



la crítica

del derecho

año 2, Vol. 3 – marzo de 2026

Contenido

JÜRGEN HABERMAS

Perder a Jürgen Habermas	Cristina Lafont	4
La razón comunicativa	Rainer Forst · Klaus Günther	5
Un día para lamentar, un héroe para celebrar	Cass Sunstein	8
Habermas, la democracia deliberativa, y la ley de autoamnistía en la Argentina	Roberto Gargarella	11
Habermas y la fuerza de la razón	José Luis Martí	12
Habermas: breve obituario filosófico	Leonardo García Jaramillo	14
El filósofo del mundo	Seyla Benhabib	19
La teoría de la acción comunicativa. Conceptos clave	Marina Velasco	20
El legado de Habermas para el constitucionalismo	Armin von Bogdandy	22
Mi valoración de un adversario en el debate bioético	Michael Sandel	23

SIMPOSIO

Derechos sociales, economía y democracia: una respuesta a las críticas a la reforma laboral	Emiliano Vitaliani · Patricio Méndez Montenegro	25
Réplica a los críticos	Gustavo Maurino	31
Un derecho más instrumentalista	Ramiro Álvarez Ugarte	44

DEBATES

Más sobre la Major Questions Doctrine	José Ignacio Hernández	48
Cada voto cuenta	Laura Ronchetti	51

ENSAYOS

Acción penal y género	Georgina Amaro Piccinini	54
Partecipa e vota no!	Anna Mastromarino	56
Por un Estado Eco-Social	Rubén Lo Vuolo	58
El aborto en el cine	La Imagen Justa	60
Calavera (1)	Ana Longoni	63
Laudatio a Martín Farrell	Alejandro Carrió	68
Jaime Malamud Goti frente a Procusto	Joaquín Millon Quintana	73
Laudatio para Carlos Nino	Roberto Gargarella	77
“Ercoli”, el kilómetro cero de los fallos de la Corte de la dictadura, y la jurisprudencia de las sombras largas.	Gustavo Arballo	82
Mi impresión de Rawls y su legado	Jürgen Habermas	85
¿Para qué sirve una Facultad de Derecho?	Miguel Gualano de Godoy	87
Otra Corte Suprema es posible	Leticia Vita	91
Las metáforas y la Constitución	Silvina Álvarez Medina	94

ENTREVISTAS

Marcela Rodríguez	Agustina Ramón Michel	98
-------------------	-----------------------	----

RESEÑAS

Sunstein y la vuelta de los frenos y contrapesos	Roberto Gargarella	109
Inocentes: la ciencia forense	Camila Vicintín	115

Perder a Jürgen Habermas

por Cristina Lafont

Nos ha dejado cuando más lo necesitábamos.

17 de marzo de 2026

Es una pérdida inconmensurable para tantas personas, por tantas razones y para tantas causas cada vez más urgentes en estos tiempos peligrosos. Jürgen Habermas nos ha dejado cuando más lo necesitábamos: como el más firme defensor filosófico de la democracia; como el intelectual público más inquebrantable en su compromiso con los valores de la Ilustración, con un proyecto europeo políticamente integrado y con un orden mundial cosmopolita; y como una conciencia moral implacable ante las circunstancias políticas más amenazantes. Nos habíamos acostumbrado a que él luchara nuestras batallas, hablara en nombre de todos nosotros y corriera todos los riesgos sin importarle las consecuencias. Sabíamos que continuaría la lucha en todos los frentes: filosófico, intelectual y político. Y así lo hizo. Era, y sigue siendo, imprescindible.

Para mí también, su fallecimiento supone una pérdida inconmensurable. Ocupó el centro de mi vida política e intelectual desde que tengo memoria. Oí hablar de Jürgen Habermas por primera vez cuando tenía dieciséis años. Empecé a leerlo a los veinte, me convertí en su estudiante de doctorado a los veintisiete y, más tarde, en su colega cuando visitaba mi universidad cada año durante los años noventa y principios de los 2000. He mantenido un diálogo con él, con su obra y su pensamiento, desde entonces.

Nada de esto fue natural ni previsible. De hecho, las probabilidades de que me convirtiera en su estudiante de doctorado eran muy escasas.

Cuando llegué por primera vez a Alemania con una beca del recién elegido gobierno socialista español, me sentí completamente fuera de lugar. Era una mujer joven en una disciplina profundamente dominada por los hombres. Venía de España, un país donde cuarenta años de dictadura franquista habían extinguido todo resquicio de vida filosófica o intelectual. Y sin el lujo de poder expresarme en mi lengua materna, como todos los demás, mi plan era sencillo: aprender todo lo que pudiera y volver a España lo antes posible. Al fin y al cabo, me decía a mí misma, lo bueno de los filósofos es que puedes leerlos en casa; no hace falta quedarse por allí.

Fui a Fráncfort por el filósofo Jürgen Habermas. Pero me quedé allí tanto tiempo por el ser humano, Jürgen Habermas. Resultó que no solo era un filósofo extraordinario. También era una persona extraordinaria: lo que los judíos llaman un *Mensch*. De hecho, fue el mentor más comprensivo, atento y solidario que un estudiante de posgrado podría desear. Incluso hoy, tras décadas en la profesión, a menudo siento que no estoy a la altura del listón que él estableció como mentor.

«Jürgen Habermas nos ha dejado cuando más lo necesitábamos: como el más firme defensor filosófico de la democracia; como el intelectual

público más inquebrantable en su compromiso con los valores de la Ilustración, con un proyecto europeo políticamente integrado y con un orden mundial cosmopolita...»

Muchos se burlan de Habermas por su creencia supuestamente ingenua en la “coacción sin coacciones del mejor argumento”. Pero en mi caso, pude comprobar de primera mano lo que significa regirse por ese principio. En una de sus últimas clases antes de jubilarse, Habermas presentó una interpretación de Heidegger que era directamente opuesta a la que yo defendía en mi tesis doctoral, que entonces estaba escribiendo en español para defenderla en mi universidad en España. Como me costaba expresarme en alemán —por no hablar de discutir sobre Heidegger en ese idioma—, decidí enviarle una carta. En ella señalaba varios pasajes de *Ser y tiempo* que, en mi opinión, parecían contradecir la interpretación que él había presentado en la clase. En aquel momento, él apenas sabía quién era yo. No era más que uno de los muchos estudiantes extranjeros que asistían a su coloquio —y uno que casi nunca decía nada, además. Para mi total sorpresa, cuando quedamos para hablar sobre la carta, me ofreció ser mi director de tesis. Yo estaba tan aterrorizada que decliné amablemente la oferta. Él simplemente respondió: “si usted puede argumentar así de bien, tengo que poder leer lo que escribe. Y, para eso, sería ideal si lo escribe en alemán para que lo podamos leer todos”. Él no sabía de ninguna credencial especial, mérito, o recomendación de esta estudiante que había venido de España. Me convertí en su estudiante por una única razón: lo único que importaba eran los argumentos. Eso, en pocas palabras, es quién era Jürgen Habermas.

El fallecimiento de Jürgen Habermas es una pérdida inconmensurable. Hemos perdido a Habermas: el *Mensch*, el filósofo, el intelectual público, el luchador, el colega, el mentor, el ami-

go. Pero su legado perdura en todos aquellos que lo conocieron, a quienes moldeó y que aspiran a estar a la altura de los estándares que él estableció. Afortunadamente, su monumental obra filosófica permanece, abierta a todo aquel que desee adentrarse en ella y hacerla suya. Ahora nos corresponde a todos nosotros contribuir a conducir el mundo en una mejor dirección: la que él tuvo el valor de imaginar y que nunca dejó de defender. ■



JÜRGEN HABERMAS

La razón comunicativa

por Rainer Forst · Klaus Günther

Con motivo del fallecimiento de Jürgen Habermas.

Con la muerte de Jürgen Habermas perdemos a un erudito incomparable y a un intelectual comprometido que ha marcado las ciencias humanas y sociales en todo el mundo durante muchas décadas y que, como él mismo dijo en su discurso con motivo de su 90.º cumpleaños en la Universidad Goethe, vivió en esta universidad tres etapas felices de su vida académica. Incluso tras su jubilación, participó activamente en muchos de nuestros debates en el Centro de Ordenamientos Normativos (Diskussionen am Zentrum Normative Ordnungen), y su teoría fue para nosotros siempre un punto de referencia central de la investigación. Nosotros mismos perdemos a nuestro maestro académico más importante, con quien mantuvimos una relación de amistad a lo largo de décadas.

En aquella última gran conferencia pública titulada «Una vez más: Sobre la relación entre moralidad y ética», Habermas recordó los grandes proyectos filosóficos históricos de Kant, Hegel y Marx, y se alineó con ellos. Se centró en la cuestión de la razón en la historia y expresó su esperanza de que la razón nunca renuncie a su labor de mejorar las condiciones sociales, a pesar de todas las decepciones que depara el curso de los acontecimientos.

En este sentido, es principalmente a Kant a quien Habermas recurre cuando se aferra al imperativo de iluminar nuestras condiciones de vida mediante el «uso público de la razón», es decir, en el discurso de los propios afectados, que incluye a todos sin privarlos de su diversidad individual. Este es el tema central de su vida, que recorre todos sus escritos: la emancipación a través de la razón comunicativa, que asume el esfuerzo de reconocer y superar sus propios blo-

queos, incluidos los causados por factores sociales y sistémicos. Con Hegel, Habermas sostiene, sin duda, que esta labor debe apoyarse en procesos de aprendizaje pasados para obtener de ellos orientación y aliento. Y con Marx, por último, insiste en que la tarea de la filosofía y de las ciencias en su conjunto no es solo mejorar la vida, sino liberarla de las limitaciones que se idealizan ideológicamente como naturales e irrefutables.

Al final de su memorable conferencia, Habermas repasó brevemente los tres períodos de su vida académica que pasó en Fráncfort: la época como asistente de Adorno en la segunda mitad de los años cincuenta, la época como sucesor de Horkheimer en su cátedra en los años sesenta y, por último, el regreso en los años ochenta tras finalizar su dirección del Instituto Max Planck en Starnberg. A este último periodo lo calificó como «la época más satisfactoria de mi vida académica» en el «aire libre» de la Universidad Goethe, y recordamos con gran gratitud aquella época en la que tuvimos el privilegio de aprender de él.

Ya en su conferencia inaugural en Fráncfort en 1965, Habermas había formulado la idea fundamental de su filosofía de tal manera que, con la estructura del lenguaje, «la madurez está dada para nosotros». Desarrolló esta idea de muchas maneras y en diversos contextos disciplinares. En su tesis de habilitación sobre el *Cambio estructural de la esfera pública* (1962), Habermas reconstruye la formación de una esfera pública crítica y burguesa desde el siglo XVIII y su transformación hacia una esfera pública cada vez más despolitizada y organizada según los principios del mercado a través de los medios de comunicación de masas en los períodos posteriores. Y Habermas no sería Habermas si no hubiera revisado y reubicado regularmente estas conclusiones, más recientemente en sus reflexiones sobre la comunicación digital.

No ha habido prácticamente ningún debate teórico relevante desde entonces en el que Jürgen Habermas no haya adoptado una posición que sigue siendo influyente hoy en día. Frente a

la *hermenéutica* de Gadamer, defendió enfoques críticos con la ideología y la tradición; en la *controversia sobre el positivismo*, destacó la particularidad de las ciencias sociales críticas, que persiguen un interés emancipador. Esto condujo a la importante obra *Erkenntnis und Interesse* (1968). En los debates sobre la teoría crítica, abogó por un cambio radicalmente democrático y racionalista de sus premisas, siguiendo el concepto de una *razón comunicativa*. Lo desarrolló sociológicamente en los debates con la *Teoría de sistemas* de Luhmann, lo que condujo a la famosa diferenciación entre un mundo de la vida estructurado comunicativamente y un sistema que forma sus propios medios de coordinación de la acción, los cuales tienden a traspasar sus límites y a agotar y colonizar la comunicación discursiva. Esto se desarrolla en las obras sobre los *problemas de legitimación en el capitalismo tardío* (1973) y su monumental *Teoría de la acción comunicativa* (1981), siendo esta última nada menos que una nueva teoría de la modernidad y una filosofía trascendental transformada pragmáticamente en el lenguaje, todo en uno. Esta combinación, según los estándares actuales de la ciencia altamente especializada, que se atrinchera en ámbitos cada vez más definidos, es una síntesis sin parangón.

En el tercer periodo de Fráncfort, que siguió a la etapa de Starnberg a partir de 1983, se elaboró un tipo propio de ética kantiana, la *ética del discurso*, cuyos inicios se remontan a los tiempos de intenso intercambio con el amigo y colega Karl-Otto Apel. En *El discurso de la modernidad* (*Diskurs der Moderne*, 1985) se concilian la crítica y la defensa de la modernidad y se sientan las bases para un «pensamiento posmetafísico», que posteriormente se desarrolla en diversas obras.

Para nosotros, como alumnos y colaboradores, fue determinante el gran libro *Facticidad y Validez* (*Faktizität und Geltung*, 1992), que surgió de un grupo de trabajo de teoría del derecho fundado con los fondos del Premio Leibniz de la DFG, otorgado por primera vez, al que pertenecíamos. En él se muestra por qué el Estado de derecho y la democracia están conceptualmente unidos, al

institucionalizarse la tensión entre los derechos humanos y la soberanía popular de tal manera que los derechos humanos, si bien se dan por sentados en los procedimientos democráticos de autolegislación, son concretados por estos y, si todo va bien, aprovechados de forma continua. La teoría correspondiente de la democracia deliberativa nos recuerda que en una democracia debe prevalecer la mejor justificación, no la mera voluntad de las mayorías.

En los años siguientes, por un lado, se abordó la elaboración de una teoría transnacional de la democracia y el derecho (*La Constelación Post-Nacional -Postnationale Konstellation*), con especial referencia a Europa (*Sobre la Constitución de Europa -Zur Verfassung Europas*), y, por otro lado, el análisis de la problemática de una «secularización descarrilada», provocada por las nuevas posibilidades biotecnológicas de intervención en el genoma, que no parecía ofrecer buenas respuestas a la pregunta de por qué no se deben crear nuevos seres humanos genéticamente optimizados.

Esto, junto con la creciente importancia de lo religioso en diversas regiones del mundo, ha motivado al posmetafísico Habermas a adentrarse en las profundidades del debate entre la religión o la teología y la filosofía, y el resultado es la amplia genealogía del pensamiento posmetafísico publicada en 2019 bajo el título *También una historia de la filosofía* (*Auch eine Geschichte der Philosophie*). Según Habermas, la razón escribe su historia desde su propio punto de vista, pero al hacerlo reconoce que se ha ido forjando paso a paso a partir de la controversia sobre cuestiones de fe y que debe mantenerse abierta a nuevos procesos de aprendizaje —sabiendo muy bien, como escribe Habermas, que una razón anclada en el presente «con la desaparición de todo pensamiento que trascienda en su conjunto lo existente en el mundo, se atrofiaría ella misma».

Sería una historia en sí misma relatar la multitud de intervenciones políticas del intelectual Habermas: desde los debates de los años sesenta sobre la reforma educativa y el movimiento

estudiantil, pasando por los de los setenta sobre la Ley contra los radicales, y los de los ochenta sobre la desobediencia civil, la «controversia de los historiadores» y los debates sobre la reunificación y una nueva Constitución, pasando más tarde por las intervenciones militares hasta las declaraciones sobre bioética, la pandemia o, actualmente, la guerra en Ucrania —y, una y otra vez, Europa.

Le preocupaba especialmente el resurgimiento del nacionalismo, la xenofobia y el antisemitismo en los últimos tiempos. Junto con Nicole Deitelhoff y nosotros dos, redactó en noviembre de 2023 una declaración que se oponía a las reacciones antisemitas en Alemania ante la intervención militar de Israel en Gaza. En ella, los autores subrayaban los principios de dicha intervención, a saber, los de «proporcionalidad, prevención de víctimas civiles y conducción de una guerra con perspectivas de paz futura». Sin embargo, esto no impidió que dicha declaración fuera objeto de múltiples críticas, que pasaron por alto la exhortación expresa a estos principios.

Jürgen Habermas será recordado tanto como autor de una obra científica singular y monumental como por ser un brillante intelectual político. Para nosotros seguirá siendo inolvidable como profesor y mentor cercano. Su muerte deja un vacío que será imposible de llenar. ■

JÜRGEN HABERMAS

Un día para lamentar, un héroe para celebrar

por Cass Sunstein

A propósito del fallecimiento de Habermas.

En el mundo del deporte se puede afirmar, con cierto tono de voz asertivo: “Magic Johnson”, “Michael Jordan” o “LeBron James”. En filosofía, o en el ámbito académico en general, se dice, con ese mismo tono de voz: “Habermas”.

Hace mucho tiempo, siendo un joven profesor de derecho, caminaba con John Rawls (¡qué privilegio! Era algo surrealista). Me preguntó: “¿Quién consideras que es el mayor teórico sobre la democracia?”. Si tuviera una nube sobre la cabeza que indicara lo que estaba pensando, diría: “John Rawls acaba de pedirte que nombres al mayor teórico de la democracia. Debes de estar alucinando o soñando. ¡Despierta!”. Resistí el impulso de salir corriendo. Murmuré algo y le pregunté qué opinaba. Respondió, con cierta solemnidad: “Habermas”. Luego hizo una pausa y señaló, con cierta emoción, que Habermas era alemán y había crecido bajo el nazismo.

Tuve el privilegio de coincidir con Habermas en varias ocasiones. La curiosidad intelectual y la generosidad eran las facetas de su personalidad que primero llamaban la atención. Era un poco formal, pero muy amable. Parecía el mejor oyente del mundo. ¿Conocen la canción de Bob Dylan “Forever Young”? A mí Habermas me generaba esa impresión por su sinceridad y aprecio por los demás. Era más profundo que todos nosotros, por supuesto, y sabía infinitamente más, pero nunca daba la impresión de ser consciente de ello.

Me gustaría mucho escribir algo nuevo sobre Habermas, pero su fallecimiento me ha dejado abatido. Por lo pronto, estas son algunas de las principales ideas que escribí, para el *New York*

Times, sobre uno de sus mejores libros, *Facticidad y validez*, publicado originalmente en 1998.

La mayoría de la gente sabe que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos garantiza los derechos a la libertad de expresión y al libre ejercicio de la religión. Sin embargo, durante el primer Congreso, que sesionó entre el 4 de marzo de 1789 y el 3 de marzo de 1791, algunos parlamentarios propusieron, muy en serio, que la Primera Enmienda incluyera otro derecho: el derecho de los electores a “instruir” a sus representantes sobre cómo votar. El Congreso rechazó finalmente la propuesta. Roger Sherman sustentó el argumento principal en contra. A su juicio, los representantes tenían el “deber de reunirse con otras personas de diferentes partes de la Unión y consultar... Si se guiaran por instrucciones, la deliberación no tendría sentido”. “Un derecho a instruir destruiría el propósito de dichas reuniones”.

Al rechazar el derecho a dar instrucciones, el primer Congreso consagró un singular concepto de la política. Se decantó por lo que podría denominarse una democracia deliberativa en la que los representantes rendirían cuentas ante el pueblo, pero también actuarían como parte de un proceso que valoraba el debate y la reflexión sobre todos los posibles cursos de acción.

Habermas fue uno de los filósofos políticos más importantes del siglo XX. Durante gran parte de su vida se dedicó al problema de la legitimidad política. ¿En qué circunstancias es legítimo que las autoridades políticas, simples seres humanos, ejerzan poder sobre otros seres humanos? No resulta sorprendente que un filósofo alemán, que además vivió su adolescencia durante el periodo nazi y fue testigo o conocedor de incalculables atrocidades desde entonces, centre su atención en este problema. Habermas considera que la cuestión es especialmente apremiante en una era “postmetafísica” en el sentido de que se ha perdido el sentido y la razón de ser de contar con fundamentos externos sobre los cuales basar nuestros juicios y decisiones. Creemos o no en la existencia de Dios, parece claro

que, como ciudadanos de una sociedad heterogénea, debemos actuar partiendo de la base de que nuestras decisiones nos pertenecen. Al insistir en este punto, Habermas traza una línea divisoria frente a los irracionalistas modernos, muchos de los cuales –como Foucault y Derrida– son influyentes en el ámbito académico contemporáneo. Habermas sostiene, de manera contundente, que quienes se oponen a la razón y al proyecto de la Ilustración no pueden dar cuenta del fundamento de su propia retórica, que parece inspirada en el compromiso ilustrado con la liberación humana.

Habermas propuso una “teoría de la acción comunicativa” cuyo eje central es la “situación ideal del habla” como modelo teórico-normativo. Para que el diálogo se fundamente en el entendimiento mutuo debe estar libre de coacción o manipulación. El consenso se busca únicamente con base en la fuerza del mejor argumento. En la situación ideal del habla todos los participantes gozan de igual poder, tratan genuinamente de alcanzar un entendimiento, no actúan de forma manipuladora ni estratégica y son conscientes de su obligación de ofrecer razones. En esta situación los resultados dependen de lo que denomina “la fuerza no coercitiva del mejor argumento”.

Estas son cuestiones con un alto grado de abstracción. Durante muchos años los estadounidenses, los alemanes y muchos otros se han interesado por las implicaciones prácticas de la obra de Habermas. Por ejemplo: ¿Podemos deducir un conjunto de derechos a partir de esas ideas? La política del mundo real dista mucho de la situación ideal del habla. ¿Podría esa noción influir en las obligaciones de los medios de comunicación en cuestiones de raza y género, o en la legislación sobre la financiación de campañas electorales? El libro de Habermas, *Facticidad y validez*, es tanto la cúspide de toda una vida de reflexión sobre la legitimidad política como su esfuerzo por acercar su argumentación a tierra firme mediante el desarrollo de nuevas inter-

pretaciones del derecho, la democracia y su relación.

Gran parte del análisis de Habermas gira en torno al estudio de dos concepciones de la democracia, que denomina “liberal” y “republicana cívica”. Según la concepción liberal, arraigada en la obra de Hobbes, la política es un proceso de negociación, una cuestión agregativa de intereses privados. Los liberales definen a los ciudadanos como titulares de derechos negativos frente al Estado. La política es, entonces, una lucha entre grupos de interés por el poder e la influencia. La concepción republicana cívica, arraigada en Aristóteles y Rousseau, es muy diferente: la política no es una mera cuestión de proteger nuestros intereses egoístas, sino un esfuerzo por elegir y poner en práctica nuestros ideales compartidos. Los republicanos cívicos conciben los derechos no como restricciones negativas al gobierno, sino como un medio para promover la participación en prácticas políticas mediante las cuales los ciudadanos se convierten en artífices de su propia comunidad. Consideremos los derechos a la libertad de expresión y al voto. Para los republicanos cívicos, la política es una cuestión de debate y de autolegislación donde las personas participan, no en negociaciones y compromisos, sino en formas de reflexión y diálogo.

El hilo conductor del libro es el rechazo de Habermas hacia ambas posiciones y el esfuerzo por defender, en su lugar, lo que denomina “política deliberativa” o “democracia deliberativa”. Se trata, sin duda, de un ideal procedimental. Su objetivo es dar forma a la noción de una situación ideal del habla. Al igual que los republicanos cívicos, los demócratas deliberativos conceden gran importancia a la exposición de razones en el ámbito público. Pero, al igual que los liberales, están a favor de una frontera firme entre el Estado y la sociedad e insisten en un conjunto sólido de restricciones sobre lo que el gobierno puede hacer. Habermas entiende la regla de la mayoría no como una mera cuestión estadística, un esfuerzo por contar votos, sino como un amplio proceso social mediante el cual las per-

sonas debaten asuntos, se comprenden mutuamente, intentan persuadirse unas a otras y modifican sus opiniones para responder a los contraargumentos. De esta manera formamos nuevas creencias e, incluso, nuestros deseos.

La concepción deliberativa de la democracia constituye el pilar de la teoría de la legitimidad política de Habermas. La democracia no existe para garantizar los derechos que nuestro Creador nos ha otorgado; tampoco es simplemente una forma de permitirnos rechazar a los sinvergüenzas; ni es un mecanismo para procesos de acuerdo, compromiso y ejercicio del poder. La democracia, concebida idealmente, es un proceso mediante el cual las personas no imponen sus preferencias sino que consultan y deliberan sobre qué valores y qué opciones son los mejores.

Según el razonamiento de Habermas el derecho constitucional institucionaliza los supuestos de un sistema de discusión que posibilitan la elaboración legítima de leyes. Por ello, su concepción de los derechos fundamentales incluye el derecho a “la igualdad de oportunidades para participar en los procesos de formación de la opinión y la voluntad en los que los ciudadanos ejercen su autonomía política y a través de los cuales generan derecho legítimo”.

Habermas considera que el principal objetivo de un tribunal, al interpretar la constitución, debe ser proteger las precondiciones procedimentales para el ejercicio de la deliberación democrática. Este punto sugiere un papel especialmente activista (“aggressive”) para los tribunales cuando los procesos democráticos no se ajustan a las aspiraciones de deliberación y democracia; por ejemplo, cuando algunos son excluidos de la política o cuando los resultados de los procesos de toma de decisiones reflejan el poder y la presión, en lugar de la razón. Así es como Habermas intenta conciliar la tensión entre el derecho y la democracia, considerándolos no como opuestos sino como mutuamente complementarios. El derecho puede crear las precondiciones para la democracia al garantizar la libertad de expresión, el derecho al voto y la igualdad política, entre

otros. Los ideales democráticos pueden llegar a determinar el contenido adecuado del derecho.

Para quienes se interesan por un enfoque deliberativo de la democracia gran parte del trabajo futuro no reside en abstracciones sino en un pensamiento más concreto destinado a resolver problemas concretos. La democracia estadounidense, por ejemplo, dista mucho de ser deliberativa, y cabría preguntarse cómo hacerla más deliberativa. ¿Pueden los medios de comunicación –incluso internet– aprovecharse para promover la deliberación política? ¿Cómo puede funcionar una democracia deliberativa cuando existen enormes disparidades tanto en riqueza como en educación? ¿Qué tipo de restricciones deberían imponerse al contenido y a la forma admisibles del debate público? ¿Deberíamos fortalecer las formas locales de democracia? Habermas no aborda mucho estas cuestiones.

La suya es una obra de filosofía política que aborda los fundamentos de la teoría democrática y, como tal, tiene un gran valor, sobre todo por su minuciosa exposición de la democracia deliberativa y el potencial de interacciones productivas entre la democracia y el derecho. El siglo XX llegó a su fin y el siglo XXI inició con las aspiraciones democráticas proliferando por el mundo. Habermas brindó una de las mejores y, en mi opinión, más duraderas explicaciones y justificaciones de los valores que subyacen a esas aspiraciones.

Descanse en paz, profesor Habermas. Le estamos muy agradecidos y le rendimos homenaje. No volveremos a ver a nadie como usted.

—
Traducción de Leonardo García Jaramillo, publicada con la expresa autorización del autor. ■

JÜRGEN HABERMAS

Habermas, la democracia deliberativa, y la ley de autoamnistía en la Argentina

por Roberto Gargarella

Habermas, la democracia deliberativa, y la ley de autoamnistía en la Argentina. Un ideal regulativo al servicio de la práctica democrática

Desde mi punto de vista su mayor aporte que nos lega Jürgen Habermas tiene que ver con los modos en que nos enseñó a pensar en la democracia, sobre todo a partir de (lo que denominó) una “democracia deliberativa”. A través de dicha noción, Habermas se refiere a un ideal regulativo, es decir (no una “descripción” de la democracia tal como que existe, que es lo que le interesara a Robert Dahl, por ejemplo sino) un horizonte normativo a alcanzar, un punto que nos permita afirmar que las decisiones públicas que se toman están justificadas. Según Habermas, una decisión democrática, para tener autoridad y validez, debe ser el producto de un “debate inclusivo” –debe ser el resultado de una discusión en la que han intervenido “todos los potencialmente afectados”. Por supuesto que eso no es lo que ocurre en la realidad. Ninguna sorpresa: Habermas está hablando, justamente, de un ideal a alcanzar, no de las “democracias realmente existentes”. Y, por tanto –continúa– cuanto más podamos decir que esa decisión es producto de una conversación entre “todos los afectados”, más razones tenemos para respetar esa decisión. Por qué? Porque si a la decisión del caso la acordamos entre todos, entonces, podemos decir que se trata de una decisión “nuestra”: es el resultado de lo que discutimos entre todos. De manera contraria, en la medida en que la decisión en juego sea una en la que muy pocos de nosotros –ciudadanos de a pie– intervinimos (por ejemplo, porque es el exclusivo producto de una elite; o porque es el mero resultado de las presiones de

algunos grupos de interés) entonces, no tenemos razones para considerar que dicha norma es válida: finalmente, dicha norma no es, en ningún sentido relevante, “nuestra”.

Alguien podría decir que todo esto es muy abstracto, y que no sirve para nada para la vida real. Sin embargo, entiendo que yo que el ideal regulativo que nos ofrece Habermas es excepcionalmente importante. Él nos permite, por un lado, someter a crítica los arreglos institucionales actualmente existentes (cuáles son los defectos más importantes de la democracia en la que vivimos); y por otro lado, nos ayuda a definir de qué modo modificar o reformar esa democracia (hacia dónde ir para poder decir, finalmente, que las decisiones del caso ahora sí se encuentran justificadas). Otra vez: alguien podría decir que todo esto es muy abstracto -pura “jactancia de los intelectuales”. Sin embargo, quiero decir que el derecho (el buen derecho, diría) necesita nutrirse (debe nutrirse) de ideales semejantes, para operar en la práctica. Para ilustrar lo que digo, ofrezco un ejemplo de tremenda importancia y actualidad, en la Argentina, muy en particular en estos tiempos -cuando se cumplen los 50 años del último golpe de estado. Cuando volvía la democracia a la Argentina, en 1983, el derecho se encontró con que existía una ley de autoamnistía, que había impulsado el General Bignone, apenas antes de abandonar el poder, que buscaba clausurar la posibilidad de un Juicio a los responsables de los crímenes atroces cometidos por la dictadura. Si el Juicio a las Juntas fue posible, finalmente, ello se debió a la argumentación que dieron un grupo de filósofos del derecho -entre ellos Carlos Nino, de manera saliente; Genaro Carrió, y Jaime Malamud Goti- basada directamente en la idea de “democracia deliberativa” que les inspiraran autores como Habermas y John Rawls. Lo que los filósofos dijeron, entonces, fue que una norma como la de la autoamnistía, no podía considerarse “derecho válido”, porque la validez de una norma no podía depender de la mera circunstancia de que contaba con la “fuerza” o el poder coercitivo detrás

(como solía decir el derecho, en el país, e incluso la Corte Suprema, a partir de su nefasta “doctrina de facto”). La validez de una norma dependía de condiciones procedimentales y democráticas. La validez de una norma no podía depender de su mera “vigencia” (ie., del hecho de que la gente no la desobedecía, por miedo) La pregunta que había que hacerse era otra, para poder hablar de la validez de esa norma. Ante todo: ¿Había ella sido el producto de un debate democrático? Más específicamente ¿Había sido acordada a partir de una discusión entre los partidos políticos existentes? ¿Había sido discutido apropiadamente, en el Congreso? Por supuesto que no! Todo lo contrario, y de un modo extremo! Esa decisión había sido creada en condiciones de exclusión grave; censura a la prensa; límites extremos sobre la libertad de expresión; prohibición de partidos políticos y sindicatos; etc.. Conclusión: se trataba de una norma que (en una imaginaria escala de “validez”) se encontraba en el extremo más negativo. Era lo más contrario que podía imaginarse, en relación con una “ley válida”. Por tanto, había buenas razones para considerar a la ley de autoamnistía como “nula” o “inexistente.” Pues bien, éste razonamiento, en apariencia tan abstracto, fue el que finalmente estuvo detrás de la derogación de la ley de autoamnistía. Esa decisión -la derogación de la autoamnistía militar- fue la primera decisión tomada por el Congreso, una vez recuperada la democracia. Esto quiere decir, en última instancia, que “ideal regulativo” de Habermas -ése ideal supuestamente abstracto y alejado de la realidad- había ofrecido a la política y el derecho argentinos una herramienta teórica y práctica excepcional, para resolver tal vez el principal drama jurídico que enfrentó la Argentina, en el último siglo. ■

 JÜRGEN HABERMAS

Habermas y la fuerza de la razón

por José Luis Martí

Con motivo del fallecimiento de Jürgen Habermas.

Ayer, sábado, 14 de marzo de 2026, falleció Jürgen Habermas. Era el último de los grandes filósofos del siglo XX, el faro intelectual de Alemania y Europa, el puente más sólido entre tradiciones filosóficas, el padre de las mejores ideas actuales sobre la democracia. Y justo en este momento...

En estas horas, se suceden los mensajes privados de condolencias entre filósofos de todo el mundo, que hoy se sienten un poco más huérfanos. Sus muchos discípulos, entre ellos varios destacados filósofos españoles, y los miles de académicos que hemos estudiado o leído algunas de sus múltiples, extensas y complejas obras, hemos perdido uno de nuestros grandes referentes.

Su figura y sus méritos están siendo glosados por todos los medios de comunicación internacionales. Fue principalmente un filósofo político, aunque le interesó y contribuyó de manera decisiva a la ética, la filosofía del lenguaje, la epistemología y la sociología, entre otras disciplinas. Le dieron todos los premios relevantes. Escribió decenas de libros. Tal vez los más importantes fueron *La transformación estructural de la esfera pública* (1962), *Crisis de legitimación del capitalismo tardío* (1967), *Teoría de la acción comunicativa en dos volúmenes* (1981), *Facticidad y validez* (1992) o su impresionante y reciente *Una historia de la filosofía en tres volúmenes* (2019). Desde los años 50 y hasta hace bien poco, escribió más de mil artículos académicos y también de prensa. En estos últimos analizó los hechos más importantes de la política global de las últimas décadas, convirtiéndose en una voz pública imprescindible.

Hasta ayer, era indiscutiblemente el filósofo político vivo más importante del mundo. Incluso aquellos que discrepaban con él (lo que en filosofía es casi una obligación), lo reconocían como tal. El impacto de sus ideas ha sido brutal. Para los aficionados a la métrica académica, baste decir que según Google Scholar sus obras han generado más de medio millón de citas. Pero, más allá de esta visión pop e inediatista de las contribuciones académicas que pretende medir su calidad por la cantidad de referencias que generan, baste decir que si hay dos nombres en los últimos 100 años que seguramente pasarán a la historia de la filosofía política, estos son John Rawls y Jürgen Habermas, los dos grandes pensadores del liberalismo democrático contemporáneo.

Racionalista influido por el pragmatismo, constructivista y universalista kantiano, post-marxista, liberal político y republicano, cosmopolita y ante todo demócrata radical. Filósofo proveniente de la teoría crítica, de tradición filosófica continental, pero que supo transitar y tener impacto en la llamada filosofía analítica. El único gran filósofo, de hecho, que ha logrado tender puentes entre las dos grandes corrientes de la filosofía contemporánea y ser reconocido por ambas.

Habermas realizó incontables contribuciones a la filosofía política, de las que voy a destacar tres, absolutamente decisivas para entender y abordar nuestro tiempo. En este preciso momento en que el mundo parece descomponerse, en el que la democracia, la representación, los sistemas constitucionales, el Estado de derecho, los partidos políticos, el orden y el derecho internacional, los derechos humanos, y tantas otras cosas parecen estar en crisis, el lector y los ciudadanos del mundo harían bien en volver a las ideas de esperanza y emancipación del filósofo alemán.

En primer lugar, Habermas es el padre de la teoría de la democracia deliberativa contemporánea, la teoría normativa dominante hoy. Su visión de la racionalidad comunicativa o dialógica

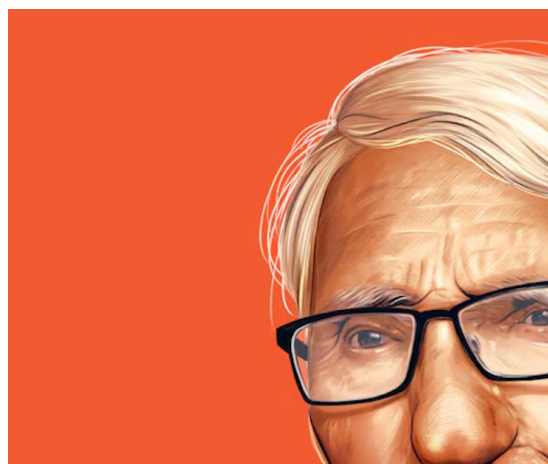
sirvió para fundamentar la noción de deliberación pública y colocarla en el centro del pensamiento democrático. Nuestro ideal de democracia debe ser aquel en que las decisiones públicas, especialmente las más importantes, resulten de los consensos más amplios que hayamos sido capaces de construir a través de un proceso deliberativo continuo y abierto a todo el mundo, un debate de argumentos, en el que debe haberse impuesto “la fuerza de la razón, y no la razón de la fuerza”.

Pero, ¿quién debe participar en esa deliberación pública y en la toma de decisiones política? Ahí viene su segunda gran contribución. Habermas desarrolló una teoría radical y participativa de la democracia, y su respuesta a esta pregunta fue clara y rotunda: todos los afectados por las decisiones deben tener el derecho a participar en la discusión y en última instancia en la decisión. La participación política no se agota en votar a unos representantes cada cuatro años. Para que la democracia sea verdaderamente legítima necesitamos una ciudadanía activa, informada, bien educada y con capacidad de esgrimir argumentos. Este es, al menos, el ideal por el que debemos luchar.

Y ¿cómo y por qué deben participar los ciudadanos en ese proceso de deliberación pública? La tercera gran contribución de Habermas, que de hecho fue la más temprana ya en los años 60, consistió en mostrar la enorme importancia que tiene para la democracia la esfera pública no institucional, es decir, los movimientos y organizaciones sociales, las discusiones que los ciudadanos tenemos en las plazas, las calles, las escuelas, los sindicatos, las iglesias, las redes sociales o los cafés. Un error de la llamada democracia liberal ha sido el reducir la política democrática a aquello que sucede únicamente en el ámbito institucional, como el parlamento. La deliberación y la búsqueda de consenso nacen en las calles y de la mano de los propios ciudadanos. Una

democracia que descuide eso es una democracia condenada a morir.

Así pues, ¿cómo nos defendemos de la extrema derecha, del populismo siempre antidemocrático, del poder de las corporaciones globales o de las barbaridades de Trump? ¿Cómo podemos defender nuestras frágiles democracias y derechos fundamentales? Habermas nos da la respuesta: lo debemos hacer entre todos, en las calles, en las redes sociales y en los bares, en donde cada conversación cuenta, y lo debemos hacer, justo al contrario que Trump, guiados por la fuerza de la razón. ■



JÜRGEN HABERMAS

Habermas: breve obituario filosófico

por Leonardo García Jaramillo

Una despedida a uno de los principales teóricos sociales y filósofos de la Segunda Postguerra.

A Cristina Lafont, “Was für eine Philosophie man wähle, hängt davon ab, was man für ein Mensch ist” — Fichte ¹.

¹Agradezco a Roberto Gargarella la oportunidad de contribuir a este dossier y, conjuntamente con Cristina Lafont, por sus observaciones a la primera versión.

“Con Habermas perdemos a un gran ilustrado que analizó a fondo las contradicciones de la modernidad. Nos enseñó el ethos del discurso democrático y fundamentó la emancipación del ser humano como un objetivo inalienable. Durante muchas décadas ha marcado, enriquecido e impulsado el discurso tanto científico como político en nuestro país y mucho más allá. En su obra se combinaban de manera inconfundible la precisión teórica, la fuerza analítica, la autorreflexión crítica, el poder del lenguaje y la intervención republicana” — Frank-Walter Steinmeier, presidente de Alemania

La obra de Jürgen Habermas (Düsseldorf, 18 de junio de 1929 – Starnberg, 14 de marzo de 2026) tuvo tres auditorios: los académicos, en la sociología, el derecho y la filosofía; los políticos profesionales, sobre todo, por sus simpatías críticas con el Partido Socialdemócrata alemán (SPD); y la opinión pública, por su permanente participación en programas de debate y en la prensa. Habermas, quien se consideró a sí mismo un “socialdemócrata de izquierda”, es uno de los principales teóricos sociales y filósofos de la Segunda Postguerra no solo en su Alemania natal y en Europa, sino también en Estados Unidos y en América Latina. Se le llegó a llamar la “conciencia moral pública de la cultura política”, como relata su biógrafo Müller Doohm.

Habermas procede de una familia conservadora de clase media de la provincia de Renania del Norte-Westfalia. Integró las Juventudes Hitlerianas, como toda su generación y, por la casualidad de que cuando fueron a reclutarlo no estaba en casa, evitó ser enviado al frente de guerra. Su padre trabajó como asesor económico en Gummersbach, una ciudad cercana a Colonia, y, como reconstruye Winkler, prestó sus servicios al partido nazi. Alcanzó el grado de comandante de las fuerzas armadas, la Wehrmacht.

Defender la democracia, alcanzada repentinamente tras la Segunda Guerra Mundial, fue el proyecto de su vida. Se mantuvo fiel hasta el final a su idea de erradicar el dogmatismo y el fanatismo. Esa lección no solo la derivó del nazismo sino también del “fascismo de izquierda”,

contra el que advirtió ya en 1967. Una de las preocupaciones que motivaron su obra fue evitar el resurgimiento del nacionalismo en el que había crecido. Ante los nacionalismos que fundan la identidad cultural en la etnia o en la sangre, desarrolló el concepto de “patriotismo constitucional”, acuñado por el politólogo Dolf Sternberger.

Una democracia moderna debe basarse en la adhesión a los valores y principios de la constitución. La legitimidad y estabilidad de las democracias modernas dependen de que la constitución sustituya a la nación como centro de los sentimientos de identidad colectiva y como fuente de su solidaridad cívica. Si, como sostiene, la relación entre nación y democracia constitucional es históricamente contingente, las democracias no necesitan una religión, un modo de vida o unos valores culturales compartidos que otorguen sentido y fundamenten su identidad colectiva. Un sistema político democrático puede generar su propia solidaridad cívica. En una entrevista de 1979, calificó la figura del Estado constitucional de “un logro histórico”.

Habermas falleció a los 96 años. Su esposa Ute había fallecido en junio de 2025 (aquí un obituario “[Ein wunderbarer Mensch](#)” que muestra cómo, desde una profunda autonomía intelectual, fue siempre una colaboradora esencial de Habermas, quien buscaba su aprobación “frase por frase”). Le sobreviven dos de sus tres hijos. Su hija Rebekka, profesora de historia contemporánea en la Georg-August Universität de Göttingen, falleció en diciembre de 2023 tras una larga enfermedad.

Itinerario de una razón volcada al mundo: el compromiso con la “esfera pública”

Entre 1949 y 1954, Habermas estudió filosofía, historia y literatura en Bonn, Gotinga y Zúrich. Su obra filosófica consta de tres pilares: la teoría social, la “ética del discurso” y la teoría discursiva del derecho y de la democracia. Su carrera comenzó en 1956 en Fráncfort como asistente de investigación en el Instituto de Investigación

Social, junto a Horkheimer y Adorno. Se doctoró en 1954 en la Universidad de Bonn con una tesis sobre la ambivalencia del pensamiento del filósofo Schelling. Se habilitó como profesor en 1961 en la Universidad de Marburgo, con la tesis “La transformación estructural de la esfera pública”, que se editaría un año después. Fue profesor en la Universidad de Heidelberg entre 1961 y 1964. Obtuvo en 1964 la cátedra de Filosofía y Sociología de Horkheimer en la Universidad Goethe de Fráncfort. En 1968 publicó “Conocimiento e interés”, gracias a la cual su fama traspasó las fronteras alemanas, según quienes le otorgaron el Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales, en 2003. En una carta a Hannah Arendt, en octubre de 1975, rechazó la oferta de sucederle en la *New School for Social Research* de Nueva York.

Como director del Instituto Max Planck para la Investigación de las Condiciones de Vida del Mundo Científico y Técnico, en Starnberg, publicó en 1981 su magnum opus, “Teoría de la acción comunicativa”. Se trasladó a Fráncfort en 1983, donde permaneció, con estancias como profesor visitante en diversas universidades de Estados Unidos, hasta su jubilación en 1994. Su última gran obra, publicada en 2019, se dedica, a lo largo de 1.700 páginas, a la historia de la filosofía durante los últimos 2.500 años. Como indica su propio autor, esta obra muestra cómo la filosofía occidental ha incorporado contenidos religiosos transformándolos en un saber capaz de justificación racional. El eje de la obra es la relación entre la fe y la razón. “Esta consideración apunta a la pregunta por una adecuada comprensión de la tarea de la filosofía en la actualidad”. Esta “contribución a la genealogía del pensamiento postmetafísico” implica que la filosofía abandona la búsqueda de “verdades absolutas”. La modernidad situó a la filosofía ante la imposibilidad de explicar la totalidad del universo desde un único principio (Dios, el Ser o el Espíritu). El pensamiento postmetafísico se centra en la razón práctica y el lenguaje porque la verdad se descubre mediante el consenso y la deli-

beración. El uso del adverbio “Auch” (“también” o “además”) en el título (“Auch eine Geschichte der Philosophie”) denota que la suya es una más, otra, de las posibles interpretaciones de la historia de la filosofía. El libro, en dos volúmenes, se publicó en español en 2024 por la prestigiosa editorial Trotta, la casa de la gran mayoría de sus libros en español. El título alude al título del libro de Johann Gottfried Herder: “Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit”, que conocemos en español como “Filosofía de la historia para la educación de la humanidad”.

Esta voluminosa obra, publicada a sus 90 años, no fue, sin embargo, su último libro. En 2022 publicó “Un nuevo cambio estructural de la esfera pública y la política deliberativa”, en cual retoma directamente el tema de su primer libro, de 1962, “La transformación estructural de la esfera pública” (que conocemos en español como “Historia y crítica de la opinión pública”). En ese primer libro, desde una aproximación sociohistórica e histórico-conceptual, define el concepto de esfera pública y le asigna un lugar fundamental entre la sociedad civil y el sistema político. En esta última oportunidad editorial, Habermas reflexiona críticamente sobre las nuevas amenazas que la comunicación digital supone para la política deliberativa. Si bien internet democratizó el acceso a la palabra erosionó los filtros editoriales y las instituciones mediáticas que antes contribuían a garantizar un terreno común de veracidad. El desafío de las redes sociales es que nos ha convertido a todos en “autores” antes de que sepamos cómo desempeñar ese papel de forma racional y constructiva.

Acontece entonces una pérdida de calidad deliberativa del debate público racional, el cual se sustituye por una perniciosa autoafirmación identitaria que amenaza la base de la política deliberativa. La legitimidad de las leyes depende de un proceso de discusión inclusivo y orientado al entendimiento mutuo. “Durante casi setenta años, ha sido un defensor constante de la democracia y el razonamiento público, así como de las

estructuras inclusivas de la práctica intelectual y política, basadas en un compromiso con la comunicación abierta y el respeto hacia los interlocutores”, sostuvo Mark Hannam, en febrero de 2026, en el *Times Literary Supplement*.

Conceptos e ideas que acuñó y contribuyó a desarrollar integran de manera singularmente conspicua el vocabulario jurídico-político contemporáneo. Se destacan, entre otros: “acción comunicativa”, “discurso libre de dominación”, “problemas de legitimación en el capitalismo tardío”, “ética del discurso” y “esfera pública”. Escritor prolífico y excepcionalmente versátil, su trabajo académico le permitió además fundar sobre sólidas bases su rol de intelectual público. Crítico del capitalismo “descarrilado”, se ocupó de los grandes temas alemanes, como la singularidad histórica del Holocausto y la reunificación tras la caída del Muro de Berlín, pero también de la bioética (la ingeniería genética y la investigación con células madre), las guerras de Kosovo e Irak, el terrorismo, la crisis bancaria y la situación de Europa y del mundo tras la reelección de Trump. “Occidente suministra armas a Ucrania por motivos justificados; sin embargo, esto conlleva una corresponsabilidad en el futuro desarrollo de la guerra”, sostuvo en febrero de 2023. Sin embargo, siempre advirtió contra el belicismo desenfrenado. Recientemente arremetió contra la “política de la fuerza”, lamentándose de que “en cuestiones decisivas todo se decidiera por el pueblo, pero nada con el pueblo”.

Intervino en muchas de las grandes controversias políticas y éticas. En marzo de 2025, Habermas escribió para el periódico *Süddeutsche Zeitung*: “No es que los principales políticos nacionales de Occidente (...) hayan coincidido siempre plenamente en sus perspectivas políticas; pero siempre han compartido la misma concepción subyacente de su pertenencia a Occidente bajo el liderazgo de Estados Unidos. Esta realidad política se ha desmoronado con la llegada al poder de Trump y el cambio de sistema desencadenado en Estados Unidos, aunque formalmente el destino de la OTAN siga siendo, por el momen-

to, una incógnita”. Criticó el “confuso” discurso de Trump en su segunda toma de posesión: “La actitud narcisista del orador despertó en un telespectador desprevenido la impresión de estar ante la demostración clínica de un caso psicopatológico”.

Consideraba la vida judía y el derecho a la existencia del Estado de Israel “elementos fundamentales de la cultura política de Alemania que merecen protección especial”. Suscribió una declaración de solidaridad con Israel ante los ataques terroristas de Hamás en 2023. Advirtió, no obstante, que la respuesta armada de Israel, “en principio justificada”, debía guiarse por “los principios de proporcionalidad, de evitar víctimas civiles y de librar una guerra con la perspectiva de una paz futura”.

Por su trabajo académico y como intelectual público se constituyó en una autoridad global en la interpretación de la historia. Evidencia de ello son los múltiples doctorados honorarios que recibió, pero, sobre todo, prestigiosas distinciones como el Premio de la Paz de los Libreros Alemanes, el Premio de Kioto, el Premio Príncipe de Asturias y el Premio Holberg, comúnmente conocido como el Nobel en ciencias sociales.

Religión y esfera pública

En épocas de sectarización ideológica, Habermas invita a recuperar el arte perdido del debate público ponderado e informado. “Religión en la esfera pública” fue el tema que eligió para la conferencia por el otorgamiento del Premio Holberg. La modernización no eliminó la religión sino que hoy vivimos en una sociedad postsecular. El gran reto es definir una “ética de la ciudadanía” en la que tanto creyentes como no creyentes cooperen en la esfera pública sin traicionar sus propias convicciones, respetando la neutralidad del Estado.

En esta conferencia, Habermas discute la “carga asimétrica” de Rawls, según la cual se les exige a los religiosos que traduzcan sus argumentos a un lenguaje secular para participar en la política. Para un creyente, su fe no es algo disponible

ni una opinión sino la base de su identidad, por lo cual pedirle que se “divida” al incorporarse al debate público es una carga psicológica injusta que, en última instancia, amenaza con socavar la legitimidad del Estado. Los creyentes pueden y deben usar su lenguaje religioso porque ahí es donde residen sus intuiciones morales sobre la dignidad o la justicia. Habermas propone entonces distender o relajar esta exigencia.

La idea de la esfera pública surge entre los siglos XVII y XVIII para representar los lugares de reunión social donde se intercambiaban impresiones sobre obras literarias. La disposición al debate racional y las capacidades de razonamiento crítico empleadas configuraron luego una esfera pública política. Esta esfera no pertenece al Estado, a la economía ni a la familia, sino que representa el lugar donde los ciudadanos se comunican sobre asuntos que les atañen mediante el uso público de la razón. La esfera pública marca una división ideológica entre lo público (el Estado y la política) y lo privado (la sociedad civil, la economía de mercado y la familia). Los ciudadanos pueden usar su lenguaje religioso en la esfera pública informal (prensa, redes sociales, manifestaciones, debates amplios), siempre que acepten que solo valen las razones seculares al cruzar el “umbral institucional” donde sus posiciones se “filtren” hacia la “esfera pública formal” (el aparato estatal, los parlamentos y los tribunales). Las reglas procedimentales deben “expurgar” cualquier justificación puramente religiosa. “Una religión debe renunciar a su pretensión de totalidad tan pronto como, en las sociedades pluralistas, la vida de la comunidad religiosa se diferencie de la vida de la comunidad política más amplia”, sostuvo en “Entre naturalismo y religión”, de 2005.

En la defensa de una esfera pública comprometida con los valores liberales consagrados en las constituciones democráticas, Habermas introduce la metáfora del “filtro institucional” para representar la “polifonía de voces” (religiosas y seculares) que debe caracterizar el debate social, en la calle, los foros y los medios. Este fil-

tro permite configurar una esfera pública secular, no atea, y asegura que ninguna ley se imponga con base en una fe particular compartida por algunos, aunque sean mayoría. Dicha esfera se representa como un “Babel de voces”. En este proceso de aprendizaje mutuo los ciudadanos seculares tienen el deber de abandonar el “secularismo radical” que concibe la religión como un fósil arcaico. Deben estar abiertos a que las tradiciones religiosas contengan “potenciales de sentido” o verdades morales que, si se traducen correctamente, pueden resultar útiles para toda la sociedad. A los religiosos, por su parte, les corresponde realizar un “esfuerzo hermenéutico” para articular sus verdades sagradas con el derecho moderno, la ciencia y el pluralismo.

El “poder comunicativo” que se genera tras esta comunicación, abierta al debate racional y a la crítica, contribuye a legitimar las acciones del sistema político. La “ética del discurso”, su teoría del discurso de la moralidad, propone que una norma moral solo es válida si todos los afectados por ella pueden aceptar sus consecuencias tras un debate libre basado en las ideas de la verdad, la justicia y los derechos humanos. El principio de laicidad, entre otros valores constitucionales connaturales a cualquier configuración del Estado constitucional, determina la posibilidad de la elaboración legítima de las leyes. Si este proceso comunicativo funciona correctamente, como sostiene en “Facticidad y validez” (1998), su gran tratado sobre el derecho y la democracia, los ciudadanos pueden entenderse a sí mismos como “autores y destinatarios” de la ley porque han participado indirectamente en el proceso legislativo. En este sentido, sustenta la idea de una “justificación pública” de las razones que fundamentan la coacción ejercida por los organismos gubernamentales para imponer normas. El objetivo de este proceso de otorgamiento de razones para justificar dicha posición es generar un consenso entre las partes enfrentadas mediante un discurso real en el marco institucional.

Defendió en este libro que la justificación pública se fundamenta, no en el respeto a las personas como seres libres e iguales, sino en la naturaleza de la racionalidad y la moralidad. La única forma de lograr la justificación pública es mediante la argumentación que permite a los ciudadanos reconocer los méritos de las exigencias de los demás. La “formación de la voluntad” es el proceso discursivo de someter nuestras afirmaciones a la crítica para transformarlas y lograr un consenso mediante la adopción de un punto de vista discursivo y moral.

En este contexto insistió en la importancia de “la coacción sin coacciones del mejor argumento”. Debe producirse un proceso de traducción cooperativa de lo religioso a lo racional y accesible, para que solo se configure posteriormente, como parte del sistema jurídico y político, aquello que todos puedan entender y aceptar. La salud de una democracia no depende de que los ciudadanos olviden su fe sino de su capacidad de traducirla en una razón compartida. La neutralidad del Estado no debe implicar el ateísmo de la sociedad.

Cierre

Su filosofar siempre fue consistente con la preocupación, no solo por el desarrollo de las ciencias sociales y humanas, sino también por la involución de los ideales ilustrados en la sociedad. Habermas defendió una estructuración de la esfera pública guiada por criterios de racionalidad, como la cooperación epistémica entre ciudadanos religiosos y seculares, y el deber recíproco de civilidad para ofrecernos mutuamente buenas razones que justifiquen nuestras posturas políticas. Aportó, además, argumentos sustantivos para configurar dicha esfera pública conforme a criterios normativos derivados de los principios básicos del Estado democrático de derecho y de los derechos fundamentales.

La ascendente polarización algorítmica, el fenómeno del evangelismo político, los éxitos actuales de la demagogia populista y el autoritarismo, así como el “mezquino oportunismo po-

lítico” por conservar el poder, tornan singularmente vigente la obra filosófico-social, política y democrática de Habermas. Su ejemplar forma de argumentar, guiada por los principios de la racionalidad y la construcción de una esfera pública, se nutre de los valores constitucionales para sustanciar una argumentación motivada por la búsqueda del entendimiento mutuo y de la validez universal del discurso.

Referencias utilizadas:

- Peter Dews (ed.), *Autonomy and Solidarity: Interviews with Jürgen Habermas*, Londres –Nueva York, Verso, 1992.
- Philipp Felsch, *The Philosopher: Habermas and Us*, Hoboken, NJ, Polity, 2025.
- Jürgen Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Jürgen Habermas, *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006.
- Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2010.
- Jürgen Habermas, Cornel West, Judith Butler & Charles Taylor, *El poder de la religión en la esfera pública*, Madrid, Trotta, 2011.
- Jürgen Habermas & Hilary Putnam, *Normas y valores*, Madrid, Trotta, 2017.
- Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I. *Racionalidad de la acción y racionalización social*. Tomo II. *Crítica de la razón funcionalista*. Madrid, Trotta, 2018.
- Jürgen Habermas, *Una historia de la filosofía*. Volumen 1. *La constelación occidental de fe y saber*. Volumen 2. *Libertad racional. Huellas del discurso sobre fe y saber*, Madrid, Trotta, 2024.
- Jürgen Habermas, *Un nuevo cambio estructural de la esfera pública y la política deliberativa*, Madrid, Trotta, 2025.
- Mark Hannam, “Non-German German”, en: *Times Literary Supplement*, February 6, 2026.
- Stefan Müller-Dooch, *Jürgen Habermas. Una biografía*, Madrid, Trotta, 2020.
- Willi Winkler, “Der Sturmvogel”, en: *Süddeutsche Zeitung*, Munich, 14. März 2026. ■



JÜRGEN HABERMAS

El filósofo del mundo

por Seyla Benhabib

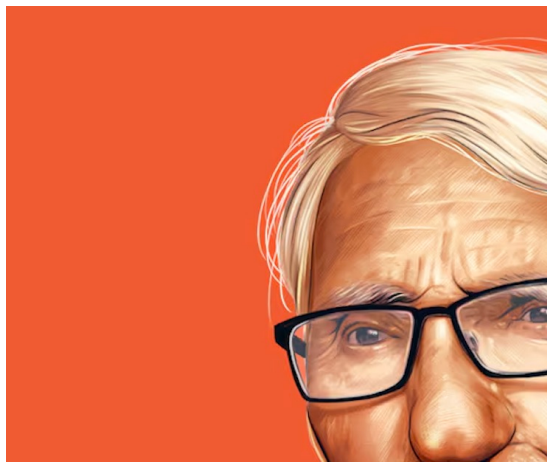
Con la muerte de Jürgen Habermas nos ha dejado uno de los últimos gigantes intelectuales del siglo XX.

Hay noticias que uno nunca querría recibir, aunque sabe que, en el transcurso de la vida humana, acabarán llegando. Con la muerte de Jürgen Habermas nos ha dejado uno de los últimos gigantes intelectuales del siglo XX. Será difícil pensar en Alemania y en Europa sin su voz y su prosa. Sus intervenciones en los debates públicos a veces reprendían a sus contemporáneos por su ceguera y por su incapacidad para sacar a la luz las implicaciones ocultas de sus posiciones. ¿Quién más habría visto en el debate de los historiadores reflexiones implícitas sobre la identidad y la culpa alemanas de la posguerra y la responsabilidad alemana por el Holocausto? ¿Quién más habría advertido sobre las implicaciones militaristas del «Zeitenwende» y los peligros del rearme alemán en nombre de la ayuda a Ucrania? Habermas no temía irritar e incluso ofender, pero nunca intencionadamente.

Los filósofos tienden a ser ajenos al mundo y todos sabemos que la historia de la filosofía comienza con la polis condenando a muerte a Sócrates, el que decía la verdad. Este conflicto

entre las ilusiones del demos y las percepciones del filósofo recibió una nueva formulación de la mano de Immanuel Kant. La tarea del filósofo no era solo «sapere aude», pensar por sí mismo, sino que la tarea de la crítica consistía en reflexionar sobre la época en la que se vivía. Con Kant y luego con Hegel, la temporalidad —es decir, el sentido de la época en la que se vivía— entró en la conciencia filosófica. Habermas es el heredero de esta tradición, que en la obra de la teoría crítica de Horkheimer y Adorno se convirtió en una crítica radical de la sociedad y la cultura que negaba y frustraba el potencial humano emancipador.

El mundo ha perdido a un gigante intelectual y muchos de nosotros hemos perdido a un querido maestro y mentor. Y recitaré las oraciones judías en su honor: «Que su memoria sea una bendición».



JÜRGEN HABERMAS

La teoría de la acción comunicativa. Conceptos clave

por Marina Velasco

Una presentación de la principal contribución de Habermas a la filosofía, sociología, derecho y teoría de la democracia.

La racionalidad comunicativa

La principal contribución de Habermas a la filosofía, sociología, derecho y teoría de la democracia es la teoría de la acción comunicativa (1982). De ella depende todo el edificio conceptual desarrollado en esas áreas. En su centro está la idea de que la interacción humana es esencialmente comunicativa y de que el lenguaje no puede ser entendido como un mero instrumento sujeto a las intenciones de los hablantes. (Son conocidas sus críticas a la teoría del significado intencionalista). La idea central de la teoría de la acción comunicativa es que, en las interacciones humanas mediadas por el lenguaje, hay una racionalidad que no es puramente instrumental o estratégica: la racionalidad comunicativa. Afirmar que hay racionalidad en las interacciones comunicativas implica sostener que existen exigencias o “deberes” racionales que se nos imponen en tanto seres capaces de hablar y actuar. Estos deberes no son mandatos de nadie, sino exigencias que surgen del uso comunicativo del lenguaje. Dicho uso nos impone “obligaciones” que no son solo ilocucionarias, sino también obligaciones de realizar acciones extra-lingüísticas. Los deberes racionales tienen un sentido específico que a veces se olvida. Así como, cuando quiero alcanzar un fin, “debo” (en sentido racional) querer realizar la acción que constituye el mejor medio para lograrlo —aunque en ese momento no tenga ganas de hacerlo (sería irracional, en sentido instrumental, no querer el mejor medio para alcanzar un fin que se desea)—, en la

comunicación lingüística hay cosas que “debo” hacer porque se siguen de los actos lingüísticos realizados. Estas obligaciones comunicativas no dependen de mis intenciones previas, por eso no tienen un sentido instrumental. Independientemente de mis intenciones, debo hacer algo porque dije algo, por ejemplo, o porque otra persona está justificada en exigírmelo en función de lo que previamente dije.

Hay una reconocible matriz kantiana en esta concepción de la racionalidad comunicativa: la racionalidad humana no es solamente instrumental; es más amplia; no solo debemos (en sentido racional) elegir los mejores medios para nuestros fines, también debemos —en ese mismo sentido— universalizar la máxima de nuestra acción (Kant) o cumplir nuestras obligaciones comunicativas (Habermas). Obviamente, estos deberes racionales —sean instrumentales o comunicativos— pueden no ser cumplidos. Las normas de la racionalidad ejercen un tipo de coerción tenue: siempre podemos no actuar como deberíamos; siempre podemos ser irracionales.

La acción comunicativa y el discurso

La teoría de la acción comunicativa piensa la comunicación adoptando la perspectiva del oyente. En la vida cotidiana, en el contexto de la acción comunicativa, siempre hay un otro (una segunda persona) que puede preguntarme por qué hago lo que hago o digo lo que digo, o simplemente decir no. Un análisis pragmático de estos casos revela que hay dos tipos de cuestiones sobre las que el oyente puede interpelar al hablante exigiendo razones: la verdad de hechos (o teorías) y la validez de normas sociales que el hablante presupone. Esto significa que el oyente atribuye siempre al hablante una pretensión de verdad y una pretensión de corrección. Ambas funcionan como presuposiciones inevitables de la comunicación que conducen al intercambio de razones. Cuando un oyente interpela a un hablante en alguno de los dos sentidos mencionados, a menos que este adopte una actitud ins-

trumental (estratégica) de manipulación o interrumpa la comunicación, la única alternativa racional disponible consiste en dar razones. Desde luego, las razones ofrecidas inicialmente por el hablante pueden no ser suficientes; el oyente —que también está sujeto a las mismas exigencias de racionalidad— puede seguir solicitando justificaciones. Nuevamente, a menos que el hablante adopte una actitud estratégica, la única alternativa racional consiste en seguir dando razones. Habermas sostiene que, cuando esto ocurre, hablante y oyente pasan a un nivel superior de comunicación en el que la interacción consiste exclusivamente en el intercambio de argumentos: lo que denomina discurso (Diskurs). Este puede ser teórico (si versa sobre la verdad de enunciados) o práctico (si versa sobre la corrección de normas).

Lo que interesa especialmente a Habermas es el pasaje de la acción comunicativa al discurso. La plausibilidad y necesidad de este pasaje son decisivas para su teoría. La reconstrucción minuciosa de las reglas de la comunicación pretende mostrar que el tránsito a la argumentación racional es un presupuesto inevitable de la interacción comunicativa. Se trata de un presupuesto inevitable, aunque contrafáctico y, en ese sentido, ideal. No es, sin embargo, un ideal normativo que el teórico Habermas plantea como deseable, sino uno ya implícito en la práctica comunicativa.

La situación ideal de habla

El concepto de situación ideal de habla, así como la concepción de una ética del discurso, ha suscitado numerosos malentendidos. Pero la idea de que una argumentación racional colectiva presupone reglas ideales de simetría entre los participantes, o una ética mínima, no es tan extraña. En el discurso, los interlocutores están liberados de la carga de la acción. Participar en una argumentación implica asumir múltiples compromisos: decir la verdad, dar razones para las afirmaciones que hacemos, prestar atención a las objeciones que nos hacen, no excluir a na-

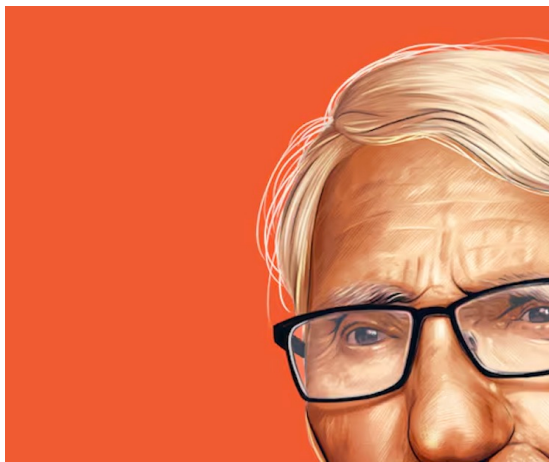
die que formule una objeción relevante, etc. Puede ser que este conjunto de condiciones nos permita sostener que toda argumentación racional presupone el reconocimiento de todos los participantes como interlocutores con el mismo derecho a hablar. No obstante, la idea de fundamentar una ética en la argumentación, y no solo una ética de la argumentación, exige mostrar que hay una conexión necesaria entre discurso y acción. Aun cuando se reconozca que la argumentación racional presupone reglas “morales”, lo que debe demostrarse es que esas reglas, reconocidas por quienes argumentan en el momento mismo de argumentar, tienen validez para la acción social fuera de las argumentaciones. Por eso la suerte de la teoría se juega en probar la conexión entre la acción comunicativa y el discurso.

En este punto, Habermas ha ido cambiando de opinión. Hay una versión más fuerte de la teoría (1982) y —tras una revisión profunda— una versión más débil (1996). Hay varios cambios en la teoría a lo largo del tiempo. A veces los críticos no tienen en cuenta estos cambios y discuten sobre diferentes interpretaciones. Todos tienen razón. Simplemente se refieren a diferentes épocas del desarrollo de la teoría.

La coordinación de las acciones sociales

Como teoría de la acción social, la teoría de la acción comunicativa viene a dar una respuesta al llamado “problema hobbesiano”, esto es, al tipo de racionalidad que debemos presuponer en los agentes para explicar un orden social estable en el que se siguen normas. La respuesta es clara: si suponemos únicamente la racionalidad estratégica, no podemos explicar la normatividad de lo social. La teoría sostiene que la coordinación de las acciones sociales —en las que suponemos que cada agente persigue sus fines— no puede ser entendida como interacción estratégica, sino que tiene que ser pensada como “orientada al entendimiento”, es decir, como acción comunicativa, un tipo de interacción en la que los agentes se guían por pretensiones de validez

planteadas en sus actos de habla. Esto contrasta con los actuales agentes autónomos de inteligencia artificial que, comprobadamente, pueden comportarse como “agentes del caos”. ■



JÜRGEN HABERMAS

El legado de Habermas para el constitucionalismo

por Armin von Bogdandy

Habermas nos ha dejado, pero nos deja —a los alemanes, a los europeos, al mundo— un estilo de pensamiento.

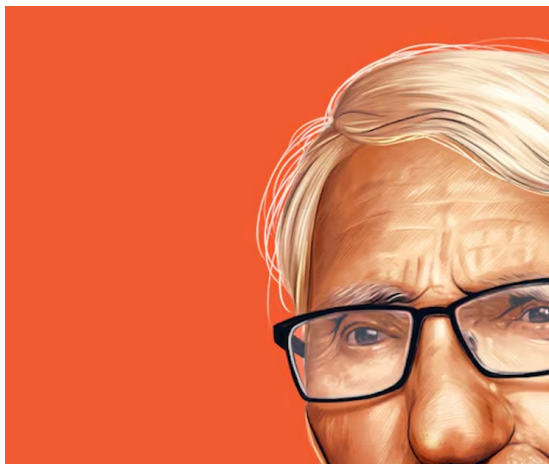
Habermas nos ha dejado, pero nos deja —a los alemanes, a los europeos, al mundo— un estilo de pensamiento. Cuando, en situaciones difíciles, buscamos un camino científico más allá de la utopía, la apología, la resignación y el cinismo, debemos “aprehender de manera sistemática nuestra propia sociedad desde sus categorías fundamentales” “*unsere eigene Gesellschaft von ihren zentralen Kategorien her systematisch in den Griff bekommen*”. ¿Acaso se puede captar mejor el significado práctico del trabajo conceptual?

El pensamiento científico debe abordar el cambio social de modo que pueda articularse con la práctica democrática. Habermas incluye la ciencia jurídica en esta tarea. Nunca la concibió como una técnica ajena al mundo, pero tampoco la disolvió en la moral, la política o las ciencias sociales. Los juristas tienen una responsabilidad social precisamente en virtud de la autonomía de su ciencia y de su objeto de estudio. No deben limitarse a registrar lo que sucede en el mundo ni a ordenar el derecho válido sino también a suscitar procesos de aprendizaje social. Uno de esos procesos, al que Habermas ha contribuido de manera significativa, se manifiesta en la superación de la antigua contradicción entre el Estado de derecho y la democracia. Sobre esta premisa, las instituciones de la Unión Europea se enfrentan hoy a tendencias autoritarias.

Habermas reconoció desde el inicio de su obra que, en las condiciones de las sociedades interconectadas, la democracia no puede limitarse al Estado-nación. Su pensamiento se orienta hacia la posibilidad y la necesidad de una democracia transnacional: no entendida como la abolición

del Estado-nación sino como su transformación dentro de configuraciones políticas (“*politische Zusammenhänge*”) más amplias. Es precisamente la sociedad europea la que tiene motivos de sobra para reivindicar su contribución al constitucionalismo, pues su legado consiste en la perdurabilidad de la promesa de la democracia, pero solo desde la tríada formada por la razón pública, la imaginación institucional y la observancia a las formas jurídicas (“*rechtlicher Form*”).

Traducción de Leonardo García Jaramillo publicada con la expresa autorización de su autor y la revisión de Mônia Clarissa Hennig Leal.



JÜRGEN HABERMAS

Mi valoración de un adversario en el debate bioético

por Michael Sandel

El autor recuerda un debate con Jürgen Habermas.

Desde mi época de estudiante de doctorado en filosofía en Oxford, a finales de la década de 1970, he admirado mucho a Jürgen Habermas y me he inspirado en su ideal de una esfera pública de entendimiento mutuo democrático entre ciudadanos en situación de igualdad. Mi admiración no se vio mermada por el hecho de discrepar en un punto central de su concepción: la tesis de que la razón pública debe permanecer neutral frente a concepciones contrapuestas de la buena vida, incluso ante aquellas de naturaleza moral y religiosa. Esta tesis la compartía con el filósofo estadounidense John Rawls.

Nuestro desacuerdo filosófico se hizo más evidente cuando, por motivos distintos, adoptamos la misma postura ante una cuestión moral concreta: ¿Es moralmente admisible utilizar la ingeniería genética con fines no médicos, por ejemplo, para crear “bebés diseñados” con un coeficiente intelectual mejorado genéticamente o con habilidades deportivas sobrehumanas? Algunos filósofos liberales angloamericanos no veían nada censurable en que los padres pudieran determinar las características genéticas de sus hijos, siempre que optaran por rasgos que aumentaran las posibilidades de éxito del niño y no le impidieran elegir libremente su propio proyecto de vida en el futuro.

Habermas y yo nos opusimos a tal manipulación genética porque equivale a una forma de eugenesia. Sin embargo, ¿una “eugenesia de libre mercado” o “eugenesia liberal”, practicada por padres que solo desean lo mejor para sus hijos, no anula precisamente el tipo de coacción que hizo que la eugenesia nacionalsocialista y otras

eugenesias decretadas por el Estado fueran moralmente tan reprobables?

Habermas argumentó que incluso una “eugenesia liberal” viola los principios de autonomía e igualdad. Viola la autonomía porque las personas genéticamente manipuladas ya no pueden considerarse “autores indivisibles de su propia historia de vida”. Socava la igualdad porque destruye las “relaciones fundamentalmente simétricas entre personas libres e iguales” a lo largo de generaciones.

Estos argumentos proporcionan razones, siempre que sean convincentes, para rechazar la eugenesia sin tener que recurrir a concepciones sustantivas sobre lo que implica ser buen padre o qué actitud deben adoptar hacia sus hijos. En mi libro, *The Case Against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering* (Cambridge, Harvard University Press, 2007), sostuve que Habermas tiene razón al rechazar la paternidad eugenésica, pero se equivoca al formular esta objeción únicamente desde una perspectiva liberal.

En primer lugar, los niños diseñados genéticamente no son menos autónomos en cuanto a sus características genéticas respecto de los niños que nacen de forma natural. Al fin y al cabo, incluso sin manipulación genética, nosotros mismos no elegimos nuestro coeficiente intelectual ni nuestras habilidades deportivas. En segundo lugar, es cierto que la manipulación genética de los niños por parte de sus padres socava la igualdad y la reciprocidad entre generaciones. Sin embargo, esto también se aplica a otras formas no genéticas en las que padres ambiciosos ejercen control sobre la vida de sus hijos. Pensemos, por ejemplo, en las estrellas de tenis Venus y Serena Williams, cuyo padre las obligó a seguir un entrenamiento intensivo desde los cuatro años.

Sostuve que la crítica a una eugenesia liberal no puede prescindir de consideraciones morales y espirituales: el valor del amor incondicional de los padres hacia sus hijos, con independencia de sus capacidades; la aceptación de lo que escapa a nuestro dominio y control, lo cual apacigua esos

impulsos; la valoración de los hijos como dones o regalos, que no son objetos de nuestra ambición personal.

Con su generosidad característica, Habermas prologó la edición alemana de mi libro, *Plädoyer gegen die Perfektion. Ethik im Zeitalter der genetischen Technik* (Frankfurt, FISCHER Taschenbuch, 2024). Describió con benevolencia mi recurso a consideraciones morales y espirituales fundamentales, aunque expresó su preocupación de que tales consideraciones pudieran ser incompatibles con una neutralidad liberal: [Sandel] “busca una explicación filosóficamente esclarecedora del mandato de no convertir todo lo que es técnicamente factible en tecnologías comercializables... [Su] opinión, expuesta con elocuencia... sobre la conveniencia y la permisibilidad de los cambios eugenésicos en el organismo humano se basa en una postura neoaristotélica bien fundamentada. Este trasfondo argumentativo confiere al libro un interés filosófico totalmente independiente de los pros y los contras de decisiones políticas concretas... Su análisis se basa en la idea de que las prácticas eugenésicas socavan un “sentido del don” (“*sense of giftedness*”) que resulta indispensable para una vida civilizada en común”. Una ética de los “dones” surge “cuando entendemos a los seres humanos como criaturas de Dios (...). Sin embargo, en una sociedad ideológicamente pluralista, tales razones religiosas no deben vincular al legislador, que está obligado a ser neutral”.

Al mismo tiempo, reconoció que intento demostrar que el efecto moral de esta ética de los dones trasciende las fuentes teístas. “Sandel no niega el origen religioso de ese tipo de sensibilidad hacia la indisponibilidad de los medios naturales de vida. (...) Pretende traducir los contenidos éticos conservados en las tradiciones religiosas al discurso fundacional de una ética filosófica (...) y solo así existe alguna posibilidad de que estos [contenidos] sean aceptados en la esfera pública política de una sociedad liberal”. Valoro el deseo de Habermas de proteger la esfera pública frente a concepciones sustantivas del bien.

En ello se reflejaba una preocupación justificada ante una ideología autoritaria que, en nombre de un supuesto bien supremo, vulneraría la autonomía, los derechos y la dignidad humana.

Y, sin embargo, a diferencia de algunos filósofos liberales angloamericanos, también advertía en la eugenesia un peligro moral que trascendía su carácter coercitivo. Para entendernos a nosotros mismos como seres libres –escribió– debemos remontar nuestro origen “a un origen inalienable”. Habermas se pregunta si un comienzo de este tipo debe provenir de un origen “como Dios o la naturaleza”, que “escapa al control de otras personas”. Concluye que aún no hemos reflexionado lo suficiente sobre la “relación entre la indisponibilidad de un comienzo biográfico con-

tingente y la libertad para la configuración ética de la vida”.

Esta notable idea, que no dista mucho de una ética del don, puede entrar en tensión con las exigencias de la neutralidad liberal. Sin embargo, a veces la tensión en el pensamiento de un filósofo no es una debilidad, sino una fortaleza. En el caso de Habermas, reflejaba la pesada carga moral que conlleva asumir el papel del principal filósofo público en Alemania y en Europa a la sombra del Holocausto. Más allá de sus extraordinarias contribuciones, será recordado por haber desempeñado ese papel con humanidad y sinceridad ejemplares.

Traducción de Leonardo García Jaramillo, publicada con la expresa autorización del autor. ■



Detalle de la portada

Derechos sociales, economía y democracia: una respuesta a las críticas a la reforma laboral

por Emiliano Vitaliani · Patricio Méndez Montenegro

Dos amigos señalan lo que —según ellos— son problemas en el argumento de Gustavo.

27 de marzo de 2026

Hace algunos días, Gustavo Maurino publicó una nota de opinión en la que criticó ciertos argumentos posibles para justificar la reforma laboral finalmente aprobada por el Congreso. En su artículo reconstruye tres líneas argumentales que, a su juicio, podrían resultar inicialmente atendibles pero que estarían condenadas a fracasar.

Dado que esos argumentos son muy similares a los que habíamos esbozado en una discusión informal con él, y considerando que creemos que su análisis incurre en algunos problemas relevantes, nos parece importante continuar la discusión. Conviene aclarar desde el inicio que *nuestro objetivo no es defender el texto concreto de la reforma laboral en debate*, que —como se señaló en el dossier publicado— presenta deficiencias estructurales. El propósito es otro: *cuestionar ciertos presupuestos teóricos utilizados para impugnar, en abstracto, cualquier reforma que modifique un régimen laboral diseñado hace más de cincuenta años*.

Nuestra hipótesis es que las virtudes o defectos de una reforma laboral dependen en parte de *consideraciones empíricas*. El argumento de Maurino, sin embargo, rechaza la relevancia de estas consideraciones y descansa sobre una determinada concepción de los derechos. Al respecto, Maurino afirma que incluso si esta reforma permitiera a quienes no gozan de ningún derecho la-

boral gozar de derechos “semiplenos”, no resultaría aceptable reducir los derechos de los trabajadores registrados para lograr ese objetivo. Este argumento no se refiere específicamente a esta reforma, sino que abarca a todas aquellas reformas que busquen aumentar la formalización a través de la afectación de los derechos de los trabajadores registrados. Precisamente por eso merece ser examinada con mayor detenimiento.

Derecho laboral y derechos sociales: formas viejas, formas nuevas

Nuestro punto de partida se distancia del de varios autores del dossier y se aproxima más a la posición desarrollada por Ramiro Álvarez Ugarte. La combinación entre una estructura económica que no genera empleo formal de manera sostenida y un sistema jurídico que otorga amplias protecciones a los trabajadores registrados, pero prácticamente ninguna a los no registrados, produce una *violación estructural de los derechos sociales y laborales* de los sectores más desaventajados —mayoritariamente mujeres— y consolida una sociedad atravesada por lo que T.H. Marshall alguna vez denominó diferentes estatus de ciudadanía. Actualmente, nuestra organización legal y económica lleva a que una gran parte de los trabajadores no gocen de sus derechos laborales, lo que resulta inaceptable desde una perspectiva preocupada por los derechos.

En este contexto, *la defensa del statu quo resulta difícilmente conciliable con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos*. Tampoco creemos que reformar el sistema vigente sea incompatible con una defensa robusta de los derechos.

Es importante distinguir aquí dos funciones del derecho laboral argentino. Por un lado, protege derechos específicamente laborales; por otro, ha sido históricamente una herramienta central para promover el respeto de ciertos derechos sociales. Respecto a las relaciones específicamente laborales, no resulta evidente que la reforma propuesta suprima derechos laborales con jerarquía constitucional. Que una ley modifique o restrinja derechos de fuente legal no constituye, por sí solo, un argumento constitucional válido contra ella.

En cuanto a la segunda función, el derecho laboral argentino fue una respuesta histórica a la “cuestión social” del capitalismo industrial de los siglos XIX y XX en un contexto de posguerra con economías cerradas, empleo estable, trayectorias laborales lineales y un modelo familiar marcadamente patriarcal. La respuesta a la cuestión social propia del peronismo pudo ser adecuada para su tiempo pero hoy no resulta *ni plenamente posible ni necesariamente deseable*. La metamorfosis de la cuestión social, que describe Robert Castel, hizo emerger nuevas formas laborales como contratos de trabajo por tiempo determinado, trabajo provisional, trabajo de jornada parcial, trabajos informales, los trabajadores de la economía social, todas formas de precarización del empleo formal.¹ Tal como afirma Pierre Rosanvallon, la nueva cuestión social nos exige repensar las leyes laborales y la protección social de estos nuevos actores a la luz de los nuevos desafíos económicos.² Desde hace décadas,

muchos países europeos avanzaron en ese sentido mediante la separación entre protección social y rigidez laboral, dando lugar a esquemas de *flexicurity*.³ Nadie sostendría seriamente que Dinamarca o Países Bajos hayan violado derechos sociales por adoptar esos modelos.

La concepción distributiva de los derechos

Maurino rechaza lo que denomina el argumento redistributivo, sosteniendo que los derechos no son agregativos y que funcionan como restricciones laterales que impiden instrumentalizar a unos en beneficio de otros. A su vez, sostiene que el conflicto entre derechos no existe en el caso concreto, y, si existiera, sería entre los derechos de los trabajadores y los empleadores. Compartimos parcialmente las dos cuestiones.

La primera de ellas es una fuerte concepción liberal: existen ámbitos en los que los derechos operan como límites infranqueables. Sin embargo, *esa lógica resulta problemática cuando se extiende a cualquier faceta posible de un derecho y no a su contenido mínimo*.

El propio derecho de propiedad — fuertemente protegido en nuestra Constitución— admite múltiples restricciones orientadas a fines de justicia distributiva, desde restricciones de uso, regulaciones financieras y bancarias, impuestos progresivos, entre otras. No creemos que Gustavo entienda que estas restricciones sean inconstitucionales en la medida en que ellas están dirigidas, según el principio rawlsiano, a aumentar la autonomía de los menos autónomos. En este punto, la posición de Maurino se aproxima a una lectura del principio de inviolabilidad que Carlos Nino criticó explícitamente. Según esta postura libertaria, “casi todo lo que las personas o el gobierno puedan hacer u omitir infringiría el principio de inviolabili-

¹Robert Castel, *La metamorfosis de la cuestión social*, p 335.

²Pierre Rosanvallon, *La nueva cuestión social*.

³Este modelo promueve mayor facilidad para contratar y despedir gente en forma paralela a robustas protecciones sociales universales a los trabajadores financiados por el conjunto de la comunidad. No nos queda claro que esto sea lo que está promoviendo el actual gobierno, pero el nuevo modelo de indemnizaciones parece ir por ese lado, aunque sea imperfectamente.

⁴Carlos Nino, “Los derechos” en Carlos Nino, *Una teoría de la justicia para la democracia*, p 219.

dad de la persona”.⁴ Por el contrario, para Nino, es legítimo restringir la autonomía de los más autónomos cuando ello permite incrementar la autonomía de quienes se encuentran en peores condiciones, siempre que no se los sitúe por debajo de ese umbral.

Sobre la segunda postura de Maurino, aquella que rechaza la presunción de conflicto de derechos, la cuestión es más espinosa. Compartimos su preocupación por la banalización del conflicto como herramienta para regular y eventualmente violar los derechos. Sin embargo, rechazamos su presunción anti-conflicto. Los derechos suelen estar en conflicto, aún más cuando existen numerosos derechos y concepciones expansivas de ellos, tal como es el caso de la Constitución argentina y su interpretación por parte de la jurisprudencia y la academia jurídica.

Este es el caso del conflicto *entre los derechos de los trabajadores formales y los de los trabajadores informales*. Es posible que el costo de proteger los derechos de los trabajadores formales sea tan alto que eso implique, dada la rentabilidad empresarial, la imposibilidad de tener al 100% de la planta en condiciones de formalidad. En ese caso, ¿Qué debe hacerse siguiendo los principios de justicia distributiva? Siguiendo a Amartya Sen, Nino admite que, en contextos de interdependencia multilateral, “en el caso de un conflicto entre derechos de igual jerarquía parece difícil evitar una resolución agregativa que tenga en cuenta factores tales como el número de personas involucradas”.⁵ Incluso para Nino, un liberal, la cuestión agregativa es inerradicable en algunos casos. Es imperativo expandir la cantidad de personas protegidas y hacerlo, tal como se vio anteriormente, cumple con los principios de justicia: Los trabajadores no registrados son, en términos generales, sensiblemente menos autónomos que los trabajadores formales en mate-

rias de ingresos, vacaciones, protecciones a la niñez, acceso al crédito, régimen de licencias, entre otras. Desde esta perspectiva, *restringir ciertos beneficios de los más protegidos puede no solo ser constitucionalmente admisible, sino normativamente exigible*, si ello permite mejorar la situación de quienes hoy están excluidos.⁶

La alternativa que plantea Maurino, por el contrario, es pensar el conflicto entre trabajadores y empleadores. En ese caso, la razón por la cual existen trabajadores precarizados sin derechos sería producto de la avaricia empresarial, y la solución a dicho conflicto sería la expansión del poder punitivo del Estado para controlar al empresariado local y reducir su tasa de ganancia. La clave de esta alternativa es su viabilidad práctica así como sus consecuencias económicas y políticas. Es improbable que el Estado conforme una policía de trabajo de magnitud tal que pueda controlar a la totalidad de las empresas de forma efectiva, de la misma forma en que los controles de precios no lograron controlar la inflación. La solución al problema de la informalidad, por lo tanto, tiene que incluir mecanismos de mercado que no dependan completamente de la expansión del control estatal. Las alternativas de este tipo, sin embargo, impiden atacar al problema de la informalidad como uno que se limita al conflicto entre empleados y empleadores, y nos obligan a poner el foco en el mercado de trabajo como un todo. Allí reaparecen las tensiones entre trabajadores formales e informales, ya que las intervenciones en el mercado de trabajo afectan el precio del trabajo, y sus cambios afectan inversamente a quienes se encuentran dentro y fuera del mercado de trabajo formal. A su vez, la experiencia comparada demuestra resultados favorables a la alternativa defendida en esas páginas y contrarias al clivaje capital-trabajo: mientras que los países más

⁵idem p221.

⁶Es posible encontrar algunos estudios al respecto referidos a la relativamente reciente reforma laboral de Brasil. Amitrano, Claudio Roberto, and Gabriel Coelho Squeff. “The impacts of the Brazilian Labour Reform on employment, output, and labour productivity.” *Panaeconomicus* 70.4 (2023): 647-669; Corbi, Raphael B., et al. “Labor courts, job search and employment: Evidence from a labor reform in Brazil.” *Job Search and Employment: Evidence from a Labor Reform in Brazil* (May 27, 2022) (2022).

igualitarios y democráticos han logrado compatibilizar crecimiento económico y cumplimiento de los derechos sociales, los que optaron por la segunda alternativa han terminado generalmente en modelos económicos y políticos de corte no-democrático.

Algo similar ocurre con la sustitución del régimen tradicional de indemnizaciones por mecanismos de cobertura social financiados colectivamente. La idea de que este cambio sea necesariamente regresivo o inconstitucional revela una incomprensión de los principios fundantes de los derechos sociales. Tal como explica Fernando Atria, mientras que los derechos civiles responden a la despreocupación por la comunidad y los terceros, los derechos sociales parten del principio de solidaridad y la inclusión de los terceros en la comunidad. Bajo tal concepción, socializar los costos de la subsistencia de los trabajadores despedidos está lejos de contrariar los principios fundantes de los derechos sociales sino que, por el contrario, parece ser su mejor manifestación. Reemplazar la indemnización a cargo del empleador por un sistema socializado de seguro de desempleo es algo que hicieron la gran mayoría de los países más igualitarios del mundo.⁷

Derechos y Recursos

Como enseñaron de manera clásica Stephen Holmes y Cass Sunstein, *todos los derechos tienen costos*. No existe ningún derecho cuya garantía no requiera, directa o indirectamente, la asignación de recursos. Incluso los derechos tradicionalmente considerados “negativos”, como la propiedad o la libertad personal, presuponen un entramado institucional costoso: tribunales, fuerzas de seguridad, agencias regulatorias, sistemas administrativos. Derechos y recursos, por lo tanto, son conceptos indisociables.

Esta conexión no es contingente ni ideológica, sino estructural. Para que el Estado pueda garantizar derechos mediante el gasto público —educación, vivienda, salud, seguridad social, políticas de empleo— necesita recaudar recursos de manera sostenible. La capacidad recaudatoria del Estado, a su vez, depende del tamaño de la economía, es decir, del nivel de actividad y del crecimiento del PBI. Cuanto mayor sea la economía formal y productiva, mayores serán las posibilidades reales de garantizar derechos de manera estable en el tiempo. *Los recursos disponibles condicionan el alcance de los derechos*. Sería injusto y ridículo interpretar el contenido del derecho a la vivienda del mismo modo en países con capacidades económicas radicalmente distintas, como Noruega y Haití.⁸

Existe, además, una segunda forma —frecuentemente ignorada— en la que derechos y economía se encuentran íntimamente vinculados. En el debate público suele afirmarse que ciertos bienes o servicios son “derechos y no mercancías”, como si la existencia de mercados fuera intrínsecamente incompatible con la garantía de derechos. Sin embargo, nuestras prácticas sociales y jurídicas muestran exactamente lo contrario. En la vida cotidiana, una parte sustancial del goce efectivo de nuestros derechos se produce a través de relaciones de mercado: cuando compramos alimentos, garantizamos nuestro derecho a la alimentación; cuando contratamos un abogado, ejercemos el derecho de defensa; cuando alquilamos una vivienda, accedemos —al menos parcialmente— al derecho a la vivienda.

Aceptar que los mercados pueden ser un medio para la realización de derechos no implica adoptar una visión ingenua o desregulada del capitalismo. Por el contrario, una economía de mercado sólo puede cumplir esa función cuando existe un *estado capaz*, que garantice reglas

⁷Resulta sorprendente que el derecho argentino prevea al vínculo laboral como indisoluble y su terminación como un ilícito cuando no le otorgamos el mismo tenor a un vínculo tan relevante como el matrimonio. Todo indica que el “derecho a equivocarse”, alguna vez anunciado por Petracchi, no alcanza a los empleadores.

⁸Gustavo Maurino & Roberto Gargarella, *Vivir en la calle*, Lecciones y Ensayos, p 342.

claras, competencia, protección frente a abusos y mecanismos de redistribución. En ese sentido, es importante aclarar dos puntos. Primero, que una economía de mercado no es antagónica al Estado, sino que lo presupone. Segundo, que el crecimiento económico, por sí solo, no es suficiente para garantizar derechos: la distribución de los recursos, las regulaciones y las políticas públicas siguen siendo determinantes.

Nada de esto, sin embargo, elimina el vínculo profundo entre economía y derechos. Por el contrario, refuerza la necesidad de tomarse en serio la pregunta de *cómo generar los recursos que permiten garantizar derechos hoy sin comprometer su garantía futura*. Desde esta perspectiva, resulta problemático descartar de plano cualquier argumento que vincule reformas institucionales con incentivos económicos, formalización del empleo o crecimiento.

Maurino afirma que “no hay conflicto alguno” por el solo hecho de que resulte posible instrumentalizar un derecho para beneficiar a otros. Si eso fuera así, continúa, los derechos estarían todo el tiempo en conflicto con otros. El argumento parte de la premisa de que no existen conflictos constantes entre derechos. Sin embargo, en el contexto de nuestra generosísima lista de derechos, eso parece difícil de sostener siempre que no tengamos una concepción modestísima del contenido de esos derechos. Por el contrario, en tanto creamos que los derechos asumen formas más expansivas, cualquier elección de gasto en un derecho significa resignar recursos en otro. Así, se vuelve imposible promover un derecho sin resignar la posibilidad de promover otro, lo que hace que los derechos si están en conflictos uno con otro en tanto ellos requieren recursos. Por supuesto, no todo lo que los derechos requieren implica recursos, y por lo tanto podemos encontrar casos en los que no existen conflictos de derechos. Sin embargo, cada gasto en educación deja menos recursos disponibles para salud, cada gasto en cultura resta recursos disponibles para seguridad social, y así sucesivamente. La tesis de la ausencia de conflictos entre de-

rechos, así aparece como muy modesta respecto al contenido de los derechos o presupuestariamente poco plausible.

Existen dos formas en la que la hipótesis de la falta de conflicto entre los derechos puede ser sostenida. La primera sería pensar que los derechos exigen únicamente un núcleo mínimo extremadamente reducido, tan modesto que su satisfacción sea prácticamente independiente de los recursos disponibles. Pero esta postura vacía de contenido a los derechos sociales y es inconsistente con la práctica constitucional comparada. La segunda sería asumir que los derechos garantizan prestaciones amplias, pero que aun así nunca entran en tensión entre sí. Esta segunda opción es directamente falsa en contextos de escasez relativa, como los que caracterizan a la mayoría de los países del mundo.

Incluso en países de ingresos medios-altos como Argentina, el presupuesto estatal muestra con claridad estos trade-offs. La mayor parte del gasto se destina a seguridad social, servicios de deuda, salud y educación. Aun eliminando gastos claramente superfluos, no sería posible garantizar plenamente todos los derechos sociales consagrados constitucionalmente sin afectar otras áreas igualmente relevantes. En países más pobres, estas tensiones son todavía más agudas.

Tal vez una forma más precisa de encarar el problema sea distinguir entre los derechos como ideales abstractos y las *formas concretas e institucionales* que esos derechos asumen en cada contexto histórico. Los conflictos no se dan entre los derechos en abstracto, sino entre las distintas maneras de materializarlos. Esta distinción, sin embargo, no parece estar presente en el argumento de Maurino, que tiende a identificar el derecho con una forma histórica específica de regulación, clausurando así la posibilidad de reforma.

Desde esta perspectiva, resulta más adecuado reconocer que los derechos sociales —a diferencia de muchos derechos civiles— tienen una dimensión inevitablemente colectiva y agrega-

tiva. Garantizar un mercado de trabajo más inclusivo, con mayores niveles de formalidad y estándares mínimos razonables, es un objetivo colectivo legítimo. Pensar estos derechos exclusivamente como prerrogativas individuales oponibles a cualquier cambio institucional termina, paradójicamente, consolidando situaciones de exclusión estructural.

Derechos y democracia

En este punto, creemos que el argumento de Maurino presenta un problema que no es solo teórico, sino democrático. La forma en que concibe los derechos laborales —y, más ampliamente, los derechos sociales— tiende a colocarlos fuera del alcance de la deliberación democrática ordinaria. Cualquier modificación que implique una reducción de la protección de un grupo de trabajadores, aun cuando busque mejorar la situación de sectores más desaventajados, es presentada como una violación inaceptable de derechos. Esta lógica conduce a una concepción de los derechos como *límites constitucionales absolutos*, frente a los cuales la política sólo puede retroceder.

El problema de esta postura es que *desconoce el carácter histórico, contingente y disputado de las formas concretas en que los derechos sociales se institucionalizan*. Las democracias contemporáneas han reformado reiteradamente sus sistemas laborales y de protección social sin que ello implicara una renuncia al compromiso con los derechos. Por el contrario, esas reformas han sido muchas veces el resultado de la necesidad de adaptar viejas instituciones a nuevas realidades económicas, sociales y tecnológicas.

Presentar estas discusiones como un dilema de “todo o nada” —o caracterizar reformas complejas como “esclavistas” o intrínsecamente “antiderechos” como hicieron algunos diputados— empobrece el debate público y dificulta la construcción de consensos democráticos. Esta dinámica no es exclusiva del debate argentino. Jamal

Greene ha señalado cómo, en la cultura constitucional estadounidense, una concepción absolutista de los derechos tiende a transformar desacuerdos políticos razonables en conflictos morales irresolubles, erosionando los espacios de negociación democrática.⁹

Algo similar ocurre en nuestro contexto. La discusión pública oscila con frecuencia entre discursos libertarios que absolutizan derechos como la propiedad o la libertad individual — como suele hacer Javier Milei— y discursos progresistas o peronistas que presentan determinadas políticas como incompatibles, sin matices, con los derechos laborales o sociales. En ambos casos, el resultado es el mismo: *la clausura del debate democrático*.

Esta concepción resulta especialmente problemática cuando se aplica a los derechos sociales. A diferencia de muchos derechos civiles y políticos, los derechos sociales tienen una *dimensión colectiva y estructural* ineludible.¹⁰ No se agotan en la relación bilateral entre un individuo y el Estado, sino que remiten a objetivos sociales más amplios, como el nivel de formalidad del empleo, la sustentabilidad del sistema de seguridad social o la capacidad de la economía para generar trabajo registrado. Tratar estas cuestiones como si fueran cotos vedados inmunes a la deliberación legislativa implica desconocer su propia naturaleza.

Desde esta perspectiva, pensar a los derechos laborales de los trabajadores formales exclusivamente como derechos individuales absolutos, en especial cuando se lo considera en relación otros objetivos deseables como la necesidad de generar empleo formal, promover la rentabilidad empresarial y expandir los derechos de los trabajadores informales, en tanto afecta la posibilidad de que discutamos y negociemos sobre las diferentes formas en las que pensamos a esos derechos. Por el contrario, creemos que estas discusiones deben abordarse desde una concepción de los derechos compatible con la democracia:

⁹ Greene, Jamal. *How rights went wrong: Why our obsession with rights is tearing America apart*. Mariner Books, 2021.

¹⁰ Atria, Fernando. “¿Existen derechos sociales?” *Discusiones* 4 (2004): 15-59.

una concepción que reconozca la existencia de tensiones entre principios, que admita la necesidad de balanceos razonables y que se apoye en evidencia empírica, derecho comparado y evaluaciones prospectivas. Esto no implica relativizar los derechos, sino tomarlos en serio en contextos reales, marcados por restricciones, desigualdades y cambios estructurales. Negar esa posibilidad en nombre de una concepción rígida de los derechos puede terminar produciendo el efecto contrario al buscado: la consolidación de un orden social injusto, excluyente y cada vez más distante de los ideales constitucionales de igualdad y autonomía. A su vez, si todo se transforma en un coto vedado, el debate democrático se vacía hasta quedar limitado —en el mejor de los casos— a la coordinación de la dirección del tránsito, como alguna vez sostuvo Carlos Nino.¹¹



SIMPOSIO

Réplica a los críticos

por Gustavo Maurino

Gustavo reacciona a las críticas. Puntos de acuerdo y senderos que se bifurcan.

Comencemos estas líneas con lo más importante. Permítanme compartir la alegría con la que las escribo; la celebración de la hermosa práctica de

la crítica, de los desacuerdos que se construyen buscando comprender mejor, y los desencuentros que solo existen porque los precede una disposición y actitud intelectual —moral y cívica— fundamental y bella: la búsqueda de encontrarnos. Emiliano-Patricio (EyP) y Ramiro han hecho realidad —con mucha gracia y generosidad— uno de los ideales que dieron origen a este proyecto de *La Crítica del Derecho*. La réplica será tan cariñosa como impiadosa, je.

Recorriendo senderos comunes

Las dos críticas coinciden en delimitar su objeto al cuestionamiento de ciertos presupuestos en los que apoyaría mi artículo originario. No se dedican a defender el contenido concreto de la reforma laboral, y de hecho ambos manifiestan que merece críticas como las que yo mismo le hice. Tampoco se dedican a defender que la reforma sea en sí buena —o siquiera inocua— para los derechos laborales. Mis argumentos se dedicaban a afirmar que de hecho no había argumentos sostenibles para apoyar ese tipo de conclusiones.

En ambos casos, la estimulante crítica se dirige a “cuestionar ciertos presupuestos teóricos” (PyE) en los que se apoyaría mi argumentación. Me gusta esa aproximación.

Según las entiendo, las críticas se refieren fundamentalmente a cómo concibo a los derechos en general —o a los sociales en particular—, sus implicancias respecto de los conflictos de derechos, al tipo de relevancia que mi perspectiva le otorgaría a las “consideraciones empíricas” (EyP) y de “objetivos de políticas públicas” (Ramiro), y particularmente, al rol que le asignaría a los derechos en relación con la democracia. Una maravilla de estímulos.

Comienzo por señalar todo aquello en lo que creo que estamos de acuerdo, que no es poco y es importante.

Para empezar, estamos fundamentalmente de acuerdo con los críticos acerca del valor mo-

¹¹Carlos Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, p 193.

ral y político de la democracia entendida como una práctica social a través de las cuales se buscan, proponen, adoptan, modifican y transforman las respuestas que las comunidades políticas encuentran para sus desafíos compartidos y con la perspectiva general del “constitucionalismo democrático” como que presentaran Post y Siegel, por ejemplo. En mi caso defendiendo también la primacía de las prácticas de una política democrática institucionalizada, para la determinación del contenido y alcance de los derechos y la adjudicación de conflictos sustantivos entre ellos (volveré sobre esto, creo que voy bastante más allá que los críticos en este punto).

Estamos de acuerdo con EyP acerca de la idea de que cuando se abraza un reconocimiento generoso de derechos —tanto en la cantidad como en la densidad de sus contenidos normativos— estos están o entran frecuentemente en conflicto. Seguro lo están más frecuentemente que cuando los concebimos sobre la base de marcos legales o filosóficos que reconocen pocos derechos y/o les asignan un contenido limitado. Para una concepción de los derechos a la Nozick —o una Constitución como la Argentina 1853— las instancias de conflictos de derechos son infinitamente menores que para una concepción como la de Nino —o una Constitución como la Argentina 1994.

Estamos también de acuerdo con EyP en que en muchos casos —yo sostendría que prácticamente en relación con todos los derechos— existe una conexión entre derechos y recursos; o más ampliamente, entre derechos y condiciones materiales que a su vez dependen de recursos. En mi entendimiento, lo más importante de dicha conexión no es un elemento meramente empírico —la obviedad de que “se necesita dinero para hacer elecciones o para que haya tribunales”, como dice la vulgata acerca de que los derechos cuestan. Sostengo —no sé si EyP también lo harían— que el contenido normativo de los derechos —es decir la configuración del tipo de obligaciones que implican— muchas veces está conformado como una obligación expresa y directa,

o implícitamente necesaria, de asignar recursos para realizar ciertas condiciones materiales: mi ejemplo preferido es la manera que está formulado el contenido obligatorio de muchos de los derechos de todas las “categorías” —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales— reconocidos en los pactos internacionales son formulados, como se reseñó en este reporte a cuya elaboración tuve oportunidad de contribuir.

Por esto mismo, estamos de acuerdo con Ramiro en la insuficiencia y limitaciones de enfoques como el de Ferrajoli sobre los derechos, en cuanto signifiquen predicar la “indecidibilidad” democrática acerca de los derechos fundamentales.

Estamos de acuerdo con EyP en la idea de que, en ciertas condiciones, la adjudicación de conflictos entre derechos podría terminar requiriendo un tipo de evaluación agregativa como la del utilitarismo. Creo personalmente —siguiendo a Nino— que en el marco de un entendimiento no-holista de los derechos esto ocurre solo en un último nivel de resolución, cuando toda una serie de mecanismos previos que no son agregativos —priorización, compensación, ponderación, ajustes mutuos, etc.— resultan insuficientes para superar alguna clase de empate. Por supuesto, esta circunstancia en modo alguno implica —sino que por el contrario, la niega— una concepción holista de los derechos —como acudir al sorteo en esos casos extremos no implicaría una concepción “aleatoria” de los derechos.

Estamos de acuerdo con EyP en la idea de que en ciertas condiciones y bajo una serie de garantías legales e institucionales, algunos contenidos de algunos derechos —yo diría, particularmente los asociados con bienes externos a la persona— pueden realizarse individualmente, o también satisfacerse para algunos/muchos titulares, a través de interacciones en un ámbito de la sociedad (e.g. en un mercado), y no son dependientes siempre y en todo aspecto de acciones estatales.

Finalmente, estamos todos de acuerdo acerca del valor y la necesidad que tenemos en de abor-

dar “el atroz hecho de que la mitad de los trabajadores argentinos están en la informalidad” (Ramiro).

Debo decir que no encuentro nada en el ensayo que replican EyP que me haga pensar que defendí posiciones diferentes a estas que acabo de reseñar, o que induje a confusión respecto de ellas.

De manera que, según entiendo, deberíamos estar de acuerdo en muchas cosas muy importantes. Entonces, si lo estamos ¿de dónde provienen nuestros desacuerdos realmente?

Creo que una parte importante se debe a que los críticos me atribuyen algunas posiciones que no asumo —particularmente en lo que siguiendo a EyP podemos llamar “la crítica democrática”, y eso será relativamente fácil de aclarar.

Pero sí encuentro un desacuerdo genuino e importante acerca de cómo entendemos a los derechos en cuanto derechos —más allá del contenido concreto de alguno de ellos. Creo que los críticos desearían circunscribir esa diferencia a nuestros entendimientos acerca de los derechos laborales (Ramiro), o sociales en general (EyP), pero creo que bien mirada la diferencia es aún más profunda.

Esta divergencia explica en mi opinión sus críticas a la concepción distribucional (anti-agregativa) de los derechos (EyP) o al “esencialismo de los derechos” (Ramiro), y las consecuencias que de ella se derivan, por ejemplo, respecto de mi posición según la cual la cuestión de la escasez es posterior a —y dependiente de— la concepción normativa sobre los derechos, su contenido y alcance y la justificabilidad de las condiciones distributivas; o cómo interactúan los derechos con objetivos generales de política pública. Sobre esto, EyP difieren a su vez de Ramiro, y tendré que dedicarme por separado a sus argumentaciones.

Voy a comenzar esta réplica aclarando lo que creo es fundamentalmente un malentendido acerca de mis posiciones sobre derechos y democracia —y algunos errores que veo en sus ideas al

respecto—, para luego discutir desacuerdos más profundos.

Senderos que se Bifurcan: Réplica a las Críticas

Sobre la crítica democrática

«Mi mensaje para quienes se tomen en serio la —pobre— historiografía de Moyn sobre los derechos sociales, y se preocupen porque no son (han sido) suficientes para realizar a escala global ninguna utopía de redistribución socioeconómica progresista o igualitaria, es que los derechos políticos no son (han sido) suficientes para realizar a escala global ninguna utopía democrática y los derechos civiles no son (ha sido) suficientes para realizar a escala global ninguna utopía de igualdad social estructural antirracista, anti patriarcal, ni nada parecido...»

En la última sección de su crítica, EyP sostienen que la forma en que concibo los derechos sociales tiende a colocarlos fuera del alcance de la deliberación democrática ordinaria; que yo presentaría cualquier modificación que implique una reducción de un grupo de trabajadores como una violación inaceptable de derechos y que esa lógica conduce a una concepción de los derechos como límites conceptuales absolutos, frente a los cuales la política solo puede retroceder. En la primera parte de la suya, Ramiro afirma que la concepción del derecho que surge de mi texto es excesivamente restrictiva de las posibilidades de acción de una democracia, mientras que él preferiría una visión alternativa, que ve al

derecho como instrumento de la política, que ve a ambas dimensiones como interdependientes.

No necesito discutir aquí —lo haré luego— mis ideas y concepciones acerca de los derechos laborales o sociales y su contenido y alcance, para señalar que nada de lo que sugieren las críticas en relación con la democracia tiene que ver con mi posición, por el contrario. Cualquiera sea mi concepción sobre los derechos, mi posición acerca de cómo ellos se conectan con —o proyectan sobre— la democracia es radicalmente diferente a lo que sugieren.

La mejor formulación de lo que yo sostengo la encuentro en el siguiente párrafo de La Constitución de la Democracia Deliberativa (CDD):

“Desde el punto de vista conceptual, los derechos protegen explícitamente *intereses* individuales, poniendo barreras contra las consideraciones basadas sobre los intereses de otros o la sociedad como un todo [esta es la idea distribucional, antiholista, sobre los derechos]...Pero de esta proposición no podemos inferir que los derechos sean barreras contra todas las decisiones mayoritarias. No sería una inconsistencia lógica sostener que la única autoridad competente para reconocer y poner en vigencia los derechos es la autoridad basada en su origen mayoritario” (CDD p. 270).

Mis posiciones son favorables sin reservas a la experimentación democrática —o política, de política constitucional y cotidiana— acerca de los derechos. Nada en mi crítica sobre la reforma laboral, o sobre lo mala que resulta para los derechos, implica ni debería implicar una alienación democrática, por el contrario. Como también decía Nino, su propia concepción —robustísima y antiholista— sobre los derechos humanos: “...debería tomarse como una mera propuesta para ser considerada dentro del debate democrático. El intento de excluir algunos derechos básicos del proceso democrático no parece estar permitido. Después de todo, por las mismas razones que recurrimos a la discusión sobre asuntos morales, debemos también utilizar la discusión para determinar los derechos” (CDD 191).

Creo que el malentendido se debe a que los críticos parecen adherir a la idea de que sí habría una conexión de implicancia necesaria (“lógica”) entre defender una concepción robusta, exigente, demandante, filosa sobre los derechos y defender en esa misma medida una restricción a “la política” o “al alcance de la deliberación”. Algo parecido ocurre con el “aguijón ferrajoliano”, que creo afecta a Ramiro, pero que no se refiere a mi posición o a la que fuera la última posición de Nino —quien antes sí creía en aquella implicancia lógica.

Pareciera que los críticos asumen el presupuesto —ciertamente una opinión habitual— de que entre derechos y democracia puede haber un juego de suma cero y por lo tanto cuando más cosas ponemos en la bolsa del derecho, más cosas sacamos de la bolsa de la democracia, o algo así. Si creen eso, entonces puedo entender que crean que mi posición (anti-agregativa) sobre los derechos vacía, bloquea o silencia la democracia. Pero yo no sostengo esas posiciones, al contrario.

Sí creo que, eventualmente, la protección de los derechos puede implicar bloquear políticas públicas destinadas a favorecer a las grandes mayorías. Particularmente cuando las grandes mayorías quieren oprimir a las minorías, por ejemplo. Pero no creo que deban bloquear la decidibilidad democrática.

Me parece que el malentendido resulta de una confusión acerca de lo que digo cuando digo que los derechos funcionan de manera individualizada y distribucional, no agregativa. Ramiro, por ejemplo, parece creer que la concepción de los derechos que reivindico me compromete con una “visión ferrajoliana” o un “esencialismo de los derechos”, que consistiría en sustraerlos de la esfera de decidibilidad democrática. No es así. Mi posición se refiere al contenido normativo general de los derechos —de su estructura, de su sentido general—, no a la autoridad política legitimada para construirlos, determinar su alcance o adjudicar los conflictos y sacrificios, o decidir sobre ellos, que ambos creemos —creo

yo— que es y debe ser la comunidad política a través de su experiencia política constitucional-democrática — tal vez él no crea eso respecto de algunos derechos de autonomía, yo creo lo mismo respecto de todos.

Es “adentro” de esas prácticas —la política-democrática y la legal, que también considero interrelacionadas, como lo creía Nino en *Derecho, Moral y Política*, que reivindicamos que los derechos que reconocemos implican un compromiso a que eso que protegen— sea lo que sea— lo protegen frente a consideraciones holísticas, agregativas; y que ese es precisamente el sentido que en nuestras prácticas —políticas y legales— tiene y ha tenido postular que tenemos “derecho a algo”.

En relación con los derechos laborales, creo —igual que los críticos— que los desafíos argentinos requieren deliberación y decisión democráticas, transformación de incentivos, etc. Comparto que el constitucionalismo (y los derechos) no deberían ser un obstáculo para ello. Por mi parte, creo —tal vez a diferencia de ellos— que una concepción general robusta de los derechos no lo son en absoluto.

En sentido similar, tengo la impresión de que EyP creen que mi posición sobre los derechos implicaría —o estaría conectada con— trazar una distinción fuerte entre “política constitucional” —relativa a los derechos— y “política cotidiana” —reservada a las consideraciones agregativas—, para atribuir la primera a los jueces y la segunda al Congreso o algo así. Tal vez esa sea su propia posición. Pero no es eso lo que yo sostengo, al contrario. Creo —con Nino, Post y Siegel, Gargarella, etc.— que la democracia cotidiana es y debe ser “política constitucionalizada”. La Constitución y los derechos viven cada día en, y a través de, la democracia. Mis posiciones son favorables sin reservas a la experimentación democrática —o política, de política cotidiana, como le querramos llamar— acerca de los derechos.

Nada en mi crítica sobre la reforma laboral, o sobre lo mala que resulta para los derechos, implica ni debería implicar una alienación demo-

crática, por el contrario. Precisamente al día siguiente de la sesión en el senado escribí un comentario criticando la falta de discusión constitucional en dicha sesión. Y hace ya 10 años escribí en favor de que el principio de razonabilidad del art. 28 de la Constitución Argentina fuera entendido como una razonabilidad argumentativa y justificatoria (deliberativa, no sustantiva), y de que el control judicial de constitucionalidad en una perspectiva de democracia deliberativa sería más consistentemente diseñado si estuviera orientado —como Nino lo proponía— hacia un “control procedimental y justificatorio”, hacia un control de razones, y no hacia uno sustantivo sobre el contenido de los derechos.

EyP afirman que “a diferencia de muchos derechos civiles y políticos, los derechos sociales tienen una dimensión colectiva y estructural ineludible”, y al parecer creen que por esa condición resultaría que las cuestiones que los involucran no deberían ser cotos vedados a la deliberación legislativa. A contrario sensu, parece que creerían que los derechos que no tienen esa dimensión —para ellos, muchos civiles y políticos— sí deberían serlo. Creo advertir un doble error en ese razonamiento.

Por un lado, no toman en cuenta que todos los derechos pueden recibir configuraciones con dimensión colectiva y estructural, y no sólo, o no predominantemente, los derechos sociales. El derecho a la vida está conectado con la adopción e implementación de políticas públicas generales de vacunación, el derecho de asociación y reunión, así como el derecho de peticionar a las autoridades se configuran en buena medida en relación con dinámicas colectivas, igual que la libertad religiosa, etc. para citar los casos más obvios de derechos y libertades que podrían pensarse como no colectivas; con la propiedad, la libertad de expresión, la participación en los asuntos públicos, la no discriminación y la igualdad es todavía mucho más aparente la dimensión colectiva y estructural.

Tanto en su conceptualización, como en su justificación filosófica y su operación y en sus po-

tenciales conflictos, todos los derechos tienen dimensiones personales e individualizadas y otras colectivas y estructurales —o dan lugares a conflictos policéntricos. Lo que EyP afirman respecto de los derechos sociales deberían entonces afirmarlo respecto de todos los derechos. Y ahí, su propia idea del coto vedado iría por ellos. Yo no tengo problemas con eso, porque no reivindico ninguna idea de coto vedado.

Pero, más importante, parece que EyP rechazan la idea de que todos los derechos y en todas sus dimensiones —es decir, no solo los sociales, y no solo los aspectos colectivos/estructurales— deberían estar siempre contruidos en su alcance y en la articulación de los conflictos de cara a la deliberación legislativa y permeados por ella; al menos en la medida que entendamos al reconocimiento de los derechos, la determinación de sus alcances y la adopción de criterios para resolver conflictos como una práctica social, política y moral. Yo reivindico y defiando esa idea. Tal como yo lo veo, son EyP quienes no se animan a tanta democracia.

Categorías de Derechos I (un desacuerdo con Ramiro)

Ramiro asume que hay distintos tipos de derechos, y en particular adhiere a la distinción categorial entre “derechos cuya función es proteger condiciones básicas de autonomía personal y ...derechos cuya función es regular las condiciones de la cooperación económica y social”. Los primeros serían pre-condiciones de la participación igualitaria en la vida colectiva y los segundos “instrumentos de gobernanza”.

No tengo problemas en general con que distingamos tipos y/o categorías de derechos, o que establezcamos jerarquías ente ellos. Lo que creo es que el criterio que propone Ramiro es problemático. El problema es que —inadvertidamente, creo— para construir su primera categoría de derechos presupone una concepción no relacional de la autonomía personal y/o de sus condiciones básicas que no es atractiva en general, y menos aún como base de fundamentación para los dere-

chos; pero no puedo detenerme aquí a explorar ese camino. Más problemático aún es la consideración de que esas condiciones básicas de autonomía personal sean —como parecen serlo para él— coextensivas con lo que los individuos “necesitan para poder participar como iguales en la vida colectiva” —si no lo son, me interesaría saber qué otros derechos agregaría Ramiro a esta dimensión política, que no fueran los económicos y sociales fundamentales, y si los agrega, pues buena suerte con su esperanza en la inteligibilidad de su línea divisoria.

Pareciera que Ramiro confía en la distinción entre derechos (¿no-materiales?) de autonomía y derechos materiales relativos a “cómo organizar la producción, distribuir recursos y gestionar riesgos”. Los primeros serían en su propia idea “ferrajollianamente” indecibles y los segundos no, en tanto su contenido dependería de elecciones colectivas sobre producción y distribución de recursos y riesgos.

Ahora bien, seguramente Ramiro cree que los derechos relativos a la autonomía de las mujeres, o a no ser esclavizados, están en la primera categoría, tanto como efectivamente cree que los derechos laborales están en la segunda. Pero en realidad aquellos derechos —como e.g. también la libertad de asociación— implican y están críticamente asociados a elecciones colectivas sobre cómo organizar la producción o distribución de recursos, riesgos, oportunidades en la sociedad; tanto como lo están los derechos de los trabajadores a hacer huelga, o a tener condiciones de trabajo dignas.

Yo no afirmo —como intuiría Ramiro— que los derechos laborales deberían ser tratados como los derechos de autonomía, en contraste con los derechos relativos a regular las condiciones de cooperación económica y social. Simplemente porque creo el asunto no se trata —como creería él— de decidir dónde trazamos la línea. Lo que afirmaría es que la distinción de Ramiro está mal construida, y que la línea que desearía trazar —no recta, ni curva sino— simplemente inin-

teligible y colapsa si entendemos la autonomía de manera relacional y política.

Los ejemplos que comparte Ramiro para ilustrar su punto sobre los tipos de derecho y sus implicancias tienen otros problemas: En su ejercicio identifica regulaciones claramente razonables de lo que serían los derechos “de cooperación” —instrumentos de gobernanza— para evidenciar que nuestras prácticas admiten “un desplazamiento de los derechos de unos para expandir los derechos de otros” y que mi concepción colapsa frente a ellos. Pero yo veo que esa misma dinámica existiría en relación sus derechos “de autonomía” cuando, por ejemplo, admitimos que la integridad física de alguien sea dañada por otro que afronta un estado de necesidad, o cuando el estado nos envía a la guerra, o admitimos que la libertad de conciencia de algunos sea limitada en relación con ciertas prácticas, etc. Así, esas diferencias no serían supervinientes a las categorías de derechos.

Inversamente, ni una ni otra clase merecería ser considerada “realmente como derechos” si admitiéramos que fueran recortados solo porque se considera mejor para el bienestar general, o para satisfacer las preferencias de la mayoría desconectadas de la priorización de derechos o bienes jurídicos específicos.

Otra parte de los ejemplos de Ramiro —aumentar impuestos, restringir el tránsito de vehículos en la zona céntrica de la ciudad, etc.— simplemente no funciona porque ellos no se refieren a una afectación o sacrificio de derechos tal como los concebimos. Al menos yo no considero que la tributación afecte el derecho a la propiedad, tanto como sí considero que una confiscación o una expropiación sin compensación si lo afectan; y no conozco ninguna descripción de ningún derecho que lo conecte con alguna inmunidad para atravesar cualquier zona de la ciudad, o para cruzar con el semáforo en rojo, o transitar a cualquier velocidad que nos plazca en cualquier condición. No hay en esas regulaciones una afectación, limitación o sacrificio a ningún derecho en ningún sentido no trivial.

Como yo lo veo, los ejemplos de Ramiro en este sentido confirman, en lugar de refutar, cómo funcionan los derechos — todos, no solo los que están de un lado de su línea divisoria. El único ejemplo interesante de Ramiro es el de los “infortunados” desplazados de sus casas por la traza de la autopista; ahí sí hay una afectación real, y en ese caso —creo— todos acordaríamos en que los infortunados deben ser compensados — el desplazamiento debería requerir una expropiación compensada, y si no, debería dar lugar a una expropiación inversa; porque efectivamente creemos que el derecho de propiedad —o si queremos, el derecho a la vivienda— implican que es inadmisibles que su titular sea privado radicalmente de ella por algún beneficio colectivo, sin compensación adecuada.

Categorías de Derechos II. Derechos como derechos o como aspiraciones políticas (El verdadero desacuerdo con EyP)

Encuentro que el núcleo del desacuerdo que construimos con EyP reside en cómo entendemos a los derechos sociales. Sin ánimo de broma diría que yo los entiendo como “derechos” —en el sentido de derechos subjetivos, como los entendemos en general en nuestra tradición y cultura legal a todos los derechos—, y EyP los entienden como algo diferente, al menos diferente a otros derechos. Me explico.

En mi escrito identifiqué a lo que llamé una concepción holista y agregativa de los derechos como un entendimiento fallido, desviado, auto-frustrante acerca de su estructura y funcionamiento en nuestro razonamiento —constitucional, jurídico y moral. Afirmaba que los derechos deben ser entendidos como distribucionales-no agregativos.

No pretendía ser original, ni heterodoxo, ni “liberal”, al decir eso. Ese es el entendimiento ordinario que le damos a esto que Nino llamó “uno de los más grandes inventos de nuestra civilización” en la primera línea de su *Ética y Derechos Humanos* (EDH). Tenía en cuenta sus palabras

recuperando a Dworkin cuando explicaba cómo entendemos en general a los derechos.

Decía Nino:

“Ronald Dworkin sugiere dos rasgos distintos de los derechos que pueden ser tomado en cuenta con provecho: (a)...se distinguen de otros estados de cosas socialmente valiosos que pueden constituir objetivos colectivos (como el aumento del producto bruto o la defensa nacional) en que los primeros son distributivos e individualizados...en cambio, las situaciones sociales valiosas que son contenido de objetivos colectivos involucran beneficios agregativos y no individualizados, admitiendo la posibilidad de una distribución diversa entre los individuos según resulte eficiente para maximizar el monto global de tales beneficios; (b) los derechos...constituyen un límite o umbral...en contra de medidas fundadas en la persecución de objetivos sociales colectivos. Si un supuesto derecho cediera cada vez que se demostrase que su desconocimiento conduce a una situación socialmente valiosa, no sería un derecho genuino...” (EDH p. 34/5).

Todos fuimos siempre dworkinianos en algún sentido, je. No porque Ronald inventara alguna genialidad (que lo hizo) sino simplemente porque estaba en lo correcto acerca de cosas fundamentales.

Esa es mi posición sobre los derechos, sobre todos los derechos — sobre cualquier bien, interés, tratamiento respecto del cual predicamos que existe un derecho. Esas características distintivas las atribuyo también a los derechos sociales en general y los laborales en particular que reconocemos — sea en sus aspectos negativos o positivos, en relación con las obligaciones de respetar, cumplir garantizar, etc., en sus configuraciones individuales o colectivos.

El verdadero desacuerdo con EyP consiste en que ellos sostienen que, al menos en relación con los derechos sociales en general, y los laborales en particular, esa conceptualización sería inadecuada; que esos derechos no deberían funcionar de esa manera, sino de manera agregativa; subordinados a objetivos sociales valiosos, o una

integración o fusión de una pluralidad indeterminada de derechos (no está claro si la pluralidad incluye todos los derechos sociales o también los civiles y políticos, pareciera que solo los primeros).

Así, afirman, por ejemplo: “Tal como explica Fernando Atria, mientras que los derechos civiles responden a la despreocupación por la comunidad y los terceros, los derechos sociales parten del principio de solidaridad y la inclusión de los terceros en la comunidad”; y luego, citando nuevamente al crack chileno: “A diferencia de muchos derechos civiles y políticos, los derechos sociales tienen una dimensión colectiva y estructural ineludible”. EyP dicen que cuando los derechos —paradigmáticamente en su opinión los derechos sociales— “requieren recursos”, se daría de manera sistémica la situación en que “cualquier elección de gasto en un derecho significa resignar recursos en otro”; y que el derecho laboral “por un lado protege derechos específicamente laborales; por otro, ha sido históricamente una herramienta central para promover el respeto de ciertos derechos sociales...una respuesta histórica a la ‘cuestión social’...”, o que “los derechos sociales —a diferencia de muchos derechos civiles— tienen una dimensión inevitablemente colectiva y agregativa. Garantizar un mercado de trabajo más inclusivo, con mayores niveles de formalidad y estándares mínimos razonables, es un objetivo colectivo legítimo”. Yo creo que todo eso que dicen porta un error.

El tema me interesa demasiado como para no detenerme, incluso más allá del desacuerdo con EyP.

EyP podrían sostener todo eso en base a tres clases de razones: (a) razones filosóficas acerca del fundamento de tales derechos —es esto lo que hace Atria—, (b) razones conceptuales/analíticas acerca de cómo caracterizar técnicamente a los derechos —para ellos, los sociales que se basa en la idea de que cuando los derechos tienen dimensiones colectivas —acaso policéntricas— se transformarían —como por arte de magia conceptual— en agregativos; o (c) ra-

zones filosófico/normativas acerca de cómo resolver conflictos entre derechos —o entre algunos de ellos—, por las que EyP endosarían algún utilitarismo radical a alguna otra teoría holista.

Pues bien, EyP no son utilitaristas ni nada parecido para pensar los conflictos de derechos en general —de hecho en alguna parte parecen simpatizar con el liberalismo igualitario de Nino que es abiertamente anti-utilitarista y anti-holista. Creo también que no favorecen ninguna teoría conceptual que conecte a los derechos con dimensiones colectivas con respuesta holísticas o agregativas —no imagino, por ejemplo, que postularían que el derecho al voto, a la vida, a la no discriminación, a la asociación, a la propiedad, se deban determinar en base a la realización de objetivos colectivos legítimos” o algo así.

Creo, definitivamente, que su posición se asienta en la fundamentación que toman prestada de “¿Existen derechos sociales?”, a quien citan dos veces para explicarse. Y entonces, cuando releemos aquel texto —tan hermoso como equivocado— todo se aclara. Atria decía allí muchas cosas muy interesantes, en una mezcla de historiografía, teoría jurídica y filosofía política que maneja con gran destreza. En particular:

- a. *“En la tradición socialista, los derechos sociales son una manifestación de una forma superior de comunidad, una en que (e.g.) cada uno contribuye de acuerdo a sus capacidades, y recibe de acuerdo a sus necesidades...Los derechos sociales constituyen una manera más amplia, más completa de concebir la ciudadanía, y como la ciudadanía es la pertenencia a una comunidad política, los derechos sociales de los que nos habla Marshall son la consecuencia de una nueva forma de concebir la asociación comunitaria”.*
- b. La formulación de los derechos sociales bajo el lenguaje de los derechos —los derechos subjetivos— tuvo histórica y estratégicamente el sentido de ponerlos en pie de igualdad con los derechos de primera generación, pues de lo contrario siempre serían derrotados por

los (otros) derechos, cuyos conceptos están formalmente estructurados para derrotar a esa clase de consideraciones colectivas.

- c. Sin embargo *“la forma de comunidad a la que apela la idea de derechos sociales, en tanto ‘conquista clamorosa de la izquierda’ es como la solidaridad, el amor de los cónyuges o la amistad; no puede ser juridificada sin ser desnaturalizada”.* Por eso, *“la idea comunitaria a la que el socialismo apela no es traducible a la lengua de los derechos”.*

¿Se entiende el punto ciertamente original de Atria? Los derechos sociales, entendidos bajo la fundamentación socialista-comunitaria que él les asigna, no “pueden” ser —ni operar como— verdaderos derechos subjetivos, derechos jurídicos. Por eso, desde el primer párrafo del texto, responde directamente a la pregunta del título de manera rotundamente negativa: *“Sostendré que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos”.* Y dice lo mismo más adelante: *“El argumento a seguir tiene como corolario que hay un sentido importante en el cual la expresión ‘derechos sociales’ es una contradicción, es tan contradictoria como ‘soltero-casado’...”.*

Para Atria, y parecería que también para EyP, los derechos sociales, sólo tendrían sentido e inteligibilidad como postulaciones políticas, no jurídicas: *“Es perfectamente coherente utilizar el lenguaje de los derechos como lenguaje político y no jurídico ... como hay muchas maneras a través de las cuales x [un bien o interés,] puede ser garantizado, es perfectamente posible que w goce de x sin que la forma jurídica a través del cual se le garantice sea un derecho subjetivo a x.”*

Ahora podemos ver con claridad en qué sentido estamos realmente en desacuerdo con EyP. Su forma de entender a los derechos sociales —que solo podrían y deberían operar como aspiraciones políticas, metáforas, símbolos, ideales, etc. para la realización de un proyecto determinado de comunidad —

socialista/republicanista— les pide entenderlos como agregativos, funcionando de manera holista con todos los demás objetivos que componen el ideal político en cuestión, que nos llevaría a una forma superior de comunidad (no puedo evitar el chiste; en el caso de la reforma laboral, caminaríamos hacia esa comunidad superior igualitaria a través del camino paradójico de una regulación anarco-libertaria del mercado laboral... la justicia social socialista obraría de maneras misteriosas).

Encuentro las ideas EyP muy poco atractivas y muy problemáticas. Por un lado, su recurso a las ideas de Atria sobre el fundamento y sentido de los derechos sociales les priva de ver que aquél presuponía una idea muy peculiar e idiosincrática sobre los derechos sociales y su sentido: a saber, una concepción socialista-comunitarista-republicanista de la justicia social a la cual estarían destinados a contribuir.

Pero los derechos sociales han sido muy bien fundamentados sobre otras bases filosóficas, que para nada conducen a esa clase de conclusiones sobre la imposibilidad de su juridificación. Las concepciones justificatorias propuestas por teorías como las de Nino, Alexy, o más cerca en el tiempo David Bilchitz para citar ejemplos conocidos, son plenamente consistente con el funcionamiento de los derechos sociales como auténticos y robustos derechos subjetivos, aunque no den lugar al tipo de comunidad socialista que envisions el artículo de Atria. EyP toman una —mala— fundamentación filosófica de los derechos sociales, que conduce a su desjuridificación, y guiados por ellas postulan que no deberían funcionar como verdaderos derechos — distributivos, individualizados, no instrumentalizables de manera agregativa.

Pero el problema con la concepción de los derechos sociales que proponen EyP es aún más grande, y resulta de otro error que latía en el trabajo de Atria. Este último no advertía que en su modelo comunitario-republicano-socialista no solo los derechos serían una contradicción en los términos, —no podían ser juridificables— sino

que en realidad esa conclusión se debería aplicar a todos los derechos —en cuanto derechos subjetivos. La afirmación general de Atria según la cual “la idea comunitaria a la que el socialismo apela no es traducible a la lengua de los derechos”, no puede detenerse o frenarse conceptualmente en los derechos sociales —o en algunos de ellos, o de sus componentes—, sino que se proyecta hacia todo lo que podríamos considerar un derecho subjetivo individual —a la Nino/Dworkin. Es la idea misma de derechos subjetivos (liberal, según Atria) lo que es contradictoria con los fundamentos de una comunidad socialista que a él le interesa. La libertad religiosa, la libertad de empresa, la libertad de asociación, la propiedad, la libertad de expresión, la participación en los asuntos públicos, etc.; todos ellos deben estar necesariamente subordinados a las dinámicas comunitarias —ser derrotados por ellas. En ese modelo, tales derechos —como todos— solo pueden tener sentido como predicados políticos —salvo que Atria pudiera justificar filosóficamente que su comunidad socialista-republicana se basa en la prioridad de los derechos fundamentales del liberalismo individualista.

Esa perspectiva explica la crítica de EyP. Ellos parecerían creer —con Atria— que los derechos sociales deberían mantenerse fundamentalmente en el lenguaje de la política y no viajar al del derecho, al de los derechos subjetivos. Por eso no tienen problemas con —y creen que es más bien inevitable— la instrumentalización holista de los derechos laborales para avanzar objetivos políticos/sociales agregativos. Claro que, si quisieran ser consistentes no tendrían otra alternativa que postular lo mismo respecto de todos los derechos.

Entonces bien podríamos afirmar que la reforma laboral no es peor para los derechos, o que no es posible sostener esa clase de afirmaciones. Simplemente porque, ahora entendemos, los derechos no existen como tales. Sería, parafraseando a Atria, como afirmar que el matrimonio indi-

soluble, o la poligamia, son buenos o malos para los solteros-casados.

Ahora puede comprenderse mejor lo que afirman EyP acerca de los conflictos entre derechos —sociales, para ellos— y de las limitaciones de recursos disponibles para su realización. Para quienes defendemos que los derechos sociales se justifican y construyen como derechos subjetivos en todo sentido, ni los conflictos, ni las cuestiones de recursos implican una excepcionalidad o una imposibilidad de adjudicación no agregativa. Sea en un conflicto bidireccional o policéntrico, individual o colectivo, que involucre a uno, dos o muchos derechos, es siempre una cuestión de fundamentación, priorización, proporcionalidad, ponderación de contenido y alcance, etc., nunca agregativa.

Sobre los derechos y las tuercas. Derechos vs. Objetivos de política pública (Otro posible desacuerdo con Ramiro)

Ramiro dice que los derechos laborales, como otros derechos y otras obligaciones, forman parte de una más amplia estructura de incentivos que conforman la estructura de posibilidad de nuestros emprendimientos vitales, incluidos los económicos. Los derechos son “una tuerca más en el universo de tuercas que es posible tocar para autogobernarnos”. Ramiro cree que mi “esencialismo de derechos” sacrifica todas las demás tuercas —o niega su relevancia— por la primacía de los derechos, de modo tal que —a la Moyn— se vuelve insuficiente para “construir agendas capaces de responder a las demandas materiales del capitalismo tardío”.

Me encanta lo que dice sobre las tuercas, me encanta como lo dice, y estoy de acuerdo con él. En particular, creo que consideraría a las demás tuercas bajo el concepto de “bienes públicos”, o mejor aún “bienes colectivos”, que implican consideraciones normativas, y también creo que que no incluiría en ellas a las “condiciones o hábitos culturales o idiosincráticos”, o a los estados de cosas. Creo que Ramiro podría coincidir con esto.

En todo caso, mi argumento originario no era sobre el peso relativo de las tuercas, ni de que algunas debieran ser o no intocables. Se basaba en que no había buenos argumentos para defender que la reforma fuera mejor o inocua para —la tuerca de— los derechos. Punto. Si alguien quiere defender la reforma laboral bajo la racionalidad de que consiste en una reducción, eliminación, sacrificio o disminución de derechos y el favorecimiento de otras tuercas, lo entiendo. Nunca me interesó discutir ese punto (tampoco si la reforma será un avance o retroceso para la sostenibilidad ambiental, o si someterá a la argentina a capitales predatorios transnacionales, o no, etc.). Mi discusión se basaba en que no hay argumentos atendibles para defenderla como otra cosa que no implique una pérdida significativa de derechos (de esa tuerca).

Aclarado esto, un comentario más ante la alerta de Ramiro sobre el “esencialismo de los derechos” y su referencia a Moyn. Mi mensaje para quienes se tomen en serio la —pobre— historiografía de Moyn sobre los derechos sociales, y se preocupen porque no son (han sido) suficientes para realizar a escala global ninguna utopía de redistribución socioeconómica progresista o igualitaria, es que los derechos políticos no son (han sido) suficientes para realizar a escala global ninguna utopía democrática y los derechos civiles no son (ha sido) suficientes para realizar a escala global ninguna utopía de igualdad social estructural antirracista, anti patriarcal, ni nada parecido. Pero no entiendo que sea ese el sentido —fundamentalmente moral— de los derechos, o que deba ser la medida de nuestro compromiso y desvelos por ellos. Y nada de eso cambiaría desde el punto de vista interno-normativo —al cual Moyn ciertamente no se dedica—, nuestra búsqueda de las mejores justificaciones posibles sobre valor, sentido y contenido.

Volviendo a Ramiro y su argumento sobre las tuercas y los objetivos de políticas públicas, encuentro que critica en mi posición el “esencialismo de los derechos que reduce el derecho a una de sus herramientas ... los derechos subjeti-

vos reconocidos constitucionalmente”. Yo estoy de acuerdo con su perspectiva, en realidad; el derecho es mucho más que eso. Es —también— y fundamentalmente— un cauce para el autogobierno político, el cultivo de intereses estatales urgentes, la regulación de bienes públicos, la ordenación de la racionalidad de la acción colectiva a través de prácticas institucionalizadas, y la promoción de fines socialmente validados.

Mi posición sobre los derechos no niega eso, al contrario. Sí afirmo que los derechos no son reducibles, ni subordinables a la promoción de fines socialmente validados — ni son un subproducto de ellos. Y definiendo que la promoción de tales fines no es una justificación suficiente para eliminar un derecho. Creo que Ramiro afirmaría esto mismo respecto de su lista reducida de “derechos de autonomía”. Si no fuera así, yo no entendería el sentido de su búsqueda de una doble categoría de derechos. Pero si es así, en realidad entendemos los derechos —conceptualmente— de la misma manera. Nuestra diferencia sería “interna”, acerca de las teorías que endosamos acerca del sentido, justificación y contenido fundamental de tales derechos. Intuyo que respecto del derecho a huelga ambos estaríamos cerca — lo veríamos más cercano a los políticos—, y que estaríamos más lejos respecto del derecho a la protección contra el despido arbitrario —yo lo vería como un derecho con una dimensión significativa de ciudadanía política y él no—, etc.

En este sentido, Ramiro es consistente cuando plantea aprobatoriamente que el objetivo de “promover la generación de empleo registrable” se pueda perseguir mediante “la idea de reducir los costos laborales”. El problema aparece cuando los “costos” consisten en “derechos” — verdaderos derechos subjetivos. Entonces su eliminación ya no es un medio aceptable, si es que los derechos significan algo en nuestro lenguaje.

Para tomar como ejemplo los derechos de autonomía que creo que sin dudas Ramiro defendería como derechos fuertes: si la propuesta para bajar costos laborales consistiera en instituir la esclavitud, o en la no compensación por los

accidentes de trabajo que afectan la integridad física, o en prohibir el trabajo de mujeres, etc. estoy seguro de que Ramiro arrojaría su “carta de triunfo” contra ellas —como yo también lo haría— y rechazaría que se le replicara que esos “costos” deben ceder ante la promoción de objetivos colectivos, o que la protección contra la esclavitud es solo “una tuerca más”. Pero bien podría estar equivocado, o tal vez lo entendí mal; le preguntaré la próxima vez que nos encontremos para seguir discutiendo.

Unas paradas finales

Estoy fascinado por los estímulos y provocaciones que EyP y Ramiro me han regalado. Seguiría conversando todo el fin de semana. Pero es tiempo de cerrar esta réplica. Lo haré con unas aclaraciones sobre lo que creo son algunos errores conceptuales de EyP, que no se refieren a mis presupuestos pero que en mi opinión sí afectan la construcción de sus argumentos.

Lo que es y lo que no es un conflicto de derechos: Entiendo que tiene sentido hablar propiamente de conflictos de derechos para describir situaciones en las que el ejercicio regular de los derechos de que se trate —según el sentido y alcance que se les reconozca—, colisiona en una imposibilidad de que ambos se realicen.

No existe conflicto de derechos: entre los derechos de A y los de B o de C cuando la situación de choque resulta de la conducta ilegal/injusta de B en perjuicio de los derechos de A o de C: No existe un conflicto de derechos entre el derecho de propiedad del propietario de un frasco de remedios y el derecho a la salud del ladrón que intenta quitárselo a mano armada. No existe conflicto de derechos entre el trabajador explotado en la informalidad y el derecho a la libre empresa de su empleador, ni entre el derecho de propiedad o de ejercer su industria de los evasores de contribuciones de seguridad social y el derecho a jubilación digna de los jubilados, o entre los de estos y los de los trabajadores a quienes no se les hacen los aportes legales.

No existe conflicto de derechos: cuando su contenido, alcance y ejercicio son conceptualmente y causalmente independientes y solo se “encuentran” como resultado de una decisión pública ex post de sacrificar uno en beneficio de otro: No hay un conflicto entre el derecho a votar y el derecho a la vida, o la seguridad personal, o la libertad, solo porque —y a partir de que— un día una ley dispusiera que se dejarán de llevar a cabo elecciones para destinar el dinero a programas de prevención de la violencia de género.

No existe conflicto de derechos: entre el derecho que está ejerciendo una persona y la situación de otra que no accede a un derecho semejante, o que no puede ejercerlo debido a eventos atribuibles a terceros o a condiciones sistémicas: No hay conflicto entre el derecho de propiedad de “A” y la falta de derecho de propiedad de “B” resultante de que “C” le ha robado a este último, o entre el derecho a la educación de los estudiantes universitarios y el de quienes no pueden concurrir a la universidad porque deben ir a trabajar para sostener a su familia, o viven en lugares demasiado alejados de los centros de estudio. No hay un conflicto entre los derechos ambientales, o a la vida, o la salud, o la vivienda de quienes viven a la vera del riachuelo contaminado y quienes no viven allí y no están afectados por la contaminación.

Por eso mismo, es que no existía, en ningún sentido relevante, un conflicto entre los derechos de los trabajadores con derechos conforme a la ley y los que son explotados en la ilegalidad, o quienes no tienen trabajo, como sostienen EyP, en un entendimiento que creo conceptualmente errado acerca de lo que es —y no es— un conflicto de derechos.

El contenido (mínimo o no) de los derechos: Mi crítica contra el argumento de la “redistribución de los derechos” se basaba en que entiendo que los derechos son —funcionan como— individualizados y distributivos y, por eso, se resisten ser utilizados como posiciones redistribuibles de manera agregativa. EyP creen que mi entendimiento es problemático “cuando se extien-

de a cualquier faceta posible de un derecho y no a su contenido mínimo”, porque fuera de dicho contenido mínimo al parecer los derechos habitualmente toleran restricciones y regulaciones orientadas a fines de justicia distributiva.

Confieso que la idea de contenido “mínimo” —¿distinguible de contenidos no mínimos?— siempre me ha parecido un misterio conceptual y normativo. Mi entendimiento es otro, entiendo a los derechos en base la idea de contenido normativo fundamental, resultante de sus fundamentos filosófico/políticos.

Cuando EyP identifican a los impuestos progresivos como una regulación que restringiría el derecho de propiedad —fuera del contenido mínimo— como algo que yo no objetaría, les respondo que en efecto no lo objetaría, pero simplemente porque creo que el derecho de propiedad no protege —en ningún sentido— contra los impuestos progresivos; no porque crea que tolera esas regulaciones/restricciones. Si tuviera una concepción libertaria sobre los derechos afirmaría que sí lo hace, y que los impuestos progresivos son una confiscación. El punto, pues, es que lo relevante es el contenido normativo que eventualmente se postule; no es la estructura conceptual de “los derechos” — que sean distributivos e individuales.

La escasez de recursos y los conflictos de derechos: Obviamente la inexistencia de recursos disponibles para realizar los derechos puede dar lugar a conflictos de derechos. También puede dar lugar a una imposibilidad de cumplimiento de los derechos —entendida como como una situación de fuerza mayor; como una guerra puede crear imposibilidad de realizar el derecho al voto, o una emergencia económica puede dar lugar a la imposibilidad de cumplir algún derecho. Pero esa clase de juicios presuponen que primero hemos determinado cuál es el fundamento, contenido y alcance general —prima facie— de tales derechos y de las obligaciones que generan.

Esa determinación puede incluir, por ejemplo, contenidos inderogables y derogables, incondicionales y condicionados, etc. —como ocurre con

la configuración de los derechos humanos que se hace en las convenciones de derechos-, incluso reglas de progresividad, estándares de priorización de asignaciones de recursos, etc. Todo esto ocurre antes de —e independientemente de— la evaluación acerca de la situación de escasez que pudiera existir en un momento y lugar determinados, y su encuadre a la luz de los contenidos de los derechos.

Ese era, dicho sea de paso, mi punto en relación con la falla conceptual que afecta al argumento de la escasez para justificar la reforma laboral que reduce derechos. El argumento de la escasez no puede siquiera comenzar a funcionar si primero no se define el contenido *prima facie* de los derechos, y el nivel “justificado” de la escasez de acuerdo con ellos.

Solo queda agradecer

Quienes apreciamos la crítica como un motor para comprender(nos) mejor, solo podemos agradecer regalos como los que Ramiro, Patricio y Emiliano me han hecho al invitarme a seguir reflexionando sobre lo que había escrito.

Ojalá mi réplica les resulte también un estímulo.

Estoy en deuda con ellos. No veo mejor forma de pagarles que regalándoles algo. Acaso mis reflexiones hayan sido monocordes y aburridas. Acaso una música, una que muestre que la música monotonal también puede ser divertida sea buen presente. *Aquí va! Que la disfruten!*

Espero que pronto volveremos a encontrarnos para más y mejores desacuerdos. ■

SIMPOSIO

Un derecho más instrumentalista

por Ramiro Álvarez Ugarte

Con la visión del derecho de Gustavo no hay, digamos, reforma agraria. Más democracia.

Hace algunas semanas, nuestro *dossier* sobre la reforma laboral presentó diversos puntos de vista, en su mayoría críticos con la iniciativa que —por entonces— se discutía en el Congreso. Esas contribuciones fueron de diverso tipo, pero creo que en su conjunto aportaron a la discusión democrática sobre una pieza de nuestras leyes que más impacta nuestra vida en común. Una de las contribuciones más importantes e iluminadoras fue, creo, la de Gustavo Maurino. Contra ella, o mejor dicho, junto a ella aporté una reflexión crítica, por una razón sencilla que puede revelar un desacuerdo teórico profundo: la concepción del derecho que surge del texto de Gustavo es excesivamente restrictiva de las posibilidades de acción de una democracia. Y, en pos de defender los derechos de los trabajadores con argumentos constitucionales, nos quedamos en una visión *ferrajoliana* contra la cual muchos de nosotros hemos sido criados. Entonces mi aporte también busca lidiar con la disonancia cognitiva que me genera, a veces, ver a mis maestros escribir contra aquello que me han enseñado. Traigo esta motivación al ruedo de manera algo burda (¿qué es un maestro?) pero porque no creo ser el único al que le pasa.

Buenos argumentos

En la nota de Gustavo hay, como era previsible, muchísimos. Para saldar los más obvios: la razón principal que podría tener una reforma tendiente a hacer más fácil la contratación o la generación de empleo formal es rápidamente derrotada por el proyecto en sí, por sus defensores, y por la ley aprobada. Como bien señala Gustavo, la norma promueve *la máxima reducción posible*

del ámbito de las relaciones laborales— no hay, en ese sentido, ninguna pretensión de igualación cuantitativa de derechos a costa de su dimensión cualitativa. No se busca reducir la informalidad, sino legalizarla. Con eso alcanza para levantar el puño e ir a la marcha convencidos. También es cierto que Gustavo despliega un notable esfuerzo de buena fe al mirar a su mejor luz a una iniciativa de un gobierno que no ha dado buenas razones para extenderle esa cortesía. Pero gracias al gesto, Gustavo ofrece y rebate razones públicas fraudulentas, que se han desparrramado por aquí y por allá en defensa del entonces proyecto, ahora ley. Todo ello, creo, lo da en última instancia por ganador y junto a otras contribuciones del dossier —como la de Rubén Lo Vuolo— permiten derrotar fácilmente al argumento principal que tenía el proyecto para ser defendido.

Críticas

El punto del texto de Gustavo que más cuestionaría sería el que sostiene lo siguiente:

“...su problema es que trata a los derechos bajo un paradigma inadmisiblemente holista/agregativo ... Los derechos de una persona ‘X’ no pueden ser restringidos, sacrificados o eliminados como un medio para otorgar alguna ventaja o mejora a los derechos de las personas ‘Y’ y/o ‘Z’, o del grupo ‘G’; incluso si dicha situación fuera preferible para la mayoría, o implicara una mejor distribución en términos agregativos. Incluso si fuera paretianamente superior”.

Mi objeción sobre este párrafo sería: depende. ¿De qué? Del tipo de derechos del que estamos hablando. Hay una distinción que no es nueva pero que aquí me parece útil: hay derechos cuya función es proteger condiciones básicas de autonomía personal—la integridad física, la libertad de conciencia, la no-discriminación por identidad—y hay derechos cuya función es regular las condiciones de la cooperación económica y social. A los primeros los individuos los necesitan para poder participar como iguales en la vida colectiva. Los segundos, en cambio, son ins-

trumentos de gobernanza: su contenido específico depende de elecciones colectivas sobre cómo organizar la producción, distribuir recursos, y gestionar riesgos.

Gustavo podría responderme que los derechos laborales caen en la primera categoría: que la estabilidad en el empleo o la remuneración justa son tan constitutivas de la dignidad como la integridad física. Es una respuesta seria, y no quiero descartarla livianamente. Pero si aceptáramos esa expansión al punto de incluir toda regulación económica con impacto en el bienestar, la distinción se disolvería y la esfera de lo indecible *ferrajoliana* alcanzaría al bienestar humano global, y caeríamos en la reducción de que todo lo bueno está permitido y todo lo malo está prohibido. Demasiado. En algún punto trazaría una línea que nos permita tomar decisiones colectivas y *autogobernarnos* de manera significativa, y esa línea cae en un lugar distinto al que propone Gustavo. Porque esa visión deja en off side a lo que las democracias hacen todo el tiempo, en todos lados, todos los días. En efecto, existe un desplazamiento de los derechos de unos para expandir los derechos de otros cuando —por ejemplo— se construye una autopista y se desplaza a los infortunados cuyas casas quedaron en su traza. También cuando se restringe o limita el acceso de vehículos a motor a zonas céntricas, o cuando se establece la obligatoriedad de contratar seguros en diversas actividades. O cuando se aumentan los impuestos para afrontar proyectos de infraestructura, financiar planes sociales, o un sistema de educación pública. O cuando se resuelve destinar un predio público en desuso para la construcción de viviendas de uso mixto. En todos estos casos ocurre aquello que Gustavo impugna. Ergo, si Gustavo tiene razón entonces todas esas cosas podrían ser impugnadas bajo una visión excesivamente restrictiva de los derechos como cartas de triunfo que pueden bloquear el desarrollo de políticas públicas, incluso cuando estas están destinadas a favorecer a las grandes mayorías. En resumen: con la visión de Gustavo del derecho no hay reforma

agraria posible cuando se abran las grandes alamedas.

La visión que prefiero como alternativa es una que ve al derecho como instrumento de la política, en una concepción que ve a ambas dimensiones como estrechamente conectadas entre sí, no como independientes sino como interdependientes en la visión de Robert Post en *Theorizing Disagreement*¹². Allí, Post explica —parafraseo— que el derecho es una forma de reflajar acuerdos políticos, que recurrimos a él como forma de gestarlos y dejarlos por escrito, pero que cuando necesitamos revisar esos desacuerdos (porque pueden haber existido en *t1* pero ya no existir en *t2*) necesitamos que la política regrese y cree nuevos espacios de confrontación, en un proceso dialéctico y siempre imperfecto e inestable. La reforma laboral —como argumenté en *mi propia contribución al dossier*— aborda un tema pendiente que arrastramos desde hace años, y que tiene que ver con el significativo y atroz hecho de que la mitad de los trabajadores argentinos están en la informalidad. Si eso es algo con lo que una democracia debe lidiar pero no puede hacerlo modificando la estructura de incentivos que produce ese resultado, pues tenemos un problema. Ahí el constitucionalismo funciona sin quererlo como una coartada para el conservadurismo institucional.

Y aquí viene un segundo punto de desacuerdo: los derechos laborales, como otros derechos y otras obligaciones, hacen a la estructura de incentivos y desincentivos que llevan a las personas a tomar decisiones sobre su propia vida (entre ellas, por ejemplo, la decisión de abrir o no esa ferretería con la que siempre soñamos). Esos derechos, entonces, junto con las cargas tributarias, el acceso a la justicia, la existencia de un mercado de crédito, entre otras variables no vinculadas entre sí, hacen a las condiciones de posibilidad de la ferretería: un sí o un no depende de la combinación de todas ellas y del juicio que el ferretero potencial hace respecto de las mismas (cruzándolas con sus propias condi-

ciones, inclinaciones, restricciones, necesidades, etcétera). Los derechos, entonces, son una tuerca más en el universo de tuercas que es posible tocar para autogobernarnos. Podríamos discutir —deberíamos discutir— si se trata de la tuerca correcta, si no hay otras que sería más útil o eficiente tocar antes (¡impuestos! ¡crédito!), pero lo que creo que no deberíamos hacer es decir que determinadas tuercas son intocables, siempre y en toda circunstancia.

Este problema se muestra de manera especialmente clara y probelmática cuando Gustavo cuestiona el argumento a favor de la ley basado en los dilemas de las Pymes. Cito:

“Si —según presupone el ejemplo— el modelo de negocios solo se sostenía en base a la apuesta impune por incumplir la ley, y la apuesta se pierde, no encuentro razón moral alguna para solidarizarnos con el evasor atrapado. Ni falla sistémica alguna que remediar. Cuando repasamos este argumento a la luz de lo que ahora conocemos, podemos ver que en realidad parte de un doble error: Por un lado, parece presuponer que la gente debería tener alguna clase de derecho a realizar cualquier emprendimiento en condiciones de rentabilidad sustentable y la ley debería remover los obstáculos que lo impiden, particularmente los derechos de otros. Por el otro, nos pide que apoyemos o dejemos pasar prácticas empresariales ilegales, y nos solidaricemos ante las consecuencias de apuestas por la ilegalidad que no resultan. Ambas premisas son absurdas. *Nadie tiene derecho a un ambiente institucional que le garantice un negocio rentable* (el subrayado es mío)”.

Creo que aquí está el nudo del problema, que me animaría a diagnosticar así: esencialismo de derechos, que reduce al derecho (en su maravillosa complejidad y textura) a una de sus herramientas, sin duda importante, pero de ninguna manera la única —*los derechos subjetivos reconocidos constitucionalmente*. Este esencialismo nos ha dado mucho y le estamos agradecidos, pero creo que es hora de ir abandonándolo. En parte porque, como argumenta Samuel Moyn, no ha

¹²Post 2010, *Theorizing Disagreement*, 1343.

resultado suficiente para construir agendas capaces de responder a las demandas materiales del capitalismo tardío (por eso ahora se habla de “abundancia”). Pero, además, porque ese fetichismo legal restringe indebidamente nuestra imaginación. Y aquí diría que Gustavo es una víctima. Porque no conozco a nadie que haya defendido la idea de reducir los costos laborales para promover la generación de empleo registrado en términos de un hipotético derecho a un negocio rentable. Incluso vista a su mejor luz, el argumento no invoca *el derecho del empresario* sino la *deseabilidad* de la existencia de negocios rentables atractivos para personas con recursos y ganas de afrontarlos. Efectivamente, *nadie* tiene un derecho a tener un negocio rentable pero todos queremos que haya negocios rentables, que haya personas que se animen a ellos, y que éstos generen empleo. No se trata de derechos: son objetivos de política pública que una democracia puede plantearse y abordar con las herramientas a su alcance, una de las cuales es —precisamente— el derecho.

Termino con lo que me parece la consecuencia más importante de todo esto. Si el derecho es, como dice Post, una forma de cristalizar acuerdos colectivos que la política produjo y que la política puede revisar, entonces la pregunta correcta ante la reforma laboral no es sólo “¿es constitucional?” sino también “¿qué acuerdo nuevo queremos construir sobre el trabajo?”. La primera pregunta es legítima, y hay aspectos de la reforma que creo deberían caer ante el cuestionamiento de Gustavo. Pero la segunda es la que más nos importa y la que seguimos evitando, al ritmo del “baile de los que sobran”, ignorando que la mitad de los trabajadores de este país no tienen los derechos que decimos que tienen. Entiendo que defender el piso de derechos adquiridos por los trabajadores formales es necesario; pero construir un sistema laboral que incluya a la mitad que quedó afuera es imprescindible. Esas dos tareas no son la misma, y confundirlas —o creer que la primera alcanza para cumplir la segunda— es el límite más serio de la nota de Gustavo, y también, con toda la deuda y el afecto que le tengo, el de la tradición que la inspira. ■



Detalle de la portada

Más sobre la Major Questions Doctrine

por José Ignacio Hernández

La "Nueva Derecha" y la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre los Aranceles

3 de marzo de 2026

El pasado 20 de febrero de 2026, la Corte Suprema de Estados Unidos dictó una de sus sentencias más esperadas, en el caso *Learning Resources Inc.* La sentencia fue aprobada por seis magistrados: el ponente y presidente de la Corte, Roberts, y los magistrados Gorsuch, Barrett, Sotomayor, Kagan y Jackson, aun cuando entre ellos hay importantes diferencias. Los magistrados Kavanaugh, Thomas y Alito salvaron el voto.

El centro del debate era decidir si la Ley de Poderes Económicos Internacionales de Emergencia, al atribuir a la Presidencia la potestad de regular las importaciones en el marco de emergencias económicas, incluía la potestad de fijar aranceles. El Gobierno de Trump, partiendo de una interpretación extensiva de esa Ley, había concluido que, una vez declarada la emergencia económica —en el contexto de lo que fue considerado una “agresión” frente a Estados Unidos por las políticas comerciales de diversos países—, la regulación de las importaciones incluía también el poder de fijar aranceles.

La mayoría de la Corte decidió que la potestad de regular el comercio es distinta del poder tributario, concluyendo que la Ley no atribuye a la Presidencia tal poder, siquiera en épocas de emergencia. Los magistrados disidentes, por el contrario, concluyeron que la potestad de regulación debe abarcar todos los componentes de las importaciones, incluidos los aranceles.

Visto desde esta perspectiva, y como apuntó Cass Sunstein, este caso era de fácil resolución.

Sin embargo, la sentencia, junto con los votos concurrentes y disidentes, alcanza las 170 páginas. ¿Por qué un caso simple implicó tantas elucubraciones?

Más allá del tema técnico de los aranceles de emergencia, este caso puso a prueba el alcance de las facultades de la Presidencia de Estados Unidos, en un momento en el que tales facultades han sido objeto de un intenso debate dentro de la Corte, pero, más en especial, en la arena política. Esta es la arista, precisamente, que queremos destacar.

La Teoría Unitaria del Ejecutivo

La sección 2 del artículo II de la Constitución atribuye la función ejecutiva a la Presidencia. Con base en esa norma y, principalmente, desde el método originalista, se ha formulado la llamada Teoría Unitaria del Ejecutivo.

En síntesis, esta teoría postula que la Presidencia es, en sí misma, una rama del Poder Público electa democráticamente, lo cual supone reconocer poderes constitucionales inherentes, en especial en materia de seguridad nacional y política internacional. Esta teoría justificaría el reconocimiento de un amplio poder presidencial de control sobre las agencias, incluidas aquellas creadas como “agencias independientes”.

Luego de la recomposición de la Corte Suprema con la designación —mediante la postulación de Trump— de Gorsuch, Kavanaugh y Barrett, esta teoría fue avalada en la sentencia *Seila Law*,

con el propósito de ampliar el control presidencial sobre las agencias independientes. Pero, en especial, fue la sentencia del caso *Trump* de 2024 la que amplió esta teoría no solo al reconocer amplios poderes constitucionales a favor de la Presidencia, sino también al admitir la inmunidad en el ejercicio de dichos poderes.

Esta última sentencia planteó la posibilidad de una interpretación maximalista de la Teoría Unitaria del Ejecutivo, según la cual la Presidencia cuenta con una esfera de poderes constitucionales que no pueden ser limitados ni por el Congreso ni por el Poder Judicial.

La “Interpretación Constitucional” de la “Nueva Derecha”

La Teoría Unitaria no solo se debatió en los ámbitos académicos, sino que también saltó a la arena política durante la campaña presidencial de 2024. En especial, entre los sectores que apoyaron a Trump surgió una visión muy crítica de los mecanismos institucionales de la democracia deliberativa y favorable al reconocimiento de poderes absolutos basados en el liderazgo democrático de la Presidencia.

Curtis Yarvin es, quizás, uno de los mejores exponentes de esta visión. Partiendo de una dura crítica a la democracia liberal —en el sentido del sistema de gobierno representativo basado en la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos—, Yarvin ha propuesto modelar la Presidencia como una suerte de “Chief Executive Officer” (CEO), es decir, como un gerente con un amplio mandato para conducir el Gobierno.

Bajo esta visión, el sistema de pesos y contrapesos y, en especial, el control político sobre la Presidencia, se consideran un obstáculo para la efectividad del Gobierno. Aun cuando esta visión es política, lo cierto es que la visión maximalista de la Presidencia le calza muy bien. La Presidencia, como la única rama del Poder Público electa popularmente por toda la nación, cuenta con un amplio mandato político, traducido en poderes constitucionales inmunes a cualquier control.

Adrian Vermeule, quien junto con Cass Sunstein ha defendido la Teoría Unitaria del Ejecutivo, critica con rigor esta visión, que él califica de “Nueva Derecha”.

Para Vermuele, la “Nueva Derecha” parte del escepticismo sobre el rol de la Ley, como reacción al uso que de esta se ha hecho en las dos teorías constitucionales prevalentes, a saber, el progresismo y el originalismo (en su versión más próxima a la posición libertaria). Para la “Nueva Derecha”, ambas teorías han manipulado el rol de la Ley resultando en obstáculos indebidos al ejercicio de las funciones políticas de la Presidencia. La solución, por ende, consiste en excluir la Ley como elemento de legitimación y de contención de los poderes presidenciales.

La posición de la “Nueva Derecha”, para Vermuele, ignora que todo poder político, para ser consistente con el bien común, debe estar fundamentado y limitado por el ordenamiento jurídico. Aquí, y siguiendo una distinción muy conocida en el Derecho constitucional de España, entre otros, Vermuele diferencia entre la Ley como el acto legislativo del Congreso, y el Derecho, que integra además los valores constitucionales y principios generales. Para Vermeule, la pretensión de justificar el poder presidencial al margen del Derecho coincide con el concepto de tiranía, que es contrario al bien común:

“Al menos en sus afirmaciones menos cautelosas, las figuras de la Nueva Derecha que se sienten atraídas por la monarquía a menudo ignoran la distinción clásica fundamental entre la monarquía legítima, definida como el gobierno de un hombre de acuerdo con las leyes y costumbres fundamentales del reino, incluido el respeto por los derechos de propiedad, y, por otro lado, la tiranía o el despotismo”

Citando la tesis de Javier Hervada sobre el realismo jurídico, Vermuele recuerda que el Estado de Derecho (“rule of law”) es indispensable para un orden político justo y civilizado, aun cuando su único objetivo no puede ser la defensa de la libertad negativa. Frente a la posición de la “Nue-

va Derecha”, Vermuele concluye que es un error tanto desechar por completo la Ley y el Estado de Derecho como equiparlos con la voluntad del más fuerte.

Tras el aspecto técnico de la base legal de los aranceles de emergencia, el debate político tenía que ver, precisamente, con la posición de la “Nueva Derecha” y con la crítica de Vermeule.

Según la posición defendida por Yarvin, la Corte ha debido sostener que los aranceles de emergencia constituyen parte de los poderes constitucionales inherentes de la Presidencia en materia de política exterior y seguridad nacional. Como tal, estos poderes son inmunes no solo al control judicial sino también a la Ley. Tanto más: todo intento de subordinar la potestad arancelaria, para esta posición, sería un ilegítimo obstáculo a la voluntad del líder.

Bajo la posición de Vermuele, los poderes presidenciales no son inmunes al Derecho, en tanto que estos dimanen del ordenamiento jurídico en su conjunto. En todo caso, para Vermuele, el Derecho no se limita a la Ley dictada por el Congreso, pues ello parte de una rígida visión positivista y textualista.

Debemos advertir que la posición de Vermeule puede o no concluir que la Ley de Poderes Económicos Internacionales de Emergencia permite a la Presidencia fijar aranceles. Pero de ser ese el caso, la fuente de la potestad presidencial sería el ordenamiento jurídico, nunca la pura voluntad política.

Como se observa, lo que estaba en juego en este caso iba más allá del aspecto técnico de los poderes presidenciales para fijar aranceles de emergencia. El verdadero debate de fondo era resolver la encrucijada entre los poderes presidenciales inherentes y absolutos y los poderes presidenciales sometidos al ordenamiento jurídico.

La Derrota de la “Nueva Derecha”

La mayoría sentenciosa se apartó de la interpretación de la “Nueva Derecha”, al concluir que, de acuerdo con la separación de poderes, el po-

der de regulación de las importaciones está limitado por la Ley de Poderes Económicos Internacionales de Emergencia, es decir, por el Congreso. Partiendo de la interpretación restrictiva de esa Ley, se concluyó que el poder de regulación es distinto del poder tributario y que, por lo tanto, el Congreso no atribuyó a la Presidencia el poder tributario para fijar aranceles.

Debemos insistir en que, para nosotros, lo trascendental no es esta conclusión, sino la teoría constitucional subyacente: la Presidencia no puede ejercer poderes totalmente inmunes a la separación de poderes y, en concreto, a lo dispuesto en la Ley.

Incluso para quienes afirman —como los magistrados disidentes— que la Ley de Poderes Económicos Internacionales de Emergencia sí atribuye la potestad arancelaria, la teoría sigue siendo la misma: el origen de este poder no radica en el ámbito de inmunidad de la Presidencia basado en su liderazgo político, sino en la Ley dictada por el Congreso.

Lamentablemente, para sostener esta conclusión, la ponencia del magistrado Roberts acudió a la llamada “doctrina de las cuestiones mayores”, según la cual, debe entenderse que el Congreso solo atribuye potestades al Poder Ejecutivo en materias de vasto interés económico y social de manera expresa. Como bien concluye Gargarella, esta doctrina pretende restablecer la rígida interpretación de la centralidad de la Ley, previa a las transformaciones constitucionales del *New Deal*. Recientemente, Sunstein **concluyó** que esa doctrina aporta poco a la teoría de la separación de poderes. Igualmente, Vermeule **apuntó** que el ámbito de la llamada doctrina de las cuestiones mayores, luego de la sentencia, quedó todavía más indefinido e indeterminado que antes.

La Ironía Constitucional

Quizás lo más irónico de la sentencia, es que el movimiento asociado a la “Nueva Derecha” ha tomado una cucharada de su propio remedio.

Así, la doctrina de las cuestiones mayores fue reinventada por la mayoría de la Corte Suprema en el caso *West Virginia*, de 2022, para limitar las potestades de las agencias, a partir de una rígida interpretación positivista. Vivek Ramaswamy citó esa sentencia como parte de la nueva jurisprudencia que está llamada a desmontar el Estado administrativo. El presidente Trump, basándose en esta y otras sentencias, aludió a la necesidad de avanzar en la “deconstrucción del Estado administrativo autoritario y oneroso”.

Paradójicamente, el precedente de *West Virginia* ahora se ha empleado para limitar los poderes de la Presidencia. Con ello, la Corte Suprema aclara un punto de gran interés en la encrucijada actual del Derecho administrativo en Estados Unidos: tanto las agencias como la Presidencia, al ejercer potestades administrativas, quedan sometidas a los mismos límites derivados del imperio de la Ley.

Más allá de la imprecisa referencia a la supuesta “doctrina de las cuestiones mayores”, la sentencia tomó la dirección adecuada al negar que la Presidencia, bajo la Teoría Unitaria, pueda ejercer poderes no subordinados al Estado de Derecho.



DEBATES

Cada voto cuenta

por Laura Ronchetti

La autora llama a votar por el “no” en el referéndum italiano a los votantes argentinos y da razones para ello.

Cada voto cuenta en la defensa de la Constitución italiana, su separación de poderes y nuestros derechos inviolables. Cada ciudadano, incluso en el extranjero, puede marcar la diferencia. Un NO puede ser suficiente para bloquear la reforma constitucional de Italia en el próximo referéndum constitucional que se celebrará los días 22 y 23 de marzo. Quienes voten NO, confirmarán el texto redactado por la Asamblea Constituyente elegida hace exactamente ochenta años, compuesta por primera vez con el voto de las mujeres. Por entonces aquellos que sufrieron la represión al orden judicial (dependiente de la voluntad del régimen fascista) crearon un organismo capaz de garantizar el principio de autonomía e independencia del poder judicial: el Consejo Superior de la Magistratura (CSM). Con esta creación institucional se liberó finalmente a los jueces del poder político.

El CSM es un órgano de autogobierno judicial ordinario (jueces y fiscales).¹ Gestiona todo lo que durante el fascismo había permitido al gobierno dirigir las investigaciones criminales de los fiscales y controlar las decisiones de los magistrados y jueces. Hoy en día, las contrataciones, nombramientos, traslados, ascensos y las medidas disciplinarias relativas a los magistrados judiciales se atribuyen a un único CSM. Dos tercios de sus miembros elegibles provienen de

¹Nota edición 1: Los jueces y fiscales en Italia forman parte en conjunto de un único sistema de justicia. Ambos son denominados “magistratis.” Esta es una diferencia importante con nuestro sistema de justicia federal, donde la función fiscal es autónoma, tanto de la justicia como de los poderes políticos. Los fiscales funcionan bajo la órbita del Ministerio Público Fiscal.

²Nota edición 2: Los miembros del CSM son 27, tres de los cuales están pre-establecidos (quien ejerza la presidencia de la república, el primer presidente y el Procurador General del Tribunal de Casación. Los otros 24 miembros del Consejo son electivos. Entre ellos se eligen entre magistrados a 16 (2/3) y por el parlamento a 8 (1/3).

pares (jueces y fiscales), y un tercio, del Parlamento, que elige entre juristas no magistrados.²

Este modelo inventado por los Constituyentes italianos,³ a nivel comparativo se considera muy garantista porque tiene como objetivo asegurar la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Ello se lograría evitando que sean perseguidos sólo los delitos directa o indirectamente indicados por el poder político, o sólo algunas categorías sociales señaladas como delincuentes por la mayoría política del momento.

La reforma de este CSM, por tanto, afecta inevitablemente a la garantía de la autonomía y de la independencia del poder judicial (art. 104 Constitución Italiana), principio que “formalmente” ni siquiera el reformador se atreve a revisar. El CSM sirve para garantizar la inviolabilidad de los derechos, empezando por garantizar la libertad personal de los magistrados judiciales que custodian esa inviolabilidad, cualquiera sea su función (fiscal o juez). Estos derechos son la parte de poder público que nos corresponde a cada uno de nosotros. Si hoy la garantía de los derechos está en crisis, afectar al principio de independencia arriesga que empeore la situación ya existente.

Si la justicia no funciona bien en Italia ¿ello depende del CSM, o de las tareas que corresponden desempeñar al Ministro de Justicia para hacerla eficiente y eficaz? Sería necesario aumentar los magistrados y el personal de justicia, reforzar sus recursos y evitar ralentizar aún más los tiempos de la justicia con la expansión incontrolada del derecho penal. Sin embargo, el propio Gobierno de Meloni confirma que la justicia ya no será eficaz con esta reforma constitucional, pero aun así no ha dejado de introducir nuevos delitos (57), y nuevas circunstancias agra-

vantes (60), decidiendo despenalizar solamente el abuso de poder. Está claro que poder abusar del poder significa hoy sólo tener el poder para ejercerlo. Entre tanto, la característica de los nuevos delitos apunta a criminalizar formas típicas de protesta contra el poder (desde los cortes de carreteras hasta la resistencia pasiva). Se prefiere reprimir el malestar y el disenso, antes que afrontarlos y resolverlos.

El objetivo declarado de la reforma constitucional sería separar las carreras de los fiscales de las de los jueces, un resultado que sería alcanzable con una ley ordinaria, como ha declarado el Tribunal Constitucional. El gobierno, en cambio, presentó una iniciativa de reforma constitucional, la que fue aprobada únicamente por la mayoría del Parlamento⁴, el que por primera vez en la historia de la República no modificó una sola coma de la propuesta del gobierno.

Una separación aún más clara (por ejemplo, oposiciones separadas) siempre sería posible, aunque en mi opinión indeseable, con la ley ordinaria. En lugar de aprobar una ley ordinaria sobre la separación de carreras el gobierno presentó una iniciativa de reforma constitucional que, por primera vez en la historia de la República Italiana, fue aprobada solo por la mayoría política, sin que el Parlamento modificara una sola coma.

¿Por qué imponer al Parlamento una reforma de la Constitución tal como la redactó el gobierno? El motivo es que la reforma Nordio-Meloni⁵ no busca en absoluto una separación de carreras entendidas como funciones (ya sea acusatoria o jurisdiccional), sino, en cambio, una marcada separación dentro del orden judicial entre jueces que juzgan y fiscales. El punto es poner en cuestión la unidad de la magistratura,

³Nota edición 3: El Consejo de la Magistratura Argentino, creado en 1994, tienen parecidos significativos con el CSM Italiano. La composición mixta (política y técnica), el rol de máximo órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial, y con funciones similares, hace pensar que el modelo italiano fue tomado en parte por nuestros constituyentes de 1994.

⁴Nota edición 4: Para que el Parlamento italiano pueda reformar la constitución se requiere una mayoría de dos tercios. La mayoría conseguida no fue esa, por lo que se hace necesario el Referendum de confirmación. La mayoría del parlamento que avaló la reforma, está alineada con el Gobierno de Meloni. Prácticamente todos los partidos de oposición votaron en contra de ella.

⁵Nordio es el apellido del Ministerio de Justicia y Meloni de la Presidenta de Italia.

la que fue deseada por la Asamblea Constituyente para fomentar una cultura común de jurisdicción que garantice nuestros derechos.

Con la reforma constitucional, de un único órgano administrativo del sistema judicial se pasaría a tres órganos distintos (un CSM para jueces; un CSM para fiscales; y un Alto Tribunal Disciplinario), ninguno de los cuales tendría ya la naturaleza de un órgano de autogobierno autónomo. La cuota de miembros pares en cada uno de esos órganos ya no sería electiva, sino sorteada, mientras que los miembros de origen parlamentario seguirían siendo primero elegidos y luego sorteados entre los elegidos.

La interacción entre la fragmentación en tres del CSM, y el método del sorteo puro solo para los jueces, no podrá sino debilitar a la magistratura y, por lo tanto, su postura independiente frente a los otros poderes del Estado.⁶ Además, aislar en un CSM propio a los fiscales, quienes constituyen menos de una cuarta parte de toda la magistratura, los llevará con el tiempo a identificarse cada vez más con las actividades de la policía judicial con la que llevan a cabo las investigaciones, corriendo el riesgo de transformarlos en abogados de la acusación en lugar de en los primeros garantes de nuestras libertades frente a la gestión de la seguridad pública que compete al gobierno.

Por otro lado, la creación de un Alto Tribunal para los procedimientos disciplinarios de los magistrados, en este caso juzgadores y fiscales in-

comprensiblemente reunidos, se justifica con la necesidad de sancionar de manera más severa y frecuente a los magistrados. Ello, a pesar de que la sección disciplinaria del CSM ya se encuentra entre los más severo “jueces de jueces” de Europa. No solo se trataría de la creación de un “nuevo juez especial” en violación de la Constitución (art. 102 de la CI), sino que también violaría la Constitución la prohibición de recurrir a otro juez contra las decisiones de este Alto Tribunal (art. 111). Lo que más preocupa es la intención intimidatoria hacia los magistrados que esta creación institucional supone.

Esta revisión, de hecho, está acompañada de una narrativa que denuncia a la magistratura por invasiva de la soberanía popular. Ella obstaculizaría la orientación política del gobierno que no querría encontrar límites de legalidad y de control en su actuación. Esta es una historia vieja, la del descontento hacia los límites a su propio poder. Y por esto la Asamblea Constituyente italiana incluyó esos límites en una Constitución que solo puede ser modificada con el consentimiento efectivo de la mayoría del pueblo, que aún tiene el poder de detener a quien quiera pisotearla.

La Constitución pertenece a todo el pueblo italiano, dondequiera que resida, cada uno de nosotros cuenta y puede hacer la diferencia para defender una separación de poderes capaz de garantizar de verdad nuestros derechos. La Constitución cuenta con nosotros. ■

⁶Nota edición 5: La idea parece ser que personas sorteadas, que no se conocen, tendrían menos capacidad de agruparse para generar influencia en el órgano, que aquellos elegidos en alguna instancia. Al menos esta es la idea que se atribuye a Favio Porta en nota de Infobae aquí: <https://www.infobae.com/politica/2026/03/01/el-referendum-que-divide-a-italia-porque-el-voto-en-argentina-puede-definir-el-futuro-de-sus-jueces/>

Acción penal y género

por Georgina Amaro Piccinini

Cuando el interés de las mujeres se contrapone con el interés de la acusación, se generan prácticas revictimizantes que se traducen en obstáculos en el acceso a la justicia

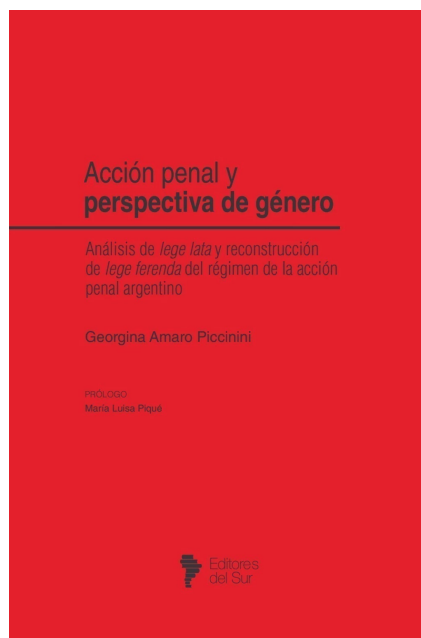
6 de marzo de 2026

Es un honor presentar un libro de mi autoría. Tengo que confesar que cuando recibí la invitación sentí una alegría proporcional a la preocupación de escribir páginas que se encuentren a la altura del compromiso. Este es mi tímido intento.

Acción penal y perspectiva de género denuncia los problemas graves y frecuentes que trae aparejada la regulación actual del régimen de la acción penal argentino en los casos de violencia de género y, en lo específico, de violencia contra la mujer. Postula que tal como está regulado el Código Penal argentino, cuando el interés de las mujeres se contrapone con el interés de la acusación, se generan prácticas revictimizantes que se traducen en obstáculos en el acceso a la justicia. Frente a este panorama, el libro se ocupa de cuestionar el régimen vigente por haber sido diseñado desde un punto de vista masculino, con el objetivo de rediseñarlo con perspectiva de género.

Si bien en los últimos años en Argentina se repensaron leyes y procedimientos que eran aplicados desde un punto de vista masculino y la violencia contra la mujer adquirió una notoria visibilidad, los desarrollos académicos se han centrado en aspectos dogmáticos (por ejemplo, la le-

gitima defensa de mujeres víctimas de violencia o la figura del femicidio) y, salvo excepciones, se han mantenido al margen de las discusiones en torno al ejercicio de la acción. Dentro de las excepciones se encuentran dos artículos¹ de la profesora María Luisa Piqué, quien guió y prologó este libro.



Amaro Piccinini, 2025

¹Piqué, M. L. (2017), “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”, en Di Corleto, J. (Coord.), *Género y justicia penal*, Buenos Aires: Didot; Piqué, M. L. (2021), “Donde manda capitán, no manda marinera. Las mujeres ante la acción penal pública en los casos de violencia de género”, en Cardinali G. I. y De la Fuente, J. E. (directores), *Género y Derecho Penal*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

El interrogante que atraviesa la obra es el grado de disponibilidad de la acción que deben tener las mujeres víctimas de violencia de género y cómo se articula esa decisión con el deber estatal de investigar y sancionar conforme a los compromisos constitucionales e internacionales asumidos por la Argentina: ¿tiene sentido que el Código Penal argentino establezca que en los primeros momentos del proceso, cuando la víctima se encuentra recientemente traumatizada por el delito, tenga que tomar la decisión de autorizar la intervención del Estado, y luego, cuando tiene la posibilidad de pensar con tranquilidad, pierda todo poder de decisión?; ¿el impulso de la acción debe depender de su instancia o ser obligatorio para los agentes estatales? Una vez instada, ¿el Estado debe actuar contra la voluntad de la víctima?; ¿la víctima debería poder retirar los cargos en cualquier momento del proceso?; ¿cómo debe concebirse la acción penal pública, como un poder de la víctima o como una potestad del Estado?; ¿cuál es, en definitiva, el régimen de la acción penal que mejor protege a los intereses de las mujeres? ¿un sistema en que los delitos perseguibles de oficio o que dependan de la instancia de parte? y en este último caso, ¿es conveniente que sea revocable por la denunciante o no?

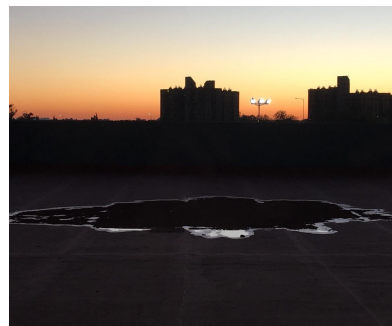
El libro se divide en capítulos que dialogan entre sí. Inicialmente, comienza por definir el marco teórico y la metodología apoyada en los métodos legales feministas. Luego, se dedica a la conceptualización de la acción y su naturaleza, y se entrelaza con la discusión tendiente a establecer a qué órgano le compete regular la acción (¿al Congreso Nacional o a las legislaturas provinciales?).

Seguidamente, se describe el régimen de la acción penal establecido en el Código Penal argentino de *lege lata*, su evolución histórica y los motivos que fundamentan la clasificación de los delitos de violencia sexual y las lesiones leves como delitos que dependen de la instancia de la víctima, junto con las excepciones reguladas en supuestos específicos.

Una vez descrito el régimen de la acción penal en el Código Penal, se analizan otras normas nacionales vinculadas y una iniciativa parlamentaria que propone modificar el régimen vigente. También se relevan las normas procesales provinciales y las instrucciones generales de los Ministerios Públicos Fiscales de todo el país a los efectos de establecer si se instruye la actividad de los/as Fiscales en casos en que la mujer no coincida con los intereses de la acusación.

Seguidamente, el libro se ocupa de describir en específico los problemas que se generan a raíz de la aplicación del régimen de la acción penal vigente en los casos de violencia de contra la mujer, mostrando casos concretos de la jurisprudencia argentina que procuran reflejar la gravedad del régimen vigente.

Para construir una propuesta de *lege ferenda*, se analiza el régimen de la acción penal en el sistema internacional de DD.HH de las mujeres de cara a establecer si tanto el sistema interamericano como el internacional obligan a los Estados a adoptar un sistema en específico. En los últimos capítulos, se desarrollan las posturas feministas sobre las debilidades y fortalezas de los regímenes de la acción penal disponibles. Más que ofrecer respuestas cerradas, la obra busca abrir un debate necesario sobre el diseño del régimen penal argentino, examinando el papel del Estado, la autonomía de las mujeres y el rol de los Ministerios Públicos Fiscales para avanzar hacia un modelo de acción penal con perspectiva de género. ■



ENSAYOS

Participa e vota no!

por Anna Mastromarino

Votar en el referendum constitucional italiano: una tarea política ante la deriva antiliberal de Meloni.

En estos días, miles de argentinos y argentinas, pero también miles de venezolanos, brasileños y muchos otros compañeros latinoamericanos con ciudadanía italiana están recibiendo por correo los documentos que les permitirán votar en el referéndum constitucional que tendrá lugar en Italia los próximos 22 y 23 de marzo.

En ésta, como en muchas otras ocasiones, la participación de los votantes latinoamericanos es importante para el resultado de la votación. Pero yo diría que en este caso es aún más importante para reforzar los vínculos de una comunidad cultural ampliada que el Gobierno italiano, en los últimos meses, ha intentado debilitar con las recientes restricciones legislativas a la adquisición de la ciudadanía por parte de los descendientes de nuestros migrantes.

El voto reconocido a los italianos en el extranjero es una institución de claro significado político, que pretende subrayar una vez más la continuidad histórico-nacional que une en sus raíces a los hijos y nietos de los emigrantes que abandonaron Italia en tiempos de dura miseria y fragilidad social. Sin embargo, para que este significado político pueda renovarse, es necesario que la participación en la votación sea realmente consciente e informada. Y hay que admitir que esto no siempre es posible cuando no se tiene acceso directo al debate público nacional.

Quizás por eso valga la pena aclarar un poco las cosas, porque en estos días que estoy pasando en Buenos Aires, me doy cuenta, entre una clase y otra, de que las noticias que circulan en torno al referéndum tienden a banalizar y simplificar demasiado esta votación y la reforma que conlleva.

Se vota para reformar la Constitución, de eso no hay duda. Pero no se trata en absoluto, como oigo a menudo, de una intervención puntual sobre algunos aspectos del poder judicial y, desde luego, no se trata de una reforma que apunte simplemente a separar las carreras de los fiscales y los jueces.

Aunque afecta a pocos artículos de la Constitución, se trata de una reforma destinada a modificar profundamente no sólo el sistema del poder judicial, sino también la estructura de la separación de poderes en Italia.

Afirmar, además, que la reforma interviene para impedir que los fiscales pasen a la carrera de jueces y viceversa no solo es reduccionista con respecto al planteamiento de la revisión, sino que también es incorrecto.

Hay que recordar que en Italia nunca ha sido necesaria una reforma constitucional para impedir este paso: prueba de ello es que, desde hace varios años, la ley ya lo impide, salvo en casos excepcionales, tan excepcionales que las estadísticas nos dicen que solo un juez cada dos años pasa de una carrera a otra.

¿Y entonces? ¿Cuál es el verdadero objetivo de esta reforma? ¿Y por qué los partidarios del «sí» se esfuerzan tanto por ocultarlo?

El texto de la reforma constitucional aprobado por la mayoría que apoya al Gobierno de Meloni socava los pilares de la independencia del poder judicial que los padres fundadores imaginaron para la República Italiana. Lo hace debilitando y desacreditando al poder judicial. Lo hace con la intención de «capturar» el poder judicial para ampliar su margen de discrecionalidad política.

No se trata en absoluto de un escenario nuevo. Al contrario, la deriva antiliberal en la que estamos totalmente sumergidos muestra claramente cómo son precisamente las reformas destinadas a transformar la estructura del poder judicial las primeras en ponerse en marcha, con el fin de liberarse de la idea, propia del constitucionalismo democrático, de que el poder debe estar limitado. Ya ha ocurrido en Polonia, Hungría y México. Se

trata de un proceso abierto en Israel, mientras que en los Estados Unidos de Trump se está produciendo un fuerte pulso entre el jefe del Estado y el Tribunal Supremo.

Se va repitiendo que se van a reformar pocos artículos, sin recordar que esta reforma es sólo una de las piezas de un proyecto más amplio de revisión del ordenamiento italiano que también prevé la transformación de la forma de gobierno con la previsión de un aumento desconsiderado de los poderes en manos de un primer ministro solo al mando. Pocos artículos, pero precedidos por una campaña denigrante de fiscales y jueces al estilo del populismo judicial. Sea cual sea el resultado del referéndum, en los próximos meses habrá que asumir la desconfianza hacia la magistratura que han sembrado los partidarios del «sí», poniendo en grave peligro la estabilidad del sistema.

No es de extrañar: se trata, al fin y al cabo, de un texto de reforma fruto de estos tiempos en los que, en nombre de la gobernabilidad, se pretende prescindir de los controles y, en nombre de la soberanía popular, se menosprecia a otros órganos soberanos.

En este sentido debe interpretarse la propuesta de la reforma de sortear los miembros de los órganos de autogobierno e independencia de jueces y fiscales. El sorteo, de hecho, libera al sujeto que asume el cargo de toda responsabilidad ante la asamblea, reafirma la lógica de «uno vale uno» y banaliza la especificidad de la función que se le ha encomendado desempeñar.

Un órgano de independencia sorteado es un órgano inevitablemente más débil, menos capaz de hacer valer sus razones frente al Ejecutivo y de resistir los ataques del poder.

En caso de que se aprobara la reforma y se dividiera definitivamente el orden judicial en Italia, la atracción del Ministerio Público hacia la influencia del Gobierno sería inevitable. No es que esto no ocurra ya en otros países, me dirán ustedes... Si no fuera porque en este caso se trataría de un salto al vacío sin paracaídas. En el caso de los ordenamientos en los que el proyec-

to constitucional ha previsto un vínculo entre el fiscal y el Ministro de Justicia, el sistema ha sido dotado desde el principio de anticuerpos contra el abuso, tales que protegen la justicia de las interferencias del ejecutivo. No sería el caso de Italia.

En el caso de la reforma italiana, no se dice nada sobre relaciones entre judicial y ejecutivo y todo se deja al azar, con el debido respeto a la comparación.

Soy una constitucionalista que ha hecho del método comparativo su herramienta de trabajo. Sé muy bien lo fácil que es hacer comparaciones erróneas. Por lo tanto, no me sorprenden ni estas estrategias persuasivas ni esos esquemas que veo circular en las redes sociales y que tienen como objetivo demostrar que la actual organización judicial italiana sería comparable a la de países como Turquía e Irán y, como tal, necesitaría un cambio...

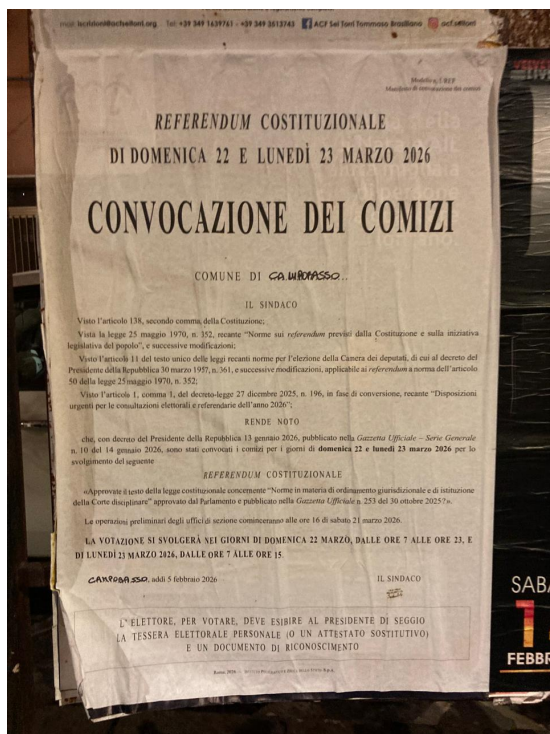
Creo que todos somos mucho más inteligentes y atentos de lo que algunos manipuladores políticos quieren hacernos creer. Lo que garantiza la democracia de un país es el Estado de derecho, la separación de poderes y la garantía de los derechos. La República Italiana fue concebida por los constituyentes antifascistas para que nunca más se repitiera que nuestro sistema judicial fuera utilizado por el poder para aplastar a sus ciudadanos. No es precisamente un pensamiento asimilable al de los sistemas autocráticos...

Estoy convencida de que la justicia italiana tiene muchos problemas, pero estos no tienen que ver con la Constitución, sino con décadas de recortes en los fondos destinados a sostener el sistema judicial y penitenciario y con procedimientos que quizá ya no sean adecuados para los tiempos que corren.

Los problemas seguirán existiendo incluso si gana el «sí»: no obstante, aumentará el poder de quienes pretenden abusar del espacio constitucional para apropiarse de él de forma indebida. Quienes pagarán las consecuencias serán los ciudadanos, que se enfrentarán a una justicia ca-

da vez más manipulable y a un sistema cada vez más desequilibrado.

El voto de los italianos en el extranjero acerca generaciones y continentes. Despierta emociones y sentimientos de pertenencia. Pero no olvidemos que, además del aspecto emocional, ese voto conserva un significado y una fuerza política fundamentales. Creo que ninguna convocatoria a votar debe tomarse a la ligera. No nos conformemos con eslóganes: sintámonos verdaderamente ciudadanos italianos votando con conciencia, conscientes de que esta vez está en juego la estabilidad de nuestra Constitución italiana antifascista.



ENSAYOS

Por un Estado Eco-Social

por Rubén Lo Vuolo

El autor presenta las ideas principales de su nuevo libro para proteger a la sociedad en un mundo catastrófico.

Son cada vez más numerosos los estudios científicos que se ocupan de la creciente probabilidad de colapso de los sistemas naturales y sociales como resultado de la degradación del medio ambiente provocada por la actividad humana. La noción de “Antropoceno” se impone para designar una era en la cual la acción humana ha trastocado los ciclos biogeoquímicos del sistema Tierra y avanza aceleradamente hacia escenarios catastróficos. No se trata de fenómenos ni probabilidades localizadas, sino de alcance global y sistémico, en un contexto donde retroceden las pocas instituciones internacionales con capacidad para imponer acciones de mitigación y adaptación frente a la crisis socio-ecológica.

Pese a las evidencias sobre estos riesgos, prevalece la negación, indiferencia y “analfabetismo ambiental” en las elites gobernantes que las ignoran, ocultan y descalifican, al tiempo que persiguen a quienes denuncian sus causas y tratan de defender a la sociedad. Esto se corresponde con otra evidencia: si bien el problema es global, las responsabilidades son muy desiguales.



Rubén Lo Vuolo, Siglo XXI Editores (2026)

Bastan algunos datos. Al relacionar la distribución de riqueza con las emisiones de gases de efecto invernadero, se concluye que el 10% más rico de la población mundial es responsable de cerca de 48% del total de las emisiones globales (17% para el 1% más rico), mientras que la mitad más pobre sólo es responsable de 12%. Además, 63% de la desigualdad en las emisiones no se debe a las diferencias de residencias, sino a divergencias al interior de los países; esto es, entre ricos y pobres.

Esto vale también para los países de América Latina, donde las elites dirigentes pretenden que la región no debe hacer nada porque no tiene responsabilidad en el tema. Esta es una actitud irresponsable que defiende intereses particulares de grupos opulentos y corporaciones contaminantes que siguen avanzando en actividades que degradan el entorno ecológico en la región. Así, se sacrifica el bienestar de generaciones presentes y futuras. Argentina es hoy un ejemplo flagrante de esta situación.

En la región, además de los problemas vinculados a las emisiones de carbono de ciertas industrias, la crisis socio-ecológica se vincula con

la deforestación, la minería a cielo abierto, la contaminación de reservas acuíferas, la extracción de recursos gasíferos con métodos no convencionales, el agotamiento de suelos por uso de agroquímicos, etc. De hecho, América Latina es una de las regiones donde más crecieron la temperatura y los fenómenos hidro-meteorológicos extremo: tormentas, inundaciones, sequías, olas de calor, etc. Cada día se verifica aumento de la escasez de agua, desabastecimiento energético, pérdidas agrícolas, desplazamientos de población, deterioro de la salud y la seguridad. Otro dato es relevante: América Latina registra los índices más elevados de persecución y muerte de referentes en la lucha ambiental.

Dados los altos niveles de desigualdad y privación de grandes masas de la población en la región, esto golpea especialmente a los grupos más vulnerables que viven en tierras marginales y tienen menos recursos para hacer frente a las amenazas y daños de la crisis socio-ambiental. Por lo tanto, no se puede tener una estrategia contra la crisis socio-ambiental sin tener una estrategia para reducir la desigualdad. Y no sólo se trata de la desigualdad Norte-Sur, sino también de la desigualdad al interior de cada país donde se vuelve imprescindible bajar el consumo y reducir el poder de decisión de la clase más opulenta. Lo anterior no sólo es técnicamente razonable, sino que es imprescindible para legitimar políticamente a las acciones públicas de mitigación y adaptación a la crisis socio-ambiental.

Todas estas cuestiones son ignoradas por el análisis económico y social convencional que actualmente es hegemónico. En particular, los modelos económicos siguen enfrascados en debates y prácticas que pretenden obtener la tasa máxima de crecimiento del PBI (y uso de recursos y técnicas contaminantes), con lo cual aceleran los procesos que llevan a desestabilizar al sistema Tierra y a los sistemas sociales.

Cuestionar estas racionalidades es central para avanzar con acciones colectivas que frenen y reviertan estas peligrosas tendencias. De lo contrario los daños serán inconmensurables, en

gran medida irreversibles y con impactos muy desiguales. Además, la falta de acciones colectivas hace que los sistemas sociales se transformen de forma irracional y atendiendo a intereses de los grupos más poderosos que han lucrado y lucran con la destrucción del medio ambiente.

En estas cuestiones la noción de Estado Eco-Social aparece como una guía para la reorganización de los sistemas sociales atendiendo a los desafíos de la crisis socio-ecológica y los crecientes problemas de desigualdad. El Estado Eco-Social debería comprenderse como una nueva forma de organización social cuyo objetivo prioritario es garantizar, bajo las amenazas de la crisis socio-ambiental, el acceso de las generaciones presentes y futuras, de forma justa y sostenible, a satisfactores de sus necesidades básicas.

Las instituciones y acciones del Estado Eco-Social deberían organizarse en base a dos criterios simultáneos: equidad/justicia y sostenibilidad/suficiencia. Esto apunta a conformar un sistema de políticas públicas y mercados que permita la reproducción de la vida individual y social de forma más igualitaria, atendiendo a las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

Este planteo no desconoce los problemas actuales de los Estados nacionales ni tampoco de las organizaciones transnacionales para ejercer liderazgos y coordinar acciones colectivas. Significa asumir que las acciones individuales estimuladas por el deseo de acumulación de riqueza y consumo de grupos opulentos minoritarios son las que aceleran la crisis socio-ambiental y no tienen posibilidad de mitigar y adaptarse a la crisis socio-ecológica.

Teniendo en cuenta lo anterior, las preguntas que guían este trabajo son del tipo: ¿En qué medida se puede prevenir y enfrentar las crecientes catástrofes vinculadas a la crisis socio-ambiental? ¿Cuáles son los límites que coloca el entorno ecológico al funcionamiento de los sistemas económicos y sociales? ¿Cuáles son las probables consecuencias de seguir promoviendo el crecimiento de actividades contaminantes?

¿Qué sentido tiene seguir promoviendo el crecimiento económico y las ganancias de unos pocos a costa del bienestar de las generaciones presentes y futuras, así como de la estabilidad del sistema Tierra? ¿Qué instituciones de política pública deberían promoverse para revertir las actuales tendencias?

En fin, es un llamado urgente a la racionalidad colectiva en un mundo donde sus líderes parecen determinados a destruir la naturaleza y los propios sistemas sociales. También, un llamado a revisar los temas y métodos aplicados para el análisis económico y social de un mundo de vida cada vez más complejo y amenazante. ■



ENSAYOS

El aborto en el cine

por La Imagen Justa

Una historia de grietas y resistencias.

(Reproducimos el texto de un videoensayo, de la Sociedad Anónima del Sonido en *La Imagen Justa* — con link al videoensayo).

Desde siempre, el aborto ha tenido nombre, pero desborda el lenguaje que intenta contenerlo. No es simplemente un hecho biológico o jurídico, es —todavía— un dilema ético que habita una grieta, una fractura que atraviesa las estructuras del patriarcado y expone, una y otra vez, las tensiones entre la ley, la moral y el cuerpo de las mujeres.

El cine, máquina de representación social, miró esa fractura desde sus inicios, pero casi siempre de reojo: bajo vigilancia. El aborto fue —y sigue siendo— elipsis, insinuación, silencio: un fuera de campo que señala los bordes de lo moralmente aceptable.

Y, aun así, incluso bajo censura, el cine encontró grietas: mujeres que filmaron antes de tiempo, directores que insinuaron lo prohibido, narrativas que se atrevieron a nombrar

lo que debía permanecer oculto. De esas grietas —visuales, políticas, morales— emerge la historia del aborto en la pantalla.

Censura y silencio

En Hollywood, el aborto fue silenciado por ley. Desde 1934, el Código Hays prohibía incluso pronunciar la palabra. El resultado fue una larga serie de películas en las que la maternidad no deseada se narraba desde el eufemismo: mujeres “en problemas”, “culpables” o “perdidas”. El cuerpo femenino podía mostrarse, pero sin agencia sobre su destino.

La industria que moldeaba la imaginación del mundo evitaba toda imagen que desafiara el

mandato de la maternidad. Antes de esa censura, una mujer ya había filmado el conflicto. En 1916, Lois Weber realiza *Where Are My Children?*, la primera película en la historia del cine que aborda el control de la natalidad y el aborto. El guión exhibe las contradicciones de su época: un fiscal que defiende la eugenesia y condena a su esposa por abortar en secreto. La paradoja es reveladora: en nombre del “progreso” se legitima el control del cuerpo femenino.

Aun así, Weber, pionera entre pioneros, se atrevió a poner en escena las tensiones entre moral, poder y deseo, y a situar a las mujeres —con sus dilemas y conflictos— en el centro del relato cinematográfico.

Mientras Hollywood domesticaba su mirada, el cine europeo de entreguerras concibió la cámara como un instrumento de transformación. El aborto era un tema que el cine podía —y debía— mirar. En 1929, Eduard Tissé filma, junto a Sergei Eisenstein, *Misery and Fortune of Women*. Comisionada como “película educativa” y rodada en una clínica ginecológica de Zúrich, este ensayo visual subraya la necesidad de legalizar el aborto en una Europa en la que dos millones de mujeres lo practicaban clandestinamente cada año.

Tres historias se cruzan: las condiciones laborales inhumanas, los abortos inseguros y los discursos patriarcales de la medicina. Impregnada del espíritu revolucionario de 1917, la película se sirve del montaje como herramienta de choque. Contrapone la asepsia de la medicina moderna con la violencia de la clandestinidad. Ese contraste abre una grieta por donde se cuele la denuncia.

El aborto, lejos de permanecer oculto, aparece como un síntoma social, una desigualdad inscrita en los cuerpos.

Un siglo más tarde, el silencio adopta otra forma. *Diane Wellington*, de Arnaud des Pallières, habla de la desaparición, la indiferencia, la vida borrada. En dieciséis minutos, des Pallières recompone la historia de una adolescente de 16 años que desaparece en Dakota del Sur, en

1938. *Diane Wellington* aborda el silenciamiento del aborto, ya no por la cesura en el cine, sino por su censura en la vida. El montaje convierte ese vacío en presencia; el fuera de campo, en denuncia.

Así, del silencio impuesto por la ley al silencio social que borra a las mujeres, el cine revela que toda omisión tiene cuerpo.

En la historia del aborto en el cine cambian los contextos y las formas, pero no el principio: el cuerpo de las mujeres es el lugar donde se inscriben el estigma y el castigo, donde el poder se administra y se perpetúa.

Estigma y castigo

Si el silencio fue la primera forma de control, la culpa fue su continuación más eficaz. El aborto se erige en un campo de sanción moral. El cine proyecta juicios y prejuicios, prescribe qué vidas son legítimas y cuáles deben ser corregidas, ocultadas o negadas. En sus imágenes se dictan sentencias, se ensaya la moral y se repite —una y otra vez— la escena del castigo.

Durante buena parte del siglo XX, las narraciones que se atrevieron a tocar el tema del aborto lo hicieron bajo la sombra del estigma, las creencias religiosas, las presiones sociales y las leyes restrictivas.

En *Un asunto de mujeres*, Claude Chabrol narra la historia real de Marie-Louise Giraud, madre pobre en la Francia ocupada, ejecutada por practicar abortos. El régimen de Vichy necesitaba reafirmar su autoridad y eligió su cuerpo como lugar de escarmiento público. Según Chabrol, la película busca mostrar “el horror de una moral impuesta por un Estado que ya no tenía moral”. Porque lo que se castiga no es un crimen, sino la desobediencia: la posibilidad de una vida que no se ajusta al orden. Marie-Louise no fue condenada solo por ayudar a otras mujeres a abortar, sino por atreverse a perseguir su propio deseo. El deseo femenino, en cualquier época, desordena el mandato de obediencia.

Décadas más tarde, en otra coyuntura política, otra forma de castigo tomó lugar. En *4 meses, 3 se-*

manas y 2 Dias, de Cristian Mungiu, la dictadura de Ceaușescu en Rumania convierte la maternidad en deber patriótico. Abortar es traicionar a la patria. El cuerpo de las mujeres se vuelve territorio del Estado: una máquina de reproducción vigilada. La película retrata el entramado de corrupción y miedo que sostiene la clandestinidad del aborto. El mismo Estado que lo prohíbe alimenta el sistema que lo hace rentable.

Esta ficción revela una verdad incómoda: la clandestinidad no es la excepción, es la norma. El control sobre el cuerpo femenino es la forma más silenciosa —y persistente— de dictadura. Mungiu filma la otra cara del mismo poder. La represión visible —la guillotina de 1943— se transforma en represión invisible —el control burocrático de 1987—. En ambas historias la culpa opera como dispositivo de gobierno, el miedo como método de obediencia. Y, aun así, en medio del terror, sobrevive una forma mínima pero invencible de resistencia: la solidaridad entre mujeres.

Conmoción y colaboración

Una doble tensión atraviesa los relatos sobre el aborto: el drama íntimo de las mujeres que enfrentan un embarazo no deseado o de alto riesgo, y el descubrimiento de una red —casi siempre femenina— que se activa para sostener la decisión. Esa red, tejida con gestos mínimos entre amigas, madres, desconocidas o compañeras, es el contraplano de la clandestinidad: una comunidad de cuidado que se organiza en silencio frente al abandono del Estado, de la religión y de la ley.

Las películas que abordan el aborto desde los vínculos solidarios han desplazado el foco del drama individual hacia una ética del acompañamiento. En ellas, el aborto es el punto donde se revelan las fuerzas que rodean a las mujeres y la potencia de los lazos que las sostienen.

En *Una canta, la otra no*, de Agnès Varda, Pomme y Suzanne se acompañan durante los años del Manifiesto de las 343, cuando cientos de francesas se declararon culpables de haber abor-

tado. Este acto colectivo de autoincriminación fue una forma de desobediencia civil: se trataba de obligar al Estado a mirar. La película prolonga este gesto. Varda no filma el escándalo, filma el vínculo. En su mirada, el aborto deja de ser tragedia para convertirse en acción, en canto, en consigna.

El cuerpo que decide ya no es culpable: es un cuerpo que se une a otros para existir.

El gesto político de Varda no consiste en mostrar el dolor, sino en restituir el derecho al placer, a la voz propia.

Lo mismo hace Eliza Hittman en *Never Rarely Sometimes Always*, donde aborda el aborto legal, pero limitado por el consentimiento paterno, en un espacio rural y en una familia en la que la indolencia y el desprecio coexisten con la dureza y la severidad. Autumn, una adolescente de Pensilvania, viaja a Nueva York acompañada por su prima Skylar para acceder a un aborto legal. Durante dos días y dos noches deambulan por la ciudad arrastrando una gran maleta. Se trata de esperar a que pasen las horas, a que transcurra el tiempo necesario para poder llevar a cabo el procedimiento que pondrá fin al embarazo. En medio del frío, la dureza y el anonimato, la película encuentra un refugio: la complicidad.

En la historia del aborto en el cine hay un punto de inflexión: cuando el miedo se abre al encuentro, el drama íntimo se vuelve colectivo y la solidaridad emerge como forma de resistencia. Donde la ley castiga, otra ética se levanta: la del acompañamiento, la del cuidado, la de las mujeres que, al sostenerse entre sí, restituyen el sentido mismo de la vida.

Autonomía y conveniencia

Antes de que fuera tema, el aborto ya era gesto: una afirmación del deseo de existir por decisión propia. Lejos de la culpa o el arrepentimiento, estas películas reivindican el aborto como un acto de libertad. El aborto deja de ser tragedia y se vuelve afirmación de autonomía: la elección de vivir la vida que se desea.

En *Cabaret*, de Bob Fosse, Berlín aún respira libertad antes del ascenso nazi. El *Kit Kat Club*, es el refugio en el que canta Sally Bowles, expatriada norteamericana que sueña con ser actriz. Cuando descubre que está embarazada y no sabe quién es el padre, Brian —su amante inglés— se ofrece a acompañarla en la maternidad. Sally se conmueve, pero una imagen del futuro la detiene: una casa, un marido, un niño, la vida ordenada que siempre temió. Decide abortar. No por vergüenza ni por miedo, sino porque su deseo no cabe en la vida que otros imaginan para ella. “Fue uno de mis caprichos”, dice, y en esa ligereza se esconde una insurrección: el derecho a elegir su destino, a no ser madre, ni modelo, ni símbolo.

Cabaret es una coreografía de contradicciones: mientras el mundo se desmorona, Sally encarna una libertad frágil pero luminosa. Fosse convierte el musical —género del artificio— en un retrato feroz de la autonomía femenina. Dos décadas después, la misma elección ya no será un acto de deseo, sino de desesperación.

En *Revolutionary Road* de Sam Mendes, ambientada en un suburbio estadounidense de los años cincuenta, la libertad imposible se encarna en April Wheeler, una mujer atrapada en la perfección de la vida doméstica. Casada, madre de dos hijos, cumple con todos los mandatos de su época: la casa, el marido, la sonrisa. Pero su deseo no cabe en esa escenografía. Sueña con huir a París y empezar de nuevo, con tener una vida que le pertenezca. Cuando un nuevo embarazo derrumba esa ilusión, el aborto se convierte en un grito de resistencia.

April decide hacerlo sola, y en ese intento desesperado por recuperar el control, pierde la vida. Mendes filma esa tragedia con precisión quirúrgica: la cámara observa cómo la moral doméstica, la masculinidad herida y el mandato de la maternidad confluyen para destruir a quien se atreve a imaginar otra existencia.

Este recorrido del silencio a la culpa, de la culpa a la solidaridad, y de la solidaridad a la autonomía demuestra que el aborto desborda el pro-

blema cinematográfico. El verdadero conflicto no está en la representación, sino en la realidad que la sostiene. El cine, al mirarlo, lo revela, lo ilumina. Cada una de estas películas amplía el archivo de resistencia, esa memoria filmica del derecho a decidir, y demuestra, una vez más, cuánto teme cada época a la libertad de las mujeres.

Estas películas —y las que aún faltan por filmar— mantienen abierta la grieta: esa fisura por la que el cine sigue interrogando al mundo. ■



ENSAYOS

Calavera (1)

por Ana Longoni

Un cuento

A Matías

1.

Mi madre ha sido siempre atea practicante, de esas que dicen Darwin en vez de Navidad. Sospecho que nos mecía en la cuna repitiendo como un mantra “venimos de los monos, venimos de los monos”. La emocionaban pocas cosas tanto como enseñarnos a identificar coleópteros, lepidópteros y dípteros, explicarnos las formas reproductivas de helechos, algas y hongos, o mencionar vitaminas y minerales presentes en todo lo que nos llevábamos a la boca. Pero lo que más la exaltaba era buscar con nosotros fósiles y hue-

sos. En una playa del sur, en la ladera de la cordillera, en una cueva ignota, sus ojos grandes sabían detectar con voracidad esas piedras que parecían iguales al resto pero no lo eran. Supimos atesorar el hallazgo de encontrar dólares de mar, puntas de flecha, huesos y caracoles fosilizados.

Antes que un mecano o un ajedrez, sus hijos tuvimos una plancha de telgopor con alfileres con puntas de colores para coleccionar insectos (lo que suponía, las más de las veces, sacrificarlos colocándoles una gotita de alcohol en la cabeza, antes de atravesarlos con delicadeza y precisión para no romper ninguna parte, y proceder a nombrarlos).

Desde muy chicos, nos permitía también darme de comer a sapos y ratones en el pequeño cubículo de laboratorio que ocupaba como becaria en el Museo de Ciencias Naturales de La Plata, metiendo las manitos en enormes peceras de vidrio para alcanzarles a los presos alguna mosquita recién cazada o un pedacito de manzana.

El período del año en que esas dotes pedagógicas maternas se henchían y desplegaban como cola de pavo real era durante las vacaciones de verano, cuando luego de deliberación hasta altas horas de la noche sobre el mapa de la República Argentina, nuestros progenitores elegían un destino aún marcado como conocido, y salíamos a la ruta en lenta caravana de Citroën 3CV (con mis tíos y primos, otra parentela y amigos) para hacer campamento en un pueblo fantasma en San Luis, en el lago helado al pie del volcán Lanín, cerca de una caverna con pinturas rupestres, o en medio de la tierra escandalosamente roja de Misiones.

Pero su pulsión por los restos óseos se volvió irrefrenable cuando vivimos en Perú, adonde basta escarbar un poquito para que aparezca una osamenta humana, un pedazo de cerámica, un trozo de tejido o los restos todavía anudados de un collar de caracoles. Perú es una enorme e ininterrumpida huaca.

La cuestión es que estábamos un domingo de 1977 con nuestros primos que habían venido a visitarnos, trepando a la huaca Pan de Azúcar,

en San Isidro. Es una enorme pirámide de adobe, que por entonces se veía como un cerro de arena y tierra protegido apenas por una cerca alambrada y un guardián. Debajo de ese cerro se adivinaba la pirámide Huallamarca, aún sin excavar ni reconstruir. Jugábamos a las escondidas. Yo iba rápido por la base del cerro, buscando un buen lugar para escabullirme, y me toqué con mi hermana, cuya agilidad es igual a cerro. Justo ahí escuchamos la advertencia del primo Santiago de que había terminado de contar y empezaba a buscar. “Punto y coma, el que no se escondió se embroma”. Sin pensarlo mucho, porque ya no había margen ni opciones mejores, vimos una especie de orificio o pliegue disimulado, un orificio horizontal. Me acosté y repté por la tierra rasposa, como zambulléndome dentro del cerro, y cuando mi cabeza pasó el primer escollo noté que se abría una gruta bastante cómoda dentro de ese cerro que fue sagrado. Mi hermana además de torpe es muy miedosa, y me seguía lanzando suspiros de alarma (nada ostentosos, tampoco era cuestión de delatar nuestro genial escondite). Repté por el hueco hasta no ser visible desde el exterior y le chisté para que se apurara a entrar. Una vez que nos acostubramos a la penumbra (la única luz entraba por el agujero-puerta) vimos que había espacio incluso para estar de pie y se abría un pequeño recodo o prolongación hacia un costado. Fui hasta allí y los encontré: eran varios esqueletos de huesos refulgentes, tendidos al fondo de la cueva. Mi hermana lanzó un agudo chillido asustado y se tapó la boca, recordando que todavía nos estaban buscando. Contamos tres calaveras con sus osamentas un poco entremezcladas y amontonadas. Ella seguía paralizada, con las manos en la boca y los ojos muy abiertos. Yo no pude evitar llevarle un presente a mi mamá, y elegí la mejor de las tres calaveras, la más entera. Me la puse bajo el brazo como una pelota de fútbol, volví a reptar boca arriba fuera de la cueva y corrí hasta la rampa donde caminaban ella y mi tía Quiti, conversando. Mi primo me vio a lo lejos y per-

dí a las escondidas. Pero qué me importaba: mi madre amó aquella ofrenda.

Run run. No llegaron a enterrarnos. No limpiaron nuestros cuerpos con el agua del río Rímac, ni nos vistieron con los ropajes más delicados ni nos envolvieron en fardos ni quemaron hojas de coca ni construyeron máscaras alegres para disimular nuestras caras magulladas. No nos homenajearon. Y allí quedamos, tirados para siempre.

2.

Parece que en la huaca no había mucha vigilancia aquel domingo a la mañana. Mi vieja decidió colocarse el cráneo bajo las ropas, simulando una panza de embarazada, y salimos de allí llevándonos la calavera. Nos amontonamos en el autito, un viejo escarabajo Volkswagen color crema pastelera que siempre nos dejaba tirados, y volvimos a casa con el nuevo inquilino.

Desde entonces, la calavera siempre estuvo en casa. Ocupaba un lugar central en el escueto y provisorio mobiliario familiar entre libros y vajijas, y convivíamos con él con familiaridad y también extrañeza. Mis hermanos más chicos, bastante supersticiosos ellos, eludían pisar el escalón número ocho de la escalera que llevaba al piso alto de la casa porque coincidía con la altura en que estaba ubicado el cráneo en la biblioteca. Se colgaban o saltaban con tal de no quedar a la altura de esos ojos. Mi hermana mayor y yo, más prestos a lo tenebroso y quizá también sintiéndonos responsables de que estuviera entre nosotros, jugábamos a hacerlo hablar moviendo su mandíbula y poco a poco logramos extraerle los dientes y muelas, que se fueron perdiendo.

Algunas veces nos preguntábamos quién habría sido ese hombre (siempre lo nombramos en masculino) y el desafío era inventar buenas historias que terminaban en el palazo por la espalda que lo derribó para siempre. Nuestra única certeza es que nuestra calavera había recibido un tremendo golpe que había astillado y hundido el parietal derecho. Lo imaginamos guerrero de la antigua cultura Lima defendiendo su templo ante una invasión inca, o conquistador es-

pañol caído en una emboscada, o soldado de las huestes sanmartinianas liberando la capital del virreinato o borrachín asesinado en una reyerta y escondido su cuerpo en ese cerro polvoriento donde nadie lo buscaría. Nos olvidamos rotundamente de los otros dos esqueletos, los que dejamos atrás, y nuestras historias solían ser en singular, violentas y poco heroicas, incluso un poco patéticas, protagonizadas por esos ojos vacíos y solemnes que nos miraban sin cesar, día y noche.

Vinieron los gallinazos, las gaviotas y los perros a comernos y nadie los espantó. Mi brazo aún sujetando el de mi hermano.

3.

Cuando siete años después nos fuimos del Perú y desarmamos la casa en la que habíamos vivido el exilio con las valijas casi hechas por la expectativa de que nos íbamos al día siguiente, mi madre—obviamente—quiso llevarse la calavera.

A pesar de la rotunda incompreensión de mi padre, mamá la puso indeclinable entre sus prioridades, condición *sine qua non* de la vuelta, junto con unos pocos discos adquiridos en esos años y escuchados hasta el cansancio (“Pajarito verde” de Soledad Bravo, “Atom Heart Mother” de Pink Floyd, uno de tangos clásicos de Gardel), y por supuesto la olla a presión Marmicoc y la radio Sietemares que habían llegado con nosotros y sido objetos fundantes del hogar. Ya no existía la mochilita de tela de vaquero que mi abuela Esther había cosido para que yo cargara la radio, y mi hermano menor ya no iba en cochecito con el ancla de la pesada olla. Pero eran objetos irrenunciables para ella si queríamos seguir siendo familia, y creo que la calavera había alcanzado similar estatuto.

Contra todo pronóstico, las cosas en el aeropuerto no se complicaron demasiado.

Aún no entiendo cómo la calavera logró pasar por los controles aduaneros, envuelta en papel de regalo y con un moño rojo. Ventajas de un tiempo en el que todavía no existía el escáner. Con el mismo método de simular regalos mi madre logró pasar en las valijas algunos huacos,

el más grande encontrado en el cementerio de Chancay, entre tumbas profanadas la noche anterior por saqueadores que se llevaban lo más entero y vendible al turismo, y dejaban tiradas momias de pelos y uñas larguísimos, con la piel intacta y tatuada, junto a cerámicas y enseres rotos o deslucidos. Los otros dos, más pequeños, los había comprado por pocos soles a vendedores ambulantes que aparecían mágicamente en medio del médano inmenso y solitario apenas el auto estacionaba (aparcaba, se dice allá) cerca de algún sitio arqueológico. No podíamos saber si eran huacos originales o falsificaciones bien hechas, aunque mi madre sostenía con bastante sentido común que en Perú para un pobre era más fácil exhumar una tumba que envejecer de forma verosímil una cerámica recién hecha.

No veo ni escucho nada. Pero siento el calor y el olor de una piel de hembra que me lleva consigo.

4.

Pasaron los años y la calavera continuó ocupando un lugar central y omnisciente en las sucesivas casas familiares que siguieron al retorno, en San Isidro, Saavedra y finalmente Gómez. Nosotros crecimos, nos fuimos, echamos canas y carnes, pero el cráneo seguía más o menos igual, un poco más desdentado y amarillento pero intacto. Mamá le pasaba muy cada tanto el plumero o un trapo para quitarle polvo y telarañas. Por supuesto incitó a que todo niño que pisara la casa jugase con esos huesos magnéticos. Venimos de los monos y en estas órbitas vacías nos convertiremos.

Mi madre—ya lo dije—es fervientemente atea, pero ahora que se está poniendo vieja algo empezó a incomodarla de aquella presencia que resultaba de alguna manera una declaración de valores y una provocación, un desafío a la muerte y al miedo o prevención que provoca.

La primera señal de esta transformación sucedió cuando anunció que no quería dormir más con la calavera, y un día la guardó bien envuelta dentro de una caja de cartón rotulada con un letrero que decía sencillamente “calavera”, y me

pidió que me trepe y la coloque arriba del ropero, bien atrás, entre los bártulos que no se tocan nunca. Luego, cada vez que alguno de nosotros viajaba a Lima o nos visitaba algún amigo peruano, se ponía insistente y cargosa encomendándonos llevar la calavera y devolverla a la huaca de San Isidro. No alcanzaba con decirle que ahora es imposible traspasar una frontera con un cráneo así como así. Que íbamos a terminar presos intentando cumplir aquella misión.

Así que decidimos buscarle la vuelta y mi hermana, que además de asustadiza y lenta, es insistente, averiguó entre sus conocidos y empezó unos largos y engorrosos trámites para pedir a través del Instituto Nacional de Antropología la repatriación de los susodichos huesos y huacos ante la Embajada peruana en Buenos Aires.

Luego de un par de años de idas y vueltas, gestiones burocráticas, nomenclaturas, formularios, fotos y medidas, finalmente llegó el día en que nos autorizaron a entregar la calavera.

Salió de la casa familiar así sin más, sin ninguna ceremonia ni comitiva de despedida. En la misma cajita de cartón de detergente Ala donde había quedado recluida los últimos tiempos, con el tamaño justo para sujetarla bien, con la mandíbula suelta encima del cráneo. Pasó unos cuantos días en casa de mi hermana, junto al perchero de la entrada, esperando el turno para la recepción en el Instituto.

Mi hermana, ya lo dije, es miedosa, y ha abandonado el sendero darwinista de la vida, apelando a altares y talismanes, invocando fantasmas y presencias, y dando cabida a todo tipo de sugerencias politeístas. Su convivencia con la caja de la calavera no fue inocua, y le atribuyó todos los incidentes desfavorables o las señales insólitas que acontecieron a lo largo de esos pocos días. Objetos que se rompían o desaparecían, ventanillas que no se abrían y otros pequeños desastres domésticos. Nada grave, más bien una serie de traviesas diabluras, como diciendo “aquí estoy”, de aquel hueso tan fiel y nuestro.

Una amiga suya experta en fantasmas le aconsejó ponerle nombre para que se calme. “Ha sido

parte de la familia tantos años, no puede irse así nomás: bautícenlo”. Un breve concilio familiar por whatsapp resolvió llamarla graciosamente y sin mucha convicción José Kale. Nombrar aquietó las ánimas, por lo menos la de mi hermana, y todo pareció tranquilizarse.

Pasaron las semanas y llegó el día de entregar nuestra querida calavera. Cargué la cajita de cartón en el baúl del auto. La cita era al mediodía en la otra punta de la ciudad, cerca del barrio chino. Conseguir estacionamiento por esa zona es más difícil que desenterrar un muerto, pero a un par de cuadras del Instituto se abrió de golpe un hueco exacto para encajar el auto, al lado de una embajada. La cajita no era nada pesada pero parecía que de golpe los nervios anquilosaban las manos, volviéndolas torpes marionetas de quién sabe quién. De golpe la caja se abrió y los huesos se cayeron entre los adoquines de la calle, entre un auto y otro, muy pegados entre sí. Tuve que agacharme y reptar de nuevo, como aquella vez en la pirámide, para meterme debajo de los autos, y sacarlos. En medio del fragor ciudadano, nadie pareció reparar en esa delicada operación con huesos viejos. Me levanté manchado de aceite y barro, y un poco tieso. Sentí muy lejos la voz de mi primo señalándome “¡pie-dra libre!”. Me acomodé los anteojos, me sacudí un poco la mugre, y avancé solemne con la caja como quien lleva un féretro.

Soy joven, ¿escuchan? Más joven y menos necio que todos ustedes que envejecen, rien, lloran, duermen y despiertan delante mío.

5.

El lunes de la entrega fue largo. Esperé un buen rato a que me atendieran, imprimiesen el formulario, lo firmásemos el técnico, la directora del Instituto y yo. Todo un ceremonial. Fue raro soltar la caja y dejarla allí en tránsito, camino al depósito del Instituto. Esos huesos finalmente a resguardo en una dependencia estatal. Nuestro antiguo crimen confeso. Asociado a un número de expediente que vaya a saber si prospera.

El día continuó con muchas otras diligencias, entrevistas y trámites, y terminó con el homenaje a Eduardo Jozami a un año de su muerte, organizado por su hija en el teatro El Excéntrico. Durante más de dos horas, sucesivos compañeros de militancia hablaron de su paso por la política, la cárcel, la escritura y la gestión cultural. Evité las empanadas y el vino del final, para ahorrarme la charla y volver a casa por fin. Estaba cansado.

Iba manejando en estado de atenta y rutinaria distracción por la calle Superí y luego de un semáforo, en medio de una cuadra transitada, sin aviso alguno, un viejo Taunus emergió entre los autos estacionados y se incrustó en mi auto. Anonadado, vi a un nonagenario salir intacto de su auto para observar los daños, y luego dirigirse a mi ventanilla para decirme muy tranquilo y parsimonioso: “pensé que iba a detenerse al notar las luces”. Intercambiamos los papeles del seguro, que fotografié con el celular. No reparé hasta llegar a casa en el nombre del viejito peligroso. Se llamaba José Aurelio Caleb.

Mascullo. Solo espero que alguien repare en mi existencia. Toque mi herida mortal, incurable.



ENSAYOS

Laudatio a Martín Farrell

por Alejandro Carrió

A propósito del doctorado Honoris Causa de la Universidad Nacional de La Plata.

Autoridades presentes de la Universidad Nacional de La Plata, Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad, Dr. Miguel Berri, Sr. Intendente de la Ciudad de La Plata, Dr. Julio Alak, Sr. Juez de la Corte Suprema de la Nación, Dr. Carlos Rosenkrantz, Jueces y Juezas presentes de la Suprema Corte de la Provincia, otros magistrados y funcionarios presentes, docentes y otras autoridades de esta Facultad, Señores y Señoras:

I

Es un verdadero honor estar frente a Uds pronunciando estas palabras. Ellas pretenden resumir las sobradas razones que hacen a Martín Farrell merecedor de la distinción que hoy le otorga la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata.

Cuando el Decano de la Facultad, Dr. Miguel Berri, me avisó hace algún tiempo que había pensado en mí para esta “laudatio”, aparte de sentirme honrado, pensé que debía primero hablar con franqueza con el propio Farrell.

Es cierto que yo había leído a lo largo de los años varios de sus trabajos. Había compartido con él muchos de los Congresos de Derecho que solían organizar en conjunto la Universidad de Yale, de los Estados Unidos, y la Universidad de Palermo.

También es cierto que Martín había sido un apoyo central en un proyecto de divulgación del rol cumplido por los principales asesores del Presidente Alfonsín en el diseño y ejecución de su política de Derechos Humanos, tema sobre el que volveré luego. Pero a pesar de estos factores, tenía la sensación, y así se lo transmití al mismo Martín Farrell, de que había personas mucho

más preparadas para destacar sus indiscutibles méritos en un área muy importante de su vida académica, como es la Filosofía del Derecho.

Al hacerle notar a Martín esto último, la respuesta que le brotó (y que no esperaba) fue algo del siguiente tenor. *“Puede ser —me dijo— pero vos tenés una característica que muchas otras personas no tienen”*.

“¿Cuál?”, le pregunté intrigado.

“Fuiste alumno mío en mis cursos de Lógica, en la Escuela Argentina Modelo”.

Eso era verdad y pensé entonces que aceptar, algo irresponsablemente, este desafío me permitiría contar en público alguna intervención de Martín Farrell frente a un joven e irreverente alumnado, demostrativa no solo de su capacidad de improvisación y de su ironía, sino hasta de alguna nota incipiente de su pensamiento como jurista. La historia que quiero contar, es esta.

Martín daba clase a alumnos del 5º año del Bachillerato, en la última hora de la mañana. La materia no era optativa. En una de sus primeras clases, mientras él escribía algún término relevante en el pizarrón, comenzó a circular entre nosotros la bolsa con medialunas que, en el recreo anterior, alguno había ido a comprar a la panadería de enfrente. Los alumnos de 5º año teníamos, o nos gustaba creerlo, algunas prerrogativas en cuanto a la obligatoriedad de la disciplina.

Martín se dio vuelta inesperadamente y sorprendió in fraganti a un alumno con la medialuna en la boca y la bolsa entre las manos. Su reacción fue rápida.

“Por esta vez” —dijo— estoy dispuesto a tolerar esto, pero con una condición. Que no se repita en mi clase... y que me conviden ya mismo una medialuna”.

Por supuesto que aceptamos la condición, así surgida de la nada. Le acercamos la medialuna, y guardamos la bolsa hasta la finalización del horario escolar.

Al terminar la clase hicimos un breve mitin y decidimos que un hombre de estas características no merecía las faltas de respeto que le depa-

rábamos a otros docentes, por lo que lo dejaríamos dar su materia, sin hostigamientos. Alguno señaló que, escucharlo “hasta podía llegar a ser divertido”.

Con los años he pensado los mensajes que transmitió Farrell en tan solo esa oración.

Nuestro comportamiento no había sido condonado. No sólo habíamos tenido que resignar una medialuna. Además, él había logrado nuestro compromiso de no repetir esa conducta y de dejarlo enseñar tranquilo su materia. Esa oración, en suma, venía a poner en ejecución ideas que madurarían a lo largo de la vida de Martín Farrell y que plasmaría en muchos de sus trabajos.

Existen reglas de conducta implícitas, que no pueden ser ignoradas. Ello, me animo aquí a decir, pese a que seguramente ninguna norma expresa de la Escuela Argentina Modelo prohibía la adquisición y consumo de medialunas, en horario de clase.

Por otro lado, ni la tolerancia con el comportamiento ajeno, ni nuestras aspiraciones a alcanzar niveles máximos de felicidad, hacían desaparecer la necesidad de que la autoridad brinde una respuesta, la cual debía ser proporcional con la seriedad de la falta.

Por último, este especial “castigo” al que nos sometió logró un objetivo caro a los cultores del utilitarismo. No sólo vimos reducido nuestro botón, sino que además nos hicimos el firme propósito de no reincidir y de tolerar **nosotros** - incluso los más díscolos- las enseñanzas de este especial profesor de la secundaria.

II

Hablemos ahora un poco más en serio.

Martín Farrell, como destaca su impresionante Currículum, mostró desde muy joven su interés por la Filosofía del Derecho. A los 19 años cursó la materia “Introducción al Derecho” y, según lo ha explicado a muchos de sus conocidos, recibió allí la clara influencia de maestros tales como Ambrosio Gioja y Genaro Carrió. Luego de recibirse de abogado, cursó el Doctorado en la Facultad de Derecho de la UBA.

A los 32 años publicó su primer libro: “Hacia un criterio empírico de validez”. Corría el año 1972, y era clara su preocupación, común a la época, por encontrar los criterios distintivos de un sistema jurídico, relacionados con la validez de las normas.

Eran momentos en que la pirámide jurídica se veía perturbada por elementos extraños tales como el llamado “Estatuto de la Revolución Argentina”, cuya existencia Martín no tuvo otra alternativa que hacer notar en una nota al pie, recordando que era el propio Estatuto el que anunciaba su “vigencia”. Ello, en la medida en que se daba una nota que no podía soslayarse y era la de su efectiva aplicación.

El gran mérito de este primer libro de Martín Farrell fue su claridad para guiar al lector por las distintas corrientes de “validez” de las normas jurídicas.

Transita así por el denominado “iusnaturalismo”, según el cual la validez de esas normas debe ser calibrada en función de su adaptabilidad a los ideales de equidad y justicia.

Luego, contrapone este sistema con lo que Farrell describe como “el criterio normativista”, fuertemente inspirado en las ideas de Kelsen. Para esta corriente, la validez de una norma dependerá de las potestades del órgano de creación, desprendiéndose ese examen de todo contenido metafísico, y sin influencias de componentes extra-normativos, tales como la ética, la axiología o la sociología.

En mi opinión, es en la descripción de estas distintas corrientes donde Farrell exhibe estas infrecuentes notas de talento. Su sobriedad para escribir y para no transformar en árido lo profundo. Igualmente, su capacidad para señalar la manera en que los principales pensadores describen la verdadera esencia de cada corriente, y para resumir las críticas de las que son pasibles —y que de hecho se les han formulado.

Y lo notable es que este Farrell, de 32 años, se sube a un “ring” reservado para pocos. Y ya en ese “ring” desliza, con altura y sin ningún rasgo de pedantería, sus opiniones y sus razones para

concluir que un concepto tan relevante como la “validez” de un sistema de normas, tiene debilidades en todas las variantes hasta allí recorridas, al menos tal como han sido explicadas.

Señala, por ejemplo, la falta de precisión y de predictibilidad en el iusnaturalismo, por la vaguedad de esos ideales que condicionan la validez de todo el sistema.

También encuentra alguna inconsecuencia en el puro “normativismo”. Así, si el “ser” y el “deber ser” están —y deben estarlo según esa corriente— absolutamente disociados, ¿cómo justificar que las normas pierdan validez por su desuso (el llamado “desuetudo”), cuando esto último es en verdad un fenómeno de la realidad, y esta última había quedado excluida de los componentes mismos del sistema?

Y para el lector poco conocedor de estos temas, las notas al pie de página cumplen su propósito esencial. Ilustrarnos sobre quiénes y de qué manera han brindado su punto de vista sobre el mismo tema, así como dónde encontrar más información para quien desee profundizar algún concepto.

Farrell acomete luego la corriente “realista”, con Oliver Wendell Holmes a la cabeza. Y si bien anuncia rápidamente los méritos de esta corriente de pensamiento, por incorporar las decisiones de los jueces como factor definitorio de la “validez” de un sistema normativo, páginas después le agregará su propia impronta.

Un sistema normativo no es completo si prescinde de la “realidad” de lo que los jueces deciden, pero eso sólo no alcanza.

Es necesario que la sentencia que los jueces dicten pueda efectivamente cumplirse. A eso lo define como “un criterio de validez respaldado por la capacidad de coacción”. Y eso le da sentido a su posición, que llama “realismo auténtico”.

III

Acá me parece imprescindible esta digresión, que en realidad no lo es tanto. Farrell siempre tuvo en claro el rol de los jueces, cómo intérpretes del derecho, y la forma en que contribuyen a su evolución. De allí su simpatía con formas

de “realismo”, pero con aditamentos dedicados a analizar la capacidad de que las sentencias puedan efectivamente cumplirse.

Y, supongo, este énfasis colocado en la labor de los jueces se entiende rápido si recordamos que Martín Farrell, además de ser un muy destacado académico, docente universitario en las más prestigiosas Universidades y autor de incontables obras jurídicas, fue Juez.

Se desempeñó en el fuero Civil y Comercial Federal de la Capital y llegó al cargo más alto, el de Juez de la Cámara Federal de Apelaciones, entre los años 1984 y fines de 2012, en que se jubiló.

Desde su función judicial Martín Farrell hizo realidad estos postulados propios de la Magistratura, que lamentablemente no abundan. Su prioridad era el dictado de sentencias que resolvieran la concreta cuestión planteada y que no se adentraran en el tratamiento de temas adicionales a los propuestos por los litigantes. La extensión de una sentencia no era para él sinónimo de algo meritorio y todas las que dictó tenían la virtud de prescindir de consideraciones innecesarias, y de no aburrir con citas no específicamente relacionadas con la materia a resolver.

Martín podía darse el lujo de cumplir una fecunda actividad académica con la tranquilidad de tener, su Jugado primero, y su vocalía en la Cámara luego, totalmente al día.

Y dicho esto, se entiende también su preocupación por no engrosar el mundo judicial con pronunciamientos de esos que consagran genéricos derechos “aspiracionales”, de los que se carece de toda capacidad para hacerlos cumplir.

IV

En la vasta producción jurídica de Martín Farrell es fácil identificar conceptos centrales que se preocupó por cubrir y desgranar. Así, aparecen desarrollos sobre ideas fuerza tales como “liberalismo”, “autonomía” (entendida como la potestad de las personas de elaborar sus propios planes de vida, a condición de no generar daños a terceros), el “derecho a la privacidad”, y la “tolerancia”.

Y aquí es donde Farrell se distancia enormemente de los meros reproductores de ideas ajenas. Nuestro homenajeado de hoy no se contenta con describir las ideas de los principales pensadores, cosa que por otra parte hace con gran erudición. Además de eso, demuestra lo pernicioso que es incurrir en generalizaciones, sin advertir que las distintas doctrinas que se han enunciado son susceptibles de elucidaciones más específicas.

Para dar un ejemplo, el denominado “derecho a la privacidad”, ¿era realmente el mejor fundamento para el tratamiento de casos como los que plantearon, en los Estados Unidos, la validez de prohibir el uso de anticonceptivos (el conocido caso “Griswold v. Connecticut”)? Igual pregunta es pertinente en lo relativo a la prohibición del aborto, analizado en el célebre caso “Roe v. Wade”.

Y aquí Farrell no le teme subirse otra vez al “ring” de las ideas y medirse con quienes, como él, exhiben pergaminos para bucear en la Constitución posibles fuentes de afirmación de derechos. Pero lo que a Farrell le preocupa, no es tanto que el “resultado” del caso sea uno con el que él esté de acuerdo. Le preocupa más que la solución escogida sea aquella que cuente con los mejores fundamentos. Solo así, nos explica, el criterio de resolución de que se trate tendrá más chances de perdurar a lo largo de los años.

Y para ello, pone el foco en aquello que los jueces están bien entrenados para tomar en cuenta, que son los hechos concretos del caso. Es cierto que en “Griswold” la materia prohibida por el estado de Connecticut era el uso de anticonceptivos.

Pero en el caso, los litigantes no eran quienes habían utilizado anticonceptivos en sus relaciones “privadas”. Uno de ellos, era en verdad el Director Ejecutivo de una entidad que promocionaba el uso de esos anticonceptivos y estaba involucrada en su distribución. Y entonces, argumenta Farrell convincentemente, el fundamento de la decisión no debió ser “el derecho a ser dejado solo”, tal como lo pensó Brandeis, o la protección

de las “acciones privadas” que sirve de base para casos relacionados, por ejemplo, con las escuchas ilegales.

Para él, el fundamento debió haber sido el derecho a la libertad que enuncia la Enmienda 14 a la Constitución de los Estados Unidos. Eso lo lleva a Farrell a decir que tanto en “Griswold”, como en “Roe v. Wade”, *“se llegó a una decisión correcta sobre la base de malos argumentos”*.

Una recorrida por la producción de Martín Farrell nos muestra varios ejemplos de esta preocupación por el buen uso del lenguaje y de la fundamentación jurídica.

¿Está bien hablar de “tolerancia” respecto de conductas que otra persona tiene en realidad *el derecho* a llevar a cabo? ¿No es mucho más preciso pensar que la obligación en ese caso es la de “respetar” ese comportamiento, en vez de simplemente “tolerarlo”?

Y cuando hablamos de “liberalismo”, ¿cuán respetuoso de las ideas “liberales” será que un Estado subsidie solo algunas actividades culturales? ¿No es posible pensar que, al hacer eso, el Estado está “tomando partido” al privilegiar ciertos planes de vida por sobre otros?

Leer a Farrell hace que, incluso quien se precie de ser “un liberal”, se vea obligado a repensar bastante más sus ideas y analizar, por ejemplo, si se enrola en lo que Martín califica como “liberalismo de neutralidad”, o en el denominado “liberalismo de valores”. Solo que allí, se nos puede hacer notar, es posible que asomen notas de “paternalismo” que pueden causar preocupación.

También el concepto de “autonomía” merece para Farrell variados niveles de elaboración. ¿Podemos decir que respetamos la “autonomía” de una persona, si ésta hace como elección de vida una que le significa restarle justamente su propia “autonomía” a futuro?

Es probable que esta distinción, que implica diferenciar conceptos tales como “*autonomía de elección*”, por oposición al “*resultado de esa elección*”, convierta en inatacable penar conductas tales como la reducción a la servidumbre, aunque el imputado sostenga y demuestre que se tra-

ta de algo realmente “consentido” por la víctima.

V

Esta “laudatio” a los variados talentos de Martín Farrell no estaría completa si omitiera otra fundamental tarea cumplida por él, también vinculada al mundo del Derecho y su impacto en la realidad. Me refiero a su contribución al diseño de la política de Derechos Humanos del Presidente Raúl Alfonsín.

Un Farrell de algo más de 40 años tuvo el privilegio de integrar, junto a las restantes personas reconocidas en este justo homenaje, el reducido grupo de “filósofos” en los que Raúl Alfonsín confió para pensar el camino para la recuperación del Estado de Derecho, previo a las elecciones de diciembre de 1983.

Martín Farrell trabajó junto a esas personas durante algo más de un año y su aporte concluyó luego de las elecciones de 1983, pues al poco tiempo fue designado como Juez de la Cámara federal de Apelaciones, como ya señalé.

El camino recorrido no fue fácil, pero tanto Alfonsín como los “filósofos” coincidieron en una necesidad central: revisar y castigar a los militares responsables de haber puesto en ejecución un método verdaderamente criminal para combatir el fenómeno de la subversión.

Todo lo que pensaron Martín Farrell y sus pares merece elogio, considerando especialmente la situación que se vivió esos años, signada por el terrorismo de Estado. Martín colaboró en el documento que Alfonsín pudo exhibir durante su campaña presidencial, y que fue luego la base de la anulación de la ley de “autoamnistía” dictada por los propios militares, previo a dejar el poder.

Farrell discutió con Jaime Malamud y Carlos Nino los alcances y los fundamentos para llevar a juicio no solo a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, sino también a aquellos Generales que habían quedado a cargo de zonas y subzonas.

Asimismo, consideró que debía incluirse a quienes ejercieron la Jefatura de otras fuerzas de seguridad.

Una anécdota que a Martín le gusta mucho referir, es cuando le planteó a Alfonsín que era “moralmente” aceptable poner límites a la cantidad de militares que podían ser llevados a juicio, con aplicación de las ideas de pensadores como Bentham.

El argumento, bastante de sentido común, fue que era preferible asegurar el juzgamiento de algunos, en vez de pretender hacerlo con todos los militares que hubieran cometido delitos. Ello era así porque un gobierno recién asumido, después de más de medio siglo de golpes militares, no habría tenido la capacidad de perseguir penalmente a una infinidad de integrantes de las Fuerzas Armadas que, debe recordarse, tenían aún el efectivo mando de tropas.

Y fue en ese contexto que, en una conversación mantenida con Alfonsín, Farrell le dijo algo así como: *“no permita que nadie lo convenza de que Kant es un mejor filósofo moral que Bentham”*, como también le gusta relatar.

Ese “realismo” de Farrell, sumado a su convicción de que de nada sirven las sentencias de las que se carece de capacidad para lograr su cumplimiento, sin duda fue decisivo para que esa política de derechos humanos resultara un ejemplo para el resto del mundo.

Y ya para concluir, también influyó Martín Farrell para que las investigaciones por violaciones a los derechos humanos no olvidaran la responsabilidad de los jefes guerrilleros que habían asolado el país durante la década del 70. Las ideas de Farrell y de los restantes “filósofos” cobraron así realidad en los decretos N° 157 y 158, de diciembre de 1983, dictados el mismo día.

Mediante ellos, se ordenó tanto el juzgamiento de las Juntas Militares como la promoción, por medio de la Procuración General de la Nación, de investigaciones por los delitos propiciados por esos líderes guerrilleros. Mario Firmenich y Ricardo Obregón Cano, ambos integrantes de “Montoneros”, recibirían tiempo después

condenas a penas efectivas de prisión. Y si otros responsables de acciones guerrilleras no fueron apresados, fue tan solo porque se mantuvieron prófugos hasta los decretos de indulto dictados entre fines de 1989 y el año 1990.

VI

Tal vez me haya extendido más de lo que los organizadores de este acto tenían en mente. Pero considerando una figura de la talla de Martín Farrell, sumado a los muchos campos en los que alcanzó niveles de excelencia, estoy seguro de dos cosas. Primero, de haberme quedado corto con lo que podría seguir diciéndose respecto de sus méritos personales e intelectuales. Y segundo, que el Profesor Farrell es ampliamente merecedor de la distinción con la que la Universidad de La Plata lo ha honrado.

Muchas gracias. ■



ENSAYOS

Jaime Malamud Goti frente a Procusto

por Joaquín Millon Quintana

A propósito del doctorado Honoris Causa de la Universidad Nacional de La Plata.

1. Quienes conocemos a Jaime sabemos que es un amigo extraordinario, dueño de un sentido del humor infrecuente, de una inteligencia sutil y de una disposición a nunca huir de la complejidad. Creo (con temor a simplificarlo), que esa combinación de calidez, fineza y valentía intelectual lo vuelve el individuo excepcional que es.

Mucho de esto puede advertirse en *El último liberal*, un libro que recoge una serie de conversaciones entre Jaime y Andrés Rosler. Quisiera destacar un hecho que Carlos Pagni subraya, en su prólogo, y que no deja de sorprender: en lugar de consagrarse a celebrar el Juicio a las Juntas como una hazaña propia, Jaime ha elegido revisar críticamente lo realizado y preguntarse si no hubiera sido mejor no haberlo hecho.² Que Jaime haya vuelto críticamente sobre aquella decisión ha causado no poca perplejidad. Si uno considera el nivel de las atrocidades cometidas por el régimen militar de 1976, esa perplejidad puede llegar a producir escalofríos. La sola posibilidad de que uno de los principales arquitectos intelectuales del Juicio a las Juntas se permita siquiera dudar de lo que parece ser uno de nuestros más grandes “momentos constitucionales” resulta, a primera vista, desconcertante.³

² Jaime Malamud Goti y Andrés Rosler, *El último liberal: conversaciones sobre justicia, Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, Ariel, 2025.

³ Ver Jaime Malamud Goti, *Terror y justicia en la Argentina: responsabilidad y democracia después de los juicios al terrorismo de Estado*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 2000. Puede consultarse, también, Jaime Malamud Goti, *Crímenes de Estado: dilemas de la justicia*, Buenos Aires: Hammurabi, 2016. Para un análisis de estos asuntos, debe leerse el trabajo de Federico Morgens-tern, *Contra la corriente: Un ensayo sobre Jaime Malamud Goti, el juicio a las juntas y los procesos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Ariel, 2024.

Al margen de las relevantes consideraciones que Jaime ha hecho sobre aquellos juicios y sobre sus efectos en la democracia argentina, pienso que en esas inquietudes retrospectivas hay algo más que una reflexión ceñida a ese episodio puntual de nuestra historia constitucional. Me parece, ante todo, que en esas inquietudes Jaime deja ver uno de los rasgos más hondos de su legado intelectual. A lo largo de su recorrido académico, Jaime nos ha invitado a pensar junto a él la naturaleza trágica de ciertas decisiones públicas; nos ha obligado a desconfiar del impulso simplificador de muchas teorías morales; y nos ha mostrado que el derecho, incluso aplicado con dignidad, solo puede hacerlo al precio de traducir conflictos humanos densos y complejos a formas más estrechas y necesariamente imperfectas.

Me parece que hay en ese gesto –y también en su bien conocida incomodidad frente a los homenajes y otras formas de consagración– una disposición intelectual especialmente valiosa: una resistencia a las narrativas simplificadoras. Historiadores, filósofos morales, teóricos del derecho y juristas en general solemos vernos siempre tentados a ordenar la realidad a partir de relatos, principios o categorías que la vuelvan más inteligible. En esa operación de ofrecer claridad, suelen quedar por fuera importantes matices, ambigüedades y aristas que también integran la “verdad” de una situación. Creo que Jaime ha sido siempre particularmente sensible a ese costo. Quisiera, por eso, proponer tres consideraciones que tal vez permitan apreciar mejor el alcance de esa disposición intelectual.

2. Una primera manera de comprender la sutileza de las dudas retrospectivas de Jaime radica en advertir que las grandes decisiones pú-

blicas –como las que la democracia argentina enfrentó en 1983– siempre envuelven un componente trágico. La tragedia no surge necesariamente de errores o defectos personales, sino de las tensiones inherentes al propio ejercicio del poder. El gobernante, así como el asesor político, se ve obligado a elegir entre bienes en conflicto –justicia o estabilidad política, castigo o reconciliación– sin poder tener certeza *ex ante* de si la decisión adoptada fue la correcta. Quienes ejercen la autoridad no pueden distinguir con claridad sus errores de sus aciertos hasta que ya es demasiado tarde.⁴ Y esto ocurre, en buena medida, porque una decisión no se evalúa únicamente a la luz de las razones que la justificaron al ser adoptada, sino también por los efectos que acaba produciendo.

Precisamente, una de las intuiciones que atraviesan los últimos trabajos de Jaime estriba en la idea de que el juicio moral no depende exclusivamente de las intenciones o de la racionalidad de una decisión. Depende también, y de un modo significativo, de cómo resultan finalmente las cosas. En uno de sus últimos trabajos, *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*⁵, Jaime observó que evaluamos moralmente a las personas no solo por lo que quisieron hacer, sino también por las consecuencias que sus acciones efectivamente produjeron, aun cuando esas consecuencias dependan de factores fuera de su control. La suerte, es decir, ese conjunto de factores y circunstancias que escapan al dominio del agente, tiene un peso relevante en nuestra vida moral.

La influencia inexpugnable de la suerte crea una tensión profunda en nuestra concepción de la responsabilidad. Intuitivamente creemos que una persona debería ser juzgada solo por aquello que controla. Sin embargo, en la práctica, nues-

tras evaluaciones morales cambian según los resultados. Dos conductores pueden actuar con el mismo grado de cuidado, pero si uno atropella a un niño y el otro no, nuestra reacción moral será distinta. Para Jaime, ese desajuste no es el fruto de un simple error psicológico. Da cuenta, más bien, de un dato constitutivo de la condición humana. Nuestra experiencia moral está atravesada por contingencias que ninguna teoría normativa consigue disipar del todo.

Por eso Jaime es tan consistente al sugerir que las grandes decisiones políticas adquieren inevitablemente un componente trágico. Una decisión que hoy consideramos prudente o admirable podría haberse revelado desastrosa si las circunstancias hubieran evolucionado de otro modo. La historia transforma retrospectivamente el significado de las acciones. Lo que en un momento fue un cálculo razonable puede aparecer después como una temeridad; lo que parecía arriesgado puede convertirse en un acto de lucidez histórica. En política, más que en ningún otro ámbito, el juicio moral está inevitablemente expuesto al veredicto incierto de los acontecimientos.⁶

Así, las inquietudes retrospectivas de Jaime pueden entenderse precisamente a la luz de estas consideraciones. Tal como lo interpreto, el asunto nunca se trató, en rigor, de afirmar que el Juicio a las Juntas hubiera sido sin más una decisión incorrecta. Lo que sus dudas siempre parecieron resistir es la tentación retrospectiva de ver aquella decisión como una decisión moral perfecta, evidente desde el principio. Jaime sabe que las decisiones políticas no se toman desde la comodidad de una historia ya resuelta. Se toman en medio de incertidumbres profundas, de riesgos institucionales reales y de consecuencias que nadie puede prever con seguridad.

⁴Esta es una idea central en Joseph Tussman, *The Burden of Office: Agamemnon and Other Losers*, Vancouver, Talonbooks, 1989, un texto que Jaime considera especialmente iluminador.

⁵Jaime Malamud Goti, *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

⁶Ver, asimismo, Barnard Williams, "Moral luck", *Proceedings of the Aristotelian Society*, volumen suplementario L (1976), pp. 115-135; "Politics and moral character", en *Public and Private Morality*, Stuart Hampshire (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

Mirado desde la distancia, el Juicio a las Juntas aparece como un episodio fundacional de la democracia argentina. Pero quienes participaron en su diseño e implementación —y, de manera decisiva, el presidente Raúl Alfonsín— no podían saber cómo terminaría la historia. La estabilidad democrática era frágil, las Fuerzas Armadas conservaban poder y el desenlace político estaba lejos de estar asegurado. En ese contexto, la decisión de juzgar a los jerarcas militares no podía reducirse a una simple aplicación de principios morales claros. Se trataba, ante todo, de una apuesta política cargada de incertidumbre.

En ese sentido, la reflexión tardía de Jaime, más que debilitar el significado moral de este tipo de decisiones, las vuelve más inteligible. Nos recuerda que incluso las definiciones históricas que hoy consideramos más justas fueron tomadas en un mundo en el que el resultado era incierto. Y precisamente por eso conservan algo del carácter trágico que Jaime ve en la experiencia moral: el hecho de que actuar correctamente no elimina la posibilidad de consecuencias inesperadas, ni nos libera de la sombra persistente de la suerte.

3. Una segunda consideración, íntimamente conectada con lo anterior, se refiere a la consistente preocupación de Jaime frente al impulso simplificador de muchas teorías morales. Lo que en ellas parece inquietarlo no es, desde luego, la aspiración para orientar la acción, sino la facilidad con que a veces prometen resolver asuntos prácticos complejos mediante principios demasiado generales, demasiado pulcros, demasiado seguros de sí mismos. Jaime siempre ha advertido que la experiencia moral desborda una y otra vez esos esquemas teóricos. Hay decisiones en las que los bienes en juego no pueden reducirse sin pérdida a una única regla, a un único criterio, a una única fórmula de corrección. Y cuando

una teoría pretende hacerlo, la pérdida no es solo intelectual. Es también moral.

Creo que esa advertencia ayuda a ver un rasgo muy característico de Jaime. En su obra hay una desconfianza sostenida frente a las teorías morales que quieren poner la experiencia humana demasiado en orden. Él ha sabido ver que la vida moral se resiste a esa aspiración a la pulcritud. Hay conflictos que no admiten una salida enteramente limpia, decisiones correctas que no eliminan del todo la experiencia de una pérdida, y emociones —como la vergüenza, la ira o la humillación— que no están en la periferia de nuestras prácticas evaluativas, sino en su centro. Tal vez por eso la literatura ocupa en sus últimos trabajos un lugar tan importante. Allí reaparecen, con todos sus matices, lo que muchas teorías morales pretenden depurar.⁷ En definitiva, una teoría puede ganar mucho en coherencia cuando prescinde de esas dimensiones, pero también empieza a perder contacto con aquello mismo que pretende explicar, o cuando menos reglar.

Si se mira desde esta perspectiva, su reflexión crítica sobre el Juicio a las Juntas adquiere un significado mucho más amplio. No se trata solo de volver sobre una decisión histórica determinada, sino de oponerse a la tentación —tan frecuente en la vida moral y política— de creer que una sola idea, por brillante que parezca, puede ordenar sin sacrificios toda la complejidad de una situación. En esto también reside, me parece, una parte esencial de su legado, en habernos enseñado a desconfiar de las respuestas demasiado rápidas, de las justificaciones demasiado puras y de las teorías que, para conservar su elegancia, necesitan amputar aquello que en la experiencia humana se resiste a encajar.

4. Una tercera consideración se relaciona con el modo en que Jaime mira al derecho. Una lec-

⁷Ver, entre otros, Jaime Malamud Goti, “La Eternidad”, en Homenaje a Carlos S. Nino, Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos Rosenkrantz (eds.), Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2008 y “Traición, heroísmo y sentido de la existencia: pensando en Borges y el mal”, en *La cultura penal: homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco (comps.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

tura rápida de varios de sus trabajos podría sugerir que su preocupación consiste simplemente en señalar que el derecho tiende a simplificar los conflictos sobre los que interviene. Y algo de eso hay, sin duda.⁸ Pero lo verdaderamente distintivo no es tanto esa observación –que muchos juristas han formulado antes– como la manera en que él intenta comprender la densidad humana de las situaciones sobre las que el derecho pretende ordenar.

En libros dedicados a asuntos tan dispares como *Humo y espejos*⁹ y *Terror y justicia en la Argentina*¹⁰, Jaime se aproxima al derecho con una sensibilidad casi antropológica. Su mirada no se detiene únicamente en las normas o en los argumentos jurídicos. Él indaga en los mundos morales en los que las normas efectivamente operan. En las emociones colectivas, en las diferentes formas de humillación y de vergüenza, tanto como en los silencios y las complicidades difusas que atraviesan a una comunidad.

Desde su perspectiva, el derecho aparece menos como un sistema lógico que como una práctica social que interviene sobre tramas muy densas. Jaime nunca pierde de vista que el derecho opera sobre cadenas causales largas y complejas, con responsabilidades entrelazadas, sobre relaciones cargadas de afectos, lealtades y expectativas recíprocas. Comprender eso exige algo más que habilidad doctrinal. Exige cierta sensibilidad para percibir aquello que el derecho necesariamente recorta cuando transforma esa complejidad en categorías institucionales.

Por cierto, en el caso de Jaime, esa sensibilidad, no se formó solo a partir de la reflexión aca-

démica. Se fue afinando también en experiencias de terreno –desde las yungas bolivianas hasta sus misiones en Zimbabue, Haití, El Salvador, Libia, Ruanda o Sudáfrica– y también en el ejercicio, aún más infrecuente, de volver sobre la voz de quienes habían ocupado el lugar de los acusados o de los vencidos en procesos que él mismo había contribuido a diseñar.¹¹ Hay allí un rasgo muy propio de Jaime. Esto es, la convicción de que el derecho no puede comprenderse realmente si no se lo sigue hasta esos escenarios en los que se mezcla con las emociones y las pasiones políticas.

Tal vez por eso, en los trabajos de Jaime, el derecho nunca aparezca como un dispositivo capaz de cerrar definitivamente los conflictos que aborda. Esa conciencia de los límites del derecho, lejos de debilitar su valor, parece haber sido para Jaime una condición para tomárselo realmente en serio.

5. Para terminar, creo que hay en Jaime, para quienes lo hemos leído y admirado, una enseñanza acerca de cómo pensar y de cómo plantarse frente al mundo. Esa enseñanza se hace visible en su negativa de recostar la experiencia humana en lechos de Procusto conceptuales, ya sean morales, jurídicos o políticos. Allí donde otros buscan demasiado pronto una fórmula, una regla final o un relato tranquilizador, Jaime nos obliga a permanecer un poco más en el laberinto, a soportar mejor sus tensiones y a pensar con más honestidad –y sobre todo con más humildad–, el costo que pagamos por cada intento de simplificación. Hay, en esa resistencia a la mutilación teórica de lo humano, una de las formas

⁸Tomando como punto de partida los análisis de Jaime sobre la lógica bipolar de la inculpación y sobre las explicaciones monocausales que dominaron los juicios a los militares, Mariela Puga ha mostrado que esa tendencia del discurso jurídico a simplificar en exceso no solo distorsiona la comprensión de conflictos complejos, sino que también puede debilitar ciertas luchas por los derechos humanos, al reproducir formas de autoritarismo incompatibles con una democracia genuina. Mariela Puga, “Sobre cómo concibe Malamud Goti a una democracia genuina”, en *Política criminal y derechos humanos: derechos fundamentales, dogmática penal, justicia transicional, Estado y justificación del castigo. Libro homenaje a Jaime Malamud Goti*, Rusconi, Maximiliano; Leonardo Pitlevnik y Gustavo A. Beade (dirs.), Buenos Aires: Hammurabi, 2024.

⁹Jaime Malamud Goti, *Humo y espejos: la paradoja de la guerra contra las drogas*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1994.

¹⁰*Op. cit.*

¹¹Ver al respecto Malamud Goti y Rosler, *El último liberal*, *op. cit.*

más raras y más valiosas de la valentía intelectual.

■

ENSAYOS

Laudatio para Carlos Nino

por Roberto Gargarella

A propósito del doctorado Honoris Causa de la Universidad Nacional de La Plata.

Antes de comenzar, quisiera agradecer a la autoridades de la Universidad Nacional de la Plata y de la Facultad de Derecho, por esta decisión de otorgar un honoris causa para Carlos Nino, y por concederme a mí el privilegio de presentar esta Laudatio. Gracias, por tanto, y de manera especial, al Presidente de la Universidad, Martín López Armengol, y al Decano saliente, el Dr. Miguel Berri. Por lo demás, me llena de orgullo participar de esta ceremonia, en la cual se distingue también a los queridos Jaime Malamud Goti y Martín Farrell. Paso entonces a mi presentación.

La tarea para la que me han invitado, que es la de hacer el elogio de las contribuciones de Carlos Nino a la vida pública, implica una misión desafiante, pero finalmente sencilla. Aunque abundaré sobre sus aportes, tratando de honrar la invitación que me han hecho, y evidenciando las muchas razones que existen para otorgarle un doctorado honoris causa, entiendo que mi tarea podría limitarse a comentar un solo hecho de la rica trayectoria de Nino. Ocurre que Carlos Nino fue el protagonista central del acontecimiento más importante en la vida jurídica de la Argentina, el Juicio a las Juntas, un evento que otorga dignidad moral a una historia política —la del país— llena de barro y horror, y que incluye muy poco de lo que enorgullecerse. Dentro de ese contexto aflitivo, Nino fue responsable principal del diseño de un juicio que se articuló y desarrolló de manera ecuánime y justa, particularmente hacia aquellos que habían masacra-

do a una generación recurriendo a las formas más crueles, y permitiendo que ellos —los peores criminales— gozaran del juicio más imparcial posible —quiero decir, asegurando que no tuvieran la mínima razón de queja, que no pudieran decir que se los había tratado parcialmente o como si no fueran iguales. Que ese juicio justo, imparcial, transparente, respetuoso de los procedimientos y cuidadoso de las garantías hasta el extremo —ese juicio ideado por un puñado de filósofos analíticos— se haya convertido en un ejemplo admirado en todo el mundo, es un hecho que le otorga el estatus de prodigioso. Y que ese proceso judicial quimérico, que obligara a sentar en austeros bancos de madera, bajo la calma luz de los tribunales, a quienes habían concentrado hasta entonces el poder absoluto, se concretara de modo impecable, digno, exitoso, en la Argentina —en la Argentina!— ya nos permite hablar de un verdadero milagro. Nino —un personaje con todas las condiciones del antihéroe— fue el principal ideólogo de ese milagro, ocurrido en la Argentina, durante un tiempo que el sociólogo Carlos Altamirano denominó, aptamente, “el momento noble” de nuestra historia. Este solo dato debe bastar para justificar la asignación de éste y todos los premios y reconocimientos que tengan a bien otorgársele a Carlos Nino.

Me refiero a Nino como antihéroe porque él nació y vivió como uno de ellos: un Gregorio Samsa responsable, trabajador y culposos, una persona de físico imperfecto y de salud frágil, tímida a pesar de sus esfuerzos expansivos, de movimientos torpes, y tremendamente miedosa. Pues bien, ese pequeño personaje kafkiano, mostró —tal vez por su candidez, tal vez por inconsciencia— un **coraje moral** excepcional, en los momentos en que era necesario, y más difícil, ser valiente. Por ejemplo, en 1979, es decir, en uno de los momentos más terribles de la dictadura, Nino publicó, con inocencia, uno de sus primeros artículos, defendiendo la no-punibilidad del consumo personal de estupefacientes. Años después —pienso en septiembre de 1983— un Nino ya maduro, todavía viviendo en dictadura,

redactó y firmó, junto con Jaime Malamud Gotti y Genaro Carrió, una histórica carta de lectores, en el diario La Nación, dando argumentos para considerar inválida la ley de auto-amnistía, que el General Bignone acababa de dictar, con el objeto de asegurar impunidad para los militares. Para referirme a quienes se involucraron corajudamente en dicha empresa, propongo que utilicemos un término apropiado: en su sentido estricto, el de “próceres”. Más todavía: en esos años, como sabemos, Nino se involucró con cuerpo y alma en el diseño del Juicio a las Juntas, pero también en la atención de sus secuelas, a sabiendas de que las conversaciones que tenía sobre el tema se desarrollaban, habitualmente, bajo el espionaje estricto de los servicios de inteligencia de la dictadura, que seguían activos y colaborando con aquella, ya en democracia. Sobre el coraje moral de Nino subrayaría también la integridad que le reconocí, en los tiempos verdaderamente aciagos que vivimos en el Consejo para la Consolidación de la Democracia, en particular luego de una sucesión de levantamientos militares que buscaran impedir que los juicios se extendieran hacia la oficialidad más joven. Pasamos ese tiempo, en el Consejo, con el reloj en la mano, calculando a qué hora podía llegar el eventual golpe de estado que tendría a gente como Nino entre sus blancos predilectos. Nino atravesó esos años con hidalguía, esto es, con generosidad y nobleza de ánimo.

Lo dicho hasta aquí ya nos refiere a otro de los rasgos más notables, y que más me interesan destacar, de la labor intelectual de Nino: Nino se mostró siempre dispuesto a poner la teoría al servicio de transformar la práctica jurídica del país. Así, siendo un filósofo del derecho interesado y capacitado para transitar las más áridas cuestiones conceptuales, en un nivel de abstracción muy alto, Nino abordó siempre la teoría con el objeto de hacer, de éste, un país algo mejor. Ello así, muy especialmente, luego de culminar sus estudios doctorales en Oxford, y regresar a la Argentina, en los años 80. Entonces, y no por azar, su principal línea de estudios se movió,

desde sus investigaciones sobre la dogmática penal y la teoría del castigo, que habían definido su etapa doctoral, hacia los estudios de la democracia, que dominaron sus trabajos desde su vuelta al país.

Se explica, de este modo, que sus reflexiones sobre la validez de las normas jurídicas, resumidas, justamente, en su libro *La validez del derecho*, nacieran al calor de las discusiones que emergieran a la vuelta de la democracia, en torno a cómo actuar frente a la legislación de facto que nos legara la dictadura. Recordemos, en particular que, en ese momento, el partido peronista, encabezado por el jurista Italo Luder, propuso, resignadamente, reconocer la validez de la auto-amnistía militar. Ello, como si la democracia no contara con herramientas jurídicas apropiadas para enfrentar a la legislación de facto. En ese contexto es que encuentran su sentido y explicación las investigaciones que iniciara Nino, tratando de desentrañar las condiciones que permitiesen hablar de una norma válida. Quiero decir, Nino no se internó en elucubraciones tan abstractas sobre la validez del derecho por razones vinculadas —pongámoslo así— con la “jactancia de los intelectuales”, sino motivado por la necesidad —por la angustia— de demostrar que las normas producidas en condiciones de exclusión política y social no podían considerarse leyes válidas, en democracia. La teoría de Nino sobre cuándo y bajo qué condiciones una norma gana validez, resultaron simplemente imprescindibles, en lo que fuera luego la anulación de la auto-amnistía declarada por el Congreso en la primera ley dictada por el legislativo, en el retorno de la democracia. Más tarde, esos mismos estudios sobre la validez, impulsados por Nino, proveerían de fundamento a su insistente prédica en contra de la doctrina de facto —una doctrina que la Corte argentina había sostenido históricamente (vergonzosamente), hasta entonces, y que luego del gobierno de Alfonsín, el más alto tribunal volvería a sostener.

Lo mismo que advertimos con el tema de la validez del derecho —la preocupación de Nino por

abordar un tema complejo y abstracto, de forma tal de criticar y reformar una práctica concreta— lo podemos reconocer en sus estudios sobre el principio de **autonomía de las personas** —un tema que ocupa el lugar central en el que es, tal vez, su libro más importante, *Ética y Derechos Humanos*. Desde allí —desde sus reflexiones sobre el principio de autonomía— Nino derivó su crítica al perfeccionismo moral; su insistente énfasis en la distinción entre moral privada y moral pública; y su defensa estricta de la no-interferencia estatal en cuestiones de moral personal o autorreferente. Es en esta área en donde se reconoce al Nino más liberal —más radicalmente liberal, podría decirse. Ese radical liberalismo de Nino encontraría expresión, de modo especialmente notable, en sus tempranos reclamos por la abolición de la censura; en su defensa de la no-criminalización del consumo personal de estupefacientes; en su firme apoyo al derecho al divorcio vincular —pretensiones todas concertadas, judicial o legislativamente, durante los años del gobierno de Alfonsín.

Un tercer gran ejemplo de la vinculación entre teoría abstracta y práctica concreta, en Nino, se advierte en sus trabajos en defensa de la **democracia deliberativa**, reunidos especialmente en el libro *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Ese marco teórico, el de la democracia deliberativa, es el que le ofreció a Nino la base desde donde criticar lo que él denominó el “hiper-presidencialismo” latinoamericano. Como sistema de organización política en democracia —decía Nino— el hiper-presidencialismo representaba la negación más extrema del ideal deliberativo: así, se desalentaba la cooperación; se fomentaba una dinámica de suma cero; se privaba al sistema de válvulas de escape; se dificultaba el debate colectivo; y se concentraba en una sola persona las decisiones que le correspondía tomar a la comunidad política en su conjunto. Las investigaciones de Nino sobre la democracia deliberativa, junto con estas críticas al hiper-presidencialismo, ejercieron, como todavía ejercen, un impacto extraordinario en la

región: ellos se convirtieron en referencia obligada en los procesos constitucionales desarrollados en América Latina, y en las discusiones académicas sobre el tema, en los años 80. Los estudios constitucionales de Nino aparecen coronados por un espléndido libro, *Fundamentos de derecho constitucional* —tal vez lo mejor que se haya escrito en la materia, en el país— y por sus excepcionales trabajos en favor de la reforma constitucional, impulsados desde el Consejo para la Consolidación de la Democracia, y en parte plasmados en la Constitución Argentina de 1994.

Destaqué recién la persistente vocación de Nino por encarar cuestiones teóricas muy abstractas, a partir de preocupaciones reformistas, muy concretas. Quisiera ahora resaltar otro rasgo notable de su reflexión académica, que se vincula con la **consistencia de su pensamiento**. Más particularmente, me interesa destacar el modo en que esa consistencia lo llevó, tal vez a su pesar, a sostener posiciones que intuitivamente, quizás, él no suscribía. Admito que este juicio es polémico, porque Nino era capaz de encontrar argumentos para defender sólidamente absolutamente lo que quisiera, por lo cual puede parecer difícil afirmar, como lo hago, que él muchas veces se sintió obligado a sostener, finalmente, algo que, de inicio, rechazaba. Sin embargo, hay varios casos que me ayudan a respaldar lo que sostengo. Por ejemplo, Nino volvió de Oxford con los modales e ideas propias de un “liberal inglés” (así era como el juez Enrique Petracchi se definía a sí mismo). No obstante, y a pesar de ciertos impulsos conservadores que marcaron su liberalismo temprano, Nino defendió siempre la constitucionalización de los derechos sociales y económicos (algo así como la constitucionalización del segundo principio de John Rawls); como apoyó también las formas más participativas de la democracia, con absoluto entusiasmo. Se trataba de derivaciones naturales de los principios de justicia en los que creía. De modo tal vez más notable, Nino quien —como viéramos— había abogado como nadie por la derogación de la ley militar de auto-amnistía,

observó con atención y mucho respeto al proceso uruguayo que culminó en el dictado de una ley de amnistía para los militares. Ello, en razón del proceso de amplísima discusión democrática que precedió y continuó al dictado de dicha ley, tal como lo dejara expresado en su libro *Juicio al mal absoluto*. Asimismo, y por razones procedimentales similares —las leyes, para él, sólo podían reclamar validez en la medida en que fueran el producto de un robusto debate colectivo— Nino llegó a sostener, en materia penal, que todo el sistema de castigo podía perder autoridad, y por lo tanto carecer de valor normativo, si la mayor parte de la población se encontraba, de hecho, socialmente marginada y legalmente excluida de la elaboración y discusión de esa normativa penal.

Son estas las cuestiones que, según entiendo, apoyan enfáticamente el otorgamiento de esta distinción honoraria para Nino: su servicio a la democracia; su coraje moral; la notable consistencia de su pensamiento; la puesta de su inteligencia al servicio de transformar al país en otro, un poco más noble.

Todo esto es cierto y es decisivo, según entiendo, para dar por cumplida la misión que se me asignara. Sin embargo, quisiera hacer referencia, ahora, a lo que Nino representó para muchos de nosotros, esto es decir, para sus discípulos más cercanos. Quiero hablar de la **actitud y carácter de maestro** que tuvo Nino para quienes trabajamos largos años con él —y pienso aquí en los así llamados *Nino boys and girls*, es decir, Carlos Rosenkrantz y Hernán Gullco, en sus comienzos, y luego Marcelo Alegre, Marcela Rodríguez, Roberto de Michele, Gabriel Bouzat, Roberto Saba, Silvina Álvarez, entre varios otros. A nosotros, Nino, simplemente nos cambió la vida. Nino demostró, como maestro, una preocupación desmesurada por nuestra formación académica. En este sentido, me pregunto — y les pregunto a quienes me escuchan— cuántos de todos los profesores titulares que conocen, actuando en cualquiera de las universidades públicas y privadas del país, han dedicado al menos

una parte significativa de su vida, no al dictado de clases, sino a la formación académica de gente. Me pregunto cuántos discípulos les conocen; cuántas horas piensan que esos profesores han empleado para discutir con sus estudiantes, y corregirles sus textos; y cuántos de esos estudiantes han crecido, luego, con ideas propias y pensamiento crítico.

En mi condición de exdiscípulo quisiera hacer mención, sobre todo, del “seminario de los viernes,” que desarrollábamos en el Instituto Gioja, de la Facultad de Derecho de la UBA. Podría hablar horas del seminario, pero me limitaré a señalar unas pocas cosas, en razón de la relevancia extraordinaria que tuvo en su biografía, y también en las nuestras. Los seminarios de los viernes se iniciaban en marzo de cada año, cuando Nino llegaba de sus clases en Yale, con una maleta repleta de fotocopias en mal estado, que nosotros recibíamos como “maná del cielo”. Esas fotocopias en papel representaban el alimento que nutriría nuestras discusiones por el resto del año. Iniciada la temporada, cada sesión encontraba luego un comienzo mágico, su primera media hora, durante la cual Nino resumía y reconstruía el texto que luego íbamos a debatir en la hora y media restante —Nino lo presentaba a su modo, normalmente convirtiendo en brillantes, textos, en muchos casos, simplemente atractivos. El seminario era de puertas abiertas, y a él podía asistir literalmente cualquiera. Recuerdo el caso de algunos asistentes que participaron en el mismo durante años, sin decir palabra, pero siendo siempre bienvenidos. Yo también transité mi primer año en silencio, sin entender una sola frase de lo que todos los demás discutían. Como le decían sus estudiantes a Gregory Bateson, yo podía haberle dicho a Nino: “no sé qué es lo que está diciendo, pero entreveo que es algo extraordinario”. Recuerdo que luego de ese fallido comienzo, terminé mi primer año en el seminario, yéndome de vacaciones a la playa con un solo libro, *Ética y derechos humanos*, que devoré solo, en la arena, durante quince días. Cuando terminé esa lectura, sin embargo, lo supe: había

aprendido el idioma, ya conocía la lengua. Muchos de sus discípulos seguimos nuestros estudios en el exterior, alcanzamos uno o dos doctorados, paseamos por universidades de todo el mundo, pero —y digo esto sin margen de duda— en ningún lugar nos formamos más y mejor que discutiendo con Nino, ya sea en el seminario de los viernes; ya sea en las desopilantes tardes en el Consejo para la Consolidación; ya sea en el CEI, mientras comíamos facturas y bebíamos gaseosas, desternillados de risa —riéndonos con Nino o, más frecuentemente, de Nino.

Por supuesto, recordamos a Nino como aquel que nos enseñó con su ejemplo, que existía la posibilidad de un camino distinto de aquel del litigio y el dinero —un camino que era más excitante y capaz de darle más sentido a nuestras vidas. Lo recordamos como el profesor que propició el encuentro del primer Presidente de la democracia, Alfonsín, con los mejores filósofos de su tiempo (Ronald Dworkin, Owen Fiss, Tim Scanlon, Thomas Nagel, Bernard Williams) lo que nos hizo imaginar que otro país era posible —uno en donde las máximas autoridades estudiaban, discutían y hacían todo lo que estaba a su alcance para entender y resolver mejor las descomunales tragedias morales que enfrentaban. Lo recordamos también como el primer latinoamericano que llegara a ser Profesor en la Escuela de Derecho de Yale; como el primer jurista latinoamericano en publicar en Oxford University Press; como el primer latinoamericano en escribir en revistas como *Mind* o *Philosophy and Public Affairs*; y tantos etcéteras. Sin embargo, y sobre todo, recordamos a Nino como el abogado brillante que dejó de lado el éxito en la profesión para vivir modestamente, como Profesor; como el maestro que, con celestial candidez, transformaba las preguntas insólitas de sus estudiantes en cuestionamientos agudísimos, para recién después responderlos; como el docente al que los demás profesores, en Yale, debían echar de la clase, porque tendía a prolongar sus lecciones indefinidamente, para seguir discutiendo con sus estudiantes en el aula; como el intelectual públi-

co que (como contara Garzón Valdés en un magistral artículo en homenaje a Nino) era capaz de perseguir a su interlocutor por los pasillos, y montarse después con él en su taxi, con rumbo incierto, sólo para seguir con la discusión en marcha y convencer a su eventual contrincante de que estaba equivocado.

Entusiasta infinito, comprometido y militante, tal vez a su pesar, Nino se involucró con la pasión e inteligencia que lo caracterizaban, en los procesos de cambio constitucional que empezaban a darse, en su tiempo, en toda América Latina. La mañana del 28 de agosto de 1993 Nino le escribió a su amigo Owen Fiss: “Mañana me iré por tres días a Bolivia. Los nuevos diputados necesitan saber qué hay dentro de la Constitución, porque deben decidir si es necesario o no darle una segunda lectura. Espero que la altura del lugar no afecte demasiado mis explicaciones.” Al día siguiente de ese mensaje, Nino moría, en La Paz, mientras el avión comenzaba a carretear en destino, y la altura del lugar, finalmente, se convertía en obstáculo insuperable para sus explicaciones. Sirva este honoris causa como homenaje a su memoria, y también como muestra de afecto y cuidado hacia sus queridos Susana, Ezequiel y Mariano. ■



ENSAYOS

"Ercoli", el kilómetro cero de los fallos de la Corte de la dictadura, y la jurisprudencia de las sombras largas.

por Gustavo Arballo

El primer contacto repelente de la Corte de la dictadura con la juridicidad constitucional y sus huellas persistentes en el derecho argentino

"La interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto."

Este epígrafe lo hemos visto citado tantas veces que no podemos saber quien formuló el salomónico criterio, que sigue usándose en la actualidad como máxima hermenéutica (haciéndole, en efecto, honor a Hermes). Parece indisputable, ingenioso, reflexivo, de sentido común. Al tiempo, uno se da cuenta de que es una poderosa señal de alerta, una bandera roja: cuando aparece en primer plano, algo turbio sucederá en el fondo de la escena, o en el fuera de campo. Será, con frecuencia, lo contrario de lo que anuncia, al resultar una declaración explícita de que algo está a punto de quedar sin efecto.

Este sumario aparece en "Ercoli, María Cristina" (en el PDF verán un poco la historia de la causa, ya que en esa época se publicaban actuaciones anteriores a la intervención del procurador). María Cristina Ercoli había sido detenida en 1975, por actividades supuestamente subversivas, sin que se le formularan cargos, sin que tuviera antecedentes, en el contexto del "Estado de sitio" declarado. El planteo de Ercoli -una de 800 presos políticos previos al golpe de marzo del 76- tenía anclaje explícito positivo: pedía salir del país, derecho que confiere el art. 23 de la Constitución Nacional, en lo que se denomina

"derecho de opción". Perpetrado el golpe, una ley de facto de abril de 1976 dejó sin efecto *sine die* todas las solicitudes de salir del país (bajo el criterio, que la Corte daría por bueno, de que eso les permitía evitar que reingresaran de forma clandestina).

Su petición fue la primera ocasión -antes de "Lockman" y "Ricciardi", antes del habeas corpus singular de "Timerman", y del colectivo de la saga de "Pérez de Smith" (ver Valeria Barbuto, 2025)- de los encontronazos y paritarias raras que hacía la Corte de la dictadura para hacer la simulación usual en nuestra no-república desde la acordada de 1930 (Natalia Volosín, 2018), donde se hablaba siempre de una Constitución zombi (viva, pero muerta) que era "integrada" (desmembrada) por normas de facto que la ponían entre paréntesis. Ver al respecto Bohoslavsky - Gargarella (2015) sobre la Corte y la dictadura.

Los firmantes fueron Horacio Heredia, Alejandro Caride, Federico Videla Escalada, Abelardo Rossi y Adolfo Gabrielli. Personas fungibles dentro de un aparato organizado de poder, digamos: era imposible esperar otro fallo, o una disidencia en ese punto, desde el momento en que su mismo pedigrí de nombramiento estaba surtido por las actas del proceso. Gabrielli escribió un libro autoexculpatorio denominado "La Corte Suprema y la opinión pública. 1976-1983", que publicó Abeledo en 1986. Palabras mas o menos, dice allí lo del epígrafe: que las normas de la Constitución no debían ponerse en pugna con las normas de la dictadura. Y que "si no se lograba, la Corte haría valer la supremacía de la Constitución" (p. 26), citando a su favor que finalmente ordenó liberar a Timerman - y exhortar módicamente por la cuestión de los desaparecidos en "Perez de Smith", gestos que pueden verse en parte *pour la galerie*, y no mucho más - nada más.

Cinco ideas siniestras y subversivas en el derecho judicial de "Ercoli"

No es que sean nuevas o que hayan nacido allí, y muchas siguen hasta hoy -como dijo Cerati en el gracias totales-, Veamoslas por separado, aunque el daño que generan es sinérgico:

1. Formalismo validatorio. A primera vista, “Ercoli” se puede leer como un fallo típico y normal: leyes, jurisprudencia, citas, estructura prolija: la banalidad del mal. Todo está donde “debería estar”. Detrás de esa retórica engolada, lo que vemos es una juridicidad construida como círculos del blanco que se pintan para darle investidura de juridicidad alrededor de un tiro de bala ya impactado, una decisión tomada.

2. Teleología unilateral La Corte habla en nombre de fines altos —seguridad, orden, libertad— y lo hace con gravedad y aparente convicción. En su aritmética solo cuentan esos objetivos (casualmente, solo en cuando funcionan como surtidores de poderes del Estado) de modo que los derechos aparecen como nativos americanos en un western: cuando los vemos en escena sospechamos que van a morir. De ese modo, el interés estatal marca el rumbo sin interferencias.

3. Desconstitucionalización. El orden no es jerárquico sino que se ameseta, con la maniobra de una Constitución que “se integra” con su intruso de facto. El resultado terminará teniendo por no escrita una garantía constitucional explícita, bajo el pretexto de que “es reglamentable” (“si todas las garantías constitucionales son susceptibles de ser reglamentadas por ley, no se ve motivo que autorice a excluir de este principio general el derecho de opción que consagra la última parte del art. 23 de la Constitución Nacional”, dice la Corte).

4. Razonabilidad inercial. La razonabilidad es invocada como estándar de control, pero no opera como criterio que organice o dirija el análisis. Su intervención es posterior y acompañante: se limita a confirmar una orientación ya definida en otras instancias del razonamiento y cuya lógica es la petición de principio, sin contrafacticos ni patrones de contraste. En ningún modo se baja a los hechos del caso “Ercoli”, de las circunstancias de su detención, sino que se mantiene todo en el reino de los fines, que son abstractos y preeminentes a toda argumentación en contrario.

5. Emergencialismo leviathanesco. “Un verdadero estado de necesidad reinante en el país obligó a las Fuerzas Armadas a formar a su cargo el gobierno de la Nación”. El contexto de excepción no aparece únicamente como trasfondo fáctico, sino como criterio genético que orienta la juridicidad. La referencia a la emergencia cumple una función estructurante, en la medida en que habilita una concepción del poder estatal con mayor concentración y amplitud funcional. El calificativo “leviathanismo” que marcamos apunta a esa configuración, cuya consecuencia es la normalización de estándares excepcionales, que inciden de modo transversal sobre el resto de las categorías. Citando el rosario de precedentes patentado por la *doctrina de facto* de la propia Corte, el fallo dice:

El juicio sobre la legitimidad o ilegitimidad de una determinada restricción a un derecho depende, en gran medida, de las circunstancias del caso, pues el derecho, ajustándose a las vicisitudes de la vida real, produce las normas reguladoras y a veces restrictivas de los derechos. Tal criterio cobra hoy mayor intensidad frente a una guerrilla subversiva ante la cual ningún ciudadano puede permanecer indiferente, y menos aún la autoridad pública, cuya más urgente función radica en crear el indispensable orden exterior de la convivencia como paso previo a la consecución de una auténtica paz social.

Sumemosle el cinismo: tanto el lenguaje institucional del proceso, como la Corte misma, fingen que están “limitando” sus poderes. Dice la Corte en el considerando 7°:

El juramento de la Carta Fundamental por el gobierno de las Fuerzas Armadas contiene una auto-limitación tendiente a llevar a ciudadanos y habitantes la seguridad de que las declaraciones, derechos y garantías contenidos en su primera parte no serán afectados ni alterados en modo alguno, como único medio de afianzar la seguridad jurídica a que se refieren los Objetivos Básicos, la cual es indispensable para lograr la paz interior, men-
tada también en dichos objetivos, y por la imagen

que debe presentar el país ante el mundo civilizado.

Aparece ahí, como vemos, la cuestión de la imagen: qué imagen damos como país. De lo que falta se presume: es dudoso que alguien pudo haber visto en esa línea de razonamiento la que es propia de un tribunal constitucional de un país civilizado.

Huellas en el mar: “Ercoli”, 50 años después.

Estas tendencias no se extinguieron con el advenimiento de la democracia: tenemos que estar alerta porque están ahí, como células dormidas, listas para aparecer en decisiones de todas las instancias y fueros, en piezas de calibrada y agiornada doctrina, en normativas legales y administrativas, en discursos complacientes de cesarismo explícito.

No dependen exclusivamente de un régimen político determinado, sino de formas de argumentar que pueden reaparecer bajo condiciones diversas. Veamos de qué modo.

El **formalismo validatorio** no es patrimonio de contextos dictatoriales. Cada vez que la decisión se apoya en la corrección formal del discurso sin someterse a un examen sustantivo exigente, reaparece esa lógica. Las citas anidadas y desconectadas de los hechos y agravios generan un frondoso follaje que permite casi siempre ocultar o justificar un arco enorme de tropelías y prácticas antijurídicas, o maniobras de evasión y camuflaje.

Del mismo modo, la **teleología unilateral** puede emerger siempre que ciertos fines —orden público, eficiencia administrativa, seguridad, regulación o desregulación, variantes diversas y desaforadas de un *constitucionalismo del bien común*— se convierten en razones dominantes sin una ponderación explícita con los derechos comprometidos. Siempre habrá un derecho o fin o mandato preambular para contrapesar otro. No hace falta un escenario extremo para que esa asimetría se produzca: basta con un contexto donde ciertos objetivos estatales adquieran centrali-

dad. Unos quedarán del lado de los miles, y otros llevarán una coma adelante al sacar la cuenta.

La **desconstitucionalización** también encuentra terreno fértil en interpretaciones que tienden a flexibilizar su función como parámetro de control. Por supuesto, la Constitución sigue siendo invocada (hacemos y decimos todo esto en su nombre!) pero se transforma en un “*iuris tantum*”, y con una maniobra de prestidigitación basada en el art. 28 (poder reglamentario) servida sobre finas hebras de deferencia y *self restraint*, su fuerza normativa queda vaciada.

Algo similar ocurre con la **razonabilidad inercial**, que puede instalarse allí donde el estándar de control se utiliza más como confirmación que como herramienta de contraste, haciendo que el escrutinio judicial sea estéril o una mueca teatral: el juego de cartas de triunfo de un “conflicto de derechos” se juega con cartas marcadas. La afirmación de que algo es razonable vale como indicio y prueba de su real razonabilidad, mientras que contrastarlo con el caso en cuestión nos arruga la ropa doctrinaria.

Finalmente, el **emergencialismo leviathanesco** muestra quizás la mayor capacidad de persistencia. Las situaciones de crisis —económicas, sanitarias, de seguridad— no son excepcionales, sino recurrentes desde que somos y nos asumimos como una nación en estado de emergencia permanente. Cada vez que se las invoca como fundamento para ampliar facultades estatales o relajar controles, ese esquema vuelve a activarse. No necesariamente de manera explícita ni total, pero sí como una inclinación estructural del razonamiento.

Por eso, más que reliquias de un período afortunadamente concluido y que no parece replicable en su amplitud de subversión, perversión y brutalidad, estas tendencias funcionan como posibilidades siempre disponibles dentro de la práctica jurídica. Pueden coexistir con estándares más exigentes y con decisiones fuertemente garantistas, pero también pueden reaparecer —a veces de modo casi imperceptible— en todo el

espectro de lógicas posibles en decisiones jurídicas.

“Ercoli”, hoy poco recordado, fue un fallo importante entonces, pero también puede verse como la antología y la proyección de una larga sombra de hechicerías jurídicas que reaparece a cada rato.

De ahí la necesidad de mantener y recordar “Ercoli” no como una aberración irrepetible, sino con una cierta vigilancia crítica, porque el papel tapiz que tenemos disponible lo hace posible, formal, neutral, aséptico, austinesco: nos permite hacer cosas -casi cualquier cosa- con palabras.

—

(Nota sub-biográfica: En algún momento de los noventa Maria Cristina Ercoli fue profesora de historia mía en el glorioso Colegio Secundario Ciudad de Santa Rosa, y nunca supe que había sido un leading case hasta que muchos años más tarde vi su nombre en un repertorio de jurisprudencia; solo muchos años después la volvería a ver en persona, ella como parte del colectivo “Mujeres por la solidaridad” en Santa Rosa. Luego de este fallo, y cambio de legislación militar mediante, Ercoli fue liberada, bajo control domiciliario, a fines de 1977. Algo de esa época y de su vida es contada por ella misma en esta crónica de su declaración en el juicio de lesa humanidad subzona 14 de 2017).

■



ENSAYOS

Mi impresión de Rawls y su legado

por Jürgen Habermas

Recuperamos un texto de Habermas sobre Rawls, inédito en español

Mi primer encontronazo con la obra de Rawls tuvo lugar en circunstancias algo embarazosas a principios de la década de 1970. No recuerdo el año exacto en que Charles Taylor me invitó a una conferencia en la Universidad de Oxford. El segundo día tenía previsto conocer, durante el almuerzo, a los dos héroes de la profesión, R. M. Hare y P. F. Strawson. Aunque eso resultaba ya suficientemente emocionante, me sentí aún más nervioso cuando, la noche anterior, me enteré por casualidad de que esa distendida ocasión se había transformado en un almuerzo de trabajo y que debía discutir con Ronald Dworkin, recién nombrado profesor en Oxford, el influyente artículo “Two Concepts of Rules”, de Rawls. Para mi vergüenza, no había leído ese trabajo, según me enteré ahí mismo, “tan bien conocido por todos”. Un amable colega me lo consiguió esa misma noche. No puedo recordar los detalles posteriores de esa inusual situación, mi primer encuentro tanto con un texto de Rawls como con tantas figuras intelectuales intimidantes en persona. Lo mismo me aseguró Dworkin cuando, tiempo después, nos hicimos amigos. ¿Acaso todo transcurrió de forma más bien discreta?

No conocí a Rawls en persona hasta la década de 1980 cuando asistí a su seminario durante una visita a la Universidad de Harvard. Desde el primer momento me impresionó la amable atención de esta persona tan considerada y totalmente desprovista de vanidad. No conocí a ningún colega que, con integridad moral y sencillez tan profundas, inspirara una confianza tan directa que, sin embargo, no afectara el respeto. Rawls parecía conocerme porque mi hijo Tilmann ha-

bía tomado algunos de sus cursos durante su maestría en educación en Harvard. Antes de publicar su libro *Political Liberalism* en 1993, me invitó a participar en un debate que llegó a ser muy conocido y se publicó en el *Journal of Philosophy* (Vol. 92, No. 3, 1995). En cualquier caso, ese primer intercambio de ideas marcó el inicio de una serie ininterrumpida de debates amistosos y enriquecedores que se prolongó hasta la muerte de Rawls en 2002, tanto durante sus visitas a Fráncfort como, sobre todo, en mis viajes a Estados Unidos. En cuanto al resultado sustantivo de nuestro debate, James Gordon Finlayson publicó un excelente libro: *The Habermas-Rawls Debate* (Columbia University Press, 2019).

Para mi sorpresa, al revisar las numerosas anotaciones y comentarios en mi ejemplar de la traducción al alemán de *A Theory of Justice*, me doy cuenta de que no lo leí a fondo hasta 1975, probablemente, por sugerencia de Ernst Tugendhat. Por aquel entonces tenía en mente el enfoque de una ética del discurso que había desarrollado en una conversación con Karl-Otto Apel y, naturalmente, me emocionó encontrar una posición tan meticulosamente elaborada y de inconfundible naturaleza kantiana. Por esa misma época se había publicado en Alemania la antología de Manfred Riedel, *Zur Rehabilitierung der Praktischen Philosophie*, la cual presentaba una visión general aún no bien definida (*“unentschiedener”*) sobre el amplio espectro de enfoques que, vinculados en mayor o menor medida a las diversas tradiciones de la ética, se habían desarrollado en la República Federal de Alemania. En contraste, el libro de Rawls marcaba un punto de inflexión tanto en términos metodológicos como sustantivos.

En cuanto a lo metodológico, no existía –y sigue sin existir hasta hoy– ninguna investigación en el terreno de la teoría moral que pudiera compararse en su estructura sistemática y, sobre todo, en el *pathos* husserliano de la “ejecución” o “puesta en práctica” (*“Durchführung”*) con la claridad, la riqueza y la precisión de los análisis detallados de *A Theory of Justice*. Y para valorar lo

que esta teoría significó en su momento en cuanto al contenido, hay que recordar la situación en la filosofía anglosajona dominante: en la filosofía práctica predominaban, casi sin competencia, los enfoques empiristas en la tradición analítica del lenguaje de Hobbes, Hume, Bentham y John Stuart Mill. Esta hegemonía llegó a su fin de golpe con la aparición de aquel libro. En lugar de la racionalidad instrumental, el sentimiento, el interés y la decisión, ahora irrumpía la razón práctica que generaliza los intereses. En lo que a mí respecta, leí esta teoría desde el principio en el sentido constructivista que Rawls expuso en 1980 en sus *Conferencias John Dewey* de la Universidad de Columbia. En cambio, no me pareció realmente convincente el paso que dio hacia *Political Liberalism*; a mi juicio, con ello Rawls le quitó a la razón práctica en sentido kantiano la última palabra en favor de cosmovisiones religiosas y de otro tipo.

En todo caso, una obra como esta, que se apoya en tantos pasos individuales en el desarrollo de cada argumento central, tiene un peso que la filosofía, de ahora en adelante, no podrá ignorar. Los argumentos historicistas que hoy se esgrimen de forma generalizada contra el normativismo de Rawls, por lo que puedo advertir, no abordan la controversia al nivel de aquel debate sobre la racionalidad que se libró en la década de 1980 entre Davidson, Putnam, Apel, Gadamer, Rorty, Foucault y Derrida. Las “teorías ideales” en el sentido de Rawls se enfrentan, naturalmente, al problema de la justificación de sus conceptos fundamentales con contenido normativo. Pero incluso los enfoques reconstructivos terminan tropezándose con el ineludible contenido razonable –y, eso significa, universal– de los supuestos intuitivos que los participantes “siempre” utilizan de manera performativa. Si el historiador vuelve a objetivar desde la perspectiva del observador este saber de ejecución o puesta en práctica, que solo puede reconstruirse mediante la coparticipación, adopta una “perspectiva desde ninguna parte” que ya no es posible en este nivel de reflexión.

Traducción de Leonardo García Jaramillo.



ENSAYOS

¿Para qué sirve una Facultad de Derecho?

por Miguel Gualano de Godoy

Publicamos la transcripción de una clase magistral que Miguel Godoy dio hace algunos días en la Unviersidad de Brasilia.

FACULTAD DE DERECHO

Clase Magistral

Prof. Dr. Miguel Godoy

Saludo y agradecimiento: Buenas noches a todas, buenas noches a todos. Antes que nada, déjenme decir: es un enorme honor estar aquí.

Agradezco al CADIR — nuestro Centro Académico de Derecho Ieda Delgado (tiene un nombre, el nombre de una mujer, y es bueno que sepamos quién fue Ieda Delgado y por qué le da su nombre a nuestro Centro Académico); agradezco al CADIR por la invitación a esta Clase Magistral y por la generosidad de colocarme al lado del Juez (jubilado) Carlos Ayres Britto, un Profesor (con P mayúscula – fantástico), uno de los mejores Jueces de la historia democrática del Supremo Tribunal Federal - STF (y es importante decirlo hoy, porque el STF de nuestro tiempo ha dejado mucho que desear a nuestra sociedad y a nuestra

república). Y también por estar al lado de Christine Peter. ¡Muchas gracias!

Estar en esta Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia es algo especial. Porque esta no es solo una Facultad de Derecho.

Esta es una Facultad que nació junto con un proyecto de país.

La UnB nació con la idea de que la Universidad no es solo un lugar de transmisión de conocimiento – es un lugar de construcción de la ciencia y de edificación de la democracia.

Y por eso hoy ustedes no están solo comenzando una carrera. Están entrando en una tradición. Una tradición de pensamiento crítico. De compromiso público. Y, sobre todo, de responsabilidad.

Y es sobre responsabilidad que quiero hablar hoy.

Dividí esta breve intervención en tres partes:

En la Primera Parte, quiero decirles por qué la Facultad de Derecho es un lugar extraordinario – pero también peligroso.

En la Segunda Parte, voy a intentar mostrar el momento en que se encuentra el Derecho brasileño, especialmente en el STF.

En la Tercera Parte, quiero hablar sobre ustedes – y sobre lo que pueden hacer con todo esto.

Vamos entonces.

Primera Parte: por qué la Facultad de Derecho es un lugar extraordinario, pero también peligroso

Voy a comenzar con una afirmación tal vez incómoda.

El Derecho puede ser una de las herramientas más poderosas de transformación social. Pero también puede ser una de las herramientas más sofisticadas de conservación de las injusticias.

El Derecho puede liberar. Pero también puede legitimar opresiones.

Puede ampliar la democracia. Pero también puede asfixiarla.

La historia, nuestra historia, está llena de ejemplos. El nombre del edificio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia (UnB) es un ejemplo. Miren hacia arriba todos los días al entrar aquí, y verán quién buscó la transformación social y quién pagó el precio por la conservación de la injusticia – Victor Nunes Leal.

Hubo juristas que ayudaron a construir nuestra Constitución Democrática. Ayres Britto, que está aquí hoy, fue uno de esos juristas – antes de ser juez del Supremo Tribunal; cuando fue juez del STF; cuando presidió el Supremo. Y también después de salir de allí.

Pero también hubo juristas que justificaron dictaduras. Carl Schmitt en Alemania. Hubo juristas, jueces del Supremo Tribunal Federal (STF), que solo se convirtieron en lo que fueron porque justificaron nuestra dictadura militar (la Prof. Maria Pia Guerra, profesora de Historia del Derecho de nuestra Facultad, es una de las mayores especialistas en este tema en Brasil – sean alumnos de la Prof. Maria Pia Guerra).

Hubo tribunales que ampliaron derechos. El Supremo Tribunal cuando presidido por el Juez Carlos Ayres Britto amplió derechos – recuerdo aquí la primera audiencia pública de la historia del STF, realizada y conducida por el Juez Britto en 2007, en el caso de las investigaciones con células madre.

Pero también hubo tribunales que validaron persecuciones.

Lo que quiero decir con esto es que el Derecho no es, por sí mismo, emancipador. Depende de quién lo interpreta. De quién lo aplica. De quién decide lo que significa.

Y esto implica algo fundamental para ustedes que están comenzando ahora: el Derecho nunca es neutral. Siempre expresa elecciones.

Elecciones sobre quién tiene voz. Sobre quién tiene poder.

Sobre quién es protegido y quién no.

Por eso, estudiar Derecho no es solo aprender leyes. No es memorizar jurisprudencia del STF y del STJ. No es convertirse en seguidor de tuitos de concursos públicos.

Estudiar Derecho es aprender a comprender cómo una sociedad decide quién cuenta para ella; quién vale para ella.

Y esto nos lleva a una pregunta inevitable: ¿a quién sirve el Derecho?

¿Sirve a la igualdad?

¿Sirve a la democracia?

¿Sirve a la libertad?

¿O sirve solo para preservar privilegios históricos? ¿Beneficios adicionales de magistrados y miembros del Ministerio Público? ¿Honorarios de victoria para la Abogacía Pública Estatal (AGU)? ¿Yo, ustedes, sus padres, pagando a quién? ¿Para qué?

Estas preguntas no son nuevas. Pero siguen siendo absolutamente actuales. Y 2026 comenzó poniendo todas ellas sobre la mesa – de la Corte y de las elecciones que vienen en octubre.

Cualquier proyecto serio de Derecho comprometido con la democracia necesita colocar la igualdad en el centro de la reflexión jurídica.

No solo igualdad formal. Sino igualdad material – social, racial, de género, étnica, interseccional.

La democracia no es solo votar cada cuatro años.

La democracia es poder participar en la definición del rumbo de nuestra comunidad. Y, sin igualdad, esa promesa se vuelve vacía.

Ustedes ingresan en una de las Facultades más igualitarias del país. Pionera en la política de cupos, pionera en la ampliación de la política de cupos. Pionera en la lucha por la democracia y por la igualdad. ¡Estén a la altura de esa tradición!

Segunda Parte: el momento del Derecho brasileño

Ustedes están entrando en la Facultad en un período particularmente interesante – y particularmente difícil – de la vida institucional brasileña.

En los últimos años, una institución ganó enorme protagonismo en Brasil: el Supremo Tribunal Federal (STF).

El Supremo Tribunal pasó a decidir temas centrales de la vida política: elecciones, políticas públicas, disputas federativas, derechos fundamentales, crisis institucionales.

Pero aquí es importante comprender algo fundamental. El Supremo no se volvió central sin querer. Quiso serlo. Y la política lo permitió.

El STF ya no es aquel “otro desconocido”, en la famosa expresión del ex juez de la dictadura militar Aliomar Baleeiro (porque antes de convertirse en crítico de la dictadura, apoyó el golpe del 1964, fue el primer juez del STF nombrado por la dictadura, a través del AI-2, y solo muchos años después se volvió crítico de la dictadura que ayudó a implementar).

Digo esto para que no se dejen impresionar por nombres, por pompas, por circunstancias, por libros de homenaje a ex jueces del Supremo Tribunal Federal. El otro día, en la Facultad de Derecho “lado B” aquí de Brasilia, homenajearon a un gran juez del STF. Ese gran juez fue también un gran juez de la dictadura. Se hizo grande porque fue de la dictadura. Hay Facultades que homenajean a ese tipo de juez. Y hay Facultades que llevan el nombre de Victor Nunes Leal — el juez cazado por la dictadura por no haberse doblado al poder de turno. Hay Facultades que celebran a los de la dictadura. Y hay Facultades que convocan a demócratas e igualitarios como el Juez Ayres Britto para una charla. Noten siempre la diferencia. No se dejen encantar por las pompas o por las circunstancias del poder.

Pero vuelvo al Supremo. Se volvió central porque la política brasileña dejó de decidir muchas cosas.

Cuando los espacios normales de deliberación política entran en crisis, cuando el Congreso se aleja del pueblo y atiende a sus propios intereses, los conflictos no desaparecen. Solo cambian de lugar.

Y, en Brasil, muchos de esos conflictos pasaron a resolverse en los tribunales — y especialmente en el Supremo Tribunal Federal.

Esto creó una situación paradójica.

Hoy tenemos un Supremo extremadamente poderoso. Pero, al mismo tiempo, profundamente frágil, porque nadie percibe en él autoridad, integridad y confiabilidad.

El STF a veces es criticado como autoritario. A veces celebrado como salvador de la democracia.

Ninguna de esas posiciones es suficiente.

El Supremo no es el origen de nuestros problemas democráticos.

Pero tampoco es, ni puede ser, la solución definitiva de nuestros problemas democráticos.

Los actores principales de una democracia son los ciudadanos y sus representantes. Los jueces y los tribunales deberían solo arbitrar el juego. Intervenir cuando fuera necesario para hacer valer las reglas, para corregir desigualdades que rompan el equilibrio del juego. Si empezamos a apostar más por el juez que por los jugadores, algo está mal en ese juego, ¿no?

Ninguna democracia saludable puede depender permanentemente de jueces para resolver lo que debería resolverse por la política.

Las cortes constitucionales no fueron creadas para gobernar sociedades.

Fueron creadas para proteger las reglas del juego definidas por la Constitución.

Cuando las cortes pasan a ocupar el centro del sistema político, generalmente significa que algo falló antes.

El verdadero desafío de Brasil hoy no es solo discutir el Supremo.

Es reconstruir una política capaz de deliberar, decidir y asumir sus responsabilidades.

Sin eso, cualquier tribunal — por mejor que sea — terminará sobrecargado por expectativas que ninguna institución puede cumplir por sí sola.

Esta es una de las grandes cuestiones institucionales de nuestra generación.

Y es una cuestión que ustedes van a seguir de cerca en este año 2026, con el escándalo del Banco Master, con la responsabilización de quienes quisieron e intentaron dar un golpe en el país em 08 de enero de 2022, con las elecciones de octubre y a lo largo de toda su carrera. No veo un año

fácil. ¡Espero que al menos este año ganemos el Mundial!

Tercera Parte: ¿qué pueden hacer ustedes?

La pregunta que deben intentar responder a lo largo de la Facultad es: ¿cuál es su papel en el Derecho?

Ustedes están entrando en una Facultad que forma abogados, jueces, fiscales, defensores, investigadores, políticos, servidores públicos.

Van a ocupar lugares importantes.

Y cada uno de esos lugares es un espacio de decisión.

Decisión sobre cómo interpretar las normas y la Constitución.

Decisión sobre cómo aplicar derechos.

Decisión sobre quién será escuchado.

Decisión sobre quién será protegido.

Y eso significa que tendrán poder.

No necesariamente poder político directo. Pero el poder más silencioso — y muchas veces más decisivo — de moldear las instituciones.

Por eso, el mayor riesgo en una Facultad de Derecho no es aprender demasiado.

Es aprender sin cuestionar.

Es salir de aquí creyendo que el Derecho es solo técnica. O que el Derecho no es técnica alguna, sino solo poder e interés.

Es importante entender que la Constitución no es solo un texto.

Que la democracia no es solo un procedimiento.

El Derecho es un lenguaje a través del cual una sociedad decide quién tiene dignidad.

Quién tiene protección.

Quién tiene voz.

Por eso, vivir la Facultad importa. Participar importa.

Estar en el Centro de Estudiantes importa.

Participar en grupos de investigación importa.

Debatir importa.

Discrepar importa.

La Universidad no es un lugar para existir pasivamente. Es un lugar para construir ciencia y ejercer la ciudadanía.

Y digo esto porque, a lo largo de la historia, muchas de las grandes transformaciones democráticas comenzaron justamente en este templo sagrado de las ideas — la Universidad.

Las universidades son lugares donde surgen nuevas ideas.

Donde se desafían consensos.

Donde las generaciones descubren que pueden cambiar el mundo. Y esto puede sonar demasiado grandioso.

¡Y lo es!

Las grandes transformaciones históricas casi siempre comenzaron con pequeños gestos de inconformismo.

Con alguien diciendo: esto no está bien.

Esto puede ser diferente.

Esto necesita cambiar.

Cierre

Entonces, déjenme terminar con un mensaje simple.

El Derecho puede ser usado para preservar injusticias.

Pero también puede ser usado para combatirlas.

La Constitución puede ser tratada como un obstáculo.

Pero también puede ser tratada como un compromiso que nos une.

La democracia puede ser reducida a un ritual formal — político-electoral.

Pero también puede ser vivida como un proyecto colectivo de libertad e igualdad.

Todo depende de quién decide lo que significan estas palabras.

Y, a partir de hoy, ustedes forman parte de esa decisión.

Por eso, estudien. ¡Estudien mucho!

Pero, más importante que eso: ¡duden mucho!

Cuestionen mucho.

Participen mucho.

Porque el Derecho solo se vuelve verdaderamente democrático cuando quienes lo practican participan en su construcción.

El Derecho solo se vuelve verdaderamente igualitario cuando quienes lo practican se niegan a aceptar las injusticias como inevitables.

El STF, las instituciones, solo mejoran cuando también decimos que pueden y deben mejorar, cuando ayudamos a construir salidas, posibilidades de decisión, y no cuando encubrimos sus errores ni cuando nos volvemos aduladores de jueces.

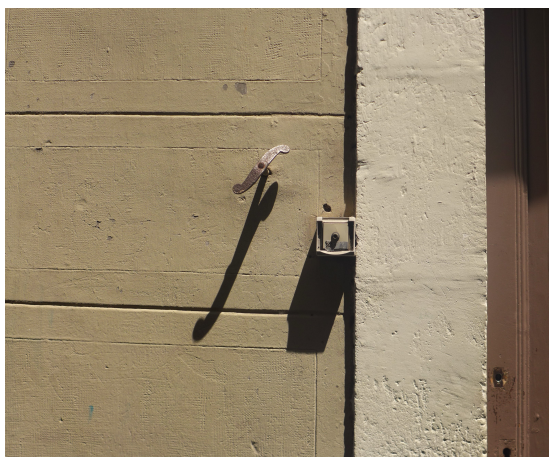
Y por eso termino con un verso que acompaña mi vida y que hoy comparto con ustedes. Un poema que conocí cuando fui alumno de un joven profesor de Derecho Civil, un profesor que se atrevió a enfrentarse al mayor canon del Derecho Civil de su época.

El canon era el Juez del STF Moreira Alves. El joven profesor, audaz, valiente, demócrata (recordemos que Moreira Alves fue juez de la dictadura), se llama Luiz Edson Fachin. Hoy Fachin es presidente del STF. Y enfrenta la mayor crisis de ética e integridad de la historia del Supremo Tribunal Federal.

Comparto con ustedes el verso que aprendí con aquel joven y valiente Profesor:

“Incluso en la noche más triste;
en tiempos de servidumbre;
siempre hay alguien que resiste;
siempre hay alguien que dice no.”

Muchas gracias.



ENSAYOS

Otra Corte Suprema es posible

por Leticia Vita

Una mirada feminista sobre la necesidad, imperiosa, de que la Corte Suprema cambie y mejore.

Primer acto: el Presidente de la Nación envía al Senado los pliegos de dos candidatos —ambos varones— para completar la integración de un tribunal que ya contaba con tres miembros. Segundo acto: ante la demora en reunir los apoyos políticos necesarios y en abierta contradicción con la Constitución Nacional, esos candidatos son designados por decreto. Tercer acto: la Corte Suprema de Justicia, llamada a resguardar esa misma Constitución, le toma juramento a uno de los nombrados

El nombre de la obra es conocido y vuelve a poner en evidencia la devaluación moral e institucional de una Corte que, desde hace tiempo —y con especial intensidad desde diciembre de 2023—, se caracteriza por su inacción frente a los avances de un Poder Ejecutivo que no ha dejado de tensionar los principios constitucionales más básicos.

Las reacciones en el ámbito académico ante este episodio fueron unánimes: se señaló la inconstitucionalidad del nombramiento por decreto y se cuestionó la idoneidad de quienes fueron designados por esa vía. También numerosas voces advirtieron el problema más de fondo: la postulación de dos varones, en abierta contradicción con el mandato de paridad que se desprende de la Constitución y de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En ese contexto, la Red de Profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires dio un paso más. No solo intervino en el debate sobre la necesidad de designar mujeres —y mujeres con perspectiva de género— en el Máximo Tribunal, sino que se animó a imaginar otra Corte posible: una Corte que, además de parita-

ria, defienda los derechos de todas las personas desde una perspectiva plural, social e inclusiva. Esa apuesta se materializa en su tercer libro colectivo¹².

La Corte Suprema de Justicia de la Nación que queremos. Una mirada crítica desde los feminismos, publicado por Editores del Sur, reúne reflexiones profundas y valientes. No solo invita a revisar críticamente el desempeño de la Corte actual, sino que también propone caminos para pensar una Corte distinta. El libro no se limita al diagnóstico: ofrece, además, pistas para ensayar el antídoto.

La obra se organiza en cinco ejes. El primero aborda las bases para repensar el diseño y el funcionamiento del tribunal. Allí, Laura Giosa analiza la falta de paridad y muestra que su ausencia vulnera los principios de igualdad sustantiva y no discriminación consagrados en los tratados de derechos humanos, así como las obligaciones estatales de garantía y adopción de medidas positivas, conforme a las recomendaciones del Comité CEDAW y a los estándares interamericanos. En esta línea, la escasa presencia de mujeres en la Corte —apenas tres ministras sobre un total de 111 integrantes en más de 160 años— no solo constituye una deuda histórica, sino también un déficit democrático, institucional y jurídico.

En el mismo registro, Marisa Herrera examina la cuestión de los privilegios y los intereses que atraviesan al tribunal. Entre los primeros, destaca la “cuasi perpetuidad” de los cargos y la ausencia de mecanismos efectivos de rendición de cuentas; entre los segundos, los vínculos complejos entre el Poder Judicial y el poder económico, así como el sesgo ideológico conservador que suele caracterizar a sus integrantes.

Este eje se completa con el trabajo de Estefanía Giaccone y Laura Clérico, quienes analizan las acordadas dictadas desde el 10 de diciembre de 2023 y evidencian la ausencia de una perspectiva de género en esas decisiones, en tensión con el mandato constitucional y convencional. A su

vez, Juliana Kina, María Eugenia Rodríguez Peñría y Silvina Zimerman muestran el rol que ha desempeñado la Procuración General de la Nación como contrapeso institucional en la incorporación de esa perspectiva en materias no penales. La dimensión organizacional también resulta clave: Soledad Manin estudia la Oficina de Violencia Doméstica y la Oficina de la Mujer dependientes de la vicepresidencia de la Corte, y plantea la necesidad de dotarlas de mayor autonomía dentro de la estructura de la Corte, con presupuesto propio y competencias específicas que potencien su capacidad de incidencia.

El segundo eje se centra en la historia de la Corte y su deuda de paridad. El primer capítulo, escrito por quien suscribe esta reseña, trata de las obras canónicas sobre la historia de la Corte Suprema y la función legitimadora de estas narrativas. La necesidad de escribir una historia de la Corte Suprema argentina que visibilice las ausencias y permita reflexionar sobre ellas nos habla de la importancia de destacar las biografías y aportes de las tres únicas mujeres que pasaron por el máximo tribunal. De eso se ocupan los trabajos de Déborah González Area y Anabel Papa, que recogen los votos de Carmen Argibay y Elena Highton de Nolasco; y el de Ana María Bestard y María Rosa Ávila, que analiza los aportes de Argibay en la emblemática sentencia Quisberth Castro de 2012. El eje se completa con el trabajo de María Gabriela Minaggia que haciendo foco en la participación política de las mujeres en perspectiva histórica, concluye que los argumentos dados en la sentencia “Sisnero” de 2014 se podrían utilizar para cuestionar la composición actual del propio Tribunal.

El tercer eje aborda la cuestión de la participación paritaria de la Corte Suprema y sus desafíos y deudas pendientes. Olivia Irala González retoma la noción de “techo de cristal” al mostrar que, aunque las mujeres son mayoría en la planta del Poder Judicial, su presencia disminuye drásticamente en los espacios de decisión. Fernanda Ma-

¹²Las dos anteriores fueron: *Aborto: la marea verde desde el derecho*, Buenos Aires: Editores del Sur, 2018 y *Repensar la Justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad*, Buenos Aires: Editores del Sur, 2021.

ciel, por su parte, analiza la falta de legitimidad de una Corte concebida como un ámbito cerrado, corporativo y masculinizado, y revisa las acciones judiciales impulsadas para exigir una integración más igualitaria. Finalmente, Virginia Marturet y María Laura Ribeiro proponen ampliar la discusión para pensar una Corte más diversa e incorporar otras dimensiones, como la edad.

El cuarto eje se ocupa del acceso y la democratización del tribunal. Ornela Mazza Gigena identifica serias deficiencias en el acceso a la información y, en particular, la ausencia de una perspectiva feminista que permita visibilizar desigualdades en el lenguaje, los datos y las reglas de funcionamiento, dificultando el monitoreo y el litigio estratégico. María Valentina Gleizer Goyeneche subraya la importancia de la argumentación con perspectiva de género para una democracia más inclusiva, mientras que Mariana Barbitta y Yamila Negri proponen fortalecer las audiencias públicas en materia de delitos de trata de personas, en línea con estándares internacionales. Por su parte, María Andrea Cuéllar Camarena y Marina Ditieri sugieren incorporar la acción de inconstitucionalidad como herramienta para robustecer la protección del Estado de Derecho frente a una Corte que, en la mayoría de las ocasiones, evita pronunciarse.

Finalmente, el quinto eje propone repensar la Corte a partir de conflictos específicos que iluminan problemas estructurales. Paula Sagel muestra las tensiones de una jurisprudencia que, aun cuando incorpora ciertos avances en materia de género, mantiene un enfoque excluyente y centrado. Al ignorar las experiencias específicas de las disidencias sexo-genéricas y negarse a incorporar herramientas como los Principios de Yogyakarta o la Opinión Consultiva 24/17, la Corte consolida “una arquitectura jurídica que jerarquiza a las mujeres cis como sujeto prototípico del derecho de género”, y no reconoce a las identidades trans, travestis y no binarias ni sus necesidades jurídicas específicas.

María José Lubertino Beltrán, por su parte, analiza la jurisprudencia ambiental y advierte que sus momentos más garantistas coincidieron con una mayor diversidad en la integración del tribunal. Natalia De la Torre examina casos vinculados a derechos reproductivos y evidencia la ausencia de una perspectiva de género en decisiones recientes sobre fertilización *post mortem* y gestación por sustitución. Mónica Míguez revisa los estándares probatorios en materia de violencia y discriminación, mientras que Silvina Coronello insiste en la necesidad de consolidar el enfoque de género como método interpretativo en el control de constitucionalidad y convencionalidad. Por último, Julia Lisman pone en evidencia el persistente silencio de la Corte en materia tributaria respecto de la categoría “género”, especialmente en relación con el principio de igualdad.

En conjunto, el libro no solo ofrece una crítica sólida al presente de una Corte Suprema integrada por tres varones, sin perspectiva de género y cada vez más alejada de su función como garante de los derechos humanos y de la democracia constitucional. También se anima, en tiempos en los que el desánimo parece imponerse, a proponer un horizonte distinto desde una mirada feminista y crítica. Como señalan sus coordinadoras en la introducción, la obra se hace cargo de uno de los debates democráticos más urgentes y postergados: qué Corte queremos —y cuál nos merecemos— como sociedad. Y lo hace desde la Universidad Pública, que aun en un contexto de desfinanciamiento y ataques por parte del Poder Ejecutivo, insiste en decir lo que en los pasillos de los tribunales todavía se resiste a ser escuchado. ■



ENSAYOS

Las metáforas y la Constitución

por Silvina Alvarez Medina

¿Para qué sirven las metáforas al derecho constitucional?

El derecho constitucional ha sido un terreno fértil para las metáforas. Tal vez haya sido la simbología de pacto fundacional que entraña la Carta Magna la que habilitó ese terreno más literario para dar a conocer sus vericuetos y sus cuitas. La narrativa jurídica suele ser áspera, me atrevo a decir, tanto para iniciados como para legos y, sin embargo, hay campos mejor abonados para intentar salir de la aspereza y los tecnicismos, en la convicción de que se pueden iluminar mejor algunos rincones con otra literatura. El derecho constitucional es uno de esos campos. Entre las grandes metáforas del constitucionalismo se encuentra esa invocación a *los padres de la constitución*, en alusión, en la tradición norteamericana, a la estirpe liderada por James Madison, a su autoridad procreativa, claro, a la aceptación y al consenso —verdadero o no— en torno a su figura y su prole. Trasladada al ámbito español, la alusión mutó hacia esos siete ponentes o hacedores del texto de 1978, pieza clave de la transición y la refundación democrática. Y luego hay otras metáforas, menos atadas a la familia, tal vez, pero no por eso menos heteropatriarcales, como la bella alusión a las *cláusulas Ulises*, ese

artilugio de Homero para contarnos las astucias de Odiseo, siempre listo para el deber y el placer al mismo tiempo, las sirenas, el canto y el rumbo fijo y constante gracias a unos cómplices, en esta ocasión dóciles y obedientes, marineros. Atarse al mástil como aferrarse a la seguridad que proporciona una hoja de ruta, una constitución que el pueblo no quiere abandonar porque no puede alejarse de la ruta marcada, aunque a veces parezca que quiere. La versión menos poética y más naturalista de esta metáfora es la de las *cláusulas pétreas*, resistentes a los cambios por voluntad del mismo pueblo que decide atarse, para seguir el buen camino de lo inalterable por duro, cerrado o marmóreo, la intangibilidad, un resabio kantiano del deber, categórico, inmutable.

Y, como no, la metáfora más invocada en el ámbito de la interpretación y la jurisprudencia constitucionales, la que se refiere a la constitución como *árbol vivo*; esta expresión botánica permite que textos de otras épocas, a veces centenarios, evolucionen, cambien, se sacudan viejos frutos al tiempo que dejan crecer nuevas y floridas ramas. A la sombra del árbol vivo han aparecido también las metáforas en el ámbito de los derechos humanos. Así, Maris Burbergs habla de la *nursery*, la habitación de bebés, en la que nacen nuevos derechos, para referirse con esto a la evolución que ha tenido el artículo 8 del Convenio de Roma en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al amparo de la incubadora *crecen* derechos al tiempo que el espacio de la vida privada, íntima y familiar crece también en visibilidad y conflictos. De la acotada protección del derecho a la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia, que alberga la redacción original del artículo 8, este precepto ha ampliado su ámbito de garantía, hasta abarcar aspectos diversos, importantes y hasta hace poco silenciados, como los relativos a la protección de las niñas y los niños, la violencia de género, la violencia sexual, la identidad de

¹³Burbergs, Maris, “How the right to respect for private and family life, home and correspondence became the nursery in which new rights are borne. Article 8 ECHR”, en E. Brems y Janneke Gerards, *Shaping rights in the ECHR. The role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, 2013, pp. 315-329. Se

género, la discapacidad o la reunificación familiar, entre muchos otros.¹³

También encontramos el *silencio constitucional*, como metáfora de la ausencia, mentado por Laurence Tribe¹⁴; un silencio que habita las constituciones tanto como lo hacen sus palabras; son ausencias que no pueden más que gritar la constitucionalidad de lo que olvidan, so pena de dejar los textos constitucionales obsoletos o carentes de legitimidad. Cláusulas invisibles, ausentes, silenciosas, escondidas (¡y tan escondidas a veces!), pero que logran salvar la coherencia del texto. En esta clave silenciosa podríamos leer, por ejemplo, muchos logros del feminismo jurídico, que vieron la luz después de tanta ausencia, sin que los sistemas jurídicos se despeinasen siquiera, en absoluto; son logros que con frecuencia tienen la medida de aquello que las constituciones liberales no podían seguir ignorando, para inventar una vigencia implícita y seguir siendo constituciones liberales de nuestro tiempo.

Entre nosotros, Roberto Gargarella puso en el léxico constitucional latinoamericano una feliz expresión que ya es acervo común, *la sala de máquinas*¹⁵; sucede con esta invocación, como casi siempre con las metáforas, que desentrañar su significado requiere meterse en el contexto de uso, para sacar más partido al poso de su sentido. Según entramos en la propuesta de Gargarella sobre la dinámica de reformas del continente latinoamericano, descubrimos que “los constituyentes tendieron a dejar intocada la ‘sala de

máquinas’ de la Constitución” [...] “las puertas de la ‘sala de máquinas’ quedaron cerradas bajo candado”¹⁶. Y así aterrizamos en la connotación positiva de la metáfora, que quiere señalar la importancia de ese capítulo constitucional que organiza el poder, y que no ha sido acometido con la misma diligencia que lo fue el capítulo de los derechos. La expresión va encontrando su por qué, y ese doble color, luminoso porque encierra la clave del cambio y oscuro porque fue postergado. Puede ser que, en esa dualidad del claro-oscuro, esté tal vez la oportunidad de la expresión.

En *La sala de máquinas de la constitución* encontramos más metáforas. Una muy bucólica es la del lago apacible y cristalino —será quizás al pie de los Andes, chilenos, argentinos...; será tal vez un lago alpino, de esos rodeados de abetos, ardi-llas y frutos del bosque—, sobre cuya superficie caen hojas que se posan y flotan recortadas sobre el agua. Poco a poco, magia del tiempo, las hojas se disuelven en el agua, cual reformas que calan hasta empaparse de lo viejo y transformarlo.¹⁷ También están *las traducciones*, esas traslaciones entre sistemas jurídicos distintos, que habitan contextos e historias diferentes, pero que se pliegan a la adaptación de instituciones jurídicas que se muestran más o menos dóciles al trasplante.¹⁸ Y *los injertos*, emparentados con las traducciones, que serían otra versión del trasplante cuya finalidad es más ambiciosa, ya que aspira a mezclar modelos, instituciones y hasta patro-

habla a veces del artículo 8 como un cajón de sastre del derecho europeo de los derechos humanos que ha visto multiplicadas las protecciones que es capaz de dispensar, tanto en el ámbito de la vida privada (derechos vinculados con la integridad física, psicológica y moral, como la violencia de género, los derechos reproductivos, derechos sobre la discapacidad y el medioambiente; derechos vinculados con la intimidad como la propia imagen, la reputación o la confidencialidad; y derechos vinculados con la identidad y la autonomía, como la búsqueda de los propios orígenes, la identidad de género o la identidad étnica), como en el ámbito de la vida familiar (derechos vinculados a las niñas y los niños, como los subsidios parentales, la sustracción internacional de menores y la adopción; derechos vinculados a las relaciones de pareja, los padres y madres, y otras relaciones familiares, como el matrimonio, las parejas de hecho, los matrimonios del mismo sexo, los hermanos y hermanas, los abuelos y abuelas, y la reunificación familiar; y derechos vinculados a la reproducción asistida, así como la paternidad y maternidad biológicas).

¹⁴Tribe, Laurence H., *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, 2018, p. 26.

¹⁵Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución*, Katz editores, 2014

¹⁶*Idem*, p. 333.

¹⁷*Idem*, p. 243.

¹⁸*Idem*, pp. 246; 257-261.

¹⁹*Idem*, pp. 245-254.

nes ideológicos, para fundirse con otro cuerpo, como las hojas en el lago.¹⁹

Personalmente, me he valido de esta última metáfora al preguntarme en qué medida el injerto que unió el feminismo al constitucionalismo liberal ha sido exitoso. Hay un injerto que se llevó a cabo cuando las constituciones incorporaron derechos para las mujeres; tras sucesivas olas de reivindicación y producción teórica, el constitucionalismo liberal anexionó apéndices de la reivindicación feminista. Pero un injerto exitoso, como enseña la botánica, es aquel que arroja un organismo unido, que crece sobre la base de otro preexistente, pero que al incorporar un nuevo tejido se transforma, deja de ser como antes y pasa a ser *un organismo nuevo*. Un injerto exitoso da por resultado una nueva planta cuyas partes crecen juntas, como un solo organismo de renovadas características. He sostenido que, en realidad, los avances logrados en el terreno del feminismo jurídico muestran una y otra vez su precariedad constitucional —observamos, atónitas, cambios jurisprudenciales como los que recientemente llevaron de *Roe* a *Dobbs* en materia de aborto, y suenan en diversas latitudes amenazas de cambios legislativos que atropellan derechos a diestra y destrísimas. En otras palabras, los avances del feminismo jurídico permanecen en el conjunto del constitucionalismo como parches más o menos aceptados, más o menos compatibles, pero que encuentran serias dificultades para transformar el constitucionalismo mainstream, para transformar las convenciones jurídicas al uso, para reformular los pilares axiológicos. En definitiva, el injerto no prospera porque no ha surgido un organismo constitucional nuevo.²⁰

En relación con el constitucionalismo feminista y la interpretación de la constitución, encontramos la metáfora que utiliza Mariela Puga cuando habla de la *narrativa disciplinadora*.

El constitucionalismo clásico liberal claramente no incluyó a las mujeres ni como autoras ni como destinatarias ni como referentes de aquello que las constituciones querían plasmar o convertir en normas. Sin embargo, hay una narrativa constitucional contemporánea que entiende aquello como una anomalía de Cronos, nada que no pueda salvarse con un poco de interpretación constitucional —algo tortuosa a veces, como explica Puga, se “abre un paréntesis,” se “pone un asterisco,” pero salvable al fin. La exclusión de las mujeres se fragua también con los silencios de la constitución ya mentados más arriba: la ausencia de lo íntimo y privado, la invisibilidad del cuerpo y la reproducción, la negación de los vínculos, las relaciones, las emociones y los cuidados, el mandato de privacidad en la familia. Cuando el feminismo saca a la luz estos silencios, surge lo que Puga llama la *narrativa desestabilizadora*, que señala al constitucionalismo liberal como una “construcción destinada a respaldar un estado andro-céntrico que disciplina a la sociedad en base a la diferenciación sexual jerarquizante entre hombres y mujeres”.²¹

Vemos que también el constitucionalismo feminista hace buen uso de la metáfora. Así encontramos otra alegoría preciosa acuñada por Xisca Pou. La autora analiza la aplicación nuda de las estructuras jurídicas prefeministas o patriarcales para concluir que estas han mostrado no poder alcanzar un cambio genuino o acabado; porque las formas por sí solas no tienen tanto rendimiento. Pou pone en jaque, así, la invocación de lo que con gran acierto llama el *formalismo mágico*, la creencia en los cambios que pueden operar por sí solas las formas del derecho. No se quiere decir con esto que los logros de agenda feminista en las últimas décadas no hayan sido enormes y valiosísimos, nuevos derechos, nuevas protagonistas que son sujetos de derechos y nuevas vías de acceso a la igualdad. Sin embargo, todo

²⁰Alvarez Medina, Silvina, “Constitucionalismo liberal y feminista: las claves de un injerto malogrado”, *ICON.s International Journal of Constitutional Law*, 2026.

²¹Puga, Mariela, “Constitucionalismo Feminista”, IBERICONNET, el blog de la revista internacional de derecho constitucional en español, 25 de agosto de 2023.

esto, se ha adherido a los sistemas jurídicos pre-existentes a veces de manera más o menos forzada, haciendo encajar las nuevas categorías en estructuras cuya forma lastra, a menudo, carencias intrínsecas. Un formalismo viejo del que se espera lo que no puede dar. El éxito efectivo de los derechos de las mujeres requiere una técnica y una argumentación jurídicas renovadas a la luz de un entramado axiológico también renovado.

Y así podríamos seguir, seguro que os vienen a la mente otras buenas alegorías jurídico-constitucionales, que sirven para describir mejor y, de paso, hacer la vida de juristas y aprendices más llevaderamente lírica. La pregunta entonces es: ¿sirven las metáforas? ¿para qué sirven las metáforas constitucionales? Se me ocurren varias respuestas. La más obvia tiene que ver con la explicación, la visualización, el uso del lenguaje en clave ejemplificadora que reboza el propio ejemplo, más ceñido por lo general al lenguaje normativo y jurídico. De la mano de la función explicativa de la metáfora va la función pedagógica, tan útil cuando estamos delante de la clase, empeñadas en llegar a estudiantes con mentes que a menudo están lejos del aula, y que intentamos atraer con artilugios varios, entre los cuales el quiebre del lenguaje, el pasaje de lo técnico a lo literario, puede llegar a sonar como una campanada cognitiva o, mejor aún, una campanada emocional. La literatura y su lenguaje propio tienen ese doble propósito; de un la-

do, extender el campo del significado a través de otros focos, ampliando la indagación y la imaginación, aportando más racionalidad por otros cauces; de otro lado, la comparación tácita, el relato figurado, la narración de lo particular tienen todas a abrir los poros de la sensibilidad y, con esto, apelan a una comprensión holística.²²

Pero hay algo más que la función explicativa; muchas de las metáforas que utiliza el derecho constitucional tienen una función apelativa, interrogan a lectores, juristas, intérpretes, ciudadanas, estudiantes, jueces. Quieren explicar al tiempo que interpelar; usan el lenguaje en su acepción más motivadora y movilizadora, en su faceta animosa e impresionable. Por esto Jennifer Nedelsky señala que los cambios profundos en el derecho constitucional no pueden venir sino de la mano de un cambio en su *estructura metafórica* (¡metáfora con la metáfora!). Un cambio en el lenguaje, dice la autora, que vire desde el discurso sobre los límites, la individualidad, la propiedad y sus derechos, hacia las relaciones que construyen vínculos entre las personas.²³ Bien pensadas, tantas expresiones de la teoría política y jurídica son en primer lugar metáforas: el estado de naturaleza, el contrato social, la separación entre esfera pública y privada, el gobierno del pueblo, los conflictos de derechos y la ponderación, el imperio de la ley. Palabras que resuenan por su simbología, una abstracción que busca anclar en la metáfora, y perdurar en la emoción. ■

²²López de la Vieja, María Teresa, *Ética y literatura*, Tecnos, Madrid, 2003.

²³Nedelsky, Jennifer, "Derecho, límites y el ser delimitado", en M. Cavallo y A. Ramón Michel, *Autonomía y feminismos*, Didot, Buenos Aires, 2022.

Marcela Rodríguez

por Agustina Ramón Michel

Una vida de aventuras legales.

13 de marzo de 2026

La entrevista la realizamos en la casa de Marcela, un departamento con vista al Parque Rivadavia, en Caballito, Buenos Aires. Se mudó hace poco; fue volver al barrio de su infancia. La foto fue tomada en su balcón; al fondo puede verse la Escuela Normal a la que asistió con sus dos hermanas. Solo hicimos una toma, no le gusta fotografiarse.

Agustina — Cuando hablamos en diciembre me contaste que te estabas jubilando.

Marcela — Ya no trabajo más formalmente. A partir del 1º de febrero.

Agustina — ¿Y cómo te sentís al respecto?

Marcela — Bárbara.

En realidad, decidí irme en el mismo momento en que terminaba el mandato de la Defensora General (de la Nación). Para mí sería extremadamente difícil seguir en este contexto. No hay razones para ser optimistas respecto de lo que vendrá. En todo caso, no es un buen momento para las instituciones y creo que puedo hacer más desde afuera.

Cerraron el Programa de Trata de Personas, que yo dirigía en la Defensoría, el mismo día de mi renuncia. Entiendo que no es fácil poner a alguien a ocupar ese rol, sin embargo hay personas sumamente capaces que hubieran podido continuar con la labor del Programa.

Agustina — Esa oficina venía con mucho nombre propia, vos la pusiste en marcha.

Marcela — Sí, estuve en su fundación, entonces sí, es cierto que una le da una impronta.

Agustina — Vayamos al inicio. ¿Por qué estudiaste Derecho?

Marcela — Cuando tomé la decisión, a eso de mis 12 años, no iba a ser mi ocupación principal; yo jugaba al ajedrez y ganaba plata.

Agustina — ¿Jugando al ajedrez?

Marcela — Sí. Es que no había categorías infantiles de mujeres. Entonces jugaba en las juveniles mixtas y en la categoría de mujeres adultas, y ahí ganaba plata. No ganaba tanto como para pensar que podía ser mi fuente única de ingresos, entonces tenía que elegir otro oficio. Desde chica, para mí ha sido fundamental la independencia económica. Y ahí pensé en ser abogada, que era algo que me atraía.

No me imaginaba en ese momento la diversidad de cosas que implicaba ser abogada, pero sí cargaba con, digamos, algunas contrariedades y era que sabía que no quería defender a determinada gente o, mejor dicho, quienes cometían ciertos delitos: no quería defender violadores, no quería defender a quienes cometieran, en general, delitos contra chicos y mujeres. Es un problemón para alguien que decide ser abogada penalista. Además, por esa época, el abanico de opciones era mucho más acotado o al menos las que yo me podía avizorar.

Agustina — En tu familia, ¿había abogados?

Marcela — No. Mi papá fue profesor de secundario. Se había recibido en el Mariano Acosta; estaba muy orgulloso de ese tipo de escuelas. Vivíamos en Devoto y nos mudamos a Caballito pa-

ra que mis hermanas y yo cursáramos en la Escuela Normal. Él había elegido esa escuela para nosotras.

Agustina — ¿Y tu mamá qué hacía?

Marcela — Mi mamá trabajaba en la casa, cuidaba de nosotras, y tuvo que sufrir la típica cosa de la época de “te tenés que quedar en casa, a cuidar a las hijas”; se le cercenó la posibilidad de hacer carrera universitaria. Ella quería cursar Ciencias Económicas, y dejó de trabajar cuando se casó.

Agustina — ¿Pero disfrutó el cuidado de ustedes?

Marcela — Sí, sí, muchísimo. Creo que fue muy feliz, lo que no quiere decir que haya sido su opción exclusiva sobre qué hacer con su vida.

Y nos tenía mucha paciencia a mis dos hermanas y a mí. Recuerdo que me acompañaba (manteniendo unos metros de distancia, que yo exigía) a que vendiera revistas usadas acá al frente, en la Feria de libros, a mis 7, 8 años.

Agustina — ¿Cómo fue para vos estudiar Derecho? ¿Qué tipo de estudiante fuiste en la facultad?

Marcela — Empecé a estudiar en la dictadura; había cupo para ingresar y un curso de ingreso que le llamaban, creo, “la escuelita”, porque era de 7 a 11 de la mañana. Ahí estudié muchísimo porque tenía miedo de no entrar. Después, una vez que entré, dependía de la materia. Si eran asuntos que me gustaban, si el profesor era bueno, estudiaba con devoción. Pero había materias donde, por ejemplo, tocaba estudiar el régimen jurídico de los recursos naturales, que incluía el “régimen de la garrapata”. Probablemente, si hubiera querido ser una abogada que ganara mucha plata, eso era lo que tenía que estudiar, pero el régimen de la garrapata era demasiado. Por entonces, en Derecho había una obsesión con la naturaleza jurídica de todo. Entonces a mí se me ocurrían inconstitucionalidades para cualquier cosa; levantaba la mano y llevaba la conversación para ese lado, el que me interesaba o en el que podía defender un poco más.

Agustina — ¿Quién fue tu profesora de derecho constitucional?

Marcela — María Angélica Gelli, que era muy buena docente, se tomaba en serio la enseñanza y respetaba a los estudiantes. Yo ya disentía con algunas de sus ideas y para ella eso era algo natural; no era así en otras materias. Tuve una muy buena relación con ella; es más, la primera contribución que hice a una publicación jurídica fue “Constitución y derechos humanos: jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación” (1991), que publicaron Susana Cayuso, Jonathan Miller y ella. Fue un libro distinto para la época, que venía a acercarnos otra forma de pensar el derecho, menos dogmático, menos formalista, más cercano al derecho anglosajón.

Agustina — ¿Disfrutaste la carrera?

Marcela — La pasé muy bien, aunque tuve mis momentos poco memorables. Me tocaba recibirme con Derecho Marítimo, y la iba a dar libre. Fue la única vez que dejé una bolilla colgada, y en el bolillero me tocó justo esa bolilla: hipoteca de los buques. Hablé y hablé sin decir absolutamente nada frente al profesor. En un momento me detiene y dice: “mire, quizá usted sea en el futuro muy buena política porque hace veinte minutos que habla y no dice nada, pero esto es un examen de derecho”. Después, me permitió probar con otra bolilla y lo hice bien, como una estudiante de derecho.

Agustina — ¿A esa altura ya estabas involucrada en política?

Marcela — Sí. En marzo de 1982 fui a esa marcha grande contra la dictadura; creo que el lema era “Paz, Pan y Trabajo”. Por supuesto, mis viejos no supieron. Yo estaba conmovida y furiosa por lo de Malvinas; los convocados eran de mi generación y la anterior. Tuve un amigo que estuvo en el Belgrano. Era también impactante por la edad: eran muy jóvenes, yo también. Cuestión que, desde esa marcha, empecé a estar más inquieta políticamente, lo que coincidió con mi ingreso a la facultad. Al poco tiempo se llamó a

elecciones y empecé a militar a favor de Alfonsín.

Agustina — ¿Venías de familia radical?

Marcela — No. Yo milite no por familia, no por el radicalismo, sino por Alfonsín. Me definía alfonsinista. Me afilie, aunque mi dirección fue cambiando un par de veces, entre Marcelo Alegre que me afiliaba en Caballito, y Carlos Rosenkrantz que me convocaba para el comité de la circunscripción 14. Me dan ganas de reírme de recordar esos pantalones Oxford que algunos usábamos mientras hacíamos pintadas y pegábamos afiches de campaña. Era una combinación espectacular, discutir ideas y estar haciendo pintadas por los barrios.

Agustina — Con Alegre y Rosenkrantz luego integraste el grupo de Carlos Nino ¿cómo los conociste?

Marcela — En realidad, los conocí al mismo momento en la Facultad. Rosenkrantz era ayudante alumno en mi primera materia: introducción al derecho. Él era utilitarista y yo kantiana, así que discutíamos en clases y así nos fuimos conociendo. Y a Marcelo también de la facultad, y del barrio.

Agustina — ¿Cuáles dirías que fueron hitos en tu formación profesional durante los 80?

Agustina — Militar en el alfonsinismo, sin dudas, sobre todo por las personas que conocí. También un curso que tenía como docentes titulares a Julio Maier, Jaime Malamud Gotti y Enrique Paixao, que fue una experiencia única. Lo llamaban “el Tri” por tridimensional, dado que unía derecho penal general y especial y procesal penal. Era de esos cursos que te ordenan la cabeza. El que inventó el curso, daba clases y llevaba el día a día era Luis Moreno Ocampo, que tenía ayudantes muy interesantes, entre otros Mirna Goranski y Gonzalo Vergara que luego, cuando empieza el Juicio a las Juntas Militares y Luis se va para trabajar para la fiscalía, se puso el curso al hombro.

Pero además el curso tenía seminarios satélites. Uno de estos seminarios era el de Nino, que después se convirtió en el Seminario de los Vier-

nes. Cuando intenté entrar a ese seminario no había vacantes. Entonces Rosenkrantz me recomendó: “Anda a hablar con Nino, decíle que estás interesada en las acciones afirmativas, él está estudiando ese tema justo ahora”. Yo no tenía la menor idea de qué eran las acciones afirmativas. Me puse a leer un poco antes de ir a hablar con Nino; él jamás hubiera pensado que una le iba a mentir sobre algo, entonces yo quería saber lo mínimo del tema. Finalmente me hizo un espacio. Después terminé escribiendo sobre acciones afirmativas más que de ninguna otra cosa, pero no lo hice para cumplir con mi palabra o tal vez sí, cómo saberlo. En todo caso, hubo cierta justicia poética.

Agustina — ¡Cuántas personas y puertas se abrieron con estos cursos!

Marcela — Increíble, sí. Imaginate que Luis Moreno Ocampo convocó a estudiantes de ese curso a colaborar en la Fiscalía de la Causa 13, el Juicio a las Juntas, cosa que hice. Entonces tenía veinte años, y no paraba de pensar: nunca voy a hacer algo más importante que ahora. Y eso que no era ni meritoria en la Fiscalía, ayudaba del modo que podía. Tuve suerte por el solo hecho de estar ahí.

También a partir del Seminario de los Viernes, empecé a colaborar con Nino cuando él todavía trabajaba en la Presidencia como asesor de Alfonsín, antes de que se conformara el Consejo para la Consolidación de la Democracia. Ahí estaban también Gabriel Bouzat, Rosenkrantz y Agustín Zbar. En el Consejo entraron algunos de los que estábamos en el mismo curso: Marcelo Alegre, Roberto Gargarella, Roberto de Michele, Javier Sarán. Ese era el núcleo más íntimo, al que luego se sumaron Martín Bohmer y Roberto Saba, entre otros.

Agustina — El grupo que se apodó “Nino Boys”, y estaba *the girl*.

Marcela — Yo no existía, según el nombre; eran los “Nino Boys”, aunque yo estaba ahí. Claro que aún hoy los llamo “Nino Boys”; los puedo llamar a ellos que son mis amigos, pero no al grupo. El primero que escribió acerca de la exis-

tencia de una mujer en el grupo fue Owen Fiss, en un prólogo a un libro de Nino, si la memoria no me falla.

Agustina — ¿Cómo llevabas eso de ser la única mujer?

Marcela — Supongo que desarrollé una suerte de concepto vital donde están los hombres como grupo o clase y algo distinto que son mis amigos. Y eso me dio cierta tolerancia.

Lo que sí hacía Nino, no por feminista sino por la influencia de las discusiones académicas que había en Estados Unidos, era acercar algunos temas de género, como aborto y acciones afirmativas.

En el Consejo solíamos discutir estos y otros temas filosóficos mientras tomábamos el té. Mi compañero de té favorito era Genaro Carrió. Tomábamos juntos el té casi todos los días. Lo elegí para que me entregara el diploma de la Facultad. Yo quería muchísimo a Genaro.

Agustina — ¿Por qué?

Marcela — Era un hombre digno, inteligente y sensible. Lo considero el mejor abogado que ha tenido este país. Tenía un sentido del humor exquisito ¡Sus epitafios! Escuché varios aunque conmigo estaba más cohibido de decir malas palabras o groserías. Tenía ese estilo, de caballero.

Me siento muy afortunada. Aprendí a escribir leyes con Genaro; escribía exquisitamente... todavía no puedo usar los gerundios sin pensar en él y su cara de reprobación.

Además, Genaro me ponía muchísima banca cuando era muy joven. Con Carlos Balbín —otro asesor del grupo de Nino— debatíamos sobre los proyectos de Ley de Seguridad Interior que teníamos que discutir con jefes de las fuerzas de seguridad. ¡Yo ni siquiera estaba recibida de abogada! Pero Carrió les decía “acá van mis representantes, discutan con ellos”.

Agustina — ¿Esto es luego de que él sale de la Corte Suprema?

Marcela — Sí, después de que renunció a la Corte Suprema. Venía de un mal momento y parecía disfrutar del entorno en el Consejo. La Corte, me parece, lo había agobiado, en parte por

su nivel de autoexigencia pero también por lo que suponía ser presidente de la Corte en ese momento, en medio de la transición democrática. Además, ser presidente implicaba ocuparse de una cantidad infinita de asuntos protocolares y administrativos; no existía el Consejo de la Magistratura. Cuando, como diputada, me tocó ser consejera, les tenía pánico a los temas de administración, porque podía haber alguna ilegalidad, corruptela, alguna cosa mal hecha, y cómo una podía darse cuenta. ¿Cómo sé qué brecha le ponen a la terraza del Palacio de Justicia cuando la están reacondicionando? No hay manera de controlar los infinitos aspectos administrativos, además de lo jurisdiccional, o disciplinario, y eso te quita el sueño; y ahí me acordaba de Genaro en la Corte.

Agustina — Era un vínculo distinto al que tenías con Nino, ¿no? Los dos eran referentes en ese grupo.

Marcela — Con Genaro tuve un vínculo más fraterno. Diría que los chicos se referenciaron más con Nino, en esa versión más paterna. Le tenían un respeto reverencial. Mi relación con Nino era distinta.

Agustina — ¿En qué sentido?

Marcela — Yo era un poco más rebelde.

Cuando fui a Estados Unidos a estudiar no tomé todos los cursos que supuestamente tenía que tomar. Todos los varones le hacían caso a Owen Fiss (profesor de Yale) o seguían los consejos de Nino para elegir los cursos y los profesores.

Una de mis ilusiones de ir a Yale había sido tomar clases con (Catharine) MacKinnon, pero cuando llegué ya no estaba, y eso me cambió notablemente el panorama de lo que pensaba hacer allá. Pero me las ingenié. Le pedí a MacKinnon si podía venir a dar una charla a Yale y vino, súper macanuda... yo hablaba un inglés espantoso, igual me animó a que la presentara en el seminario. Y luego viajé a Michigan a tomar su curso completo. Finalmente, nos hicimos amigas.

Agustina — ¿Te escapaste de Yale? (risas)

Marcela — Sí, me escapé, pero solo por unas semanas (risas). Y la noticia llegó a Buenos Aires, y fue un pequeño escándalo, porque además volví en medio de mi estadía a Buenos Aires: se abría la discusión por la Ley de Cupos en el Congreso. Había estado laburando mucho por esa ley, y quería estar y me vine. Era noviembre de 1991.

Agustina — ¿Y vos habías trabajado este tema desde el Consejo para la Democracia?

Marcela — Más desde el feminismo. A mediados de los 80, en simultáneo con mi incorporación al grupo de los “Nino Boys” y al Consejo para la Consolidación de la Democracia, empecé a tener contacto con feministas. Había un curso que tomé que daba Diana Maffía con Clara Kushnir en el Museo Roca. Diana era de SADAF (Sociedad Argentina de Análisis Filosófico), entonces teníamos gente en común.

También pude aprender de abogadas feministas, sobre todo de Carmen González. Carmen fue de las primeras presidentas de la Comisión de la Mujer de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Usaba mucho los medios de comunicación, en un tiempo en que los medios se dedicaban a ridiculizar a las figuras del feminismo, pero Carmen lo hacía muy bien. También aprendí mucho de mujeres que ya estaban organizadas, por ejemplo en ATEM, como Magui Belloti y Marta Fontela.

También por los 80 aparecieron en mi vida las feministas políticas, como las hermanas María Luisa y Carmen Storani, Zita Montes de Oca, Diana Staubli, Virginia Franganillo, Juliana Marino, Marcela Durrieu. De distintos partidos políticos.

Y también quienes estaban organizadas por el derecho al aborto. Safina Newbery, Dora Colec-desky, Alicia Schejter, entre otras, conformaron en 1988 la Comisión por el Derecho al Aborto (CDA) que si se quiere es un antecedente de lo que luego fue la Campaña Nacional por el aborto seguro, legal y gratuito. El lema, si recuerdo bien, era “anticonceptivos para no abortar; aborto legal para no morir”. Y con esas feministas fue que publiqué mi primer artículo feminista.

Agustina — ¿Sobre aborto?

Marcela — Sí. Se publicó en “Elegir”, la revista y el grupo que Silvia Cópola y otras feministas habían fundado. Poco después con Marta Rosenberg, Silvina Ramos y Mariana Romero del CEDES y otras feministas fundamos el Foro por los Derechos Reproductivos.

Agustina — Se dice que por entonces las mujeres se volvían feminista después de tener hijos, la mayoría al menos, pero vos fuiste feminista tempranamente ¿cómo?

Marcela — Supongo que primero leyendo, de adolescente. Recordá que hubo un hiato muy importante: la dictadura; muchas feministas estuvieron exiliadas y otras tuvieron que resguardarse.

Empecé a militar en el feminismo recién después de la dictadura, alrededor de mis 20 años, pero en ese entonces era relativamente fácil y rápido conocer a la mayoría de las feministas de Buenos Aires. No éramos muchas (risas). Para mí fue un gran momento el Encuentro de San Bernardo, el V Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe, de 1990. Era la primera vez que se hacía en Argentina y éramos centenares de mujeres de toda la región; además había mucha diversidad. En ese encuentro se declaró el 28 de septiembre como día de acción por el aborto legal latinoamericano.

La mayoría veníamos de tiempos muy difíciles en nuestros países y con ganas de hacer, de cambiar las cosas. Había mucha cohesión en el feminismo, aunque también había disputas.

Agustina — ¿Ideológicas?

Marcela — Sí, en San Bernardo reaparecieron discusiones que venían de antes.

Agustina — ¿Cómo cuáles?

Marcela — Autónomas contra institucionalizadas. Las primeras eran muy escépticas respecto del acercamiento al Estado, a los partidos políticos, a las instituciones: alegaban que se trataba de pilares de la dominación masculina y que era una manera de dejarse dominar por prácticas que podían tener apariencia igualitaria pero que seguían excluyendo a las mujeres, y que se corría

el riesgo de perder identidad y libertad como movimiento. Las segundas eran mujeres que estaban en los partidos políticos, en instituciones, en ONGs o que no lo estaban pero les parecía bien ocupar esos espacios y construir también desde ahí. Hay que entender el contexto de América Latina en ese momento, con algunos países haciendo la transición democrática, se abrían oportunidades únicas. También dentro de este grupo estaban las que promovían la conformación de organizaciones, que algunas llamaban “la organización del movimiento”. Había quienes no se identificaban con estas posiciones y se autodenominaban “ni las unas ni las otras”. Yo ya había pasado por instancias como el Consejo, partidos políticos, así que era de las del bando de las institucionalizadas, aunque tuviera vínculos con las autónomas.

Agustina — Pasar de ser unas pocas a la implosión de la movilización feminista a partir de 2015 es un cambio tremendo ¿Qué sentís con ese salto? ¿Cómo viviste las movilizaciones del “Ni Una Menos” y la marea verde?

Marcela — Fue deslumbrante, socialmente hablando. Pero también me ha hecho pensar sobre el hecho que por largo tiempo no logramos cultivar la coexistencia y el relevo generacional.

Ahora bien, confieso que he pensado también que hemos tenido que volver a algunas discusiones y temas que ya se habían trabajado en los 60, 70, y 80, feministas como Kate Millet, Mackinnon, Andrea Dworkin, Kimberle Crenshaw, solo por nombrar a algunas. Pero claro, esas discusiones luego se dieron entre miles de mujeres, de distintas edades y sectores, con lecturas y sin lecturas, y con una potencia y visibilidad política que sólo podía soñarse décadas atrás.

Agustina — Y algunas discusiones ganaron en pluralismo ¿no crees? La del trabajo sexual versus prostitución es un caso. Antes era visible ante todo la posición que ve en esa actividad pura dominación masculina.

Marcela — Puede ser, aunque no sé si necesariamente es una muestra de más pluralismo. Es, pienso, sobre todo una cuestión de financia-

miento y de intereses que se volcaron en quienes abogan por el trabajo sexual. Pero si, seguro ahora hay más discusión, aunque no es algo que cale masivamente.

Y es un debate que se da en distintos planos. Por un lado, el académico. Por el otro, el organizativo, por ejemplo, donde originalmente las propias mujeres prostituidas de Buenos Aires se agruparon en una misma asociación, AMMAR (Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina), pero que luego se rompe y aparece AMADH que es la Asociación de Mujeres Argentinas por los Derechos Humanos, justamente al profundizarse la división entre prostitución y trabajo sexual.

Agustina — Y tu postura, que te ha puesto a discutir con varios de tus amigas y amigos liberales ¿cómo la describirías?

Marcela — Considero que la prostitución es abusiva per se. No es un simple hecho que ocurre entre dos individuos, independientemente del género y de la desigualdad estructural. Es un sistema prostituyente donde los que pagan por el uso sexual son varones y las usadas son mujeres, también las personas trans.

Muchos de quienes no dudarían en calificar como explotación la situación de un peón rural que trabaja los 7 días de la semana, 14 horas diarias, en condiciones indignas, mientras le descuentan plata por la comida, el alojamiento, las herramientas, y lo aguanta porque no tiene otra alternativa para darle de comer a los hijos, sin embargo, creen que, si la misma situación es padecida por una mujer que es usada sexualmente, se convierte en libre consentimiento. Eso, aunque no pueda elegir cuántos hombres, ni quienes, ni cómo, ni negarse ni siquiera cuando están menstruando y les hacen poner una esponja en la vagina para que siga dando ganancias.

Por eso, la trata de personas y la prostitución tiene líneas conceptuales de separación muy difíciles; en la práctica están extremadamente mezcladas. Las rutas son las mismas. La guita y como la lavan es la misma. Y los prostituyentes son los mismos, es decir, el tipo que va al prosti-

bulo no indaga si tal o cual mujer está por decisión propia o puesta ahí por una red de trata.

Agustina — ¿Y cómo respondes a la crítica de que penalizar al cliente supondría, en la práctica, sancionar al hombre que hace fila frente a Plaza Once para subir a un motel con una prostituta, pero no al que contrata servicios desde la habitación de un hotel cinco estrellas?

Marcela — Eso depende cómo se hagan las investigaciones. Hasta ahora lo que pasa es que mientras penalizan a las mujeres por contravenciones, en los allanamientos no agarran a los tipos, los dejan ir, aunque las víctimas sean menores de edad. Difícilmente tengas siquiera un testimonio de un varón en una causa de trata que sea prostituyente. En muchos casos, simplemente no van contra quienes tienen plata o poder por una cuestión de connivencia o directamente participación policial, de funcionarios políticos, de inspectores. Y luego está la decisión de política criminal, acerca de a quiénes perseguir, que no es neutra. Ahora, por ejemplo, hay muchísima explotación que ocurre por streaming, y ahí corresponde otro tipo de investigación que te llevaría a mucha gente con mucha más plata.

Agustina — ¿Qué es ser feminista para vos?

Marcela — Un día dando clases con Diana Maffía, esto hace siglos, dijimos que hay que buscar denominadores comunes de los feminismos y yo encuentro que son 3 tipos de proposiciones: una fáctica, y es que las mujeres estamos subordinadas, que hay desigualdad entre hombres y mujeres. Otra valorativa, que esa desigualdad está mal; y, en tercer lugar, un compromiso performativo, de acción, que es el compromiso de hacer algo para cambiar esa desigualdad.

Agustina — Hablando de hacer algo, ¿me contas un poco de tu trabajo en el Centro de la Mujer de Vicente López?

Marcela — En realidad, se trataba de un organismo local encargado de políticas públicas para mujeres, lo creamos en 1993 con Diana Staubli. Y tenía una perspectiva feminista. Implementa-

mos el primer programa gubernamental contra la violencia de género en la Argentina. Fue lo mejor que hice en mi paso por el poder ejecutivo.

Agustina — Se ganaron un premio ¿no?

Marcela — Sí, de Naciones Unidas.¹

Agustina — Contame de un programa o iniciativa del Centro.

Marcela — Había un programa que se llamaba “Nosotras, Mate y Fútbol”. En ese entonces, era una rareza lo del fútbol femenino, y contábamos con unas trabajadoras sociales súper jóvenes y piolas. El fútbol era, en parte, la excusa o el modo, si querés, para trabajar con las adolescentes la prevención de violencia y el embarazo adolescente.

Agustina — ¿Cuál crees que debería ser la agenda del feminismo hoy?

Marcela — Resistir y organizarse.

Agustina — Quisiera que hablemos un poco de la Reforma constitucional de 1994 ¿vos fuiste parte de ese proceso, no?

Marcela — Sí, como asesora de Alfonsín.

Cuando murió Nino, quedamos en contacto más directo con Alfonsín. Teníamos las ideas que se habían plasmado en el Consejo para la Consolidación de la Democracia, y luego sumamos otras que trabajamos con el propio Alfonsín. Ahí estábamos con Agustín Zbar, Gabriel Bouzat, Carlos Rosenkrantz y Marcelo Alegre.

En un primer momento, Alfonsín me propuso como candidata convencional constituyente por la provincia de Buenos Aires, pero eso no prosperó. Fue la peor elección de la historia del radicalismo hasta ese momento, así que no entré. Siento algo de pena por no haber sido constituyente, pero es un asunto meramente narcisista porque pude hacer aportes como asesora, obviamente en un contexto favorable, con muchas mujeres convencionales y el movimiento feminista activo.

Por un lado, ayudar para que se incorpore las acciones afirmativas entre los derechos políticos, el artículo 37.

¹En 1999, el Centro recibió el Primer Premio de Naciones Unidas para la mejor gestión municipal en Defensa de los Derechos Humanos de las mujeres de Latinoamérica y el Caribe.

También laburé el artículo 75 inciso 23, que para mí era fundamental, porque se logra pasar de una noción de igualdad formal a una igualdad sustantiva. Frente a mi insistencia en ese artículo, Alfonsín me decía: “Si ya pusiste lo de las acciones afirmativas en el 37...” Y yo volvía a la carga, lo interrumpía en sus siestas (él trabajaba sin parar inclusive los fines de semana, solo pedía unos minutos de descanso). Finalmente, en algún momento, Alfonsín sentenció: “¿Y si agregamos contra cualquier forma de discriminación?” Y fue así que le pasé el texto a Lilita Carrió que estaba en la Comisión de asuntos internacionales.

Recuerdo que también me obsesionaba el artículo sobre el amparo, supongo se debía a lo que aprendí con el feminismo: que las divisiones entre fondo y forma son tramposas.

Y luego está la articulación de las mujeres convencionales, las funcionarias feministas y el movimiento que tuvo un rol protagónico para impedir la cláusula Barra, que pretendía incluir un artículo sobre el derecho a la vida desde la concepción, una inclusión que hubiera complicado terriblemente las cosas para la legalización del aborto. Realmente fue un esfuerzo colectivo muy importante. Allí yo pude sumar al discurso y la inserción de Alfonsín sobre el tema, y como la redacción de la reforma permitía la legalización del derecho al aborto. Pero fue una la movida colectiva del feminismo lo que hice posible frenar esa cláusula.

Agustina — ¿Cuáles son para vos los cambios más importantes de la Constitución reformada del 94?

Marcela — El de la concepción de igualdad sustantiva, y la incorporación de los tratados internacionales como parte del derecho argentino.

Agustina — ¿Cómo fue que terminaste como diputada?

Marcela — Por Lilita Carrió.

Agustina — ¿La conociste en la convención constituyente?

Sí, la conocí ahí. Ella ahí se hizo conocida; era una excelente oradora y sabía derecho constitu-

cional. Era muy divertida; iba a Juana La Loca, uno de los dos bares donde nos reuníamos luego de las sesiones, y hacía de celestina. Pero ahí no nos tratamos tanto, fue después. Diana Conti, con quién me llevaba muy bien, me insistía: “Vos deberías ser asesora de la Carrió.” Finalmente me cruzó a Carrió en un pasillo, me para y me dice: “Hace un año que te estoy buscando, quiero que seas asesora mía en el Congreso.” Y con ese estilo tan personal, agrega: “Quiero que te dedique a bajar a leyes todo el artículo 75 inciso 23.” Imaginate, a mí me pareció bárbaro. Originalmente iba a ser algo corto pero la cosa siguió, porque Carrió no dejaba de pedirme proyectos de ley.

Uno que se aprobó, fue el capítulo del código penal que cambio de enmarcamiento de los delitos contra “la honestidad” a delitos contra la integridad sexual.

Agustina — ¿A Carrió le interesaban los temas de género?

Marcela — Bueno, ella me contrató para eso. Más aún, Carrió inicialmente no estaba absolutamente en contra del derecho al aborto. Hay una charla que publicamos entre Diana Maffía y ella, donde Carrió dice algo así como que se vacía a las mujeres si solo se las piensa como un envase reproductor.

Agustina — Luego cambio de posición.

Marcela — Si, cuando empieza a dar la pelea brutal contra los casos de corrupción y lavado de dinero y se vuelca a la religión. Me impresionó mucho empezar a verla con esa cruz gigante colgando.

Agustina — Para entonces vos ya eras diputada por el ARI: entraste en medio de la crisis de 2001, ¿no?

Marcela — Sí. Asumí el 10 de diciembre, y el 19 y 20, estábamos en la plaza con Carrió. Yo iba vestida así, como ahora, en jeans y zapatillas, entonces no me tiraban huevos porque no tenía pinta de diputada. Pero, por eso mismo, tampoco me querían dejar entrar a la Cámara de Diputados. Después los guardias del Congreso me terminaron llamando Marcelita.

Agustina — ¿Y cómo fueron esos días de diciembre siendo diputada?

Marcela — La crisis implicaba estar todas las semanas votando presidentes.

Yo hice la primera denuncia de la represión del 19 y el 20 de diciembre y estaba de turno Servini de Cubría. Después hicimos una sobre lavado de dinero y subversión económica contra algunos banqueros. Recuerdo que íbamos a la comisaría a una cuadra del Congreso. Cargaba una parva de papeles, pero también diskettes porque nos habíamos quedado sin papel y sin tinta. Y nos dicen los oficiales ¿Dónde se cometió el delito? Y yo respondo: “Y... mire, en todas partes. Ahora, si quiere facilitarlo, nosotros somos diputadas, hacemos la denuncia acá y es contra el erario público”, y conseguimos que nos tomaran la denuncia.

También, cuando Rodríguez Saá renunció como presidente provisional, sin aviso previo al Congreso desde San Luis y por televisión, también hicimos una denuncia porque eso era un delito, irse así del cargo sin que le hubieran aceptado la renuncia ¡En medio de tamaña crisis institucional!

Agustina — Impulsaste y ayudaste a redactar y aprobar varias leyes, como la Ley de Matrimonio Igualitario, la de Violencia de Género, la de Anulación de las leyes de obediencia debida y punto final. ¿Cuál recordas con más intensidad?

Marcela — Las de anulación de las leyes de impunidad.

Agustina — Usas el término “leyes de impunidad”, algo que probablemente molestaría muchísimo a Alfonsín.

Marcela — Siempre estuve en contra de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.

En el levantamiento de carapintadas de Rico, en 1987, algunos de los Nino Boys y yo fuimos a Campo de Mayo. Y ahí nos pusimos a conversar con unos oficiales, unos pibes jovencitos, y uno dice justificándose: “Y bueno, los maestros hacen paro, nosotros también tomamos medidas de fuerza”. Y yo le respondo: “Tenés un fusil en la mano, no es lo mismo que el maestro.” No sé

qué creíamos que podíamos hacer ahí, salvar la democracia o qué; éramos jóvenes, altivos y apasionados. Y muy ingenuas e ingenuos.

Luego estuvimos abajo en la Plaza de Mayo, cuando Alfonsín dio el discurso de Felices Pascuas. Varios de nosotros en el Consejo teníamos unas calcomanías que decían: “Yo no los perdono.”

Es cierto que Alfonsín, desde su campaña electoral, ya había hablado de los tres niveles de responsabilidad en la violación de los derechos humanos en la dictadura: los que dictaron las órdenes, los que cometieron excesos en su cumplimiento y los que obedecieron. Solo los dos primeros debían ser punibles porque los terceros habían actuado por coacción o error insalvable. Pero en el Congreso cambiaron el texto del proyecto de ley y establecieron que la presunción de obediencia debida quedaba excluida cuando se tratara de hechos atroces o aberrantes.

Al igual que la ley de autoamnistía, las leyes de impunidad violaban el artículo 29 de la Constitución. A lo largo del proceso de anulación, fundamenté no solo la invalidez sustancial sino también de origen, por la coacción empleada. El mismo Alfonsín había confesado años después de su presidencia que había actuado condicionado.

Agustina — ¿Qué cosas aprendiste siendo diputada?

Marcela — Lo arduo que es debatir. Mientras yo estuve, hablo de tres periodos, vi esa degradación, pero ahora ya es otra cosa. Esta versión de Karina Milei que el mandato de los diputados es “las leyes primero se votan, después se leen” no se lleva bien con la idea de la deliberación.

Y al mismo tiempo aprendí la importancia de sostener la idea y la práctica de la deliberación. También la importancia de construir acuerdos políticos y la complejidad de negociar legislación con múltiples actores. En el Congreso aprendés que una buena idea o un buen proyecto no sirve si no sabés construir los consensos necesarios para aprobarlo. Y para eso hay que comprender que la actividad parlamentaria fundamental ocurre fuera del recinto. Los mejores pro-

yectos y los avances suelen basarse en acuerdos y coaliciones que se van hablando. En algún momento logramos hacerlas con mujeres de distintos partidos políticos. En algunos casos cedí proyectos para que fueran presentadas por miembros del partido mayoritario, el kirchnerismo. Yo me llevaba muy bien con algunas diputadas, aunque les votaba casi todo en contra. También es cierto que les voté algunos proyectos que me parecieron buenos. Nunca tuve disciplina partidaria.

Agustina — O sea, no se te armaron demasiados dilemas entre tu lealtad partidaria y tus convicciones feministas.

Marcela — No, porque votaba según las convicciones feministas.

Agustina — ¿Incluso cuando estabas en la Coalición Cívica?

Marcela — Sí, aunque eso implicara una pelea con Carrió.

Agustina — Hasta el punto en que fue imposible, y te armaste tu monobloque.

Marcela — Así es.

Agustina — ¿Y cómo llevabas esa soledad del monobloque?

Marcela — La soledad es la soledad, pero tener asesoras y asesores ayuda enormemente. Estoy acostumbrada a pensar debatiendo, supongo un legado de los tiempos con Nino y el grupo. Por eso, para mí tener equipos de trabajo siendo diputada fue siempre fundamental, para discutir, en la medida de lo posible, como pares. Y también por la contención emocional.

Agustina — ¿La política partidaria o la política legislativa fue una experiencia ante todo dichosa o muy costosa en tu vida?

Marcela — Depende. Si tuviera que hacer cuentas, no dan bien. Perdí votaciones como nadie (risas).

En cualquier caso, para ese momento de mi vida estuvo bien. Lamentablemente las buenas leyes que aprobamos hoy son objeto de destrucción. La sensación que tengo es que no me queda suficiente vida para participar en la reconstrucción.

Agustina — Además de tu temporada en el Congreso, tuviste otra en el Poder Judicial.

Marcela — Sí. Tuve dos períodos en el Poder Judicial. Uno en el Consejo de la Magistratura, siendo diputada, y luego en la Defensoría General de la Nación, en el Programa para Víctimas de Trata de Personas.

Como consejera, tuve que atender cuestiones bastante ingratas, como las de administración, pero otras interesantes como la de acusación de jueces, que siempre me interesó y en la que logré hacer más.

Agustina — ¿Cómo funciona el Consejo de la Magistratura?

Marcela — Yo pensaba que funcionaba muy mal, escribí sobre cuán horrible funcionaba, pero viendo en perspectiva funcionaba de maravillas comparado con lo que vino después. El cambio que se generó a través de la ley que lo reformó no fue bueno. Varios escribimos en contra de esa ley. Dicho esto, pienso que sigue siendo un sistema mejor que el anterior, donde no había Consejo, pre reforma constitucional, ante todo por la selección de jueces y el jury. Ahora hay que dar un examen, prepararse. Pensá que antes, durante los 80 por ejemplo, se revalidaron la mayoría de los jueces que estuvieron activos en la dictadura en una sesión secreta de 6 minutos por el Congreso. Bueno, ahora eso no pasa. Si hay casos de saltos en el orden de mérito de concurso y casos de acusación de jueces que no prosperan o que no terminan siendo expulsados porque renuncian antes, pero es un paso adelante. Hay rendición de cuentas, imperfecta, pero rendición.

Agustina — ¿Qué es lo que creés que mejor te define?

Marcela — Quizás la feminista que hay en mí. También me gusta ser abogada, desde proyectos de ley a escritos judiciales. Me encanta litigar, pensar la estrategia legal, estar en juicios orales y defender una posición.

Agustina — Sos nuestra MacKinnon.

Marcela — Sería un orgullo.

Agustina — Siguiendo con esto de los orgullos, ¿qué episodios te sacan una sonrisa al recordarlos?

Marcela — Me incomoda hablar de orgullos, pero si puedo responder pensando en aquello que me saca sonrisas. El trabajo en la fiscalía durante el Juicio a las Juntas Militares, pese al horror que pudo probar; la reforma constitucional de 1994 y el Centro de la Mujer de Vicente López.

Agustina — Antes de terminar, hagamos un ping pong de preguntas y respuestas, ¿te parece?

Marcela — Dale.

Agustina — Uno o dos libros que recomendarías a una joven estudiante de derecho.

Marcela — Para alguien que quiere hacer la práctica, los libros introductorios de Genaro Carrío: “Cómo estudiar y cómo argumentar un caso”; “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema.”

Agustina — ¿Uno de tus libros feministas preferidos?

Marcela — Imposible elegir uno, pero disfrute mucho el último de MacKinnon, “Butterfly politics”.

Agustina — ¿Te consideras una persona optimista o pesimista?

Marcela — Mary Beloff dijo que ella era una pesimista esperanzada, o algo por el estilo. Tomo esa expresión, para estos tiempos que corren al menos.

Agustina — ¿Hobbies?

Marcela — Han ido cambiando. Leer es uno, obviamente. Hice Judo, Tai Chi Chuan, Taekwondo, vóley. ¿Sabés que hago ahora? Compró cosas para mis amigos. Busco y encuentro lo que necesitan. Alguien me dice: “Necesito unas cajas para una mudanza de tal cosa, de tal otra”, y yo me encargo. En el camino acumulo una cantidad información inútil, pero es un hobby al fin de cuentas.

Agustina — Sos una shopper.

Marcela — ¡Eso, una shopper!

Agustina — Un fallo desde el regreso de la democracia.

Marcela — FAL, sobre aborto.

Agustina — ¿Y leyes?

Marcela — A mí me gusta bastante cómo quedó la Constitución después de la reforma.

Agustina — ¿Un momento, como una foto feliz, de tu trayectoria profesional?

Marcela — Los 8 de marzo que conmemorábamos en el Centro Municipal de la Mujer. Llegó a haber 1800 mujeres, había varones también. Eran una fiesta. Honraban esta frase de Emma Goldman “Si no puedo bailar, no quiero ser parte de tu revolución”.

Acá (señalando a un rincón del living) está la estatuilla del premio de Naciones Unidas que nos dieron por el trabajo del Centro. El pañuelo es de Diana Staubli, yo lo dejo como si fuera una bandera.



Sunstein y la vuelta de los frenos y contrapesos

por Roberto Gargarella

Una lectura crítica del último libro del prolífico autor, con un gesto argumentativo ... irritante.

3 de marzo de 2026

Introducción

Separation of Powers es el último libro publicado por Cass Sunstein (al menos, para cuando escribo esta nota, en marzo del 2026). Como era de esperar, el libro —que versa sobre un tema bien escogido, y de rabiosa actualidad— reúne muchas de las virtudes y problemas que distinguen a su obra más reciente. Comienzo por las virtudes: se trata de un libro claro, didáctico, escrito por una persona inteligente, llena de ideas, y de las más informadas acerca de la literatura técnica y la jurisprudencia propia de nuestro tiempo. A todo lo dicho, se le agrega otra ventaja adicional, visible en los últimos libros del autor, cual es que Sunstein incorpora a su calificado enfoque la experiencia y conocimientos acumulados luego de su paso por la función pública (Sunstein se desempeñó como administrador del *White House Office of Information and Regulatory Affairs* — OIRA— entre 2009 y 2012).

Los defectos del libro son previsibles y conocidos, por lo que no voy a insistir sobre ellos — Sunstein escribe demasiado, y demasiado rápido, lo que obviamente afecta la calidad y profundidad de sus escritos (examiné algunos de esos problemas en Gargarella 2023). Me limito, en todo caso, a señalar *un* problema, porque subyace a todo este nuevo libro, y a muchos de sus trabajos anteriores. Sunstein viene desarrollando un modo de argumentación peculiar, por el que afirma una tesis o describe un hecho, para más adelante comenzar a calificar sus afirmaciones

hasta mostrar la plausibilidad de la tesis o descripción contraria. Esa forma de argumentación “de ida y vuelta” alcanza en este libro un nivel angustiante, en cada capítulo. Ello, al punto de que, la que podía pensarse como la tesis central de todo el libro, esto es (¡al menos!), una afirmación acerca del valor fundamental de la separación de poderes, contra la defensa *Schmittiana* de un Ejecutivo discrecional, recibe, en la última página del texto, la siguiente desmentida: “*Nothing in this book can be counted as an objection to the grant of a high degree of discretionary power to the president*” (p. 128). Para mi gusto, demasiado.

A continuación, menciono y exploro algunos de los puntos centrales que quisiera controvertir de este oportuno trabajo.

Separación de poderes y “checks and balances”. Lo primero que diría es que llama la atención que un libro enteramente dedicado a pensar sobre el fundamental principio de la separación de poderes, no se tome el trabajo de definir mejor su objeto de estudio. Sunstein postula algunas tesis de interés (por ejemplo, que la separación de poderes es un “concepto sombrilla” que incluye seis tipos de separaciones de poderes, p. 4), pero no fundamenta o justifica su peculiar aproximación al tema: se trata de postulados o afirmaciones categóricas, pero sin mayor respaldo. Entiendo que Sunstein quiera, a su manera, concentrarse en el análisis de la separación de poderes, fundamentalmente. Sin embargo, me resultan extraordinariamente llamativas

dos cosas. Primero, asombra que un libro enteramente dedicado a la separación entre las ramas de gobierno, no se detenga a examinar la relación entre el principio de la separación de poderes, y el principio de los “checks and balances.” Mucho más (o menos) que eso: el crucial principio de los “checks and balances” —que representa, ni más ni menos, que la forma específica en que el constitucionalismo norteamericano intervino, modificó y reconstruyó la Lockean propuesta de la separación de poderes— sólo es mencionado al pasar, en tres oportunidades, a lo largo de todo el libro (en las páginas 5—6, 121 y 152).

La omisión es sorprendente, dado que todo el debate norteamericano actual, en la materia (siendo que buena parte de la jurisprudencia reciente parece girar en torno a las “major questions doctrine”, y las facultades “exclusivas” de cada rama de gobierno) necesita hacer referencia al principio de los “checks and balances”, que requiere que cada poder se relacione con —y asuma en parte los poderes de— las otras ramas del poder. Mucho más que eso: para la actualidad de la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, de notable anclaje “originalista”, debiera resultar fundamental el reconocimiento de que, tal vez, el punto central de la creación institucional durante el “framing period”, fue el abandono de la tesis inglesa, de tonalidad radical, sobre la *strict separation of Powers* (una tesis como la que pudiera defender Thomas Paine, en Pennsylvania, Paine 1989), y su reemplazo por otra alternativa, que propiciaba la parcial superposición, la permanente interrelación y el control mutuo, entre las distintas ramas de gobierno. Ello así, tal como lo explicara, magistralmente, Maurice Vile (otro autor que, extrañamente, aquí no es citado), en su clásico libro sobre la separación de poderes (Vile 1967). (Por ello es que, por ejemplo, en *Federalist Papers* n. 47, Madison citó a Montesquieu para decir que el francés “*did not mean that these departments ought to have no PARTIAL AGENCY in, or no CONTROL over, the acts of each other*”; y por ello es que (tal vez en el párrafo más

citado de los célebres *Federalist Papers*, del n. 51) Madison habló de la necesidad de asegurar que cada rama de gobierno pudiera *resist encroachments of the others*; y, en ese sentido, de que “*ambition must be made to counteract ambition*”).

El uso de la historia y la democracia deliberativa. Aunque, desde hace varias décadas, abogo por una concepción normativa afín a la democracia dialógica (y ello así, al menos en parte, influido por el propio Cass Sunstein, en Chicago), encuentro problemas en los modos en que Sunstein fundamenta a la misma (Gargarella 2022). En particular, objetaría el anclaje histórico que el autor quiere darle a la concepción deliberativa. El punto parece tan central y fundacional, en su propuesta que, desde el mismo comienzo del libro, él afirma que “*consistent with the founding conception of republicanism, the Constitution and the system of separation of powers aimed to create a deliberative democracy—one that combined accountability with reason—giving in the public domain*” (pp. 2 y 3). Desde ya, esta cuestión, como una mayoría de los temas que en esta obra se abordan (y esto genera un problema para el análisis crítico del libro), ya fueron defendidas y argumentadas por el autor en una diversidad de trabajos previos, y desde hace mucho tiempo (en particular, Sunstein 1993). Sunstein apoya la idea de que los “padres fundadores” procuraban (algo así como) una democracia deliberativa, recurriendo a citas aisladas de Madison o Hamilton que no alcanzan para desafiar el sentido corriente en la materia. Me refiero a la común asunción de que políticos como Madison suscribían (algo así como) lo que la teoría ha denominado una concepción “pluralista” de la democracia (Dahl 1956). Esto es decir, suscribían una concepción de la democracia que los teóricos en la materia (no identifican con, sino que, más bien) contrastan u oponen, al ideal deliberativo (Held 1987). En todo caso, no es mi interés aquí el de disputar esa cuestión (¿suscribían los “padres fundadores” un ideal deliberativo? ¿realmente?). Me conformo, por un lado, con señalar que Sunstein necesita hacer un esfuerzo

mayor, antes de simplemente afirmar ese punto controvertido, como lo viene haciendo, es decir, sin un robusto trabajo argumentativo. Por otro lado, quiero subrayar que la cuestión no es menor, porque —como sabemos, y como resulta obvio— al reclamar para su postura un *pedigree* semejante, el autor coloca a sus críticos en un lugar incómodo (¿cómo criticar una determinada institución o práctica que, según el especialista, era abrazada decididamente por los “padres fundadores”?). En definitiva: veo un problema en el modo en que Sunstein (una vez más) pone a la historia al servicio de su teoría y, por tanto, en el modo en que ese relato es utilizado luego, en la argumentación. (Me pasa con Sunstein y la democracia deliberativa, en la teoría constitucional, algo similar a lo que me ocurre con Philip Pettit y el principio de no—dominación, en la filosofía política. Para Pettit también resulta fundamental decir que un principio central y controvertido de su teoría —la libertad como no—dominación— cuenta, en verdad, con un rotundo respaldo histórico. Según él, dicha polémica idea de libertad encuentra respaldo en “la República romana,” en la “Italia medieval y renacentista,” en la “Europa y Gran Bretaña” de los siglos xvii y xviii y, eventualmente, en “la América Revolucionaria”, Pettit 2012. Sin embargo, ese reclamo fundamental es muy disputable, y el proclamado anclaje histórico (que podría proveer de solidez a esa afirmación) es difícil de sostener a la luz de los datos históricos efectivos con los que contamos.).

Una lectura elitista de la democracia deliberativa. Otro problema que observo en el libro, relacionado con los anteriores, tiene que ver con la teoría normativa de la democracia —la concepción deliberativa— que sirve como fundamento del libro. Aquí, una vez más, enfrentamos un problema conceptual: nos encontramos con un concepto llamado a jugar un papel central en *Separation of Powers* —la democracia deliberativa— pero al que no se lo define más o menos apropiadamente (ver también Sunstein 1988, 1991, 1993). Esto, obviamente, implica un problema signifi-

cativo —más cuando, como viéramos, en apoyo de la idea de la democracia deliberativa, se ofrece un basamento histórico muy endeble. Más allá de lo dicho, los indicios que presenta el libro, acerca de cómo se concibe a la democracia deliberativa, nos refieren, en mi opinión, a una postura inatractiva, elitista. Sunstein habla de una concepción que combina “*accountability with reason—giving in the public domain*” (p.3). Esa aproximación es curiosa porque, por un lado, muestra una clara reminiscencia Habermasiana, a través del énfasis en las nociones de “*reason giving*” y “*public domain*” (aunque Jürgen Habermas no aparece citado en el libro, cuando sí lo era en trabajos anteriores del autor). Sin embargo, esa misma noción esquiva el núcleo central de la definición de Habermas en la materia, que remite a la intervención de “*todos los potencialmente afectados*” (Habermas 1996, 1998). Esa omisión no se explica, en el libro, pero se entiende: ocurre que Sunstein está suscribiendo, finalmente, una noción Burkeana o elitista de deliberación, conforme a la caracterización que hiciera al respecto James Fishkin, una de las autoridades académicas en la teoría democrática (Fishkin 2009, 2011). Fishkin habla de una “*elite deliberation*”, cuando la misma se concentra, exclusivamente, en el proceso de “*reason—giving*” por parte de expertos, comités de especialistas, técnicos, etc. Mientras tanto, Fishkin reserva el concepto de “*deliberative democracy*” a aquellos casos en los cuales el proceso de intercambio de razones alcanza o busca alcanzar, tanto como sea posible, a “*todos los potencialmente afectados*”. En conclusión: veo un problema en la falta de caracterización precisa, que ofrece Sunstein, de la “*democracia deliberativa*”; y entiendo que ese problema se agrava porque, en los hechos, él termina denominando equívocamente “*democracia deliberativa*” a lo que doctrinarios como Fishkin llaman (como lo haría yo) “*elite deliberation*”. Por supuesto, cualquier autor puede abrazar los fundamentos normativos que prefiera —aquí no estamos frente a una crítica simplemente “*ideológica*”. El problema es que, aquí, no

queda en claro qué es lo que significa e implica, o de dónde sale o en dónde se asienta, esa mirada sobre la democracia. Más allá de lo dicho, debe subrayarse que la concepción de la democracia auspiciada por Sunstein nos refiere a una noción controvertida, al menos, dentro de la teoría contemporánea, pero que está llamada a jugar —como veremos enseguida— un papel fundamental en el resto de la argumentación del libro (i.e., respaldando, por caso, la discrecionalidad del Ejecutivo, a partir de razones “deliberativas” que la tradición teoría dialógica —la de Habermas o Carlos Nino— impugnaría). Aquí está en juego, en definitiva, un problema mayor, y del que aquí no puedo ocuparme como quisiera (un problema que afecta, en verdad, a buena parte de la doctrina contemporánea, Ginsburg & Huq 2018), cual es el del *colapso de la democracia en el constitucionalismo* (o, en las tres ramas de gobierno). Como tantos autores contemporáneos, Sunstein parece *to conflate* las ideas de constitucionalismo y democracia

La democracia epistémica, y el Poder Ejecutivo (“by far the most knowledgeable”). Procurando continuar con el legado Habermasiano, muchos hemos abogado por una justificación epistémica de la democracia (Nino 1991, Cohen 1986, Gargarella 2022). Dicha visión toma como su punto de partida la noción, propuesta por John Stuart Mill, según la cual cada persona es “el mejor juez de sus propios intereses” (Mill 1859, Dahl 1956). De allí el valor de una concepción no—elitista, sino deliberativa, de la democracia, que procure tomar efectivamente en cuenta, y tanto como sea posible, el “punto de vista de todos los potencialmente afectados” (Habermas 1996). Para la concepción epistémica, entonces, la justificación de la democracia se vincula con su capacidad para la construcción (o el conocimiento) de decisiones imparciales —una imparcialidad que se asocia con la inclusión y el procesamiento de (en la medida de lo posible, todos) los diversos puntos de vista existentes en la comunidad. Desde esta perspectiva, un proceso de amplia discusión pública tiene una mayor “po-

tencia epistémica” que una discusión legislativa; como una discusión legislativa tiene una mayor “potencia epistémica” que una decisión unilateral del Ejecutivo. Ello así, simplemente, porque tales procesos de deliberación inclusiva reducen los riesgos de la parcialidad/discrecionalidad o, en otros términos, maximizan las chances de decidir imparcialmente.

Sin embargo, tal como anticipara, la visión epistémica descrita no es la concepción de la democracia implícita en los *Federalist Papers* o en los trabajos de Sunstein, donde se sostiene, según dijéramos, una concepción más bien opuesta, la de la deliberación elitista. Desde esta última perspectiva, entonces, la ecuación antes expuesta resulta invertida. Ahora, el Poder Ejecutivo (una rama política unipersonal que, para comenzar no incorpora, estructuralmente, los puntos de vista provenientes de toda la diversidad geográfica del país, como lo hace el Congreso) resulta descrito de una manera que transforma a sus desventajas expuestas, en virtudes de su funcionamiento. Por asumir esta perspectiva, por ejemplo, Alexander Hamilton pudo afirmar del Presidente que: “a single well directed man by a single understanding, cannot be distracted by that diversity of views, feelings and interests, which frequently distract and warp the resolutions of a collective body” (*Federalist Papers* n. 76). De manera similar, y a pesar de reconocer los riesgos de la discrecionalidad presidencial (“the most dangerous branch”), la *group polarization*, el *deep state*, o el “happy talk” al que se somete al Presidente (capítulo 6), Sunstein puede sostener en su libro, de manera contundente, que “the executive is by far the most knowledgeable” (p. 37), o que “the informational advantages of the executive Branch are an essential part of thinking about the contemporary system of separation of powers” (p. 40).

Tanto las afirmaciones de Sunstein, como la forma en que las sostiene, resultan muy polémicas. En particular, aparece como algo asombrosa (al menos, desde mi perspectiva) la manera en que (des)califica las aptitudes epistémi-

cas del Congreso, luego de ensalzar las del Presidente. Él reconoce que los congresistas también pueden obtener información a través de *hearings*, o consultando expertos. Pero sin embargo —agrega— “*members of Congress are also generalists, their staffs are relatively small, and they have to focus on reelection*” (p.45). ¿Y el Presidente no? —le preguntaría. ¿No se encuentran los Presidentes interesados, de manera especial, en las próximas elecciones (o en la reelección posible)? Señalado lo anterior (que no me parece correcto resistir ciertas intervenciones del Congreso en razón de defectos que, para el caso del Ejecutivo, parecen operar como virtudes) diría que, más allá de las posibilidades de rodearse de expertos y técnicos, el valor diferencial a favor de la discusión pública abierta, o la discusión legislativa, se encuentra en que allí nos encontramos, de manera estructural, con la ventaja de contar con la intervención de la mayor diversidad (geográfica, ideológica, etc.) posible.

Por ello es que, para las grandes decisiones (y así también, para las *major questions*) la discusión inclusiva elogiada por Habermas cuenta con grandes ventajas (epistémicas). Imaginemos, por caso, que se debate la decisión de entrar o no en guerra, contra el estado x. Entonces, hará toda la diferencia del mundo que la decisión la tome un Ejecutivo unipersonal (aún rodeado de múltiples equipos técnicos) o un órgano con representantes provenientes de todos los puntos del país. Y es que sólo esta última alternativa nos permite conocer qué es lo que piensan al respecto, por ejemplo, los padres de familia que se verán obligados a enviar a sus hijos a morir en el campo de batalla. O pensemos, para tomar un caso más cercano, en el COVID—19, y la pandemia. Entonces, los grandes equipos técnicos convocados por el Ejecutivo (médicos, epidemiólogos, etc.) pasaron a jugar un papel central en las críticas decisiones tomadas (confinamiento, etc.) lo que redundó —de manera no sorpresiva— en opciones indebidamente sesgadas, que tendieron a considerar como irrelevantes, asuntos cruciales tales como, por ejemplo, las consecuencias que

podía tener el confinamiento largo sobre la salud mental de los menores; o el significado que podían tener los mandatos de “encierro y lavado de manos”, sobre poblaciones pobres que vivían en situaciones de hacinamiento o sin acceso al agua (Gargarella 2020a, Gargarella 2020b). En definitiva, a la democracia (deliberativa) ve más como problema que como virtud a la discusión de expertos que, eventualmente, puede favorecer el Ejecutivo, en su discrecionalidad. La democracia deliberativa prefiere y favorece, por ello, sin cortapisas, los procesos inclusivos de discusión pública.

El *real world* de la separación de poderes: motivaciones e incentivos institucionales. El último punto al que quiero referirme tiene que ver con las apelaciones que Sunstein viene haciendo al funcionamiento “real” de las instituciones. Aquí, por ejemplo, a Sunstein le interesa dejar en claro que “*we are speaking of the real world of the separation of powers*” (p. 46). Por supuesto que todos —aún quienes, como en mi caso, preferimos trabajar dentro del marco estricto de un “ideal regulativo”— reconocemos el valor de la aproximación “contextual” al tema (una sensible al tiempo y el espacio). Sin embargo, como siempre, todo termina dependiendo del “cómo” —cómo es que se lleva a cabo ese análisis “contextual”.

En líneas generales, diría que la doctrina jurídica norteamericana, muestra, entre sus virtudes, una inclinación a pensar “contextualmente.” Sin embargo, muchas veces, esa saludable inclinación se transforma en un riesgo: el de que la teoría quede encerrada en (o fascinada por) algunas “grandes narrativas” (y “contra—narrativas”) con anclaje histórico. Mencionaría dos de esas “grandes narrativas”, en particular. Por un lado, parte de la doctrina, interesada en defender (ciertos modos de) el control judicial de las leyes, ha quedado anclada o presa dentro de la “gran narrativa” de la Corte Warren. Ella asume, por tanto, que hay razones para pensar en un ejercicio de la función judicial que insista o retome las formas de la *judicial review* propias

de un período específico de la historia —el de la Corte liderada por Earl Warren, que se convertiría en paladín de los derechos civiles y políticos (Fiss 1976, Ely 1980). Por otro lado, otra parte de la doctrina ha quedado presa dentro de la “gran narrativa” de la Presidencia de Roosevelt, el *New Deal*, y fallos como *Chevron*, y sigue pensando el derecho constitucional como si fuera posible reproducir, en este tiempo, al tipo de estado regulador que fuera propio de comienzos del siglo xx (Sunstein pareció, durante mucho tiempo, suscribir esta narrativa, ie, Sunstein 1990). En este libro, Sunstein nos presenta, y en parte objeta (y como siempre, en parte defiende) otra “gran narrativa”, que sería, de alguna manera, una opuesta a la anterior. Se trataría de (lo que denominaría aquí) una contra—narrativa (arraigada en la vieja doctrina de la *non—delegation*, y anclada hoy en el sostén de las *major questions doctrine*, caps. 9 y 10) que vendría a decirnos que el principal problema constitucional de nuestro tiempo es que “*after the New Deal, the United States has seen the rise of a ‘headless fourth branch’*” (p.60). Una contra—narrativa que hace “*an effort to restore a (perceived) status quo ante*” (pp. 59—60).

Ahora bien, la valiosa vocación exhibida habitualmente por Sunstein para pensar al derecho constitucional de manera “situada” y vinculada con el *real world*, se expresa en este libro de una manera que considero exagerada o impropia. Tal vez por partir de supuestos teóricos hoy más provisionales o “móviles”; o por hacer derecho constitucional de un modo demasiado apegado al contexto histórico, la teoría de Sunstein se convierte en una sometida a la práctica, y así, con dificultades para tomar distancia y reflexionar sobre ella de manera crítica. Por ello la tendencia, tan común en este libro, de hacer una afirmación teórica o empírica fuerte, para desmentirla o diluirla enseguida, a la luz de la “práctica real”. Entonces, y hablando del Poder Ejecutivo, Sunstein puede concluir su análisis (aludiendo a Trump II y) diciendo que “*if the president really were X, then the picture I have offered here would not be realistic*” (p. 56); o, refiriéndose

a la actual, y ultra—conservadora Corte Suprema, puede concluir su análisis diciendo que “*on those assumptions, judicial review would not be a good idea*” (ibid.). El mayor riesgo es que el próximo paso sea hegeliano, y Sunstein llegue a sostener, como pudo hacerlo Hegel en su *Filosofía del Derecho*, que “lo que es racional es real, y lo que es real es racional” (Hegel 2012).

Conclusión

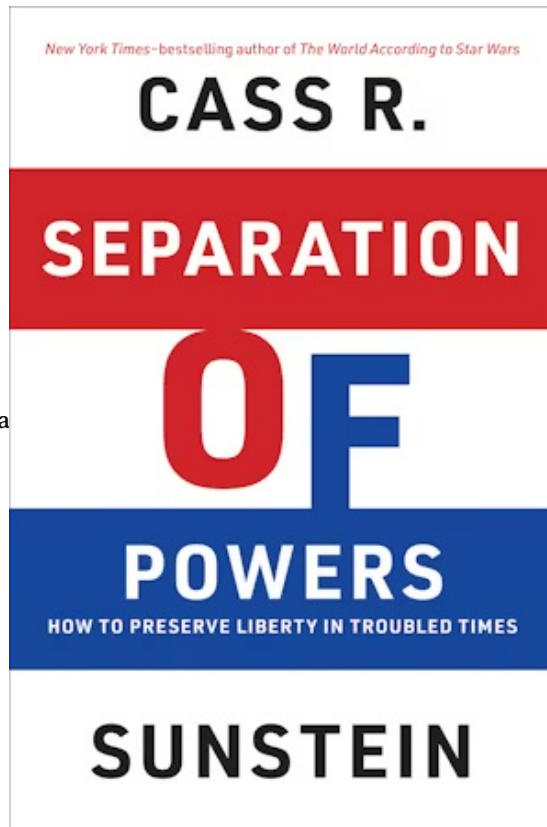
En las páginas anteriores, presenté y discutí, de manera crítica, algunas de las notas centrales del nuevo libro de Cass Sunstein, *Separation of Powers*. Como todos sus libros, éste destaca por la creatividad, originalidad, y conocimientos de su autor, que además hoy enriquece sus estudios con un Hartiano “punto de vista interno”: el del doctrinario que pudo mirar al Estado Regulador desde adentro. Me interesó, en todo caso, poner el foco en algunos de los varios problemas que encuentro en el texto, con la esperanza de que tales comentarios sirvan para prolongar esta larga e ilustrada conversación a la que Sunstein nos viene convocando, desde hace tantas y productivas décadas.

Bibliografía

- Cohen, J. (1986), “An Epistemic Conception of Democracy,” *Ethics*, Vol. 97, No. 1, Oct.
- Dahl, R. (1956), *A Preface to Democratic Theory*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Ely, J. (1980), *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press.
- Fishkin, J. S. (2009). *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*. Oxford: Oxford University Press.
- Fishkin, J. S. (2011). “Deliberative Democracy and Constitutions.” *Social Philosophy and Policy*, 28(1), 242–260.
- Fiss, O. (1976), “Groups and the Equal Protection Clause,” *Philosophy and Public Affairs*, 5 (2): 107–177.
- Gargarella, R. (2020a) “Argentina: Facing Coronavirus in the Shadow of the Rule of Law” *Bill of Health. Harvard Law*, <https://blog.petri>

eflom.law.harvard.edu/2020/06/08/argentina-global-responses-covid19/

- Gargarella, R. (2020b) "The Fight Against COVID-19 in Argentina: Executive vs Legislative Branch," *Verfassungsblog. On Matters Constitutional* (1/6/2020), <https://verfassungsblog.de/author/roberto-gargarella/>
- Gargarella, R. (2022), *The Law as a Conversation Among Equals*, Cambridge: Cambridge University Press.
- "Back to the sources. Review of Cass Sunstein's *Interpreting the Constitution*," *Balkinization Blog*, Dec. 18th (2023), <https://balkin.blogspot.com/search?q=gargarella>
- Ginsburg, T.; Huq, A. (2018), *How to save a Constitutional Democracy*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Habermas, J. [1992] (1996), *Between Facts and Norms*, (Original *Faktizität und Geltung*), trans. W. Rehg, MIT Press, Cambridge, MA.
- Habermas, J., (1998). *The inclusion of the other: Studies in political theory*, Cambridge, MA: The MIT Press.
- Hamilton, A.; Madison, J.; Jay, J. (1988), *The Federalist Papers*, New York: Bantam Books.
- Hegel, W. (2012), *The Philosophy of Right*, London, Lexicos Publ.
- Mill, J. [1859] 2003, *On Liberty*, London: Dover Publications Inc.
- Nino, C. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Paine, T. (1989), *Political Writings*, ed. by B. Kucklick, Cambridge: Cambridge University Press.
- Pettit, P. (2012), *On the People's Terms*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Sunstein, C. (1988), "Beyond the Republican Revival," 97 *Yale L. J.* 1539.
- Sunstein, C. (1991), "Preferences and Politics" 20 *Philosophy and Public Affairs* 3.
- Sunstein, C. (1993), *The Partial Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.
- Vile, M.J.C. (1967), *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis: Liberty Fund.



RESEÑAS

Inocentes: la ciencia forense

por Camila Vicintin

¿Cuántas personas están hoy encarceladas injustamente porque la ciencia fue mal aplicada en los tribunales?

¿Cuántas personas están hoy encarceladas injustamente porque la ciencia fue mal aplicada en los tribunales? El dato sobre condenas erróneas es que no existen datos sistematizados, pero sí abundan las historias. A partir de esa premisa, el autor conduce al/a lector/a por un recorrido de casos emblemáticos, nacionales e internacionales, que permiten dimensionar la magnitud del problema. Publicado en 2025 por la Editorial El Gato y la Caja, el libro *Inocentes: la ciencia forense en el laberinto judicial* es el resultado del trabajo conjunto entre su autor, Pablo Esteban —doctor en Comunicación por la UNLP—, la editorial —reconocida por combinar ciencia y diseño como herramientas de análisis y comprensión del mundo— e Innocence Project Argentina, una organización dedicada al estudio y litigio de casos de condenas erróneas.

Desde las primeras páginas, se advierte con claridad el propósito de la obra: tender un puente entre la ciencia forense y el debate público y judicial, al mostrar la fragilidad de ciertas pruebas que ingresan al proceso penal y que resultan decisivas al momento de condenar o absolver a una persona. Uno de los aportes más relevantes del libro es poner al alcance de un público amplio —incluida la comunidad jurídica— una reflexión crítica sobre las tensiones entre ciencia y justicia, evitando tecnicismos innecesarios.

La estructura de la obra se organiza en una introducción, cinco capítulos temáticos, un cierre dedicado a los desafíos de comunicar estas problemáticas y un fichero de casos que reúne catorce condenas erróneas basadas en un uso defectuoso de la ciencia. Bajo la categoría de “ciencia forense mala o defectuosa” se incluyen discipli-

nas inválidas o poco confiables, técnicas de análisis sin validación suficiente, testimonios expertos exagerados, imprecisos o equivocados, errores en la realización de pruebas o en la interpretación de resultados y, en algunos casos, conductas indebidas de peritas/os o laboratorios. Un hilo conductor atraviesa toda la obra: cuando la investigación es deficiente, la prueba pierde solidez y abre la puerta a condenas injustas, que pueden llevar a personas inocentes a pasar años —o incluso toda su vida— en prisión.

Los casos incluidos en el fichero se entrelazan con los capítulos y funcionan como disparadores de interrogantes centrales. Cada eje temático aborda problemáticas específicas: la fragilidad de la memoria y su incidencia en los testimonios y en las ruedas de reconocimiento; el alcance y los límites de la prueba de ADN, junto con los debates en torno a las bases de datos genéticas en Argentina; la controversia científica sobre la odorología y la admisibilidad de los perros detectores como prueba pericial; los cambios en el consenso científico respecto del diagnóstico del Síndrome del Bebé Sacudido y su impacto en la judicialización de causas; y, finalmente, las dificultades que enfrentan las/los operadores/as judiciales al entrevistar a niñas y niños presuntas/os víctimas o testigos de abuso. Cada capítulo concluye con la sección “Ciencia y justicia”, en la que se profundizan los desafíos de la interacción interdisciplinaria. El intercambio entre abogadas/os, peritas/os, científicas/os y comunicadoras/es atraviesa cada uno de los temas abordados, y en esto reside el valor agregado de esta publicación.

A lo largo del libro, en cada historia real relatada, se evidencia también otro factor que atraviesa estas condenas: los sesgos de clase y de género presentes en la actuación de las/los operadores/as judiciales. Como explica Esteban, estos prejuicios profundizan lo que denomina “la teoría de la visión del túnel”: una construcción del caso a partir de aspectos iniciales que llaman la atención, tras lo cual se abandona la investiga-

ción objetiva y solo se buscan pruebas que refuerzan la hipótesis de origen.

A continuación, se presentarán algunos de los casos emblemáticos a partir de los cuales Esteban organiza su investigación. Luego, se señalarán algunos de los temas tratados en cada capítulo y, finalmente, se ofrecerán reflexiones sobre el aporte del libro a la comunidad jurídica.

Cuando la justicia encarcela a inocentes

En 2001, Cristina Vázquez fue condenada en Misiones por un homicidio que no cometió. Tenía apenas diecinueve años y ninguna prueba sólida la vinculaba al hecho. Su condena se basó en testimonios débiles, interpretaciones sesgadas y pericias poco confiables. Pasó más de una década en prisión hasta que, en 2019, la Corte Suprema de Justicia de la Nación la absolvió por insuficiencia probatoria. Pero el daño ya era irreversible: pocos meses después de recuperar la libertad, Cristina se quitó la vida.

El suyo no fue un caso aislado. Fernando Carrera, condenado en 2007 por la llamada “masacre de Pompeya”, estuvo once años en prisión debido a errores judiciales apoyados en testimonios tergiversados y pericias balísticas irregulares. Martín Muñoz recibió prisión perpetua en 2010 tras una rueda de reconocimiento plagada de inconsistencias que impedían garantizar su fiabilidad. Santos Clemente Vera permaneció más de diez años privado de libertad por una prueba genética de origen dudoso. Marcos Bazán fue declarado culpable pese a las irregularidades de la prueba odorífica y la ausencia de otras evidencias. Y la lista podría continuar. Estos y otros casos, relatados en el libro, muestran cómo la ciencia forense, lejos de aportar certezas, puede convertirse en un terreno fértil para el error y la arbitrariedad cuando se aplica sin rigor. El libro se erige como un llamado de atención: no es posible decidir sobre la libertad o la vida de las personas a partir de pruebas mal obtenidas, interpretadas con superficialidad o atravesadas por sesgos.

Pablo Esteban explora también las presiones sociales y mediáticas que rodean las causas penales, la escasez de datos sobre condenas injustas y el impacto de casos emblemáticos. Además, reflexiona sobre la “cultura de la cancelación”, “las etiquetas criminales” que presentan ciertos grupos sociales y las diferencias estructurales entre la lógica de la ciencia y la lógica de la justicia. Lo adelanta con claridad: ciencia y justicia son “dos ecosistemas muy distintos” que se expresan en lenguajes ajenos. Mientras la ciencia avanza formulando nuevas preguntas y se aproxima a la certeza sin alcanzarla del todo, la justicia busca respuestas inmediatas y certezas absolutas.

En el capítulo “Hacer memoria” el eje puesto en cuestión es la fragilidad de la memoria humana en los testimonios, los “errores por atribución de fuente” y las deficiencias de las ruedas de reconocimiento en Argentina. También revisa la influencia de la sugestión en los interrogatorios y subraya la necesidad de profesionales de la psicología forense en la evaluación de credibilidad, así como también la necesidad de formación de los abogados/as en torno a cómo funciona la memoria y cuáles son sus mitos. En el capítulo 2, “ADN”, Esteban repasa los avances de la genética forense en Argentina y los problemas derivados de la falta de estandarización en la recolección de rastros genéticos. Aborda también la evolución del Registro Nacional de Datos Genéticos en la Argentina, sus debates sobre la privacidad y las dificultades existentes en torno a compartir información entre jurisdicciones, además de señalar la coexistencia de distintos softwares y las tensiones políticas asociadas. En el capítulo 3, “El perito y su perrito”, se cuestiona el uso de perros de detección de olores como prueba judicial al discutir su bajo nivel de fiabilidad y su carácter experimental. Se plantea si su utilización debe limitarse a la investigación preliminar en lugar de admitirse como prueba pericial.

En el capítulo 4, “Síndrome del Bebé Sacudido”, el autor nos muestra cómo los consensos científicos cambian con el tiempo y cómo esto

impacta en el ámbito judicial. En este sentido, explica la triada de lesiones clásicamente asociada al diagnóstico y su revisión crítica, contrastando la admisibilidad probatoria en Argentina con la práctica estadounidense. Señala también las distintas tensiones y puntos de vista de distintos profesionales en la materia sobre el diagnóstico. En el capítulo 5, “Abusos”, Esteban analiza las dificultades en las entrevistas a niños y niñas víctimas o testigos de abuso. Señala la insuficiente formación de quienes realizan pericias, los riesgos de contaminación de la memoria infantil y el uso de métodos obsoletos para evaluar la verosimilitud de los relatos. Por último, en el capítulo 6, “Comunicación”, el autor destaca la dimensión política que implica la comunicación pública de la ciencia —y también de la justicia—, al subrayar la necesidad de devolver al/la lector/a, entendido como la ciudadanía en general, un lugar central en ese proceso. De este modo, plantea que reconocer al/a la destinatario/a puede convertirse en una vía para cuestionar y desarticular el régimen de privilegios y jerarquías que atraviesa tanto la escritura científica como la judicial.

Finalmente, el libro incluye un apartado de bibliografía con referencias a libros, artículos científicos, notas periodísticas y documentales, así como el listado completo de las personas entrevistadas —peritos/as, científicos/as y abogados/as— que enriquecen la obra con sus aportes. Asimismo, se incorpora un fichero en el que se narran, con un lenguaje claro y accesible, catorce casos reales nacionales e internacionales de condenas erróneas sustentadas en evidencia cuestionable. Estos recursos constituyen un material de gran valor pedagógico, especialmente útil para la formación y el trabajo académico en el ámbito judicial.

Reflexiones finales: el aporte del libro en el contexto argentino

En el libro se plantea una premisa contundente: la ciencia le habla a la ciencia y la justicia le habla a la justicia. Ambos campos generan diálogos internos, entre colegas, en los que la ciudadanía queda excluida (pág. 177). Ante este panorama, surge un interrogante central: ¿cómo responde la justicia frente a una controversia científica? Lo cierto es que jueces/zas, fiscales/as y defensores/as se enfrentan habitualmente a peritajes complejos sin contar con la formación ni los recursos suficientes para evaluarlos críticamente. Ello conduce a decisiones de enorme trascendencia, sustentadas en evidencias de baja o dudosa calidad.

El valor de la obra se proyecta en dos planos. En el plano pedagógico, ofrece a los/as estudiantes de derecho una guía crítica para el abordaje de la prueba pericial, lo que obliga a replantear la enseñanza jurídica e incorporar nociones de epistemología, psicología cognitiva y ciencias forenses. Además, advierte sobre la necesidad de una formación interdisciplinaria y evidencia el peso de los sesgos de clase y género en los errores judiciales. En el plano profesional, constituye una herramienta práctica para litigantes: provee argumentos para impugnar peritajes defectuosos, exigir estándares adecuados y mostrar cómo la pretendida neutralidad técnica puede, en realidad, encubrir arbitrariedad.

Estas reflexiones resultan especialmente pertinentes en el contexto de la implementación progresiva del Código Procesal Penal Federal (CPPF)¹, donde el sistema acusatorio requiere robustecer la litigación en torno a la prueba científica. El libro se enlaza, así, con debates centrales de la justicia contemporánea: la necesidad de juicios orales con auténtico contradictorio, la fijación de estándares probatorios claros y la formación en razonamiento científico. Desde la perspectiva del derecho procesal penal, co-

¹La entrada en vigencia del CPPF se está llevando a cabo según el cronograma que determine el Ministerio de Justicia. Esto de acuerdo a las atribuciones previstas por la Ley No 27.150, que asigna a dicha cartera la facultad de establecer el cronograma de implementación progresiva del nuevo sistema de enjuiciamiento (Cfr. Art. 2o, modificado por el Decreto No 188/2024).

bra relevancia también la obra de Gascón Abellán (2021)², que propone ideas para un “control de fiabilidad” de las pruebas forenses. Además, se destaca la importancia del lenguaje claro como herramienta para robustecer el diálogo democrático entre operadores/as de justicia, jueces/zas, jurados, científicos/as y ciudadanía en general. El mismo autor afirma que democratizar las condiciones de acceso y participación en la justicia a partir de la comunicación también es hacer justicia (pág. 171).

Lejos de un enfoque pesimista, la obra plantea posibles líneas de acción: formar abogados/as en razonamiento científico, establecer protocolos rigurosos, abrir el sistema a la revisión de condenas y fomentar el diálogo interdisciplinario. Estas propuestas amplían el horizonte crí-

co de la justicia penal y contribuyen a repensar la enseñanza del derecho en clave más integral y conectada con los saberes científicos. *Inocentes* promueve una mirada crítica frente a la autoridad de los/as peritos/as. La ciencia, bien aplicada, puede servir a la justicia, pero cuando se degrada en tecnicismo o “ciencia basura” (pág. 16), se convierte en un obstáculo.

El libro deja en claro que las condenas erróneas no son anomalías sino síntomas de un sistema. Recordarlo es el mayor mérito de la obra: el derecho no puede operar al margen de la ciencia y que la búsqueda de justicia requiere humildad epistemológica, formación interdisciplinaria y compromiso ético. Una justicia más justa solo puede construirse a partir de esa premisa. ■



Detalle de la portada

²Gascón Abellán, M. (2021). Ideas para un “control de fiabilidad” de las pruebas forenses. Un punto de partida para seguir discutiendo. En P. Rovatti (Coord.), *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal* (pp. 51–81). Ciudad de México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Crítica del Derecho

Año 2, Vol. 3 — marzo de 2026

En este número: Agustina Ramón Michel, Alejandro Carrió, Ana Longoni, Anna Mastromarino, Armin von Bogdandy, Camila Vicintin, Cass Sunstein, Cristina Lafont, Emiliano Vitaliani, Georgina Amaro Piccinini, Gustavo Arballo, Gustavo Maurino, Joaquín Millon Quintana, José Ignacio Hernández, José Luis Martí, Jürgen Habermas, Klaus Günther, La Imagen Justa, Laura Ronchetti, Leonardo García Jaramillo, Leticia Vita, Marina Velasco, Michael Sandel, Miguel Gualano de Godoy, Patricio Méndez Montenegro, Rainer Forst, Ramiro Álvarez Ugarte, Roberto Gargarella, Rubén Lo Vuolo, Seyla Benhabib, Silvina Alvarez Medina.

WWW.LACRITICA.AR