepción "natural" de los derechos, es decir, a la noción de verdades autoevidentes, entendidas como pre-políticas y pre-gubernamentales. Por el contrario, afirma, siguiendo a Nino, que "los derechos son creaciones humanas destinadas a hacer frente a las más graves tragedias de tiempos pasados" y allí radica su principal valor; constituyen instrumentos que reflejan nuestro compromiso con la protección de cosas que consideramos valiosas.³¹ Seguidamente, se centra en el modo en que la noción de derechos naturales incidió en versiones contemporáneas, tales como la idea de "cartas de triunfo" de Ronald Dworkin y "la esfera de lo indecible" de Luigi Ferrajoli, y terminó por impactar directamente en la relación entre derechos y democracia. Entendidos de este modo, los derechos deben quedar a salvo de la discusión democrática y la mejor forma de garantizar su protección es a través de una herramienta— una vez más — de carácter contramayoritario.

Llegado a este punto, Gargarella retoma una de sus principales líneas de investigación: la objeción democrática al control judicial de constitucionalidad.

²⁷ *Ibid.* pp. 121-123

²⁸ *Ibid.* p. 108

²⁹ *Ibid.* p. 110

³⁰ *Ibid.* p. 28

³¹ *Ibid.* p. 168

Esta herramienta institucional, nos dice, se apoya en un elitismo epistémico según el cual la reflexión aislada e individual de unos pocos individuos, técnicamente preparados, constituye la mejor vía para la toma de decisiones imparciales. Tal asunción condujo a depositar las decisiones sobre los asuntos públicos más controvertidos en una institución con escasas credenciales democráticas. La elección institucional, subraya el autor, resulta problemática, no solo porque el supuesto del que parte es, cuando menos, controvertido, sino también y muy especialmente porque los/as ciudadanos/as tenemos profundos y razonables desacuerdos respecto del significado de los contenidos constitucionales fundamentales, a la vez que no contamos con teorías interpretativas compartidas que nos permitan saldar estas diferencias.³² Tales cuestiones reviven con vigor el problema de la legitimidad democrática del/a interprete.³³

Frente a un panorama de incertidumbre, el autor ensaya una posible solución. En tal sentido, se ocupa de explicar cuál es el rol institucional que el poder judicial debiera asumir en una comunidad de iguales. Aquí Gargarella retoma la propuesta procedimental de Ely, aunque introducirá ciertos matices. En el esquema del autor, la actividad del poder judicial debe orientarse a la "reconstrucción democrática de un esquema de controles ya gravemente socavado" y a "favorecer el debate democrático", con una especial preocupación por "proteger y recobrar las voces de grupos sociales marginados".³⁴

42

Razones para creer

Hacia el final del libro Gargarella se ocupa de hacer un repaso por diversas experiencias institucionales, novedosas y promisorias, que le permiten reaccionar a las tradicionales objeciones de los realistas y demostrar que la traducción institucional de su ideal regulativo no constituye una mera utopía.

En primer lugar, se centra en el análisis de herramientas dialógicas, tanto políticas (cláusula del no obstante canadiense, consulta previa) como jurisdiccionales, es decir, aquellas implementadas por los tribunales en procesos de adjudicación constitucional. Dentro de estas últimas: compromiso significativo, audiencias públicas. El nacimiento de estas prácticas, según destaca el autor, ponen en evidencia que el diálogo intrapoderes y de estos con la ciudadanía no es solo deseable, sino que es posible. Ellas, al fin y al cabo, llegaron para desterrar ciertos mitos asentados según los cuales no es posible reconciliar los ideales del constitucionalismo con la democracia, la imposibilidad de acercar la práctica constitucional a las demandas

³² *Ibíd.* pp. 204-214

³³ *Ibíd.* p. 227

³⁴ *Ibíd.* pp. 235-236

del modelo deliberativo de la democracia, la creencia vinculada a que la función del poder judicial está reducida a movimientos binarios y, por ello, resulta muy difícil eludir la objeción contramayoritaria del poder judicial, entre otros.³⁵

Pese al entusiasmo que estas innovaciones pudieran generarle en relación con el futuro promisorio de su propuesta, el autor no renunciará a su espíritu crítico y, por lo tanto, no dudará en destacar ciertos desajustes de las experiencias en relación con el ideal regulativo en que se asienta su propuesta. Por esta razón dedica un apartado a explicar qué debemos entender por diálogo, de modo de brindarnos herramientas para evaluar críticamente la utilización o el desempeño de tales prácticas.³⁶

Finalmente, termina su recorrido con un repaso por recientes experiencias institucionales, interesantes y esperanzadoras, que nos permiten vislumbrar las peculiaridades de un nuevo fenómeno en gestación. De este modo, refiere a las asambleas deliberativas desarrolladas en Australia (1998), Columbia británica (2005), Holanda (2006), Islandia (2009-2013), Irlanda (2012 y 2016), Chile (2015). Tales prácticas institucionales, señala, vienen en nuestro auxilio para desterrar ciertos prejuicios respecto de las posibilidades de las iniciativas asamblearias. Ellas, según afirma, vinieron a demostrar la posibilidad de su implementación en países extensos y multiculturales, así como también su capacidad para abordar asuntos conflictivos y divisivos. Por otro lado, permitieron verificar que ciudadanos/as comunes, con información adecuada y luego de un proceso de discusión colectiva, estaban capacitados/as para abordar cuestiones de relevancia pública e incluso de contenido técnico, a la vez que se encuentran dispuestos/as a involucrarse en cuestiones públicas complejas. De igual modo, "ratificaron el valor de la deliberación colectiva como medio que favorece el cambio de preferencias". Finalmente, llegaron para poner en evidencia "que la ciudadanía puede discutir perfectamente sobre temas básicos de derechos y hacerlo bien, de manera reflexiva y fundada, sin poner en crisis la estructura de derechos".³⁷

Nuevamente, a pesar de las expectativas que las referidas experiencias institucionales pudieran generarle, nuestro autor admite que muchas de ellas "terminaron frustradas en los mejores resultados que prometían". De ahí que concluirá advirtiendo sobre la virtualidad del pasado, concretamente de los "arreglos legales prevalecientes y la distribución del poder dominante", para limitar la potencia y posibilidades de estas iniciativas.³⁸

³⁵ *Ibíd.* pp. 251-260

³⁶ *Ibíd.* pp. 270-272

³⁷ *Ibíd.* pp. 303-309

³⁸ *Ibíd.* pp. 310-312.

Algunas consideraciones para seguir conversando

En lo que sigue, quisiera introducir algunas consideraciones relativas a ciertos aspectos centrales de la reciente obra de Gargarella de modo de entrar en diálogo con el autor.

En primer lugar, quisiera referirme a una cuestión vinculada con el diagnóstico. Tal como se ha señalado previamente, el autor afirma que la crisis es producto del sistema institucional. A su vez, señala que su trabajo "tiene el centro en el constitucionalismo americano (el de las Américas y no solo Estados Unidos)".³⁹ De allí resulta plausible inferir que, en principio, estaría atribuyendo la crisis a los rasgos del sistema presidencialista. No obstante, inmediatamente nos dirá que el libro contiene una fuerte impronta comparativa, lo cual se advierte en la referencia a países europeos (España, Grecia, Francia) para dar cuenta del fenómeno de la erosión democrática; todos ellos, con un sistema parlamentario de gobierno. En este punto se advierte que su afirmación resulta pasible de las mismas críticas que recibiera Linz en la década del 80. Es decir, la comparación propuesta resulta problemática cuando los sistemas objeto de comparación tienen profundas diferencias socioeconómicas. En estos casos, resulta muy difícil distinguir los factores atribuidos a las instituciones políticas de aquellos que se derivan de tales otras cuestiones.⁴⁰ Afirmar que todos fallan de la misma manera en las posibilidades de intervención y control ciudadano y, a su vez, que tal circunstancia es la razón principal de la crisis, es un argumento que requeriría de un relevamiento y sustento empírico.

En segundo lugar, quisiera detenerme en algunas cuestiones vinculadas a la relación entre derechos y democracia. Tal como fue referido previamente, uno de los pilares en los que se apoya el ideal regulativo de Gargarella es la autonomía individual que, como señalara Nino, junto a los principios de inviolabilidad y dignidad de la persona constituyen el fundamento moral de todo el sistema de derechos de la Constitución.⁴¹ El autor destaca el papel fundamental que desempeñan los derechos en nuestras democracias constitucionales. Según afirmaba, constituyen instrumentos que reflejan nuestro compromiso con la protección de cosas que consideramos valiosas.⁴² No obstante, al considerar las concepciones de Dworkin y Ferrajoli, reacciona a la idea de quitar los derechos de la discusión colectiva. Según sostiene, hay un malentendido en considerar "que hay una sola manera posible de

³⁹ Véase nota al pie. *Ibíd.* p. 1.

⁴⁰ SHUGART, M. y MAINWARING, S. "Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate". En: MAINWARING, S y SHUGART, M. *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997. pp. 12-54.

⁴¹ INO, Carlos. *Ética y derechos humanos*. Astrea, Buenos Aires, 2012.

⁴² GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Ob. Cit. p 168

proteger los derechos, a través de declaraciones de derechos estrictas y formas de control judicial tradicionales".⁴³ En similar sentido, subraya que los derechos, su contenido, alcance y límites pueden discutirse democráticamente.⁴⁴ Sobre esta cuestión diría que ambas afirmaciones resultan, *prima facie*, difícil de reconciliar. Si estamos comprometidos en proteger cosas que consideramos valiosas o justas, asignarles un carácter contingente no parece plausible. La función que están llamados a cumplir los derechos, en tal caso, sería la de atrincherar bienes que deben asegurarse de forma incondicional a cada individuo, de modo de resguardarlos de posibles sacrificios basados en consideraciones agregativas.⁴⁵

El compromiso con ciertos derechos aparece nuevamente, aunque no explícitamente, en la sección dedicada a las convenciones constitucionales, en donde el autor refiere a ciertos acuerdos morales básicos como la forma más apropiada de combinar las pretensiones de diferentes grupos. En tal sentido sostiene, "se trata, posiblemente, del camino por explorar por parte de quienes estamos interesados en el doble respeto a la autonomía individual y el autogobierno de todos".⁴⁶ Pero la existencia de tales acuerdos, al menos en los términos de consenso superpuesto que el autor plantea, entraría en tensión con su discusión, pues su discusión presupondría que no hay acuerdo genuino entre las partes sobre la base de convicciones en común. Si bien los acuerdos suponen la posibilidad de ser rediscutidos, resulta importante recordar que el consenso superpuesto, en los términos de Rawls, implica que los distintos grupos adhieren a una concepción política de la justicia y que existe el deseo de actuar en virtud de tal concepción. Asimismo, sostenía Rawls, quienes son parte del consenso no van a dejarlo de lado porque su visión dentro de la sociedad se incremente y se convierta en dominante.⁴⁷

45

⁴³ *Ibíd.* p. 26

⁴⁴ *Ibíd.* p. 44

⁴⁵ BAYÓN, Juan Carlos. "Derechos, democracia y Constitución". *Discusiones: Derechos y justicia constitucional*, núm. 1 (2000) pp. 65-94

⁴⁶ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Ob. Cit. p. 244.

⁴⁷ El consenso superpuesto en los términos presentados por Rawls – al que adhiere nuestro autor – constituye un acuerdo lo suficientemente amplio, como para abarcar principios sustantivos, y lo suficientemente profundo, como para incluir concepciones de las personas y la sociedad. Es decir, su objeto es una concepción moral que se afirma sobre bases morales. El tipo de acuerdo al que Rawls refiere permite que concepciones abarcativas razonables y opuestas confluyan en ciertos acuerdos básicos. Por lo tanto, se podrá predicar la existencia de dicho acuerdo cuando los individuos se adhieren a la concepción de la justicia como dando contenido a sus juicios políticos acerca de las instituciones básicas.

El paso del consenso constitucional al consenso superpuesto se asienta sobre la idea de psicología moral razonable según la cual las personas tienen, además de su capacidad para formar una concepción del bien y de aceptar concepciones de justicia y equidad, el deseo de actuar en virtud de tales concepciones. La razonabilidad, a los ojos de todos, de la concepción pública, así como la presencia de las motivaciones adecuadas para realizar lo que la justicia requiere, resultan

La adhesión a un ideal moral sustantivo supone establecer restricciones sustantivas a la regla de decisión de la mayoría. Ello conduce al problema de determinar su contenido, muy especialmente, cuando están expresadas en forma de principios, como sucede con la formulación de los derechos constitucionales.⁴⁸ Hay quienes sugieren que es posible una forma de constitucionalismo débil en el que solo una pequeña parte del coto vedado, determinada por un núcleo mínimo (formulable en forma de reglas) irreformable, tiene primacía sobre la legislación ordinaria, pero el resto del coto vedado (formulable en forma de principios) necesariamente requiere de un procedimiento de determinación.⁴⁹ En la propuesta de nuestro autor no surge con claridad a quien, finalmente, correspondería el procedimiento de determinación de las restricciones sustantivas, expresadas como principios, que funcionaría como límite a la decisión de la mayoría y, por lo tanto, se erigiría como el mecanismo de protección institucional.

Cuando refiere al caso *Mendoza* como ejemplo de un modo de proteger derechos sin "vaciar, degradar o diluir el contenido democrático de la Constitución"⁵⁰, pareciera admitir que la determinación del alcance de los derechos podría ser una atribución del poder judicial (o al menos que el poder judicial podría desempeñar algún rol trascendente en ese procedimiento). Según entiendo, en el caso *Mendoza* el alcance de los derechos vulnerados fue determinado por el poder judicial. Lo novedoso de la causa fue, por un lado, la implementación de innovaciones procesales orientadas a ajustar los plazos y estándares de pruebas a las necesidades específicas del proceso y, por el otro, la apertura del proceso a una gran variedad de interesados. De este modo, la Corte Suprema abrió espacio a un "estilo de judicialización cooperativa" a la vez que modificó la dinámica bipolar del litigio tradicional.⁵¹ Sin embargo, resulta

46

piezas claves para dotar de estabilidad a cierta concepción de la justicia. Véase RAWLS, John. *Political Liberalism*, Columbia University, New York, 1993. p 139-150

⁴⁸ Los procedimientos de determinación de las restricciones sustantivas son innecesarios cuando están expresadas en forma de reglas, sin embargo, son inevitables cuando están expresadas en forma de principios. La mayoría de los límites son formulados en forma de principios. Ello responde no solo al desacuerdo con otros, sino también a la indeterminación de nuestras propias concepciones acerca del contenido y límites de las restricciones sustantivas que quisiéramos que cualquier regla de decisión respete. Es decir, la formulación adquiere forma de principio no sólo porque a mayor vaguedad, mayor posibilidad de aceptación general, sino también porque no sabemos ser más precisos sin correr el riesgo de comprometernos con reglas ante cuya aplicación estricta nosotros mismos retrocederíamos en circunstancias que, sin embargo, no podemos establecer exhaustivamente de antemano. BAYÓN, Juan Carlos. Ob. Cit. "Derechos, democracia y Constitución" p. 84.

⁴⁹ En relación con el procedimiento de determinación, la propuesta sugiere que el esquema institucional resultante deberá respetar el mayor valor intrínseco del procedimiento democrático, pero a la vez pueda servirse de las ventajas instrumentales que podría tener el control judicial de constitucionalidad. Véase: BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y Constitución*. Ob. Cit. p. 89.

⁵⁰ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Ob. Cit. pp. 325-326.

⁵¹ Véase BERGALLO, Paola. La causa "Mendoza": una experiencia de judicialización cooperativa

difícil catalogar la decisión del alto tribunal como una forma débil de intervención judicial. Tanto a nivel sustantivo como disciplinario, no es sencillo distinguir en qué aspecto el tribunal ejerció una autolimitación y, por lo tanto, adoptó una clara actitud de deferencia hacia los poderes políticos. Incluso, es posible identificar en la resolución características propias de las sentencias constitutivas, es decir, medidas concretas y obligatorias de reparación y plazos temporales claros para su cumplimiento.⁵² Visto de este modo, o el caso no constituye un buen ejemplo de una práctica compatible con el ideal regulativo, o bien, la determinación judicial del contenido y alcance de los derechos podría ser conciliable con el mismo.

Para finalizar, quisiera referirme a algunas inquietudes vinculadas a las recientes experiencias institucionales, celebradas por el autor, y la tensión que esas prácticas pueden suponer en relación con algunas de las ideas que propugna. Como se señaló previamente, Gargarella refiere a las asambleas deliberativas como experiencias consistentes con el ideal definido de la conversación entre iguales.⁵³ No obstante, según el modo en que sean utilizadas pueden resultar incompatibles con la concepción deliberativa que defiende, puesto que pueden requerir cierta "deferencia ciega" por parte de la ciudadanía a esas decisiones, lo que las acerca, en algún sentido, a concepciones pluralistas.⁵⁴ Sobre este punto, la oscilación entre

sobre el derecho a la salud. En GARGARELLA, Roberto (comp.) *Por una justicia dialógica. El Poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014. pp: 245-291.

Sobre este aspecto, es importante señalar que no hay acuerdo en la doctrina acerca de cómo debe leerse la actuación de la Corte. Mariela Puga, por ejemplo, cuestiona la exclusión de los grupos marginales del debate público estructurado a partir de una narrativa judicial, que prioriza las opiniones de expertos, juristas y organizaciones de elite sobre las perspectivas de los afectados directos. En relación con las órdenes judiciales adoptadas, cuestiona su excesiva centralización, especialmente aquellas adoptadas por el juzgado de ejecución. Véase: PUGA, Mariela. *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*. Biblioteca Virtual Clacso, Buenos Aires, 2012. Pp: 71-97

⁵² La diferencia con Grootbom, caso paradigmático de intervención judicial débil, resulta evidente. En tal caso, la Corte Constitucional de Sudáfrica adoptó un abordaje débil tanto en términos sustantivos como disciplinarios. En primer lugar, se limitó a considerar como irrazonable un plan de vivienda que excluía a un segmento significativo de la población y evitó dotar de contenido concreto el núcleo mínimo de las obligaciones del Estado establecidas en la subsección 26.2 de la Constitución. A su vez, rechazó otorgar un carácter permanente a la medida cautelar dictada previamente por la Corte Suprema y decidió no establecer un plazo para la implementación de las medidas. Un análisis del caso concreto así como de formas fuertes y débiles de revisión judicial puede verse en: TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, Princeton, 2008.

⁵³ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Ob cit. p. 323

⁵⁴ Lafont ha advertido recientemente la tensión que determinados usos de minipúblicos podría entrañar con la concepción deliberativa de la democracia a la que adscribe. Por esta razón argumenta a favor de los usos políticos de los minipúblicos. LAFONT, Cristina. *Democracia sin atajos*. Trota, Madrid, 2021. Pp. 193-221.

concepciones democráticas en tensión podría resolverse si el autor está considerando el potencial de estas iniciativas desde una perspectiva sistémica⁵⁵, pero se trata de un enfoque que Gargarella no asume explícitamente.

En segundo lugar, tales experiencias suponen ciertas formas de representación, lo que entra en tensión con la idea según la cual la composición de las sociedades actuales vuelven "estructuralmente muy difícil (si no imposible) para cualquier sistema que se proponga ser genuinamente representativo, cubrir las dimensiones relevantes de la identidad de cada uno, para lograr la representación efectiva de todos"⁵⁶. Sobre esta cuestión, le preguntaría si la representación está llamada a desempeñar algún rol en nuestros sistemas políticos. Si la respuesta es afirmativa, ella requiere de un argumento normativo que permita advertir el valor de la intermediación ciudadana como una cuestión de principios.⁵⁷ Una interpretación armónica de las ideas plasmadas en la obra, sugiere que la preocupación que, en realidad, estaría inquietando a nuestro autor es la captura del sistema por las elites políticas. Pero tomar el caso patológico no sería un buen camino para descartar la representación en el plano normativo, so pena de incurrir en una petición de principio.

Reflexiones finales

48

Con la claridad que lo caracteriza, Gargarella retoma sus principales líneas de investigación para invitarnos a "una necesaria reflexión crítica para clarificar nuestras ideas, remover ciertas verdades asentadas y pensar una vez más lo que siempre repetimos".⁵⁸ Un aporte más para seguir iluminando el camino hacia una sociedad de iguales porque, al fin y al cabo, como señalara alguna vez Hanna Arendt

⁵⁵ La perspectiva sistémica sugiere que cada ámbito o institución pública en la que se desarrolla el diálogo tiene sus fortalezas y debilidades, por lo tanto, contar con diferentes espacios permite compensar las debilidades de una con las fortalezas de otras. Asimismo, contar con un sistema deliberativo permite integrar diferentes formas de diálogo para que todas contribuyan al resultado a la vez que ofrece la oportunidad de crear controles y equilibrios en el sistema. Por último, un modelo sistémico permite el dinamismo: los elementos específicos y sus relaciones pueden cambiar a lo largo del tiempo sin perturbar todo el sistema. Por lo tanto, cuando la democracia deliberativa se aborda desde una perspectiva sistémica, es decir, compuesta por un sistema de espacios entrelazados, puede abordar problemas o proyectos a nivel nacional con mayor resistencia y eficacia de lo que permitiría cualquier forma de deliberación. En tal sentido véase: MANSBRIDGE, Jane "A systemic approach to deliberative democracy". En: MANSBRIDGE, J. & PARKINSON, R. (eds.) *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the large scale*. Cambridge University Press, 2012.

⁵⁶ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Ob. Cit. p. 108

⁵⁷ Véase BELLO HUTT, D., & LONGÁS URANGA, F. "Sobre la derrota del derecho en América Latina. Siete tesis, por Roberto Gargarella, Siglo XXI, 2020". Isonomía – Revista de teoría y filosofía del Derecho, (56) 2022, 151–159.

⁵⁸ *Ibíd.* p. 16

(y reafirma nuestro autor) "nadie puede ser feliz si no participa en la felicidad pública [...], nadie puede ser libre si no experimenta la libertad pública [...].nadie, finalmente, puede ser feliz o libre si no participa y tiene su parte del poder público".⁵⁹

Referencias

- Bayón, Juan Carlos. "Derechos, democracia y constitución". En *Discusiones: Derechos y justicia constitucional*, núm. 1, 2000.
- Bello Hutt, D., & Longás Uranga, F. "Sobre La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis, por Roberto Gargarella, Siglo XXI, 2020". *Isonomía – Revista de teoría y filosofía del Derecho*, (56) 2022.
- Bergallo, Paola. "La causa "Mendoza": una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud." En Gargarella, Roberto (comp.) *Por una justicia dialógica. El Poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.*
- Elster, Jon. *Ulysses and the Syrens*. Cambridge University Press, Cambridge, 1988. 49
- "The Market and the Forum. Three Varieties of Political Theory". En Elster, J. y Hylland A. (eds.) *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- Deliberative Democracy*. Cambridge University Press. Cambridge, 1998.
- Estlund, David. *La autoridad democrática*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
- Forst, Rainer. *Justificación y crítica*. Katz. Buenos Aires, 2015.
- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel, Buenos Aires, 1996.
- *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2010.
 - *La sala de maquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz, Buenos Aires, 2014.

⁵⁹ *Ibíd.* p. 120.

El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran – por fin – al dialogo ciudadano. Siglo XXI, Buenos Aires, 2021.

Lafont, Cristina. Democracia sin atajos. Trotta, Madrid, 2021.

Mainwaring, S y Shugart, M. Presidentialism and Democracy in Latin America, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

Mansbridge, J. & Parkinson, R. (eds.) Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the large scale. Cambridge University Press, 2012.

Nino, Carlos S. Ética y derechos humanos. Astrea, Buenos Aires, 2012.

Fundamentos de derecho constitucional. Astrea, Buenos Aires, 1992.

La Constitución de la democracia deliberativa. Gedisa, Buenos Aires, 2003.

Puga, Mariela. Litigio y cambio social en Argentina y Colombia. Biblioteca Virtual Clacso, Buenos Aires, 2012.

50 Rawls, John. Political Liberalism, Columbia University, New York, 1993.

Tushnet, Mark, Weak Courts, Strong Rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton University Press, Princeton, 2008.

El doble filo del especismo: subhumanos y superhumanos. Algunas asimetrías en filosofía liberal contemporánea*

Pablo Suárez**

*“Ahora que se ha probado el origen del hombre,
la metafísica florecerá –aquél que entienda al babuino
hará más por la metafísica que Locke”
(Darwin, Charles, Notebook M, 1838)*

Resumen

Este trabajo busca analizar algunos temas complejos debatidos en ética, filosofía política y filosofía del derecho, con el objeto de identificar ciertas asimetrías e inconsistencias que ocurren en estas áreas cuando la filosofía liberal contemporánea se ocupa de la consideración moral que cabe a los animales. Intentaré mostrar cómo las posiciones que se adoptan respecto de algunos asuntos deberían llevar a determinadas posturas en otros que se refieren al estatus moral de los animales, pero que ello no siempre ocurre. Esto me permitirá sugerir que el razonamiento teórico en los ámbitos señalados en ocasiones no cumple con los requisitos de racionalidad, imparcialidad y universalidad que deberían darle sustento, y se encuentra separado en compartimentos estancos que impiden someterlo a determinadas pruebas de coherencia.

Palabras clave: derechos humanos – dignidad – animales – especismo – justicia

* Este artículo fue elaborado como parte del Proyecto de Investigación realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo titulado “Embriones, incapaces, animales, personas: Algunas asimetrías en filosofía liberal contemporánea”, que codirigí junto a Laura Saldivia Menajovsky. Una versión del mismo con mínimos cambios se encuentra en proceso de publicación en Lecciones y Ensayos (Facultad de Derecho, UBA), N° 105. Una versión preliminar fue presentada en el “I Congreso Internacional e Interdisciplinario de Debate en torno a los Animales No Humanos” (Facultad de Derecho, UBA; noviembre de 2018). Agradezco a Julieta Arosteguy, Laura Saldivia Menajovsky, Romina Faerman, Vladimir Chorny Elizalde y al Seminario de Alumnos de la Cátedra de Teoría General del Derecho del Dr. Marcelo Alegre (Facultad de Derecho, UBA) por sus valiosos comentarios a versiones anteriores de este trabajo.

** Abogado (Universidad de Buenos Aires, 1995). Carrera de Especialización en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad de Buenos Aires, 1999). Profesor de la carrera de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires, de la carrera de Abogacía de la Universidad de Palermo, y de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo. Las traducciones del inglés me pertenecen.

Abstract

This article aims to study some complex issues debated in ethics, political philosophy and philosophy of law in order to identify certain asymmetries and inconsistencies that take place in these areas when contemporary liberal philosophy deals with the moral consideration owed to animals. I will try to show how the stances adopted regarding some matters should lead to certain positions in others that refer to the moral status of animals, but that this not always is the case. This will allow me to suggest that the theoretical reasoning in those fields does not always meet the standards of rationality, impartiality and universality that should provide its grounds, and that it is divided in watertight compartments that prevent to submit it to certain tests of coherence.

Keywords: human rights – dignity – animals – speciesism - justice

I. Introducción

El interés por la consideración moral que corresponde otorgar a los animales¹ es casi tan antiguo como la indagación filosófica en occidente, aunque es recién en último medio siglo cuando se desarrollaron de modo sistemático teorías animalistas de las más variadas vertientes.

Teniendo en cuenta que ya se ha escrito de manera extensa y convincente sobre las fundamentaciones que tanto filosofía liberal² como las teorías críticas³ pueden brindar a las ideas de consideración moral y derechos para los animales, y para cuestionar el especismo,⁴ no seguiré esta línea de trabajo aquí. En cambio, este

¹ La bibliografía del área emplea habitualmente la expresión “animales no humanos”, recordándonos que los humanos también pertenecemos al reino animal. En este trabajo utilizaré en general, sin embargo, y con algunas prevenciones, el término “animales”. Ello por razones de fluidez en la lectura, pero principalmente dado que la expresión “animales no humanos” coloca del lado de éstos un calificativo que insinúa una no adecuación o anormalidad (el ser que se define por no ser alguien más), aglutinando a su vez esta noción a innumerables especies que nada tienen que ver entre sí salvo el no ser *Homo sapiens*. La expresión “demás animales”, que también es empleada en la literatura especializada, presenta similares problemas -tal vez de modo atenuado-: se apilan a todas las especies distintas a la humana y se las distingue de ésta por medio de una referencia que igualmente presenta resonancias de subalternidad; esos demás seres sólo pueden identificarse, amontonados, por oposición al referente principal. El término “animales” tampoco está exento de inconvenientes: del mismo modo resulta de un apilamiento de seres muy diferentes entre sí. Véase nota 34.

² Suele mencionarse como un hito fundacional de esta última etapa al libro del filósofo utilitarista Peter Singer *Liberación Animal* (Madrid, Trotta, 2011), publicado en 1975. Ese mismo año Tom Regan comienza a producir una serie de artículos sobre la cuestión animal desde una perspectiva de tipo kantiana y en 1983 publica su libro *The Case for Animal Rights* (University of California Press, 1983), otra obra también central para el movimiento animalista. A partir de este momento el número de trabajos sobre la cuestión animal que se producen desde la filosofía liberal crece exponencialmente y resulta imposible reseñarlos aquí.

³ En 1971 Francis Moore Lappé publica *Diet for a Small Planet* (Ballantine Books), una obra que proponía el vegetarianismo como forma de luchar contra los problemas del hambre mundial y la crisis ambiental. En 1975 Carol Adams escribe “The Oedible Complex: Feminism and Vegetarianism” (en *The Lesbian Reader*, Covina, Gina – Galana, Laurel (eds.), Oakland, CA, Amazon), un ensayo que documenta el vegetarianismo entre mujeres feministas y relaciona la violencia machista con el consumo de carne. Entre los autores postestructuralistas se destaca la obra de Jacques Derrida, quien si bien inicialmente no se ocupó de lleno de la cuestión animal, en algunas de sus obras más importantes de fines de los años ‘60 del siglo pasado, como *De la Gramatología*, de 1967, indagó sobre lo que significa ser humano y cómo dicho término sólo cobra sentido en relación a una serie de identidades y términos excluidos, entre ellos el de animal. Los abordajes críticos de la cuestión animal también se multiplican a partir de los años ‘80 del siglo pasado y es igualmente imposible hacer una reseña de los mismos en esta nota.

⁴ Con el término especismo se denomina al trato discriminatorio o desventajoso basado exclusivamente en la pertenencia a una especie (Ryder, Richard D., “Speciesism Again: The Original Leaflet”, *2 Critical Society*, 1970, pp. 1-2; Singer, Peter, *Liberación Animal*, op. cit., p. 22). Véanse también las notas 71, 73 a 75 y el texto principal correspondiente a las mismas.

artículo estudiará algunos temas complejos debatidos en ética, filosofía política y filosofía del derecho, con el fin de identificar ciertas contradicciones que se dan en estas áreas cuando la filosofía liberal que suscribe el especismo se ocupa de la consideración moral que cabe a los animales. Centro en este punto mi análisis dado que la filosofía liberal continúa siendo la corriente que goza de mayor difusión y predicamento en la academia. Y lo hago siguiendo la metodología de tradición crítica que, más que argumentar de modo sistemático sobre un asunto que se encuentra en la periferia de la producción teórica dominante, busca señalar los vacíos y las inconsistencias de las teorías más influyentes cuando tratan el mismo.⁵

Intentaré mostrar cómo las posiciones que se adoptan desde la filosofía liberal contemporánea en ética, filosofía política y filosofía del derecho respecto de algunos asuntos deberían llevar a determinadas posturas en otros que se refieren al estatus moral de los animales, pero que ello no siempre ocurre. Esto me permitirá sostener que el razonamiento teórico que puede hallarse en esa tradición filosófica en los ámbitos señalados, en ocasiones no cumple con los requisitos de racionalidad, imparcialidad y universalidad que deberían darle sustento,⁶ y que se encuentra separado en compartimentos estancos que dificultan someterlo a ciertas pruebas de coherencia. Argumentaré que esta demarcación es producto de autopreferencias no declaradas y de posiciones no explicitadas en el razonamiento, que llevan a delimitar las fronteras del análisis y –así– ocultan contradicciones que intentaré mostrar en lo que sigue. En el curso dicha indagación sugeriré con trazo bastante grueso algunas de las adaptaciones que cabría realizar a las teorías y posicionamientos en cuestión.

54

No obstante la metodología y el objetivo del trabajo recién explicitados, corresponde dejar planteadas desde el comienzo dos cuestiones sustantivas -vinculadas entre sí- que informarán el análisis a realizar. La primera es un posicionamiento antiespecista: seguiré la extensa bibliografía que sostiene que la especie no es una categoría con relevancia moral para efectuar tratos desigualitarios en términos de los derechos más esenciales (a la libertad, a la integridad psicofísica, a la vida) que corresponden a los seres que tiene la

⁵ Balkin, Jack M., “Práctica Deconstructiva y Teoría Jurídica”, en *Crítica Jurídica*, Mauricio García Villegas-Isabel Jaramillo Sierra-Esteban Restrepo Saldarriaga (eds.), Universidad de los Andes, Colombia, 2006, pp. 287-336.

⁶ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 140 y ss.; Singer, Peter, *Practical Ethics*, Cambridge University Press, 1993, pp. 8-13; Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 104 y 176. Véase también el trabajo de Silvina Pezzetta “Una Teoría del Derecho para los Animales no Humanos. Aportes para la Perspectiva Interna del Derecho” (44 *Revista de Bioética y Derecho*, Universitat de Barcelona, 2018, pp. 163-177), donde se realiza una propuesta extensionalista desde la teoría del derecho, partiendo de acuerdos básicos en este terreno sobre cuestiones relevantes –como la importancia y fundamentación de los derechos básicos, las nociones de intereses, subjetividad y personalidad, etc.- para aplicarla a los animales.

capacidad de poseer esos intereses.⁷ La segunda radica en considerar que la característica natural con relevancia moral más esencial para deliberar sobre la propiedad de negar o respetar estos intereses y derechos fundamentales es la sintiencia, esto es la capacidad de experimentar dolor y placer. Y que para ello sólo es necesario contar con un sistema nervioso central que posibilite tener conciencia, una vida mental y experiencias subjetivas, no requiriéndose en cambio la posesión de racionalidad, agencia lingüística u otras capacidades cognitivas elevadas.⁸

II. Algunas asimetrías en filosofía liberal contemporánea

1. Caso uno: animales, humanos y libertad

En general se asume como un asunto saldado que los humanos somos seres absolutamente libres, racionales e intencionados. Pero en verdad no existe tal consenso: la literatura que sostiene que estamos determinados por circunstancias antecedentes (mecánicas, genéticas, de crianza, ambientales, etc.) es tan abundante como la que afirma lo contrario.

Debería decirse, más bien, que el consenso es que somos *comparativamente* racionales, intencionados y libres, es decir que somos racionales, intencionados y gozamos de libre albedrío cuando nos comparamos con el resto de los seres con los que compartimos el planeta: con los animales. Es así que la principal justificación que se otorga para negar a los animales la consideración y los derechos básicos que se acuerdan a los humanos radica precisamente en sostener que los primeros carecerían de la racionalidad, autoconsciencia y libre albedrío, además de otras capacidades intelectuales, sociales y morales, que poseeríamos los seres humanos. Esta libertad, por su lado, es asociada por lo general a la posibilidad de ser agentes

55

⁷ Ryder, Richard D., "Speciesism Again: The Original Leaflet", *Critical Society*, 2, 1970, 1-2; Singer, Peter, *Liberación Animal*, op. cit., cap. 1; Regan, Tom, *Animal Rights, Human Wrongs. An Introduction to Moral Philosophy*, Roman & Littlefield Publishers, 2003, p. 47. Véase la nota 71 y el texto principal de la misma.

⁸ Esta idea no sólo goza de un extendido consenso en la bibliografía animalista contemporánea, sino también de antecedentes importantes a lo largo de la historia. Singer, Peter, *Liberación Animal*, op. cit., cap. 1; Porfirio, *Sobre la Abstinencia*, Editorial Gredos, Madrid, 1984, Libro III, p. 165; Jean Jacques Rousseau, *The Second Discourse: Discourse on the Origin and Foundations of Inequality Among Mankind*, Yale University Press, 2002, pp. 84-85 y 95; Jeremy Bentham, *Introducción a los Principios de la Moral y la Legislación*, 1780, capítulo 17. Existen, claro, otras características y capacidades de los seres vivos, como la madurez cognitiva o la altura, que podrían tener relevancia en conexión con otros intereses y derechos, como los de votar, acceder a la educación universitaria o integrar la selección nacional de básquet. Pero ni la inteligencia ni la altura son características moralmente relevantes para la consideración de los intereses de un ser sintiente en no ser confinado, torturado y asesinado.

morales y esta última característica a la noción de personalidad moral.⁹ De tal modo, esta diferencia que nos separa de los animales explicaría también que sólo los seres humanos seamos considerados personas morales.-

Sin embargo, las ideas de libertad y de personalidad son sumamente elusivas,¹⁰ y si se ahonda en las mismas, y en la diferente métrica que se emplea cuando se analiza la plausibilidad de considerar personas a animales y a humanos, así como la cuestión de la determinación y la libertad de unos y otros, puede detectarse la primera de las asimetrías señaladas en la introducción. A los animales en general se les niega personalidad moral y todo tipo de agencia a partir de compararlos con los humanos.¹¹ Ahora bien, cuando se estima puertas adentro el asunto de la personalidad moral de los humanos, y en especial si contamos con libre albedrío, control o si estamos determinados, las conclusiones suelen ser muy poco auspiciosas.

Un rápido recorrido por distintos momentos históricos y disciplinas muestra que en verdad la literatura mayoritaria es escéptica respecto de la tesis de la libertad humana y sobre el cumplimiento cabal de las condiciones que serían necesarias para gozar de personalidad moral. Sin plantear un aval a la tesis determinista, en su *Tratado de la Naturaleza Humana* David Hume señaló, no obstante, un obstáculo

⁹ Si bien no toda la literatura considera que la personalidad moral, y las condiciones de dicha personalidad (como la agencia moral o la responsabilidad moral), dependen de la existencia ontológica del libre albedrío, una parte importante de ella requiere que exista algún grado relevante de libertad al efecto. Ello no sólo es así para las teorías incompatibilistas (que sostienen que si se probase la verdad del determinismo no sería posible hablar de responsabilidad moral ni de personalidad), sino también para muchas teorizaciones compatibilistas (que pese a afirmar que la verdad del determinismo no anularía la posibilidad de responsabilidad moral, exigen que el sujeto cuente con un grado suficiente de libertad para ello). Cfr. Frankfurt, Harry G., "Alternate Possibilities and Moral Responsibility", 66(23) *Journal of Philosophy*, 1969, pp. 829-839; íd., "Freedom of the Will and the Concept of a Person", 68(1) *The Journal of Philosophy*, 1971, pp. 5-20. Véanse las notas 20 y 21 y el texto principal de las mismas.

¹⁰ Dennett, Daniel, "Condiciones de la Cualidad de Persona", en *Cuadernos de Crítica* 45, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, en especial p. 35: "el concepto de persona es [...] inevitablemente normativo. Los seres humanos u otras entidades sólo pueden aspirar a ser aproximaciones al ideal, y no hay forma de establecer una 'calificación aprobatoria' que no sea arbitraria." Harry G. Frankfurt cuestionó en su tiempo las concepciones de persona elaboradas por P. F. Strawson y A. J. Ayer, que de modo similar las caracterizan como las entidades que poseen propiedades físicas y estados de consciencia, justamente porque tales definiciones incluyen a otros seres además de los humanos ("Freedom of the Will and the Concept of a Person", op. cit., p. 5).

¹¹ Entre las excepciones puede mencionarse al filósofo de la mente Mark Rowlands, quien distingue entre las nociones de agente moral, paciente moral y sujeto moral, sosteniendo que esta última noción requiere que un individuo esté motivado -en ocasiones al menos- a actuar por consideraciones morales, aunque no exige que pueda deliberar acerca de dichas razones ni que pueda ser motivo de elogio o censura moral (lo que se requiere para que exista agencia moral). Este autor concluye a partir de ello que muchos animales, además de pacientes morales, son sujetos morales. Cfr. "¿Pueden los animales ser morales?", 9 *Dilemata*, 2012, pp. 1-32; íd., *Can Animals Be Moral?*, Oxford University Press, 2012.

insalvable para el libre albedrío: “la necesidad es un elemento esencial de la causalidad, y, por consiguiente, la libertad, suprimiendo la necesidad, suprime las causas y es lo mismo que el azar”.¹² En otras palabras, la indeterminación tampoco permite el libre albedrío dado que, en un mundo donde los cursos de acción están absolutamente indeterminados, las cosas suceden en forma aleatoria y por tanto caótica; y en tal supuesto tampoco cabe hablar de libertad, ya que caos y libertad se excluyen mutuamente.¹³ Entre la bibliografía contemporánea, pueden citarse los trabajos realizados en el campo de las neurociencias por Benjamin Libet a partir de los años ochenta del siglo pasado (sofisticados en las décadas siguientes con la ayuda de nueva tecnología), que muestran que los actos voluntarios que realizamos están precedidos por una carga eléctrica particular que tiene lugar en el cerebro -medida con encefalógrafo- que ocurre varios cientos de milisegundos antes de que seamos conscientes de nuestra intención de actuar.¹⁴ Libet no afirmó tampoco la verdad del determinismo, pero sí que con sus estudios estaba probada la falsedad del ser humano como fuerza originaria de sus acciones, y que lo que se denomina libre albedrío es más una herramienta de veto o regulación que de origen o inicio. Por ello este autor decía que no existe el *free will* sino sólo el *free wont*.¹⁵ Uno de los principales filósofos de la mente vivos, Daniel Dennett, más allá de tener una postura compatibilista (afirmando que la verdad de la tesis determinista no inhabilitaría la idea de responsabilidad moral), sostiene que el concepto de persona parece “un nebuloso término honorífico que gustosamente aplicamos a nosotros mismos y a los demás, como mejor nos parece”,¹⁶ pero que resulta dudoso que las entidades reales que somos podamos cumplir suficientemente con las condiciones de la personalidad. Que justamente en los casos que más importan, cuando evaluamos la responsabilidad moral y legal de alguien frente crímenes atroces y acciones inexplicables, y rastreamos la causa de estos actos en condicionantes sociales, en una crianza represiva o en una infancia violenta, encontramos al mismo tiempo las razones para dudar de la racionalidad, de la agencia autónoma, de la libertad y –en definitiva– de todo lo que hace “personas” a las personas.¹⁷ Entre los autores que estudiaron la acción humana desde la filosofía del derecho puede recordarse a Carlos Nino, quien, considerando la magnitud de los obstáculos que se vienen señalando, concluyó que esta persona moral absolutamente

¹² Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, Oxford University Press - Clarendon Press, 1960, p. 407.

¹³ Se conoce a este razonamiento como la “Cuestión de la Ininteligibilidad”.

¹⁴ Libet, Benjamin, “Do We Have Free Will?”, 6(8-9) *Journal of Consciousness Studies*, 1999, pp. 47-57.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 47-57.

¹⁶ Dennett, Daniel, “Condiciones de la Cualidad de Persona”, *op. cit.*, p. 6. La oración culmina así: “[...] –así como los *chic* son aquellos que pueden lograr que los consideren *chic* otros que a sí mismos se tienen por *chic*.”

¹⁷ *Ibid.*, p. 36.

libre e indeterminada era en verdad una entidad “fantasmagórica” muy alejada de las personas de carne y hueso.¹⁸

Pese a ello, enfrentados a este panorama tan poco prometedor, se acuerda en concluir a través de atajos muy convenientes que los seres humanos somos personas morales.¹⁹ En cuanto a la posibilidad de agencia moral y de ser moralmente responsables, y a pesar de debatirse sin tregua sobre la verdad de las tesis determinista e indeterminista, el consenso es que seríamos capaces de responsabilidad moral: o bien seríamos libres (según plantea el libertarismo²⁰) o en cualquier caso tendríamos un grado de libertad acotado pero suficiente y compatible con la idea de responsabilidad moral (según sostienen las teorías compatibilistas²¹). Algunos trabajos incluso entienden que si bien la idea de libertad humana resultaría una ilusión, sería una ilusión que tiene efectos positivos al permitirnos mantener ideas como las de responsabilidad y castigo, pues ellas dependen de la creencia en la existencia de libre albedrío.²² Paradójicamente, sería justamente esta equivocada lectura de la realidad, esta ignorancia acrítica, no tan diferente al mero ser irreflexivo con el que se identifica a los animales, lo que permitiría la vida en sociedad.

Es llamativo que de este criterio amplio (y convenientemente autoindulgente) se pase sin solución de continuidad ni justificación –y sin aplicar los presupuestos de imparcialidad y universalidad del razonamiento filosófico, ni el criterio favorable al más débil que debe emplearse en casos de duda-²³ a uno de extrema exigencia a la hora de analizar si los animales poseen las características necesarias para ser considerados personas. Así, no tuvimos reparo en el pasado en considerar a los animales autómatas sofisticados (como famosamente postuló Descartes)²⁴ o -más modernamente- seres vivos que no responden de modo libre sino que sólo reaccionan ante estímulos internos y externos (según planteó Lacan).²⁵ Este empleo de ópticas y métricas diferentes cuando se analizan las ideas de libertad y agencia humana y animal llevó a Jacques

58

18 Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., p. 172. En la página siguiente agrega el autor: “Más aún, la capacidad de elegir fines y formar deseos es francamente dudosa si tomamos en cuenta que la adopción de fines, intereses y deseos es causalmente determinada de una manera incompatible con la capacidad de elegirlos.” (p. 173).

19 Véase lo que se dirá en la sección 5 acerca de las opiniones de Rawls sobre esta cuestión.

20 Young, Robert, “Las Implicaciones del Determinismo”, op. cit., p. 715; Kane, Robert, *The Significance of Free Will*, op. cit.

21 Frankfurt, Harry G., “Alternate Possibilities and Moral Responsibility”, op. cit.; íd., “Freedom of the Will and the Concept of a Person”, op. cit.; Strawson, Peter, “Freedom and Resentment”, 48 *Proc. Brit. Acad.*, 1962, pp. 1-25.

22 Smilansky, Saul, “Free Will: From Nature to Illusion”, 101(1) *Proceedings of the Aristotelian Society*, 2001, pp. 71-95.

23 Véase nota 38.

24 Según la cita de su *Discurso del Método* que hace Peter Singer en *Liberación Animal* (op. cit., pp. 321-232).

25 Derrida, Jaques, *El Animal que Luego Esto Si(gui)endo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 162.

Derrida a recordarle a Lacán que para la teoría psicoanalítica los seres humanos estamos cableados, condicionados y por ello determinados; y que la noción misma de inconsciente “debería impedirnos toda seguridad inmediata en la conciencia de libertad que toda responsabilidad implica [...] en tanto] se funda en una lógica de la repetición que [...] inscribirá siempre un destino de [...] cierta automaticidad de la reacción en toda respuesta por muy originaria, libre, decisoria y a-reaccional que parezca.”²⁶

De tal modo, las limitaciones que identificamos y finalmente perdonamos a unos, a nosotros mismos, se constituyen en el factor determinante para condenar a otros, a terceros, violándose el más elemental presupuesto de imparcialidad del razonamiento filosófico. Los seres humanos, entonces, seríamos libres y elevados *sólo comparativamente*, frente a seres determinados e inferiores también por comparación, pero no en sí mismos. Nuestra (relativa) libertad se construye así, comparativamente, por la (relativa) determinación de los animales.²⁷

2. Caso dos: especismo, dignidad humana y creacionismo

Modernamente ya no se sostiene que los animales son autómatas. Cada vez menos se afirma, como lo hacía Lacan, que son seres vivos que meramente reaccionan frente a estímulos pero que no pueden en verdad “responder” ni tienen conciencia de sí mismos. Es actualmente aceptado²⁸ que la gran mayoría de los animales tienen intereses,²⁹ poseen razonamiento práctico,³⁰ son conscientes y responden a la existencia de otros,³¹ que muchos tienen cultura, son capaces

59

²⁶ *Ibíd.*, p. 150. P. 162: “¿Es necesario [...] recordárselo a un psicoanalista?” Unas páginas atrás había señalado Derrida: “La lectura crítica o deconstructiva que requerimos no intentaría tanto restituir al animal o a tal insecto los poderes que se le discuten –aunque a veces esto parezca posible– cuanto plantearse si el mismo tipo de análisis no podría optar a la misma pertinencia en lo que se refiere al hombre, por ejemplo, al ‘cableado’ de su comportamiento sexual y reproductor, etc.” (p. 148, nota 13).

²⁷ De modo similar, mujeres y personas con identidades de género disidentes serán definidas por lo que no es un hombre; y las personas racializadas, por no ser blancas. Véanse notas 49 a 54 y texto principal de las mismas.

²⁸ Lo esencial a este respecto ya había sido anticipado por Darwin en el siglo XIX. Cfr. Darwin, Charles, *El Origen del Hombre*, Valencia, F. Sempere y Cía. Ed., 1909. En 1938 el naturalista inglés consignó en su libreta de anotaciones la frase que figura en el epígrafe de este artículo.

²⁹ Feinberg, Joel, “The Rights of Animals and Unborn Generations”, en *Philosophy and Environmental Crisis*, William T. Blackstone (ed.), University of Georgia Press, 1974, pp. 43-68; Singer, Peter, *Liberación Animal*, op. cit.

³⁰ Regan, Tom, *The Case for Animal Rights*, op. cit.

³¹ Allen, Colin - Trestman, Michael, “Animal Consciousness”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2017, <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/consciousness-animal/>; Regan, Tom, *The Case for Animal Rights*, op. cit.; Singer, Peter, *Liberación Animal*, op. cit.; Rowlands, Mark, *Animal Rights. Moral Theory and Practice*, Palgrave – Macmillan, 2009, capítulo 7.

de regular la conducta, de responder a algunas normas y de comportamiento colaborativo,³² y que incluso sienten empatía, actúan de modo altruista y tienen un sentido de justicia hacia miembros de su misma especie y de los de otras.³³

Sin embargo, se mantiene un bastión de resistencia a su inclusión en la comunidad moral, que se apoyaría en una mirada más fina sobre las diferencias que separarían a animales de humanos, insistiéndose en que dichas diferencias serían moralmente relevantes y crean un abismo tal entre especies que obliga a colocar de un lado a los humanos y del otro a todos los demás animales (gorilas y mosquitos, lombrices y perros, palomas y elefantes); apilando a especies que nada tienen que ver entre sí e incluyendo en ese amontonamiento a seres que tienen muchos más parecidos con los *Sapiens* que con los demás compañeros de celda.³⁴

Se afirma, para ello, que los seres humanos gozamos de una sensibilidad artística superlativa, de una capacidad para hacer el bien difícil de igualar, de una inteligencia que nos permite estudiar el cosmos y de la facultad del razonamiento filosófico. ¿Pero son estas las diferencias que se encuentran en el fondo del abismo que separaría al *Homo Sapiens* del resto de las incontables especies que existen y han existido en el planeta? Pues en verdad ninguna de estas características de supuesta exclusividad humana son poseídas por todos los humanos y nada más que por los humanos. Muchos humanos carecen de estas aptitudes y no por ello entendemos que dejan de ser personas morales, que carecen de derechos o que pueden ser utilizados como medios para satisfacer los fines de los humanos que sí cuentan con ellas.³⁵ A su vez, existen animales que poseen algunas de estas capacidades, como la inteligencia, formas rudimentarias de lenguaje, comportamiento colaborativo y

60

³² De Wall, Frans, *Good Natured. The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals*, Harvard University Press, 1996; Donaldson, Sue – Kymlicka, Will, “Rethinking Membership and Participation in an Inclusive Democracy: Cognitive Disability, Children, Animals”, en *Disability and Political Theory*, B. Arneil & N. Hirshmann (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 168-197.

³³ Brosnan, Sarah - De Waal, Frans, “Monkeys Reject Unequal Pay”, 425 *Nature*, 2003, pp. 297–299; Rowlands, Mark, *Can Animals Be Moral?*, op. cit.; Masserman, Jules H. et al., “Altruistic Behavior in Rhesus Monkeys”, 121 *The American Journal of Psychiatry*, 1964, pp. 584-585.

³⁴ Derrida objeta por ello el término “animal”, que resulta de un apilamiento de seres de sexualidad indiferenciada, castrada. Utiliza por ello “animot” (“l’animot”), término inventado, “quimérico”, que pese a ser singular no se distingue fonéticamente del plural *animaux* (animales) del francés, recordándonos dicha hibridez que la monstruosidad de quimera se debía a no otra cosa que a su multiplicidad, a tener cabeza y pecho de león, entrañas de cabra, cola de dragón (*El Animal que Luego Esto Si(gui)endo*, op. cit., pp. 57-58).

³⁵ Feinberg, Joel, “The Rights of Animals and Unborn Generations”, op. cit., pp. 47; Regan, Tom, “Poniendo a las Personas en su Sitio”, XVIII/3 *Teorema*, 1999, p. 31.

empatía,³⁶ aun en un grado superior a muchos seres humanos.³⁷

Lo cierto es que este abismo que se afirma existe entre humanos y animales parece tener otro origen, si bien el mismo es sumamente inasible. Ese “no sé qué” que tendríamos todos los humanos (aun los miembros de la especie que carecen de raciocinio, lenguaje, autonomía y de la posibilidad de interactuar con otros) y del que carecerían todos los animales (incluso los que poseen en algún grado estas capacidades), salvo prueba en contrario de quienes deseen defender el trato desigualitario,³⁸ parecería no ser otra cosa que un residuo de la idea religiosa de alma. La teoría de la selección natural de las especies y toda la ciencia moderna niegan la existencia de una frontera clara, estable y tangible entre las especies; y demuestran que entre los individuos de las distintas especies –así como entre los de una misma especie- existe continuidad y diferencias que sólo son de grado,

³⁶ Ver notas 28 a 33 y texto principal correspondiente a las mismas. En un trabajo anterior (“Animales, Incapaces y Familias Multi-especies”, *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, Año IV, Vol. II, 2017, p. 78, nota 44) recordé la investigación sobre el altruismo en monos Rhesus realizada apenas un año después del estudio sobre obediencia a la autoridad efectuado en humanos por Stanley Milgram (“Behavioral Study of Obedience”, 67 *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 1963, pp. 371–378), este último motivado en la repercusión del juicio a Adolf Eichmann en Jerusalén ocurrido poco antes y de la defensa basada en el cumplimiento de órdenes desplegada en ese proceso. En el estudio de Milgram, más de la mitad de los sujetos llegaba a aplicar la descarga eléctrica más potente, cumpliendo las instrucciones de los científicos a cargo y pese al suplicio del sujeto que supuestamente la recibía (en verdad la corriente eléctrica no funcionaba y un actor fingía recibir descargas cada vez más potentes). En el estudio de Masserman et al., de modo opuesto, la mayoría de los monos estudiados se negó durante días a presionar un botón que les proveía alimento y a la vez generaba una descarga eléctrica y sufrimiento visible en un congénere.

³⁷ Este razonamiento es conocido como el “Argumento de la superposición de especies” (H. B. Miller, “A Terminological Proposal”, 30 *Society for the Study of Ethics and Animals Newsletter*, 2002; citado en Horta, Oscar, “La Cuestión de la Personalidad Legal más allá de la Especie Humana”, 34 *Isonomía*, 2011, p. 65). Se aludía al mismo también como el “Argumento de los Casos Marginales” aunque dicha denominación fue cuestionada por las siguientes razones. Por un lado, ya que no es cierto que los casos sean tan marginales: todos los humanos durante su infancia, muchos humanos durante la última etapa de su vida y un número importante de ellos debido a patologías de distinto tipo, carecen de estas capacidades. En segundo lugar, dado que la posesión de determinadas capacidades no determina la pertenencia a la especie, con lo que su carencia no implica marginalidad. Cfr. Horta, Oscar, “La Cuestión de la Personalidad Legal más allá de la Especie Humana”, op. cit., p. 65.

³⁸ En “Animales, Incapaces y Familias Multi-especies” (op. cit., p. 72) sugerí que la especie debería ser considerada, junto con la raza, el sexo-género y las capacidades psicofísicas, una categoría sospechosa/prohibida en los términos de los tratados y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, lo cual genera una presunción de discriminación y una inversión de la carga de la prueba en contra de quien pretenda tratar desigualmente a otro por características como éstas. Puede apelarse también al elemental principio jurídico de fallar en favor de la parte más débil o de la parte sometida a un proceso del que pueden resultar limitaciones a derechos fundamentales como la libertad. Cfr. Wise, Steven, “Animal rights, One Step at a Time”, en *Animal rights. Current Debates and New Directions*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 35.

no de esencia.³⁹ ¿Qué otra cosa nos haría total y radicalmente diferentes de los demás animales sino el mensaje divino que nos dice –muy convenientemente otra vez– que hemos sido creados a imagen y semejanza de Dios,⁴⁰ que somos el centro y razón de ser de todo, y que los restantes animales –al igual que otros miembros de nuestra especie que históricamente fueron animalizados, considerados menos que humanos⁴¹–, están a nuestro servicio?⁴²

Ningún teórico secular liberal afirmarían hoy que esta diferencia insalvable que nos separaría de los animales radica en poseer los humanos un alma. Sin embargo, como señala James Rachels, “una tradición religiosa puede influir toda la cultura, e incluso determinar la forma que el pensamiento secular toma en ella.”⁴³ Un rastreo de la historia de estas ideas muestra que esa fue justamente la respuesta de la mayoría de los pensadores del tiempo de Darwin frente a su teoría científica,⁴⁴ y que esa visión, cuando fue quedando desacreditada por la ciencia, más que revisada, fue *renombrada*.⁴⁵ La diferencia abismal e infranqueable entre humanos

³⁹ Charles Darwin expresó en sus *Ornithological Notes* (Barlow Nora (ed.), 2(7) *Bulletin of the British Museum. Historical Series*, 1963, pp. 201–278): “si existiera el más mínimo sustento para estas afirmaciones sobre la zoología de los Archipiélagos –merece ser examinado; dado que estos hechos socavarían la estabilidad de las especies.” Luego agregó en *El Origen del Hombre* (op. cit., p. 144): “aun cuando las facultades mentales del hombre difieren inmensamente de las de los animales que le son inferiores, difieren sólo en grado, pero no en naturaleza.” Paradójicamente, la única característica exclusiva del ser humano podría ser que se trata del único animal que cree en deidades, milagros y circunstancias sobrenaturales. Como señaló famosamente Mircea Eliade, sólo el *Homo sapiens* es *Homo religiosus*: “ser –o más bien devenir– un ser humano significa ser religioso”; característica que no se pierde en las sociedades más secularizadas, donde la secularización sólo ocurre a nivel consciente dejando intactos las estructuras y valores religiosos como fenómenos de lo sagrado (Eliade, Mircea, *La Búsqueda: Historia y Sentido de las Religiones*, Barcelona, Kairós, 1999, pp. 8-10).

⁴⁰ “Entonces dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza [...]. Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó” (Génesis 1:26-27).

⁴¹ Uno de los últimos mandamientos del antiguo testamento de la Biblia ubica a animales, mujeres y personas en situación de servidumbre en el mismo lugar, como propiedades del hombre a ser resguardadas: “No codiciarás la casa de tu prójimo. No codiciarás la mujer de tu prójimo, ni su siervo, ni su sierva, ni su buey, ni su asno, ni nada que sea de tu prójimo.” (Éxodo 20, 2-17).

⁴² “Ellos someterán al pez del mar, al ave de los cielos, a la bestia, a toda la tierra [...]. Fructificad, multiplicaos, llenad la tierra, conquistadla.” (Génesis 1:28).

⁴³ Rachels, James, *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*, Oxford University Press, 1990, p. 87.

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 79 y ss.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 5: “La idea de dignidad humana resulta ser [...] el efluvio moral de una metafísica desacreditada.” Y de este modo clandestino y acrítico la idea religiosa del alma es incorporada en la filosofía y el derecho seculares. Cfr. Pérez Pejic, Gonzalo - Suárez, Pablo, “Notas sobre Religión, Especismo y Personalidad Legal”, 1(64) *Question*. Así, por ejemplo, el Código Civil y Comercial Argentino aprobado en el año 2015 sigue en este punto a los Fundamentos del Proyecto de Código Civil del año 1998, donde se afirma que “la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo [...]”. Pero el concepto de persona no

y animales se hallaría ahora en la dignidad humana: el ser humano detentaría una dignidad innata de la que carecerían todos los otros seres con los que comparte el planeta.⁴⁶ Pero las huellas del origen religioso de la idea contemporánea de dignidad humana son indisimulables. En el *Catolicismo de la Iglesia*, por ejemplo, se afirma en este sentido: “El cuerpo del hombre participa de la *dignidad* de la ‘imagen de Dios’: es cuerpo humano precisamente *porque* está animado por el alma espiritual [...]”.⁴⁷ “Por haber sido hecho a imagen de Dios, el ser humano tiene *la dignidad de persona*; no es solamente *algo*, sino *alguien*.”⁴⁸

Como lo evidencia la cita recién efectuada, la visión secular de la diferencia insalvable entre humanos y animales comparte con la mirada religiosa, no sólo su origen, sino la perspectiva: es supremacista. Ambas señalan y separan a sujetos de objetos, construyendo la identidad de los primeros a partir de afirmar una inferioridad y anormalidad de los segundos.⁴⁹ Donna Haraway sostiene en torno a esto en *Primate Visions: Gender, Race and Nature in the World of Modern Science*:

[L]a primatología occidental ha tratado sobre la construcción del ser a partir de

proviene de la naturaleza (por ello los textos y glosarios universitarios de biología no tratan sobre el mismo); sino que, como ya se vio, se trata de un concepto normativo (véase nota 10). Dicha confusión no es casual; es consecuencia de la colonización furtiva de instituciones seculares por parte de ideas religiosas. Los análisis que realizan los comentaristas legales de las normas en cuestión lo confirman. Jorge e Ignacio Alterini explican de este modo el cambio de la terminología de la ley, que substituyó “persona física” por “persona humana”: “La denominación ‘persona física’ parecía ser concordante con la limitación de sus alcances a lo meramente corporal y resultaba excluyente de los contenidos espirituales.” (“Opinión al art. 19 en la 1ª edición”, en Alterini, Jorge H.–Alterini, Ignacio E.–Tobías, José W., *Código Civil y Comercial comentado: Tratado exegético*, La Ley, Argentina, 2016, T. I, pp. 160-161).

⁴⁶ Peter Singer se pregunta cuál sería la base para sostener que todos los humanos, incluyendo a Hitler, Stalin y demás psicópatas criminales, gozarían de una dignidad o valor que ningún elefante, cerdo o chimpancé jamás alcanzará, concluyendo que: “hablar de dignidad o valor moral intrínsecos no nos ayuda, porque cualquier defensa satisfactoria de la afirmación de que todos los humanos, y sólo ellos, tienen dignidad intrínseca tendría que referirse a ciertas capacidades o características relevantes que únicamente poseen los humanos, y en virtud de las cuales se les atribuye esta dignidad o valor únicos. Introducir ideas de dignidad y valor como substitutas de otras razones para distinguir a los humanos no basta. Las frases bonitas son el último recurso de quienes se quedan sin argumentos.” (*Liberación Animal*, op. cit., p. 274).

⁴⁷ *Catecismo de la Iglesia Católica*, Buenos Aires, Conferencia Episcopal Argentina Oficina del Libro, 2015, n° 364 (énfasis agregado).

⁴⁸ *Ibíd.*, n° 357 (énfasis agregado).

⁴⁹ Pérez Pejic, Gonzalo - Suárez, Pablo, “Notas sobre Religión, Especismo y Personalidad Legal”, op. cit. Paradójicamente, pero como no podía ser de otro modo dado el origen celestial y conferido de esta dignidad humana, la misma carece de verdadero valor intrínseco: Dios habría creado a un ser a su imagen y semejanza con el fin de que lo ame, lo respete y lo venera. Cfr. *Catecismo de la Iglesia Católica*, n° 358: “Dios creó todo para el hombre [...], pero el hombre fue creado *para servir* y amar a Dios y para ofrecerle toda la creación”; n° 356: “*Para* este fin ha sido creado y ésta es la razón fundamental de su dignidad.” (énfasis agregado).

los materiales crudos del otro, de la apropiación de la naturaleza en la producción de la cultura, el desarrollo del humano a partir de la materia animal, de la claridad de los blancos a partir de la oscuridad del color, de la cuestión del hombre a partir de cuerpo del género, de la emergencia de la mente a partir de la activación del cuerpo. [...] La primatología es un discurso occidental, y es un discurso sexuado.⁵⁰

Will Kymlicka explica por su parte que “[l]a creencia en la superioridad humana sobre los animales no sólo está empíricamente correlacionada, sino también causalmente conectada, con la deshumanización de grupos humanos excluidos”.⁵¹ Es que, “si bien las personas reconocen a los miembros de los grupos subalternos como [...] *Homo sapiens*, no reconocen su humanidad en términos normativos”.⁵² En esa misma línea, los estudios de la discapacidad y el derecho de niños, niñas y adolescentes han alertado que la caracterización de la noción de dignidad humana vinculada a la sacralización de la racionalidad, la inteligencia y la capacidad en general, y la idea resultante de atribución de mayores derechos a quienes más pueden, amenazan con volver a excluir de la comunidad moral o convertir en personas de segunda a una importante porción de la especie humana: menores de edad, personas con limitaciones cognitivas o capacidades físicas fuera de la norma, personas de edad avanzada, etc.⁵³ Los estudios poscoloniales muestran por su lado que este discurso de los derechos humanos está construido sobre una aspiración imperial, civilizatoria y de colonización cultural “que niega la realidad de aquellos a los que dice representar” y que, junto a las ideas de libertad e igualdad, “también incorpora argumentos sobre civilización, atraso cultural, superioridad racial y religiosa.”⁵⁴

Es interesante advertir en este sentido el giro teórico nada inocente que tuvo lugar en los últimos años en torno al fundamento de los derechos humanos. Luego de haberse desarrollado una producción teórica muy fructífera durante los años ‘80, ‘90 y 2000 a partir de las nociones de vulnerabilidad y precariedad (Butler),

⁵⁰ Citada por Salih, Sara, “Filling Up the Space Between Mankind and Ape: Racism, Speciesism and the Androphilic Ape”, 38(1) *Ariel - A review of international english literature*, 2007, p. 97.

⁵¹ Kymlicka, Will, “Human Rights without Human Supremacism”, 48(6) *Canadian Journal of Philosophy*, 2018, p. 11.

⁵² *Ibid.*, nota al pie 29.

⁵³ Palacios, Agustina, *El Modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 2008, p. 33. Las explícitas opiniones de James Griffin al respecto no dejan lugar a dudas: “sólo los agentes normativos tienen de derechos humanos –sin excepciones: no los tienen los infantes, ni los seriamente incapacitados mentalmente, ni aquellos en estado vegetativo permanente, entre otros casos análogos.” (Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008, p. 92, citado por Kymlicka, Will, “Human Rights without Human Supremacism”, op. cit., nota al pie 32 - el énfasis agregado es de Griffin-).

⁵⁴ Kapur, Ratna, “Human Rights in the 21st Century: Take a Walk on the Dark Side”, *Sydney Law Review*, Vol. 28, N° 4, 2006, p. 674.

ética de cuidado (Gilligan, Adams), y capacidades e intereses (Nussbaum, Sen), posteriormente ocurre un resurgimiento de la versión “dignataria” inicial. Salvo por la más elusiva y difícil de caracterizar “dignidad”, todas las restantes ideas que se empleaban para fundar los derechos humanos -intereses, necesidades, bienestar, vulnerabilidad, subjetividad, cuidado y justicia- parecen llevar inevitablemente al reconocimiento de derechos básicos para los animales, pues casi todos los animales merecen amparo bajo estas distintas ópticas.⁵⁵ Fue allí que ocurrió la vuelta a la versión dignataria de los derechos humanos. Dignidad asociada a la idea de superioridad que, nuevamente, tiene una resonancia bíblica indisimulable.

Esta es la segunda contradicción del pensamiento filosófico liberal contemporáneo en esta materia: el especismo (al que suscribe la gran mayoría de los teóricos de esta tradición) es en este aspecto hijo no reconocido de ideas creacionistas. Ambas nociones asumen –si bien de modo no declarado la primera- que, a diferencia de los animales, que son amontonados en una única categoría de trazo muy grueso, los humanos seríamos absoluta y radicalmente distintos, por mandato divino. Ya lo advertía Darwin en sus notas previas a la publicación de sus principales obras: “El hombre en su arrogancia cree ser una gran obra digna de la interposición de una deidad. Una visión más humilde y más cierta es considerarlo surgido de los animales.”⁵⁶

3. Caso tres: identidad, diferencia y especies

65

Desde hace algunas décadas se acepta que ni el género ni la raza ni la capacidad integran categorías binarias y que conviene en cambio hablar de continuos; y que dichas nociones no tienen verdadera entidad ontológica, sino que se trata de construcciones sociales: de nomenclaturas y rótulos de conveniencia que separan y agrupan a partir de patrones –generalmente fenotípicos, aunque en materia de género y racial cobran relevancia la autopercepción y la identificación o pertenencia grupal- lo que es relativamente diferente y lo que resulta relativamente similar.⁵⁷ Ese consenso, esta mirada, sin embargo, se detiene en los límites de nuestra especie, para allí cambiarse los anteojos y utilizar otra métrica, cuando el razonamiento empleado en los ámbitos señalados anteriormente debería también llevar a poner en cuestión la entidad ontológica y la estabilidad de la categoría “especie” (y con

⁵⁵ Kymlicka, Will, “Human Rights without Human Supremacism”, op. cit.

⁵⁶ Darwin, Charles, *Notebooks 1836-1844*, Paul H. Barrett et al. (transcr./ed.), Cornell University Press, 1987, p. 300, citado por Rachels, James, *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*, op. cit., p. 1.

⁵⁷ Butler, Judith P., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, 1990; Fausto-Sterling, Anne, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York City, Basic Books, 2000; Wade, Peter, *Raza y Etnicidad en Latinoamérica*, Ediciones Abya-Yala, Ecuador, 2002; Palacios, Agustina, *El Modelo Social de Discapacidad...*, op. cit.

ella la existencia y estabilidad de la frontera con que se divide tajantemente a los humanos del resto de los animales). Desde un feminismo queer, postcolonial y posthumanista⁵⁸ Maneesha Deckha pregunta a teóricas y posiciones críticas “por qué finalizamos la deconstrucción en la frontera humano/no-humano y por qué no somos tan estrictas en rechazar el límite naturalizado de la especie como lo somos al hacerlo con el de los sexos, razas, clases, culturas, etc.”⁵⁹ Como dice Jeffrey J. Cohen en línea similar refiriéndose a los abordajes críticos que carecen de perspectiva antiespecista: es notable que “un movimiento crítico que se propone romper las barreras, se limite a los pequeños contornos de la forma humana”.⁶⁰

Resulta muy llamativa también la desatención de quienes teorizan hoy en día defendiendo el especismo y negando todo estatus moral a los animales, respecto de las referencias que Darwin realizó sobre esta cuestión hace casi doscientos años.⁶¹ En su obra cumbre *El Origen de las Especies* dijo el naturalista inglés sin ambages: “Entiendo al término especies como uno adoptado arbitrariamente, por razones de conveniencia, que se da a un grupo de individuos que se asemejan entre sí”.⁶² Darwin explicó allí, y luego profundizó en trabajos posteriores como en *El*

⁵⁸ El posicionamiento es de la propia autora. Ver su trabajo “Toward a Postcolonial, Posthumanist Feminist Theory: Centralizing Race and Culture in Feminist Work on Nonhuman Animals”, 27(3) *Hypatia*, 2012.

⁵⁹ Deckha, Maneesha, “The Saliency of Species Difference for Feminist Theory”, 17(1) *Hastings Women’s Law Journal*, 2006, p. 8.

⁶⁰ Cohen, Jeffrey J., *Medieval Identity Machines*, University of Minnesota Press, 2003, p. 40, citado en *Queering the Non/Human*, Giffney, Noreen – Hird, Myra J. (eds.), Ashgate, 2008, p. 6.

⁶¹ Es interesante considerar que existe toda una serie de trabajos de autoras feministas y posthumanistas que está releendo a Darwin como parte de un nuevo materialismo. Pese a que la teoría del naturalista inglés fue vista históricamente por muchas corrientes críticas como central para el discurso colonial, esta relectura de la misma destaca el carácter finalmente anti-humanista de sus ideas, en tanto ellas dan cuenta de lo fortuito del proceso de selección de las especies, ajeno a todo sentido teleológico; de lo artificial e inestable de las categorías biológicas; así como de las ideas de continuidad, gradualidad y –sobre todo- de la importancia de la existencia de variación y diferencias biológicas para que la vida haya podido prosperar. Cfr. McCormack, Donna, “Queer Disability, Postcolonial Feminism and the Monsters of Evolution”, en *A Feminist Companion to the Posthumanities*, Åsberg, Cecilia - Braidotti, Rosi (eds.), Springer International Publishing, 2018, pp. 153-156; Hird, Myra, “Animal Transex”, 21(49) *Australian Feminist Studies*, 2006, p. 37 (recogiendo las evidencias de transexualidad e intersexualidad en animales); Cohen, Mathilde, “The Lactating Man”, en *Making Milk: The Past, Present and Future of Our Primary Food*, Mathilde Cohen - Yoriko Otom (eds.), Bloomsbury, 2017, pp. 141-160 (recogiendo las evidencias de amamantamiento masculino en humanos y animales para problematizar las nociones de sexo y género a través de la barrera de la especie).

⁶² Darwin, Charles, *On the Origin of Species*, Oxford University Press, 2009, p. 43. La conveniencia destacada por Darwin se refiere a los fines explicativos y predictivos que tienen las categorías en ciencias naturales. Y si bien es claro que la categoría “especie” y los criterios más utilizados para definirla (como el de aislamiento reproductivo) son altamente explicativos y predictivos en muchos aspectos, ello no significa que no existan otros criterios clasificatorios valiosos o incluso

Origen del Hombre, que la noción de selección natural de las especies obliga a concluir que existió continuidad entre los individuos de las distintas especies. Y que si parecían existir espacios (diferencias) relativamente importantes entre algunas especies, ello se debía a la extinción de los individuos (y de las agrupaciones de individuos: las especies) que conectaban esa perfecta continuidad y graduación.⁶³ Considérese a su vez que ya tuvieron lugar los primeros intentos exitosos de diseño genético interespecies, en los cuales se ha editado el código genético de animales destinados a ser donantes (involuntarios) de órganos para humanos, con genes de *Homo sapiens*, a fin de mejorar las chances de compatibilidad.⁶⁴ Es sólo una cuestión de tiempo y cantidad de genes humanos que se agreguen al código genético de estos animales para que los mismos dejen de tener todas las características requeridas por la nomenclatura de la especie en cuestión. Este escenario científico y ético de un futuro no muy lejano invita también a mirar hacia atrás para recordar que la selección natural que derivó en los humanos no fue un evento sino un (largo y paulatino) proceso; y que si esto es así, por definición, durante un muy prolongado período de tiempo existieron sobre la tierra seres que no serían humanos ni animales de acuerdo a la taxonomía moderna.⁶⁵ En suma, como Darwin expuso en numerosos pasajes de su obra, no existe nada fundamental en la categoría “especie” ni la misma tiene nada esencial de lo que carezcan las clasificaciones que se realizan a otros niveles de agrupamiento, ya sea inferiores, como las de variedad o subespecie, o superiores, como las de género o familia.⁶⁶

67

(Cabe hacer un paréntesis aquí para destacar, en relación a lo expuesto en la sección anterior, que existe una relación ostensible entre la noción de que lo que distingue a las especies es la esterilidad de las crías de sus cruza, y la idea creacionista de que los ejemplares originales de las especies fueron creados por Dios y que la esterilidad de la descendencia de esas cruza tendría por fin preservar

superadores en otros órdenes. “Si pensamos en proteínas, por ejemplo, parece dudoso que el origen histórico sea más informativo que su función o su estructura.” (Ginnobili, Santiago, “¿Qué son Realmente las Especies? La Búsqueda de Clases Naturales en Biología”, *Análisis Filosófico*, XXV, N° 1, 2005, p. 51).

⁶³ Darwin, Charles, *El Origen del Hombre*, op. cit., p. 158.

⁶⁴ West et al., “Brief Report: Chimeric Pigs Produced from Induced Pluripotent Stem Cells Demonstrate Germline Transmission and No Evidence of Tumor Formation in Young Pigs”, *29(10) Stem Cells*, 2011, pp. 1640-1643; Wu et al., “Interspecies Chimerism with Mammalian Pluripotent Stem Cells”, *168 Cell*, 2017, pp. 473-486.

⁶⁵ Steeves, Peter, “The Familiar Other and Feral Selves: Life at the Human/Animal Boundary”, en *The Animal/Human Boundary: Historical Perspectives*, A. Creager - W. Jordan (eds.), University of Rochester Press, 2002, p. 238.

⁶⁶ Green, Mark, “On the Origin of Species Notions and Their Ethical Limitations”, en *The Oxford Handbook of Animal Ethics*, Tom L. Beauchamp – R. G. Frey (eds.), Oxford University Press, 2011, p. 586.

esa creación divina.⁶⁷ Es de notar que la taxonomía biológica de Linneo, que en su estructura básica es seguida hasta el día de hoy, recoge explícitamente esta idea. Ello pese a que Darwin mostró que no había nada esencial en la señalada esterilidad de las crías de las cruces de distintas especies, sino que la fertilidad y la esterilidad eran cuestiones de grado que resultaban incidentales a otras diferencias adquiridas, como las similitudes de forma y fenotipo coinciden con el nicho ecológico que ocupa el individuo. Lo demuestra la existencia de apareamiento de especies cuya descendencia sí resulta fértil, como ocurre con los pollos domesticados, que son cruce del *Gallus Gallus* y del *Gallus Sonneratti*.⁶⁸ También el hecho de que tres especies distintas de *Homo*, los *Sapiens*, los *Neanderthalis* y los *Denisova*, se aparearon y tuvieron descendencia fértil, según lo muestra el hallazgo de hasta un 5% de ADN neandertal y denisova en poblaciones humanas actuales.⁶⁹)

Si las especies no son más que una nomenclatura, tampoco pueden atribuírseles a una o más de ellas –y en lo que aquí importa, no puede atribuírsele a la especie *Homo Sapiens*- un valor intrínseco. Tendrán ellas, a lo sumo, un valor derivado.⁷⁰ La consecuencia principal de este hallazgo, más bien de este recordatorio, es que la suerte de los individuos que componen estas categorías conceptuales no puede ser decidida así, en masa, absolviendo o condenando a todos los integrantes de las distintas especies, por el solo hecho de pertenecer o no pertenecer a alguna de ellas. Ello solventa adicionalmente la tesis ya clásica de las principales teorías animalistas señalada en la introducción, que sostiene que la especie no es una categoría con relevancia moral para realizar tratos desigualitarios.⁷¹ Y permite anticipar que el filósofo liberal y especista seguramente encontrará contraintuitivo –y contradictorio- afirmar, como debería hacerlo si verdaderamente quiere defender su especismo, que la vida de un embrión humano fecundado en el marco de un tratamiento de fertilización *in vitro* debe prevalecer sobre la de un lobo adulto. Sobre este caso, este dilema, trata el siguiente punto.

4. Caso cuatro: seres vivos, personas y santidad de la vida

El concepto de ser vivo, el concepto de vida más bien, pertenece a la biología. Como fue visto más arriba, el de persona es un concepto moral, normativo.⁷²

Las posiciones especistas coinciden en sostener que la pertenencia a la categoría,

⁶⁷ Green, Mark, “On the Origin of Species Notions and Their Ethical Limitations”, op. cit., p. 586.

⁶⁸ Green, Mark, “On the Origin of Species Notions and Their Ethical Limitations”, op. cit., p. 588.

⁶⁹ Pääbo, Svante, *Neanderthal Man: in Search of Lost Genomes*, Basic Book, 2014; Harari, Yuval Noah, *De Animales a Dioses. Breve Historia de la Humanidad*, Buenos Aires, Debate, 2017, p. 29.

⁷⁰ Green, Mark, “On the Origin of Species Notions and Their Ethical Limitations”, op. cit.

⁷¹ Véase nota 7.

⁷² Véanse notas 10 y 45.

a la agrupación biológica, denominada *Homo Sapiens*, sería un atributo moralmente relevante que justifica realizar tratos (altamente) desiguales respecto de individuos que pertenecen a otras especies y por el mero hecho de dicha distinta pertenencia. Que cualquier interés –hasta el más trivial– de los primeros debe prevalecer sobre cualquier interés –hasta el más vital– de los segundos.⁷³ Es cierto que algunos autores distinguen entre un “especismo radical” y otro “moderado”: el primero privilegiaría cualquier interés humano a cualquier interés animal; el segundo sólo privilegiaría los intereses humanos cuando colisionan con intereses animales de igual entidad.⁷⁴ El problema con esta clasificación es que el denominado “especismo moderado” no refleja una práctica especista reconocible en la realidad. Es así que aun en la jurisprudencia más progresista en términos de derechos animales las nociones de maltrato animal “justificado” e “injustificado” son empleadas sin sujeción a ningún parámetro racional y objetivo, a diferencia de lo que ocurre con la doctrina de las causas de justificación de los ilícitos cometidos entre humanos, en las que se exige proporcionalidad y verdadera necesidad. En los hechos, todo acto de maltrato y violación de derechos animales esenciales que sirva para satisfacer intereses humanos, incluso los más triviales –como los del paladar o la moda–, es finalmente considerado “justificado” o “necesario”.⁷⁵

Las teorías antiespecistas no necesitan afirmar que todos los animales son iguales, que todas las vidas tienen igual valor o que toda vida es sagrada.⁷⁶ Su prédica es mucho más modesta y más cercana a su vez a los postulados de la filosofía liberal secular. Pueden citar directamente a Carlos Nino y a Bruce Ackerman, y decir con ellos: “la ciudadanía moral no es una cuestión de teoría biológica”.⁷⁷ Y agregar que primero debe determinarse cuáles son los principios morales de los

⁷³ Véase nota 4. En una de las derivaciones más dramáticas y extendidas de este conflicto de intereses, el interés efímero y trivial de un *Homo Sapiens* por degustar un plato de carne asada de vaca, cerdo o pollo, superaría el interés vital de estos animales que no pertenecen a la especie elegida, por ser libres, no sufrir torturas y conservar su existencia.

⁷⁴ Rachels, James, *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*, op. cit., p. 182.

⁷⁵ Así, fallos judiciales emblemáticos que han reconocido el derecho a la vida para todos los animales, como el de la Suprema Corte de Justicia de India *in re* “*Animal Welfare Board of India v. Nagaraja and Ors.*”, Sentencia del 7 de mayo de 2014, que extendió *inter alia* a todos los animales la protección del artículo 21 de la Constitución India de derecho de todas las personas a una vida de valor intrínseco, honor y dignidad, finalmente sujetan dichos derechos “a las excepciones otorgadas por la necesidad” (pto. 51 del fallo citado), afirmando –sin fundamentarlo de modo alguno– que la violación de estos derechos de los animales en su empleo para experimentación médica y alimentación sería “inevitable” (pto. 60). Esto explica que no existan (todavía) procesos judiciales que hayan admitido denuncias de maltrato por el empleo “regular” (léase: sin que existan actos de violencia adicionales al confinamiento, hacinamiento, reproducción forzada, mutilación física y asesinato) de animales en dichas industrias.

⁷⁶ Singer, Peter, *Liberación Animal*, op. cit., pp. 105-109.

⁷⁷ Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., p. 45.

que se derivan los derechos básicos, para luego definir a las personas morales como la clase de individuos que poseen las propiedades que son fácticamente necesarias para gozar de tales derechos; y que es simplemente una cuestión de hecho que sólo ciertos individuos puedan gozar de los derechos generados por estos principios.⁷⁸ Pueden también hacer suya la conclusión de Nino sobre esta cuestión cuando dijo:

[E]l llamar DDHH a estos derechos morales hace referencia al hecho contingente de que esa clase C [la de los individuos que presentan las capacidades para gozar de esos derechos] está principalmente constituida en el mundo que conocemos por seres humanos. Pero no hay garantía a priori de que todas las personas morales sean hombres, de que todos los hombres sean personas morales y de que todos los hombres tengan el mismo grado de personalidad moral.⁷⁹

Veamos ahora los siguientes casos. En el primero, un lobo que acaba de abandonar a su manada en búsqueda de formar familia, y que vaga por un territorio natural que ha ido decreciendo con el avance de las ciudades -y con ello también la disponibilidad de alimento-, ataca para alimentarse a un hombre que se ha alejado de la zona de camping y de su numerosa familia y de los amigos que viajan con él. Asumamos que a pocos metros de allí se encuentra, con su arma de fuego lista, un guardabosques que conoce todas estas circunstancias. ¿Qué debería hacer? Antes de considerar la respuesta a esta pregunta, una aclaración preliminar: dado que este artículo discute sobre las razones morales que pueden existir para actuar de un modo o de otro respecto de intereses vitales de seres sintientes, no necesito analizar el posible argumento de que el guardabosques en este caso, o en los casos que se analizarán seguidamente, podría estar obligado a matar al lobo por una norma o una orden de sus superiores. Ello dado que si dichas normas u órdenes fueran moralmente incorrectas, y en tanto ellas se vinculan con intereses fundamentales de seres que se sostiene deberían tener derechos que los protejan, el guardabosques tendría razones adicionales para desobedecerlas -y más allá de la discusión sobre si puede reprochársele haberlas cumplido-.⁸⁰

Volviendo a la pregunta formulada, especistas y antiespecistas posiblemente coincidirán en que el guardabosques en este caso está justificado en disparar y -si fuera necesario- en matar al lobo para salvar al hombre. Pero unos y otros probablemente fundarán esa opinión en razones distintas. Los primeros dirán que la vida del humano tiene un valor superior a la del lobo, por la pertenencia del primero a la especie humana. Los segundos argumentarán que los intereses de *este* humano particular, así como los de sus cercanos que sufrirían enormemente por esta muerte repentina y dramática, superan *en este caso* -y en la mayoría de los casos similares- a los del lobo, cuya familia y cercanos no sabrán si murió ni qué fue de él.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 47.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 47.

⁸⁰ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 406 y ss.

Dado que el lobo no puede conocer la incorrección y criminalidad de su acción, y en este caso no hay verdadera acción voluntaria para el derecho, la intervención del guardabosques no podría estar justificada como legítima defensa sino en su caso ser excusada bajo las reglas del estado de necesidad,⁸¹ lo que lo obliga a evaluar si matar al lobo implica “causar un mal por evitar otro mayor inminente”⁸² y por tanto a estimar la jerarquía de los bienes jurídicos en juego y la intensidad de la afectación de los mismos en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.⁸³ Por ello el antiespecista podrá decir también que si *ese* humano estuviese viviendo una vida que objetivamente sólo es fuente de sufrimiento⁸⁴ y que se adentró en el bosque con el fin de dejarse morir, el guardabosques no estaría justificado en matar al lobo para salvar al hombre.

Podría plantearse que el mismo dilema se presentaría si el agresor es humano y que ello demostraría que no hay un sesgo especista involucrado. Pero un caso análogo entre humanos sería aquel en que el “agresor” es inimputable por no comprender la criminalidad de sus actos (v. gr., un menor juega con un arma que le quitó a su padre policía) o en el que no gobierna sus acciones por el efecto de fuerzas externas insuperables (v. gr., un adulto maneja un auto que perdió el control y que embestirá a la víctima). (Es que si el ataque proviniese de una acción humana voluntaria ya no se trataría de un supuesto de estado de necesidad donde el tercero tiene que evaluar la jerarquía de los bienes jurídicos en juego y la intensidad de la afectación de los mismos en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares. El tercero debería intervenir y matar al atacante por razones distintas, vinculadas a la legítima defensa: existiría una violación voluntaria de una norma que prohíbe dañar a terceros y dicha acción debe ser repelida con una medida necesaria y proporcional.) Para matar al menor que juega con el arma de su padre o disparar un bazuka contra el auto fuera de control, el guardabosques debe

⁸¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 619.

⁸² Art. 34, inc. 3, *Código Penal Argentino*. Es importante distinguir el caso en estudio de aquél en el que quien repele el ataque es la propia víctima, pues a ella no cabe exigirle la estimación de la importancia relativa de los bienes jurídicos en juego cuando es su propia vida la que está en riesgo. Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 631.

⁸³ *Ibíd.*, p. 635.

⁸⁴ Puede debatirse cuál es el nivel de sufrimiento a partir del que una vida se convierte en objetivamente carente de valor para su titular. Pero para lo que intenta mostrar el experimento mental del ejemplo basta considerar una situación que la mayoría de las personas estimaría como instancia de una vida que no merece ser vivida y que el propio sujeto evalúa de ese modo. Imaginemos el caso de una persona que no tiene familia ni relaciones cercanas y que padece una enfermedad incurable que llevará a su deceso en un tiempo breve con un gran y creciente sufrimiento físico y psíquico; y que a consecuencia de todo esto ha pedido terminar su vida mediante un procedimiento eutanásico, que le ha sido negado, añadiendo dicho rechazo mayor sufrimiento emocional.

estar seguro de que “causará un mal para evitar otro mayor”.⁸⁵ Ante la duda (que el guardabosques especista sólo tendrá en casos entre humanos), no debería disparar, tratará de evitar el daño por un medio no letal, y como no existe tal medio (así lo asume el ejemplo) la víctima morirá. El caso del lobo es diferente justamente por entrar en juego justificaciones especistas: el guardabosques especista nunca tendrá tal duda (por razones especistas) y siempre matará al animal; el guardabosques antiespecista, en cambio, deberá evaluar cuál es el mal menor, que es lo que sugiero en este trabajo: la decisión dependerá de la jerarquía de los bienes jurídicos en juego y la intensidad de la afectación de los mismos en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.

Imaginemos en segundo término un caso algo diferente: un lobo que acaba de abandonar a su manada para buscar formar familia, y que vaga por un territorio natural que ha ido decreciendo con el avance de las ciudades -y con ello también la disponibilidad de alimento-, llega hasta una clínica de fertilización asistida que se ubica en los límites del bosque, ingresa por una puerta trasera que se encuentra abierta en búsqueda de alimento, y se dirige a una mesa en la que se halla una probeta que contiene un embrión humano y que lleva un rótulo que dice “para congelación o desecho”. Se trata del embrión excedente derivado del implante exitoso previo de otros embriones de la misma pareja de humanos. Siguiendo al lobo, ingresa al lugar un guardabosques armado que (nuevamente) conoce todas estas circunstancias. No hay médicos ni pacientes en las cercanías que corran peligro. El lobo no se retirará por las buenas. ¿Debe privilegiarse la vida del embrión humano o la vida del lobo?

72

El teórico antiespecista responderá que la vida de *ese* embrión no debe prevalecer sobre la vida de *ese* lobo. Que la vida del embrión y los intereses de sus cercanos (la pareja que cursó con éxito el tratamiento de fertilización; incluso el interés derivado de saber que un embrión vivo se aloja en esa probeta esperando la decisión suya de desecharlo o congelarlo), no superan los de ese lobo hambriento, que son los intereses de un ser sintiente (que sufriría un terror y un dolor físico que el embrión no puede experimentar dado que carece de un sistema nervioso central desarrollado), poseedor de subjetividad y consciencia (de las que carece el embrión), y que desea -más que cualquier otra cosa- vivir (deseo del que carece el embrión, que no posee vida mental).

¿Qué diría el teórico especista frente a un caso como este? El especista que sostiene que su deseo trivial y efímero por un plato de carne de cerdo debe prevalecer sobre el encierro, el dolor físico y psicológico, sobre la anulación de la subjetividad y sobre la vida de ese animal, por el simple hecho de no pertenecer éste a la especie humana, ¿cómo podría sostener otra cosa que la vida del embrión (que es un ser vivo perteneciente a la especie *Homo Sapiens*) debe prevalecer sobre

⁸⁵ Art. 34, inc. 3, Código Penal Argentino.

la del lobo? El especismo, por definición, requiere realizar la evaluación del valor relativo de los bienes e intereses en juego a partir de la especie. Responder de otro modo implicaría mostrar que la argumentación especista se utiliza de modo *ad hoc* y violando el principio de universalidad,⁸⁶ lo cual pondría en evidencia su endeblez sin siquiera tener que considerar el calibre de sus argumentos.

Debo realizar dos aclaraciones aquí. La primera es que lo anterior no implica afirmar que el filósofo liberal especista está comprometido con la idea de que la vida del embrión humano tiene el mismo valor moral que la de la persona humana ya desarrollada. Pero sí que está obligado a decir, si es consistente con su posición especista, que la vida del embrión de probeta del ejemplo -y también la del embrión *in utero* del caso que se considera en una nota al pie al final del siguiente **párrafo-**, esto es, la vida de un organismo sin intereses de ningún tipo y respecto de la cual no hay terceros que tengan intereses que resulten centrales, tiene mayor valor moral que la de un animal adulto que es consciente, que tiene múltiples intereses y que posee una vida objetivamente plena.⁸⁷

⁸⁶ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, op. cit., p. 144; Singer, Peter, *Practical Ethics*, op. cit., pp. 8-13; Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., p. 176: “el requerimiento de universalidad prescribe que si se aplica un principio moral a una determinada situación debe ser asimismo aplicado a todas las situaciones que no difieren de la primera en propiedades que son tomadas como relevantes por ese mismo principio. Como arguye Peter Singer, dados esos presupuestos del razonamiento moral, los principios morales están sujetos a una permanente expansión por encima de las barreras extraterritoriales, raciales y hasta *biológicas*.” (énfasis agregado).

⁸⁷ Adviértase que una respuesta diferente, además de socavar su especismo (véase nota anterior y texto principal de la misma), podría obligar al filósofo liberal especista a sostener que el placer trivial y pasajero por ese plato de carne (que justificaría matar al animal que se usará como alimento) tendría mayor valor que la vida del embrión humano (que no justificaría matar al lobo del ejemplo en estudio, ni al lobo que se enfrenta a la persona gestante del ejemplo que se analiza en la nota siguiente), posición no exenta de obstáculos. Es que más allá de las opiniones muy diferentes que existen en torno al estatus moral del embrión humano, aun entre las favorables al aborto libre en la primera etapa del embarazo existe cierto consenso acerca de que el embrión no debe ser tratado como una simple tumoración del cuerpo gestante y que debe haber razones de alguna importancia para separarlo del organismo que lo alberga y poner fin a su vida. Cfr. Nino, Carlos S., “Algunas reflexiones sobre el tratamiento legal del aborto y la eutanasia”, en Bergallo, Paola (comp.), *Aborto y Justicia Reproductiva*, Editores del Puerto, 2011, p. 502. Y las razones que se consideran justificantes del aborto temprano (interferencia con los planes de vida de la persona gestante, riesgo de daño a la salud física y/o psíquica de la misma, riesgo social) parecieran tener en todos los casos mayor peso que las que puede ostentar quien considera estar justificado en encerrar de por vida, torturar y matar a un animal sintiente para satisfacer sus preferencias de paladar. Aclaro que utilizo como contrapunto el caso del empleo de animales para alimentación, por dos razones: dado que es la causa de la mayor cantidad de sufrimiento y muerte de animales en el mundo; y porque al mismo tiempo es una de las formas de explotación animal más injustificables en términos de los intereses en tensión (de un lado el interés a la libertad, a la integridad psicofísica y a vida del animal; del otro un interés culinario del humano). Esto último evita que deba detenerme a considerar cuestiones colaterales referidas a formas de especismo supuestamente “moderadas”

La segunda aclaración que debo hacer es que el experimento mental del embrión de probeta fue deliberadamente elegido presuponiendo que muchos filósofos liberales especistas intuitivamente no querían privilegiar la vida del embrión a la del lobo. La intención fue justamente buscar un caso en el que sólo estuvieran en tensión los intereses más vitales de un animal adulto y la vida de un embrión recientemente formado, y no existieran otros intereses de peso involucrados (como serían los de la pareja humana si ese embrión estuviese seleccionado para ser implantado), para así poner a prueba la aplicación consistente y universal del argumento especista, e invitar a emplear la argumentación que se brindara aquí en favor del lobo a otros casos en los se afirma tradicionalmente que la diferencia de especies es fundamento suficiente para realizar un trato desigualitario en perjuicio de los animales. Si bien sería difícil diseñar un experimento mental en el cual se diera esta misma tensión pero donde el embrión se encontrara alojado en el útero gestante,⁸⁸ creo que tal caso merecería igual solución: no existiendo otros intereses fundamentales en juego, los intereses del lobo adulto deben prevalecer sobre la vida del embrión recién gestado.

Queda insinuada una nueva contradicción de las anticipadas en la introducción, a la que se suma aquí una notable ironía: el especismo parece vincularse, de modo solapado, con la noción de santidad de la vida humana que el filósofo liberal secular suele rechazar cuando, por ejemplo, aboga por el derecho de las personas gestantes a la interrupción voluntaria del embarazo o el derecho de todos los humanos a la muerte digna y la eutanasia.

74

5. Caso quinto: animales e igualitaristas de la suerte

Más allá de las diferencias que existen entre las distintas teorías igualitarias en filosofía política (Rawls, Dworkin, Roemer, Arneson, Cohen, Nagel, Kymlicka), ellas comparten –en particular las distintas teorías de lo que se conoce como igualitarismo de la suerte– el rechazo a otorgar relevancia moral a las características y talentos individuales que son fruto del azar, como son los de nacimiento.⁸⁹ Según sostuvo

en las que la preferencia por la especie humana sólo entraría en juego ante colisiones de intereses de igual entidad. En las notas 73 a 75 y en el texto principal correspondiente a las mismas puede verse sin embargo un breve comentario al respecto.

⁸⁸ La dificultad radica en que el caso debería poner en riesgo sólo la vida del embrión pero no intereses de la persona gestante. Sólo se me ocurre el siguiente: una persona que cursa un embarazo de riesgo, recientemente gestado y que no desea, camina por el bosque del ejemplo inicial y está a punto de toparse con el lobo; el lobo no la atacará, pues en este caso no está hambriento, pero el enfrentamiento hará que la primera (que no conoce lo anterior) intente escapar y que ello ocasione la pérdida del embarazo, sin peligro alguno para la salud de la gestante; un guardabosques que conoce todas estas circunstancias se encuentra allí y debe decidir si dispara al lobo para evitar el encuentro y la pérdida de la gesta.

⁸⁹ No todas las teorías igualitarias proponen siempre y exclusivamente neutralizar o compensar

John Rawls en su *Teoría de la Justicia*,⁹⁰ no somos responsables de los dotes naturales que hacen que nos destaquemos de los demás en ciertas áreas. Dada la relación fundamental que, para Rawls, existe entre mérito y dotes naturales, usar el mérito como un criterio distributivo que justifique cualquier tipo de desigualdad implicaría darle a la “arbitrariedad de la naturaleza” un peso moral que no debería tener.

Sin embargo, pese a este monolítico rechazo de las teorías igualitarias de las desigualdades que son consecuencia de características y habilidades naturales de los individuos, dicha preocupación llega –nuevamente- hasta las fronteras de la especie humana. Aquí puede encontrarse una contradicción adicional de la filosofía liberal contemporánea: deberíamos concluir que para un igualitarista especista las desventajas que provienen del padecimiento por parte de un ser humano de una limitación cognitiva congénita merecerían ser estimadas y neutralizadas, mientras que no debería ocurrir lo mismo con las desventajas que sufre otro ser con similar nivel cognitivo pero que pertenece a otra especie, pertenencia distinta que justificaría el olvido y hasta su explotación por parte de otros individuos más afortunados en la “lotería natural de las especies”.⁹¹ La ausencia de imparcialidad, la autopreferencia, de este razonamiento, son evidentes.

Podría decirse que el ser humano mencionado en primer término presenta características cognitivas anormales o excepcionales para la especie, mientras que el animal señalado luego tiene características cognitivas estándar para la suya. Este tipo de argumentación enfrentaría varios problemas. El primero es que contraría el arraigado entendimiento de la filosofía liberal que repudia considerar el valor moral de los sujetos a partir de características generales de alguna clase o grupo al que pertenecen, como el género o la raza, y no a nivel individual.⁹² De este modo, los humanos subestandar no serían considerados en sí mismos, a partir de sus cualidades y características, sino de las de individuos modélicos de su especie. La valoración de estos individuos sería entonces indirecta y derivada: ellos sólo tendrían personalidad y derechos porque los representantes “normales” de su especie los tienen.⁹³ Lo anterior, por su lado, se acerca a la “transformación

la mala fortuna. También se sostiene que una justicia igualitaria debe expresar igual respeto hacia las personas y promover las condiciones que les permitan alcanzar igual posición social y participación política. Cfr. Page Depolo, Olof, “Igualdad, Suerte y Responsabilidad”, 106 *Estudios Públicos*, 2007, pp. 153-174, citando las posiciones de Jonathan Wolff y de Elizabeth Anderson.

⁹⁰ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, op. cit.

⁹¹ Parafraseando la famosa expresión que emplea Rawls (op. cit.) para referirse a las circunstancias innecesarias de nacimiento que deberían atenderse: “lotería natural”.

⁹² Aaltola, Elisa, “Personhood and Animals”, 30(2) *Environmental Ethics*, 2008, p. 183.

⁹³ *Ibid.*, p. 184. Los problemas de este razonamiento se ven también en su contracara: si fruto del diseño genético o por cualquier otra razón nos encontráramos frente a un chimpancé superinteligente, con una inteligencia superior a la inteligencia humana promedio, que pudiese y deseara vivir entre humanos, leer a Kant en Alemán y tomar cursos de filosofía, no deberían

de la noción estadística de media, en una noción de norma biopolítica y de gestión del cuerpo” sobre la que alerta Paul B. Preciado.⁹⁴ Finalmente, este razonamiento confunde el valor que podrían tener dichas agrupaciones de individuos, derivado del valor de dichas capacidades y características generalizadas, con el valor del individuo que las integra.⁹⁵

Mark Rowlands realizó un análisis vinculado al recién efectuado objetando la no inclusión de los animales entre los sujetos merecedores de justicia por parte de Rawls en su teoría.⁹⁶ Este autor recordó atinadamente que la posición originaria y el velo de ignorancia del contractualismo rawlsiano no son postulaciones metafísicas sino una herramienta heurística: un método hipotético para determinar de modo imparcial principios morales independientes del contrato. La posición originaria y el velo de ignorancia resultan así una forma de razonar que sirve para poner entre paréntesis determinadas circunstancias –una limitación física o cognitiva, una posición socioeconómica desaventajada, etc.- que impedirían lograr los principios de justicia y el modelo social a defender. Este método permite *eliminar*, más que *reflejar* –como lo hace el contrato de tradición hobbesiana- las diferencias en el poder de negociación de los contratantes hipotéticos. Por ello, el contrato hobbesiano basa su autoridad en el acuerdo tácito de los suscriptores del contrato, que por su lado se deriva del diferente poder de negociación de cada parte; el contrato de tradición kantiana-rawlsiana, por el contrario, lo hace a partir de la autoridad de los principios morales que ayuda a revelar.⁹⁷

76

Como señaló Rowlands en los trabajos que vengo siguiendo, al igual que la altura y otras características naturales, la racionalidad es una propiedad natural moralmente arbitraria: en tanto nadie es responsable por poseer capacidad de raciocinio o por no poseerla, resulta arbitrario y contrario a la igualdad excluir a quienes no poseen racionalidad del grupo de los beneficiarios de los principios a los que se arribó en la posición originaria. Pero si esto es así, razona este autor,

acordársele tales posibilidades ya que un chimpancé promedio no puede realizar ninguna de dichas actividades. Cfr. Rachels, James, *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*, Oxford University Press, 1990, p. 187. En similar sentido: McMahan, Jeff, *The Ethics of Killing. Problems at the Margins of Life*, Oxford, 2002, pp. 147 y ss.

⁹⁴ Preciado, Paul Beatriz, *La Muerte de la Clínica*, 2013, min. 36:30, conferencia recuperada de <https://www.youtube.com/watch?v=4aRrZZbFmBs>. Similar crítica hace Iván Ávila Gaitán a las nociones de norma de especie y de norma de raza de la teoría animalista de Martha Nussbaum. Cfr. Iván Darío Ávila Gaitán, “Las fronteras de Las fronteras de la justicia: notas para una crítica materialista del animalismo liberal”, en *Martha Nussbaum y la Justicia Social para los Animales. Apuntes Críticos desde las Fronteras de la Justicia*, Jorge Sierra y Fabrizio Pineda (eds.), Universidad Autónoma de Colombia, 2019, p. 141.

⁹⁵ Aaltola, Elisa, “Personhood and Animals”, op. cit., p. 183.

⁹⁶ Rowlands, Mark, *Animal Rights. Moral Theory and Practice*, op. cit.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 131; “Contractarianism and Animal Rights”, 14(3) *Journal of Applied Philosophy*, 1997, p. 236.

¿cómo no incluir a la especie dentro de las características naturales que deberían estar bajo el velo de la ignorancia? Es que:

La propiedad de ser un ser humano es, nuevamente, algo sobre lo que no tenemos opción. Tal propiedad es, en el sentido de Rawls, tan moralmente arbitraria como la propiedad de pertenecer a una determinada raza, clase o género. Es algo sobre lo que no tenemos control. Por lo tanto, de acuerdo al argumento intuitivo de la igualdad, no tenemos un reclamo moral a los beneficios que se deriven de la posesión de esta propiedad. En consecuencia, dado que las consideraciones que subyacen al argumento intuitivo de la igualdad constituyen en parte la descripción que damos a la posición original, el conocimiento de nuestro estatus de humanos es un conocimiento que debería ser suprimido en la posición original.⁹⁸

Lo anterior, con independencia de que deba asumirse que los actores que se encuentran en la posición originaria adoptando las decisiones señaladas tienen las capacidades y las aptitudes que les permiten adoptar esas decisiones, entre ellas racionalidad y una determinada inteligencia. En razón de que la posición originaria es una herramienta heurística -un método de razonamiento imparcial- y no una posición metafísica, no cabe plantear que dado que quienes se encuentran en la posición originaria son seres humanos racionales los resultados de dicha deliberación sólo deberían aplicarse a ellos.⁹⁹

Este planteo suele despertar dos objeciones: la primera es afirmar que ni siquiera sería una posibilidad teórica a considerar que, una vez levantado el velo de ignorancia, podamos hallarnos en el lugar de animales de otras especies y que por tanto no existiría la motivación del autointerés -propia de la fundamentación contractualista- para tener en cuenta sus preferencias; la segunda es sostener que, en su caso, también podríamos llegar a concebir la posibilidad de ser otro tipo de entidades vivas o inertes, como plantas o rocas, y que sería absurdo establecer principios de justicia considerando el “bien” de estos entes. La primera objeción muestra lo arraigado del sesgo especista, que oscurece algo central: dado que la posición originaria no es una postulación metafísica sino un método heurístico para determinar de modo imparcial principios morales, el concepto de la posición original no exige que haya realmente seres que habiten la posición original. De hecho, Rawls ni siquiera estaba comprometido con la posibilidad *conceptual* de un ser existente detrás del velo de ignorancia.¹⁰⁰ Por tal

⁹⁸ Rowlands, Mark, “Contractarianism and Animal Rights”, op. cit., p. 243.

⁹⁹ Rowlands, Mark, *Animal Rights. Moral Theory and Practice*, op. cit., pp. 136-137.

¹⁰⁰ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, op. cit., p. 137: “la posición original no debe ser imaginada como una asamblea general que incluye en un momento dado a todos los que vivirán en un tiempo determinado, ni mucho menos como una asamblea de todos los que pudieran vivir en un tiempo determinado. No es una reunión de todas las personas reales y posibles.”

razón, la consideración hipotética de que luego de levantado el velo de ignorancia podríamos tener una inhabilidad física, presentar una limitación cognitiva, ser una persona intersex, etc., no requiere que las referidas sean situaciones en las que *realmente* podríamos habernos encontrado individualmente en nuestras vidas (v. gr., que aquel auto que frenó me hubiese embestido y paralizado; que el óvulo materno se hubiese fusionado con ese otro espermatozoide y hubiese sido mujer o una persona intersex; etc.). Pero, además, el concepto de la posición original ni siquiera implica que sea posible imaginar la naturaleza de los ocupantes de la posición, o que debamos deliberar convirtiéndonos en seres radicalmente ajenos o en entes despojados de toda propiedad. Como el propio Rawls se ocupó de aclararlo, lo único que se requiere es “simular las deliberaciones de esta situación hipotética, simplemente razonando de acuerdo con las restricciones apropiadas”.¹⁰¹ De tal modo, para utilizar este test no es necesario que nos imaginemos cómo sería ser (si no lo soy) una mujer, una persona LGBTQ+ o alguien con una inhabilidad física o cognitiva, sino sólo imaginar las preferencias fundamentales de estos seres y tomarlas en cuenta. Por todo ello, no sólo es perfectamente posible establecer cuáles son los intereses básicos de otros seres sintientes como los animales (siendo la sintiencia una característica que compartimos con ellos, dada la historia evolutiva común); puede además sostenerse que el contractualismo rawlsiano *obliga* a considerar cuáles deberían ser los principios de justicia a aplicar a seres que tienen intereses en no ser encerrados, mutilados y asesinados.

78

En cuanto a la segunda objeción, la misma no presenta problema alguno para lo que se postula en este trabajo: como contratantes hipotéticos sería perfectamente racional y autointeresado acordar principios de justicia que prohíban dañar a seres sintientes (humanos y animales sintientes; pues si fuésemos cualquiera de estas entidades sufriríamos evidentes perjuicios a causa de las prácticas antes mencionadas) y que al mismo tiempo admitan patear piedras, alimentarnos de plantas y el aborto de embriones humanos en el primer trimestre de gestación (en tanto si fuésemos cualquiera de estas entidades no tendríamos sistema nervioso central y no podríamos sufrir daños derivados de dichas acciones).

La inconsistencia señalada al comienzo de este punto se advierte de modo notable en las referencias del propio Rawls al tratar el asunto de quiénes son candidatos a las garantías de la justicia, tanto por su resonante ambigüedad como por su renuncia explícita a considerar las derivaciones a las que llevan las premisas presentadas inicialmente. Dice Rawls al ocuparse de este tema:

Tenemos que considerar todavía a qué clase de seres se deben las garantías de la justicia. [...] La respuesta natural parece ser que son precisamente las personas morales las que tienen derecho a una justicia igual. [...] Vemos, pues, que la capacidad de personalidad moral es una condición *suficiente* para tener derecho

¹⁰¹ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, op. cit., pp. 136-137.

a una justicia igual. [...] Si la persona moral constituye también una condición *necesaria* es cuestión que voy a dejar a un lado. Doy por supuesto que la capacidad de un sentido de la justicia es poseída por la abrumadora mayoría de la humanidad y, por consiguiente, esta cuestión no plantea un grave problema práctico.

Pero apenas un renglón después agrega:

Sería un grave error suponer que siempre se satisface la condición suficiente. Aunque la capacidad sea necesaria, sería una imprudencia, en la práctica, reducir la justicia a esa base. El riesgo para las instituciones justas sería excesivo. Es conveniente subrayar que la condición suficiente de la justicia igual, es decir, la capacidad de personalidad moral, no es imprescindible, en absoluto. Cuando alguien carece de la potencialidad requerida, ya sea por nacimiento o por accidente, esto se considera como un defecto o como una privación. No hay raza ni grupo reconocido de seres humanos que carezca de este atributo. [...] Todo lo que tenemos que hacer es elegir una condición específica [...] y dar una justicia igual a los que la satisfagan. Por ejemplo, la condición de estar en el interior de un determinado círculo es una condición específica de unos puntos del plano. Todos los puntos que se encuentran dentro de este círculo tienen esta propiedad, aunque sus coordenadas varíen dentro de una cierta extensión. Y tienen esta propiedad en grado igual, porque ningún punto interior al círculo es más o menos interior a él que cualquier otro punto interior. [...] Pero, desde luego, nada de esto es literalmente un argumento. No he formulado las premisas de las que se sigue esta conclusión [...]. [L]os que se ven privados más o menos permanentemente, de personalidad moral, pueden presentar una dificultad. No puedo examinar aquí este problema, pero creo que la descripción de la igualdad no se verá materialmente afectada.¹⁰²

79

En otras palabras, de acuerdo a Rawls: La personalidad moral sería una condición suficiente para tener derecho a una justicia igual. Y si bien no sería una condición necesaria,¹⁰³ decide no analizar el asunto detenidamente ya que “la capacidad de un sentido de la justicia es poseída por la abrumadora mayoría de la humanidad, y, por consiguiente, esta cuestión no plantea un grave problema práctico.”¹⁰⁴ Ello, pese a que un número de individuos sintientes muy superior a toda la especie humana podría ser candidato a una justicia igual, y a que el propio Rawls es consciente de que no todos los seres humanos satisfacen la condición de personalidad moral.¹⁰⁵

La aplicación de estas ideas, como se ve, y salvo que se recurra al recurso dogmático¹⁰⁶ y especista de trazar líneas que forman círculos que dejan puntos

¹⁰² Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, op. cit., pp. 456 y ss.

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 457: “la capacidad de personalidad moral, no es imprescindible, en absoluto”.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 457.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 457.

¹⁰⁶ Pues, “desde luego, nada de esto es literalmente un argumento”, según reconoce Rawls (*ibíd.*, p. 460).

(individuos) adentro y afuera del mismo,¹⁰⁷ no permite excluir de la comunidad moral a los animales. Los presupuestos de universalidad y justificación del razonamiento filosófico no admiten estos atajos y ambigüedades.

6. Caso seis: subhumanos y superhumanos

Como enseña Matthew Calarco,¹⁰⁸ no sólo hemos subordinado, explotado y asesinado a los animales a lo largo de toda nuestra historia. Hicimos lo mismo con la mayor parte de la especie humana: mujeres (la mitad de la especie), personas LGBTIQ+, personas con capacidades físicas y cognitivas fuera de la norma, niñxs, habitantes originarios de América y África, y la lista sigue. A todas estas personas se las consideró históricamente menos que humanas, subhumanas.¹⁰⁹ De hecho, una de las principales formas en las que se construyó el sujeto del humanismo fue afirmando una inferioridad de los demás que era una animalidad. Los habitantes originarios de América y África fueron exhibidos en Europa como animales y marcados también como animales por la Iglesia Católica, por carecer, al igual que los animales, de alma. Las mujeres fueron (y son) animalizadas también.¹¹⁰ Las personas con discapacidades fueron exhibidas en la Inglaterra Victoriana como animales, y luego la ciencia del Siglo XIX legitimó esa práctica al rotular sus condiciones con referencias a una inferioridad animal: Elefantiasis, Síndrome de garra de simio, Síndrome de garra de langosta, Pecho de paloma, Pie equino.¹¹¹ De este modo, el término “animal” no sólo se refiere a los cientos de millones de animales que cada año son encerrados, torturados y asesinados por los motivos más banales. “Animal” también es una metáfora de inhábil, de anormal, de monstruo.

Puede agregarse que la fundamentación dignitaria-supremacista de los derechos humanos, además de innecesaria y nociva, es de una miopía que resulta notable proviniendo de una postura tan arrogante. Este tipo de fundamentación de los derechos básicos finalmente carece de rigor y perspectiva científica, en tanto vive en un presente muy acotado tomándolo como estable y la culminación de un proceso, sin mirar a un pasado y a un futuro lejanos que deberían inspirar una ética más humilde y compasiva. Por un lado, la biología evolutiva y la paleontología muestran que, paradójicamente, fue la insignificancia –y no la superioridad– de nuestros ancestros

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 459.

¹⁰⁸ Calarco, Matthew, *Identity, Difference, Indistinction*, Stanford University Press, 2015; Calarco, Matthew, “Identidad, diferencia, indistinción”, *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, Año III, Vol. I, 2016.

¹⁰⁹ Véanse notas 27, 49 a 54 y texto principal correspondiente a las mismas.

¹¹⁰ Adams, Carol, *La Política Sexual de la Carne*, Ochosocuatro, Madrid, 2016.

¹¹¹ Taylor, Sunaura, “Beasts of Burden: Disability Studies and Animal Rights”, 19(2) *Qui Parle*, 2011, pp. 192-193.

mamíferos lejanos, y una gran cuota de azar, lo que permitió el desarrollo de los seres en los que nos convertiríamos: la pequeñez y poco desarrollo de estos mamíferos les permitió encontrar un nicho de supervivencia durante el dominio de los dinosaurios por más de 100.000.000 de años; y luego el hecho fortuito de la caída de un meteorito extinguió a los dinosaurios y permitió crear las condiciones para la evolución (rectius: modificación) de estos parientes lejanos.¹¹² En cuanto al otro extremo de la historia, como subraya Sir Martin Rees, uno de los principales cosmólogos y astrónomos contemporáneos, los humanos no somos ni de modo cercano el último escalón de un perfeccionamiento biológico, sino el fruto de una modificación aleatoria que aún no ha recorrido la mitad de su curso: “Nuestro sol [...] no ha llegado a la mitad de su expectativa de vida –no serán humanos quienes vean la muerte del sol dentro de seis billones de años. Cualquier criatura que exista entonces, será tan diferente de nosotros como nosotros lo somos de las bacterias o las amebas.”¹¹³

Es más, sin ir tan lejos hacia el futuro, todo indica que en algunas décadas caminará entre nosotros una nueva clase de personas, con capacidades e inteligencias superiores, superhumanas.¹¹⁴ La tecnología de edición genética que llevará a ese muy probable resultado ya existe de modo incipiente. A partir de la investigación de los mecanismos de defensa de las bacterias frente a los virus, Emmanuelle Charpentier y Jennifer Doudna descubrieron un proceso natural de edición genética que les permitió desarrollar una nueva tecnología: CRISPR/Cas9. Estas investigadoras hallaron que, mediante un particular mecanismo biológico, el organismo de las bacterias tomaba secuencias del ADN del virus colonizante y luego copiaba esa información en sus cromosomas, para posteriormente replicar la misma como mecanismo inmunitario. El organismo de las bacterias editaba de este modo su propio código genético en lugares muy precisos y de manera altamente efectiva.¹¹⁵ La tecnología desarrollada por estas científicas replica este mecanismo,

81

¹¹² Gould, Stephen Jay, “Challenges to Neo-Darwinism and Their Meaning for a Revised View of Human Consciousness”, The Tanner Lectures on Human Values, Clare Hall, Cambridge University, 30 de abril y 1 de mayo de 1984. Es cierto que podría pensarse en una serie de características evolutivamente “superiores” a otras: una mejor visión, una mayor habilidad corporal, una mayor velocidad, una mayor inteligencia. Si bien las mismas parecen ser deseables para enfrentar a una porción de los desafíos que presenta la vida, no todos los obstáculos con los que nos topamos a lo largo de la historia y que podríamos llegar a enfrentar en el futuro tienen la misma lógica ni requieren de estas habilidades. Para lidiar con toda otra serie de desafíos que presentan el medioambiente, el cambio climático, los virus y las bacterias, las características señaladas no tuvieron ninguna utilidad y ni siquiera hoy son garantía de supervivencia de la especie.

¹¹³ Rees, Martin, “Dark Materials”, Rotblat Memorial Lecture, Hay Literary Festival, publicada en *Edge*, 13-06-2006, recuperada de https://www.edge.org/3rd_culture/rees06/rees06_index.html.

¹¹⁴ Harari, Yuval Noah, *De Animales a Dioses. Breve Historia de la Humanidad*, op. cit.; *Homo Deus. Breve Historia del Mañana*, Buenos Aires, Debate, 2017.

¹¹⁵ Doudna, Jennifer A. – Sternberg, Samuel H., *A Crack in Creation: Gene Editing and the Unthinkable Power to Control Evolution*, Houghton Mifflin Harcourt, 2017.

que permite editar el código genético humano cortando partes del mismo que desean erradicarse e insertando secciones que quieren añadirse.

Una vez que esta tecnología esté perfeccionada y sea segura, sin duda se pasará de los usos curativos a los de mejoramiento (más allá de lo borroso de la barrera que separa ambos usos). Los humanos que tengan los recursos económicos para ello (un círculo mucho más reducido que el de la comunidad moral actual, por cierto) pasarán de curar sus enfermedades a mejorar su inteligencia, su resistencia física y su concentración mental, su habilidad para realizar todo tipo de tareas, y su aspecto. A su vez, además de lo que se conoce como edición genética somática, que ocurre y permanece en las células del individuo tratado, también estará disponible la edición genética de las células de la línea germinal (óvulos, espermatozoides, embriones), edición y mejoramiento que pasará a generaciones futuras. Si se tiene en cuenta que *Neandertales* y *Sapiens* son especies distintas pese a no haber tenido diferencias fundamentales,¹¹⁶ la idea de que estos superhumanos fruto de la edición genética puedan constituir una nueva especie no debería desestimarse sin más.

Es imposible no ver la enorme ironía que envuelve este asunto: por primera vez los humanos experimentaremos con la selección y modificación artificial en nosotros mismos; la selección y modificación artificial del ganado fue central en el razonamiento que llevó a Darwin a desarrollar, por analogía, su teoría de la selección natural de las especies;¹¹⁷ la selección artificial del ganado fue al mismo tiempo el punto de inflexión que dio origen al uso más intensivo y despiadado de los animales. Luego de lo anterior, si no repudiamos al especismo y a la fundamentación supremacista de los derechos fundamentales por razones morales, tal vez deberíamos considerar hacerlo por razones prudenciales: es posible que en un futuro cercano, nosotros o nuestros hijos seamos los nuevos ciudadanos de segunda del planeta.

III. Conclusiones

Luego de analizar algunos temas complejos debatidos en ética, filosofía política y filosofía del derecho, quedan al desnudo ciertas asimetrías e inconsistencias que ocurren en muchos casos cuando la filosofía liberal contemporánea se ocupa de la consideración moral que cabe a los animales: las premisas y posiciones que se aceptan de modo generalizado en estas áreas no son aplicadas de modo sistemático en asuntos que se refieren al estatus moral de los animales.

Según he sugerido, ello se debe a que la teorización en los ámbitos señalados no siempre cumple con los requisitos de racionalidad, imparcialidad y universalidad

¹¹⁶ Darwin, Charles, *El Origen del Hombre*, op. cit., p. 109; Pääbo, Svante, *Neanderthal Man: in Search of Lost Genomes*, op. cit.

¹¹⁷ Rachels, James, *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*, op. cit., pp. 37-38.

que deberían darle sustento, y que las inconsistencias señaladas se deben a autopreferencias no declaradas y a posturas no siempre explicitadas, principalmente un posicionamiento especista.

Este trabajo ha intentado mostrar que el especismo –al igual que la fundamentación dignataria de los derechos fundamentales– es una posición que no sólo resulta arrogante, en ocasiones acientífica y ligada de modo velado a ideas religiosas, y moralmente incorrecta. La misma también puede resultar inconveniente por razones prudenciales: el especismo y la fundamentación dignataria de los derechos humanos son armas de doble filo y nada asegura que en algún futuro no seamos los nuevos sujetos de segunda del planeta.

IV. Referencias

Aaltola, Elisa, “Personhood and Animals”, 30(2) *Environmental Ethics*, 2008, pp. 175-193.

Adams, Carol, “The Oedible Complex: Feminism and Vegetarianism”, en *The Lesbian Reader*, Covina, Gina – Galana, Laurel (eds.), Oakland, CA, Amazon, 1975.

Adams, Carol, *La Política Sexual de la Carne*, Ochodoscuatro, Madrid, 2016.

Allen, Colin - Trestman, Michael, “Animal Consciousness”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2017, URL en proceso de archivo: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/consciousness-animal/>.

Alterini, Jorge H. – Alterini, Ignacio E., “Opinión al art. 19 en la 1ª edición”, en Alterini, Jorge H. (Dir. General) – Alterini, Ignacio E. (Coord.) – Tobías, José W. (Dir. de tomo), *Código Civil y Comercial comentado: Tratado exegético*, 2ª edición, La Ley, 2016.

Ávila Gaitán, Iván Darío, “Las fronteras de Las fronteras de la justicia: notas para una crítica materialista del animalismo liberal”, en *Martha Nussbaum y la Justicia Social para los Animales. Apuntes Críticos desde las Fronteras de la Justicia*, Jorge Sierra y Fabrizio Pineda (eds.), Universidad Autónoma de Colombia, 2019, pp. 119-158.

Balkin, Jack M., “Práctica Deconstructiva y Teoría Jurídica”, en *Crítica Jurídica*, Mauricio García Villegas-Isabel Jaramillo Sierra-Esteban Restrepo Saldarriaga (eds.), Universidad de los Andes, Colombia, 2006, pp. 287-336.

Brosnan, Sarah – De Waal, Frans, “Monkeys Reject Unequal Pay”, 425 *Nature*,

2003, pp. 297–299.

Butler, Judith P., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, 1990.

Calarco, Matthew, *Identity, Difference, Indistinction*, Stanford University Press, 2015.

Calarco, Matthew, “Identidad, diferencia, indistinción”, *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, Año III, Vol. I, 2016, pp. 27-49.

Catecismo de la Iglesia Católica, Buenos Aires, Conferencia Episcopal Argentina Oficina del libro, 2015.

Cohen, Mathilde, “The Lactating Man”, en *Making Milk: The Past, Present and Future of Our Primary Food*, Mathilde Cohen - Yoriko Otom (eds.), Bloomsbury, 2017, pp. 141-160.

Darwin, Charles, *Notebook M* [Metaphysics on Morals and Speculations on Expression], 1838, Paul Barrett (ed.), publ. en <http://darwin-online.org.uk/>.

Darwin, Charles, *Ornithological Notes*, Barlow Nora (ed.), 2(7) *Bulletin of the British Museum. Historical Series*, 1963, pp. 201–278.

Darwin, Charles, *On the Origin of Species*, Oxford University Press, 2009.

Darwin, Charles, *El Origen del Hombre*, Valencia, F. Sempere y Cía. Ed., 1909.

De Wall, Frans, *Good Natured. The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals*, Harvard University Press, 1996.

De Wall, Frans, “Do Animals Have Morals?”, 2011, Conferencia TED recuperada de https://www.ted.com/talks/frans_de_waal_do_animals_have_morals?language=es.

Deckha, Maneesha, “Toward a Postcolonial, Posthumanist Feminist Theory: Centralizing Race and Culture in Feminist Work on Nonhuman Animals”, 27(3) *Hypatia*, 2012.

Deckha, Maneesha, “The Saliency of Species Difference for Feminist Theory”, 17(1) *Hastings Women’s Law Journal*, 2006, pp. 3-4.

Dennett, Daniel, “Condiciones de la Cualidad de Persona”, en *Cuadernos de Crítica* 45, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

- Derrida, Jaques, *El Animal que Luego Esto Si(gui)endo*, Madrid, Trotta, 2008.
- Donalson, Sue – Kymlicka, Will, “Rethinking Membership and Participation in an Inclusive Democracy: Cognitive Disability, Children, Animals”, en *Disability and Political Theory*, B. Arneil & N. Hirshmann (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 168-197.
- Doudna, Jennifer A. – Sternberg, Samuel H., *A Crack in Creation: Gene Editing and the Unthinkable Power to Control Evolution*, Houghton Mifflin Harcourt, 2017.
- Eliade, Mircea, *La Búsqueda: Historia y Sentido de las Religiones*, Barcelona, Kairós, 1999.
- Fausto-Sterling, Anne, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York City, Basic Books, 2000.
- Feinberg, Joel, “The Rights of Animals and Unborn Generations”, en *Philosophy and Environmental Crisis*, William T. Blackstone (ed.), University of Georgia Press, 1974, pp. 43-68.
- Frankfurt, Harry G., “Alternate Possibilities and Moral Responsibility”, 66(23) *Journal of Philosophy*, 1969, pp. 829-839.
- Frankfurt, Harry G., “Freedom of the Will and the Concept of a Person”, 68(1) *The Journal of Philosophy*, 1971, pp. 5-20.
- Giffney, Noreen – Hird, Myra J. (eds.), *Queering the Non/Human*, Ashgate, 2008.
- Ginnobili, Santiago, “¿Qué son Realmente las Especies? La Búsqueda de Clases Naturales en Biología”, XXV (Nº 1) *Análisis Filosófico*, 2005, pp. 45-61.
- Gould, Stephen Jay, “Challenges to Neo-Darwinism and Their Meaning for a Revised View of Human Consciousness”, The Tanner Lectures on Human Values, Clare Hall, Cambridge University, 30 de abril y 1 de mayo de 1984.
- Green, Mark, “On the Origin of Species Notions and Their Ethical Limitations”, en *The Oxford Handbook of Animal Ethics*, Tom L. Beauchamp – R. G. Frey (eds.), Oxford University Press, 2011, pp. 577-602.
- Harari, Yuval Noah, *De Animales a Dioses. Breve Historia de la Humanidad*, Buenos Aires, Debate, 2017.
- Harari, Yuval Noah, *Homo Deus. Breve Historia del Mañana*, Buenos Aires, Debate, 2017.

- Harrison, Ruth, *Animal Machines*, Oxfordshire-Boston, CABI, 2013.
- Hird, Myra, “Animal Transex”, 21(49) *Australian Feminist Studies*, 2006, pp. 35-50.
- Horta, Oscar, “What Is Speciesism?”, 23 *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 2010, pp. 243–266.
- Horta, Oscar, “La Cuestión de la Personalidad Legal más allá de la Especie Humana”, 34 *Isonomía*, 2011, pp. 55-83.
- Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, Oxford University Press - Clarendon Press, 1960.
- Kane, Robert, *The Significance of Free Will*, Oxford University Press, 1996.
- Kapur, Ratna, “Human Rights in the 21st Century: Take a Walk on the Dark Side”, 28(4) *Sydney Law Review*, 2006, pp. 665-687.
- Kymlicka, Will, “Human Rights without Human Supremacism”, en *Canadian Journal of Philosophy*, publicación online del 13/10/2017, pp. 1-30.
- Libet, Benjamin, “Do We Have Free Will?”, 6(8-9) *Journal of Consciousness Studies*, 1999, pp. 47-57.
- McCormack, Donna, “Queer Disability, Postcolonial Feminism and the Monsters of Evolution”, en *A Feminist Companion to the Posthumanities*, Åsberg, Cecilia - Braidotti, Rosi (eds.), Springer International Publishing, 2018, pp. 153-156.
- McMahan, Jeff, *The Ethics of Killing. Problems at the Margins of Life*, Oxford, 2002.
- Masserman, Jules H. et al., “Altruistic Behavior in Rhesus Monkeys”, 121 *The American Journal of Psychiatry*, 1964, pp. 584-585.
- Milgram, Stanley, “Behavioral Study of Obedience”, 67 *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 1963, pp. 371–378.
- Moore Lappé, Francis, *Diet for a Small Planet*, Ballantine Books, 1971.
- Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- Pääbo, Svante, *Neanderthal Man: in Search of Lost Genomes*, Basic Book, 2014.

- Page Depolo, Olof, “Igualdad, Suerte y Responsabilidad”, 106 *Estudios Públicos*, 2007, pp. 153-174.
- Palacios, Agustina, *El Modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.
- Pérez Pejic, Gonzalo - Suárez, Pablo, “Notas sobre Religión, Especismo y Personalidad Legal”, 1(64) *Question*.
- Pezzetta, Silvina, “Una Teoría del Derecho para los Animales no Humanos. Aportes para la Perspectiva Interna del Derecho”, 44 *Revista de Bioética y Derecho*, Universitat de Barcelona, 2018, pp. 163-177.
- Preciado, Paul Beatriz, “La Muerte de la Clínica”, 2013, conferencia recuperada de <https://www.youtube.com/watch?v=4aRrZZbFmBs>.
- Rachels, James, *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*, Oxford University Press, 1990.
- Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Rees, Martin, “Dark Materials”, Rotblat Memorial Lecture, Hay Literary Festival, publicada en *Edge*, 13-06-2006, recuperada de https://www.edge.org/3rd_culture/rees06/rees06_index.html.
- Regan, Tom, *The Case for Animal Rights*, University of California Press, 1983.
- Regan, Tom, “Poniendo a las Personas en su Sitio”, Vol. XVIII/3 *Teorema*, 1999, pp. 17-37.
- Regan, Tom, *Animal Rights, Human Wrongs. An Introduction to Moral Philosophy*, Roman & Littlefield Publishers, 2003.
- Rowlands, Mark, “Contractarianism and Animal Rights”, 14(3) *Journal of Applied Philosophy*, 1997, pp. 235-247.
- Rowlands, Mark, *Animal Rights. Moral Theory and Practice*, Palgrave – Macmillan, 2009.
- Rowlands, Mark, “¿Pueden los animales ser morales?”, 9 *Dilemata*, 2012, pp. 1-32.
- Rowlands, Mark, *Can Animals Be Moral?*, Oxford University Press, 2012.

Ryder, Richard D., “Speciesism Again: The Original Leaflet”, 2 *Critical Society*, 1970, pp. 1-2.

Salih, Sara, “Filling Up the Space Between Mankind and Ape: Racism, Specie-
sism and the Androphilic Ape”, 38(1) *Ariel - A review of international english
literature*, 2007, pp. 95-111.

Singer, Peter, *Practical Ethics*, Cambridge University Press, 1993.

Singer, Peter, *Liberación Animal*, Madrid, Trotta, 2011.

Smilansky, Saul, “Free Will: From Nature to Illusion”, 101(1) *Proceedings of the
Aristotelian Society*, 2001, pp. 71-95.

Steeves, Peter, “The Familiar Other and Feral Selves: Life at the Human/Animal
Boundary”, en *The Animal/Human Boundary: Historical Perspectives*, A. Cre-
ager - W. Jordan (eds.), University of Rochester Press, 2002.

Strawson, Peter, “Freedom and Resentment”, 48 *Proc. Brit. Acad.*, 1962, pp. 1-25.

Suárez, Pablo, “Animales, Incapaces y Familias Multi-especies”, *Revista Lati-
noamericana de Estudios Críticos Animales*, Año IV, Vol. II, 2017, pp. 58-84.

Taylor, Sunaura, “Beasts of Burden: Disability Studies and Animal Rights”, 19(2)
Qui Parle, 2011, pp. 192-193.

Wade, Peter, *Raza y etnicidad en Latinoamérica*, Ediciones Abya-Yala, Ecuador, 2002.

West et al., “Brief Report: Chimeric Pigs Produced from Induced Pluripotent
Stem Cells Demonstrate Germline Transmission and No Evidence of Tumor
Formation in Young Pigs”, 29(10) *Stem Cells*, 2011, pp. 1640-1643.

Wise, Steven, “Animal rights, One Step at a Time”, en *Animal rights. Current
Debates and New Directions*, New York, Oxford University Press, 2004.

Wu et al., “Interspecies Chimerism with Mammalian Pluripotent Stem Cells”, 168
Cell, 2017, pp. 473–486.

Young, Robert, “Las Implicaciones del Determinismo”, en *Compendio de Ética*,
Peter Singer (Edit.), Alianza Editorial, 1995, pp. 711-722.

Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho Penal.
Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

Proceso civil con enfoque de géneros: ajustes en clave de igualdad

Ornela C. Piccinelli*

El feminismo es un impertinente —como llama la Real Academia Española a todo aquello que molesta de palabra o de obra—. Es muy fácil hacer la prueba. Basta con mencionarlo. Se dice feminismo y cual palabra mágica, inmediatamente, nuestros interlocutores tuercen el gesto, muestran desagrado, se ponen a la defensiva o, directamente, comienza la refriega. (Nuria Varela, Feminismo para principiantes)²

Resumen

El presente trabajo se propone analizar de qué manera impacta la obligación convencional de juzgar con perspectiva de géneros en el plano del proceso civil, tanto en lo relativo a las reglas de gestión del caso, como en lo que atañe a las reglas de decisión. Sobre el final del recorrido se presentan algunos de los ejes más relevantes que deberían ser modulados en clave de igualdad para el adecuado cumplimiento de los estándares del sistema de protección internacional en la materia.

Palabras clave: Proceso civil- Perspectiva de género- Estándares Convencionales- Reforma procesal

Abstract

This paper analyses how the conventional obligation to judge with a gender perspective has impact on the civil proceedings, both in relation to the rules of case management, and in what concerns the rules of decision. At the end, some of the most relevant axes are presented that should be modulated in the key of equality for the adequate fulfillment of the standards of the international protection system in the matter.

Key words: Civil process- Gender perspective- Conventional Standards- Procedural reform

* Abogada (UNLP). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA). Secretaria de del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. JTP ordinaria de la Cátedra III, de Derecho Procesal II de la misma Casa de Estudios. Integrante de la AADP. Trabajo estos temas en <https://instagram.com/ornelapiccinelli?igshid=YmMyMTA2M2Y=> donde les invito a sumarse en un espacio de construcción plural, federal y en clave de igualdad.

I- Introducción

La puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación trajo consigo –entre otras muchas cosas– la visibilización de un nuevo paradigma. Como supo advertir Eduardo de Lázari integrando la Suprema Corte de Buenos Aires, si bien muchas de las normas no se modificaron, aún en esos casos “*si se ha modificado el lugar desde donde el intérprete las analiza y ello hace que –aunque las palabras sean las mismas– no sea lo mismo lo que se prescribe*”¹

Con ese piso de marcha, cualquier reforma procesal que tenga en miras el imperativo constitucional de afianzar la Justicia –desde la perspectiva de derechos que el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) ha recogido expresamente (cf. art. 2 CCCN)²– no puede ser sino pensada en clave de igualdad³.

Una igualdad verdaderamente incluyente⁴ y universal, pues como Relata Nuria Varela en su “Feminismo para principiantes” —obra con la que he decidido invitar a la lectura de este trabajo— corría el siglo XVIII y los revolucionarios e ilustrados franceses —también las francesas—, comenzaban a defender las ideas de «igualdad, libertad y fraternidad». Por primera vez en la historia, se cuestionaban políticamente los privilegios de cuna y aparecía el principio de igualdad. Sin embargo, ellas, las que defendieron que esos derechos incluían a todos los seres humanos —también a las humanas—, terminaron en la guillotina mientras que ellos siguieron pensando que el nuevo orden establecido significaba que las libertades y los derechos sólo correspondían a los varones⁵.

Con ese objetivo –y partiendo de la premisa que postula que el enfoque de géneros, es un imperativo constitucional que ha permeado en el ámbito del derecho

¹ Ver SCBA, “A, MA c/ A., AA s/ división de condominio”, sent. del 25/10/2017.

² Como advierte Safi: el reconocimiento de este criterio representa un quiebre en lo que refiere a la forma tradicional de concebir las relaciones privadas, atento que los vínculos dejan de ser vistos como trabados en condiciones de paridad necesaria (igualdad formal), pasando a admitirse la posible existencia de relaciones asimétricas entabladas entre partes desiguales (ver “Necesaria delimitación de la vulnerabilidad y de su tutela diferenciada”, JA, t. 2021-IV, pp. 17-42).

³ Sobre el concepto de igualdad es interesante ver —entre otras autoras— Jiménez Perona, Ángeles, entrada “Igualdad”, en Amorós, Cecilia (dir.), *10 palabras claves sobre mujer*, Navarra, Editorial Verbo Divino, 1995.

⁴ Advertía la Comisión redactora del Anteproyecto de CCCN: “Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables... En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo...” (ver Fundamentos de elevación del anteproyecto de CCCN, especialmente, “Aspectos valorativos”).

⁵ Varela, Nuria, *Feminismo para principiantes*, Buenos Aires, Ediciones B, 2008, cap. 1: La metáfora de las gafas violetas, pp. 9-10.

civil merced la llamada constitucionalización del derecho privado- se torna indispensable, para garantizar la tutela judicial efectiva en clave de igualdad real, (re) visitar algunas categorías clásicas de cara a garantizar la protección constitucional diferenciada que el colectivo de mujeres y disidencias merece⁶.

Pero para lograr ese cometido, resulta imprescindible sentar algunas premisas que contribuyan a su correcta identificación y –consecuentemente- a su adecuado funcionamiento, puesto que –como también se ha puesto de manifiesto- “la vulnerabilidad procesal constituye un criterio legitimador del tratamiento diferenciado entre las partes, que en realidad persigue la igualación en concreto... (pero) en todos los supuestos, para la legitimación del tratamiento diferenciado debe existir una pertinencia lógica entre la distinción realizada y la fragilidad procesal a ser mitigada o expurgada, a fin de garantizar el litigio en paridad de armas”⁷.

En el recorrido que aquí propongo, intentaré avanzar sobre dos presupuestos que considero indispensables para una adecuada redefinición de la garantía de igualdad redefinida en clave de géneros: uno subjetivo, enderezado a identificar la necesidad de su operatividad y otro objetivo, vinculado a precisar cuáles son los ajustes procesales con virtualidad suficiente para garantizar el mandato de igualdad en clave de géneros, en el marco del proceso civil y comercial actual.

Antes de ir a lo propuesto, permítanme introducir un acotado apartado preliminar. Justificaré su inclusión en lo que sigue.

II- El enfoque de género (s)⁸ como imperativo convencional

La premisa de la que parto torna necesaria una brevísima consideración preliminar, de cara a justificar el marco teórico de la propuesta. Dedicaré -entonces-

⁶ La imprescindible relación que intento poner aquí de manifiesto ha sido descrita por Marisa Herrera: a esta altura de los estudios de género fácil se puede observar la relevancia y revalorización que encierra el derecho civil por sobre el derecho penal. De allí que se pueda entender con mayor precisión la razón por la cual se multiplican los materiales bibliográficos destinados a actualizar debates en torno al derecho civil en clave feminista. Esto no solo compromete de manera sustancial al derecho de fondo sino –también- con la misma intensidad interpelativa al Derecho Procesal (Herrera, Marisa, “La perspectiva de género...”, ob. cit.).

⁷ Berizonce, Roberto, “Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, año 15, n° 48, pp. 835-856.

⁸ La utilización del término en plural es deliberada: busca visibilizar la porosidad, apertura y dinamismo que encierra este término (ver Herrera, Marisa, “Bases e interpelaciones para una reforma judicial feminista desde los aportes del Consejo Consultivo”, en Herrera-De la Torre [coords.], *Repensar la Justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, p. 67.) a la par que recordar que “toda expresión de género constituye una categoría protegida por la Convención Americana en su artículo 1.1.” (Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24).

este primer apartado a precisar i) a qué me refiero cuando propongo modular el proceso civil en clave de géneros; y ii) por qué sostengo que es imperativo hacerlo.

El género es una categoría de análisis. Se trata de una construcción teórica —de las más relevantes del feminismo contemporáneo⁹— que nos ofrece una lectura alternativa y crítica de la realidad que pone de manifiesto el carácter construido y cultural de ciertas lógicas de poder subyacentes a las relaciones humanas aprendidas -y reproducidas- como universales y naturales desde la visión androcentrista¹⁰ del mundo.

En términos de “aporte” —como explica Cobo Bedia— la introducción de los estudios de género supone una redefinición de todos los grandes temas de las ciencias sociales, al desarrollar una nueva forma de interrogar la realidad y de construir conocimiento, esta perspectiva acuña nuevas categorías analíticas con el fin de explicar aspectos que no habían sido tenidos en cuenta antes de que se desvelase el aspecto social de los géneros¹¹. Desde ese punto de vista opera como una técnica que permite revertir las desigualdades estructurales y la discriminación que padecen las mujeres y las disidencias sexuales¹².

En este trabajo asumo que es un imperativo —y que, como tal, nos vincula— porque, en términos convencionales, no es una elección: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹³ (en adelante CEDAW) -con jerarquía constitucional¹⁴- obliga al Estado a tomar todas las medidas apropiadas para

⁹ El concepto de género es la categoría central de la teoría feminista. La noción de género surge a partir de la idea de que lo «femenino» y lo «masculino» no son hechos naturales o biológicos, sino construcciones culturales. Dicho de otra forma, a lo largo de la historia todas las sociedades se han construido a partir de las diferencias anatómicas entre los sexos, convirtiendo esa diferencia en desigualdad social y política. El primer propósito de los estudios de género o de la teoría feminista es desmontar el prejuicio de que la biología determina lo «femenino», mientras que lo cultural o humano es una creación masculina (ver Cobo Bedia, Rosa, entrada “Género”, en Amorós, Cecilia (dir.), *10 palabras...*, ob. cit.).

¹⁰ La perspectiva androcéntrica toma al varón como lo humano por excelencia y, partiendo de esta premisa, la diferencia de género es definida necesariamente como algo negativo e inferior. Esta perspectiva ha dominado la antropología desde el comienzo del pensamiento filosófico hasta el siglo XX. Los primeros escritos feministas han tenido como objetivo la crítica y la superación de este concepto negativo de diferencia (ver Cavana, María Luisa; “Diferencia”; en Amorós, Cecilia (dir.), *10 palabras...*, ob. cit.).

¹¹ Cobo Bedia, Rosa, ob. cit., p. 60.

¹² Alonso, Ana y Fernández Andreani Patricia, “Noción de perspectiva de género”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 2022-1, pp. 101 y ss.

¹³ Como ha advertido la Corte IDH este documento, junto a la Convención de Belem do Pará complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana (v. Corte IDH: Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, p. 276.)

¹⁴ La CEDAW, como las otras convenciones incluídas en el inc. 22 del art. 75 fueron jerarquizadas para garantizar justicia, verdad, reparaciones y memoria, pero también como garantía de no-repetición, como reaseguro para prevenir nuevas violaciones a los derechos humanos (ver Clérico, Laura y Vita, Leticia, “Justicia con perspectiva de géneros: mandato constitucional”, Herrera-De la

“modificar los patrones socioculturales de conducta de hombre y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”¹⁵.

En línea con esa obligación, nuestro sistema constitucional, vincula a los tres poderes –y especialmente a quienes ejercen la magistratura como custodias de la constitucionalidad/convencionalidad– y les manda adoptar todas aquellas medidas de acción positiva destinadas a acordar una protección reforzada a quienes (como las mujeres, las niñas o las disidencias sexuales o colectivos de la diversidad sexual) se encuentran en situación de vulnerabilidad en atención a su histórica discriminación estructural (v. art. 75 inc. 23 CN y art. 4 CEDAW).

Por ello, la premisa de la que parto evidencia que la perspectiva de géneros es un presupuesto esencial para evitar que el sistema se convierta en una herramienta de victimización secundaria¹⁶, y de violencia institucional¹⁷ con serio compromiso de la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional.

III- Condiciones para su operatividad en el proceso civil:

Si el enfoque protectorio¹⁸ en clave de géneros es un imperativo constitucional, urge determinar i) en qué casos deviene exigible; y ii) cuáles han de ser las herramientas procesales para garantizar esa tutela reforzada¹⁹, pues no solo basta

93

Torre [coords.], *Repensar la Justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, p. 26).

¹⁵ V. art. 5 a, CEDAW. El art. 5 pone énfasis en la transformación cultural, apuntando a combatir las causas estructurales de la desigualdad. En ello, señalan Clérico y Vita “es imprescindible identificar las principales causas de la desventaja y la discriminación de géneros, los estereotipos y los roles de géneros (“Justicia con perspectiva de géneros: mandato constitucional”, Herrera-De la Torre [coords.], *Repensar la Justicia...*, ob. cit., p. 27).

¹⁶ Piccinelli, Ornella, “Estándares convencionales para una decisión razonablemente fundada. Herramientas para la construcción de sentencias con enfoque de géneros”, *JA*, t. 2021-IV, pp. 27-52.

¹⁷ La violencia institucional es una de las modalidades que —según la Ley 26485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales— puede asumir la violencia contra la mujer, y alcanza a todas las conductas u omisiones de las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley.

¹⁸ Como advierte Bermejo: la jurisdicción protectoria engloba a una serie de supuestos en los que el proceso adquiere dimensiones especiales, vinculadas a los denominados derechos sensibles o a la apreciación de la tutela desde la especial situación de quienes la reclaman como acontece con los niños, niñas, adolescentes, ...y mujeres, grupos particularmente vulnerables (ver Bermejo, Patricia, “Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria”, en *XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal*).

¹⁹ Dice Fraser: la justicia hoy en día precisa de dos dimensiones: redistribución y reconocimiento. Desde allí propone distinguir dos formas analíticamente diferentes y esbozadas de manera general de

conocer los derechos, se hace preciso determinar qué tipos de remedios son aquellos que se prevén para que el proceso pueda permitir realizarlos²⁰.

1- Presupuesto subjetivo: el problema del quién (y de su lectura).

No siempre es una tarea sencilla dirimir tempranamente la necesidad de introducir ajustes que modulen las reglas generales pensadas en “clave de igualdad”²¹. No debe perderse de vista que la igualdad —en abstracto— ha sido el paradigma alrededor del cual se ha construido el sistema normativo destinado a gobernar las relaciones en los ámbitos del derecho que —por oposición al campo de “lo público”— se identificó “privado”²². Desde aquel prisma —el del hombre

entender la injusticia: la primera es la injusticia socioeconómica, vinculada a la estructura económico-política de la sociedad. El segundo tipo de injusticia es cultural o simbólica y está asociada -en su desarrollo- a los modelos sociales de representación, interpretación y comunicación. Fraser postula que ambas están arraigadas en procesos y prácticas que perjudican a algunos grupos de personas frente a otros y por consiguiente, ambas han de ser solucionadas. A esos fines, distingue dos clases diferentes de soluciones respectivamente: la redistribución y el reconocimiento, que operan en direcciones diferentes: en el primer caso la solución pasa por la desaparición del grupo en tanto grupo. Por el contrario, en el segundo caso, pasa por valorar la grupalidad. El dilema que Fraser plantea en las denominadas comunidades bivalentes, como la que el género propone, involucra resolver la tensión que se genera entre la necesidad de reconocimiento y la necesidad de redistribución. Para superar ese dilema propone dos formas de abordar la solución a la injusticia que atraviesan la línea divisoria de la redistribución y el reconocimiento: la afirmación y la transformación: las soluciones afirmativas a la injusticia tratan de corregir los efectos injustos del orden social sin alterar el sistema subyacente que los genera. En cambio, las transformadoras aspiran a corregir los efectos injustos precisamente reestructurando el sistema subyacente que los genera (ver Fraser, Nancy, “¿Redistribución o reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era postsocialista”, en Butler-Fraser, *Un debate entre marxismo y feminismo*, Madrid, Ed. Traficantes de Sueños, 2000. Disponible en https://traficantes.net/sites/default/files/pdfs/documentos_nlr_3_web_0.pdf). Definitivamente, en esta propuesta me ocuparé de las primeras, en tanto medidas de acción positiva tendiente a corregir ciertos efectos injustos del orden social.

²⁰ Priori Posada, Giovanni, “Sobre qué bases construir un modelo actual de protección jurisdiccional de los derechos”, en *XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal*.

²¹ Los diferentes discursos sobre este problema evidencian un abanico de posibilidades que ofrece en un extremo aquellas posiciones que circunscriben la necesidad de tutela a cierto tipo de casos —generalmente emparentados con situaciones de violencia (física) palmaria— o a ciertos fueros —usualmente penal o de familias (también por su expresión más evidente)— y en el otro extremo aquellas que pretenden que adquiera virtualidad en cualquier situación en que se halle involucrada una mujer, sin más consideración o aditamento (con prescindencia del impacto de su género en la proyección del conflicto).

²² Lo artificial de la división fue advertido entre los fundamentos del CCC: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una

(varón), blanco, con plena capacidad, propietario y heterosexual— se pensaron las normas destinadas a gobernar las relaciones de una sociedad que —claramente— también estaba compuesta por personas que no encajaban en un molde que —construido como universal— llevaba ínsitos los sesgos de género en su matriz.

Advertida la falacia en el origen del sistema, la (de)construcción de la garantía de igualdad con perspectiva de géneros —en tanto denuncia la injusticia de la igualdad en abstracto, neutra al género— nos exige repensar las reglas que gobiernan los mecanismos de solución de conflictos, introduciendo aquellas modulaciones que resulten menester cuando ello sea necesario.

Planteada la tarea advierto dos dificultades iniciales con base en la categoría de análisis propuesta: la primera radica en la transversalidad de la desigualdad. Ello obsta a que pueda limitarse la tutela a cierto tipo de asuntos²³, y/ o proyectarlas en estructuras ad hoc para el proceso civil.

Como contrapartida, la transversalidad que la categoría de géneros propone, requiere pensar en ajustes y modulaciones enderezadas a nivelar cualquier estructura²⁴ atendiendo un criterio que —siguiendo a Mosmann— denominaremos de *instrumentalidad de equiparación subjetiva*²⁵, que no hace foco en el esquema de enjuiciamiento, sino en la persona en situación de vulnerabilidad y en sus necesidades concretas.

La segunda dificultad se emparenta con lo que podríamos denominar la tendencia a la generalización de las tutelas diferenciadas. Los valores que inspiran la finalidad tuitiva en no pocas ocasiones termina por extender las excepciones de

comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina” (ve Fundamentos de elevación del anteproyecto, I Aspectos valorativos: la constitucionalización del Derecho Privado.)

²³ Basta advertir al efecto, que las relaciones de poder y la subordinación de género no solo se expresan en episodios de violencia física, ni se limitan a ciertos ámbitos determinados (como la relación familiar, o de pareja). Antes bien, la subordinación que el ejercicio del poder supone comprende diversas manifestaciones (muchas veces sutiles e imperceptibles desde un enfoque tradicional, de allí lo peligroso de la falta de formación) y se extiende a todos los ámbitos en los que las personas se desenvuelven, con prescindencia de su carácter público o privado (ver Ley de protección integral —arts- 4 y 5 especialmente— y Convención de Belem do Pará).

²⁴ Pese a ello, con el propósito de no exceder el objeto que nos convoca, en este trabajo, me concentraré en los ajustes necesarios para el proceso civil y comercial, sin detenerme en las particularidades que podrían ameritar otras materias que -por su especialidad- presentan dinámicas diferentes a considerar.

²⁵ En su ponencia general del año 2015, la profesora Mosmann propone la incorporación legislativa del principio de instrumentalidad de equiparación subjetiva, como herramienta de transversalización de la tutela de la vulnerabilidad. De este modo se faculta a quienes ejercen la jurisdicción a realizar ajustes procesales en todos los procesos y en cualquier etapa de su desarrollo, en atención al aspecto subjetivo “a fin de que nadie pueda encontrarse en una situación de desventaja jurídica” (Mosmann, Victoria, “Proceso y Sujetos en situación de vulnerabilidad. Instrumentalidad procesal de equiparación subjetiva”, en *XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*).

un modo tal que termina por vaciarlas de contenido. De allí que la idea de impacto diferenciado resulte medular.

Me explico: la sola participación en el litigio de una mujer o de una persona que integre el colectivo que identificaré aquí como de las disidencias sexuales, no torna necesaria la implementación de esta especial forma de tutela.

Ni su carácter imperativo, ni la finalidad niveladora que la inspira justifican tal generalización. En esa dirección se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia que “no toda violación de un derecho humano cometido en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Es menester que la condición de especial vulnerabilidad por el hecho de ser mujer haya sido el presupuesto de esa transgresión (ver CIDH, caso Perozo y otros vs. Venezuela, sent. del 28/01/2009, numeral 291/296). Un análisis de este tenor fue realizado en el marco de un proceso de daños originado en un accidente de tránsito al señalarse, frente al requerimiento de aplicación de esta especial herramienta de tutela que “en la especie, no se advierte que el género de la actora tenga un papel trascendente en la controversia. Vale recordar que lo que aquí se juzga es el resarcimiento de los daños derivados de un accidente de tránsito en cuyo marco no se constata la presencia de una situación de poder o contextos de desigualdad estructural y/o de violencia que, por cuestiones de género evidencien un desequilibrio entre las partes en litigio. Como recuerda la profesora Kemelmajer, la Corte Interamericana ha precisado que el solo hecho de que una o varias mujeres hayan sido víctimas no significa que tales conductas, en sí mismas, sean discriminatorias en perjuicio de las mujeres²⁶.

De allí que resulte muy relevante identificar una serie de parámetros que permitan establecer un sistema enderezado a proteger a quienes necesitan una actuación reforzada, sin desatender la posición relativa en que se halla la contraria en el marco del debido proceso²⁷.

No desconozco que las Cien Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de

²⁶ CCLP, sala II: causa 273.911 “Civello Bianca c/ Vela Wac Atilio y otro s/daños y perjuicios”, sent. del 8/6/21.

²⁷ Sobre la dificultad anticipada advierte Safi: “Estas cuestiones son cruciales para mantener el tema dentro de sus límites y evitar los excesos retóricos o incluso demagógicos que también comienzan a observarse en la litigación de los pleitos, en virtud de los cuales, por ejemplo, se pretenda invocar el rótulo de la vulnerabilidad en abstracto, con la mayor ligereza, sea con invocación de simples categorías, o frente a cualquier situación asimétrica de diferencia circunstancial entre las partes, inatingente al tema de la causa (invocación inconexa), o incluso, aun frente a una aplicación justificada, cuando se quisiera invocar ese régimen exorbitante como para tratar de acallar livianamente las discusiones, sin el análisis de los argumentos, a fin de darle siempre la razón a la parte más débil, como si los juicios pudieran ganarse a solo título de vulnerabilidad (invocación irreflexiva). Ver su detallado trabajo en: Safi, Leandro, “Necesaria delimitación...”, ob. cit.

las personas en situación de vulnerabilidad²⁸ advierten —con carácter general— que “la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia” (regla 17)²⁹, pero de lo que aquí se trata, es de ocuparnos de la faz procesal del problema. De allí la pertinencia de delinear un concepto “procesal” de vulnerabilidad —en clave de géneros— pues, como señala Berizonce, “...la noción de vulnerabilidad, si bien propia del derecho material, cuando se la enfoca en relación con el ejercicio de las prerrogativas en sede judicial, persigue identificar las desventajas procesales impeditivas del ejercicio efectivo de las facultades en juicio y que generan el desequilibrio, la asimetría, entre las posiciones de los litigantes”³⁰.

La noción de “capas de vulnerabilidad”, que se ha desarrollado para las investigaciones sociales permite considerar el problema como un concepto relacional y dinámico³¹, que busca identificar bajo qué circunstancias o en qué contextos³² una persona se halla en condiciones que tornan necesaria la nivelación instrumental³³.

²⁸ La Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, elaboró las Cien Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. La CSJN adhirió a tales Reglas y dispuso que “deberán ser seguidas -en cuanto resulte procedente- como guía en los asuntos a que se refieren” (art. 1). Texto completo del documento en español disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

²⁹ En este ámbito las obligaciones generales del Estado en materia de derechos humanos se refuerzan —se intersectan— con aquellas que derivan de las previsiones propias del tema. De ese modo se le impone que incorpore en cada una de sus respuestas, las especificidades necesarias para que la protección sea eficaz.

³⁰ Berizonce, Roberto, “Regulación procesal...”, ob. cit. Es la noción de “idoneidad instrumental” a que hacía referencia el texto de Priori.

³¹ Santi, María F., “Vulnerabilidad y ética de la investigación social: perspectivas actuales”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 5, n° 2, pp. 52-73.

³² El protocolo para juzgar con perspectiva de géneros, desarrollado por la Corte mexicana -y actualizado en el año 2021- advierte sobre la importancia del elemento contextual. La guía propone un primer análisis del contexto objetivo para determinar si se trata de una situación aislada o sistemática en el espacio y tiempo determinados (para lo cual puede resultar útil un análisis del lugar y el momento o momentos en los que sucedieron los hechos del caso, e incluso cierta información estadística); o identificar si la controversia tiene relación con otro tipo de problemáticas sociales, de cara a efectuar un abordaje interseccional. El estudio del contexto subjetivo —relativo a la concreta situación que enfrentan las partes— supone indagar sobre las condiciones de identidad de las personas involucradas en el caso (como género, sexo, expresión de género, orientación sexual, origen étnico, religión, nacionalidad, edad, etc.) como asimismo sobre otros factores personales que pueden resultar relevantes (como la situación educativa o laboral, la condición migratoria, el estado de salud, el nivel socioeconómico, entre otras).

³³ En este sentido, se es vulnerable en relación con ciertas condiciones contextuales que propician y acentúan esta vulnerabilidad, que a su vez pueden modificarse, y se evita así etiquetar “clases de personas vulnerables”; además, valiéndose de la metáfora de las “capas de vulnerabilidad” permite identificar diferentes vulnerabilidades (Luna, 2009). Esta perspectiva de la vulnerabilidad permite dar cuenta de cómo una persona puede ser vulnerable en ciertos contextos o circunstancias

Este temperamento es el que propone el Anteproyecto de Código Procesal de las Familias, Civil y Comercial para la provincia de Buenos Aires³⁴ al introducir un capítulo tendiente a tornar operativa una actuación procesal diferenciada en clave protectoria³⁵, cuando las circunstancias del caso evidencien que una de las partes se halla en *situación de especial desventaja procesal para el ejercicio de sus derechos*³⁶.

El presupuesto que debe acreditarse para tornar operativas las reglas de actuación diferenciada es la situación de asimetría relacional que coloca a la requirente en desventaja en el ejercicio de sus derechos en el marco del proceso. La disposición -en línea con las 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad- advierte especialmente a juezas y jueces qué situaciones sustantivas deben ponderarse al efecto. Entre ellas, encontramos “los géneros”, y la orientación sexual. La aclaración busca, de un lado, alertar que el dispositivo está dirigido a revertir situaciones de vulnerabilidad procesal (se trata de una acción positiva y -como tal no estructural) y de otro, recuperar la concepción relacional de la vulnerabilidad, descartando la tutela de la vulnerabilidad en abstracto y con ella el riesgo de un desborde irrazonable del ámbito de actuación diferenciada con afectación del debido proceso de la contraria.

Trasladando estos parámetros al análisis de nuestro presupuesto subjetivo, la operatividad de la tutela -cuanto menos- impondría revisar si el conflicto: i) involucra una relación de poder o asimetría basada en el género; ii) se desarrolla un contexto de violencia³⁷ (en cualquiera de sus formas), discriminación o vulnerabilidad derivada

98

determinadas, y cómo puede no ser vulnerable bajo otras circunstancias. A su vez, evita estigmatizar y etiquetar rígidamente a la persona como vulnerable. Finalmente, permite pensar en diferentes tipos de protecciones y salvaguardas a la hora de diseñar o evaluar un protocolo de investigación (ver el trabajo de Santi, y también la propuesta de Florencia Luna, allí citada).

³⁴ La propuesta encuentra un antecedente inmediato en el nuevo Código de la provincia de Corrientes, que incorpora un capítulo tendiente a “verificar” la situación de vulnerabilidad y faculta a jueces y juezas de hacerlo -incluso- de oficio (v. ley 6556/2021, art. 48 y ss.)

³⁵ Justificando esta indudable decisión de política pública, se explica en los fundamentos que “este Anteproyecto pretende abandonar la ficción del “como si”. Los códigos procesales hacen “como si” las personas que intentan resolver los conflictos son iguales, pero por razones de redistribución, reconocimiento o representación no lo son. Tal como destaca Nancy Fraser en Escalas de Justicia, en nuestras sociedades existen desigualdades por redistribución de bienes y riquezas, por falta de reconocimiento o menosprecio de ciertas formas de vida o prácticas identitarias, y por disímil representación en lugares de decisión pública y privada. Si los diseños procesales hacen “como si” no existieran estas desigualdades, los juzgados y tribunales llamados a impartir justicia, se transforman en un escenario de reproducción de las injusticias. Está claro que muchas juezas y jueces perforan la ficción del “como si” y son sensibles hacia las desigualdades, pero debemos establecer reglas procesales que, sin vulnerar el derecho de defensa ni orientar la resolución de los procesos, equilibren al menos parcialmente las desigualdades de las partes.” (v. III.3)

³⁶ V. Capítulo XI.

³⁷ Véase al efecto artículos 4 (definición de violencia) 5 (seis tipos) y 6 (ocho modalidades), ley 26485 y sus modificatorias

de esa categoría; o iii) pese a no verificar esas variables, la solución al litigio podría implicar un impacto diferenciado³⁸ basado en los géneros de las partes³⁹.

2 - Presupuesto objetivo: el problema del cómo (y de su implementación)

Superado el quid del *quién* (y de los lentes a través de los cuales se encara ese problema) el otro presupuesto al que adelanté que me referiría involucra avanzar en una tarea sumamente compleja, cual es la relativa a sentar reglas concretas tendientes a la modulación propuesta.

En este apartado me interesa considerar tres puntos: a) el referido a la naturaleza de “los ajustes” que el rediseño debe involucrar; b) el relativo a las alternativas para implementarlos; y c) el que atañe a su concreta previsión, de cara su discusión.

a) Con el objetivo de afinar contornos, se impone distinguir los ajustes “de decisión” de los ajustes “de gestión del caso”.

Abordar los conflictos en clave de género supone de modo prioritario advertir que tan importante es trabajar sobre los estándares de decisión, como sobre los estándares de gestión del caso. Es que, si bien ambos derivan del deber de debida diligencia asumido por el Estado frente a la comunidad internacional, y deben observarse coordinadamente en la atención de este tipo de conflictos, tienden a combatir diferentes déficits en el tratamiento de este tipo de litigios: mientras los primeros -de difusión más generalizada- apuntan a prevenir lecturas (de los hechos y de la prueba) estereotipadas, sesgadas, y condicionadas por una formación tradicionalmente androcéntrica⁴⁰; los segundos se proponen -predominantemente- prevenir su defectuoso gerenciamiento: la revictimización de las personas afectadas, la fragmentación del conflicto, la demora en su atención, la obstaculización de las medidas probatorias y -con ellas- la frustración de la

99

³⁸ La categoría remite a la categoría de discriminación indirecta e involucra el problema de la falsa neutralidad normativa. Se refiere concretamente a aquellas situaciones que alcanzadas en el universo de hecho previsto por una regla –aparentemente neutra- se ven impactadas diferencialmente desde una lectura sensible al género como categoría de análisis. La CIDH también ha establecido que el examen de normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y la no discriminación abarca también el posible impacto discriminatorio de estas medidas, aun cuando parezcan neutrales en su formulación, o se trate de medidas de alcance general y no diferenciadas. (ver <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>).

³⁹ Un desarrollo detenido de estas variables puede verse en Piccinelli, Ornela, “Estándares convencionales...”, ob. cit.

⁴⁰ La Corte IDH ha advertido que capacitación con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino que debe generar que todos los funcionarios reconozcan la existencia de discriminación contra la mujer y las afectaciones que generan en éstas las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos (Corte IDH, caso Espinoza González vs. Perú, sent. del 20 /11/2014).

tutela efectiva en clave de géneros⁴¹.

En relación a los estándares de decisión se ha señalado que “la justicia tiene el deber de modificar las prácticas sexistas vigentes, lo que requiere transformar los códigos culturales y los estereotipos de género existentes, dando lugar a una revolución cultural donde la equidad, es decir el trato equitativo con reconocimiento de las diferencias, se A la par de avanzar en el análisis del discurso (y de la protección) jurisdiccional, se requiere advertir que los rasgos que tipifican este tipo de conflictiva redimensionan la importancia de adecuados estándares de gestión en todos los niveles de intervención estatal.

Pero la tutela judicial efectiva desde el prisma que el género ofrece importa asumir que el Estado debe proporcionar -además de una decisión en clave de derechos humanos- procedimientos gratuitos, sencillos, accesibles, con un abordaje interdisciplinario, interseccional e integral. Se trata -como advertíamos al inicio- de evaluar la actuación de los órganos del Estado a la luz del deber de diligencia, estándar que ha sido utilizado en forma generalizada para comprender qué significan, en la práctica, las obligaciones del Estado. Ella ha sido una herramienta útil para analizar la respuesta estatal en los casos de violación de los derechos humanos⁴² como la alternativa viable dentro de la complejidad de las relaciones humanas”⁴³

Gestión y decisión, constituyen aspectos de ineludible observancia de cara al diseño de herramientas procesales de tutela diferenciada tendientes a la concreción de la tutela judicial efectiva de los derechos en clave de igualdad. De allí que las reglas que se postulen de cara a la reforma procesal no pueden sino pensarse articuladamente, de modo de impactar en ambos aspectos.

b) La implementación de las modulaciones de gestión y decisión a que he aludido de modo precedente -además- requiere analizar el modo en que habrán de introducirse estas “variables” de ajuste.

En general, los desarrollos relativos a las tutelas diferenciadas se hallan íntimamente emparentados con una resignificación del rol de la magistratura y de sus facultades (ordenatorias, instructorias, probatorias) en el marco de la denominada jurisdicción protectoria⁴⁴. En esa dirección pareciera orientarse la posición dela

⁴¹ Remitimos a otro trabajo para la problematización de los estándares de decisión, ver Piccinelli, Ornella, “Estándares convencionales...”, ob. cit. Puede verse también, en relación a las medidas de protección contra la violencia familiar: Piccinelli, Ornella, “Medidas de protección de víctimas de violencia de género: estándares convencionales para su gestión y decisión”, *Revista de Derecho Procesal*, n° 2019-2, Nuevas estructuras procesales, Rubinzal Culzoni, pp. 175 y ss.

⁴² CEJIL, *La debida diligencia en la actuación del Ministerio Público*, Buenos Aires, Eudeba, 2013; disponible en https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/Debida%20diligencia_0.pdf.

⁴³ Lamas, Marta, “La violencia del sexismo”, en Sánchez Vázquez, Adolfo (ed.), *El mundo de la violencia*, México, UNAM, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 191-198.

⁴⁴ V. en ese sentido: Morello, Augusto M., “La Jurisdicción protectora. Hacia un nuevo rostro de la justicia”, *JA*, t. 1986-II, pp. 305 y ss.; Berizonce, Roberto, *Tutelas procesales diferenciadas*,

profesora Mosmann de la instrumentalidad subjetiva por equiparación⁴⁵. También se inscribe en esta línea el CGP uruguayo de 1989 al instituir reglas especiales para las “pretensiones sociales”, “donde el juez tendrá todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los tribunales del orden penal”⁴⁶.

Otra tendencia, más reciente en el tiempo pareciera dirigirse -en cambio- a generar una instancia o incidencia de “certificación” para activar un protocolo de ajustes, previstos legislativamente. El nuevo Código Procesal de Corrientes se enrola en esta posición al contemplar un capítulo que se titula “procesos con sujetos vulnerables”, destinado a gobernar la activación de los ajustes de procedimiento que en ese apartado se contemplan.

En idéntica dirección se inscribe el capítulo XI del Anteproyecto de Código Procesal para las Familias, civil y comercial de la provincia de Buenos Aires⁴⁷, donde se prevé una incidencia que juega sin perjuicio de otros ajustes de procedimiento que jueces y juezas deben adoptar de oficio para garantizar la igualdad de las partes. En efecto, una de las grandes novedades de la propuesta –que aún no ha sido enviada a la legislatura- es la introducción de un capítulo tendiente a tornar operativa una actuación procesal diferenciada en clave protectoria, cuando las circunstancias del caso evidencien que una de las partes se halla en situación de especial desventaja procesal para el ejercicio de sus derechos respecto de la contraria.

El sistema contempla el diseño de una incidencia destinada a que los jueces y las juezas dispongan ciertas reglas diferenciadas⁴⁸ para tramitar los conflictos

Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009; Berizonce, Roberto, “Regulación procesal...”, ob. cit. Se inscribe en esa dirección el desarrollo propuesto por Francisco Verbic en su ponencia “El rol del juez en la actualidad”, en *XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal*.

⁴⁵ La propuesta encuentra como antecedente el Código procesal de la provincia de Jujuy (art. 5).

⁴⁶ Apunta Berizonce: sin llegar al extremo de adoptar el principio inquisitivo resulta razonable articular reglas especiales que actuando en el marco de alguno de los tipos procesales de cognición prescriptivos adopten ciertas técnicas con incidencia en el trámite procedimental general (Berizonce, Roberto, “Regulación procesal...”, ob. cit.).

⁴⁷ https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/codigo_de_familias_civil_y_comercial

⁴⁸ Además de la prioridad de trámite y resolución (efecto al que hace alusión el art. 96 del ACPFCC) diseminadas en el articulado encontramos flexibilizaciones y modulaciones de diferente intensidad: entre ellas el deber de las juezas y jueces de dictar de oficio (o a pedido de parte) medidas de protección; el tratamiento especial para la presentación de escritos sin firma de abogada o abogado; en procesos colectivos, el acceso a justicia gratuita de forma automática, equiparable al acceso a litigar sin gastos en caso de que el grupo esté exclusivamente conformado por personas en situación de vulnerabilidad; no obligatoriedad de digitalizar la documentación; adecuación especial del ambiente respecto de las audiencias, a fin de brindar seguridad y accesibilidad; intimación previa a fin de justificar la inasistencia a una audiencia (la regla es que se debe justificar en un plazo de 3 días sin requerimiento ni intimación); especial atención en aquellas notificaciones que sean dirigidas a personas en situación de vulnerabilidad, a fin de garantizar su destino; excepción a la perentoriedad de plazos; ampliación especial de plazos; criterio a tener en cuenta para ordenar la carga de la prueba; consideración especial en el trámite de exhibición de cosas e instrumentos; excepción al plazo de la preclusión en el caso de presentación de hechos o

sometidos a su decisión, cuando la especial circunstancia en que se halle una de las partes incida negativamente sobre sus posibilidades de actuación en el proceso y la coloque en relación de desventaja respecto de la contraria. Dicha circunstancia debe ser acreditada en el expediente, fijándose –en consecuencia- reglas claras tendientes a su operatividad⁴⁹.

c) Modulaciones en clave protectoria

Advierte Berizonce que en todos los supuestos, para la legitimación del tratamiento diferenciado debe existir una pertinencia lógica entre la distinción realizada y la fragilidad procesal a ser mitigada o expurgada, a fin de garantizar el litigio en paridad de armas⁵⁰.

De allí la importancia de debatir sobre las diversas herramientas que permitan modelar un proceso civil en clave de igualdad. Por ello, en lo que sigue, avanzando hacia el final del recorrido propuesto, sugeriré algunas modulaciones insoslayables con el objetivo de propiciar su discusión.

Anticipo que el objetivo de este apartado no radica en establecer conclusiones anticipadas, sino –al contrario- advertir ciertos puntos sobre los que creo que es necesario propiciar una discusión abierta y franca destinada a alcanzar consensos que requiere una regulación que permita un funcionamiento efectivo de cara a los fines a los que debiera dirigirse.

102 Lo haré intentando trasladar los estándares que surgen de la Recomendación General 33, del Comité CEDAW sobre acceso a la justicia de las mujeres: es que nuestro país aprobó el Protocolo Facultativo de la CEDAW –ley 26171- reconociendo competencia a su Comité para recibir y considerar las comunicaciones individuales que le fueran presentadas como así también para aceptar sus recomendaciones generales y sugerencias con relación a la interpretación y aplicación de la CEDAW⁵¹.

documentos pretéritos desconocidos; intimación especial por un plazo de 15 días en los pedidos de negligencia; intimación especial por un plazo de 10 días en los pedidos de desestimación de demanda y su reiteración; especial cuidado en los casos de restitución de inmuebles destinados a vivienda; plan de localización en casos de desalojo; particularidades en la ejecución parcial en la ejecución provisional de sentencia; reconocimiento judicial de oficio en los procesos de prescripción adquisitiva de dominio, etc.

⁴⁹ Me referí a las ventajas de esta regulación en Actuación procesal diferenciada en el Anteproyecto de CPFCC para la provincia de Buenos Aires en “Actuación procesal diferenciada en el Anteproyecto de CPFCC para la provincia de Buenos Aires”, *Revista de Litigación y Gestión Judicial*, Centro de Estudios sobre modernización y litigación judicial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2, n° III.

⁵⁰ Berizonce, Roberto, “Regulación procesal...”, ob. cit. En el mismo sentido, Giovanni Priori desarrolla el concepto de idoneidad (material e instrumental) como presupuesto basal para la construcción del modelo de protección jurisdiccional de los derechos (ver “Sobre qué bases construir un modelo actual de protección jurisdiccional de los derechos”, en *XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal*).

⁵¹ El Comité CEDAW -como órgano del tratado- es un actor fundamental para mantener actualizada la interpretación de los estándares de la convención. En este documento se delinear

Sobre el punto, la Recomendación General número 33 –que no puede sino leerse en clave de continuidad con la número 19 y con la número 35- estipula que “*el derecho de acceso a la justicia es pluridimensional y abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia*”. Veamos –entonces- de qué se trata.

i) La gratuidad como garantía de accesibilidad

La accesibilidad exige que el servicio de justicia se pueda costear y se adapte a las necesidades de las mujeres, incluidas las que hacen frente a formas interseccionales o compuestas de discriminación⁵².

El enfoque de géneros -en tanto denuncia la feminización de la pobreza⁵³- propicia acordar el beneficio de justicia gratuita de forma automática en los casos que requieran la nivelación igualatoria, sujeto al incidente de solvencia como garantía de defensa de la contraria.

Como explica Berizonce, su virtualidad no debe estar condicionada por el resultado final del pleito y debe comprender –a más de las tasas de inicio, costas y gastos- las cargas económicas que condicionen los recursos extraordinarios. Debe ser interpretado, en definitiva, en sentido amplio, para salvaguardar el efectivo acceso a la justicia⁵⁴.

103

ii) Mecanismos alternativos como recaudos de admisibilidad de la pretensión

La RG33 advierte sobre la necesidad de asegurar que los casos de violencia contra las mujeres -en este punto es muy importante considerar todos los tipos y modalidades- bajo ninguna circunstancia se remitan a cualquiera de los procedimientos alternativos de solución de controversias. La asimetría desaconseja cualquier forma autocompositiva de decisión.

De allí, pese a la dificultad en ciertos casos de anticipar tempranamente la cuestión, que resulte imperativo revisar la regla que impone la instancia de mediación prejudicial obligatoria en aquellos conflictos que –a la luz de los

estándares y mínimos normativos cuyo cumplimiento resulta insoslayable por los Estados. Puede verse acá: <https://www.refworld.org.es/docid/5d7fcfcca.html>

⁵² V. punto II.A.14.c RG33

⁵³ Las relaciones entre género, clase social y pertenencia étnica colocan a las mujeres pobres en particular desventaja en lo que tiene vinculación con el trabajo y por consiguiente, con la posibilidad de salir de la pobreza (ver Flores, María del Lujan, *Acceso a la justicia de las mujeres en situación de pobreza en América Latina y el Caribe*; <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26674.pdf>)

⁵⁴ Ver en el sentido indicado: Berizonce, Roberto, “Regulación procesal...”, ob. cit.

presupuestos señalados- puedan quedar enmarcados dentro de aquellos que requieren una especial modulación para nivelar la situación de las partes.

iii] Información reforzada como manifestación de la justiciabilidad

La justiciabilidad⁵⁵ requiere el acceso irrestricto de la mujer a la justicia así como la capacidad y el poder para reclamar sus derechos en virtud de la Convención como derechos jurídicos.

Al efecto, uno de los estándares de los que se ocupa la RG 33 se vincula a la obligación de asegurar que todas las mujeres tengan acceso a la información sobre sus derechos y sobre los recursos disponibles. En este sentido resulta relevante la incorporación de previsiones tendientes a garantizar el conocimiento de los derechos que -en el marco del proceso- le asisten a las mujeres con base en estos ajustes.

La previsión que incorpora el Anteproyecto de CPFCCBA, cuando al ocuparse del contenido de la decisión que habilita el “protocolo de actuación diferenciada” obliga a jueces y juezas a precisar a la destinataria qué alcance tiene la decisión en el caso concreto, cómo impactará en el ejercicio de sus derechos y de qué herramientas dispone, es una herramienta a considerar en el sentido indicado. En similar dirección se inscribe el art. 54 del CPCC de Corrientes, vinculado al deber de información y a la utilización del lenguaje.

104

iv] La modulación de los principios fundantes del proceso civil tradicional

Advertía entre sus conclusiones la profesora María Sofía Sagüés en su ponencia general en el marco del XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal⁵⁶ que las exigencias del orden regional de derechos humanos (en particular a la luz de la doctrina del control de convencionalidad, y la permeabilidad de los órdenes constitucionales al orden regional de los derechos humanos) interpelan a los diversos operadores jurídicos del estado, pero en particular condicionan el accionar del órgano judicial y las diversas personas involucradas en el proceso. En un ordenamiento jurídico convencionalizado, el juez actúa como juez interamericano y los principios procesales se modulan a la luz de las exigencias de dicho orden convencional y constitucional, adoptando una nueva definición.

Reconociendo –y haciendo visible- este fenómeno, el Proyecto para la provincia de Buenos Aires que ya hemos citado, decidió incorporar un apartado destinado a los

⁵⁵ V. RG 33 cit.

⁵⁶ El evento, de los más relevantes en la materia en el plano nacional tuvo lugar los días 1, 2 y 3 de septiembre de 2022 en la ciudad de Mendoza. Todos los trabajos pueden consultarse desde la página de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (www.aadproc.com.ar). El trabajo al que me refiero, se titula “Actualidad de los principios procesales bajo el prisma constitucional y convencional”.

principios que han de gobernar las estructuras procesales que el sistema que ha diseñado propone. Se explica, entre sus fundamentos algo que me parece relevante recuperar:

“... ¿para qué incluir principios en un Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial? Fundamentalmente, porque los principios deben operar como guías para interpretar el propio articulado del Anteproyecto, y para resolver eventuales tensiones y conflictos entre las distintas reglas del texto legal. En continuidad con las críticas al positivismo jurídico enunciadas en *Los derechos en serio*, en *El imperio de la justicia (Law’s Empire)*, Dworkin plantea que la teoría jurídica no ofrece herramientas adecuadas para resolver nuestros desacuerdos teóricos jurídicos. ¿Por qué la teoría no ofrece estas herramientas? Básicamente porque ha sido picada por un “aguijón semántico”, porque para resolver nuestros desacuerdos teóricos sobre el derecho la teoría apela a reglas semánticas que buscan determinar el significado de las palabras que están en juego en ese desacuerdo. Dworkin se aparta de estos enfoques semánticos para resolver los desacuerdos teóricos sobre el derecho y plantea un enfoque interpretativo, delineando un concepto de derecho como integridad. Este concepto exige que los poderes públicos no se conduzcan de modo caprichoso sino que se ajusten a criterios de corrección y rectitud, que Dworkin identifica con los principios de justicia, equidad y debido proceso. No tenemos la intención de restituir la teoría de la justicia y la teoría de la equidad desarrollada por Dworkin, ni tampoco desplegar la abundante literatura constitucional norteamericana sobre el debido proceso legal. Tampoco nos interesa precisar el modo en que Dworkin concibe la función jurisdiccional a la luz de la teoría del derecho como integridad, y las exigencias de un ascenso justificatorio y el arquetipo del juez Hércules. Sin embargo, sí nos interesa rescatar y reiterar el nudo fundamental del derecho como integridad, y dotarlo de sentido preciso: el poder público, en este caso particular el Poder Judicial, debe interpretar las reglas de este Código, resolver los problemas teóricos, no de modo discrecional o antojadizo, sino a la luz de los principios que el propio cuerpo normativo establece. De acuerdo con lo anterior, los principios [...] deben guiar, tanto la interpretación de las reglas del Anteproyecto cuanto sus posibles tensiones”⁵⁷

Entre los principios que el sistema propone me interesa especialmente destacar el de igualdad, y el enfoque de géneros, como herramientas de trabajo de cara a la puesta en funcionamiento de un modelo de discusión que atienda efectivamente a la posición de las partes en litigio y a la necesidad de nivelar para una discusión en paridad real.

Es esta una de las incorporaciones más potentes en términos protectorios. Su proyección excede en mucho el propósito de este breve trabajo. Me limitaré a señalar aquí que existen múltiples esfuerzos jurisprudenciales que dan cuenta de

⁵⁷ Ver <https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/node/1125>

la eficacia de su implementación⁵⁸.

Otra de las modulaciones interesantes en este campo es la que se vincula con la modulación del principio de congruencia, a mérito del cual se halla vedado –como regla- decidir algo diferente de aquello que fue materia de postulación en la etapa respectiva, como garantía del debido proceso de las partes.

Pues bien, las medidas de reparación que como garantía de no repetición encuentran cabida en el marco internacional protectorio, de ordinario exceden el requerimiento inicial y avanzan sobre el territorio de la alegación de parte con el claro propósito de modificar las condiciones que dieron lugar a la violación de derechos⁵⁹.

v] La prioridad (y la evaluación de la razonabilidad de la duración del proceso) a la luz del estándar de buena calidad

El componente “de la buena calidad” exige que los sistemas de justicia se ajusten a las normas internacionales de competencia y eficiencia, estableciéndose anticipadamente la prioridad de su tramitación en atención al impacto diferenciado de la situación que origina la necesidad de la tutela reforzada.

Disposiciones del estilo pueden encontrarse tanto en el CPC de Corrientes como en el Anteproyecto de Buenos Aires⁶⁰.

vi] La regulación diferenciada en materia probatoria para asegurar la igualdad entre las partes, en términos de justiciabilidad de derechos.

Otro de los aspectos que impone considerar el elemento de la justiciabilidad es el relativo a la tarea probatoria, tanto en lo concerniente a la regulación de los esfuerzos (esto es, la reglamentación de las cargas probatorias) como lo atinente a los

⁵⁸ Remito aquí a un trabajo anterior donde repaso algunas aplicaciones relevantes de los principios recuperados, para una protección en clave de géneros: Piccinelli, Ornella, “Estándares convencionales...”, ob. cit.

⁵⁹ En el caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, por ejemplo, uno de los votos razonados hizo recomendaciones dirigidas a capacitar funcionarios; incluir dimensiones de género en los planes de resarcimiento; implementar medidas de protección y prevención; investigar, procesar y sancionar los delitos de violencia contra las mujeres (v. sent. 24/11/2009). Este tipo de medidas ha sido recogido en el derecho interno, en diversos pronunciamientos que procuran una reparación que tenga por objeto prevenir sucesos futuros a la par que proponer a la sensibilización de la comunidad (vgr., ordenando la realización de talleres de capacitación y visibilización de la situación en el plano laboral: Juzgado de Córdoba; 23 de agosto de 2021 o la capacitación del profesional que litigaba el caso: Juzgado de Familia Río Tercero en autos A. M. G. C/ A. N. G.- EXP. INCIDENTE, sentencia de 17/3/21. La jurisprudencia puede consultarse en <https://drive.google.com/drive/folders/13PY5JtyPkGCm1c0R2vWN6SORreAGBYm6?usp=sharing>)

⁶⁰ V. art. 52 CPCorrientes y 104 del anteproyecto. En igual dirección ver Berizonce, Roberto, “Regulación procesal...”, ob. cit., con referencia al sistema procesal brasileño.

estándares probatorios (vinculados a las exigencias relativas al umbral de convicción necesario para dirimir un caso en el sentido propuesto por la parte) y a la cuestión de la valoración probatoria (y a su exteriorización en términos de motivación). Vayamos –secuencialmente y de manera muy breve- a cada uno de estos tres puntos.

En el primer aspecto (el relativo a la cuestión de los esfuerzos probatorios) es interesante referirse a las disposiciones sobre cargas dinámicas y a las regulaciones vinculadas a los poderes probatorios del órgano judicial⁶¹.

Se ha destacado especialmente el impacto de la perspectiva de género en el reforzamiento de los poderes instructorios de quien ejerza la magistratura. Es que “en este tipo de procesos impregnados por principios de orden público el juez no puede actuar como mero espectador sino que debe ordenar las medidas de prueba necesarias a fin de comprobar si se encuentra ante un caso concreto de violencia”⁶².

El Anteproyecto para Buenos Aires es un ejemplo de ello. Allí se estipula la carga variable frente a una desventaja originada en una posición de asimetría de poder evidente. De ese modo –como excepción a la regla general según la cual quien alega una situación de hecho debe acreditarla como presupuesto de su pretensión- se prevé que en el marco de la audiencia preliminar o al momento de ordenar la producción de la prueba y previo aviso, el órgano jurisdiccional atribuya dicha carga a la contraparte respecto de ciertos hechos que deberá especificar con precisión. Una de las causales especialmente consideradas es la relativa a la asimetría de las partes⁶³.

Otro de los aspectos señalados se vincula a la regulación de los estándares probatorios, lo que nos lleva a considerar cuáles han de ser los parámetros ciertos que definan el umbral de convicción que debe generarse para la decisión de un hecho en controversia. De allí la importancia relativa a revisar cuál ha de ser el *estándar probatorio* en los casos que involucran categorías sospechosas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha avanzado en este sentido sentado premisas concretas de cara al cometido propuesto. Así, ha apuntado que resulta suficiente para la parte que afirma ser víctima de un acto discriminatorio con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, se presenten idóneos para inducir su existencia caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación⁶⁴.

⁶¹ V. punto 51.h) RG 33.

⁶² CC Mar del Plata, Sala II, C. 118.722, res. del 27/11/2000

⁶³ Se dice allí (ver art. 400) que una de las excepciones estará determinada en aquellos casos en que la contraparte cuente con actuación procesal reforzada —hemos referido esta situación de tutela diferenciada en una nota anterior— o en una posición de asimetría de poder evidente.

⁶⁴ Ver especialmente P. 489. XLIV. “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo” y S.932.XLVI 2, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”.

En idéntico sentido se inscriben las advertencias vinculadas a la incidencia de los sesgos y prejuicios de géneros en la valoración probatoria. Tan es así que en el caso “Espinosa Gonzáles” la Corte IDH señaló que “una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas.”⁶⁵

Si ello es así como premisa general, para decidir el fondo de la cuestión, otro de los aspectos que se impone considerar es el que propone el cruce entre el estándar probatorio y la protección cautelar. En efecto, en materia precautoria –campo donde muchas veces se juega la verdadera eficacia de los derechos- la perspectiva de géneros resulta inherente a la redefinición de la garantía de tutela judicial efectiva en clave de igualdad.

En este marco, una modulación interesante es la que propuso el Juez de Lázzari integrando la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, al votar la causa A. 74.573, “P., V. B. c/ Municipalidad de La Plata s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento”, donde se consideró el recurso extraordinario intentado contra la decisión de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata que había revocado la tutela cautelar que disponía reinstalar a la actora como personal temporario mensualizado de la municipalidad hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Allí, luego advertir la necesidad de un abordaje diferenciado fundado –entre otras cosas en la delicada situación de la accionante, persona trans portadora de HIV – propuso una nivelación en clave de igualdad y no discriminación en el campo probatorio. Aplicando la doctrina de la CSJN en materia de prueba de la discriminación, el ajuste procesal propuesto postula disminuir el estándar probatorio de cara a la eficacia de la tutela precautoria.

Se dijo allí lo siguiente: “como ya se ha dicho, el punto de partida en materia discriminatoria es la reducción del grado de convicción. Y, todavía, esa reducción se acentúa por desplazarnos aquí en territorio puramente provisorio como es el precautorio... estamos en un estadio menor que es el de la verosimilitud, pero una verosimilitud aún atenuada por la materia que nos concita. Alcanza con apariencia, probabilidad, exteriorización de un estado de cosas prima facie apreciable, en el sentido de la presencia de hechos que resulten idóneos para inducir actos de discriminación. Adviértase la diferencia: no se trata de verosimilitud sobre la existencia de discriminación sino de algo menos: verosimilitud sobre existencia de ciertos datos que permitan inducir aquella discriminación... Con otras palabras, el juicio mediante cognición totalmente sumaria y provisional de la probable existencia

⁶⁵ Corte IDH, caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, sent. del 20/11/2014., párr. 272. La Corte IDH ha señalado también que los estereotipo de género son incompatibles con el Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos, por lo que deben tomarse medidas para su erradicación (ver, entre otros, caso “Artavia Murillo c/ Costa Rica”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. del 28/11/2012).

de la conducta discriminatoria es reemplazado aquí por el juicio mediante igual cognición en grado de apariencia, no sobre la probable existencia de la conducta discriminatoria sino sobre la probable existencia de elementos de juicio de los que pueda desprenderse razonablemente esa conducta discriminatoria.”

Como dice Oteiza, con cita de Damaska, si las partes son diferentes ofrecerles las mismas armas no asegura una habilidad igual para defender sus intereses en el proceso⁶⁶.

Finalmente, lo que concierne a la valoración de los elementos de convicción nos propone reconsiderar aquellas reglas merced a las cuales quienes ejercen la función jurisdiccional mensuran y dan sentido jurídico a la actividad probatoria cumplida por las partes. Es aquí donde cobra significación aquello que —bien advierte la profesora Sagüés— en torno a la posición de la Corte interamericana que señala que la existencia de estereotipos culturales discriminatorios constituye un elemento colindante a la discriminación estructural, que obstaculiza el derecho a la protección judicial⁶⁷.

La importancia de la cuestión ya ha sido bien advertida: apunta la profesora María Eugenia Chaperó en un trabajo relativo al problema que aquí dejo planteado: “...la valoración conforme a las reglas de la sana crítica obedece a los cánones de la libertad razonada en el sentido convincente del proceso mental seguido por la persona sentenciante. Esa libertad razonada convierte a la persona que decide en garante y responsable de la valoración... y en este paradigma de racionalidad positivizado a través del precepto de la sana crítica se componen las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Y aquí me detengo: las máximas de la experiencia en cuento concentran todo el saber y sentir acumulado durante siglos con relación a la mujer...”⁶⁸

¿De qué formas pueden actuar los prejuicios o estereotipos de género en la realización de esta tarea? Básicamente de tres maneras: pueden otorgar o restar relevancia a ciertas pruebas, a partir de una idea preconcebida sobre el género; puede ser que se tomen en consideración únicamente las pruebas que confirman la idea estereotipada o prejuiciosa, pasando por alto aquellas que la contradicen; o puede tenerse por acreditado un hecho y darle relevancia para resolver el caso aun cuando sea absolutamente irrelevante⁶⁹.

⁶⁶ Oteiza, Eduardo, “La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar”, en Oteiza, Eduardo (coord.), *La prueba en el proceso judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.

⁶⁷ Ver ponencia general, ya citada.

⁶⁸ Chaperó, María Eugenia, “Interpretar y juzgar con perspectiva de género”, en Pauletti, Ana Clara (dir.), *Ley procesal de familia de la provincia de Entre Ríos. Ley 10.668 comentada y anotada*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020, pp. 169-178.

⁶⁹ Remitimos a Piccinelli, Ornella, “Estándares convencionales...”, ob. cit., para una explicación de cada una de esas proyecciones.

Ejemplos del primer supuesto –que han de evitarse– pueden hallarse en aquellos casos en que se resta valor a los testimonios de las mujeres y niñas, sólo por su género; o bien, cuando se otorga mayor peso al dicho de quienes detentan una posición de dominación o poder⁷⁰.

Casos del segundo tipo se producen cuando un análisis parcial o sesgado de las pruebas adjudica mayor valor o relevancia a aquellas que confirman la idea estereotipada o prejuiciosa y, a su vez, se desestiman las que la contradicen⁷¹.

⁷⁰ Advirtiendo que el juez de primera instancia se sustrajo a la obligación de juzgar con perspectiva de género un caso de responsabilidad civil sometido a su decisión por la vía apelada, la Cámara de apelación de Necochea señaló: “En base a tales principios y normas que obligan a examinar los elementos probatorios con una especial perspectiva y luego de un pormenorizado análisis de la prueba reunida en las actuaciones, adelanto la conclusión a la que arribo, en tanto interpreto que el conflicto que subyace en la *litis* excede el ámbito de la responsabilidad civil y pone en tela de juicio los derechos humanos de la actora y su anhelo de llevar adelante su proyecto de vida sin violencia. (art. 3 Convención Belem Do Pará, arts. 2 inc. b) y 16 ley 26485) Ha de señalarse que en consideración a los estándares ya expuestos, asiste razón a la actora cuando critica la valoración que se ha realizado de la prueba, especialmente de la testimonial y de su relato (art. 384 del C.P.C.C., art. 31 y cc ley 26485). Ello por cuanto, en supuestos como el presente, la valoración de la prueba debe regirse por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad ya que de este modo se procura la efectividad de las garantías de procedimiento en este conflicto de singulares características (Art. 16 inc. I, 31 Ley 26.485, 710 del C.C.C.). Este favor *probationem* opera flexibilizando las reglas clásicas en orden a la admisión y valoración de la prueba e indica al juez que en casos de puntuales dificultades deberá facilitar la admisión de los elementos probatorios y también actuará como una pauta de mérito a la hora de darle eficacia” (conf. Ortiz, Diego O. “Procedimiento de Violencia Familiar”, pág. 177, Ediciones Jurídicas Buenos Aires, año 2018). En especial, como bien afirma la apelante, resulta inadmisibles la exclusión probatoria ordenada por el a-quo respecto del testimonio de la Sra. A. C. G. —progenitora de la actora—, pues no sólo no se ajusta a los principios que rigen la materia, sino que además el magistrado contradice, a partir de esa exclusión, una decisión ya tomada respecto de su admisión como testigo y en consecuencia abarcada por el principio de la preclusión y del debido proceso. (art. 18 C.N., 34, 36 del C.P.C.C.) Las mismas consideraciones corresponde realizar respecto del testimonio de la hermana de la actora —Sra. M. S. T.- y de quienes por ser amigas y tener conocimiento del vínculo entre las partes, declararon durante el proceso —Sras. M. M. C. y M. G.—, ya que son las personas más allegadas a la víctima las que pueden referir situaciones compatibles con las que caracterizan conductas como las que son objeto de valoración en el presente. Asimismo, a diferencia de lo valorado por el juez de grado en relación a las declaraciones de la actora -v.f. 293- considero de relevancia los dichos de la misma en la causa penal, y que fueron contestes con los sostenidos al tiempo de formular su pretensión, ya que como la propia Corte Interamericana ha reconocido “...sus dichos constituyen un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos” (ver Corte IDH, caso Fernández Ortega y otros vs. México, sent. del 30 de agosto de 2010, serie C No. 215 y caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sent. del 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente).

⁷¹ Es lo que sucedió en el caso L.N.P. vs. Argentina, resuelto por el Comité CEDAW en la Comunicación 16/9/2007: al analizar las pruebas, el tribunal argentino concluyó que “si bien el acceso anal quedó probado e incluso reconocido por el principal acusado, no quedó probado que dicho acceso no hubiera sido consentido por la autora. El fallo judicial determinó que ‘podía

El tercero de los supuestos planteados se relaciona con aquellos casos en que la persona que dirime la cuestión lo hace asignando importancia a hechos –que convierte en relevantes– que en realidad no tienen esa significación en atención al tema a resolver⁷².

IV. Sobre el final (siempre provisional)

La intersección entre el paradigma de la igualdad sustantiva y el enfoque de derechos nos interpela a pensar lo procesal en clave de géneros. Ello importa revisar categorías. Pensarlas desde el prisma que propone el bloque de convencionalidad,

hablarse de inexperiencia sexual [de la autora si ésta no presentaba desfloración de larga data según lo establecido en los dos informes médicos practicados”. Al respecto, el Comité CEDAW determinó que, el hecho de que la sentencia se hubiese centrado en la vida sexual de la autora y en determinar si era o no “prostituta”, además de haber considerado la falta de virginidad como elemento principal para determinar que existió consentimiento del acto sexual, constituía un claro acto de discriminación. Como señala el protocolo al analizar este caso: “Como puede advertirse, se encuentran implícitos, cuando menos, dos estereotipos de género: (i) que las mujeres con una vida sexual activa difícilmente se niegan a una interacción sexual; y (ii) que las mujeres que se dedican al trabajo sexual remunerado no podrían ser víctimas de violación, porque “a eso se dedican” (ver Protocolo, pág. 189).

⁷² Ver pág. 191. Un caso que puede citarse como ejemplo de este tipo de prejuicios es el que resolvió la Cámara 8 CC de Córdoba mediante sentencia del 21/12/2000, donde el tribunal, pese a acoger la demanda promovida para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados a raíz de una relación de pareja violenta, determinó que correspondía concluir que en el caso mediaba culpa concurrente porque la mujer conocía el perfil peligroso de su marido y asumió el riesgo de convivir y contraer matrimonio (v. Revista derecho familia número 22 p. 153). Evidentemente, el razonamiento que atribuye culpa a la mujer por “permanecer en esa relación” se apoya en una concepción prejuiciosa en relación a su decisión (por conveniencia económica, social etc.) que ignora por completo el contexto de las relaciones de violencia. El caso fue citado, y desarrollado por la profesora Kelmelmajer en la exposición que cité más arriba, y que se encuentra disponible en el canal de *youtube* de la Suprema Corte Bonaerense. Similar consideración cabe respecto del caso de responsabilidad del estado bonaerense que ya cité también. Allí la Suprema Corte advirtió “Otro de los estereotipos presentes en la fundamentación de la sentencia se revela en el reproche hacia la madre en el cumplimiento del rol de cuidado partiendo del estereotipo de la víctima ideal. Allí se señala: “...la repentina y perversa acción de B. fue incluso capaz de engañar al instinto maternal de la Sra. M. A. G., quien —evidentemente— tampoco pudo detectar en los eventos anteriores una latente conducta filicida de aquél” (fs. 999; el destacado me pertenece). Sin embargo, se observa, a través de otras pruebas, el real contexto policial y judicial en el que la señora M.A.G. estaba inmersa para poder ejercer la oposición que se le reclama... Frente a esta realidad, la carga que se le impone en cuanto debió oponerse a las visitas, cuando la ponderación de los factores individuales que influenciaron en su personalidad y la capacidad individual para responder a la violencia la posicionaban desde lo institucional en su falta de derecho, permite una consideración distinta de cómo debió actuar la víctima”. Sostuvo el ministro de Lázari: “De todo este desarrollo en torno a la actuación de la señora M. A. G., interpreto que el estereotipo de “buena madre” tuvo el efecto perjudicial de imponerle una carga adicional basada en su género”.

para garantizar a las mujeres -y disidencias- la igualdad de armas real, y evitar su discriminación de cara a la lograr la efectividad de sus derechos.

Nos toca -en esta hora- dar las discusiones necesarias para poner en una agenda pública permanente y sostenida⁷³ esta necesidad y (re) diseñar un proceso judicial en clave de verdadera igualdad. La tarea nos convoca. Y nos atañe a todas las personas en tanto parte de la comunidad.

V. Referencias

Alonso, Ana y Fernández Andreani Patricia, “Noción de perspectiva de género”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2022-1.

Amorós, Cecilia (dir.), *Diez 10 palabras claves sobre mujer*, Navarra, Editorial Verbo Divino, 1995.

Berizonce, Roberto, “Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, año 15, n° 48, pp. 835-856.

112 Berizonce, Roberto, *Tutelas procesales diferenciadas*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.

Bermejo, Patricia, “Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria”, en *XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal*.

CEJIL, *La debida diligencia en la actuación del Ministerio Público*, Buenos Aires, Eudeba, 2013; disponible en https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/Debida%20diligencia_0.pdf.

Chapero, María Eugenia, “Interpretar y juzgar con perspectiva de género”, en Pauletto, Ana Clara (dir.), *Ley procesal de familia de la provincia de Entre Ríos. Ley 10.668 comentada y anotada*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020, pp. 169-178.

⁷³ Como dice Salgado pensando en avanzar hacia un proceso colaborativo, cooperativo y compositivo como salida del descrédito del sistema judicial.: “alejarse del funcionamiento del sistema de justicia de los vaivenes electorales al que está sometido. Es inviable que se planteen sucesivamente cambios sin atender a una lógica de trabajo mantenida en el tiempo, estable, orientada a la consecución de objetivos determinados y con modificaciones justificadas en el mejor desempeño del sistema como un todo que se interrelaciona con su entorno.” (Ver autor citado en <http://jusmendoza.gob.ar/wp-content/uploads/2022/06/Salgado-Jos%C3%A9-Mar%C3%ADa.pdf>)

- Clérico, Laura y Vita, Leticia, “Justicia con perspectiva de géneros: mandato constitucional”, Herrera-De la Torre (coords.), *Repensar la Justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, pp. 25-46.
- Flores, María del Lujan, *Acceso a la justicia de las mujeres en situación de pobreza en América Latina y el Caribe*; <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26674.pdf>
- Fraser, Nancy, “¿Redistribución o reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era postsocialista”, en Butler-Fraser, *Un debate entre marxismo y feminismo*, Madrid, Ed. Traficantes de Sueños, 2000.
- Herrera, Marisa, “Bases e interpelaciones para una reforma judicial feminista desde los aportes del Consejo Consultivo”, en Herrera-De la Torre (dirs.), *Reforma Judicial Feminista: un debate desde la Universidad*, Buenos Aires, Ed. del Sur, 2021.
- Herrera, Marisa, “La perspectiva de género desde el procedimiento civil o el proceso civil en clave feminista”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2022-1, pp. 127-183.
- Lamas, Marta, “La violencia del sexismo”, en Sánchez Vázquez, Adolfo (ed.), *El mundo de la violencia*, México, UNAM, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 191-198.
- Morello, Augusto M., “La Jurisdicción protectora. Hacia un nuevo rostro de la justicia”, *JA*, t. 1986-II, pp. 305 y ss.
- Mosmann, Victoria, “Proceso y Sujetos en situación de vulnerabilidad. Instrumentalidad procesal de equiparación subjetiva”, en *XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*.
- Oteiza, Eduardo, “La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar”, en Oteiza, Eduardo (coord.), *La prueba en el proceso judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.
- Piccinelli, Ornella “Actuación procesal diferenciada en el Anteproyecto de CPFCC para la provincia de Buenos Aires”, *Revista de Litigación y Gestión Judicial*, Centro de Estudios sobre modernización y litigación judicial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2, n° III.
- Piccinelli, Ornella, “Estándares convencionales para una decisión razonablemente fundada. Herramientas para la construcción de sentencias con enfoque de géneros”, *JA*, t. 2021-IV, pp. 27-52.

Piccinelli, Ornella, “Medidas de protección de víctimas de violencia de género: estándares convencionales para su gestión y decisión”, *Revista de Derecho Procesal*, n° 2019-2, Nuevas estructuras procesales, Rubinzal Culzoni, pp. 175 y ss.

Priori Posada, Giovanni, “Sobre qué bases construir un modelo actual de protección jurisdiccional de los derechos”, en *XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal*.

Safi, Leandro, “Necesaria delimitación de la vulnerabilidad y de su tutela diferenciada”, *JA*, t. 2021-IV, pp. 17-42.

Sagúes, María Sofía, “Actualidad de los principios procesales bajo el prisma constitucional y convencional”, *XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal*.

Santi, María F., “Vulnerabilidad y ética de la investigación social: perspectivas actuales”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 5, n° 2, pp. 52-73.

Verbic, Francisco; “El rol del juez en la actualidad”, en *XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal*.

Democracia, República y Ciudadanía en la discursiva presidencial argentina del período 2010-2020.

Alineación o contradicción con los objetivos, principios y valores constitucionales

Mauricio Devoto, Verónica Nolazco, Sebastián Sal, Ariela de Rossetti
& María del Pilar Basili

*Investigación realizada por el Centro de Estudios en Ciudadanía (CIVES)
de la Facultad de Derecho, Universidad de Palermo**

* Mauricio Devoto es fundador y Director de CIVES tuvo a su cargo la dirección del presente trabajo. Es abogado y escribano, y titular de la asignatura de posgrado “Política, ciudadanía y república”, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Fue Embajador Argentino ante el Mercosur y ALADI (2018-2019), Secretario de Planificación Estratégica del Ministerio de Justicia de la Nación de la República Argentina (2016-2017), y Presidente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires (2006-2010), entre otros cargos públicos. Correo electrónico: mdevoto11@gmail.com

Verónica Nolazco estuvo a cargo de la coordinación académica. Es Abogada (Diploma de Honor), por la Pontificia Universidad Católica Argentina (2010). Bachiller en Leyes (LL.B.) por la Universidad de Londres (2013). Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad Austral (2022). Profesora de Derecho Constitucional e Historia del Derecho en la Universidad Austral (2021- actualidad). Coordinadora académica del Departamento de Derecho Constitucional en la Universidad Austral y de la Maestría en Derecho (LL.M.). Correo electrónico: vnolazco@austral.edu.ar

Sebastián Sal es investigador de CIVES. Es doctor en Ciencias Económicas (Administración Pública, UBA 2020), abogado (UBA 1988), LLM (University of Pennsylvania, 1997). Socio de Sal & Morchio Abogados. Secretario Penal Económico (1994/2000). Profesor (UBA – FCE) Grado y Postgrado (MBA). Profesor “International Business Law”, Hochschule Fulda, Business School, Germany. Coordinador de la IAACA. Publicaciones en derecho comercial y penal, en el país y en el exterior. Correo electrónico: sal.sebastian@gmail.com

Ariela de Rossetti es investigadora de CIVES. Es abogada (Universidad Nacional de Cuyo), maestranda en Ciencia, Tecnología y Sociedad (Universidad Nacional de Quilmes), y diplomada en Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos y Negociación. Becaria de la Fundación Universitaria del Río de La Plata (FURP) y del International Visitor Leadership Program (IVLP) del Departamento de Estado de los Estados Unidos. Correo electrónico: oriderossetti@gmail.com

María del Pilar Basili es investigadora de CIVES. Es abogada, especialista en abogacía del estado. Auxiliar docente de la cátedra 2 de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Se desempeñó en distintos cargos de responsabilidad en la Provincia de Buenos Aires. Actualmente presta servicios en la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: pilarbasilici@gmail.com

Resumen

En un sistema democrático de forma republicana, el imperio de la ley y el juego de las instituciones deben garantizar el cumplimiento irrestricto de la Constitución. Cualquier exceso decisionista, exabrupto o interpretación antojadiza que la máxima autoridad ejecutiva pretendiera realizar de la Constitución debe ser neutralizada. Esta sentencia, sin embargo, resulta incompleta: el actuar cotidiano de la ciudadanía no puede quedar fuera del sistema democrático. En cierto sentido, la ciudadanía *es* el sistema político. En el mismo sentido, los términos utilizados en los discursos presidenciales -democracia, república y ciudadanía, en este caso- ofrecen indicios del camino que adoptará la realidad. El presente trabajo, tomando como referencia un particular marco teórico construido alrededor de la idea de función ciudadana y de una ética cívica de mínimos comunes constitucionales, analiza los mensajes de apertura de sesiones legislativas realizadas por el Poder Ejecutivo en el Congreso Nacional durante los años 2010 a 2020, período que comprendió las presidencias de Cristina Fernández de Kirchner, Mauricio Macri y Alberto Fernández. Luego de desgranar las características de los modelos “nacional y popular” y “liberal-republicano” a través del lente ciudadano, se pone en evidencia la necesidad de contar con una ciudadanía que se confirme como elemento fundamental del sistema democrático y que, por lo tanto, requiere ser educada para ello.

116

Palabras claves: Ciudadanía, educación en ciudadanía, democracia, república, republicanismo, ética cívica, ética de mínimos, valores constitucionales, construcción de ciudadanía.

Abstract

Under a republican democratic system, the rule of law and the governance of institutions must guarantee the full observance of the Constitution. Any decision-making abuses, any outburst or fanciful interpretation of the Constitution ever intended by the maximum executive authority, should be neutralized. This judgment turns out to be incomplete: the daily actions of millions of citizens cannot be left aside of the democratic system. In a sense, citizenship *is* the political system. To some extent, the terms used in the presidential speeches -democracy, republic and citizenship, in this case- clearly signal the path that reality will take. This paper is based on a particular theoretical framework built around the idea of citizen function and a civic ethical standard of minimum constitutional principles and we analyze the messages for the opening of legislative sessions that the Executive Power delivered in the National Congress during the years 2010 to 2020, a period that included the presidencies of Cristina Fernández de Kirchner, Mauricio Macri and Alberto Fernández. By breaking down the characteristics of the “national and popular” and “liberal-republican” models through the citizen’s lens, we attempt to demonstrate the essential need to have a citizenship that is a fundamental element of the democratic system and therefore, needs to be educated for such purpose.

117

Key words: Citizenship, citizenship education, democracy, republic, republicanism, civic ethics, minimal ethics, constitutional values, citizenship building.

PARTE I: Presentación¹

El presente trabajo ofrece una mirada audaz, amplia e integral acerca de los principios y valores que se encuentran plasmados en nuestra Constitución Nacional y que constituyen la base de nuestro sistema democrático y republicano, a partir del análisis de los discursos pronunciados en la apertura de sesiones legislativas que realiza cada año el Poder Ejecutivo en el Congreso Nacional durante los años 2010 a 2020, período que comprende las presidencias de Cristina Fernández de Kirchner, Mauricio Macri y Alberto Fernández.

En un contexto particular para nuestro país, la región y el mundo, signado por la pandemia de Covid 19, coincidente con un momento de debilidad generalizada de la democracia liberal, quedaron expuestas una serie de cuestiones relativas a la convivencia entre los seres humanos, la política, la democracia, la república y el Estado-nación. Más específicamente, surgieron diversos interrogantes acerca de la manera en que las ideas y la forma de expresarlas e interpretarlas –narración o relato– influyen o determinan el tipo de ciudadanía que da forma al sistema político vigente.

Mientras la Constitución Nacional y el sistema democrático de forma republicana –bajo el principio de la soberanía del pueblo como estandarte–, sirven de marco general a la discursiva presidencial de los tres mandatarios, el significado de ciertos conceptos fundamentales han adquirido tal laxitud que parecen permitir todo contenido. Ello hace posible desde verificar no solo el desarrollo de diferentes modelos de subsistemas políticos sino discutir el grado de democráticos o republicanos de algunos de estos modelos.

Frente a una sociedad dividida por la política partidaria y sin acuerdos respecto de valores comunes sobre los que construir una ética ciudadana, pretendemos generar nuevos interrogantes, partiendo de una serie de presupuestos: en primer lugar, que nuestro plexo normativo de rango constitucional contiene una ética cívica de mínimos comunes; que la categoría de ciudadano importa el ejercicio de un rol o función dentro del sistema político democrático de forma republicana; finalmente, que el actuar cotidiano de la ciudadanía constituye el insumo o materia prima que nutre la vida de los demás componentes del sistema político.

Agradecemos a las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo de la Ciudad de Buenos Aires, en particular a la Dirección de Posgrados, por fomentar el debate y la investigación en torno al desarrollo de una cultura ciudadana basada en valores democráticos y republicanos.

¹ Para esta Presentación se ha tenido en cuenta el formato sugerido en los Seminarios de Tesis e Investigación Jurídica, I, II y III, 2020, dictado por el Dr. Jorge O. Bercholy y el Dr. Sebastián Sancari, Facultad de Derecho, UBA.

A. Antecedentes

En 1992 el filósofo y jurista argentino Carlos S. Nino publicó *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, obra en la que presentaba una crítica reconstrucción de la vida institucional argentina, de su historia jurídica, constitucional y económico-social. Para resumir la actitud característica de la particular ciudadanía argentina recurrió al término “anomia boba”:

“[U]na acción colectiva es anómica, en el sentido de ilegalidad “boba” que aquí nos interesa, si ella es menos eficiente que cualquier otra que se podría dar en la misma situación colectiva y en la que se observara una cierta norma. [...] Hay anomia boba sólo cuando la acción colectiva en cuestión se caracteriza por la inobservancia de normas y hay al menos una cierta norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación”²

Dos décadas más tarde, el filósofo argentino Osvaldo Guariglia recordaba la obra de Nino y la realidad allí descrita:

“Se describe un escenario caótico, en el que las leyes se tergiversan o se desconocen, las normas se proclaman pero no se cumplen, los deberes sociales, como la obligación de pagar impuestos, se evaden y las transacciones con el estado se “arreglan” mediante sobornos. Nino llama esta situación anomia boba, porque proviene de un juego en el que todos pretenden sacar ventajas y terminan en la peor situación posible.”³

119

La referida actitud y predisposición del habitante del suelo argentino vinculada a lo político, al cumplimiento de las normas y al ejercicio de una ciudadanía carente de atributos, sin embargo, no agota el conjunto de razones que conforman el generalizado estado de anomia ineficiente y antieconómica. Al habitante-individuo-militante no le sienta bien que le hablen de deberes o responsabilidades personales.

Cuando de lo público y común se trata -incluyendo el ejercicio de valores constitucionales como la justicia y la paz⁴- los deberes y la responsabilidad siempre parece recaer sobre otros: políticos en general, funcionarios públicos, legisladores y magistrados. Gobiernos de todo color e instituciones públicas han acompañado el proceso anómico, y así llegamos al primer cuarto del siglo XXI sin advertir demasiados cambios en la situación antes descrita. En términos generales, la

² Nino, C. (1992) *Un país al margen de la ley*. Ariel.

³ Guariglia, C. (2014) *La anomia y la teoría política de la oligarquía*. En Revista Latinoamericana de Filosofía Política. Vol. III Nº 1 — pág.1-17.

⁴ Recordamos, entre otros, los objetivos del Preámbulo de la Constitución Nacional de “*afianzar la justicia, promover la paz interior...*”, dirigido a todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino.

situación no es exclusiva de nuestra democracia, nuestra política, forma de gobierno o institucionalidad, ni siquiera exclusiva de la región, como suele indicarse.

Varios libros dirigidos al público en general se destacaron entre la literatura vinculada a estos temas, en un esfuerzo por explicar en un lenguaje simple cuestiones de relativa complejidad. Refiriéndose a las razones del fracaso de los países, y de la Argentina junto a otros países en particular, Daron Acemoglu y James Robinson hicieron hincapié en la persistencia y solidez de las instituciones extractivas por sobre las inclusivas, y las de carácter político por sobre las económicas:

“Los países fracasan desde el punto de vista económico debido a las instituciones extractivas. Éstas mantienen en la pobreza a los países pobres y les impiden emprender el camino hacia el crecimiento económico. Esto ocurre hoy en día en África, en lugares como Zimbabue y Sierra Leona; en Sudamérica, en países como Colombia y Argentina; en Asia, en países como Corea del Norte y Uzbekistán, y en Oriente Próximo, en países como Egipto. Aunque existen diferencias notables entre ellos... Pero lo que todos tienen en común son las instituciones extractivas. En todos ellos, la base de estas instituciones es una élite que diseña instituciones económicas para enriquecerse y perpetuar su poder a costa de la vasta mayoría de las personas de la sociedad. ... Como las élites que dominan las instituciones extractivas temen la destrucción creativa, se resistirán a ella y cualquier crecimiento que germine bajo instituciones extractivas, en última instancia, durará poco tiempo.... la capacidad de los que dominan las instituciones extractivas de beneficiarse enormemente a costa del resto de la sociedad implica que el poder político bajo instituciones extractivas sea muy codiciado, lo que hace que los grupos y los individuos luchan para obtenerlo. En consecuencia, habrá fuerzas potentes que impulsarán a las sociedades bajo instituciones extractivas hacia la inestabilidad política.”⁵

120

Otra cuestión que traspuso los límites de clásico interés de la teoría política, la filosofía y del ámbito académico fue la preocupación por el devenir de la democracia. Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, en una obra de gran difusión general, resaltaron la manera como regímenes populistas aprovechaban las instituciones de los sistemas democráticos liberales para acceder al poder y, desde adentro y de distintas maneras, transformarlos en regímenes autoritarios.

“Así es como solemos creer que mueren las democracias: a manos de hombres armados. Durante la guerra fría, golpes de Estado provocaron el colapso de tres de cada cuatro democracias caídas. Las democracias de Argentina, Brasil,

⁵ Acemoglu, D. y Robinson, J. (2012) *Porqué fracasan los países*. Editorial Paidós SAICF, Ariel. Buenos Aires.

República Dominicana, Ghana, Grecia, Guatemala, Nigeria Pakistán, Perú, Tailandia, Turquía y Uruguay perecieron de este modo... En todos estos casos, la democracia se disolvió de un modo espectacular, mediante la coacción y el poder militar. Sin embargo, existe otra manera de hacer quebrar una democracia, un modo menos dramático, pero igual de destructivo. Las democracias pueden fracasar a manos no ya de generales, sino de líderes electos, de presidentes o primeros ministros que subvierten el proceso mismo que los condujo al poder. Algunos de esos dirigentes desmantelan la democracia a toda prisa, como lo hizo Hitler... en 1933 en Alemania. Pero, más a menudo, las democracias se erosionan lentamente, en pasos apenas apreciables.”⁶

Lo sucedido en Venezuela a partir de la elección de Hugo Chávez como Presidente, y el proceso que continua hasta esta fecha con Nicolás Maduro, sirve a estos autores como modelo y ejemplo de su teoría:

Así es como mueren las democracias hoy en día. Las dictaduras flagrantes, en forma de fascismo, comunismo y gobierno militar, prácticamente han desaparecido del panorama... En la mayoría de los países se celebran elecciones con regularidad. Desde el final de la Guerra Fría, la mayoría de las quiebras democráticas no las han provocado generales y soldados, sino los propios gobiernos electos.”

121

La “muerte de las democracias”, sin embargo no viene sola. Resulta de intentos de derrocar la democracia como sistema o bajo la seducción del poder. El autoritarismo puede venir de cualquier lado, aun del menos pensado, sobre todo cuando la política conduce a generar alianzas para repeler actuales ataques antidemocráticos. En este sentido, cabe destacar un texto menos difundido que los anteriores, pero no menos interesante y realista, en el que Anne Applebaum expone la experiencia de Polonia, las trampas del nacionalismo y la autocracia, explicando cómo los líderes despóticos pueden llegar al poder con ropaje y discurso de corderos, apañados por aliados políticos, burócratas y medios de comunicación desde la misma resistencia interna opositora, para luego transformarse en nuevos autoritarios dispuestos a eliminar aquello que no comulgue con el nuevo deber ser social y cultural.⁷

Como puede apreciarse, detrás de todas estas grandes preocupaciones que hacen al presente y futuro del sistema político democrático existen cuestiones macroeconómicas, históricas, religiosas, ideológicas y geopolíticas,

⁶ Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018) *Cómo mueren las democracias*. Editorial Planeta S.A. Barcelona.

⁷ Applebaum, A. (2021) *El ocaso de las democracias. La seducción del autoritarismo*. Penguin Random House Grupo Editorial. Barcelona.

macroeconómicas. En paralelo, contradicciones, mezquindad e intereses políticos y personales cruzados de funcionarios públicos, legisladores, magistrados y empresarios. Mientras tanto, las cuestiones que hacen al sistema democrático liberal siempre refieren a un par de puntos fundamentales: el principio de soberanía popular y la forma de su ejercicio y la defensa de las libertades individuales y la propiedad privada. En medio de esta puja entre tradiciones -democrática y liberal- el término “república” se incorpora para muchos con una serie de agregados:⁸ forma republicana de gobierno, instituciones republicanas, principios y valores republicanos. En sociedades más evolucionadas, el ejercicio responsable del rol ciudadano desafía el status quo y rompe grietas absurdas que a pocos benefician.

La crisis del sistema democrático y el requerimiento de participación ciudadana en cuestiones que generalmente fueron consideradas lejanas, ajenas o de responsabilidad de “otro, ponen en evidencia, frente a la misma ciudadanía, fragilidades básicas del sistema político que tanta preocupación genera en la actualidad. Algunas de estas fragilidades, como veremos a continuación y cotejaremos con los discursos presidenciales, derivan de diversas situaciones: anomia, ausencia de ejemplaridad pública en los gobernantes, desidia estatal, corrupción dirigencial generalizada, pobre o sesgada educación en ciudadanía, desconocimiento del rol y función que le cabe al ciudadano e inexistencia de compromiso cívico. Volviendo a lo anterior, es el mismo condimento “republicano”, que contienen los sistemas políticos constitucionales como el nuestro, el que aporta reglas y acuerdos básicos mínimos que hacen que el sistema democrático pueda funcionar.⁹ Eso sí: con ciudadanos, demócratas y republicanos.

122

⁸ El análisis temático general y la idea de ética cívica de mínimos a que hacemos referencia en diversos lugares de la investigación contempla elementos del republicanismo contemporáneo como tradición que se suma a las tradiciones democrática y liberal en la conformación del modelo democrático liberal argentino. El contenido de dicha ética cívica, así como los modos o disposición ciudadana requerida para su ejercicio, surge, entre otra normativa, de la Constitución Nacional y demás normativa internacional de DDHH de rango constitucional.

⁹ Analizando distintas formas de salir de la trampa de la anomia argentina, Carlos Nino se plantea si “en una sociedad que responde a una concepción liberal de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y entre éstos entre sí, es misión del proceso educativo socializar a los individuos en la observancia de las normas.” Su duda la centra, fundamentalmente, en la educación formal de carácter público, dando por sentado que la “finalidad fundamental del proceso educativo es promover la autonomía personal de los individuos, expandiendo al máximo posible su capacidad para elegir libremente y materializar planes de vida e ideales de bien personal.” Esto, evidentemente para Nino, deriva en “prescripciones sobre la neutralidad de la educación en materia de concepciones del bien y de proyectos vitales”. Nino nos disipa la duda rápidamente. Parte por diferenciar normas intersubjetivas que permiten la expansión igualitaria de la autonomía personal (ética cívica de mínimo, según nuestra terminología), de los ideales de vida y de bien. Y nos dice: “Hay normas intersubjetivas que deben necesariamente promoverse y hasta imponerse coactivamente si es que debe materializarse la autonomía que el liberalismo ensalza. Una de las formas de promover(las)...es a través del proceso educativo. Es más, es posible que no haya una

Cuando hacemos referencia a la educación en ciudadanía desde un punto de vista constitucional, entendemos que es aquella ética cívica de mínimos comunes que surge de nuestra ley fundamental y que está centrada en la explicación y asimilación de los valores y disposiciones que mínimamente deben dar vida al actuar cotidiano compartido de nuestro sistema democrático y republicano.

Una educación en ciudadanía acorde a la Constitución Nacional implica decidirnos por el diálogo y la búsqueda de consensos como forma pacífica de administrar las relaciones sociales y los conflictos. Esto no significa negar ni desconocer la existencia de pluralidad de perspectivas y valores. Tampoco significa considerar que el consenso, generalmente acotado y circunstancial, supera definitivamente cualquier discrepancia acerca de la cuestión tratada generando un conjunto armonioso y carente de conflicto. En otras palabras, somos conscientes de la naturaleza conflictiva del pluralismo, pero entendemos que la ética adoptada por la Constitución opta por trabajar sobre la capacidad del ciudadano de orientar su voluntad hacia el hacer y dar a cada uno lo que corresponde sustentada en el diálogo y la búsqueda pacífica de consensos. Contemplando la justicia como un valor a afianzar, el ciudadano cumple acabadamente su rol en el sistema ejercitando esta particular disposición de manera constante y permanente en su actuar cotidiano y en el ámbito en el que desarrolle su actividad. En este sentido, el cumplimiento de las normas constituye uno de los deberes básicos.

123

Optar por la paz y la justicia como punto de partida de las relaciones sociales no significa otra cosa que explicitar valores que consideramos deben servir de base a la formación de la ciudadanía. Y de esta manera cumplir con los objetivos que establecen las leyes, y en particular en la Constitución cuando establece en su Preámbulo sus objetivos: *“constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad”*.

Sin embargo, en contraposición con esta visión, en gran parte de las escuelas públicas del país se educa en ciudadanía cuestionando la viabilidad de la democracia liberal y las instituciones y principios republicanos, proponiendo formas y modos alternativos de participación ciudadana y de receptor y resolver las luchas sociales y los nuevos derechos ganados por la ciudadanía. Dentro de los términos preferidos por los ideólogos del ideario democrático de estos marcos teóricos educativos se destacan los de “radicalización de la democracia” y la “democratización” de institutos como el sistema judicial. Al igual que su modelo

observancia efectiva de normas públicas si no se desarrollan ciertas virtudes de carácter, las que forman parte de un espíritu cívico.” Según Nino, la importancia de promover estas virtudes -su valor- es instrumental: “para lograr la observancia de normas públicas que permiten a los individuos elegir su propio ideal de virtud personal.” (Nino, nota 2, Pág.235 y 236).

original, la metafórica que subyace la versión nacional y popular argentina de estas ideas es la bélica, que potencia el conflicto y la lucha permanente como lo esencial y propio de la política. Pero el modelo argentino no se queda allí: el combate al modelo liberal alienta y favorece el incumplimiento de normas y el debilitamiento de sus instituciones fundamentales, impidiendo aquel consenso sobre un núcleo de reglas democráticas e institucionales comunes que el modelo agonista adversarial original requería como fundamento de la viabilidad del modelo teórico. Sin estos acuerdos mínimos, la metáfora bélica -aun en la escuela- deja de ser una figura retórica para convertirse en un foco de permanente violencia contra un enemigo que nunca fue considerado adversario.¹⁰

B. Formulación del problema

Es en este contexto de una democracia occidental hiperpresidencialista, jaqueada por posiciones extremas, con circunstanciales voceros, funcionarios, administradores y representantes que, de un lado, tienden a olvidar que la soberanía popular se encuentra mediada por reglas e instituciones republicanas, y por el otro, “despolitizan” las relaciones sociales y reducen la función ciudadana a lo electoral y al individuo consumidor, en el que analizamos la discursiva presidencial.

124 Las circunstancias nos llevaron a desarrollar esta investigación en un momento particular para nuestro país y el mundo en general. El COVID exigió de la ciudadanía y el gobierno la adopción de medidas sanitarias y cuidados a los que no estaba acostumbrada y a revisar prioridades. Quedaron expuestas múltiples cuestiones relativas a la convivencia entre los seres humanos, a las formas y espacios que desarrollamos para relacionarnos y llevar adelante esa convivencia -ciudad-polis, la política, la democracia, la república, el Estado-nación. Finalmente, o, desde otro punto de vista, y más específicamente, como punto de partida, surgieron diversas cuestiones relativas a la manera en que las ideas y la forma de expresarlas e interpretarlas influyen o determinan el tipo de ciudadanía que da forma al real sistema político vigente en el país en un momento determinado.

Política y académicamente correcta, como dijimos, la atención suele estar en los tradicionales cuestionamientos acerca de la legitimación del poder, la descripción de las razones del fracaso de las democracias y los efectos prácticos que de todo

¹⁰ Como ejemplo citamos el caso de la Provincia de Buenos Aires, distrito más grande la República Argentina en materia de escuelas públicas y cantidad de alumnos. Ver Diseño Curricular para la Educación Secundaria: Construcción de Ciudadanía: 1º a 3º año Dirección General de Cultura y Educación (2007), que abarca los ámbitos de AMBIENTE, ARTE, COMUNICACIÓN Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, ESTADO Y POLÍTICA, IDENTIDADES Y RELACIONES INTERCULTURALES, RECREACIÓN Y DEPORTE, SALUD, ALIMENTACIÓN Y DROGAS, SEXUALIDAD Y GÉNERO y TRABAJO. En especial, Págs. 108 a 114. <http://servicios.abc.gov.ar/lainstitucion/organismos/consejogeneral/disenioscurriculares/documentosdescarga/secundariaciudadania.pdf>

ello se deriva. Pero poco se ha ahondado en las formas de salir de la trampa de la anomia (boba) argentina, sobre todo en lo que hace a la función ciudadana y a la educación en ciudadanía.

Siendo objetivos del CIVES el contribuir y promover el conocimiento de cuestiones que hacen a la construcción de una ciudadanía activa y responsable, sustentada en una ética democrática y republicana, y el de colaborar con la educación en ciudadanía, es que nos interpela la palabra de los presidentes, el discurso presidencial, con referencia a tres conceptos en particular: democracia, república y ciudadanía.

C. Objetivo general

Motivados por la necesidad de repensar el estado de las cosas en nuestro país para proyectar un futuro mejor, y planteando ciertos interrogantes referidos a la utilización de términos claves del sistema político constitucional, analizamos la discursiva presidencial argentina durante los años 2010 a 2020, período que comprende las presidencias de Cristina Fernández de Kirchner, Mauricio Macri y Alberto Fernández.

Más allá de los mensajes brindados o normas impartidas a la ciudadanía en este período de tiempo -entre otros, a través de medios formales o informales como cadenas nacionales, redes sociales o decretos de necesidad y urgencia- por cuestiones de rigor metodológico resolvimos tomar como base objetiva de análisis los mensajes de apertura de sesiones legislativas que realiza cada año el Poder Ejecutivo en el Congreso Nacional.

125

D. Principales argumentos

1. Generalidades

La presente investigación toma como insumo la palabra presidencial¹¹ expresada en un momento especial de cada año, el inicio del año legislativo. Sin parámetros legales objetivos que encuadren o limiten esta especial intervención pública, en la apertura de las sesiones legislativas los mandatarios, a su manera, resumen la situación en la que se encuentra el país, los planes para el año que se inicia, aportan notas particulares ligadas a la coyuntura y a la problemática del momento. En algunos casos, hacen referencia a cuestiones ideológicas o políticas partidarias de más largo alcance.

Sería de esperar que la discursiva presidencial, y aquello que acontece una vez producido el discurso, constituya un importante indicio acerca de la dirección que

¹¹ García Lema, A. (2020) Desafíos Institucionales a 25 años de la Reforma de 1994, Necesaria continuidad de los consensos constitucionales para afrontar las grietas políticas, económicas, sociales y culturales del siglo XXI. Departamento de Publicaciones – Facultad de Derecho – UBA <https://garcialema.com.ar/2020/12/20/desafios-constitucionales-a-25/>

tomará el rumbo del país.¹² Dicho esto, puede resultar extraño que nos detengamos a resaltar la importancia de la palabra de los presidentes expresada en actos públicos y formales y nos preguntemos sobre cuestiones básicas que hacen al funcionamiento del sistema político según resulta descripto en la Constitución Nacional. Entendemos necesario hacerlo, y ello se debe a que consideramos que los argentinos, en cuanto ciudadanos, cultivamos una triple relación traumática: con la palabra, con la política y con la palabra política. Explicar a fondo las razones de estos traumas exceden las posibilidades de este trabajo,¹³ en esta oportunidad justificamos y resumimos en tres puntos el porqué de este expreso llamado de atención:

1. por la baja estima o valor conferido a la palabra en general, que nos pone en un estado de alerta permanente ante la posibilidad de que se nos diga una cosa por otra o no se respete la palabra empeñada (la preocupación o duda, al igual que cuando de actuar la justicia se trata, recae generalmente en “otro” que no somos nosotros);
2. por la deficitaria formación cívica-política de la ciudadanía:¹⁴ la valoración de la palabra y la asignación y asunción de responsabilidades por la palabra política expresada requiere del conocimiento, comprensión, acuerdo y respeto de ciertos mínimos de justicia y disposiciones de carácter que no se heredan ni se adquieren por ósmosis,¹⁵ sino que pueden y deben ser educados (ética cívica pública de mínimos)¹⁶.
3. finalmente, y respecto de los temas concretos que nos interesan, indagamos acerca de la palabra presidencial en el marco de valores, forma de gobierno e instituciones que surgen de la Constitución Nacional y demás normativa internacional de igual rango. Cualquiera sea el rumbo a que el discurso pretenda apuntar, este marco constitucional establece bases (reglas e instituciones) que necesitan ser respetadas.

Frente a una sociedad dividida por la política partidaria y sin acuerdos respecto de valores comunes sobre los que construir una ética ciudadana, nuestra investigación parte de una serie de presupuestos: 1. la ciudadanía constituye un componente

¹² Bercholc, J. (2012) Los discursos presidenciales en la argentina democrática. 1983-2011. Su estudio y análisis. Jorge O. Bercholc y Diego J. Bercholc. 1ª.ed. Buenos Aires: Lajouane.

¹³ Devoto, M. (2020) ¿Por qué ciudadanía? Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 18, Nº 2. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-18-2/Revista-juridica-ano18-N2-09.pdf

¹⁴ La misma debilidad o déficit nos obliga a aclarar sobreabundantemente que dentro de la ciudadanía quedan comprendidos funcionarios públicos, magistrados y legisladores.

¹⁵ Rubio Carracedo, J. (2007) Teoría crítica de la ciudadanía democrática. Editorial Trotta S.A. Madrid.

¹⁶ Cortina, A. (1986) Ética mínima: Introducción a la filosofía práctica. Tecnos, Madrid y Camps, V. (1990) Virtudes públicas. Arpa & Alfil Editores, S.L. Barcelona. A este respecto, y aun con una visión y terminología diferente: Rawls, J (1996) El liberalismo político. Crítica, S.L. Barcelona. Pág. 38 a 41; y Mouffe, nota 10 (a), pág.11.

fundamental de nuestro sistema político democrático de forma republicana. 2. La categoría constitucional de ciudadano importa el ejercicio de una función dentro del sistema político, función que se compone de derechos y deberes. 3. El (resultado del) actuar cotidiano de cada ciudadano constituye el insumo o materia prima que nutre la vida y funcionamiento de los demás componentes e instituciones del sistema político. 4. La función ciudadana tiene como base y está sujeta a una ética cívica de mínimos comunes -valores y disposiciones- de fuente constitucional. La opción por un modelo democrático republicano determinado -e instituciones, valores y forma de ejercerlos- implica una concreta toma de posición respecto de cuestiones fundamentales que hacen a la ética ciudadana que debería sustentar el actuar de “todos los hombres del mundo que deseen habitar el suelo argentino”¹⁷ (Preámbulo CN).

Suele decirse que en nuestro sistema político el imperio de la ley y el juego de las instituciones debe mantener a raya cualquier exceso decisionista, exabrupto o interpretación antojadiza que la máxima autoridad ejecutiva pretendiera realizar de la Constitución Nacional. Pero esta sentencia resulta incompleta; por sobre todas las cosas, el juego se juega con todas sus partes: la ciudadanía, el cotidiano actuar más o menos justo o injusto, más o menos pacífico o violento de millones de personas, no puede quedar fuera del sistema, a la deriva, por acción de otro o por omisión. En cierto sentido, la ciudadanía *es* el sistema político. En el mismo sentido, de esta manera, los términos utilizados en los discursos presidenciales ofrecen indicios del camino que adoptará la realidad. Al menos, eso es lo que llama nuestra atención y dispara diversas preguntas de investigación. Como indicios que son, constituyen un elemento demasiado importante como para desatenderlo.

127

2. El valor de una narrativa

Al inicio del libro del filósofo jurista Andrés Rosler, *Razones públicas*, encontramos una reflexión que nos sirve de introducción a la orientación, sentido y contenidos que conforman el núcleo de una de las corrientes principales de aquello que denominamos “*clave ciudadana*”, lente que utilizaremos para analizar la realidad de este trabajo:

*“La narración habla de ti: si usted está en contra de la dominación, no tolera la corrupción, desconfía de la unanimidad y los líderes más encumbrados, se preocupa por su patria, mas no soporta el chauvinismo, y cree, por consiguiente, que el cesarismo es el enemigo natural de la república, entonces usted es republicano, aunque usted no lo sepa.”*¹⁸

¹⁷ Preámbulo de la Constitución Nacional.

¹⁸ Rosler, A. (2016) *Razones públicas: Seis conceptos básicos sobre la República*. Katz Editores, Buenos Aires.

La idea de *narración* o *relato* constituye por sí mismo un poderoso inicio en el intento por profundizar las distintas temáticas que analizaremos. Y lo es en un doble aspecto: por un lado -quizá el menos importante- para dejar a un lado prejuicios políticos, sociales o de cualquier otro tipo que rodean a la utilización de este tipo términos, dejar de lado el sentido peyorativo de su utilización, que a muchos lleva a pretender vaciar la política -o la tan declamada república- de la idea de construcción contextualizada. O lisa y llanamente, sustraer lo político del ser humano. Por otro lado, el presupuesto concreto es pensar en diferentes elementos y matices que se correspondan con una narrativa democrática republicana constitucional aplicable a nuestra cotidianidad. En última instancia, y para los que entienden que la investigación científica no es opinión, descubrir y resaltar indicios de una narrativa orientada en un sentido que pueda estar violentando el sistema político vigente.

A nuestro entender, aun en la investigación que se jacte de ser impolutamente objetiva, siempre existe un lente o clave -técnico, pero también político- más o menos explícito, desde el que se observa la realidad y se plantean los problemas. Y que incorpora sus propios valores.

Según el lente que guía nuestro estudio, la construcción de ciudadanía, que incluye la conformación del espacio público común compartido y la política, como forma típica de vinculación entre ciudadanos, debe -debería según nuestro sistema político vigente- estar orientada hacia la conformación de una narrativa particular, un relato de características sin duda democráticas, pero también republicanas. Quizá más que nunca en estos tiempos, sin embargo, la simple mención o declamación de los términos democracia y república, despojada de cualquier tipo de aditivo, resulta insuficiente para conocer la particular interpretación que el orador pretende darles, así como los valores prioritarios y su contenido.¹⁹

Como veremos más abajo, la idea de una ética cívica de mínimos, mínimos comunes compartidos que resultan de nuestra Constitución, constituye el lente desde el que analizaremos la discursiva presidencial. Siendo democrática y republicana, reconocemos en los términos de esta construcción una historia rica y variada en antecedentes, que no olvida el pasado, pero pretende avanzar junto con el avance de la civilización, la modernidad y la tecnología: en esta materia, y en un apretado resumen, entre otras cosas, destacamos la evolución del sistema democrático de Atenas de los siglos V y VI a.c.,²⁰ el republicanismo de la Roma

¹⁹ También aquí puede estar jugándose entre extremos: la “democratización” puede estar haciendo referencia a una democracia radical asamblearia, y la república, a un republicanismo roussoniano basado en una virtud ciudadana por demás extremista.

²⁰ En este punto, consideramos el sistema democrático ateniense como un proceso incremental que va tomando forma con las reformas de Solón (594ac), seguido por las reformas de Clístenes (508ac) y las reformas de Efialtes (462ac) que inicia la época de la denominada democracia radical, que finaliza con el gobierno de los Treinta Tiranos (404ac). Un resumen de los regímenes políticos

clásica, los regímenes de las ciudades italianas del medioevo, las instituciones del primer liberalismo inglés, parte del proceso de la Revolución Francesa, la formación del sistema republicano norteamericano, la independencia de los países latinoamericanos, el trasplante de la república a las américas en el Siglo XIX, el neo-republicanismo de mediados y fines del siglo veinte, algo de comunitarismo y cuotas de neoconstitucionalismo moderno.²¹

Todo esto conforma el marco teórico que utilizamos para la presente investigación. Reconocemos las fuentes y tradición mencionada, así como ideas propias maduradas en los últimos años. En conjunto, dicho marco identifica una ética cívica *austera*, de mínimos comunes que unen. No pretendemos que la narrativa que subyace el lente utilizado para reflexionar ofrezca un ideal de vida ni mucho menos una serie de valores universales e inmutables a imponer. Dentro del marco de la democracia liberal, transitaremos de lo general a lo particular y de lo particular a lo general, yendo y viniendo a través de la historia, la filosofía y las ideas políticas, para llegar a ciertos acuerdos mínimos comunes que subyacen al sistema político argentino, y que entendemos conforman una ética cívica de mínimos que debería servir de base de republicanismo liberal posible. Así como descartamos de llano la pura radicalidad y contingencia que promueven el poder constante y permanente de la soberanía popular por sobre la ley, también cuestionamos una ética cívica “*dada por hecho*” en la Argentina (y en Latinoamérica), en base a valores democráticos o republicanos que estén grabados a fuego en algún lado -valores que están en crisis y que solo es necesario defenderlos o recuperarlos. Nada que no sea debilidad constante y permanente puede esperarse de todo aquello que pretenda construirse sobre la superficie de este tipo de ética, sólida como la arena movediza. En este sentido, las ideas del republicanismo contemporáneo colaborarían en mejorar el sistema democrático, complementando y agregando valor a las tradiciones democrática y liberal.

En definitiva, analizaremos la narrativa presidencial a través del lente de una particular teoría de la ciudadanía cuyos incipientes lineamientos desarrollamos mientras avanzamos con la investigación. Pretende ser una narrativa democrática republicana, y pensamos en ella no en el marco de un sistema político que *otro* nos provee según su decisión interesada y partisana sino como un *proyecto común* que siempre tiene posibilidades de salir adelante.

atenienses: Aristóteles (1995) La constitución de los atenienses. Editorial Gredos S.A., Madrid. Un análisis y evolución de la democracia radical de Atenas: Gallego, J (2010) “Siempre es la pesadilla”. Las reformas de Efiltes y el derrotero de la democracia radical ateniense. Dialéctica histórica y compromiso social. Homenaje a Domingo Plácido Volumen 1. Ediciones Pórtico, Zaragoza.

²¹ Respecto del neoconstitucionalismo, solo lo mencionamos para ulteriores desarrollos, pero no forma parte de este trabajo.

3. Metafórica

El sentido de las palabras, la metafórica, juega un papel muy importante en lo que venimos diciendo. La metáfora es una especie de sentido añadido, parejo a la vista, el oído y el tacto, es decir, un modo de percibir el mundo.²² Si la vida cotidiana nos pone asiduamente frente a la necesidad de debatir con otros, la metáfora que adopta quien dirige los destinos del país como sustrato del debate puede determinar el tipo de interacción que la ciudadanía desarrolle. En este mismo sentido, cabe plantearse hasta qué punto la metafórica utilizada por políticos, comunicadores y docentes influye en el actuar cotidiano y en la educación de la ciudadanía. Si está sostenida en el tiempo, moldea el carácter y genera una determinada predisposición de la voluntad. A los fines que nos interesan, entendemos que la disposición para interactuar y debatir en base a ciertas metáforas y no otras determina en gran medida el desarrollo y resultado de la interacción. Por ejemplo, pensando en metáforas bélicas o constructivas, el tipo elegido influirá en lo violento o pacífico de la interacción, con las consecuencias que de ello se derivan para la ciudadanía y el cumplimiento de objetivos generales como afianzar la justicia, de colaborar con la unión nacional o fortalecer la paz interior. Ni qué decir cuando la discursiva y la metafórica sustenta algún tipo de modelo autoritario, sea cual sea su ideología de fondo, insertado en una sociedad anómica con alto grado de corrupción y un sistema político de instituciones débiles y poderes del estado poco independientes.

130

Según el marco teórico señalado, nuestro país viene siendo deficitario en términos de avanzar hacia éticas cívicas de mínimos comunes que sirvan de base para comenzar a construir sociedades más justas, pacíficas y previsibles. La orientación de la construcción de ciudadanía continúa siendo un interrogante. ¿Realizan algún aporte los discursos presidenciales en esta materia? Entendemos que sí.

Las cuestiones que pueden advertirse son diversas, y de distinto grado. Entre ellas:

- La forma de interpretar y referirse a valores como la libertad y la justicia;
- El grado de apertura o clausura del modelo político correspondiente a la participación política de la ciudadanía en lo público y las prácticas identificadas para promoverla o evitarla.
- La manera de vincular la educación pública, la generación de contenidos y el sistema de medios públicos.
- El tratamiento de estas cuestiones, el mayor o menor grado de injerencia Estatal, o su falta de consideración, pueden ofrecer pautas o adelantos del

²² Cattani, A. (2001) Los usos de la retórica. Alianza Editorial, S.A. Madrid.

futuro que se espera como sociedad y en el desenvolvimiento de la vida cotidiana de la ciudadanía.

Más allá de las particulares preferencias ideológicas, económicas o de otro tipo individuales -éticas de máximas, según nuestra terminología-

- ¿Reconocen los discursos presidenciales la existencia de un cuerpo mínimo común de valores de fuente Constitucional vinculados a la forma de gobierno democrática y republicana?
- ¿Qué sentido le imprimen a los términos democracia, república y ciudadanía?

Este es, entonces, el contexto y el presupuesto, cierto o no, pero desafiante, que enmarca nuestra propuesta de investigación.

E. Aporte teórico y posible repercusión

El artículo 99 inc. 8 de nuestra Constitución nacional establece dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo: *“hace anualmente la apertura de sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras, dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes”*. Para la comprensión de la relevancia institucional de estos mensajes presidenciales revisamos el origen de la cláusula constitucional.

Respecto a la crisis institucional que vivimos hace varios años en el país, va produciéndose poco a poco un despertar en la ciudadanía, cada vez más interesada en la participación del debate público, del control de los gobernantes, de la transparencia y acceso a la información pública. En definitiva, la “res-pública”, es una cosa de todos. Sin embargo, este proceso de construcción de ciudadanía es, a nuestro entender, confuso y desordenado y, sobre todo, falto de un mínimo acuerdo básico que constituya una base lo bastante sólida como para sostener una democracia justa y plural.²³ En este sentido, esta investigación pretende servir de aporte para acompañar el proceso que vive hoy la ciudadanía argentina.

Como surge del marco teórico y análisis particulares expresados a lo largo de este estudio, las consecuencias del desordenado y espasmódico desarrollo de la ciudadanía argentina no hace más que reforzar nuestra tesis acerca de la existencia de la *categoría y función* constitucional de la ciudadanía, desconocida o ignorada como tal por la política y la academia. Quedaría por analizar la medida en que

²³ Devoto, M. (2020) Democracia, República y Ciudadanía ¿Son o se hacen? En Subiendo el escalón ciudadano. Konrad Adenauer Stiftung, CABA. Capítulo 1. <https://www.palermo.edu/derecho/cives/publicaciones.html>

este desconocimiento alcanza al sistema judicial y, de ser así, cuál sería la forma en que el incumplimiento específico de esta función podría hacerse valer en dicho ámbito. La ciudadanía, en este sentido, constituye una parte fundamental del sistema democrático, porque su cotidiano actuar provee la materia prima o insumo del que se nutren los demás componentes del sistema; su desarrollo, en definitiva, siempre situado, se encuentra íntimamente vinculado a la forma real que el sistema adopte.

Constituyendo la *ciudadanía* un componente fundamental del sistema político constitucional,²⁴ y estando su desarrollo vinculado a dicho sistema, es que nos interesa el tipo de referencia -forma y significado- que los mandatarios hacen de los términos democracia, república y ciudadanía en cada uno de los mensajes seleccionados. Nos interesa indagar acerca de la *relación* entre esos mensajes y los *valores y forma de gobierno* establecidos por nuestra Carta Magna.²⁵

El método utilizado es empírico y cualitativo y está relacionado a la temática en estudio y al *para quién* previsto. Se trata ante todo de un trabajo introductorio de tipo conceptual, por lo que no se utilizan herramientas propias de otros tipos de metodologías. A medida que avanzamos en el análisis en base a los criterios más arriba señalados, incorporaremos, como objeto de reflexión, otros términos que se vinculan a las cuestiones de nuestro interés. Dejaremos nota de ellos en la medida que consideremos sirven para complementar la investigación y análisis de la discursiva de base, así como para comprender mejor las características (austeras y de mínimos, nunca neutras y siempre situadas) del lente que utilizamos para el análisis.

Como dijimos, este trabajo tiene previsto su *para quién*. Además de la academia, en este punto hacemos nuestras las palabras del filósofo moral español Aurelio Arteta: *“El ideal sería interesar a ese público que se atreve con el pensamiento y a la vez mantiene una lúcida autoconciencia de su condición ciudadana... A aquel círculo de demócratas que no se jactan de saberlo casi todo sobre democracia, pero que conocen lo bastante de estas cosas para discernir sus carencias a la hora de razonar sobre el negocio común. A muchos de nuestros políticos, desde modestos concejales hasta encumbrados parlamentarios... Lectura recomendable en la enseñanza de materias afines a la Filosofía política incluidas en los planes de estudio de las titulaciones de Filosofía, Derecho, Humanidades, Ciencias Políticas, Sociología y otras cercanas. Y*

²⁴ La función ciudadana refiere a ciertas obligaciones -deberes u oficios, diría Cicerón- y ciertas formas o modos de llevar adelante dicho ejercicio. El ciudadano argentino, sin embargo, es educado exclusivamente como sujeto de derechos, sin considerarse las cualidades y atributos que necesaria e indispensablemente requiere el ejercicio de la función.

²⁵ Artículo 1º de la Constitución nacional: La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución. En materia de ciudadanía, el Preámbulo contiene una serie de objetivos generales que se traducen en disposiciones a contemplar en la educación ciudadana y en el actuar cotidiano de todo ciudadano: entre ellas, afianzar la justicia y consolidar la paz.

aún cabe imaginar como parte del público receptor a los profesores de Bachillerato encargados de la imprescindible asignatura Educación para la Ciudadanía...”²⁶

Esperamos que los resultados sirvan para abrir vías de investigación sobre aspectos que no han sido profundizados en materia de estudios sobre ciudadanía.

PARTE II: Diseño Constitucional

A. EL PODER EJECUTIVO DE LA NACIÓN

En la Argentina, el Poder Ejecutivo es un órgano unipersonal en cabeza de un ciudadano electo cada cuatro años con el título de “Presidente de la Nación Argentina”.²⁷ Mucho se discutió en la doctrina acerca del modelo que adoptaron los constituyentes a la hora de sancionar nuestra Constitución Nacional. En este debate, seguimos a Manuel García Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo,²⁸ quienes sostienen que los elementos determinantes o esenciales de nuestro sistema constitucional -los principios fundamentales del derecho público argentino- son de indudable raigambre estadounidense. Es decir, que las características esenciales del constitucionalismo norteamericano ideados principalmente por James Madison y adoptadas por nuestros constituyentes son las siguientes:

- La Constitución nacional como norma jurídica.
- El régimen presidencial.
- El federalismo.
- La separación de poderes con controles y equilibrios.
- Un gobierno de poderes enumerados y limitados.
- La declaración de derechos invocables por los particulares en juicio frente al Estado.

133

En cuanto al régimen presidencial adoptado por nuestro país, señalan los mencionados profesores de derecho constitucional que “Alberdi se plantea el mismo problema que enfrentaron los padres fundadores de la Constitución estadounidense casi tres cuartos de siglo antes: la necesidad de dotar al gobierno de poderes suficientes, como forma de proteger los derechos individuales. Erróneamente se considera a Alberdi como partidario de un gobierno de facultades omnímodas. Nada más errado: Alberdi exigía que el gobierno tuviera importantes facultades destinadas a terminar con la anarquía y el desorden. Pero eso no implicaba que

²⁶ Arteta, A. (Ed) (2008) El saber del ciudadano. Alianza Editorial S.A. Madrid.

²⁷ Art. 87 de la Constitución nacional.

²⁸ García Mansilla, M.J. y Ramírez Calvo, R. (2006) Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino. Lexis Nexis, Buenos Aires.

esas facultades fuesen ilimitadas o que carecieran de control.”²⁹

En *El Federalista 37* Madison afirmaba que “Para tener seguridad ante peligros internos y externos, y conseguir esa ejecución inmediata y salubre de las leyes que consideramos parte de la definición misma de buen gobierno, es fundamental que haya energía en el gobierno.” En el mismo sentido, en *El Federalista 70* Hamilton expresaba: “Una parte clave de la definición del buen gobierno es que incluya un ejecutivo que actúe con energía. Es esencial para la protección de la comunidad contra los ataques del extranjero y es igualmente esencial para la administración estable de las leyes, para la protección de la propiedad contra coaliciones conspirativas y prepotentes que a veces interrumpen el curso ordinario de la justicia, y para asegurar la libertad ante los planes y asaltos de la ambición, facción o anarquía.”³⁰

Sin perjuicio de la fuerte influencia del modelo norteamericano, nuestra historia nos ha llevado a un marcado hiperpresidencialismo que no se ha logrado atenuar con la regulación de los decretos de necesidad y urgencia³¹ de la reforma de 1994. Entendemos que, entre otras, las causas del hiperpresidencialismo en nuestro país son fruto de un régimen federal más centralizado que el de los Estados Unidos, la doctrina de facto y la doctrina de la emergencia.

En síntesis, el sistema político ideado en *El Federalista* para la Constitución norteamericana de 1787 y adoptada en lo sustancial por nuestros constituyentes (con algunos matices), sólo funciona si se dan los *checks and balances* entre los distintos poderes. De lo contrario, estamos frente a un Poder Ejecutivo incontrolado, soberano, más parecido a las antiguas monarquías.

134

B. Origen y alcance del Artículo 99 inc. 8 de la Constitución Nacional

Tal como describíamos al inicio de este trabajo, el art. 99 inc. 8 de la Constitución nacional establece dentro del listado de atribuciones del Poder Ejecutivo: “*Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras, dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes*”.

Conforme lo señalado por la constitucionalista María Angélica Gelli, este artículo debe interpretarse armónicamente con el art. 63 de la Constitución Nacional incorporado en la reforma de 1994, en virtud del cual, ya no quedan dudas acerca de que el Congreso no requiere imprescindiblemente que el titular del Poder Ejecutivo convoque a las

²⁹ Ver Nota 29, pág.33.

³⁰ Hamilton, A., Madison, J., Jay, J. (1788) *El Federalista*. Ediciones Akal, S.A. 2015. Madrid.

³¹ Mediante la ley 24.309 que declara la necesidad de la reforma constitucional del año 1994, se establece dentro del Núcleo de Coincidencias Básicas la atenuación del sistema presidencialista, a pesar de que en la práctica favoreció aún más el hiperpresidencialismo.

sesiones legislativas, para que aquel Cuerpo pueda reunirse: “*Ambas Cámaras se reunirán por sí mismas en sesiones ordinarias todos los años desde el primero de marzo hasta el treinta de noviembre. Pueden también ser convocadas extraordinariamente por el Presidente de la Nación o prorrogadas sus sesiones*”.³² Aunque del anterior texto constitucional no surgía de que el presidente de la Nación era quien convocaba al Congreso a sesiones ordinarias, la ambigüedad del anterior art. 55, en concordancia con el entonces 86 inc. 11 (hoy 99 inc. 8) que disponía que el presidente hacía anualmente la apertura de sesiones del Congreso, daba lugar a dudas sobre este punto.³³

En efecto, conforme al mencionado art. 63, las Cámaras se reunirán por sí mismas todos los años desde el 1ro de marzo. De todos modos, la atribución tiene suma importancia política e institucional. En su mensaje, el presidente no sólo da cuenta del estado de la Nación a todos sus representantes reunidos en asamblea, sino al pueblo todo. El acto tiene una amplia cobertura de los medios de comunicación y sirve, además, para pulsar el estilo presidencial y las relaciones de los dos poderes a partir de las opiniones que el discurso presidencial suscita.

Asimismo, está previsto que, en su mensaje, el presidente debe dar cuenta de las reformas prometidas por la Constitución. Esta expresión del inciso pone de manifiesto por un lado cuánto de programa de gobierno existe en la Constitución Nacional y, por el otro, las obligaciones del Ejecutivo respecto a esas reformas prometidas, en el sentido de recomendar, proyectar las medidas que considere convenientes a fin de concretar aquellas reformas. En suma, la parte final de este inciso perfila un Poder Ejecutivo propulsor del progreso y el desarrollo humano que deben impulsarse mediante las leyes que al efecto dicte el Congreso (art. 75, inc. 18 y 19).³⁴

A pesar de que como hemos explicado anteriormente, nuestros constituyentes adoptaron principalmente el modelo estadounidense, el artículo 99 inciso 8 de la Constitución nacional reconoce su fuente de inspiración en el modelo constitucional inglés. En este sentido, Montes de Oca sostiene que es una copia de las tradiciones del Parlamento británico, y a la cual puede hacerse la misma crítica que se esgrime contra la teoría de que es el Poder Ejecutivo el que convoca a sesiones, porque si es el Presidente de la República el que verifica la apertura de las sesiones, podría pensarse que tiene cierta primacía sobre el Congreso, lo cual es inexacto.³⁵

Previo a la reforma de 1994, mucho se ha escrito sobre el alcance del entonces artículo 86 inciso 11, hoy artículo 99 inciso 8 de la Constitución Nacional. “Una interpretación literal del texto constitucional conducía a sostener que, si no mediaba la convocatoria del Presidente de la Nación, el Congreso no podía funcionar en

³² Art. 63 de la Constitución Nacional.

³³ Gelli, M.A. (2008) Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, La Ley, Cuarta Ed., Tomo II. Pág. 399.

³⁴ Ver Gelli, nota 34, pág.399.

³⁵ Montes de Oca, MA (1903) Lecciones de Derecho Constitucional. La Buenos Aires, Tomo II. Pág.362.

sesiones ordinarias”, tornando, así, el cumplimiento de la manda constitucional en un requisito indispensable para el inicio de las sesiones legislativas. Esta fue la práctica parlamentaria hasta el año 1946.^{36 37}

Sin embargo, la doctrina constitucional se opuso tajantemente a dicha posibilidad por cuanto la misma importaba subordinar el funcionamiento del Poder Legislativo a la voluntad del Poder Ejecutivo lo que “resiente el régimen democrático y hacen creer que los cuerpos deliberantes, de inferior jerarquía al poder ejecutivo, necesitan su venia para comenzar sus tareas. Como los tres departamentos del gobierno se entrelazan sin dependencia recíproca, esa creencia, que fluye del precepto, repugna a la base angular de nuestras instituciones”.³⁸

Tan es así que Linares Quintana afirmó que “la apertura de las sesiones por el presidente de la Nación, aludida por el inciso 11 del artículo 86 de la Ley Suprema, no comporta sino una mera formalidad, cuya omisión hará responsable al titular del Poder Ejecutivo, pero en manera alguna trabará, demorará o viciará la iniciación del período ordinario por derecho propio de las Cámaras, derivados de la Constitución misma”.³⁹

Esta postura es avalada por numerosos autores que han argumentado que el Congreso se reúne “por derecho propio, por la sola autoridad de la Constitución”,⁴⁰ que la “obligación de reunirse no aparece condicionada ni supeditada a la voluntad de otro poder”,⁴¹ que el presidente “debe prepararse y estar listo ese día para presentarse en el Congreso a leer su mensaje inaugural, pero las Cámaras no están obligadas a esperarlo para iniciar sus tareas legislativas”,⁴² que “el período anual de sesiones ordinarias queda habilitado de oficio por la propia constitución, en forma tal que si el presidente omite o retarda efectuar la apertura de las mismas,

136

³⁶ Linares Quintana, S. (1987) *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Plus Ultra. Buenos Aires.

³⁷ Sostiene Linares Quintana que la práctica parlamentaria contravino abiertamente los principios constitucionales y cita cada una de las fechas de apertura de las sesiones ordinarias desde 1854 hasta 1946. De dicho análisis surge que solo se realizó la apertura en fecha constitucional, el 1 de mayo de 1865, 1899, 1900 y 1905. Aclara luego el autor que, durante las presidencias de Perón, Frondizi, Illia, Martínez de Perón, Alfonsín “el titular del Ejecutivo hizo la apertura de sesiones ordinarias del Congreso el 1° de mayo” fecha establecida por la Constitución Nacional hasta la reforma constitucional de 1994, que estableció un nuevo período de sesiones ordinarias que comprende el período comprendido entre el 1 de marzo y el 30 de noviembre de cada año. Digno es destacar que desde entonces los presidentes que gobernaron el país dieron cumplimiento a la manda constitucional.

³⁸ Ver Montes de Oca, nota 36, pág.362.

³⁹ Ver Linares Quintana, nota 38. Pág.240.

⁴⁰ González, J. (1971) *Manual de la Constitución Argentina*. Estrada. Pág.370.

⁴¹ Sánchez Viamonte, C. (1959) *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Kapelusz. Buenos Aires. Pág.263.

⁴² González Calderón, J. (1931), *Derecho Constitucional*, Lajouane. Pág.464.

las cámaras pueden y deben reunirse *motu proprio*”,⁴³ que el período de sesiones ordinarias, con su fecha de inicio y fin es “imposición constitucional”,⁴⁴ que las cámaras pueden autoconvocarse a sesiones ordinarias “no dependiendo de la decisión del Poder Ejecutivo a tal efecto”.⁴⁵

Sin perjuicio de las discusiones doctrinarias, tal como hemos dicho al inicio de este apartado, dicho cuestionamiento quedó zanjado con la reforma de 1994, que introdujo la posibilidad de que las Cámaras inicien por sí mismas el período de sesiones ordinarias (artículo 63 de la Constitución Nacional), “eliminando la posibilidad del Ejecutivo de interferir en el funcionamiento normal del Congreso”.⁴⁶

Ahora bien, si el discurso de apertura de las sesiones legislativas fuera “una fórmula hueca y sin alcance, bien pudo suprimirse”.⁴⁷ Lo cierto es que no se trata de una simple formalidad, sino de un deber del Presidente de la Nación, “el de dar cuenta a las Cámaras reunidas el 1º de marzo de cada año, del estado de la Nación, “de las reformas prometidas por la Constitución”,⁴⁸ “un deber de ofrecer información al Congreso sobre el curso de los negocios del Estado, y a la vez, [le] acuerda la potestad de solicitar al Poder Legislativo la adopción de las medidas que juzgue necesarias y convenientes”.⁴⁹ Tal es así que “en los hechos, el mensaje presidencial va acompañado por memorias preparadas por los ministros”.⁵⁰

En este sentido, sostiene Susana Cayuso, que este inciso pone “en evidencia el mandato constitucional acerca de la obligación del presidente de dar cuenta del grado de cumplimiento de las disposiciones constitucionales... consagrando la vinculación implícita que debe existir entre el ejercicio de la presidencia y el acatamiento a las normas constitucionales”.⁵¹ Asimismo, afirma Montes de Oca que “al abrir las sesiones, el presidente da cuenta, en un mensaje, que tiene, por las solemnidades que lo rodean, todas las exterioridades del discurso de la corona, del estado de la Nación y de las medidas que demanda su bienestar. Con esta noticia que los representantes del pueblo adquieren por órgano autorizado, están habilitados para desempeñarse con el mayor y más exacto acopio de datos que el que pudieran adquirir, por sí mismo, sin conocer las tendencias del jefe de Estado”.⁵²

⁴³ Bidart Campos, G. (1967) *El Derecho Constitucional del poder*. Ediar. Pág.252.

⁴⁴ Romero, C. (1976) *Derecho Constitucional (realidad política y ordenamiento jurídico)*, Zavalía, Tomo II. Pág.213.

⁴⁵ Quiroga Lavié, H. (1978) *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Pág.756 y 782.

⁴⁶ Haro, R. (2011) *Manual de Derecho Constitucional*, Advocatus. Pág.460.

⁴⁷ Ver Montes de Oca, nota 36, pág.362.

⁴⁸ Bidegain, C. (1996) *Curso de Derecho Constitucional*. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Pág.70.

⁴⁹ Ver Badeni, nota 37, pág.1466.

⁵⁰ Padilla, M. (1998) *Derecho Constitucional*. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Pág.249.

⁵¹ Cayuso, S. (2006) *Constitución de la Nación Argentina*. La Ley. Pág.333.

⁵² Ver Montes de Oca, nota 36, pág.362

Previo al análisis de este proyecto de investigación -años 2010-2020- cabe efectuar una última referencia en relación al primer mensaje de apertura de sesiones legislativas realizado por el Presidente Urquiza en el año 1854 y que sirven para reflexionar: *“Los argentinos, envueltos en prolongadas turbaciones y frecuentes tempestades, se han visto arrastrados por diferentes caminos. No nombraré los partidos ni seguiré el giro de las diversas facciones que los han dividido. Pero lo que hace al caso decir es que cada facción ha traído su desgracia, cada partido su catástrofe. Unos adhirieron a esta causa por circunstancias, por opinión, por temor, por reconocimiento, por amor al país o por necesidad; y los otros a la causa opuesta por los mismos e idénticos motivos. Así las pasiones preocupan los ánimos. (...) ¿A quién culpar del desacierto? ¿Quién ha mediado en este juego espantoso? ¿A quién preguntárselo? Cementerio tan vasto como los ámbitos de la República, ¿dónde está tu victoria? Muerte, ¿dónde está tu guadaña? Os acusan de indolentes porque aún restan algunos miembros mutilados y sangrientos de esta patria destrozada”*.⁵³

C. ÉTICA CÍVICA CONSTITUCIONAL⁵⁴

138

En las democracias republicanas de tipo liberal, las funciones del Estado se distribuyen entre órganos ejecutivos, legislativos y judiciales. Ensayando una simplificación, los poderes ejecutivos diseñan políticas públicas sustantivas en materia social, económica, educativa, salud, seguridad, ambiente, entre otras. Los poderes legislativos legislan, acompañando aquellas iniciativas, proponiendo proyectos propios o receptando iniciativas de la comunidad. Los poderes judiciales tienen como función principal la de administrar justicia, resolver los conflictos estableciendo qué corresponde a cada quien como instancia de excepción. Alcanzar el cumplimiento de estas políticas depende en gran medida de un delicado equilibrio en el funcionamiento de estos poderes, controles cruzados, pesos y contrapesos y, fundamentalmente, la independencia del Poder Judicial. En los países de organización federal, la suma de objetivos a tener en cuenta, así como la convivencia de órganos e instituciones de los gobiernos estatales o provinciales, junto a los del gobierno federal, requieren que dicho equilibrio se encuentre bien aceitado a efectos de que las políticas alcancen los resultados esperados.

Pero esto no es todo. En nuestro país, los constituyentes establecieron fines específicos y adoptaron y promovieron el desarrollo y ejercicio de principios y valores cívicos comunes, que constituyen la base sobre la que acordamos construir

⁵³ Los mensajes presidenciales de apertura de sesiones legislativas estaban disponibles al 3-12-21 en: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/documentos/mensajes_presidenciales.html

⁵⁴ Adaptado de Devoto, nota 24, pág.25-27.

ciudadanía y educar a nuestros jóvenes. La libertad, la paz y la justicia son algunos de ellos. Así lo expresa el Preámbulo de nuestra Constitución, que establece como objetivos, entre otros, el de consolidar la paz interior y afianzar la justicia:

Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina.

La existencia de zonas grises, el solapamiento de iniciativas y la duplicación de estructuras es moneda corriente en la administración pública. Las razones son varias y de distinto orden, pero la experiencia nos indica que muchos de los problemas tendrían solución con liderazgos dotados de cualidades cívicas como las que analizamos en el presente ensayo.

Más allá de las problemáticas particulares de la época en la que se sancionó la Constitución (1853), la opción por una forma de gobierno republicana e instituciones, valores y forma de ejercerlos (promoviendo la paz) implica una concreta toma de posición respecto de cuestiones fundamentales que hacen a la cultura ciudadana que debería sustentar el actuar de todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino. A mayor responsabilidad pública, mayor obligación de conocer, respetar, hacer respetar y educar en esta ética cívica democrática basada en valores.

A diferencia de experiencias del pasado —adoctrinamiento de todo tipo— educar y ser educado en estos valores no significa una intromisión en la forma de vida que cada persona pueda elegir o en su orientación ideológica, política o religiosa. Se trata de una ética cívica laica de mínimos comunes. En el caso de la justicia, se trata de un ideal al que podemos aspirar, pero que nunca alcanzaremos en su totalidad. Aspirar no significa esperar. Como dijimos, el valor justicia puede y debe ser ejercitado por todos, más allá de la función específica de administrar justicia atribuida al sistema judicial.

Todos, en mayor o menor medida, cualquiera sea el ámbito donde desarrollemos nuestra actividad diaria, tenemos la posibilidad de orientar nuestra voluntad en hacer y dar a cada uno lo que corresponde. ¿Dónde encontramos estos criterios mínimos de justicia que se espera que orienten nuestros actos de la vida cotidiana? En las leyes, en primer lugar, cumpliendo sus disposiciones. En términos más concretos, la Constitución Nacional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos de rango constitucional nos ofrecen una buena respuesta

para comenzar. Dentro de esta visión, la dimensión judicial constituye una de las dimensiones en las que se manifiesta el actuar de la justicia. La justicia judicial, de excepción, normalmente llega al final del proceso, para procurar reparar daños y sancionar delitos. Pero la justicia como valor presenta otras dimensiones, que en términos aristotélicos podemos denominar justicia virtud —justicia cotidiana—, y es la que nos corresponde actuar a todos los ciudadanos en la vida cotidiana, y nos brinda la posibilidad de hacer y dar a cada uno lo que corresponde, cumpliendo las obligaciones, teniendo en cuenta lo dispuesto por las leyes. Esta es la función que, como ciudadanos, la Constitución nos confiere a cada uno de nosotros, a efectos de contribuir a afianzar la justicia. A los jueces les corresponde afianzar la justicia ejerciendo una función distinta a la del ciudadano. Terminamos esta sección con una cita del politólogo argentino Natalio Botana, reafirmando la necesidad de construir una ciudadanía acorde con el tipo de democracia que se pretende desarrollar:

“Desde las primeras constituciones del XIX, tal bellamente escritas, hasta las actuales, tan generosamente abiertas a la incorporación de un amplio espectro de derechos, nuestros regímenes no han elaborado todavía un razonable compromiso entre derechos y obligaciones. La experiencia no debería caer en saco roto porque de lo que se trata es de pasar de los derechos escritos a los derechos instituidos y de estos a las obligaciones asumidas por la ciudadanía. Son tres escalones a través de los cuales se puede subir o bajar. Este es un desafío enorme para la democracia republicana.”⁵⁵

140

PARTE III: Pilares de nuestra sociedad. Hacia una ética de mínimos comunes

Elementos para la conformación de una narrativa (ética cívica de mínimos) democrática y republicana:

- Ciudadanía (pieza fundamental del sistema político. Función: derechos y deberes);
- Libertad republicana (más allá de libertad individualista (negativa) y comunitaria/colectiva (positiva));
- Igualdad
- Justicia cotidiana (valor multidimensional: la función judicial no suplanta el ejercicio cotidiano -deber ciudadano- en pos del objetivo de afianzar la justicia);
- Soberanía del pueblo sujeta a la Ley (Democracia republicana: cumplir y

⁵⁵ Botana, N. (2016) *La democracia republicana: pasado y presente*. Estudios Sociales, revista universitaria semestral, año XXVI, n° 51, Santa Fe, Argentina, Universidad Nacional del Litoral, julio-diciembre. Pág.17-29.

hacer cumplir reglas de juego; respeto de las instituciones; sin deber no hay derecho posible);

- Espacio público común (campo de juego de la vida social y política del ciudadano);
- Diálogo – Cultura de Paz (como disposición del carácter para administrar conflictos, interactuar otros y con-vivir en el espacio público común);
- Educación en ciudadanía (requisito para el desarrollo de la ética cívica)

Esta ética, sus elementos y valores, se corresponde con ciertos aspectos de las teorías contemporáneas del republicanismo, los valores y principios generales establecidos por la Constitución Nacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y demás normativa internacional de rango constitucional.

Indica el acuerdo de los ciudadanos acerca de un mínimo común denominador cívico y de justicia que permite a cada uno elegir la forma de vida y felicidad que desee (éticas de máxima), en la medida que se respeten dichos mínimos.⁵⁶

A. DEMOCRACIA. CONCEPTO Y ALCANCE REAL.

Democracia radical⁵⁷ o democracia mediada por las instituciones republicanas liberales.

141

Alrededor de esta dicotomía parecen girar gran parte de los problemas que hacen a las luchas por la política, la justicia, los derechos humanos y los valores en general de nuestra sociedad en el siglo XXI. Posiblemente los argentinos debamos esforzarnos por buscar puntos de encuentro, dentro de lo permitido por la ley común que nos iguala.

Vistos con ojos actuales, tanto la democracia radical como la democracia mediada

⁵⁶ Devoto, M. (2021) *Develando una ética cívica de mínimos comunes para la Argentina*. Adela Cortina y la realidad (objetiva) inmaterial de los valores. Revista Jurídica de la UP, Año 19, Número 1. <https://www.palermo.edu/derecho/cives/publicaciones.html>

⁵⁷ Una aclaración terminológica y de fondo. El modelo de democracia radical agonista adversarial adoptado por el populismo de izquierda en los países del “occidente del norte” -según ideas y palabras de Chantal Mouffe (Mouffe, nota 10 a y b; Mouffe Ch. y Errejón, I. (2015) *Construir pueblo. Hegemonía y radicalización de la democracia*. Icaria S.A. Barcelona)-, difería de la democracia radical ateniense del Siglo V ac. en un punto fundamental: la soberanía del pueblo siempre está sujeta a acuerdos de mínima que todos reconocen indispensable respetar. En este caso, el acuerdo básico está dado por el respeto del orden constitucional y las instituciones de la democracia liberal: Mouffe, Ch. (2007) *En torno a lo político*. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. Buenos Aires. Pág.27 y 28. En la Argentina, al igual que sucede con modelos “nacionales y populares” o Socialismos del Siglo XXI, ese acuerdo únicamente suele significar aceptar algún tipo de proceso electoral para llegar al poder, para luego dejar de lado las formas e instituciones democráticas republicanas, desvirtuando la idea y modelo original. El agonismo adversarial se viene abajo: los “otros” son siempre enemigos, y lo propio de lo político termina siendo la violencia.

por las instituciones republicanas liberales dan lugar a regímenes políticos diferentes. En el caso de la democracia radical, los ordenamientos jurídicos modernos limitarían la posibilidad que se repita lo sucedido en Atenas en el 462 ac, cuando las reformas introducidas por Efiltes *radicalizaron* -aunque sólo por 40 años- la democracia *moderada* iniciada por Solón y continuada por Clístenes⁵⁸. La realidad argentina, sin embargo, ha mostrado que la ambición, el ingenio político, la anomia generalizada y la debilidad institucional hacen todo posible, permitiendo que la democracia adquiera formas y prácticas que la alejan de a poco de ciertos mínimos adoptados y reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

En el otro extremo, la democracia mediada por las instituciones republicanas liberales se manifestaba siempre respetuosa de principios y valores tradicionales y descansaba en un sistema que luego de la caída del muro de Berlín parecía haber ganado la lucha ideológica contra los totalitarismos e impuesto para siempre. Según este aparente e inevitable desarrollo, el derrame económico resultaría suficiente para continuar con el espiral de desarrollo ascendente que comenzara en el siglo XIX. El paso del tiempo fue marcando que la solución liberal no resolvía los distintos problemas y demandas sociales que fueron surgiendo en las últimas décadas del siglo veinte. Por otro lado, los modelos que no contemplaban el desarrollo de una ciudadanía involucrada con lo común y lo público y la educación en una ética cívica de valores comunes, autoboicoteaban la viabilidad del sistema al obstaculizar o directamente impedir que los ciudadanos ejercieran el rol que la democracia les asignaba. Tomando Argentina como ejemplo, señalamos que poco puede esperarse a mediano y largo plazo de un sistema político que promueva un modelo de ciudadanía exclusivamente electoral, o que contemple el rol o función ciudadana en su aspecto negativo, respecto de aquello que se encuentra privado de hacer -deliberar y gobernar- y que ponga el foco en el ámbito -público- en el que ve limitada su intervención, prescindiendo o no contemplando las consecuencias de la cotidiana deliberación y gobierno “del pueblo” en otros ámbitos que no sean los prohibidos por el Art. 22 de la Constitución Nacional⁵⁹.

142

De la democracia de los incompetentes a la adquisición de competencia política.

Tal como señalamos en un apartado anterior, la particular narrativa que utilizamos se sustenta y reafirma en los principios, valores e instituciones del

⁵⁸ Ver Gallego, nota 21.

⁵⁹ En este sentido, Gelli apunta criteriosamente que “la prohibición de deliberar se refiere a la que es previa a la toma de decisión gubernamental y no impide, en virtud de los art. 14 y 33 de la Constitución Nacional, la deliberación asociativa, comercial, religiosa, sindical, o el derecho de reunión, reclamo y protesta.” Gelli, M.A. (2008) Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, La Ley, Cuarta Ed., Tomo I. Pág.383.

sistema democrático republicano adoptado por la Constitución Nacional. Así las cosas, volvemos una y otra vez sobre la intrincada ingeniería norteamericana que le brinda sus principales características y le hace ser lo que es. O aquello que más allá de los términos utilizados debería ser. En este sentido y desde esta perspectiva es que planteamos y pensamos -y simplificamos al extremo al efecto del presente trabajo- el término democracia: una democracia directa radical tipo ateniense, asamblearia, y la democracia posible recuperada y mediada por la república y sus instituciones diecisiete siglos más tarde. Seguimos en este punto algunas ideas generales del filósofo español Daniel Innerarity⁶⁰ quien apunta directamente a una de las cuestiones a las que venimos haciendo referencia: *“La democracia presupone una ciudadanía que comprende y observa críticamente la política”*. Inmediatamente, luego de emitir esta sentencia optimista y auspiciosa, lanza un dardo que ni la política ni la ciudadanía suelen comprender:

“Hablamos de una democracia que dispone de mecanismos para monitorizar el poder, pero lo cierto es que tenemos una ciudadanía que carece de esa capacidad por falta de conocimiento político, por estar sobrecargada, mal informada o ser incapaz de procesar la información cacofónica, o está simplemente desinteresada. El origen de nuestros problemas políticos reside en el hecho de que la democracia necesita unos actores que ella misma es incapaz de producir.”

143

Hablamos permanentemente de educación democrática de la ciudadanía. En todos los niveles. Del mismo modo que el pueblo o el contrato social fueron mitos fundadores, ficciones útiles para explicar y legitimar el poder político, la idea de una ciudadanía que monitoriza continuamente el poder resulta un modo de explicar las cosas, pero no tanto un instrumento que efectivamente tengamos a disposición. La ininteligibilidad de la política (y de los asuntos o cuestiones públicas o de todos) no resulta un déficit meramente cognitivo sino democrático: si hay un desajuste profundo entre lo que una democracia presupone de los ciudadanos y la capacidad de éstos para cumplir tales exigencias, si la gente no puede elegir razonablemente como era de esperar, entonces el autogobierno -al menos como aspiración- resulta imposible. Cuando ciudadanos o electores están desbordados y no consiguen comprender lo que está en juego, entonces la libertad de opinión y decisión pueden ser consideradas un reconocimiento formal irrealizable. Esta confusión explica buena parte de los comportamientos políticos regresivos: la simplificación populista, la inclinación al decisionismo autoritario o el consumo pasivo de una política mediáticamente escenificada⁶¹.

⁶⁰ Innerarity, aD. (2018) *Comprender la democracia*. Editorial Gedisa S.A., Barcelona.

⁶¹ Ver Innerarity, nota 62, pág.34.

En otro orden de ideas, “la información política es a la política lo que el dinero a la economía: es la moneda de la ciudadanía”⁶². Moneda expuesta a una especie de inflación que desvaloriza la información circulante, cualquiera sea la fuente de la que provenga, complicando (o en algunos casos directamente impidiendo) la comprensión de la política. El ciudadano corriente vive hoy la política como un exceso de ruido que no le orienta, pero sirve para irritarle. La profusión alimenta la confusión, generando una especie de sobrecalentamiento global de la ciudadanía que sólo sirve para provecho de minorías facciosas.

Para aumentar la competencia de la ciudadanía en relación con la creciente complejidad no se trata tanto de fortalecer las capacidades individuales como aquellos aspectos de la organización social que incrementan sus capacidades cooperativas. En este caso, la solución al problema que nos ocupa no sería menos democracia (recurso a los expertos, aumentar la delegación de confianza o renunciar al control popular) sino más democracia, en el sentido de una mejor interacción y un ejercicio compartido de las facultades políticas. La complejidad no sería entonces un argumento a favor de la des-democratización, sino que actuaría como incentivo para intensificar las prácticas que nos permiten combatir colectivamente a la incertidumbre.

144 Frente a esta realidad, Innerarity aconseja aumentar las competencias políticas desde el punto de vista individual mediante la formación política, pero especialmente las capacidades colectivas a través de la cooperación y mediante sistemas de gobierno inteligentes. La reducción de la complejidad a través de la formación individual es insuficiente. El individuo por sí mismo no es capaz de resolver el problema de la inabarcabilidad. La política es una acción social y sus problemas no tienen más que soluciones colectivas. La competencia de la que estamos hablando, en última instancia, es una propiedad compartida, se realizan con toda su amplitud en contextos sociales.

En este sentido, cabría decir que no es tanto que la democracia requiere competencia política, como que la competencia política requiere democracia; la adquisición de esas propiedades, cognitivas y cívicas, no es plenamente realizable más que en el contexto de una experiencia de vida democrática común⁶³.

⁶² Del libro de Michel Delli Carpini y Scott Keeter, *What Americans Know about Politics and why it Matters*, Yale University Press, citado por Innerarity, nota 62, pág.56.

⁶³ Ver Innerarity, nota 62, pág.80.

Aprender democracia⁶⁴

*“El primer requisito, la condición sine qua non de una democracia, es contar con demócratas. Contar con un número suficiente de ciudadanos como para animar a los demás también a serlo. No estriba sólo en superar modos tribales de convivencia, alcanzar unos prefijados índices de bienestar o dotarse de ciertas instituciones políticas indispensables. Todo ello puede ocurrir, estar presente... y haber una democracia muy poco efectiva si faltan los sujetos capaces de (y estar dispuestos a) ejercer de ciudadanos. Ser demócrata o comportarse como ciudadano no se reduce a creer ser lo uno o ejercer de lo otro, sino que requiere también querer llegar a serlo y saber cómo serlo y ejercer de tal. Pues bien, no hay medio más seguro para ello que una educación destinada a formar a esos demócratas.”*⁶⁵

Siendo el saber un modo de poder, el poder democrático, para ser coherente, debería ocuparse de extender el saber sobre sí mismo a todos los miembros del pueblo. Cuanto más y mejores herramientas tengan los ciudadanos para comprender y manejar ese poder, más accesible y justo será ese espacio público común compartido. A poco de ser implementado, este aprendizaje permite al individuo-habitante -acostumbrado a ver en la democracia un sistema que consagra derechos y los protege- advertir que se trata de un sistema que impone deberes. En definitiva, que un adecuado funcionamiento del sistema democrático depende de que sea entendido y ejercido de esta manera. *“Son deberes que, en último término, resultan condiciones de la conservación, respeto y ejercicio de aquellos derechos. Y no es exagerado decir que uno de los primeros deberes como ciudadanos sería el de conocer con propiedad qué es democracia.”*⁶⁶

Ante determinados modelos de democracia, incluido el nacional y popular que describen los discursos de la presente investigación, podría cuestionarse la conveniencia de este tipo de formación, en la medida que se llegue al extremo del adoctrinamiento militante y partidario. En el otro extremo podríamos encontrar quienes sostengan una visión democrática de carácter más procedimental, decisionista o competitiva, que tienda a reducir o ignorar este tipo de aprendizaje por considerarlo inútil ya que *“la democracia podría funcionar sin problemas incluso en ausencia de ciudadanos virtuosos porque el juego de los intereses privados egoístas acabaría*

⁶⁴ La experiencia española sobre la controvertida implementación de la primera asignatura de Educación para la Ciudadanía en las escuelas en el año 2007 dio lugar a varios estudios y publicaciones de sumo interés. Recomendamos los textos referenciados en Arteta, nota 27 y Cortina, A. (2007) *Educación en la Justicia*. Generalitat Valenciana, Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia.

⁶⁵ Ver Arteta, nota 27, pág.31.

⁶⁶ Ver Arteta, nota 27, pág.33.

*equilibrando unos con otros.*⁶⁷. En cualquiera de los casos, y como indicamos en varias oportunidades, el modelo de educación democrática para la ciudadanía que proponemos en el presente marco es austero y de mínimos: hacemos pie en nuestro sistema democrático de forma republicana y en la ética cívica de mínimos que surge de la Constitución Nacional y la normativa internacional de rango constitucional.

B. REPÚBLICA: ORIGEN Y EJERCICIO DEL PODER

La república, como recuerda Natalio Botana⁶⁸, es una forma de gobierno o régimen político que puede referirse tanto al ejercicio del poder y a sus límites como al origen de este.

Origen del poder

La “tradición republicana” es un conjunto de ideas que distan de ser sistemáticas o coherentes y que tienen su origen no tanto en las ideas y prácticas democráticas de la Grecia clásica (democracia radical) como en las ideas de unos de sus principales críticos: Aristóteles⁶⁹. (Por otra parte, en tanto encarnación de ciertos ideales políticos, el republicanismo no tiene su modelo tanto en Atenas cuanto en su enemiga, Esparta y más aún en Roma y en Venecia. La tradición republicana basada en Aristóteles, conformada por las experiencias de la Roma republicana y de la República de Venecia a lo largo de varios siglos, interpretada a fines del Renacimiento de diversas y conflictivas maneras por florentinos como Francisco Guicciardi y Nicolás Maquiavelo, fue reformulada, replasmada y reinterpretada en Inglaterra y en Estados Unidos durante los siglos XVII y XVIII. Si bien en este proceso algunos temas importantes del republicanismo clásico perdieron su carácter central o fueron lisa y llanamente suprimidos con la llegada del liberalismo, otros conservaron su vitalidad.

Aunque la tradición republicana se apartó del pensamiento democrático griego y en algunos aspectos fue antitética respecto de él, el republicanismo compartió empero algunos de sus supuestos. Para empezar, adoptó la concepción, corriente entre los griegos (democráticos o antidemocráticos) de que el hombre es por naturaleza un animal social y político; de que los seres humanos deben convivir en una asociación política si pretenden realizar todas sus potencialidades; de que un hombre bueno debe ser también un buen ciudadano; de que un buen sistema político es una asociación constituida por buenos ciudadanos; de que un buen ciudadano es aquel que posee como atributo la virtud cívica; de que la virtud es la predisposición

⁶⁷ Ver Arteta, nota 27, pág.33.

⁶⁸ Ver Botana, nota 57.

⁶⁹ Dahl, R. (1992) *La democracia y sus críticos*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. Barcelona.

a procurar el bien de todos en los asuntos públicos y de que, por lo tanto, un buen sistema político no sólo refleja la virtud de sus integrantes sino que la promueve.

Más concretamente, al igual que los demócratas griegos, los republicanos sostenían que el mejor sistema político es aquel en el cual los ciudadanos son iguales en aspectos importantes: ante la ley, por ejemplo, y por la ausencia de toda relación de dependencia (como la que hay entre amo y esclavo) entre un ciudadano y otro. Además, la doctrina republicana insistía en que ningún sistema político podía ser legítimo, conveniente o bueno si excluía la participación del pueblo en su gobierno.

A pesar de estas similitudes, el republicanismo era algo más que la mera reafirmación de los ideales y prácticas de la democracia clásica griega. Al igual que Aristóteles, en ciertos aspectos decisivos brindaba una opción frente a la democracia tal como era entendida por muchos griegos. Si bien la doctrina republicana hacía mucho hincapié en la importancia fundamental de la virtud cívica, destacaba tanto o más la fragilidad de la virtud, el peligro de que un pueblo o sus líderes se corrompieran, y por ende la probabilidad de que la virtud cívica se degradase hasta tal punto que fuese imposible instaurar una república. Según la visión republicana, una de las mayores amenazas a la virtud cívica es la generada por las facciones y conflictos políticos, que a su vez derivan de una característica poco menos que universal de la sociedad civil: “el pueblo” no es una totalidad perfectamente homogénea cuyos miembros tengan intereses idénticos; normalmente se divide en un elemento aristocrático u oligárquico y otro democrático o popular (los pocos y los muchos), cada uno de los cuales persigue diferentes intereses. Siguiendo a Aristóteles, podría añadirse un tercer componente; un elemento monocrático o monárquico, un líder o soberano que podría procurar realzar su posición, prestigio y poder. La tarea de los republicanos, entonces, consiste en elaborar una constitución que refleje, y de algún modo equilibre los intereses de uno, de pocos y de muchos proporcionando un gobierno mixto, con elementos de democracia, de aristocracia y de monarquía de tal modo configurados que los tres componentes finalmente concurran al bien de todos.

El modelo constitucional más notorio fue el de la república romana con su sistema de cónsules, Senado y tribunos del pueblo (Roma ofreció asimismo el ejemplo obvio de la decadencia y corrupción de la virtud cívica: el auge de los conflictos civiles y la transformación de la república en el imperio pusieron de manifiesto que incluso una gran república podía ser destruida). En el siglo XVIII se añadió otro ejemplo notorio al modelo romano: la constitución inglesa, que con su maravilloso ordenamiento de la monarquía, la Cámara de los Lores y la de los Comunes fue para algunos teóricos republicanos (principalmente el barón de Montesquieu) el verdadero epítome de un sistema de gobierno perfectamente equilibrado.

Gracias a los acontecimientos que tuvieron lugar en Gran Bretaña y en Estados Unidos, el siglo XVIII asistió al desarrollo de una veta de republicanismo radicalizado que en algunos aspectos se contraponía a la vieja tradición. Si la

concepción anterior pudo llamarse republicanism aristocrático, la nueva puso el acento, cada vez más, en la fundamental importancia del componente democrático en la constitución de una república. La veta más aristocrática o conservadora de republicanism se encuentra en Aristóteles, en Guicciardini y los *ottimati* del Renacimiento florentino y, en América, en John Adams; la más democrática, en Maquiavelo, los Whigs radicales del siglo XVIII y Thomas Jefferson.

Según la visión republicana aristocrática, aunque debía asignarse a los muchos, al pueblo, un papel importante en el gobierno, ese papel tenía que ser limitado porque era más lo que debía temerse del pueblo que lo que podía confiarse en él. Para los republicanos aristocráticos, el más difícil problema constitucional es quizá crear una estructura que pueda restringir en grado suficiente los impulsos de los muchos. La función que le compete al pueblo no es gobernar, como en Atenas, sino más bien elegir dirigentes idóneos que estén en condiciones de llevar a cabo la exigente tarea de regir los destinos del sistema político total. Por cierto, dado que los dirigentes están obligados a gobernar teniendo en cuenta los intereses de la comunidad en su conjunto, y como el pueblo es naturalmente un importante elemento de la comunidad, los dirigentes calificados gobernarán de acuerdo con el interés del pueblo; pero no lo harán exclusivamente en su interés, por importante que sea ese elemento, pues al aceptar la esencial legitimidad de los intereses de los pocos y de los muchos, para los republicanos aristocráticos el bien público requiere equilibrarlos.

148

En cambio, en el incipiente republicanism democrático del siglo XVIII, eran los pocos, no los muchos, el elemento más temible; no el pueblo, sino los elementos aristocráticos y oligárquicos. De hecho, la confianza depositada por los nuevos republicanos en las perspectivas futuras de un buen gobierno descansa en las cualidades del pueblo; más aún, el bien público no consiste en balancear los intereses del pueblo con los intereses de los pocos: el bien público es, ni más ni menos, el bienestar del pueblo. Por consiguiente, la tarea constitucional consiste en proyectar un sistema que de algún modo supere la tendencia inevitable a la preponderancia de los pocos, o de un único déspota y sus seguidores. En la independencia de los Estados Unidos, los federalistas rechazaron completamente los principios clásicos de libertad política (libertad positiva en términos de Isaiah Berlin), virtud cívica y participación política de los ciudadanos como fundamentos de la república, sustituyéndolos por las “virtudes institucionales” que permiten crear un sistema de control y balance del gobierno. De ahí en adelante, el rasgo fundamental de toda república será la representación política mediante elecciones periódicas. Mención particular merece el republicanism democrático de Jefferson, quien proponía la organización de un modelo de república agraria, que fuera el caldo de cultivo para la obtención de buenos ciudadanos. En la Revolución Francesa, por su parte, el republicanism jacobino encabezado por Robespierre, recupera las fuentes antiguas

de la república democrática a fin de construir un modelo de democracia directa que garantice el gobierno del y para el pueblo, eliminando con ello toda forma de divorcio entre los representantes y los representados.

Un capítulo aparte lo representa el denominado neo republicanismo, En 1975 se publica la obra de John G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment*. A los trabajos de Pocock se unirán, entre otros, los de Quentin Skinner, en el esfuerzo por recuperar la noticia de la existencia de aquella tradición política previa y diferente al liberalismo, y cuya realidad y posibilidades quedaron veladas por la hegemonía de la tradición liberal en el mundo moderno. A esta reivindicación de la primitiva tradición republicana, se sumarán otros nombres, como los de Adrián Oldfield, Ronald Beiner, Thomas L. Pangle, y, más recientemente, los de Maurizio Viroli, Philip Pettit⁷⁰ o Helena Béjar. Hay que añadir que el pensamiento de Hannah Arendt es reconocido como un claro precedente de la propuesta de recuperar para el pensamiento político la inspiración republicana.

Más allá del particular devenir de esta corriente, en su vertiente histórica o de teoría política, sí nos interesan algunos de sus supuestos básicos en cuanto se aproximan a los valores de la ética cívica de mínimos comunes que tomamos como marco de análisis para este trabajo. En este sentido, hacemos nuestras las palabras de Andrés Rosler:

“En cuanto a los que creen que el republicanismo no es sino una ideología de la consagración del statu quo, ellos se olvidan no solamente del énfasis republicano en el debate y en el conflicto... sino además de la lucha encarnizada del republicanismo a lo largo de su historia contra la dominación.... En realidad, lo que suele suceder es que para algunos revolucionarios el republicanismo parece ser conservador, y para algunos conservadores sucede exactamente lo contrario, i.e. el republicanismo parece ser revolucionario. Esto se debe a que el republicanismo trata de articular el debate político con la autoridad de la ley, el cambio radical con la continuidad jurídica, lo extraordinario y lo ordinario. De hecho, la distinción a ultranza entre conservadurismo y revolución no tiene mucho sentido, a menos que estemos dispuestos a conservar todo o a revolucionar todo. En última instancia, la cuestión es siempre qué debemos hacer aquí y ahora.”⁷¹

149

⁷⁰ La veta neorrepublicana que forma parte del presente marco teórico la encontramos resumida en la obra *Republicanism*, de Philip Pettit. Más allá de la particular manera de tratar la libertad como no dominación, a medio camino entre la libertad negativa del liberalismo tradicional y la libertad positiva del republicanismo clásico, compartimos la idea de la consciencia cívica y el sostén ciudadano de las leyes, pero luego identificamos un núcleo mínimo normativo que sirve de base común para construir ciudadanía. En esto último, entre otras cosas, nos diferenciamos del referido modelo. Ver Pettit, P. (1997) *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1999, Barcelona.

⁷¹ Ver Rosler, nota 19.

Ejercicio del poder

Contemplar el término república en un sentido más restringido nos acerca al aquí y ahora de la política real. Principio fundamental del sistema democrático constitucional es la soberanía del pueblo y la forma de gobierno es representativa republicana. Cuando el origen democrático del poder se radica en la soberanía del pueblo en su sentido más amplio, la república haría las veces de un regulador del régimen sobre la base de seis componentes⁷² (Botana, 2016): 1) los derechos que se proclaman, 2) las instituciones que los garantizan, 3) el cuerpo representativo que en ese marco gobierna, 4) el gobierno que hace públicos sus actos, 5) la responsabilidad que esos representantes y gobernantes asumen y 6) las obligaciones que el ciudadano incorpora a su conducta para apuntalar ese complejo edificio.

De lo expresado resulta que la democracia y la república conforman una unidad. La democracia sin república es una fuerza que no tiene puntos de referencia; la república sin democracia es una estructura vacía de contenido popular. En definitiva, una democracia republicana es una democracia que la ciudadanía ejerce conforme reglas, instituciones y a los que corresponden ciertos y determinados deberes y deberes. Todo ello comporta un rol que el ciudadano debe ejercer como parte del sistema político constitucional.

150 Las reglas e instituciones no son factores pétreos, indemnes al cambio. Como en todo proceso democrático, están sujetas a modificaciones e impugnaciones a través de las cuales se van institucionalizando otros valores, nuevos intereses e inéditas relaciones de poder; pero en este incesante proceso, las tensiones que de él derivan provienen de una suerte de piedra de toque de la legitimidad republicana. Si, en efecto, es necesario cambiar, ese cambio no es posible si no acatamos las reglas de juego establecidas. Es en este sentido en el que sostenemos que el conflicto y la lucha se corresponden con un sistema democrático, son propios de lo político y, evidentemente, están abiertos a ocurrir en cualquier momento de una relación social. Pero la apuesta del reformismo republicano se juega dentro del régimen y no fuera de él.

C. Ciudadanía: de individuo a ciudadano sin perder la individualidad

Desde una mirada *ciudadana* en términos de rol o función a ejercer como parte del sistema democrático, las debilidades y carencias señaladas no resultan una novedad⁷³. Hace décadas que nuestro argentino nativo o ciudadano por naturalización⁷⁴ viene

⁷² Ver Botana, nota 57.

⁷³ Recomendamos dos síntesis del desarrollo histórico de la ciudadanía: Rubio Carracedo, nota 16 y Heather, D. (2007) *Ciudadanía: una breve historia*. Alianza, Madrid.

⁷⁴ Ciudadanos argentinos, según la ley 346.

siendo tironeado por la política partidaria hacia posiciones que lo alejan del lugar y rol que respecto de la construcción del sistema político la Constitución Nacional pretendió asignarle. En este sentido, desde 1983, populismos de izquierda y gobiernos liberales disputan la arena política alcanzando resultados cercanos al decálogo básico descrito por la teoría: por un lado, pseudo ciudadanos militantes y fanáticos dispuestos a cumplir con el sueño de una democracia asamblearia radical, saltando por encima de las normas en pos de hacer “*de cada necesidad un derecho*”; por otro lado, habitantes que no logran trascender su individualidad y poner el foco en el *otro* y en el *espacio público común* en el que se desarrolla la vida democrática (“*democracia sin ciudadanos*” o “*ciudadanos sin atributos*”⁷⁵).

Naturalmente, esto conduce a que a la hora de pensar en soluciones o buscar responsabilidades, el foco se coloque en el poder-actividad-responsabilidad-ejemplaridad-ética del magistrado, legislador, funcionario público o político profesional de turno: a ellos (*otros*) -nunca *nosotros ciudadanos de a pie o nosotros pueblo* (Art.22 CN)- les corresponde construir y garantizarnos una sociedad más justa, pacífica y unida que permita desarrollar los demás valores y alcanzar los objetivos establecidos por la Constitución nacional. Evidentemente, según los resultados que observamos a diario, esos *otros* -quienquiera que sean- no lo han logrado. También evidentemente, y a fin de cuentas, los que estamos mal somos todos. La anomia es boba. La violencia no distingue entre supuestos buenos y malos, ricos y pobres; entre “*otros*” ciudadanos responsables, y “*nosotros*”, simples ciudadanos de a pie.

151

Algo parece haber cambiado. Sin perjuicio de lo señalado, y al mismo tiempo, bajo la genérica denominación de “*la parte ciudadana*”⁷⁶, en los últimos años han hecho eclosión una serie de cuestiones relativas al rol de la ciudadanía dentro del sistema político constitucional y, en particular, a la relación entre el ejercicio cotidiano de los deberes que competen al ciudadano y el funcionamiento de las instituciones del sistema político republicano.

⁷⁵ Camps, V. (2010) *Democracia sin ciudadanos. La construcción de la ciudadanía en las democracias liberales*. Editorial Trotta S.A., Madrid.

⁷⁶ Aunque en otro sentido, hemos tomado este término del filósofo francés Jacques Ranciere. Al ciudadano argentino le ha sido asignado una parte, un rol dentro del sistema político, pero pocas veces (sino nunca) lo ha ejercido como mínimamente corresponde. Como vemos, las razones son varias: por no saber cómo hacerlo, por no haber podido, por no haber querido, por haber sido adoctrinado a militar una ideología determinada, por no haber sido educado para ello. A poco de comprender el razonamiento de Ranciere, resultará también evidente que estas reflexiones difieren de las suyas, sobre todo en cuanto al primitivo alcance de la discordia, litigio y disrupción, que impiden pararse en punto de partida consensuado alguno. En definitiva, recurrimos a esta terminología en el sentido de revalorar la categoría constitucional del ciudadano, y, de esta manera, la política, sin que esto signifique llegar al extremo cuasi-anárquico de identificar la democracia con cada uno de los miles de momentos de reacción y disrupción. Ranciere, J. (1996) *El desacuerdo. Política y filosofía*. Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires. Cap. 1, pág.13.

Yendo de lo macroscópico a lo microscópico, un punto importante a tener en cuenta como base de la investigación -deducible de la historia fundacional republicana argentina y de los antecedentes políticos antes referidos- es el siguiente: una de las cuestiones que afectan a la democracia y el funcionamiento de nuestro sistema republicano radica en la falla del componente *ciudadanía*. El Estado tiene herramientas para colaborar con la construcción del tipo de ciudadanía que se corresponda con el sistema político adoptado por el pueblo de la nación -democracia representativa, republicana, federal.

Pero, al final del día, terminan siendo los gobiernos, los poderes ejecutivos, quienes a través de las políticas educativas tienen la posibilidad de orientar la educación para la ciudadanía en un sentido o en otro. Posibilidad o deber. Luego, formación cívica democrática republicana o adoctrinamiento ideológico-político: educar ciudadanos en una ética cívica de mínimos comunes democráticos y republicanos con sustento en la Constitución Nacional y demás normativa de rango constitucional, o adoctrinarlos en un conjunto de ideas y creencias preestablecidas con el único objetivo de formar fanáticos ideológicos o cuadros políticos que sirvan a una causa partidaria determinada. Mientras que la educación apuesta a aportar los conocimientos necesarios para que la persona gane autonomía a partir del desarrollo de su propio juicio, el adoctrinamiento busca anular la crítica del sujeto y que éste repita la información que se le suministra. El límite es muy fino y sutil: una ciudadanía apática, ausente y sin atributos es muchas veces incapaz de notar las diferencias. Cuando logra hacerlo quizá resulta demasiado tarde.

152

En esta investigación nos preguntamos, ¿los discursos presidenciales de los presidentes de los diferentes partidos políticos contribuyen o no para construir una ciudadanía que ejerza sus funciones con mayor responsabilidad, y de esta manera pueda mejorar el funcionamiento del sistema político?

Entendemos que, en última instancia, nada puede lograr la democracia como sistema y la república como forma de gobierno sin la motivación y la virtud de los sujetos a cargo de su desarrollo y sostenimiento: los ciudadanos. La noción de virtud es posicional, o relativa a cierta función o tarea a cumplir. La *areté* o excelencia de un cuchillo se mide por su filo, dado que cortar es su función básica. La virtud de un ciudadano dependerá de la funciones que deba desempeñar: Aristóteles nos dice que la virtud del ciudadano es necesariamente relativa al régimen (o constitución).

El interés republicano por la virtud se debe a que, como sostiene Tocqueville *“no hay país en donde la ley pueda prever todo y donde las instituciones deban tener el lugar de la razón y las costumbres”*... *“en la Constitución de todos los pueblos, sin que importe la naturaleza de la misma, se llega a un punto en que el legislador está obligado a depender del buen sentido y de la virtud de los ciudadanos”*... *“Este punto está más cerca y visible en las Repúblicas.”*⁷⁷

⁷⁷ Rosler, nota 19.

En este sentido, la virtud cívica no implica una moralización de la actividad política, sino que hace referencia a un ciudadano que desempeña correctamente su función, función que puede variar según la época. Pero la virtud también cumple una importante tarea motivadora. En la antigüedad, al no existir un aparato burocrático estatal como el moderno, era necesario contar con ciudadanos lo suficientemente virtuosos como para interesarse en los asuntos públicos. En nuestra época, la idea de esta tarea motivadora puede resultar extraña, frente a un sistema político liberal (Estado de derecho, imperio de la ley) pensado como un dispositivo automático preparado para funcionar sin la virtud del ciudadano o en condiciones de apatía política.

La cuota de republicanismo austero por la que finalmente abogamos, por darle un nombre que nos acerque a lo conocido, resulta un producto que no solo requiere de servicio y apoyo constante, sino que solo va a funcionar correctamente si es reconocido por los ciudadanos como una invitación a participar en política. Ello significa que:

“en una república, los ciudadanos no cuentan con un sistema político, sino que son el sistema político. Dado que son los ciudadanos quien eligen y finalmente componen el gobierno, sus decisiones serán tan buenas como su grado de virtud cívica. Por más que existan instituciones encargadas de fiscalizar el comportamiento de los ciudadanos, estas instituciones estarán compuestas, a su vez por ciudadanos. Por ello, si quisiéramos hacer depender las instituciones de otras instituciones indefinidamente, solamente estaríamos postergando el problema sin resolverlo.”⁷⁸

153

Pero hay más. La virtud cívica, además de cumplir tareas sistémicas, motivándonos a hacer lo que tenemos que hacer, cumple funciones epistémicas, indicándonos qué es lo que tenemos que hacer. La virtud que conforma la ética cívica que propondremos en las conclusiones es “modesta”: sus exigencias están muy lejos de ser exigencias inquisitoriales o perfeccionistas o tendientes a que la vida de los ciudadanos se corresponda con un ideal de la vida buena como concepción del bien. En este sentido, y como veremos, los ciudadanos pueden alcanzar el conocimiento de qué es lo que tienen razón de hacer gracias a la deliberación pública, el debate de ideas y la educación, perfectamente compatible con la idea y función de la representación⁷⁹. Así entendemos que debiera funcionar la ética cívica que sirve de sustento a la función ciudadana que -como sostenemos- recoge la Constitución

⁷⁸ Rosler, nota 19. Adaptación propia para facilitar su lectura.

⁷⁹ Una narrativa similar puede encontrarse en el pensamiento del sociólogo Carlos Strasser, aunque marcadamente pesimista en su caso, al considerar que “las condiciones de posibilidad real de (llevar adelante) lo conceptualizado”, por parte del ciudadano, son prácticamente nulas. Strasser, C. (2013) *La razón democrática y su experiencia*. Prometeo Libros. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Nacional como parte fundamental del sistema político democrático. Terminamos este apartado con un cita de Rosler, que refleja el espíritu del modelo utilizado para el presente estudio: *La virtud cívica contiene un conjunto de requerimientos mínimos o indispensables para todos aquellos que, sin ser dioses o bestias, son parte del sistema político, la República.*

PARTE IV: período 2010-2020 en Argentina

A. PRESIDENCIA CRISTINA FERNANDEZ DE KIRCHNER (2010-2014)

Sentadas las bases de nuestro trabajo, pasamos a considerar la evolución del discurso de Cristina Fernández de Kirchner. Electa inmediatamente después del gobierno de su esposo Néstor Kirchner en el año 2007, y luego de tres años mandato, analizaremos en primer lugar el mensaje del inicio de las sesiones ordinarias del Congreso de la Nación en el año 2010.⁸⁰

Respecto del motivo de su presencia en el Congreso y el destinatario de sus palabras, Cristina Fernández reconoce inicialmente que cumple con la manda constitucional del inciso 8 del artículo 99, de la Constitución Nacional, *“que me obliga a dar cuentas del estado de la Nación como administradora general del país”*⁸¹.

154 Lo primero que llama la atención es la utilización de un lenguaje inclusivo⁸², llamándose a sí misma y a la presidente de la República de Chile “presidenta” en lugar del sustantivo neutro “presidente”, marcando desde el inicio la fuerza y personalidad de su discurso.

*“Sra. Presidenta de la Nación. – Muy buenos días a todos y a todas: vengo a dar cumplimiento a lo prescripto por el artículo 99, inciso 8., de la Constitución Nacional en cuanto a inaugurar el período legislativo de sesiones ordinarias. ... Quiero solidarizarme con la República de Chile, ...hemos mantenido comunicación permanente con nuestra amiga y compañera presidenta de Chile, Michelle Bachelet, a quien le hemos ofrecido toda nuestra ayuda...”*⁸³

El discurso, inmediatamente después, transcurre como una actuación o juego dialéctico con los presentes al acto, que parecería estar dirigido exclusivamente a los legisladores que forman parte de su gobierno en cuanto a las bondades resultantes de aquello que ella ha definido previamente como “país real”.

⁸⁰ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación Asamblea Legislativa 1 de marzo 2010, p. 6. En adelante (2010).

⁸¹ *Ob.Cit.* (2010) pág. 7.

⁸² No era común para la época, distinguir entre “todos y todas”. Inclusive la misma transcripción la coloca como “presidenta”.

⁸³ *Ob.Cit.* (2010), pág. 6

Pero quiero aclararles que yo voy a hablar del país real, del país que me toca administrar todos los días. Porque he advertido que en los últimos tiempos han surgido dos países: un país real, que ha permitido que, por ejemplo, se batan récords como no ocurría hacía años en materia de esparcimiento –afortunadamente– de nuestra población, en nuestras playas, en nuestros centros turísticos, en compras, etcétera; y otro país, al que yo denomino “país virtual o mediático”, en el cual suceden cosas horribles, en donde nada está bien”... “Este país real se enfrenta con el país virtual o mediático”.⁸⁴

Según va surgiendo del desarrollo del discurso, el “país real” es el país que la mandataria y aquellos que forman parte de su “nosotros” comenzaron a construir desde del año 2003.

“...quiero hablar de este país real en un mundo que también se ha tornado real. Porque hasta el último trimestre de 2008 teníamos también un mundo global, virtual, una burbuja que estalló. Una burbuja que muchas veces nos fue presentada a nosotros, en estos casi siete años de gestión del proyecto, como el modelo a seguir, y que estalló allá, en el último trimestre de 2008, dejando ver el mundo de la economía real, el mundo que estaba fuera de la especulación.”

Sin embargo, la confusión entre Estado, gobierno, papel de líder carismático, ciudadanía y el rol y funciones que compete a cada elemento del sistema político democrático republicano no resulta fácil de distinguir. Esta mezcla de sensaciones resulta patente desde el comienzo, cuando le resultan exagerados los aplausos que su propio discurso generaba:

“Vamos a poder aplaudir más el día que podamos decir pobreza e indigencia cero, a lo largo y a lo ancho de la República Argentina. (Aplausos.) Y por ese día es que seguimos trabajando con mucha fortaleza. (Aplausos.) No necesito aplausos. Necesito cooperación, esfuerzo. No para mí, sino para la Patria. La Patria no necesita aplausos. (Aplausos.) La Patria, y no Cristina, como acostumbran llamarme los diarios; no el gobierno, ni la presidenta, sino la Patria necesita que todos los hombres y mujeres que tenemos representación popular nos despojemos por un minuto de nuestras ambiciones, legítimas. Nadie está en política porque no quiere ser nada. Todos los que están sentados acá quieren ser todo y más también, como yo también lo quería ser. (Aplausos.) Pero por un momento debemos despojarnos de esas ambiciones, no para archivarlas sino para ver el país real que nos permita tener una clara visión de lo que está ocurriendo. Este país real se enfrenta con el país virtual y mediático.”⁸⁵

⁸⁴ Ob.Cit. (2010) pág. 7 y 9.

⁸⁵ Ob.Cit. (2010) pág. 9.

La alocución es dirigida principalmente a sus partidarios, realizando comparaciones permanentes con otros países que se encontraban en peor situación⁸⁶, en general, países cuyos gobiernos diferían diametralmente con su ideología. Sin perjuicio de ello, reconoce la presencia de los opositores-enemigos dentro de la audiencia, y, con gestos y medias palabras, no deja de enviarles mensajes entrelíneas.

“Todo esto significó tener –entre muy pocos países en el mundo– una recaudación positiva de 13.2 por ciento. En Chile, por ejemplo, cayó casi un 25 por ciento, lo mismo puede decirse de Perú y de un gran número de países. Y esto fue posible no sólo por los diversos instrumentos y políticas activas que se desarrollaron durante 2009, sino también por la solidez de un modelo económico y político... que desde el 25 de mayo de 2003 generó las condiciones macroeconómicas para que un país salga adelante.”

Entre rendición y rendición, y siempre apelando a la observancia de las instituciones democráticas y republicanas, la presidenta introduce anécdotas personales:

“¡Somos muy curiosos en la República Argentina! Quizás no creemos en lo que vemos, pero vienen y nos cuentan algo y lo creemos, y actuamos con un efecto de manada, efecto expectativa. Por eso, decía hace poco que uno de los principales problemas que hay en la República Argentina –se lo manifesté a los empresarios– es que el aire es gratis. Estoy segura de que si el aire se cobrara y, entonces, cada uno que hablara, arriesgara pronósticos o formulara políticas tuviera que pagar por utilizar esa porción de oxígeno, se dirían muchas menos tonterías en la República Argentina. (Aplausos.)”⁸⁷

156

Hay una gran impronta hacia la defensa de los derechos humanos, retrotrayendo en su discurso al país a cuestiones ocurridas durante la dictadura militar de los años 1976-1982, sin mencionar lo actuado en esta materia por los gobiernos democráticos que la precedieron.

Este año han avanzado mucho las causas en materia de derechos humanos, sobre todo las causas emblemáticas –las mayores–: las de Campo de Mayo y la ESMA. Y realmente en nombre no de todos, pero sí creo que de casi todos los argentinos, quiero pedir a la Justicia que finalmente termine juzgando a los responsables y a los culpables para que, con verdad y con justicia, podamos dar vuelta definitivamente la página tal vez más dolorosa de este siglo XX que nos tocó pasar a los argentinos. (Aplausos.) Puedo asegurarles que no hay odio: ¡en absoluto! Me tocó vivir algo muy impresionante el otro día porque junto con Francisco Madariaga y su padre, con Estela

⁸⁶ Ob.Cit. (2010) pág. 7.

⁸⁷ Ob.Cit. (2010) pág.13.

y con Madres, vinieron a visitarme otros nietos recuperados. Estábamos sacándonos fotos –permítanme contar esta anécdota para reflejar que no hay odio, en absoluto: al contrario, hay unas inmensas ganas de vivir y de seguir adelante– con Estela, con todos, y con Kirchner, aquí presente. Entonces, viene uno de los nietos –no importa cuál– y me dice muy sonriente, contento, alegre: “¿Me puedo sacar una foto con ustedes dos? Ya que no me la puedo sacar con mis viejos [tiene a los dos padres desaparecidos] déjenmela sacar con ustedes dos.” ¡Les aclaro que casi me desmayo! El chico se reía: sonreía; no había odio, como no hay odio en estas mujeres: solamente demanda de verdad y justicia. Queremos que sea pronto para terminar con esa historia y seguir una historia mejor, que nos merecemos todos los argentinos. (Aplausos.) Está esa Argentina virtual y mediática que planteó que odiábamos a las fuerzas armadas: ¡Por Dios! ¿Nosotros, los peronistas, contra los militares? ¡Somos el único partido político vigente en la Argentina fundado por un general! (Aplausos.)⁸⁸

En 2011 encontramos un discurso diferente, no sólo por ser el último año de su primer mandato, sino también porque a fines del 2010 ocurre el fallecimiento de Néstor Kirchner, circunstancia por demás importante a efectos del relato del modelo nacional y popular. Cristina Fernández comenzó a referirse al expresidente como “Kirchner” o “Él” y a sus gestiones – la de Néstor Kirchner y la de ella - como si hubieran sido “fundacionales”⁸⁹ ya sea expresando que “...Era una etapa de fundación de bases de un país, que a él le tocó hacer...” o que algo se había hecho “...Por primera vez también en doscientos años de historia...”⁹⁰.

“Enemigos” del Estado⁹¹ ya no serán únicamente los medios de comunicación sino también los centros financieros y el campo: “Frente a los constantes rumores lanzados desde los centros financieros de que no íbamos a poder hacer frente a la deuda para continuar especulando con el endeudamiento argentino...”, o “... desde algunos sectores que empujan devaluaciones que ya sabemos a quiénes sirven y también sabemos a quiénes perjudican y que, por lo tanto, no vamos a someternos a presiones de ninguna naturaleza que distorsionen el modelo...” y “...La seguridad es la seguridad y no debe tener ideología. Pero lo que por

⁸⁸ Ob.Cit. (2010) pág.17.

⁸⁹ Su gobierno sería -en sus palabras - una continuación de la de su esposo, a la que atribuye el mismo carácter (veremos que en los siguientes años ya no hace esa diferencia, sino que parece que sólo hubiera sido un período desde el año 2003 al año 2015).

⁹⁰ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación Asamblea Legislativa 1 de marzo 2011, pág. 6 y 8 entre otras. En adelante (2011).

⁹¹ Se advierte una confusión entre los conceptos de gobierno y Estado, que va en línea con lo ya apuntado.

*sobre todas las cosas no debe tener es utilización mediática o publicitaria con fines electorales...*⁹²

Manifestó que “...Sería bueno que el Poder Legislativo y la jurisprudencia argentina pudieran tener una actuación muy activa, mucho más activa de la que han tenido hasta ahora, en materia de lavado. Porque, si no, es probable que la Argentina sea condenada por el GAFI, pero no por lo que no ha hecho su Poder Ejecutivo sino, en definitiva, porque no se han sancionado las leyes o no se han dictado las sentencias que deberían haberse dictado. ...”⁹³ algo que podría entenderse tanto como una intromisión en los poderes del Estado como al revés, una advertencia a los mismos que demostrare que ella no tenía poder sobre estos.

La economía fue uno de los temas principales de su discurso y como gran logro mencionó “...una muy buena noticia para el federalismo argentino, la transferencia más importante [de dinero] a las provincias...”⁹⁴, algo que en realidad es un derecho de las provincias.

En relación a la vida de los ciudadanos, se refirió a los sindicatos que “...No pueden someter de rehenes a usuarios y a consumidores, en la República Argentina...”⁹⁵, agregando que “muchas veces...criticamos prácticas monopólicas que se dan, por allí, en el sector empresario, producto de posiciones dominantes...Pero muchas veces, vemos que también en el sector de los trabajadores sindicalmente organizados, nuestros sindicatos –que, por allí, tienen el monopolio; y bueno, en el caso, no hay otra forma de viajar que no sea en avión, para algunos, o de transportarse en trenes, o de transportarse en colectivos, o de tener luz o de tener gas– utilizan la misma lógica o el mismo comportamiento que criticamos en otros...”

Cristina Fernández de Kirchner fue reelecta en 2011, por amplia mayoría. Su discurso inaugural del año 2012 fue el primero de su segundo mandato.

El Congreso contó en esa ocasión con la presencia de los “...señores dirigentes sindicales y de distintos partidos políticos que nos acompañan, Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, señor juez Baltasar Garzón, que hoy nos honra con su presencia...”⁹⁶

Refirió que “...La Nación Argentina sigue protagonizando desde el año 2003 uno de los crecimientos vigorosos económicos con inclusión social de los que se tenga memoria” y que “...Vengo hoy a decir que la política de subsidios mantenida desde el año 2003 a la fecha...” notándose un cambio en la forma de referirse a su gobierno - que se irá acentuando a lo largo del tiempo - en cuanto que parecería que su gestión incluye no sólo su periodo anterior sino también el

⁹² Ob.Cit. (2011) pág. 7, 11 y 17, Ob. Cit. (2011) pág. 11.

⁹³ Ob.Cit. (2011) pág. 9.

⁹⁴ Ob.Cit. (2011) pág. 8.

⁹⁵ Ob.Cit. (2011) pág.14.

⁹⁶ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación Asamblea Legislativa 1 de marzo 2012, pág. 6. En adelante (2012).

del presidente Kirchner, es decir desde el 2003.⁹⁷

Nuevamente el primer tema fue la economía y allí volvió a dividir a la ciudadanía⁹⁸ al hablar del crecimiento del mercado interno: “...¿Se entiende? Necesitaríamos aún exportar mucho más para igualar la fortaleza del mercado interno y del consumo popular, a fin de tener un mayor crecimiento. Esto es muy importante porque nos obliga a seguir manteniendo, profundizando y transformando las políticas que sostienen la demanda agregada; en términos criollos, esto significa sostener que la gente pueda tener poder adquisitivo, sobre todo los sectores de mayor vulnerabilidad que al no tener capacidad de ahorro... ..., que al no poder viajar al exterior... ..., que al no poder comprar dólares... .. son los que consumen hasta el último peso que les ingresa ...”⁹⁹

La crisis del 2001 afectó a toda la ciudadanía – aquí si hay unanimidad, hablando “...desde la experiencia...; lo hacemos desde lo que nos pasó a los argentinos –a los argentinos; nos pasó a todos– en 2001, cuando el país se desplomó...”¹⁰⁰, volviendo a hacer parecer que luego del 2001 hubo un solo gobierno.

En cuanto a la República expresó que “...todos aquellos que tenemos responsabilidades institucionales, desde la más alta –como esta presidenta– ... ciudadanos y ciudadanas en general, tengamos clara conciencia del mundo en el que estamos viviendo y del país que tenemos y que hemos logrado construir con el esfuerzo de todos. Por eso, no me canso de apelar una y otra vez a la unidad, a la organización y, por favor, a la información correcta por parte de todos...”¹⁰¹ Tratándose de una misma ciudadanía, sus palabras, en este sentido, se contradicen con otras de discursos anteriores.

Se asume – junto a su difunto esposo – como aquellos que enderezaron el país, haciendo un *racconto* desde el año 1976, año en la que, según ella, comenzó “la caída de la Argentina” al decir que “ ...En realidad, el fuerte endeudamiento comenzó el 24 de marzo de 1976. Esa es la realidad. No quiero venir a utilizar políticamente los números, quiero decir la verdad histórica. Lo cierto es que el golpe de Estado del 24 de marzo de 1976 marcó el inicio de la caída de la Argentina, que no se detuvo, ... y, más tarde, con un endeudamiento formidable que explotó no solamente hacia afuera, porque no le podíamos pagar a nuestros acreedores externos; ni siquiera les podíamos pagar a nuestros acreedores internos. Este año recién este gobierno va a terminar de pagar el BODEN 2012. ... Fue el resto de los argentinos –argentinos

⁹⁷ Ob.Cit. (2012) pág. 6 y 13.

⁹⁸ Ricos contra pobres. Algo constante en sus discursos en cuanto a la ciudadanía es que pareciera que hubiera dos tipos de ciudadanos en todas y cualquier situación, lo que implicaría una división y lucha permanente y no una unidad.

⁹⁹ Ob.Cit. (2012) pág. 8.

¹⁰⁰ Ob.Cit (2012) pág.10.

¹⁰¹ Ob.Cit (2012) pág.11.

que, tal vez, nunca vieron ni verán un dólar en toda su vida— los que tuvieron que contribuir con 19.641 millones de dólares, que hemos pagado desde 2005 hasta este año, cuando paguemos la última cuota correspondiente a 2011. Eran argentinos que tenían dólares aquí. Me imagino todas las cosas que podríamos haber hecho con esos 19.641 millones de dólares para las personas que menos tienen, para los que nunca tuvieron la suerte de tener un depósito en dólares. Pero un país se tiene que hacer cargo y un gobierno se tiene que hacer cargo de todas las cosas: de las que hizo él y de las que hicieron los otros también, porque para eso se es gobierno y para eso se reclama el voto de las grandes mayorías populares.”¹⁰²

Llamó nuevamente a la unidad del pueblo “...tenemos que aprender que la unidad, la unidad de los argentinos y la organización de los argentinos en sus sectores productivos, en sus sectores dinámicos en articulación con el Estado —lo privado, lo público— es lo básico. Cada vez que hemos logrado eso, no me voy a cansar de repetirlo, hemos avanzado positivamente los trabajadores...”¹⁰³ invocando inmediatamente un antagonismo entre trabajadores y empresarios “...Como los empresarios —y no quiero ser nada peyorativa—, muchas veces, se ponen de acuerdo para cosas buenas y, otras veces, para cosas no tan buenas, y la cabra siempre tira al monte, como decía mi abuela...”¹⁰⁴

Como en todos sus discursos, hizo una especial referencia a los derechos humanos. Respecto de la justicia, se puso al frente de la reforma del Código Civil y Comercial (finalmente aprobado en el año 2016) y finalizando con el tema Islas Malvinas.

160

En 2013 se cumplieron 30 años del retorno de la democracia a la Argentina. Esto no fue pasado por alto en el discurso de Cristina Fernández que apenas comenzar señaló que “...Este no es un año cualquiera; esta no es una sesión o un período de sesiones cualquiera. Este 131 período de sesiones ordinarias legislativas coincide con dos aniversarios muy fuertes. Para mí, como militante política, para mi generación y creo que, para todos los argentinos, este año se van a cumplir treinta años de la recuperación democrática de la República Argentina...”¹⁰⁵

También mencionó a su esposo ya que se cumplían 10 años del inicio del “...proyecto político que abarca a toda la Nación, donde ya íbamos a la lucha por la igualdad, íbamos a la lucha por un mayor desarrollo económico, social y cultural, por las terribles frustraciones que habíamos vivido los argentinos aún en períodos democráticos...”¹⁰⁶

Luego de ello, prosiguió con la economía haciendo saber que “...jamás habíamos tenido una recuperación tan importante...”¹⁰⁷, pero seguidamente justificó los

¹⁰² Ob.Cit. (2012) pág.12

¹⁰³ Ob.Cit. (2012) pág. 20.

¹⁰⁴ Ob.Cit. (2012) pág. 23.

¹⁰⁵ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación Asamblea Legislativa 1 de marzo 2013, pág. 6. En adelante (2013).

¹⁰⁶ Ob.Cit. (2013) pág. 7.

¹⁰⁷ Ob.Cit. (2013) pág. 7.

planes sociales¹⁰⁸: “...También esto ha sido de gran significado para estos chicos, muchos de los cuales antes no iban al colegio. El impacto ha sido maravilloso porque ha sido una creación que no colisiona con lo que siempre fue una crítica del sector privado hacia los planes sociales. ¿Cuál era la crítica de los sectores privados a los planes sociales? El que recibe plan social no quiere trabajar...”¹⁰⁹

Continuó con educación, haciendo hincapié en el plan Conectar, en la creación de universidades – “... El conocimiento por sí mismo puede enriquecer al individuo, pero aplicado a la industria genera riqueza y enriquece a toda la sociedad y, entonces, se transforma en conocimiento colectivo...”¹¹⁰, la tarjeta “Argenta” para jubilados, programas alimentarios, remarcando las políticas de inclusión social “...porque hay sectores de pobreza –lo que nosotros denominamos “núcleos duros de la pobreza”– a los que, muchas veces, el crecimiento económico con inclusión social, por la falta de capacitación por muchas cosas, no llega. Entonces, tiene que estar el Ministerio de Desarrollo Social para atacar la situación no con políticas asistencialistas sino con asistencia focalizada y directa a esos núcleos duros de pobreza...”¹¹¹

Todo esto contrastó con los índices económicos que ella menciona entre los años 2003 a 2012¹¹² en el cual se habría duplicado el PBI industrial “...esto significa trabajo argentino récord...”¹¹³ a pesar de haber caído la industria en la Unión Europea “... quiero señalar que la industria del mundo cayó también: en la Unión Europea –en los veintisiete países– el 2,1; en Alemania el 1,3; en Francia el 2,8; y en Italia el 6,5.”¹¹⁴

La comparación con otros países para demostrar las bondades de su gobierno es un elemento permanente en todos sus discursos. “...Porque ayer cuando veía, y lo digo con todo respeto, y todos creo que se han sentido impresionados cuando vimos la tapa de los periódicos con la cúpula de San Pedro y el helicóptero blanco... Yo creo en Dios y soy parte de la Iglesia, aunque tengo mis diferencias con la jerarquía, pero todos somos Iglesia... Cuando veía eso, cuando veía a Italia, uno de los países desarrollados que era del Grupo de los Ocho, sin gobierno, pensaba que estamos en un mundo raro. Pero además, en un mundo en el cual los líderes, que tienen más responsabilidad, primero porque sus países originaron la crisis, y en segundo término, porque el tamaño y el volumen de sus economías es de tal magnitud que termina impactando en todos, no alcanzan a ver lo que está pasando...”¹¹⁵ Inclusive hasta se permite una “burla” al Vaticano y asignar responsabilidades por la crisis económica.

¹⁰⁸ Parecería contradictorio el progreso económico con la ampliación de los planes sociales.

¹⁰⁹ Ob.Cit. (2013) pág. 10.

¹¹⁰ Ob.Cit. (2013) pág. 18.

¹¹¹ Ob.Cit. (2013) pág. 12.

¹¹² Sigue considerando todo ese período como un solo gobierno.

¹¹³ Ob.Cit. (2013) pág. 14.

¹¹⁴ Ob.Cit. (2013) pág. 15.

¹¹⁵ Ob.Cit. (2013) pág. 15.

También se compara con otros países latinoamericanos al manifestar que “... hemos mejorado el perfil de becarios y de científicos, en diez años, en el CONICET, y nos coloca, además, en un lugar por un porcentaje que se mide internacionalmente. En América latina somos los que más científicos tenemos por cada mil habitantes: 3 por cada mil habitantes, frente a Brasil que tiene 1,4; Uruguay, 1; México, 1; Chile, 0,7. Por supuesto, están a la cabeza Japón, con 10 cada mil habitantes; Estados Unidos, 9,1; Francia, 8,3. Deberían darles un poquito más de bolilla a esos científicos, para ver si las cosas mejoran...”¹¹⁶

Volvió a recordar que todo el endeudamiento del país “...se vio agravado por dos fenómenos: el golpe del 24 de marzo de 1976, con lo que significó en materia de rompimiento de la matriz económica industrial que tenía la Argentina, por una matriz de servicios y financiera; y el tema de la convertibilidad, que fue financiada primero con la venta de los activos fijos del Estado y luego, con endeudamiento permanente para mantener el uno a uno...”¹¹⁷ recordando a los “fondos buitres” y a que esto no sólo le sucede a la Argentina ya que “...afortunadamente somos un país dentro del Planeta Tierra...”¹¹⁸

En su visión de país entiende que “...Tiene que irles bien al sector público y al sector privado, porque el sector público está representado en la gente, no circunstancialmente en los legisladores, legisladoras o en la presidenta de turno. El sector público representa al pueblo, a la sociedad. Por lo tanto, es básico que se entienda que lo público y lo privado van de la mano indisolublemente unidos...”¹¹⁹ Es difícil entender al “sector público” algo en sí mismo¹²⁰. Posiblemente se estuviera refiriendo a la “administración pública”.

Desde el punto de vista electoral introdujo las PASO lo que consideró como “...una reforma política importante: llevar la interna de los partidos hacia afuera, por afuera de las burocracias político-partidarias, y de esta manera permitir el ingreso de la ciudadanía...”¹²¹ Pidió transparencia y control para los tres poderes.

Concluyó diciendo que “...No queremos volver al pasado. Queremos con memoria, verdad y justicia construir las bases de un sólido futuro... Consolidar esta nueva situación es el punto de partida para comenzar a revertir esta historia y para volver a instalar la noción de progreso y cohesión social en nuestra Patria...”¹²²

¹¹⁶ Ob.Cit. (2013) pág. 19

¹¹⁷ Ob.Cit. (2013) pág. 24.

¹¹⁸ Ob.Cit. (2013) pág. 25.

¹¹⁹ Ob.Cit. (2013) pág. 28.

¹²⁰ Salvo que consideremos al “sector público” como una “casta” término que actualmente se utiliza en política, pero no parece ser ese el sentido de lo expresado por Fernández de Kirchner.

¹²¹ Ob.Cit. (2013) pág. 38.

¹²² Ob.Cit. (2013) pág. 44.

“Mi madre, qué fuerza que tiene este peronismo”

Estas fueron las palabras de Cristina Fernández -que se escuchan en la transmisión de la TV pública oficial- como reacción al clima que se vivía en el recinto al momento de realizarse la apertura de la Asamblea del año 2014.

Comenzó recordando a Néstor Kirchner y los cambios que se propusieron hacer ¹²³ “...Es también el mensaje décimo primero que estamos dando desde aquel 25 de mayo del año 2003 ..., en que un hombre sentado en este mismo lugar en que yo me encuentro, le anunciaba al pueblo de la Nación nuevos paradigmas en materia de política y, fundamentalmente, de gestión de Estado, ya no en función de lo que dictaran los grandes grupos económicos, sino de lo que votara el pueblo en elecciones libres, populares y democráticas...”¹²⁴

Luego – como en todos los discursos analizados - habló de economía, sin omitir mencionar a quienes la acusaban de crear un relato: *“Afortunadamente, en esto que algunos por allí denominan como “relato”, nos acompañan hoy otros relatores internacionales también. Tengo aquí, si me permiten leer, el informe del Banco Mundial, a quien nadie creo que podrá acusar de ser ultra K, o de ser K. Al contrario”* ¹²⁵, comparando – una vez más - la situación del país con otros.

Reivindicó la nacionalización de Aerolíneas Argentinas refiriendo que *“...el Estado es más eficiente; o puede ser tan eficiente como los privados a la hora de la gestión...”*¹²⁶, lo que marca su concepción del tipo de Estado que ella desea.

Siguió refiriéndose a su gobierno como si se hubiera iniciado el 2003 *“...Del año 2003, con una mortalidad infantil del 16,5 por mil, llegamos en 2012 al 11,1 por mil, más de 5 puntos por mil de reducción de la mortalidad infantil. ... Igualmente, de la mortalidad materna tenemos registros únicamente desde el año 2009, pero de cada 10 mil nacidos vivos pasamos del 5,5 al 3 en el 2013”*, mencionado a los progresos en energía, al consumo interno, a la política económica, a la educación y a la gestión sanitaria¹²⁷.

Por primera vez abordó el tema de la violencia doméstica¹²⁸: *“También, en materia de desarrollo social, microemprendimientos, micro emprendedores*

¹²³ Sigue con la idea de que fue todo un mismo gobierno.

¹²⁴ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación Asamblea Legislativa 1 de marzo 2014, pág. 6. En adelante (2014).

¹²⁵ *Ob.Cit.* (2014) pág. 6.

¹²⁶ *Ob.Cit.* (2014) pág. 10.

¹²⁷ *Ob.Cit.* (2014) pág. 18.

¹²⁸ Aquí vuelve a demostrar su preocupación por temas sociales, mas allá de lo estrictamente gubernamental.

sociales, el Programa Ellas Hacen, los programas contra la violencia doméstica”¹²⁹, que marca un nuevo tema en cuanto a la ciudadanía y que en poco tiempo tendría un desarrollo social exponencial.

También en cuanto a los derechos de los ciudadanos mencionó dos problemáticas en particular: las tomas de tierras y los “piquetes” o manifestaciones y protestas que impiden el libre tránsito y circulación. Respecto a la protesta en particular sostuvo:

*“...Creo que además todo el mundo tiene el derecho a protestar, pero no cortando las calles e impidiendo que la gente vaya a trabajar; y no complicándole la vida al otro. Creo que vamos a tener que legislar sobre una norma de respeto y convivencia urbana, donde todo el mundo proteste...”*¹³⁰

En términos de una política sistémica y común en materia cívica que involucre a toda la ciudadana, manifiesta su pretensión y la necesidad de acuerdo para una legislación que favorezca el respeto a los demás ciudadanos.¹³¹

Yo no pretendo tanto, porque ya seríamos el colmo de la civilización, y los argentinos somos un poco más desordenados. Pero nosotros vamos a tener que legislar y la Justicia, fundamentalmente, actuar ante estos casos, porque no podemos solos organizar las cosas. (Aplausos.) Porque ¿qué pasa? Luego pasa que se produce un disparo, se produce un muerto y tenemos no ya doscientas personas sino veinte mil protestando, porque mataron a una persona, porque el otro tiró el palo y nunca se sabe quién tiró el palo primero. Por eso, organicémonos como sociedad. Permitámonos protestar; hay derecho a la protesta. Todos tenemos derecho a protestar, pero tenemos que respetar también a los demás ciudadanos. Tenemos que lograrlo entre todas las fuerzas políticas, aunque pensemos en economía en las antípodas, aunque no estemos de acuerdo con YPF, aunque no estemos de acuerdo con nada; por favor, en el respeto a los demás ciudadanos, pongámonos de acuerdo de una buena vez por todas. Es lo único que les pido. No les pido otra cosa. (Aplausos.)

Las particulares características del modelo nacional y popular la obligan a explicar y justificar su génesis, algunos de los valores vinculados a su versión de democracia, y, finalmente, a destacar a la UCR por lo que sería “otra versión” o

¹²⁹ Ob.Cit., (2014) pág. 26.

¹³⁰ Ob.Cit., (2014) pág. 28.

¹³¹ La presidenta desconocía o ignoraba las distintas formas de construcción de ciudadanía, incluso las que el Estado y su gobierno desarrollaban en ese entonces a través de asignaturas escolares que tenían un marcado sesgo ideológico y promovían las mismas prácticas que la presidenta rechazaba en el discurso. Ver *Diseño Curricular Construcción de Ciudadanía PBA, 1er a 3er año secundaria, 2007*, vigente al momento de la realización de este trabajo.

tradición de la democracia. Siempre en tono de sorna, una de las características que destaca de esta “otra democracia” es la realización de elecciones, una formalidad a la que ellos no les daban tanto valor:

“...La democracia es respetar la voluntad del pueblo expresada soberanamente. ... Y eso es lo que tenemos que entender, porque además está directamente vinculada a la paz y a la vida. Aquí quiero rescatar una tradición de la Unión Cívica Radical. Quiero reconocerles algo. Sí; nosotros los peronistas no le dábamos históricamente tanto valor a la democracia. Ustedes no se deben acordar, porque son todos pibes –ni existían–, pero nosotros, que éramos un poquito más pesaditos, hablábamos de democracia burguesa y no sé de cuántas cosas; qué elecciones; en fin...”¹³².

Agregó que, para que *“...un cambio que pueda consolidarse necesitará de la sumatoria de hechos cotidianos que en su persistencia derroten cualquier inmovilismo, y un compromiso activo de la sociedad en ese cambio. Un compromiso activo de la sociedad en ese cambio. Ese empoderamiento del que yo hablo en la sociedad es para defender sus derechos. No es de ahora, lo decíamos ya en 2003; lo decía él...”*¹³³

Su último discurso fue el del año 2015. En este comenzó a hablar directamente de economía, agradeciendo *“...a todos los argentinos, y en especial al equipo económico de mi gobierno ..., que supo y me ayudó a llevar adelante la dura tarea de remontar todas las expectativas que se habían volcado –yo digo tirado casi– sobre todos los argentinos en cuanto a lo que iba a ser el año 2014 para todos nosotros...”* no sin dedicarle un llamado de atención a los “opositores” *“...que nos auguraban catástrofes financieras azuzadas también por los buitres que, desde Nueva York, intentaron en todo momento trabar la gestión de gobierno, trabar el funcionamiento de la economía argentina y, lo que es más triste, muchas veces, apoyados internamente...”*¹³⁴

También expresó su agradecimiento al “Parlamento” por la aprobación de 48 leyes laborales desde el 2004 al 2014¹³⁵, continuando con el tema de las jubilaciones, igualdad salarial y desempleo juvenil, *“...-según los indicadores de desempleo juvenil del Banco Mundial a diciembre de 2014, sobre un conjunto de 32 países entre los cuales están incluidos todos los países del G-20, Argentina –¿escucharon?– Argentina tuvo el mejor desempeño en la reducción de este flagelo –el desempleo juvenil– entre el 2012 y 2014...”*¹³⁶ donde se vuelve a comparar con otros países.

¹³² Ob.Cit., (2014) pág. 31.

¹³³ Ob.Cit., (2014) pág. 36.

¹³⁴ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación Asamblea Legislativa 1 de marzo 2015, pág. 7. En adelante (2015).

¹³⁵ Nuevamente incluyendo el período del presidente Kirchner como si fuera propio.

¹³⁶ Ob.Cit. (2015) pág. 17.

Habló de la reducción de la pobreza, utilizando otra famosa frase suya: “*¡No fue magia! No es que seamos más inteligentes. Es que tenemos voluntad política y coraje para enfrentar lo que haya que enfrentar...*”¹³⁷

Volvió a referirse a los empresarios – como si fueran enemigos o un mal necesario de la sociedad- al expresar “*...Y este año queremos remitir cuatro proyectos de leyes, no como vienen anunciando para asustar, algunos diarios, que vamos a enviar leyes laborales de no sé qué cosa. Miren, por favor, que no creen fantasmas a nadie. Este gobierno no va a hacer ni a tomar una sola medida ... que atente contra la sustentabilidad de los empleos y la sustentabilidad de las empresas, ¡porque no somos idiotas, señores! ... ¡Si se caen las empresas, se nos caen los trabajadores! No es que seamos buenos con los empresarios... Sabemos que los necesitamos como parte indisoluble de un proyecto de trabajo industrial...*”¹³⁸

En su cierre se describió a “El país que viene” ya que iba a dejar un país “incómodo” a quien la fuera a suceder, agregando que “*... Va a ser muy incómodo, ¡claro que va a ser incómodo! Después de todo lo que hemos leído; va a ser incómodo, sobre todo si les piensan sacar derechos que ha ganado la gente. ¡Va a ser muy incómodo! ...Va a ser muy incómodo!... Sí, es un país difícil para los dirigentes; pero no para la gente, que ha superado, que ha progresado, que ha crecido, ¡que ha encontrado trabajo, que hoy tiene casa, que hoy tiene auto, que hoy tiene trabajo, que sus hijos van a la universidad y estudian!... ¡Por supuesto, el país cómodo es para la gente, no para los dirigentes!*”¹³⁹

Fundamentalmente a partir del segundo gobierno de Cristina Kirchner, el gobierno nacional adopta una discursiva y agenda común a varios países de Latinoamérica -que usualmente se los denomina como “populismos de izquierda” o “socialismo del Siglo XXI”- que en este trabajo identificamos bajo la denominación de modelo de “democracia nacional y popular”¹⁴⁰. El modelo presenta diversas variantes (Venezuela, Ecuador, Bolivia, Nicaragua), pero un común denominador: el respeto de las instituciones democráticas liberales para llegar al poder; luego, y en mayor o menor medida, una tendencia a diluir las instituciones republicanas liberales y sus valores en favor de una personalización del poder y adoctrinamiento ideológico de la ciudadanía.

¹³⁷ La frase “No fue magia” fue luego utilizada en la campaña política presidencial de ese año.

¹³⁸ Ob.Cit. (2015) pág. 21.

¹³⁹ Ob.Cit. (2015) pág. 47.

¹⁴⁰ Cristina Fernández y Néstor Kirchner tomaron algunas ideas del sociólogo Ernesto Laclau y su esposa belga Chantal Mouffe, adaptadas al ámbito local por el espacio Carta Abierta y el grupo de intelectuales que lo representaba. Como analizamos en otra parte de esta investigación, el agonismo adversarial de Chantal Mouffe fue incorporado a la educación en ciudadanía en la Provincia de Buenos Aires, y de allí llegaba a las distintas provincias del país a través del sistema público de medios de comunicación. Para más detalles ver Devoto, M. (2015) *19 Motivos. Ensayando el cambio político*. Grupo Editorial Planeta S.A.I.C. Buenos Aires. Pág.137.

B. Presidencia Mauricio Macri (2015-2019)

En este capítulo analizaremos las características que asumen en la discursiva política del expresidente Mauricio Macri los conceptos de república, democracia y ciudadanía, a partir de un análisis cuantitativo y cualitativo de los términos. Examinaremos los cuatro mensajes presidenciales de apertura de sesiones ordinarias ante la Asamblea Legislativa en el período 2016-2019. El resultado del análisis muestra el modo a través del cual el expresidente construye su identidad por intermedio del trabajo discursivo, dotando de un sentido particular a la terminología objeto de estudio, y en relación con sus políticas de gobierno, sus aspiraciones y sus propósitos de Estado.

Respecto del escenario contextual en que estos discursos se pronuncian, cabe destacar que Mauricio Macri asumió la presidencia de la Nación el 11 de diciembre de 2015 luego de haber ganado en una segunda vuelta con el 51,34 % de los votos, frente a su rival Daniel Scioli que obtuvo el 48,66% del total de los sufragios, lo que implicó el comienzo de un gobierno de marcada base liberal, tras 12 años de haber gobernado el país el Frente para la Victoria.

El discurso brindado en el 2016, primero como presidente en el inicio de las sesiones ordinarias del Congreso de la Nación, resulta el más confrontativo, a diferencia de los discursos de los años subsiguientes, en los que utiliza un lenguaje técnico, formal, y tono neutral. Destaca fundamentalmente “*la pesada herencia*”¹⁴¹ recibida del gobierno anterior, refiriéndose en todo momento al período 2006/2007–2015 o a la última década, como si fuese una sola unidad de gobierno, sin distinguir entre el mandato de Néstor Kirchner y el de Cristina Fernández de Kirchner. En los años siguientes encontramos un discurso diferente, casi netamente enfocado en la gestión, con más fuerza, con más firmeza, haciendo alusión a las políticas públicas implementadas durante los cuatro años de gobierno.

Cabe destacar que las comparaciones por oposición constituyen la estrategia argumentativa más relevante empleada en el corpus de estudio, donde se contraponen el pasado reciente con el presente y el futuro. Los términos de las oposiciones empleados, tales como sueños, trabajo en equipo, desafío, diálogo, esfuerzo *versus* realidad, trabajo individual, enfrentamiento, conflicto, deshonestidad, a las que podemos añadir conceptos como transformación, crecimiento, oportunidad, modernización, futuro, entre otros, sirven para sentar las bases del modelo de sociedad que propone Mauricio Macri, y para crear una imagen positiva, buscando que la misma sea aprobada por la sociedad.

¹⁴¹ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación Asamblea Legislativa. Martes 01 de marzo de 2016. En adelante (M2016) “*Encontramos un Estado desordenado y mal gestionado, con instrumentos de navegación rotos, se ocultó información, faltan documentos, no hay estadísticas, cuesta encontrar un papel*”, p. 2.

Estas oposiciones subsisten a lo largo de los textos, con la finalidad última de polarizar a la población, utilizada en idéntico sentido que el concepto de “grieta” del kirchnerismo. Macri desacredita a los otros, empleando calificativos negativos, tales como corrupción, desidia, despilfarro, Estado débil, Estado que falta el respeto, al mismo tiempo que se legitima a sí mismo y a su gestión.

Antes de comenzar con el análisis de los conceptos, consideramos importante destacar que Macri no recurre al denominado “lenguaje inclusivo” en sus discursos, como era habitual en el caso de las anteriores presidencias. En general, el expresidente utiliza la forma “argentinos” para referirse al conjunto de la población, forma que no se modifica con el transcurrir de los años de gobierno.

En cuanto a la idea de democracia, en su primer discurso Macri manifiesta que “*la democracia es un sistema de unión y entendimiento, un mecanismo para resolver conflictos, más que para generarlos*”. Para el entonces presidente, “*es el momento de unir a los argentinos y respetar nuestras diferencias*”¹⁴². Esta primera simple definición resulta luego complementada por otros elementos que van sumándose a medida que avanza el discurso.

Al comienzo le otorga a la idea de vida democrática una connotación positiva, al asociarla con el concepto de ilusión, al decir que “*hemos empezado una nueva etapa en nuestra vida democrática, llenos de ilusiones*”; para luego añadir lo que él entiende como espíritu de la democracia¹⁴³, al hablar de las esferas sociales, políticas y económicas, la política exterior del país, la relación con los distintos poderes y con los medios de comunicación.

Asimismo, Macri analiza la democracia desde la lógica amigo-enemigo estructurada por la dinámica del kirchnerismo *versus* antikirchnerismo de los últimos tiempos. Manifiesta que “*la democracia se empobrece cuando la relación con los demás pasa por imponer y someter. Queremos acabar con la lógica de amigos y enemigos. Es cierto que hay conflictos, pero ellos son parte de la democracia y vivir en democracia, significa administrándolos usando el diálogo. La Argentina que viene es el país del acuerdo, del encuentro, del cuidado y las buenas intenciones que sé que compartimos con todos los argentinos.*”¹⁴⁴

Mauricio Macri destaca el vínculo que tiene la democracia con otras temáticas, que hacen a su esencia, tales como las políticas públicas sobre derechos humanos, al hacer mención a la ruptura de la alianza con Venezuela e Irán en lo que respecta al

¹⁴² Ob. Cit. (M2016) pág. 9

¹⁴³ Ob. Cit. pág. 9 (M2016). “*En estos casi 3 meses de gestión, trabajamos para normalizar nuestro país enfrentando desafíos en lo social, en lo político y en lo económico, también en nuestro vínculo con el mundo, en nuestra relación con la Justicia, en el diálogo con los gobernadores y en el trato con la prensa. Cumplimos con lo que creemos es el espíritu de la democracia.*”

¹⁴⁴ Ob. Cit. (M2016) pág.10.

manejo de la política exterior argentina¹⁴⁵; así como con el pluralismo y la calidad de los medios de educación¹⁴⁶, y con la protección del medio ambiente y el espacio público¹⁴⁷.

También habla de democracia cuando habla de seguridad, al entender que ésta constituye una demanda de la sociedad, haciendo referencia a que los argentinos buscan “*poder salir sin miedo a la calle y vivir en paz*”, y destaca que en los años anteriores esa necesidad no había sido satisfecha adecuadamente. Concibiendo los discursos como una unidad, es posible considerar al término seguridad como uno de los puntos subyacentes en la narrativa de Macri. El término es frecuentemente utilizado en su discurso, lo que permite sostener que sus expresiones se apoyan en el modelo de seguridad, consolidándolo, mediante la representación de la situación del país como signada por múltiples amenazas.

Además, destaca el rol de la educación en la vida democrática de un país, cuando dice que “*vivir en democracia es educación, es respetar al otro, es escuchar y dialogar, y estoy acá porque me votaron los argentinos, señores, estoy acá porque me votaron los argentinos*”¹⁴⁸, remarcando la importancia de la educación en democracia.

En el discurso del último año de su mandato, en el marco de un mensaje cargado de esperanza y ansias de futuro, Macri sostiene que “*hoy tenemos una mejor calidad democrática, instituciones más sólidas y transparentes y una mejor infraestructura y una mejor relación con el mundo, que en el 2015*”¹⁴⁹, para luego instar a la población entera a “*no aflojar, no tirar la toalla*”.

En este sentido, retomamos la idea anteriormente comentada de Daniel Innerarity, quien sostenía que “*la democracia presupone una ciudadanía que comprende y observa críticamente la política*”¹⁵⁰. Entonces, cabe preguntarnos, ¿cuál es la ciudadanía a la que le habla el expresidente en sus discursos?, ¿qué características tiene?, ¿es, acaso, una ciudadanía capaz de monitorizar el poder político, o es una ciudadanía desinteresada y descreída? El mandatario utiliza en muy pocas oportunidades el término ciudadanos, y en ningún momento emplea el término pueblo, lo cual no resulta casual, ya que es un significativo que en nuestra cultura política se asocia al peronismo y a lo que éste representa, por

¹⁴⁵ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación Asamblea Legislativa. Viernes 01 de marzo de 2019. En adelante (M2019) Pág. 8. “*En 2015, los ejes de la política exterior de nuestro país eran la alianza con Venezuela y el pacto con Irán. ¿Cómo puede ser que hayamos condecorado a Maduro, cuando hace rato que no respetaba la democracia ni los derechos humanos ni las libertades? ¿Cómo puede ser, cómo puede ser?*”

¹⁴⁶ Ob. Cit. (M2016) pág. 15. “*También hemos encarado una normalización de los medios públicos, buscando que sean pluralistas y de calidad y no espacios de difusión de propaganda del gobierno.*”

¹⁴⁷ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación Asamblea Legislativa. Jueves 01 de marzo de 2018. En adelante (M2017) Pág. 7.

¹⁴⁸ Ob. Cit. (M2019) pág. 5.

¹⁴⁹ Ob. Cit. (M2019) pág. 9.

¹⁵⁰ Ver Innerarity, nota 62.

lo que es lógico que, por oposición, Mauricio Macri evite dirigirse al “pueblo”. Por el contrario, utiliza entre 25 a 30 veces por discurso el término “argentinos” –en la forma masculina- para referirse al conjunto de la sociedad¹⁵¹. En un gran número de veces, el mencionado vocablo va unido al adjetivo calificativo “juntos”, destacando la unión entre la casta política mencionada en varias oportunidades y la sociedad a la que se dirige.

Asimismo, define a la sociedad como una “inmensa red afectiva”, destacando algo que él mismo considera como inusual en un discurso presidencial, pero profundiza en el concepto de que *“los momentos más importantes, más plenos, más felices de nuestras vidas están vinculados con los afectos. Porque los sentimientos, las emociones son lo más real que tenemos. Y de eso está hecho el país. Una sociedad es una inmensa red afectiva”*.

En este aspecto destacamos que, a diferencia de lo que surge de los discursos de Cristina Fernández de Kirchner, Macri agradece y reconoce en todo momento el esfuerzo hecho por los argentinos a lo largo del mandato, a quienes se dirige en estos términos:

*“es la tercera vez que vengo al Congreso a hacer la apertura de sesiones ordinarias, y esta vez quiero iniciar diciendo “gracias”, gracias a todos los argentinos. A los que están en este recinto y a los que están afuera. Gracias por comprender que éste es un esfuerzo que hacemos entre todos, trabajando juntos. Gracias por marcar el camino y elegir la verdad, aunque a veces incomode. Gracias por entender que las cosas llevan tiempo, y que no hay atajos ni soluciones mágicas”*¹⁵².

170

Macri se hace cargo de los errores cometidos y asume la responsabilidad de las decisiones políticas que se tomaron y que impactaron de lleno en la población. Así, sostiene *“y yo soy el primero en saber lo que han sido estos meses, cuánto dolor, cuánta angustia y me he hecho cargo de ella”*¹⁵³.

Macri relaciona la idea de poder político con poder puesto al servicio de la gente, al decir que *“para nosotros el poder no es propiedad de nadie, creemos realmente en la división de poderes. El sentido del poder es respetar la ley y servir al ciudadano, no ponerse al servicio de quienes gobiernan; nosotros tenemos que estar al servicio de nuestra gente”*¹⁵⁴.

No solo el poder, sino también el Estado es el que debe estar al servicio de la gente, y este Estado integrado, participativo, eficiente, inteligente y transparente, Macri lo

¹⁵¹ Ley 346 de Ciudadanía y Naturalización emplea el término “argentinos” para los ciudadanos nativos y “ciudadanos” para los naturalizados.

¹⁵² *Ob. Cit.* (M2018) pág. 1.

¹⁵³ *Ob. Cit.* (M2019) pág. 9.

¹⁵⁴ *Ob. Cit.* (M2016) pág. 9.

denomina “*Estado del Siglo XXI*”¹⁵⁵. En este sentido, una de las principales críticas a gobiernos anteriores ha sido la corrupción, y refiriéndonos específicamente al kirchnerismo, la manipulación de las estadísticas públicas, por lo que Macri propone una vuelta a la reconstrucción de la confianza como un pilar fundamental de su gobierno.

En su último discurso Macri expone su mirada respecto a la ciudadanía que representa; la describe como “*argentinos con esperanza, con fuerza, bien plantados y que, a pesar de las dificultades, dan batalla porque saben que vale la pena, porque hay un camino trazado, saben que no estamos a la deriva ni poniendo parches, sino que nos hacemos cargo de los que nos toca, con una clara visión de futuro*”¹⁵⁶. Como decimos al final, una noción limitada de la ciudadanía, escasamente educada para formar parte de la construcción, mantenimiento, control y fortalecimiento del espacio público común que genera el propio sistema democrático republicano.

Macri entiende el diálogo con periodistas y las respuestas a sus preguntas como un modo de rendir cuentas a la sociedad, evitando politizar e ideologizar aquellos dispositivos culturales de acceso estatal, como los medios públicos o los programas culturales, contando como un logro en base a promover el diálogo y no el enfrentamiento de posiciones, así como la disposición a escuchar de sus funcionarios de gobierno, e incluso él mismo, a través de un mecanismo de comunicación directa como el timbreo y el diálogo en persona con los vecinos.

Si bien cuando Macri habla de república no lo hace para referirse al sistema de gobierno propiamente dicho, sino para aludir al nombre propio de la República Argentina, en numerosas partes de la discursiva destaca los principios e instituciones del sistema republicano adoptado por la Constitución Nacional. Entre sus características, Macri destaca la división de poderes y el respeto a la ley, cuando encabeza todos sus discursos dirigiéndose a los “*señores gobernadores; señores miembros de la Suprema Corte; representantes de gobiernos extranjeros; invitados especiales; integrantes del Congreso; muy queridos argentinos*”. Así como cuando en sus palabras del inicio de sesiones legislativas ordinarias del año 2019, al referirse a la gestión, manifestó “*hablo de un Gobierno que respeta la independencia de poderes, que respeta la independencia de la Justicia, y si la Justicia pide que rindan cuentas, todos tenemos que rendir cuentas: políticos, empresarios, sindicalistas, los mismos jueces, periodistas, inclusive la familia del Presidente y el Presidente*”¹⁵⁷. Asimismo, en el segundo mensaje presidencial, abre agradeciendo por “*el trabajo colaborativo y responsable*” realizado entre el Poder Ejecutivo y el Congreso durante su primer año de gobierno, destacando que se logró ir más allá de las legítimas diferencias para aprobar leyes que resuelven problemas.

¹⁵⁵ Ob. Cit. (M2016) pág. 13.

¹⁵⁶ Ob. Cit. (M2019) pág. 9.

¹⁵⁷ Ob. Cit. (M2019) pág. 2.

En reiteradas ocasiones, el presidente se dirige al Congreso al efecto de solicitarles que se le de trámite prioritario a algún asunto de interés para la gestión, tales como negociación con los holdouts por la deuda externa, el cambio climático, reforma del Código Procesal Penal, el fortalecimiento de la Justicia Federal, la ley del arrepentido y el decomiso de bienes provenientes del crimen organizado (2016), transparencia, ley sobre telecomunicaciones y tecnología de la información, Ley de financiamiento productivo y aborto (2018) y Ley Nacional de Educación y Régimen Penal Juvenil (2019). Asimismo, en su segundo discurso al Congreso, hace referencia al plan de gobierno que trabajaron durante los primeros doce meses de mandato, que constaba de ocho objetivos y cien prioridades, entendiendo como central la reducción de la pobreza, que no se logra sin crecimiento.

Un asunto para destacar es la marcada trascendencia que le da el expresidente al sistema federal. Las evocaciones al federalismo y los mensajes dirigidos a los gobernadores de las provincias son continuas, por ejemplo, al hablar de educación sostiene que las provincias tienen voz y participan¹⁵⁸; o al hablar de la conectividad¹⁵⁹, o del programa energético del país¹⁶⁰.

En definitiva, del discurso del expresidente Macri surge su alineación con un modelo democrático liberal republicano y constitucional, y una fuerte defensa de las instituciones y valores establecidos. En términos de modelos de ciudadanía y la función y rol constitucional que le correspondería a los ciudadanos como parte del sistema político, el mandatario no contempla ni refiere a la participación ciudadana ni profundiza acerca de campos concretos de acción.

172

C. PRESIDENCIA ALBERTO FERNANDEZ (2020)

Los destinatarios del discurso y la autovalorización de la palabra del Presidente

La apertura del 138 período de sesiones ordinarias del Congreso de la Nación -marzo de 2020- constituye la segunda presentación de relevancia de Alberto Fernández como presidente de la Nación¹⁶¹. El 10 de diciembre de 2019 había dado su primer discurso oficial al asumir la presidencia¹⁶².

¹⁵⁸ Ob.Cit (M2017) pág. 7.

¹⁵⁹ Ob.Cit. (M2018) pág. 6. “Queremos ampliar la cobertura y mejorar la calidad de la conexión a internet en cada rincón del país, un paso más hacia una Argentina verdaderamente federal.”

¹⁶⁰ Ob.Cit. (M2019) pág. 6. “Desde el 2016, hay 27 proyectos nuevos de Energías Renovables en marcha y al día de hoy hay 98 en construcción, en total son 126 proyectos en 19 provincias; esto es un programa federal, un verdadero programa de desarrollo federal.”

¹⁶¹ Versión Taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación Asamblea Legislativa 1 de marzo 2020.

¹⁶² La referencia cruzada a temas, términos e instrumentos novedosos incorporados en ambos

El flamante Presidente utiliza diferentes términos para referirse al país: Argentina, nación, patria, nuestro país. En dos oportunidades utiliza el término República en este sentido: al iniciar su discurso, “*Señora vicepresidenta de la República...*”, y al comentar haber enviado al Congreso “*un proyecto de ley que declara a veinticuatro distritos argentinos como capitales alternas de la República Argentina.*”

Mientras tanto, y más allá de las autoridades presentes al acto¹⁶³, varios son los términos que utiliza para referirse al destinatario de sus palabras: pueblo argentino, ciudadanos, argentinos, argentinos y argentinas, compatriotas, todos, la Argentina toda, gente, pueblo, todos y todas. Esta variedad, que se desarrolla a lo largo de todo el discurso, permitiría anticipar -o concluir- que el Presidente no presta demasiada atención a cuestiones terminológicas, o que no siente la carga política o ideológica que muchos de estos términos (o la forma de utilizarlos) tiene para parte del partido político que lo llevó a la presidencia.¹⁶⁴ En cuanto al sujeto o destinatario del discurso, la no diferenciación entre términos conlleva una derivación no menor: de una u otra manera, todos convergen en el estatus de *ciudadano*, pero en una de sus acepciones en particular, muy limitada, que la vincula a la nacionalidad¹⁶⁵ -con el hecho de ser nacional, argentino- sin contemplar otros atributos o cualidades que pueden o deben esperarse de un ciudadano democrático activo, ni la calidad de simple *habitante* (término constitucional que el presidente no utiliza ni contempla)¹⁶⁶.

A diferencia del tono conciliador y de búsqueda de unidad ciudadana del discurso de asunción de mando de pocos meses antes, Fernández dedica los primeros tres

173

discursos, y, sobre todo, las marcadas diferencias que uno y otro presentan con relación a los temas objeto de la presente investigación, justifica su tratamiento conjunto. Ello nos permite clarificar el punto en particular y al mismo tiempo ofrecer un más acabado análisis y comprensión de la idea de *sistema democrático* comprendido en la discursiva de Fernández.

¹⁶³ No nombra a los jueces de la Corte Suprema de la Nación, presentes al acto.

¹⁶⁴ Esta temprana presunción queda parcialmente desmentida al analizar la terminología que el Presidente utiliza, con voz impostada, al referirse a los puntos centrales y sensibles del modelo democrático propuesto. Decimos parcialmente, porque el análisis completo del discurso, la palabra dicha y escrita, deja la impresión de que finalmente no existe uniformidad de criterio en cuanto a la utilización del lenguaje en el tratamiento de las distintas cuestiones. En definitiva, cuánto es del Presidente y cuánto no lo es.

¹⁶⁵ Reafirmando esta postura y los derechos políticos inherentes a la ciudadanía, el Presidente destaca al comienzo de su discurso que: “*Los ciudadanos votan atendiendo las conductas y los dichos de sus dirigentes*”. Más adelante, refiriéndose al aborto: “*Un Estado presente debe proteger a los ciudadanos en general y, obviamente, a las mujeres en particular.*”

¹⁶⁶ Recordar el libro escrito a fines del siglo XIX por Francisco Guerrini, *El ciudadano Argentino*, utilizado para la enseñanza de Instrucción Cívica en las Escuelas Comunes de la República. El punto 19 decía: “*Se llama habitante a toda persona de cualquier edad, sexo o nacionalidad que vive en un país cualquiera. Estos habitantes pueden ser nacionales o extranjeros. Es habitante nacional el que no solamente vive en un país, sino que ha nacido en él; y extranjero el que ha nacido en otro país. Ciudadano es el individuo que goza de los derechos y deberes políticos...*” Guerrini, F. (1892) *El Ciudadano Argentino*. Bs.As, Cia.Gral de Fósforos- Talls. Ex Radaelli.

párrafos de su discurso de apertura de sesiones ordinarias del Congreso a denostar la política de quienes lo precedieron en el gobierno. Sin brindar nombre propios –“*parte de la política...*”, “*muchos creyeron que el discurso es una herramienta idónea...*”, el Presidente realiza un juego de palabras con las palabras para denunciar la falsedad de lo dicho y actuado por sus antecesores. Ese otro se “*ha valido de ella (la palabra) para ocultar la verdad o tergiversarla*”, y así “*instalar en el imaginario público una realidad que no existe*”, produciendo un daño incalculable en el sistema democrático. El Presidente dejaba claro al “*querido pueblo argentino*” que el gobierno anterior le había mentado, y que “*la simulación, en los dichos y en los actos, representaba una estafa al conjunto social.*” “*Honestamente*”, remata, “*... me repugna... yo me resisto a seguir transitando esa lógica*”.

La Constitución ausente y el Nuevo contrato de ciudadanía Social

Al comienzo de su discurso el Presidente se refiere por primera y única vez a la Constitución Nacional¹⁶⁷: “*La Constitución me ordena dar inicio al año legislativo a través de un discurso*”.

174 Como veremos, el discurso contiene variadas referencias al sistema político, a la forma de gobierno, a la ciudadanía, a valores democráticos, a la solidaridad, a la justicia, a los derechos que corresponden a los ciudadanos y otras cuestiones que hacen al modelo y lógica del modelo que el Presidente procura explicar a la población. Siendo la Constitución el instrumento que contiene y resume la forma de gobierno, el andamiaje institucional, los objetivos generales, los valores y los principios adoptados por los representantes del pueblo argentino para regir los intereses del país, al mismo tiempo que soporte legal para la vigencia de los tratados internacionales de derechos humanos, resulta al menos llamativo -o sintomático- que el Presidente prácticamente evite toda referencia a ella a no ser en materia de reforma del sistema judicial. Pero esto tiene su explicación, que forma parte del modelo político propuesto.

El Presidente nos informa – o recuerda- que un “*Nuevo contrato de ciudadanía social*” constituirá el instrumento/acuerdo que establecerá los valores, los principios y las prioridades a observar por la ciudadanía. Así es que a lo largo del discurso encontramos diferentes referencias a este nuevo contrato. “*La primera etapa, el preámbulo de nuestro Nuevo Contrato de Ciudadanía Social, consistió y aún consiste en detener la caída de argentinos en la pobreza, tranquilizar la economía, recuperar el trabajo y recomponer los ingresos de quienes menos tienen*”. “*La soberanía comienza por nuestra propia capacidad de concertar prioridades*

¹⁶⁷ Dejamos expresa constancia de ello por considerarlo un anticipo del particular sistema político que el Presidente tiene en mente para el resto del discurso, en el que la Constitución no parece jugar un rol trascendental.

estratégicas en el marco de un nuevo contrato de ciudadanía social". "Nuestro nuevo contrato de ciudadanía social es claro en su rumbo económico".

En tres oportunidades el Presidente Fernández menciona este novedoso instrumento. Por la forma de referirse a él, no sólo lo supone conocido por los destinatarios del discurso, sino que asume la existencia de un consenso o aceptación general respecto a ciertas materias estratégicas. El término *Nuevo Contrato de Ciudadanía Social* había sido utilizado por primera vez por Fernández en el discurso del 10 de diciembre de 2019 ante la Asamblea Nacional, cuando asumió la presidencia¹⁶⁸. Retomando ahora aquella idea Alberto Fernández explica la imperiosa necesidad de un nuevo acuerdo social, resaltando los valores fundantes del *nuevo contrato*, convocando a la unidad de toda la Argentina y poniéndose personalmente como modelo y ejemplo a seguir:

"...vengo a convocar a la unidad de toda la Argentina en pos de la construcción de un nuevo contrato ciudadano social. Un contrato social que sea Fraternal y Solidario. Fraternal, porque ha llegado la hora de abrazar al diferente. Solidario, porque en esta emergencia social, es tiempo de comenzar por los últimos, para después poder llegar a todos. Este es el espíritu del tiempo que hoy inauguramos. Con sobriedad en las palabras y expresividad en los hechos. Los vengo a convocar, sin distinciones, a poner a la Argentina de pie. Para que comience a caminar. Paso tras paso. Con dignidad. Rumbo al desarrollo con justicia social."... "Es hora de abandonar el aturdimiento, ser conscientes de las profundas heridas que hoy padecemos y que necesitan curarse de tiempo, sosiego y sobre todo de humanidad"... "Quiero convocar a esta Argentina unida a desplegar una nueva mirada de humanidad, que reconstruya los vínculos esenciales entre cada uno de nosotros. Tenemos que superar el muro del rencor y del odio entre los argentinos"... "Superar los muros emocionales significa que todas y todos seamos capaces de convivir en la diferencia y que reconozcamos que nadie sobra en nuestra Nación, ni en su opinión, ni en sus ideas, ni en sus manifestaciones. Tenemos que suturar demasiadas heridas abiertas en nuestra patria, apostar a la fractura y a la grieta significa apostar a que esas heridas sigan sangrando, actuar de ese modo sería lo mismo que empujarnos al abismo. Lo expreso desde el alma tanto a quienes me votaron, como a quienes no lo hicieron, no cuenten conmigo para seguir transitando el camino del desencuentro. Quiero ser el Presidente capaz de descubrir la

¹⁶⁸ La presidenta Cristina Fernández de Kirchner ya había sugerido esta idea desde su fuerza política. "La expresidenta y actual senadora nacional Cristina Fernández de Kirchner afirmó que "Argentina necesita de un nuevo contrato social de ciudadanía responsable de todos y todas para salir de la crisis", durante un acto realizado en la Feria del Libro, en el cual presentó Sinceramente, un trabajo de su autoría. <https://www.telam.com.ar/notas/201905/356472-la-lider-de-unidad-ciudadana-presentara-su-obra-en-la-feria-del-libro.html>

mejor faceta de quien piensa distinto a mí y quiero ser el primero en convivir con él sin horadar en sus falacias.”¹⁶⁹

Sin embargo, es recién en febrero de 2021 cuando la ciudadanía puede conocer su agenda estratégica. El Poder Ejecutivo dicta el Decreto 124/2021 por el que crea el Consejo Nacional para el Desarrollo Económico y Social, en la órbita de la Secretaría de Asuntos Estratégicos de la Presidencia de la Nación. Es un órgano colegiado y de participación ciudadana para el debate y la búsqueda de consensos sobre prioridades estratégicas para el desarrollo del país que serán definidas y sometidas a su consideración por el Presidente o la Presidenta de la Nación. La agenda de trabajo fijada por el Presidente recae en cinco “misiones país”: 1. Comunidad del Cuidado y Seguridad Alimentaria. 2. Educación y Trabajos del Futuro. 3. Productividad con Cohesión Social. 4. Ecología Integral y Desarrollo Sustentable. 5. Democracia Innovadora.

Precisión e imprecisión de la democracia y su discurso

Consideramos importante señalar que los discursos están pensados para ser verbalizados, expuestos en público. En este caso, la intercambiabilidad o confusión o ambigüedad terminológica -distráida, descuidada, adrede o interesada- no quita que, en determinados pasajes de la alocución, el Presidente suba la voz resaltando ideas puntuales y prefiera unos términos a otros, esperando la reacción del auditorio¹⁷⁰.

El presidente Fernández parece plantear como base de su discurso una amplitud interpretativa propia de los contextos democráticos generales. Entre ellas, un sistema democrático en primera instancia institucional y valorativo único y unívoco, que se reconoce como dado y aceptado por todos en sus mínimos componentes, y luego abierto y pluralista, que el primer mandatario se compromete a defender. Sin embargo, son momentos bien puntuales de la alocución (seguidos de (*Aplausos*)) los que descubren las características fundamentales del tipo sistema político democrático que se pretende llevar adelante. Lo mismo puede decirse del sentido y la particular interpretación de valores como la solidaridad, la justicia y la responsabilidad social, que, como el Presidente expresamente señala, se inculcará -o adoctrinará- a los jóvenes valiéndose del sistema educativo nacional y del sistema nacional de medios públicos.

¹⁶⁹ Palabras del Presidente Alberto Fernández en su acto de asunción ante la Asamblea Legislativa, 19 de diciembre de 2019. <https://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/46596-palabras-del-presidente-alberto-fernandez-en-su-acto-de-asuncion-ante-la-asamblea-legislativa>

¹⁷⁰ Discurso completo en <https://www.youtube.com/watch?v=OOUjZLWaJxA>.

La democracia y sus derivados

El término democracia es utilizado por el Presidente en el sentido de sistema político y forma de gobierno. El elemento distintivo de este tipo de democracia radica en la soberanía del pueblo en una doble dimensión: como forma legítima de acceso y la pretensión de un ejercicio permanente y directo del poder. La utilización de esta noción y visión de la democracia en desmedro de formas republicanas -que evidentemente reconoce, pero son ignoradas o soslayadas bajo los efectos una difusa y compleja acción resumida en el término “democratización”- influye en varias partes del mismo discurso. Así encontramos la utilización de términos derivados, como *democratizar* y *democratización*, que denotan la voluntad de profundizar formas directas de participación y decisión ciudadana.

La vinculación con el pueblo pretende ser directa y en primera persona. Asume compromisos personales que son más propios de un líder carismático sui generis –“*en una democracia...yo me resisto a seguir transitando esa lógica*”... “*no busco revanchas*”- que del jefe de gobierno de una democracia representativa y republicana.

Sin perjuicio del llamado a la unidad fraterna y solidaria de nuevo acuerdo ciudadano, el contrapunto nosotros-ellos (amigo-enemigo) se encuentra presente en todo el discurso y es subido al estrado diferenciando *viejas* de *nuevas* formas de ejercer la democracia. “*Esta iniciativa (el Consejo Económico y Social para el Desarrollo Argentino) implica estar dispuesto a abrir cauces de participación novedosos en nuestro sistema democrático.*” “*Durante demasiado tiempo nuestra democracia ha estado asfixiada en el microclima de intereses...*” “*Hagamos, pues, del debate, del renunciamiento y del acuerdo, esa mejor democracia que aún nos debemos.*” “*Apostamos a una democracia profunda y a una mejor calidad institucional...Tenemos la decisión irreversible de terminar para siempre...con los sótanos de la democracia.*”

Si en algún breve pasaje del discurso el Presidente recupera algún principio tradicional de la institucionalidad republicana y el estado de derecho, inmediatamente vuelve al contrapunto con el enemigo y se encarga de dejar en claro que es el *otro* quien los ha dejado de cumplir. “*Para ello (democratizar el acceso al conocimiento y romper desigualdades de cuna con que ingresan al colegio nuestros chicos y nuestras chicas) es fundamental garantizar el efectivo cumplimiento de las leyes vigentes, cuyos consensos fueron construidos por todos los partidos políticos con representación parlamentaria.*” “*Nos referimos a las leyes programáticas, que trazan horizontes claros, como la ley de financiamiento, la ley de educación nacional o la ley de educación técnica; leyes que empezaron a incumplirse hace cuatro años.*”

Como expresamos, la democracia del presidente Fernández, como sistema y forma de gobierno, parece no prestar demasiada atención a la República ni a su mediación institucional. Ni siquiera la República lo conmueve cuando cita al expresidente Raúl Alfonsín: “*Supo decir Alfonsín que nuestra democracia sólo*

funcionará cuando todos estemos dispuestos a anteponer los intereses de la República a ideas particulares...” Su discurso -no nos atrevemos a decir que sea su teoría política- sólo contempla la democracia en una forma e institucionalidad particular de confusa comprensión y dudosa legalidad: *“Trabajaremos para fortalecer la institucionalidad democrática en Sudamérica y en la región.”*

Como forma de resaltar los efectos cuasi todopoderosos de una maleable e indefinible democracia, el Presidente recurre a conjugarla y abrirla en diversos derivados: *“En educación, nuestro objetivo es democratizar el acceso al conocimiento y lograr romper las desigualdades de cuna con que ingresan al colegio nuestros chicos y nuestras chicas.”* *“Nuestras universidades son una instancia central de la democratización del acceso al conocimiento.”* *“Vengo a proponerles que reconstruyamos los equilibrios que nunca debimos haber perdido. El equilibrio no es neutral ni indiferente. El equilibrio es reestablecer prioridades. Equilibrio significa integración social, justicia y democracia.”* Finalmente, brindando un fuerte mensaje respecto a lo que puede y debe esperarse de la ciudadanía y su formación en cuanto a responsabilidades y deberes cotidianos en la construcción de una sociedad justa, libre e igualitaria, el Presidente afirma sin titubeos que: *“La democracia se sostiene en derechos...”*

La República

El Presidente Fernández utiliza el término *República* en tres oportunidades para referirse al país. Además de la ya mencionada referencia a la cita del expresidente Raúl Alfonsín, en una sola oportunidad hace referencia a *“(afianzar) las instituciones republicanas”*. Pero por lo expresado anteriormente, de los dichos del Presidente surge que la observancia de las formas republicanas queda en un segundo plano y relegada frente a otras formas democráticas que pretenden *“institucionalizarse”* en los resquicios que aquellas dejan. En el modelo ideal del Presidente, la difusa *“democratización”* hace que estas otras formas puedan provenir de distintos lugares y poderes del Estado, fortaleciendo el modelo y debilitando la mediación institucional republicana.

La ciudadanía

Hemos adelantado el tipo de ciudadanía que va delineando el modelo democrático del discurso del Presidente Fernández. Un ciudadano sin un rol definido como parte fundamental del sistema político; sin derechos y deberes que le permitan colaborar activamente en la consecución de los objetivos generales establecidos en la Constitución Nacional y respetando y ejerciendo los valores democráticos y republicanos mínimos establecidos la misma Constitución y los Tratados Internacionales de DDHH. En su lugar, el Presidente recurre a una noción

pobre y limitada de la ciudadanía, un ciudadano que limite su actuación a la lucha permanente por el aseguramiento y reconocimiento de derechos, que el gobierno conferirá cuando así lo considere oportuno.

Así se expresa el Presidente en la descripción de este tipo de ciudadanía: “Quiero hablar ahora de los desafíos que tenemos como sociedad para terminar con algunos privilegios y para ampliar derechos ciudadanos.” “Un Estado presente debe proteger a los ciudadanos en general y, obviamente, a las mujeres en particular.” “Así como lo hacemos con los derechos ciudadanos, hemos recuperado la centralidad de los derechos humanos en la gestión de gobierno.” “Con los escasos recursos actuales buscaremos que cada adolescente tenga sus libros y tenga una computadora como condición de ejercicio de la ciudadanía.”

El ciudadano del sistema democrático del Presidente, de esta manera, es luego invitado a ser educado por el sistema de educación pública con el apoyo del sistema público de medios como sujeto de derecho. Desde esta óptica, asimilable a la frase “a cada necesidad un derecho”, también expresada por el Presidente, resulta infinito el desarrollo de propuestas, programas y recursos que pueden destinarse a la generación de contenidos y difusión de ideas.

La idea de “*democratización del acceso al conocimiento*” que surge del discurso del presidente Fernández no se limita a la provisión de espacio físico y computadoras, asegurar la escolarización temprana, generar espacios de transferencia y creación de conocimiento y alcanzar a los jóvenes con mayores dificultades. La “*democratización*” incluye la provisión de contenidos especial y específicamente diseñados al efecto “*por un proceso creativo inédito entre medios privados y el Estado*”. La financiación de estos contenidos prevendrá de la “*reconversión de la publicidad oficial*”, según dice el Presidente. El sistema de medios públicos será puesto en valor a efectos que sirva de plataforma de distribución, “*garantizando a partir de ellos contenidos de calidad y pluralidad de ideas para llegar de forma igualitaria a todos y todas. Estos serán la punta de lanza en la épica educativa que hemos encarado en materia de contenidos.*” En materia de ciudadanía, a nuestro entender, este sistema favorece (sino persigue) el adoctrinamiento de la población, atentando contra la libertad.

179

El barco de todos

Curiosamente, después de resaltar insistentemente que “*la democracia se sostiene en derechos*”, con las consecuencias que en materia de educación y construcción de ciudadanía ello acarrea, el Presidente supone que la mayoría de los argentinos comprende que el actuar de cada uno repercute sobre los demás y que únicamente la unidad de los argentinos y el trabajo conjunto podrá sacar el país y

la sociedad adelante. También, aunque en otro contexto, nos dice que *“Está en la responsabilidad social de cada uno de nosotros ponerle fin al vicio inflacionario.”*

“...A diferencia de la inmensa mayoría de los argentinos, hay quienes todavía no comprenden que todos estamos subidos a un mismo barco, que nuestra suerte será la misma como país y como sociedad y que, por eso, necesitamos trabajar conjuntamente, todos juntos.” “El futuro está en nuestras manos y es con todos. Como decía Manuel Belgrano: “Solo la unidad del pueblo es capaz de sacar a las naciones del estado de opresión”. Y agregaba: “La unión es un valor inestimable en una Nación para su general y particular felicidad”. Entendamos de una vez y para siempre que en las crisis las banderías políticas deben ceder, que todos los argentinos estamos a bordo de un mismo barco y que en la crisis, como supo decir Perón: Para un argentino no puede haber nada mejor que otro argentino. La solución de nuestras frustraciones sociales no depende solo de un presidente, depende de nuestra vocación social de superarnos y de ser mejores. Hay una Argentina más justa que nos debemos. Está en nuestras manos poder construirla.”

Según nuestro parecer, la democracia no se sostiene solo con derechos, y a la ciudadanía, en ejercicio de una función que es constitucional¹⁷¹, le corresponde una serie de deberes cuya observancia resulta indispensable para que los demás componentes del sistema político puedan funcionar adecuadamente y cumplir, su vez, sus respectivas funciones.

180

PARTE V: Conclusiones

En general

Después de analizar los discursos presidenciales anuales que confieren en la apertura de sesiones legislativas Cristina Fernández de Kirchner, Mauricio Macri y Alberto Fernández, en el período comprendido entre los años 2010 y 2020, podemos consolidar algunas conclusiones generales.

Desde las formas, la Constitución Nacional y su sistema político sirve de marco general que ofrece a los presidentes una plataforma, oportunidad y auditorio común para comunicar sus respectivas visiones de país, ideas y proyectos, y los tres mandatarios aceptan y utilizan este marco para encuadrar su discursiva y justificar su actuación. La Constitución, sin embargo, no es solo un marco o escenario de actuación. O, mejor dicho, el sentido de sus disposiciones viene acompañado desde el comienzo de una poderosa carga valorativa mínima que impacta en todo su contenido:

¹⁷¹ El ciudadano visto desde su faceta pública y no como simple individuo.

entre ellos, fortalecer la paz interior, afianzar la justicia, asegurar la libertad, constituir la unión nacional. Un régimen de gobierno y sistema de procedimientos políticos basado en los principios de soberanía popular y de libertades, derechos y garantías individuales constitucionalmente fijados Y un cotidiano actuar cívico ciudadano -que se presume orientado hacia aquellos objetivos y valores- y que sirve de insumo para el funcionamiento de los distintos componentes del sistema¹⁷².

Dentro de lo que se supone políticamente correcto, la democracia -bajo el principio de la soberanía del pueblo como estandarte- es el sistema que sirve de base a la discursiva de Cristina Fernández de Kirchner, Mauricio Macri y Alberto Fernández. Pero eso no es todo: la Constitución argentina adopta una forma de gobierno representativa y republicana, dotando al sistema democrático de una institucionalidad determinada -de corte liberal- y de ciertos principios y valores que deben ser observados por todos aquellos que deseen habitar el suelo argentino. Es a partir de este punto fundamental en el que la discursiva de los presidentes comienzan a diferenciarse. En determinados pasajes de ciertos discursos en particular es factible preguntarse si la forma de proceder de los mandatarios, las políticas públicas que se anuncian o los valores que se promueven se corresponden con un sistema democrático o se trata de un sistema de otras características. Sin embargo, como vimos al comienzo de este estudio, el cuestionamiento no es nuevo y ha ido en aumento¹⁷³, y el término democracia parece hoy más que nunca permitir todo tipo contenido. Todo esto indica que de una u otra manera la democracia, la república y la ciudadanía son cuestiones que están íntimamente relacionadas: cuando hablamos de ciudadanía también lo estamos haciendo, necesariamente,

181

¹⁷² Nuestro concepto básico de democracia coincide con el de Carlos Strasser, nota 81, que a su vez se ve reflejado en los de Norberto Bobbio y Robert Dahl. Lo mismo cabe decir del complemento republicano contemporáneo que refiere a la virtud cívica y la ciudadanía activa y comprometida, referenciándose Strasser en Q.Skinner, J.G.A.Pocock y P.Pettit, entre otros (sobre republicanismo contemporáneo ver nota 26). Finalmente, Strasser remarca que el régimen político que rige en América Latina no es exactamente el de la definición, sino que se trata de una forma mixta de gobierno que combina regímenes diversos: la oligarquía, la burocracia, la tecnocracia, la partidocracia y el neocorporativismo.

¹⁷³ En marzo de 1998 el periodista Fareed Zakaría publicó un trabajo en el que por primera vez se introducía al gran público el tema del surgimiento de las democracias iliberales: *“Vivimos en una época democrática. ... Ya no hay alternativas respetables a la democracia; es parte del atavío a la moda de la modernidad. Así pues, los problemas de la gobernación en el siglo XXI serán probablemente problemas dentro de la democracia. Esto hace que sean más difíciles de tratar, revestidos, como están, de la capa de la legitimidad. Las democracias no liberales obtienen legitimidad, y por lo tanto la fuerza, por el hecho de que son razonablemente democráticas. A la inversa, el peligro mayor que plantean las democracias no liberales –aparte del que representan para sus propios pueblos– es que desacreditan a la propia democracia liberal, proyectando una sombra sobre la gobernación democrática”*. Zakaría, F. (1998) *El surgimiento de las democracias no liberales*. Revista Política Exterior Nro.62.

de democracia; una cosa y la otra son inseparables, se encuentran en continua transformación y, por acción u omisión, se ponen en juego constantemente. Por otro lado, vivir en democracia no es algo irreversible: el hecho de que exista un régimen de libertades no implica necesariamente que esa situación vaya a mantenerse en forma permanente y sin posibilidad de cambio¹⁷⁴.

Identificamos el modelo de democracia descrito por Cristina Fernández de Kirchner y Alberto Fernández como “nacional y popular” y en lo que a este estudio concierne, centra su máximo esfuerzo en ofrecer al pueblo la posibilidad de acrecentar la participación directa en la toma de decisiones en la mayor cantidad de ámbitos posibles. Este modelo autóctono nacional y popular podría incluirse dentro de los modelos de democracias iliberales, sin perjuicio de no llegarse a extremos como el caso de Venezuela que, entre otras sanciones, le valió la suspensión del MERCOSUR¹⁷⁵. El término “democratización” resume la acción tendiente a lograr este objetivo, incluido el sistema judicial. Constituyendo la soberanía popular el punto fundamental del sistema democrático, y haciendo a un lado la mediación institucional republicana, la voluntad popular debería prevalecer por sobre cualquier poder del Estado, institución o reglamentación que impida o limite la posibilidad del pueblo de ejercer tales facultades. Asimilando o confundiendo el origen “liberal” del ordenamiento democrático constitucional con un modelo político “neoliberal” opositor y siempre enemigo -con características y contenido provisto por filósofos del mismo modelo nacional¹⁷⁶ - no resulta extraño que los discursos de ambos mandatarios cuestionen o ignoren las instituciones, principios y valores mínimos republicanos (ética cívica constitucional) y pretendan orientar la educación de la ciudadanía hacia sus propias ideas y principios (ética de máximo)¹⁷⁷.

En el caso de Cristina Fernández, el discurso personalista y autorreferencial la asemeja más a la figura del líder carismático de un régimen autoritario que al jefe de Estado de una democracia republicana constitucional. Según resulta de su alocución, la ciudadanía es educada y conducida hacia los objetivos establecidos por

¹⁷⁴ Horrach Miralles, J. (2015) *Sobre el concepto de ciudadanía*. Revista Factótum, 6, pp. 1-22. Recuperado el 29 de abril de 2022 de: <https://www.ses.unam.mx/curso2015/pdf/25sep-Horrach.pdf>

¹⁷⁵ En la nota 22 hemos señalado algunas particularidades del modelo “nacional y popular” o “populismo de izquierda latinoamericano” y sus diferencias respecto del populismo de izquierda promovido por teóricos como Chantal Mouffe y adoptado en países europeos como España y Grecia.

¹⁷⁶ Una explicación de la diferencia entre la tradición liberal y el modelo neoliberal puede verse en el ciclo de Charlas “Cultura y política en la era neoliberal” - Horacio González. Visitado el 29 de abril de 2022 en <https://www.youtube.com/watch?v=6QRMICgwNaY>

¹⁷⁷ Ver Zakaría, nota 175: “(D)urante casi un siglo, en Occidente, democracia ha significado democracia liberal, sistema político caracterizado no sólo por elecciones libres y justas, sino también por el imperio de la ley, la separación de poderes y la protección de las libertades básicas de expresión, reunión, religión y propiedad. En realidad, este último conjunto de libertades –que puede denominarse liberalismo constitucional– es teórica e históricamente distinto de la democracia.”

el líder carismático. La palabra del líder representa la voluntad, valores e intereses populares del momento, confiriendo el sentido y significado contingente a los “significantes vacíos” constitucionales representados por los términos república, democracia, justicia, paz, unión nacional y otros valores¹⁷⁸ (Laclau, 1996). La construcción de institucionalidad pública generada por el modelo responde a esta misma lógica¹⁷⁹ (Devoto, 2015).

La discursiva de Mauricio Macri, en cambio, destaca constantemente el respeto por los principios e instituciones del sistema republicano adoptado por la Constitución Nacional. El mandatario enfatiza su posición de mantenerse alejado de las disputas ideológicas y partidarias autóctonas del siglo veinte, hecho que nos lleva a situarlo, dentro de los modelos democráticos republicanos de corte liberal, como “*posición tercerista de centro*”¹⁸⁰. En este sentido, se declaró abierto y plural respecto a éticas de máxima (religiosas, políticas, ideológicas).

Entre los puntos que más se destacan de esta discursiva, Macri refiere en diversas oportunidades a la división de poderes, el respeto a la ley y la independencia del poder judicial. En todo momento Macri agradece y reconoce el aporte hecho por “*los argentinos*” a lo largo del mandato y relaciona la idea de poder político con poder puesto al servicio de la ciudadanía, al decir que “*para nosotros el poder no es propiedad de nadie, creemos realmente en la división de poderes. El sentido del poder es respetar la ley y servir al ciudadano, no ponerse al servicio de quienes gobiernan; nosotros tenemos que estar al servicio de nuestra gente.*”

183

Más allá de esto, sin lograr definir una identidad y plasmarla en una narrativa que contemple y equilibre los distintos puntos del modelo de país propuesto, con el transcurso de los años se observa que su discursiva evoluciona con una marcada base liberal en términos de los modelos antagónicos que se mantienen en pugna en el mundo occidental en materia de teoría política y de políticas públicas. Ello se desprende de sus apreciaciones sobre la democracia y la ciudadanía, además de cuestiones puramente económicas. En distintos temas no logra equilibrar la discursiva tercerista inicial con el peso de la tradición liberal y su propia lógica y argumentación: a nivel discursivo se mantuvo “*neutral*” y con poca proactividad en la transición de individuos-habitantes a ciudadanos que opera día a día en distintos ámbitos del espacio público común. Repetimos, la discursiva inicial, tercerista, de base democrática republicana, requería un involucramiento activo del ciudadano en el funcionamiento del sistema político constitucional y, sobre todo, frente a los antecedentes anómicos hartos conocidos, una educación en valores y disposiciones mínimos para desarrollar y sostener dicho sistema.

¹⁷⁸ Laclau, E (1996) *Emancipación y diferencia*. Ed. Ariel, Buenos Aires.

¹⁷⁹ Devoto, nota 142.

¹⁸⁰ Para conocer las bases de este tipo de modelo de espacio de centro y su argumentación ver: Rodríguez Arana, J. (2002) *El espacio de Centro*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; Devoto, nota 142, cap.19.

En otro sentido, la libertad, valor fundamental del liberalismo, continúa en el discurso de Macri adquiriendo especificidad como no interferencia de otro, en contraposición con lo que en la teoría se conoce como libertad positiva¹⁸¹. De esto se sigue el argumento de que el Estado poco debe entrometerse con los efectos de la acción privada: el ejercicio de valores constitucionales como la justicia y la paz -y la educación en estos valores- no resulta funcionalmente vinculado al actuar cotidiano del ciudadano, como sí lo es -y corresponde- de funcionarios estatales y magistrados. En este aspecto, el desarrollo de la idea de una variante de libertad republicana, libertad como no dominación¹⁸² y el acompañamiento de la virtud ciudadana al imperio de ley, propio la tradición liberal, hubieran resultado más coherentes con el modelo discursivo republicano inicialmente propuesto.

Con Alberto Fernández regresa a la Argentina el modelo nacional y popular, avanzando algunos casilleros. Un *Nuevo Contrato de Ciudadanía Social*, a manera de Constitución paralela, pero sin la oposición¹⁸³, constituirá el instrumento/acuerdo que establecerá los valores, los principios y las prioridades a observar por la ciudadanía¹⁸⁴. Como se desprende del análisis discursivo, su concepción de la democracia, como sistema y forma de gobierno, parece no prestar demasiada atención a la República ni a su mediación institucional. Su discurso contempla la democracia bajo una particular forma e institucionalidad de confusa comprensión y dudosa legalidad: la observancia de las formas republicanas queda en un segundo plano y relegadas frente a otras formas democráticas que pretenden “institucionalizarse” en los resquicios que aquellas dejarían.

En el modelo ideal del Presidente Fernández, la difusa “democratización” hace que estas otras formas puedan provenir de distintos y variados lugares. Este proceso de lenta, pero constante reforma institucional, tiene al sistema judicial como uno de sus puntos fundamentales de conflicto. Con el tipo de ciudadanía que el modelo nacional y popular de democracia desarrolla, la pretendida “democratización” del sistema judicial lejos está de cumplir los objetivos que aparenta asegurar. Por el contrario, debilita la mediación institucional republicana y la división de poderes, sometiendo el poder judicial a la autoridad ejecutiva.

¹⁸¹ Berlin, I. (1958) Dos conceptos de libertad y otros escritos. Alianza Editorial S.A, Madrid.

¹⁸² Pettit, nota 72; Rosler, nota 19.

¹⁸³ El anuncio se concretó con la creación del Consejo Nacional para el Desarrollo Económico y Social. La explicación del Presidente Alberto Fernández acerca de la exclusión de la oposición en el Consejo puede encontrarse en Entrevista exclusiva con el presidente Alberto Fernández – Desiguales TPA, minuto 41,30: <https://youtu.be/hjfxdpKR8x4>. Al momento de concluir este trabajo, la visión del Presidente acerca del funcionamiento del Consejo respecto a la participación de la oposición no reflejaba lo que sucedía en la práctica, ya que diversas actividades contaban con la participación de actores de la sociedad civil, academia, y gobiernos locales de diferente signo político. Ver <https://www.argentina.gob.ar/noticias/con-una-amplia-representacion-de-sectores-se-concreto-el-seminario-internacional-sobre-el>.

¹⁸⁴ La pandemia del COVID 19 retrasó y modificó sus prioridades.

Respecto a la ciudadanía, el discurso de Alberto Fernández contempla el término en una de sus acepciones en particular, que lo vincula a la nacionalidad -el hecho de ser nacional, argentino- y al derecho a ejercer el voto¹⁸⁵, sin contemplar otros atributos o cualidades que pueden o deben esperarse de un ciudadano democrático activo. Por otro lado, al ciudadano parece no corresponderle deberes u obligaciones respecto de la sociedad justa y pacífica que dice merecer y del espacio público común en el que desarrolla su vida cotidiana. Al ciudadano, según la discursiva nacional y popular, le alcanza con limitar su actuación a la lucha permanente por el aseguramiento y reconocimiento de derechos, que el gobierno conferirá cuando así lo considere oportuno.

Convencido de la bondad del modelo, y de poder cumplir con la promesa, el Presidente Alberto Fernández no duda en expresarse: “*La democracia se sostiene en derechos...*” Destacamos este aspecto positivo de la actuación ciudadana en defensa de sus derechos y su reconocimiento por parte del mandatario -aspecto positivo de la libertad-; pero el rol de la ciudadanía como sostén de la democracia viene acompañado de deberes ineludibles que deben ejercitarse cotidianamente, fundamentalmente el cumplimiento de las normas. La frase, de esta manera, resulta al menos incompleta, y el mensaje, confuso y preocupante.

Coherentemente con el modelo adoptado, el Presidente Fernández anuncia expresamente que el ciudadano será educado con contenidos especialmente diseñados por Estado por el sistema de educación pública con el apoyo del sistema público de medios. Según nuestro marco conceptual y terminología, este sistema significa instruir o adoctrinar a la ciudadanía en la ética de máxima partidaria, con sus características y valores particulares. En palabras del Presidente, la idea de “*democratización del acceso al conocimiento*” incluye la provisión de contenidos especial y específicamente diseñados al efecto “*por un proceso creativo inédito entre medios privados y el Estado*”. Como explica el Presidente, el sistema de medios públicos será puesto en valor a efectos que sirva de plataforma de distribución, “*garantizando a partir de ellos contenidos de calidad y pluralidad de ideas para llegar de forma igualitaria a todos y todas. Estos serán la punta de lanza en la épica educativa que hemos encarado en materia de contenidos.*” Como hemos dicho, el sistema propuesto en la discursiva del Presidente Alberto Fernández, al igual que antes lo hiciera el modelo de Cristina Fernández, favorece -sino persigue- el adoctrinamiento de la ciudadanía en la ideología -ética de máximo- que subyace el particular sistema político nacional y popular, en detrimento de los valores constitucionales y su ética cívica de mínimos.

¹⁸⁵ Reafirmando esta limitada postura y los derechos políticos inherentes a la ciudadanía, el Presidente Alberto Fernández destaca, al comienzo de su discurso, que: “Los ciudadanos votan atendiendo las conductas y los dichos de sus dirigentes”. Más adelante, refiriéndose al aborto: “Un Estado presente debe proteger a los ciudadanos en general y, obviamente, a las mujeres en particular.”

En particular: Hacia una ética cívica de mínimos

La ciudadanía argentina, como elemento fundamental del sistema político argentino, no cuenta con los atributos necesarios para ejercer el rol -fundamentalmente deberes- que la Constitución le asigna. Atributos, valores y disposición de carácter constituyen una ética cívica que no se hereda ni se adquiere por ósmosis: debe ser educada. La fuente de la cultura o ética cívica de mínimos que sugerimos como aporte está a nuestro alcance: la Constitución Nacional y demás normativa internacional de rango constitucional. Esta ética, como expusimos en la primera parte del estudio, es austera: no se involucra con las concepciones del bien o que puedan elegir las personas, pero sí enuncia ciertos mínimos de justicia y disposición de carácter que tienden a alcanzar los objetivos promovidos en la Constitución. Este debe ser nuestro primer y fundamental acuerdo, cualquiera sea el modelo elegido para gobernar. Respetarlo constituye el punto de partida y primer deber que corresponde al rol de ciudadano. Desconocerlo, abierta o solapadamente, cualquiera sea el justificativo o ética de máxima que pretenda hacerse valer, no solo impide todo acuerdo posterior, sino que implica potenciar constante y permanentemente la anomia y el retroceso a una etapa premoderna y violenta de la sociedad.

186 Más allá de las visiones, grietas y diferentes tipos de democracias y modelos de país que representaron cada uno de los presidentes durante los años 2010-2020, observamos un grave problema con la construcción y formación de la ciudadanía que se ve reflejado en la debilidad de las instituciones y falta de adhesión a las normas. Como señalamos, el origen de nuestros problemas políticos reside en el hecho de que la democracia republicana vigente necesita unos actores que ella misma es incapaz de producir. En este sentido, cuanto más educada y fortalecida se encuentre la ciudadanía en términos de una ética cívica pública común sustentada en valores democráticos y republicanos, más fortalecido estará nuestro sistema político constitucional para hacer frente a populismos y gobiernos autoritarios.

PARTE VI: Referencias Bibliográficas

Acemoglu, D. y Robinson, J. (2012) *Porqué fracasan los países*. Editorial Paidós SAICF, Ariel. Buenos Aires.

Applebaum, A. (2021) *El ocaso de las democracias. La seducción del autoritarismo*. Penguin Random House Grupo Editorial. Barcelona.

Aristóteles (1995) *La constitución de los atenienses*. Editorial Gredos S.A., Madrid.

- Arteta, A. (Ed) (2008) *El saber del ciudadano*. Alianza Editorial S.A. Madrid.
- Badeni, G. (2006) *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Tomo II.
- Bercholz, J. (2012) *Los discursos presidenciales en la argentina democrática. 1983-2011. Su estudio y análisis*. Jorge O. Bercholz y Diego J. Bercholz. 1^a.ed. Buenos Aires: Lajouane.
- Berlin, I. (1958) *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Alianza Editorial S.A, Madrid.
- Bidart Campos, G. (1967) *El Derecho Constitucional del poder*, Ediar.
- Bidegain, C. (1996) *Curso de Derecho Constitucional*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Botana, N. (2016) *La democracia republicana: pasado y presente*. Estudios Sociales, revista universitaria semestral, año XXVI, n° 51, Santa Fe, Argentina, Universidad Nacional del Litoral, julio-diciembre.
- Camps, V. (1990) *Virtudes públicas*. Arpa & Alfil Editores, S.L. Barcelona.
- Camps, V. (2010) *Democracia sin ciudadanos. La construcción de la ciudadanía en las democracias liberales*. Editorial Trotta S.A., Madrid.
- Cattani, A. (2001) *Los usos de la retórica*. Alianza Editorial, S.A. Madrid.
- Cayuso, S. (2006) *Constitución de la Nación Argentina*. La Ley.
- Cortina, A. (1986) *Ética mínima: Introducción a la filosofía práctica*. Tecnos, Madrid.
- Cortina, A. (2007) *Educación en la Justicia*. Generalitat Valenciana, Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia.
- Dahl, R. (1992) *La democracia y sus críticos*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. Barcelona.
- Devoto, M. (2015) *19 Motivos. Ensayando el cambio político*. Grupo Editorial Planeta S.A.I.C. Buenos Aires
- Devoto, M. (2020a) ¿Por qué ciudadanía? Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 18, N° 2. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-18-2/Revista-juridica-ano18-N2-09.pdf
- Devoto, M. (2020b) *Democracia, República y Ciudadanía ¿Son o se hacen?* En

Subiendo el escalón ciudadano. Konrad Adenauer Stiftung, CABA. Capítulo 1. <https://www.palermo.edu/derecho/cives/publicaciones.html>

Devoto, M. (2021) *Develando una ética cívica de mínimos comunes para la Argentina. Adela Cortina y la realidad (objetiva) inmaterial de los valores*. Revista Jurídica de la UP, Año 19, Número 1. <https://www.palermo.edu/derecho/cives/publicaciones.html>

Gallego, J (2010) “*Siempre es la pesadilla*”. *Las reformas de Efiartes y el derrotero de la democracia radical ateniense*. Dialéctica histórica y compromiso social. Homenaje a Domingo Plácido Volumen 1. Ediciones Pórtico, Zaragoza.

García Lema, Alberto (2020) *Desafíos Institucionales a 25 años de la Reforma de 1994, Necesaria continuidad de los consensos constitucionales para afrontar las grietas políticas, económicas, sociales y culturales del siglo XXI*, Departamento de Publicaciones – Facultad de Derecho – UBA (disponible en: <https://garcialema.com.ar/2020/12/20/desafios-constitucionales-a-25/>)

García Mansilla, M.J. y Ramírez Calvo, R. (2006) *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*. Lexis Nexis, Buenos Aires.

Gelli, M.A. (2008) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Cuarta Ed., Tomo I.

Gelli, M.A. (2008) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Cuarta Ed., Tomo II.

González Calderón, J. (1931), *Derecho Constitucional*, Lajouane.

González, J. (1971) *Manual de la Constitución Argentina*. Estrada.

Guariglia, C. (2014) *La anomia y la teoría política de la oligarquía*. En Revista Latinoamericana de Filosofía Política. Vol. III N° 1 — pág.1-17.

Guerrini, F. (1892) *El Ciudadano Argentino*. Bs.As, Cia.Gral de Fósforos- Talls. Ex Radaelli.

Hamilton, A., Madison, J., Jay, J. (1788) *El Federalista*. Ediciones Akal, S.A. 2015. Madrid.

Haro, R. (2011) *Manual de Derecho Constitucional*, Advocatus.

- Heather, D. (2007) *Ciudadanía: una breve historia*. Alianza, Madrid.
- Horrach Miralles, J. (2015) *Sobre el concepto de ciudadanía*. Revista Factótum, 6, pp. 1-22. Recuperado el 29 de abril de 2022 de: <https://www.ses.unam.mx/curso2015/pdf/25sep-Horrach.pdf>
- Innerarity, D. (2018) *Comprender la democracia*. Editorial Gedisa S.A., Barcelona.
- Laclau, E (1996) *Emancipación y diferencia*. Ed. Ariel, Buenos Aires.
- Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018) *Cómo mueren las democracias*. Editorial Planeta S.A. Barcelona.
- Linares Quintana, S. (1987) *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Plus Ultra. Buenos Aires.
- Montes de Oca, MA (1903) *Lecciones de Derecho Constitucional*. La Buenos Aires, Tomo II.
- Mouffe, Ch. (2007) *En torno a lo político*. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. Buenos Aires.
- Mouffe, Chantal (2012) *Dimensiones de democracia radical*. Prometeo Libros, Buenos Aires.
- Mouffe, Ch. y Errejón, I. (2015) *Construir pueblo. Hegemonía y radicalización de la democracia*. Icaria S.A. Barcelona.
- Mouffe, Chantal (2018) *Por un populismo de izquierda*. Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.
- Nino, C. (1992) *Un país al margen de la ley*. Ariel.
- Padilla, M. (1998) *Derecho Constitucional*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Pettit, P. (1997) *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1999, Barcelona.
- Quiroga Lavié, H. (1978) *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Ranciere, J. (1996) *El desacuerdo. Política y filosofía*. Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires. Cap. 1, pág.13.

- Romero, C. (1976) *Derecho Constitucional (realidad política y ordenamiento jurídico)*, Zavalia, Tomo II.
- Rodríguez Arana, J. (2002) *El espacio de Centro*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Rosler, A. (2016) *Razones públicas: Seis conceptos básicos sobre la República*. Katz Editores, Buenos Aires.
- Rubio Carracedo, J. (2007) *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*. Editorial Trotta S.A. Madrid.
- Sánchez Viamonte, C. (1959) *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Kapelusz. Buenos Aires.
- Strasser, C. (2013) *La razón democrática y su experiencia*. Prometeo Libros. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Zakaría, F. (1998) *El surgimiento de las democracias no liberales*. Revista Política Exterior Nro. 62; <https://www.politicaexterior.com/articulo/el-surgimiento-de-las-democracias-no-liberales/>

Reseñas

Reseña normativa

Janice Balanian

Durante el primer semestre del 2022 el Congreso de la Nación aprobó 10 leyes, entre las cuales sobresale el acuerdo firmado por el Poder Ejecutivo y el Fondo Monetario Internacional para refinanciar la deuda contraída en 2018. También se sancionaron leyes en materia de salud, como las denominadas Ley de Respuesta Integral al VIH y Ley de Oncopediatría. Además, el Legislativo definió un marco regulatorio para el cannabis medicinal y el cáñamo industrial y avanzó en la creación de distintos parques nacionales.

En efecto, en el período en curso, el Congreso Nacional dictó las siguientes Leyes:

- Ley 27.668 – Aprobación del Programa de Facilidades Extendidas a efectos de refinanciar la deuda con el Fondo Monetario Internacional correspondiente al acuerdo *stand by* suscripto en el año 2018.
- Ley 27.669 – Marco regulatorio de la cadena de producción, industrialización y comercialización de la plata de cannabis, sus semillas y sus productos derivados para uso industrial y/o medicinal.
- Ley 27.670 – Creación del parque y reserva natural Islote Lobos en la provincia de Río Negro.
- Ley 27.671 – Formación integral respecto de la Causa Malvinas para las personas que se desempeñen en la función pública.
- Ley 27.672 – Transferencia de jurisdicción por la provincia de Entre Ríos al Estado Nacional para la ampliación del Parque Nacional Pre-Delta.
- Ley 27.673 – Creación del parque y reserva nacional Ansenuza en la provincia de Córdoba.
- Ley 27.674 – Creación del régimen de protección integral del niño, niña y adolescentes con cáncer.
- Ley 27.675 – Respuesta integral al VIH, hepatitis virales, otras infecciones de transmisión sexual -ITS- y tuberculosis -TBC-.
- Ley 27.676 – Alivio fiscal para pequeños contribuyentes y autónomos.
- Ley 27.677 – Transferencia a título gratuito de tres inmuebles propiedad del Estado Nacional a favor de la Municipalidad de Montecarlo (provincia de Misiones).

Tras la enumeración anterior, a continuación, se ofrece una síntesis del contenido de algunas de esas Leyes.

Ley 27.6691

Marco regulatorio de la cadena de producción, industrialización y comercialización de la plata de cannabis, sus semillas y sus productos derivados para uso industrial y/o medicinal.

El 5 de mayo de este año el Congreso Nacional aprobó el denominado marco regulatorio del cannabis medicinal y cáñamo industrial. Su objetivo es regular la cadena de producción, comercialización y exportación de la planta de cannabis, sus semillas y productos derivados afectados al uso medicinal. También regula la investigación científica y el uso industrial.

A tales efectos, excluye del ámbito de aplicación de la Ley 23.737 sobre Tenencia y Tráfico de Estupefacientes a los cultivos alcanzados. Además, la Ley crea la Agencia Regulatoria de la Industria del Cáñamo y del Cannabis Medicinal (en adelante, “ARICCAME”), como organismo descentralizado que funciona en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Productivo, con autarquía administrativa, funcional, técnica y financiera, con jurisdicción en todo el territorio nacional.

194

La ARICCAME es el organismo competente para reglar, controlar y emitir las autorizaciones administrativas para el uso de semillas de la planta de cannabis, del cannabis y de sus productos derivados. En particular, tiene a su cargo regulación de la importación, exportación, cultivo, producción industrial, fabricación, comercialización y adquisición, por cualquier título de semillas de la planta de cannabis, del cannabis y de sus productos derivados con fines medicinales o industriales.

Por otro lado, la Ley crea el Consejo Federal para el Desarrollo de la Industria del Cáñamo y Cannabis Medicinal (en adelante, el “Consejo Federal”), que está constituido por un representante de la Nación y uno por cada provincia y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Consejo Federal tiene entre sus funciones sugerir criterios de distribución y concesión de autorizaciones a nivel federal, elevar a la ARICCAME propuestas y estudios destinados a mejorar su plan de trabajo, y elaborar estudios y diagnósticos en relación con los problemas que surjan de la aplicación de la ley.

Finalmente, la norma establece que las personas humanas o jurídicas que quieran producir cannabis medicinal solo podrán iniciar sus actividades con previa autorización de la ARICCAME. Al evaluar las solicitudes, el organismo

¹ La Ley 27.669 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 23 de mayo de 2022 a través del Decreto N° 266/22 (Boletín Oficial N° 34.927).

debe analizar las características del proyecto, las condiciones del mercado, los antecedentes financieros y comerciales de quien realiza la solicitud, los planes de integridad económica y de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo, entre otras cuestiones.

Ley 27.6712

Formación integral respecto de la Causa Malvinas para las personas que se desempeñen en la función pública.

El 15 de junio de este año, el Congreso Nacional aprobó la Ley 27.671 que establece la capacitación obligatoria, periódica y permanente en la “Cuestión de las Islas Malvinas” para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de la Nación.

La norma define a la “Cuestión de las Islas Malvinas” como la situación colonial en que se encuentran las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos correspondientes, parte integrante del territorio argentino, que desde 1833 son objeto de una disputa de soberanía entre la Argentina y el Reino Unido.

El Poder Ejecutivo deberá designar a la autoridad de aplicación de la Ley, que estará a cargo de establecer lineamientos generales destinados a las capacitaciones. Estos lineamientos deberán contemplar, como mínimo, información referida a los argumentos históricos, geográficos, ambientales, jurídicos y políticos que esgrime la Nación Argentina en relación con la Cuestión de las Islas Malvinas, así como también información relativa a la normativa nacional e internacional vigente.

Además, la autoridad de aplicación certificará la calidad de las capacitaciones que implemente cada organismo, las cuales deberán comenzar a impartirse dentro del año de la entrada en vigor de la Ley. También deberá brindar acceso público y difundir el grado de cumplimiento en cada uno de los organismos alcanzados e identificar a las personas responsables de garantizar su cumplimiento.

Por último, la norma invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como al sector privado, a adherir a sus disposiciones.

195

² La Ley 27.671 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 5 de julio de 2022 a través del Decreto N° 363/22 (Boletín Oficial N° 34.955).

Ley 27.6743

Creación del régimen de protección integral del niño, niña y adolescentes con cáncer.

El 30 de junio de este año, el Congreso Nacional aprobó la denominada Ley de Oncopediatría, cuyo objetivo es crear un régimen de protección integral para los niños, niñas y adolescentes que padezcan cáncer y tengan residencia permanente en el país.

La norma busca garantizar a los sujetos alcanzados el derecho a acceder a los mejores cuidados disponibles, a estar acompañados de sus referentes familiares o de cuidado, a recibir información sobre su enfermedad y tratamiento, al consentimiento informado, a rechazar medicamentos y tratamientos experimentales, y a recibir tratamiento del dolor y cuidados paliativos.

De acuerdo con la Ley, el Instituto Nacional del Cáncer, organismo dependiente del Ministerio de Salud, debe aumentar la cobertura de la red que constituye el Registro Oncopediátrico Hospitalario Argentino (ROHA) y establecer un sistema de referencia y contra referencia que asegure el correcto diagnóstico y tratamiento de niños, niñas y adolescentes con cáncer.

196 Respecto a la cobertura, el sistema público de salud, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga deben brindar a los sujetos alcanzados por el régimen una cobertura del cien por ciento para las prácticas de prevención, promoción, diagnóstico, terapéutica y todas las tecnologías que pudieran estar directa o indirectamente relacionadas. Mientras tanto, el Estado Nacional debe otorgarles una asistencia económica que se extienda durante todo su tratamiento.

Sumado a lo anterior, la norma garantiza a los pacientes con familia en situación de vulnerabilidad social el acceso a una vivienda adecuada o la adaptación de la vivienda familiar a las exigencias que su condición les demande. Mientras tanto, contempla un subsidio habitacional para las familias de pacientes que vivan a más de cien kilómetros del lugar de su tratamiento.

Finalmente, habilita a una de las personas que se encuentre a cargo del paciente a gozar del derecho de licencia especial sin goce de haberes, sin que ello fuera causal de despido. Durante dicho periodo la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses) le proveerá una suma igual a la retribución que le corresponda al periodo de licencia.

³ La Ley 27.674 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 13 de julio de 2022 a través del Decreto N° 399/22 (Boletín Oficial N° 34.963).

Ley 27.6754

Respuesta integral al VIH, hepatitis virales, otras infecciones de transmisión sexual -ITS- y tuberculosis -TBC-.

El 30 de junio el Congreso Nacional aprobó la denominada Ley Integral de VIH. Esta norma declara de interés público y nacional a la respuesta integral e intersectorial a la infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), las hepatitis virales, otras infecciones de transmisión sexual (ITS) y la tuberculosis (TBC).

En primer lugar, determina que los agentes del servicio público de salud, las obras sociales y empresas de medicina prepagas deben brindar asistencia integral, universal y gratuita a los pacientes alcanzados. En la misma línea, reconoce a las personas con VIH, hepatitis, otras ITS o TBC el derecho a recibir un trato digno, el derecho a no declarar su diagnóstico o estadio de su infección y el derecho a no ser objeto de pruebas obligatorias de diagnóstico.

Sobre este último punto, la norma prohíbe expresamente la oferta y realización de la prueba diagnóstica en el ámbito laboral y determina que las ofertas de empleo no podrán contener restricciones por estos motivos. A la vez, admite la exigencia de prueba diagnóstica en el caso de accidentes de trabajo y al solo efecto de proteger la salud de la persona afectada.

También reconoce a las personas con VIH, hepatitis, otras ITS y TBC un conjunto de derechos laborales, a saber: el derecho al trabajo y permanencia en el mismo, el derecho a que no sea condicionado el ingreso a fuentes laborales o a la promoción de puestos de trabajo por la realización de pruebas diagnósticas, el derecho a ser beneficiarios de políticas de empleabilidad, entre otros. Asimismo, establece la presunción, salvo prueba en contrario, que el despido de personas con VIH, hepatitis, ITS o TBC obedece a razones de discriminación.

Con relación a la prueba diagnóstica, la Ley determina que toda prueba debe ser voluntaria, gratuita, confidencial, universal y realizada con el debido asesoramiento. A los fines de su realización y procesamiento, es requisito suficiente la solicitud y firma de la persona interesada y no es obligatoria la presentación de la orden firmada por un médico.

Por último, la norma crea la Comisión Nacional de VIH, Hepatitis virales, otras ITS y TBC, integrada por diversos ministerios y sectores y encargada de diseñar y monitorear las políticas públicas en la materia. También crea el Observatorio Nacional sobre Estigma y Discriminación con el fin de visibilizar, documentar, disuadir y erradicar las vulneraciones a los derechos humanos de las personas afectadas.

⁴ La Ley 27.675 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 13 de julio de 2022 a través del Decreto N° 400/22 (Boletín Oficial N° 34.963).

Reseñas bibliográficas



Maza, Miguel Ángel, *18 años de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Derecho del Trabajo. 2003-2021*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2021.

Reseña por J. Alejandro Sudera

Es posible situar el inicio de una nueva y marcada etapa jurisprudencial en materia social, concordante con grandes cambios en la conformación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo dictado el 07/09/2004 en la causa “Castillo, Angel Santos c/ Cerámica Alberdi SA”, decisión a la que sucedieran el 14 y el 21 del mismo mes de septiembre las dictadas en los casos “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA” sobre el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo y “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicio SA” en relación al hoy derogado art. 39 apartado 1 de la Ley sobre Riesgos del Trabajo; y, más tarde, por una larga serie de resoluciones en materia social -tanto en derecho individual del trabajo como en el plano de derecho colectivo- que rediseñaron la situación jurisprudencial que se había configurado a partir de los años 90.

El profesor Maza siempre prestó mucho atención a esas decisiones y celebró sin disimulos en sus pronunciamientos judiciales, sus conferencias y clases universitarias así como en sus publicaciones doctrinales los distintos giros que adoptó esa nueva composición del Máximo Tribunal del país, giros que dejaban atrás criterios restrictivos y anacrónicos que la anterior integración de ese cuerpo judicial había producido y, así, su “fichero” de los novedosos cambios jurisprudenciales fue cobrando volumen e importancia.

La Corte Federal no ha cesado desde ese 07/09/2004 de tomar decisiones de gran relevancia en materia social -inclusive en el orden del Derecho de la Seguridad Social- aún en los primeros cuatro meses de este año 2022, y el mencionado jurista fue tomando nota de cada decisión y a correlacionarlas.

Más aún, siguiendo muy de cerca las resoluciones y precedentes llegó a predecir algunos cambios que se estaban gestando, tal como aconteció con el abandono de la doctrina sentada en “Rodríguez c/ Cía. Embotelladora” que interpretara el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo o en materia de responsabilidad civil de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo por la falta de cumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias bajo la forma de la culpa omisiva.

La obra que reseño, hija de la pandemia y del encierro que el Gobierno Nacional impuso durante muchos meses como consecuencia de ésta, acometió la extensa tarea de recopilar en una publicación el grueso de esos nuevos fallos de la Corte Federal, clasificándolos mediante cinco grandes grupos claramente diferenciados: Parte I Derecho Individual, Parte II Derecho Colectivo, Parte III Temas Generales, Parte IV Infortunios del Trabajo y Parte V Procedimiento.

Con una cuidada técnica metodológica, destinada evidentemente a facilitar a lectoras y lectores el acceso a la profusa información contenida en la obra, el autor subdividió esas cinco partes en capítulos extremadamente específicos, de manera que resulta fácil encontrar el punto o tema que se desee conocer.

Para mayor utilidad, agregó tres índices: uno en el que se listan alfabéticamente todos los fallos reseñados en la obra con indicación de las carátulas respectivas y la fecha de dictado de las sentencias del Más Alto Tribunal; otra lista de fallos, también alfabéticamente ordenados, pero con la indicación de la Parte y Capítulo del libro al que cada uno refiere; y, por último, un tercero -el de mayor practicidad a mi juicio- que, bajo el título “índice temático de fallos reseñados”, identifica en qué Parte y Capítulo del libro se encuentran glosados los pronunciamientos atinentes.

Si bien el profesor Maza advierte ya en la Introducción que escribiera, tras el brillante prólogo que aportara el gran jurista Eduardo O. Alvarez y antes del inicio del estudio jurisprudencial, que no citaría la totalidad de las sentencias dictadas en el extenso período objeto de análisis y estudio, sino exclusivamente los precedentes fundamentales, así como que, aunque intentó ceñir su campo de examen y exposición a las decisiones del período 2003 a 2021, en determinados temas no podía evitar “hacer pie” en algunos

precedentes de la anterior integración del Alto Tribunal que, precisamente, fueran dejados sin efecto en la nueva etapa, tal como el recién mencionado “Rodríguez c/ Cía. Embotelladora” o la serie de fallos que entre 1990 y 2002 fueron dictados en relación al tope salarial máximo de la fórmula indemnizatoria del art. 245 LCT.

Por otra parte, el autor de la obra ha logrado una interrelación de precedentes y temas -en algunos casos con detenimiento y en otros con una mera pero suficiente advertencia a las lectoras y lectores- que le otorga a las distintas Partes y Capítulos una articulación que, más allá del poder informativo que implica, ubica todos los temas en un contexto general.

Daré un ejemplo de este señalamiento: cuando el profesor Maza comenta en la Parte IV Capítulo 14 la causa “Ascuá c/ SOMISA” -en la que se declarara la inconstitucionalidad, absoluta para el profesor Maza, de los topes máximos indemnizatorios en regímenes de reparación tarifada- lo correlaciona con los alcances de la sentencia de la causa “Vizzoti c/ AMSA”, comentada en la Parte I Capítulo 9 y relativo al límite salarial del art. 245 de la LCT.

Me parece relevante señalar que el autor confiesa en la mencionada Introducción que el principal motivo que justificó ambas decisiones metodológicas -limitar al mínimo posible la mención de decisiones que repiten criterios y excluir del universo examinado y expuesto las sentencias anteriores al período que da título al libro- fue evitar un crecimiento excesivo del volumen de éste para brindar a lectoras y lectores un aporte doctrinario accesible y racionalmente práctico.

201

La misma razón, según confesara el profesor Maza en la Introducción ya aludida, lo llevó a procurar la descripción sucinta y concreta de cada decisión -aunque con los antecedentes fácticos y jurídicos que permitiesen comprender mejor la intervención por la vía del recurso federal extraordinario- evitando largas referencias que hubieran provocado un impráctico, a su juicio, crecimiento del libro.

Por cierto, el autor también ha admitido que, con gran esfuerzo en muchas ocasiones, buscó abstenerse de dar sus opiniones sobre las decisiones del Máximo Tribunal, en el entendimiento de que la obra engendrada debería ser un material de utilidad práctica para las profesionales y los profesionales del Derecho y no un trabajo doctrinario de opinión.

Creo que tales objetivos que el autor se puso a sí mismo, con el rigor metodológico que lo ha caracterizado a lo largo de su extensa labor doctrinaria iniciada hace casi 30 años, han sido cabalmente cumplidos, ya que el libro que comento contiene toda la información necesaria con una extensión racional y accesible, muy adecuadamente organizada y expuesta.

En síntesis, “18 años de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en derecho de Trabajo. 2003-2021” constituye un material imprescindible, en mi opinión, para juezas y jueces, abogadas y abogados, y docentes del Derecho del Trabajo en general.



203

**Nager, Horacio Santiago, *ADN y Sistema penal*,
Buenos Aires, Hammurabi, 2022.**

Reseña por Lisi Trejo¹

No siempre ocurre que las inquietudes académicas que nos llevan a estudiar, investigar y escribir sobre un tema determinado también tengan correlato con problemas prácticos propios de nuestros espacios de trabajo profesionales no académicos. Pero cuando ello sucede, el cruce entre ambas áreas de dedicación puede resultar sumamente enriquecedor. Sobre todo cuando la persona tiene la capacidad técnica e interés suficientes como para combinar lo adquirido en ambos mundos, como es el caso de Horacio Santiago Nager.

Para mejor, veremos que en esta obra que aquí se reseña, *ADN y Sistema penal*, el autor nos propone abordar la temática con un necesario enfoque multidisciplinar. De hecho, un primer aporte del libro que merece ser destacado es que presenta, en forma

¹ Profesora de Teoría del Estado (UBA Derecho) y Derechos Humanos (UCSE-DABA).

preliminar al análisis jurídico, un piso de nociones básicas de la ciencia genética imprescindibles para el posterior desandar de la temática desde el derecho. En ese afán, comienza por sintetizar los conceptos más esenciales sobre la naturaleza del ADN; sobre sus tipos codificante y no codificante –distinción que luego tendrá importantes repercusiones a nivel de protección jurídica de datos–; sobre el modo en que se obtienen actualmente los perfiles de ADN de una persona e inclusive sobre los últimos avances en cuanto a nuevos métodos de secuenciación masiva del material genético. Es importante señalar que esta primera parte no es presentada como un análisis estanco, sino que permanece constante a lo largo de todo el libro un cuidadoso tratamiento de estos conceptos técnicos extrajurídicos y esenciales.

A partir de esta base, el libro avanza sobre las principales problemáticas jurídicas que plantea el uso del ADN en distintos aspectos del sistema penal, principalmente como prueba de incriminación. Así es que empieza por presentar las distintas cuestiones prácticas del uso forense actual del ADN, vinculadas a los procedimientos de extracción, posterior almacenamiento y cadena de custodia del material de examen.

A continuación, aborda la extracción compulsiva como medida de prueba, presentando un completo panorama de sus problemas constitucionales como también así de la evolución en la regulación legal procesal a nivel federal y de la jurisprudencia.

Tras ello, el autor se detiene a analizar la irrupción de los llamados nuevos derechos constitucionales a “la privacidad genética” y a la “autodeterminación informativa”. Allí nos invita a tomar real dimensión acerca de que la tecnología del ADN, en avance constante, tiene una potencialidad de intrusión y afectación de derechos no solo a nivel individual sino que trasciende a la persona. Lograda la demostración de este punto, pasa luego a tratar la problemática específica de los registros de datos genéticos. Este tramo es presentado en una forma realmente amena de leer para quienes no nos especializamos en el tema, con un relato sencillo del origen de los bancos genéticos en el mundo así como de su surgimiento y desarrollo en la República Argentina.

A lo largo de todo el libro, el derecho comparado es una herramienta elegida por el autor y que resulta útil para que quienes lean su trabajo tengan otros puntos de referencia o baremos de contraste para evaluar la regulación argentina del uso del ADN. El recurso se agradece, ya que en cada tema específico pone en perspectiva -para bien o para mal- el desarrollo jurídico local.

En esa línea, nos ayuda a comprender, por ejemplo, que los problemas constitucionales que acarrea la regulación legal del uso del ADN no son para nada exclusivos de nuestro ordenamiento jurídico. Así lo ilustra el caso del artículo 129 bis del Código Penal español que Nager analiza, en detalle, en un capítulo del libro especialmente destinado al efecto. Esta norma postula a la extracción de ADN como “consecuencia accesoria del delito”, es decir sin asumirla abiertamente

como sanción penal ni prueba compulsiva ni medida de seguridad. Con lo cual, aparece como una medida procesal de naturaleza jurídica imprecisa y eufemística, que queda en un limbo donde no está claro cuáles son los derechos y garantías constitucionales que constituyen su límite. En este punto de la obra, el autor ya deja ver en germen algunas ideas constitutivas de lo que serán luego sus conclusiones generales, vinculadas al necesario equilibrio entre el deber estatal de proveer seguridad pública y las garantías constitucionales contra abusos del poder estatal.

Hacia el final de su desarrollo teórico, en uno de los capítulos más llamativos, el autor enfrenta al villano que en verdad ha estado presente en todo cuanto hemos podido detectar a lo largo del libro como “regulación legal defectuosa” en cuanto a la protección de derechos y garantías constitucionales. Ese “enemigo en las sombras” es ni más ni menos que la antiquísima pretensión estatal de utilizar tecnología con fines predictivos mediante la elaboración de criterios de peligrosidad pre-delictual. Todo al mejor estilo lombrosiano de fines del siglo XIX o bien al hollywoodense *Minority Report*. En otros términos, el viejo anhelo de construir pronósticos de peligrosidad en función de las características biológicas, sociales o psicológicas de las personas, que en verdad carece de todo sustento, no solo desde la ciencia sino también desde el principio de responsabilidad por el acto que caracteriza al derecho penal liberal.

Para salir airoso de la batalla, Nager una vez más recurre aquí a sus mejores armas: un riguroso prisma constitucional, con un análisis y uso de doctrina, derecho comparado y jurisprudencia solo en lo que le resulta necesario para hilar las ideas propias que somete a nuestro escrutinio como lectores.

Por si todo lo dicho fuera poco, aun resta agregar que este libro no solo presenta relevancia para el mundo especializado *académico* sino también para quienes lleguen a él en busca de una herramienta de trabajo para tratar casos reales que se presentan, a diario y cada vez más, a los distintos operadores jurídicos del sistema penal. En tal sentido, presenta como un valioso plus hacia el final, cuatro *anexos de uso práctico*: jurisprudencia nacional sistematizada; un compendio legislativo y de protocolos de actuación y un índice temático de los fallos nacionales e internacionales citados.

Todas estas características convierten a esta obra en un material imprescindible para quienes deseen abordar cualquiera de las múltiples temáticas vinculadas al ADN desde el derecho y, en particular, desde el área penal.

Finalmente, encuentro particularmente apropiadas las palabras finales del prologuista de este libro, el Prof. Borja Mapelli Caffarena, quien señala con precisión que, con este trabajo, Nager participa en la elaboración de “*directrices de política criminal para hacer compatibles la moderna genómica y la protección de los derechos de las personas*”. Esta semblanza da en el blanco en un punto básico pero frecuentemente olvidado: al fin de cuentas, toda regulación penal, de la temática que fuera, requiere que no se pierda de vista el resguardo de un núcleo de derechos básicos, debido a todas las personas a partir de nuestra decisión como sociedad de

vivir en un Estado de derecho y alrededor de una Constitución.

Por el contrario, en el actual “aire de época” de marcado punitivismo, la exacerbación del derecho penal como respuesta a los más diversos problemas de la sociedad suele venir acompañada del simultáneo debilitamiento de los derechos y garantías de quienes afrontan un proceso penal.

De allí el especial valor de este trabajo de Nager, que nos muestra que los avances de la ciencia contemporánea en la manipulación del ADN solo ponen en vilo al derecho penal si olvidamos que ese fin de protección constituye el corazón de nuestra organización constitucional. Al mismo tiempo, el autor nos interpela con una propuesta de política criminal posible, donde contempla el resguardo de la persona frente al ejercicio abusivo del poder punitivo estatal en equilibrio con otros fines del proceso (como podrían ser el acceso a la justicia de las víctimas o la averiguación de la verdad), sin desperdiciar las ventajas que un buen uso de la ciencia genética puede aportar al sistema penal.