

▲ 20.500.-

La actual etapa de construcción o reconstrucción del Estado de Derecho en la mayoría de los países de América Latina plantea problemas frente a los cuales tenemos el deber de opinar y proponer nuevos caminos. Con ese objeto, en octubre de 1989, se realizó en Buenos Aires, en el Centro de Investigaciones Sociales sobre el Estado y la Administración (CISEA) el seminario sobre "El Derecho en la transición de la dictadura a la democracia".

En estos dos tomos Enrique I. Groisman recoge los trabajos que presentaron investigadores argentinos, brasileños, mexicanos, peruanos y uruguayos que dan cuenta de las similitudes y diferencias en los problemas institucionales que padecen los países de América latina. Entre ellos, los derechos humanos en la democracia, la reconstrucción del Estado de Derecho, la legitimación y regulación de nuevos actores urbanos, el Estado y las Fuerzas Armadas, la cultura política democrática y la legislación sindical en la Argentina.

El objetivo de esta edición es contribuir a la creación, el perfeccionamiento y la consolidación de sistemas que permitan mejorar las condiciones sociales, económicas y políticas de América Latina. No es, pues, la uniformidad sino el debate lo que aquí se plantea, de modo que estas páginas puedan ofrecer datos, reflexiones y propuestas para la construcción de otras alternativas.

Volumen simple (S)



Centro Editor de América Latina

300

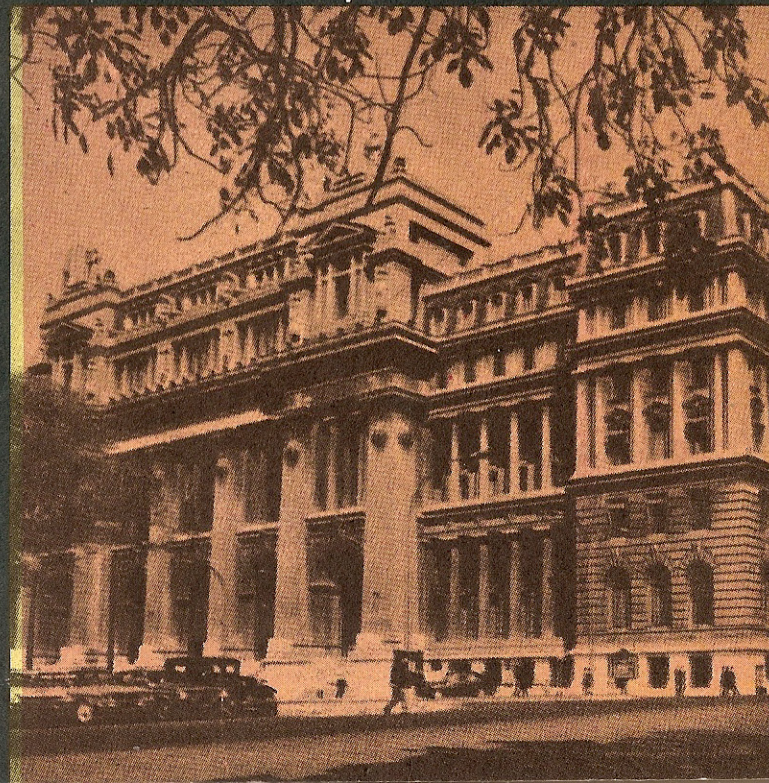
Comp.: E. I. Groisman: El Derecho : de la dictadura a la democracia/1

BIBLIOTECA
POLITICA
ARGENTINA

300

El Derecho en la transición de la dictadura a la democracia: La experiencia en América Latina /1

Compilador: Enrique I. Groisman



**El Derecho en la
transición de la dictadura
a la democracia:
La experiencia
en América Latina/1**

El Derecho en la transición de la dictadura a la democracia: La experiencia en América Latina/1

Compilador: Enrique I. Groisman

Lucía M. Aseff, Graciela Bensusan,
María Susana Bonetto de Scandogliero,
Carlos María Cárcova,
Laura Cipriano, Marcial Rubio Correa,
Oscar Correas, Ricardo Entelman,
Eros Roberto Grau, Enrique I. Groisman,
Enrique Mari, Claudio Eduardo Martyniuk,
José María Fernando Medina,
Jorge Douglas Price, Patricio Rodé
y Alcira E. C. Ruiz.

clacso

Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales

Grupo de Trabajo sobre
Derecho y Sociedad

Centro sede:

CISEA

Centro de Investigaciones
Sociales sobre el Estado
y la Administración

BIBLIOTECA
POLITICA
ARGENTINA



CENTRO EDITOR DE AMERICA LATINA

Esta edición ha sido realizada con el aporte de la Swedish Agency for Research Co-operation with Developing Countries (SAREC).

Dirección: Oscar Troncoso
Secretaría de redacción: Margarita B. Pontieri
Asesoramiento artístico: Oscar Díaz
Diagramación: Oscar Sammartino
Coordinación y producción: Natalio Lukaweki,
Femín E. Márquez

© 1990 Centro Editor de América Latina S.A.
Tucumán 1736, Buenos Aires

Hecho el depósito de ley. Libro de edición argentina. Compuesto por M. G. Producciones, Tel. 941-2435, Capital. Impreso en Carbet, La Rosa 1080 Adrogué, Prov. de Bs. As. Encuadernado en Haley, Av. Mosconi 640, Lomas del Mirador, Pcia. de Bs. As. Distribuidores en la República Argentina: Capital: Mateo Cancellaro e Hijos, Echeverría 2459, 5ª "C", Buenos Aires; Interior: Dipu S.R.L., Azara 225, Capital.
Impreso en diciembre de 1990

ISBN: 950-25-1569-2-

PRESENTACION

El Grupo de Trabajo sobre Derecho y Sociedad fue constituido en el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) con el objeto de fomentar los estudios e investigaciones jurídicas que encaren al Derecho como ciencia social.

Para los propósitos del Grupo, por consiguiente, no son conducentes los trabajos que se ciñen a la mera exposición de textos legales, opiniones doctrinarias y antecedentes jurisprudenciales, porque ello implica concebir al Derecho como mera disciplina deductiva de la cual el razonamiento típico es el silogismo y en la que el criterio de verdad es el principio de autoridad.

Como opción no se propuso una teoría acabada ni un sistema cerrado, sino una invitación al debate y a la crítica sobre la base del respeto por las diferentes ideas y tendencias.

Este camino no implica aspirar a disolver el Derecho en la Sociología, sino a considerarlo en su especificidad de modo que sea posible explicar sus funciones tradicionales y también su aptitud para contribuir al progreso social.

En nuestro medio estos criterios no son los predominantes: los trabajos sobre temas jurídicos a menudo prescinden de las demás ciencias sociales o, por lo contrario, suelen encarar al Derecho sólo como hecho, descuidando su especificidad. Simétricamente, los trabajos históricos,

sociológicos o económicos utilizan en mínimo grado los materiales que podría proporcionar el Derecho: no recurren, por ejemplo, a la depurada expresión de las ideas predominantes que representa la jurisprudencia.

Quienes acordamos constituir el Grupo nos propusimos acortar esas distancias considerando al Derecho como un fenómeno histórico referido a y explicable por situaciones sociales concretas, sin concebirlo por ello como mero reflejo de otras instancias sino, al contrario, como sujeto de particularidades específicas que si bien recibe influencias también las ejerce.

La preocupación esencial que primó en nuestras reuniones ha sido la de la construcción de un Estado democrático, tema que hemos encarado desde diversos ángulos y en disímiles situaciones.

La actual etapa de construcción o reconstrucción del Estado de Derecho en la mayoría de los países de América Latina plantea problemas frente a los cuales tenemos el deber de opinar y proponer alternativas.

Con ese objeto, en octubre de 1989, hemos realizado en Buenos Aires, en el Centro de Investigaciones Sociales sobre el Estado y la Administración (CISEA) el seminario denominado "El Derecho en la transición de la dictadura a la democracia: experiencias recientes".

Investigadores de Argentina, Brasil, México, Perú y Uruguay, presentaron los trabajos que se recogen en este volumen y que dan cuenta de las similitudes y diferencias en los problemas institucionales que sufren los países de nuestra América Latina.

Estos trabajos lo hacen desde ángulos diferentes. Algunos están dedicados a una reflexión de fondo sugerida por la experiencia recientemente vivida, y otros se refieren al análisis de casos específicos.

Conforme a la concepción pluralista del grupo, pueden hallarse entre ellos varias discrepancias en los fundamentos teóricos y en las apreciaciones políticas. Sin embargo sus similitudes son mayores que sus diferencias, ya que parten del mismo propósito: contribuir a la creación, el perfeccionamiento y la consolidación de sistemas que permitan mejorar las condiciones sociales, económicas y políticas de América Latina. No es, pues, la uniformidad sino el debate lo que aquí se plantea, de modo que estas páginas puedan ofrecer datos, reflexiones y propuestas para la construcción de otras alternativas.

Enrique I. Groisman

I

ASPECTOS PROBLEMATICOS DEL PROTAGONISMO JURIDICO EN LA TRANSICION DEMOCRATICA

Ricardo Entelman (*)

En una primera aproximación al tema de este encuentro, creemos necesario efectuar una aclaración respecto del alcance con que entendemos la expresión "derecho", ya que existen distintos focos de significado legítimamente atribuibles a ella pero cuyas consecuencias teóricas difieren sustancialmente.

Es tradicional centrar el análisis de lo jurídico partiendo de las normas o sistemas de normas de diversa jerarquía y origen, o sea, destacando el aspecto relativo a la atribución de sentidos normativos.

Sin embargo, es también posible concebir al derecho, no ya como un simple mecanismo de creación, transformación y aplicación de normas a través de reglas de correspondencia, sino como un discurso en el que se expresan tanto las formas normativas como las prácticas que se originan a partir o en contra de ellas. Se trata de acciones y representaciones, hábitos y cosmovisiones de los sujetos directamente habilitados para maniobrar lo jurídico de

* Este trabajo fue realizado con la colaboración de la Dra. Claudia Maskin.

maneras no equivalentes (jueces, legisladores, juristas, etc.), y de los destinatarios sociales de ese discurso. En definitiva, prácticas sociales en las que se expresan, de un modo peculiar, los diversos conflictos de una formación social determinada.

De este modo, el discurso jurídico aparece estableciendo las condiciones de su producción por el procedimiento de designar a los sujetos habilitados para "decirlo" y distribuir los lugares en el entretendido del poder social. En tal sentido, él es un discurso de poder y como tal, escenario de transformaciones en el proceso de transición de un sistema autocrático a uno democrático.

Trataremos, entonces, de puntualizar algunos aspectos de dichas transformaciones.

La propuesta de esta significación postulada para el término derecho tiende, más que a establecer una definición semántica, a resistir la tendencia a privilegiar los contenidos normativos por sobre el análisis de otros sentidos elaborados por jueces y juristas. Su operación cotidiana del discurso jurídico muestra una mayor riqueza explicativa acerca de cómo aquél opera en el entramado de las relaciones sociales que el análisis restringido a la significación jurídica de los elementos contenidos en las normas, en sus diversas formas y alcances. La matriz de análisis que proponemos permite, por ejemplo, poner en evidencia cómo, paradójicamente, la tarea judicial y doctrinaria construye sentidos constitutivos de transformaciones más profundas en la trama de la organización de los comportamientos sociales que las que se operan en el ámbito estrictamente legislativo.

Estas cuestiones encuentran su lugar en el actual pensamiento jurídico a partir de una reubicación de la temática del poder, que aparece en la teoría jurídica de manera curiosa. Existe la apariencia de posturas antagónicas. Aquellos que sostienen la total incommensurabilidad teórica entre el poder y lo jurídico, dos cuestiones que nada tienen que ver entre ellas, por un lado, y por otro, quienes registran el poder de manera ostentosa en el lugar de la organización jurídica institucional, produciendo una noción jurídica del poder.

En ambos casos, en última instancia, no se reconoce al poder ni en las prácticas ni en los procesos sociales expresados en el discurso jurídico, y menos aún en la finalidad y efectos de las manipulaciones de ese discurso. En todo caso, se ostenta la forma institucional del poder como el

lugar central de lo jurídico. Centro de bifurcación de las relaciones de dominación y sumisión que estructura la ley: Poder Judicial, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo.

Son múltiples los riesgos teóricos que supone este modelo. El más obvio de ellos consiste en que estas concepciones contribuyen a tornar operativo el ocultamiento que funciona en lo jurídico a través de la forma en que su discurso condensa y distribuye el poder, subordinando los espacios de libertad social.

En etapas de transición democrática, el discurso jurídico aparece como protagonista de varios aspectos de la configuración de lo simbólico en el tejido social, tanto en lo político como en lo estrictamente institucional.

Un primer aspecto se encuentra marcado por las características de los operadores de dicho discurso en el ámbito de la transición política. Los nuevos roles en la institución democrática cubren, por lo general súbitamente, una estructura de sentidos autoritarios o de prácticas de relación prolongadas desde un tiempo histórico anterior de características autocráticas, elementos éstos que necesariamente comprometen ideológicamente los contenidos normativos de las acciones políticas concretas y condicionan la producción de sentido en el discurso jurídico, reenmarcado ahora institucionalmente.

Estos actores, coincidentes en su formación teórica y profesional en lo legal, ocupan en tiempos de transición, lugares generalmente centrales en lo jurídico y en lo político, y desde allí tienden a convertirse, o la propia mecánica reaseguradora del discurso jurídico los señala como los delineadores o artífices autorizados de los contenidos institucionales de la restaurada legalidad.

Lo jurídico pasa, entonces, como efecto de esta reasignación de los lugares, a ocupar un espacio y a jugar un rol excesivamente protagónicos en la transición, tornando difusos los contenidos políticos al reforzar las formas jurídicas. Se invierte, así, en la producción de sentidos, un proceso que, consistiendo antes que nada en un cambio en las reglas de juego de lo político que tiene aspectos normativos, aparece como si se tratase de una profunda reorganización jurídica que incidirá sobre la vida política.

En realidad, el registro de lo jurídico es sólo el de lo aparente en la transición del autoritarismo a la democracia, pero al atribuirse un protagonismo totalizador, genera el grave riesgo de operar subterráneamente un paulatino canibalismo de lo político en su lucha por la hegemonía.

Ese riesgo se expresa, claramente, en la facilidad con que, apenas reinstauradas las formas jurídicas de la democracia y aun antes de instalarse los comportamientos sociales que expresen la culminación de una transición real, pueden reproducirse, ahora al interior de las formas "democráticas", prácticas totalitarias. O cuando menos, puede registrarse una tendencia al control jurídico de la expresión política. Se produce, entonces, un desplazamiento de espacios que deberían corresponder a actores políticos, hacia otros protagonistas, como por ejemplo: las corporaciones, produciendo el efecto de una vida política excesivamente reducida para que sean reales las formas democráticas instauradas en el registro jurídico.

Esta paradoja se advierte claramente en las resistencias que demuestra el discurso jurídico, a través de sus sujetos habilitados, frente a propuestas de una nueva legalidad o de renovadas formas de participación (por ej.: reforma constitucional, plebiscito, etc.).

Por el arrastre mismo del pasado reciente, se instala como conquista avanzada lo que no es todavía otra cosa que una recuperación o reconquista de la vieja legalidad, en cuyo marco se gestó, no hay que olvidarlo, el autoritarismo que la reemplazó.

Mientras esto sucede, en los niveles de decisión, al no modificarse sino la estructura formal de funcionamiento del sistema, desatendiendo un quiebre real en los comportamientos instalados, tienden a reproducirse irremediablemente en su interior, prácticas políticas de contenido autoritario que enquistan los valores que hicieron posible una y otra vez la pérdida de la legalidad.

¿Cuál sería, entonces, el mecanismo idóneo del discurso jurídico para recobrar lo conquistado al tiempo de establecer las bases que permitan un real avance hacia formas cada vez más democráticas de relación?

Esta es una pregunta de muy difícil respuesta, sujeta como está a la compleja coyuntura de cada transición determinada, compuesta de múltiples factores no jurídicos.

Existen, por supuesto, varias alternativas que apuntan, básicamente, a la utilización del discurso jurídico como instrumento de transformación efectiva de lo social.

Sin embargo, cuando se trata de sistemas cuyo discurso jurídico, reinstalado una y otra vez, ha permitido en cada oportunidad, nuevamente, la producción de sentido de forma de reconducir los comportamientos autoritarios hasta desplazar las formas democráticas, tales opciones se acotan.

Es probable, en estos casos, que se requiera una transformación mucho más amplia que lo institucional, en el propio discurso jurídico.

Una función esencial en la transición se da, entonces, en lo jurídico, en la función derogatoria, en particular la que cumplen los jueces, toda vez que, a través de sus controles, limitan el ámbito de lo jurídicamente exigible, ampliando, como correlato, el espacio de libertad política que surge siempre que las opciones individuales se desvinculan de la estructura de dominación que ejerce el derecho a través de la regulación.

En el espacio finito de un discurso jurídico, la desjuridización opera como un progreso real que abre posibilidades de confrontación política, genera prácticas sociales más libres de condicionamientos institucionales, traslada nuevamente un poder que artificialmente se encontraba delegado en lo jurídico por el crecimiento desmesurado de este discurso implicado en su protagonismo hegemónico.

Un buen ejemplo del efecto coadyuvante a la transición democrática de la función derogatoria lo constituye, en la transición argentina, la tarea de la Corte Suprema, como puede ejemplificarse en los casos de divorcio vincular, tenencia de estupefacientes y objeción de conciencia, entre otros. Por este procedimiento, se ha ido construyendo, en los años recientes, un sistema de libertades individuales.

Otro mecanismo de democratización de las relaciones políticas producido por la función derogatoria está presente en la desregulación estatal; la reducción del tamaño jurídico del Estado también opera como transferencia de poder, al trasladar a los ámbitos individuales de decisión, cuestiones hasta entonces pautadas desde el aparato institucional. Cuando éste aumenta su tamaño jurídico, aumentan necesariamente sus posibilidades de dominación, avanzando sobre la libertad política. Hubo algunos intentos durante la gestión del anterior gobierno constitucional, de efectivización de este principio, a partir de la aprobación del Decreto 2048/88 y sus posteriores, en el que se apuntó a la reducción normativa del aparato jurídico estatal.

Por último, el nivel normativo del discurso jurídico puede también resultar apto para consagrar formas democráticas de relación, si se logra operarlo desmantelando ficciones jurídicas como las que consagran las normas atributivas de derechos y calidades, que encubren objetivaciones de los actores sociales bajo denominaciones que sólo formalmente los constituyen como sujetos jurídicos.

En tal sentido, la construcción de relaciones jurídicas democráticas puede intentarse a partir de un efectivo conocimiento del límite de los derechos en términos reales, por parte de los futuros sujetos de estas relaciones.

En el marco de la tesis que sostenemos también es necesario relativizar la potestad de lo jurídico para enfrentar y resolver en su totalidad cuestiones que involucran problemas extrajurídicos. El riesgo está dado por la ficción de postular como preferentemente legales conflictos políticos, educativos, etc. Tal es el caso de lo sucedido respecto de las recientes normas destinadas a resolver la situación militar, sobre todo en lo relativo a la atribución de responsabilidades. En el aspecto militar, las razones que llevaron a la toma de ciertas decisiones traducidas en disposiciones jurídicas no son razones explicables en términos legales. Hubo en este caso, una diversidad de sentidos perseguidos como objetivos obtenibles a partir de normas legales, entre otros el pedagógico, el de una concepción del castigo no estrictamente retributiva, el rechazo al modelo perfeccionista, la utilidad social, etc. Se volcaron expectativas a las que en ningún caso se podía responder con soluciones estrictamente jurídicas. Y en este tema, en particular, es claro que así como es necesario el castigo como revisión de culpas, éste no agota la reconstrucción de las relaciones sociales si no se acompaña de la revisión de las culpas de los inocentes. Y no hay manera de revisar estas culpas si no se produce e induce un proceso de esclarecimiento de la verdad.

Al mismo tiempo, no se promovieron mecanismos que aseguraran prácticas políticas modificatorias de comportamientos sociales reproductores de autoritarismo, legitimándose así en muchos aspectos la permanencia de valores y conductas antidemocráticos.

No creemos, entonces, que el rol central de lo jurídico en la transición consista, como surge de los tramos más expuestos del discurso jurídico, en asegurar la permanencia de las formas jurídicas institucionales, sino, fundamentalmente, en instaurar las condiciones que garanticen determinadas prácticas al interior de las instituciones y desde ellas al resto de la red de relaciones sociales.

Es así, una función propia del discurso jurídico, la de encauzar en la transición una manera democrática y participativa de ejercicio efectivo de los derechos. Se trata, en definitiva, de asegurar la existencia de sujetos en las relaciones sociales y no de objetos de la operación ficcional de la discursividad jurídica.

Esto es así porque el modo en que el derecho interpela a los sujetos tiene efectos sobre sus prácticas en aspectos que trascienden lo jurídico y comprometen la supervivencia del entramado social.

Sólo la reubicación de los discursos, reasignando un rol acotado al discurso jurídico, y la modificación de las prácticas sociales, acompañadas de modelos teóricos que se hagan cargo de la especificidad de sus objetos y de la historicidad del análisis, garantizarán el crecimiento sostenido de los espacios de libertad hasta que en su consolidación culmine una efectiva transición democrática cuyo resguardo es responsabilidad de cada uno de los actores sociales y compromete recíprocamente a la teoría y a la práctica.

II LOS DERECHOS HUMANOS EN LA DEMOCRACIA

Oscar Correas

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar acerca de los derechos humanos, pero principalmente acerca de la actividad de los juristas defensores de ellos, en contextos democráticos. La reflexión se impone principalmente allí donde la transición democrática pone en discusión el concepto mismo de "derechos humanos". En efecto, pareciera que, una vez en el poder un gobierno surgido de elecciones libres, y además un gobierno respetuoso de los derechos humanos, la lucha de los juristas puede perder sentido o, al menos cambiar de características. Este parece ser el caso de Argentina, de Uruguay y, próximamente, el de Chile.

1. Una visión estricta de los derechos humanos

Leo en *El otro derecho*, nº 2,¹ un artículo de 1987 que comienza con esta pregunta:

¿Tienen las organizaciones de derechos humanos, nacidas con las dictaduras militares, un papel que cumplir en las democracias en transición en América Latina?

La respuesta del autor es que sí tienen un papel que cumplir, el cual consiste en lo siguiente:

- a) Juicio a los responsables.
 - b) Construcción y consolidación de la memoria social. Esto es, contribuir a que la conciencia colectiva permita el "nunca más".
 - c) Promoción de la enseñanza de los derechos humanos en la educación oficial.
 - d) Contribución al desarrollo de una conciencia ética.
 - e) Continuidad de la defensa de los derechos humanos que son violados en los regímenes democráticos. Respecto de esto se enuncian las siguientes violaciones:
 - 1- La policía tortura sospechosos de delitos comunes que pertenecen a los sectores desprotegidos de la sociedad y asesina con frecuencia a mansalva en supuestos enfrentamientos.
 - 2- Maltrato carcelario, hospitalario, en hospicios y en otros servicios públicos y privados.
 - 3- Ineficiencia y corrupción del poder judicial.
- El artículo, además, informa que:

En un futuro próximo esa acción se ampliará a las discriminaciones de tipo político; étnico, religioso, cultural, por edad o por sexo y a los abusos ecológicos, aproximándose al tipo de instituciones que en los Estados Unidos actúan en defensa de las libertades civiles y del medio ambiente. (pág. 66).

2. Una visión amplia de los derechos humanos

La misma pregunta acerca de la tarea de los defensores de derechos humanos en el marco de un Estado en el que tengan efectividad las normas que consagran derechos subjetivos, pierde sentido para quien sostiene una concepción como la siguiente:

Estimamos que *la lucha por los Derechos Humanos debe dirigirse también al modelo social* de modo de permitir su real satisfacción. Particularmente, la lucha deberá orientarse al *derecho de participación*, esto es, al derecho de la comunidad de decidir la asignación de recursos para la satisfacción de sus necesidades, determinando los criterios y los grados progresivos de cómo éstos deberán irse satisfaciendo.²

Aun cuando el autor dice un par de renglones antes que:

Estamos claros que los Derechos humanos no pueden ser tan vagos y amplios que se les asemeje a un saco roto o a un bolsillo de payaso, en que cualquier situación o conducta sea atribuible a ellos.

De todos modos podemos decir que en una concepción como esta cualquier aspiración humana puede ser vista, y sobre todo *vivida*, como *derecho* subjetivo, como *derecho humano*. Pero entonces, aun más que eso, también el ideal socialista se llega a constituir así como *derecho humano*. Y por "socialismo" entiendo lo que siempre se ha entendido: el control, a través de la autogestión, de la distribución de la riqueza.

3. El jusnaturalismo y los derechos humanos

Es cierto que hay un ingrediente jusnaturalista en la concepción amplia de los derechos humanos, tal como se manifiesta en los textos anteriores. Los jusnaturalistas parecen no poder hablar de derechos humanos sin hablar de sus fundamentos, que los encuentran por cierto en la *naturaleza humana*. Pero aquí también resulta que la concepción política es la que determina el listado de derechos "que surgen" de la naturaleza humana. O, dicho de otro modo, es finalmente la concepción política la que establece las dimensiones de esa naturaleza humana. En efecto, no hay ningún fascistoide que no obre en defensa de los derechos humanos. Por ejemplo:

"Para nosotros, el respeto de los derechos humanos no nace sólo del mandato de la ley ni de las declaraciones internacionales, sino que es la resultante de nuestra cristiana vocación acerca de la preeminente dignidad del hombre como valor fundamental. Es justamente para asegurar la debida protección de los derechos naturales del hombre, que asumimos el pleno ejercicio de la autoridad; no para conculcar la libertad, sino para afirmarla; no para torcer la justicia, sino para imponerla."³

El general Videla se dio el gusto de decir esto, seguramente tomándole la palabra a muchos otros, generales y no generales, al asumir el "pleno ejercicio de la autoridad"

y cualquiera puede ver que se trata de una posición jusnaturalista. Es que, en término de esa filosofía, toda la cuestión se resuelve en términos de convencimientos políticos. Así como para Videla los derechos humanos incluyen el derecho de asesinar a 30.000 personas, para otros un sistema socialista, esto es de distribución igualitaria del producto social, es un derecho humano.

Si las más disímiles y hasta opuestas actitudes políticas pueden presentar sus aspiraciones como derechos, el problema, entonces, se convierte en éste: *¿por qué cualquier cosa puede ser llegar a ser vista como derecho humano; por qué en nuestra cultura no hay otra manera de plantear el deseo de ver realizada cualquier aspiración, que hacerlo en términos de derechos?*

4. Los derechos humanos son los derechos subjetivos

La ideología jurídica ha llamado, desde hace mucho, *derechos subjetivos* a los que ahora se denominan *derechos humanos*, que no son sino una parte del conjunto de aquéllos. ¿Desde cuándo, por otra parte, existe la *idea de derecho* con el sentido de reclamo contra el Estado? El tema ha sido investigado, creo que en forma definitiva, por Michel Villey. Los resultados de sus investigaciones coinciden, me parece que sin quererlo, con los de Marx y los de Kelsen. Finalmente los derechos subjetivos son una ideología que se inicia con el comienzo de la historia del capitalismo. Muy concretamente, Villey encontró en Occam la primera manifestación de una ideología semejante. De allí en más, cualquiera que desee encontrar ese origen más atrás, tendrá que probarlo con textos en la mano.

Que en Occam se encuentre la primera manifestación de una ideología así, es perfectamente entendible si se tiene en cuenta que su filosofía es el primer esbozo de la que después será la del liberalismo propio de los empiristas ingleses, y si se tiene en cuenta su disputa acerca de los individuales.

Villey descubrió el texto preciso en que nace el Estado en su forma moderna. Se trata de un texto de Occam en el cual éste interviene en la disputa entre el Papa y los franciscanos. La historia puede leerse en *El nombre de la Rosa*. El Papa, no muy diferente que ahora, está en contra de la pobreza a la franciscana. Y, también como ahora, los

pobres debían ser suprimidos de la historia. La cuestión, en términos filosóficos, consistía en que los franciscanos de todos modos vivían en abadías y, en el extremo, comían y, es de esperar, bebían. Pero ellos no querían ser propietarios. Entendían que la propiedad correspondía al Papa. Pero éste, generosamente, quería que los franciscanos fueran propietarios de lo que usaban y consumían. No faltaba más, si a los franciscanos se les permitía rechazar la propiedad ¡problemático ejemplo darían a la caridad cristiana! Pues bien, en esta disputa fue Occam quien puso las cosas de tal modo que resultó ser el padre intelectual de una ideología que permea todos nuestros discursos cotidianos: los derechos humanos —o subjetivos, como dicen los juristas desde entonces para acá.

Occam entiende, como lo ha puesto de manifiesto Bobbio,⁴ que el derecho es la contracara del poder del poder. En Occam, dice Villey:

...hallamos el esquema completo de un sistema del Derecho. Este sistema tiene como eje central el *poder* del individuo; en él, la noción fundamental es en adelante la noción de poder...; antes de la Ley, emanación de la voluntad del legislador, es preciso sentar el *poder* del legislador. Este actuará por delegación de *poder* y como multiplicación de *derechos subjetivos*.⁵

Esto ponía de cabeza el discurso jurídico anterior; porque de aquí en más la propiedad pasaba a ser un *derecho* que alguien tenía y de cuyo goce era responsable un otro, el *soberano*, que luego se convertiría, simplemente, en el *Estado*, impersonal dador de justicia. Mientras que antes de esto, *propiedad* significaba una calidad de la cosa y no una facultad de un individuo enfrentado al Estado.

Por cierto que en Occam se mantiene la idea de que todo poder viene de Dios, que éste instituyó los primeros gobiernos que repartieron la tierra y los bienes. Pero también de:

...la legislación divina salida de la *potestas* de Dios, la exposición del *Breviloquium* nos muestra que también proceden para los hombres una *potestas*... Dios ha concedido al hombre, en un primer estado, el *poder de apropiación*... Ahora bien, necesitando la apropiación privada este complemento, Dios cuidó de dar al hombre la *potestas instituenti rectores*, el poder de instituir jefes, por el procedi-

miento de la elección, del contrato social... Y estos jefes tendrán por oficio precisamente determinar límites a las propiedades, para que puedan existir juntas... y de aquí se explica el origen de una tercera capa de poderes... El soberano temporal ha recibido, por delegación del pueblo, la potestad legislativa... al cual se junta el ejercicio de la *jurisdictio*. De aquí nacen las Leyes positivas, que... ocupa en Occam el lugar del orden natural que ya no acepta. Aquéllas son la fuente única de todo el orden humano, pues en adelante, como lo exige el Nominalismo, lo jurídico es *lo legal*. ¿Y qué vienen a aportar las Leyes humanas a los sujetos de los grupos temporales? Una vez más, poderes; estas leyes positivas engendran el *dominium*, el usufructo, el *jus utendi*; los derechos subjetivos en sentido estricto, garantizados, provistos de la sanción de la autoridad estatal que implican esencialmente la *potestas vindicandi*. Es a esta especie de *jura* que los franciscanos, diríamos nosotros, tienen licencia para renunciar... Así, de arriba a abajo del árbol, el conjunto del orden jurídico está constituido por poderes (de los que salen a su turno las normas que ligan unos poderes con otros). El mundo no es una República, es un cuartel bismarkiano... (*Ibidem*)

Curioso destino el de los derechos subjetivos: pensados por Occam para justificar la pobreza, han sido usados, como notó Kelsen, para convertir la propiedad en el derecho paradigmático de nuestro discurso normativo. Finalmente, los derechos subjetivos, y dentro de ellos los humanos, son algo que "*tenemos*" y queremos que el Estado —los funcionarios— respeten y hagan respetar por los otros ciudadanos.

Los derechos subjetivos —o humanos—, como ha probado Villey, son un *discurso* organizador del Estado moderno. Se trata de una técnica, como dijo Kelsen, propia de cierto tipo de sociedad, la capitalista, en la que el control queda en manos del controlado.⁶

La explicación marxista de este fenómeno discursivo ha rondado en torno de dos ideas: la separación moderna entre Estado y sociedad, entre Estado e individuo, y la individualización, que es la causa de la primera, de los portadores de mercancías en entidades con la *voluntad* necesaria para llevar las mercancías al mercado, puesto que éstas no pueden ir solas. Es más bien esto lo que explica al derecho de propiedad, y no como dice Kelsen que todo el discurso del derecho burgués esté tomado del

de la propiedad. El derecho de propiedad es una técnica necesaria para que pueda suceder el intercambio. Es éste el que explica al derecho subjetivo, incluido el de propiedad, y no el derecho de propiedad el que explica al derecho subjetivo.

Lo cierto es que la ideología de los derechos humanos surgió solamente en los albores del mundo burgués. Son un discurso que constituye a los hombres en *ciudadanos*, es decir, en individuos de cara a su otro, que es el Estado. El discurso ha desarmado las relaciones anteriores, ha atomizado a los elementos, los ha convertido en *portadores* de derechos que pueden enajenar, a los cuales pueden renunciar, a los que es necesario "proteger". Se ve fácilmente que se trata del discurso que permite la circulación mercantil y que pone en manos del Estado la posibilidad —la función— de protegerla.

5. Los derechos humanos y la sociedad moderna

Siendo esto así, resulta que en el lenguaje mismo, en el discurso que nos constituye como ciudadanos, y que por tanto nos pone como *sujetos* en el orden social, están los derechos como la única idea que permite decir la reclamación de la satisfacción de los deseos insatisfechos. Mientras exista esta sociedad, es decir, mientras que los hombres sean constituidos como sujetos por el mismo discurso, la reivindicación de "derechos" seguirá siendo el único discurso, la única manera, como Mafalda podrá protestar contra la sopa.

Esta es la razón por la cual los más opuestos ideales políticos, las más insólitas protestas, seguirán siendo pensados como "derechos" que se tienen frente al poder. Mafalda no tendrá más alternativa que protestar contra su mamá reivindicando su "derecho a no tomar sopa", y los ciudadanos sin vivienda sólo podrán exigirla al gobierno bajo la forma de *derecho a la vivienda*.

Pero resulta que un buen número de defensores de los derechos humanos se encuentran ante el problema de que, si los derechos humanos son el discurso propio de la sociedad burguesa, obviamente su reproducción constituye la reproducción de esa sociedad. Esto es un problema que atañe específicamente a los socialistas, especialmente a los marxistas.

Es absolutamente irrefutable que el uso del lenguaje es

lo que lo mantiene vivo. Sin embargo el lenguaje es también el único medio para lograr el cambio de códigos. Ciertamente que defender los derechos humanos es defender nuestra condición de ciudadanos, lo cual es una defensa del Estado, aun cuando actuamos para que los funcionarios adopten conductas diversas a las violatorias de los derechos. Pero también es cierto que la presentación de las aspiraciones de la población como *derechos* que no están consagrados en las normas, que el grupo en el poder *no puede* proveer sin perder el poder y las ventajas que le acompañan, es una utilización de la misma expresión —derecho— pero con alteración del código. Ya no significa solamente la reivindicación de la calidad de ciudadanos enfrentados al Estado. Ahora significa, además, una reclamación contra el grupo en el poder y sus ventajas. Y la mejor prueba de que eso es subversivo es la saña con que son perseguidos quienes hacen *esta* utilización de la ideología de los derechos humanos.

6. Los derechos subversivos y los otros

Los derechos humanos "constitucionalizados" son otras tantas aspiraciones que, en épocas de "paz" —como los privilegiados designan a los tiempos en que los otros no les disputan peligrosamente sus ventajas—, todos desean ver satisfechas. A los propietarios de lo que les falta a esa parte de la población que debe "ser asistida" para comer, también les conviene que la policía no torture, que los militares se dediquen sólo a desfilar y cobrar el sueldo, que los jueces no sean ineficientes y corruptos, que haya igualdad de sexos, que no se discrimine a los negros o a los indios —puesto que ellos no viajan en transporte público ni van a esas escuelas— y que los capitalistas más voraces no ensucien los ríos y el aire. Todo eso no les provoca el menor problema en tiempos de "paz", que son también los tiempos de transición a la democracia.

Por otra parte, tienen su propia teoría de los derechos humanos y su propia concepción del contenido de los mismos.

Compárese el tipo de convicción que se manifiesta en el texto citado como de una concepción amplia de los derechos humanos, es decir, la concepción de quien se enfrenta a una dictadura militar, y el tipo de convicción de un antiguo servidor de dictaduras:

Desde las clásicas formulaciones de los derechos civiles tenemos incorporado al pléxto de los derechos del hombre el derecho de trabajar.⁷

Adviértase de entrada que el martirio del trabajo en una fábrica es "elevado" a la categoría de "derecho". ¿De dónde proviene tal "derecho"? Desde luego, de la infinita bondad divina:

Lo primero que razonablemente entendemos es que al hombre que quiere trabajar, hay que dejarlo en libertad razonable para elegir una actividad, y de ahí en más, dejarlo en libertad para que la cumpla y la aproveche, incluso económicamente.

"Incluso económicamente". ¿Acaso es de creer que alguien quiere trabajar, en las condiciones que aparecen renglones más adelante, gratis? Inmediatamente el derecho humano al trabajo es utilizado para condenar a los gases lacrimógenos a los piquetes de obreros que cuidan las instalaciones de la fábrica tomada:

De inmediato encontramos al sujeto pasivo: es un derecho frente a todos los demás, frente al Estado y los particulares, cuya obligación consiste en no impedirle al titular que ejerza el derecho... (Y viene al caso desde ya pensar si esa obligación negativa de omisión no queda incumplida cuando otros hombres, en ejercicio de su derecho de huelga, impiden que el que no quiere plegarse a la huelga, y quiere trabajar, pueda trabajar).

Pero ahora veamos cuáles son los derechos de nuestro alegre obrero que no tiene otra cosa que vender que no sea su fuerza cuando "quiere trabajar":

Supongamos que el titular ya ha elegido qué clase de actividad quiere desarrollar, y que nadie se lo ha impedido; en esa instancia, él no puede exigir a alguien determinado que le provea de la ocupación escogida: allí habrá que entablar una relación de empleo con otra persona, la que no podrá ser compelida a contratar con el pretensor...

Faltaba más; ¿cómo podría obligarse a un patrón a contratar a un ex dirigente obrero? Nótese que la brutalidad

del mundo capitalista aparece aquí como un "derecho", pero ¡del obrero! Bien:

...pero si bilateralmente se contrata entre ambos, nacerá un vínculo entre el titular del derecho de trabajar y su flamante empleador, y éste será frente a aquél un nuevo sujeto pasivo cargado de varias obligaciones...

Y la primera que se enuncia, claro, es que:

...no podrá impedir que su empleado cumpla la actividad elegida y asignada...

Mientras que, desde luego, el titular del derecho de trabajar tiene obligaciones, como:

...cumplir asiduamente su labor, guardar respeto...

Desde luego que no se ignora que:

...el progreso histórico de los derechos humanos se ha pensado y sugerido que como desglose del clásico derecho de trabajar se puede independizar un derecho "al" trabajo, derecho que, de ser tal, significaría el derecho del hombre que no consigue trabajo a que alguien le provea ocupación remuneratoria. Si este contenido existe, hay que encontrar un sujeto pasivo... ¿Y será posible... obligar a determinadas personas a contratar personal desocupado?

Peligrosísima y subversiva pregunta. ¿Existe por ejemplo el derecho humano de los campesinos sin tierra a demandar tierra de los terratenientes ociosos? Zapata no lo dudó ni un momento. Pero otros sí:

Antes de contestar y de convertir a algunos en sujetos obligados a esa contratación, debemos pensar que el derecho de contratar es otro derecho humano, que como principio requiere tres cosas: a) libertad... b) libre elección de la otra parte... y c) autonomía de la voluntad... Tal como vemos... decimos que en principio la contratación obligatoria de personal desocupado no puede serle impuesta... a los particulares, o sea, descartamos que cualquiera, o alguien determinado, tenga el deber... de cumplir con la prestación positiva de "dar" empleo a personas que están desempleadas sin posibilidad de encontrar una ocupación por sí mismas.

Como se ve, toda la sociedad capitalista aparece aquí en carácter de derecho "humano". Incluso como derecho de los obreros! Una convicción así claro que encuentra lugar en la transición a una democracia que no se plantea el problema de ese entre 25 y 60%, según los países, que no tiene para comer. Y claro que éste es un discurso defensor de los derechos humanos que defiende la sociedad capitalista. Y claro que estos defensores no tienen nada que temer. Y claro que nada les cuesta sostener que la policía no debe torturar y que la contaminación debe ser erradicada, si junto con eso se declara derecho humano el de los explotadores a seguir siéndolo.

Pero el discurso de los derechos humanos no necesariamente es apoloético de la sociedad capitalista como parecen creerlo algunos marxistas. Más bien lo contrario: ese mismo sistema de ideas puede aparecer como subversivo respecto de la sociedad que lo genera. Véase por ejemplo el sesgo que toma la defensa de los derechos humanos tan pronto cambia la posición política del emisor:

La pretensión central de este inicial documento consiste en precisar el "carácter educativo" que una estrategia jurídica de defensa de los derechos humanos contiene y como ésta puede ligarse a la construcción de una sociedad civil orientada en la perspectiva de la protección constante de tales derechos. Una primera afirmación... es que, en la concepción misma de "defensa" que aquí postulamos como la estrategia asumida... va implícita la idea de lo educativo, en cuanto proceso de conciencia, construcción de valores y de opciones de vida.⁸

Aquí la defensa de los derechos humanos constituye una "estrategia" cuyo objetivo es el cambio de la sociedad. "Lo educativo" no es simplemente *instrucción cívica* sino construcción de valores y opciones de vida nuevos. Además aparece la idea del desmontaje de las significaciones organizadas por el discurso jurídico:

Habrà entonces que "des-educar" en un doble plano, en una perspectiva de "creencia" y en una perspectiva de "actitudes". La primera, orientada a desacralizar y desmitificar el sentido "legalista", fuertemente arraigado en las conciencias individuales y colectivas de la nación, en el entendido de que la legalidad no constituye ni mucho menos el señorío del reino de la libertad ni el de las nece-

sidades aspiradas, y que muchas veces deviene en ser autoritaria, represiva e ilegítima. La segunda, orientada a crear un rol activo de la comunidad en la defensa de sus conflictos, entendiendo el rol del abogado como de apoyo, un facilitador que preponderantemente desde la dimensión de su destreza técnica legal con-ayuda a un proceso común de defensa. (*Ibidem*, pág. 4)

En una concepción así, el arribo de la democracia para nada altera la lucha por los derechos humanos. Al contrario. Sólo cambian de significación. Si ya no es necesario, salvo marginalmente, luchar contra la tortura y las formas más bestiales de agresión física a los individuos, entonces los derechos humanos se presentan con su rostro subversivo: como reclamo de las necesidades insatisfechas de una parte mayoritaria de la población. Es claro que para eso es necesario sustentar una posición política capaz de ver, entre las aspiraciones humanas, las de vivir, pero todos, gozando de las ventajas que la propia sociedad ha puesto en el escaparate. Finalmente, no han sido los pobres quienes decidieron producir artículos sofisticados, pero en cantidad insuficiente para colmar los deseos de todos.

7. La defensa de los derechos humanos en Argentina

Desconozco exactamente la posición política de los defensores de derechos humanos en la Argentina actual, la de 1989. Sin embargo me preocupa encontrar posiciones diversas, como las mostradas, entre connotados activistas, uno argentino y el otro chileno. En el primer caso, pareciera no pensarse en los ideales socialistas como derechos humanos. En el segundo caso, en su cáscara jusnaturalista, lo contrario: la lucha por el cambio social, claramente de signo socialista, es vista como lucha por los derechos humanos. Desde luego, debe explicarse por tratarse de posiciones políticas distintas. Pero ¿hay en Argentina también quienes piensen en los ideales del socialismo como derechos humanos?

Notas

¹ Emilio F. Mignone, "Las organizaciones de derechos humanos en las democracias en transición", en *El otro derecho*, n° 2, pág. 61 y sgts.

² Manuel Jacques, "Legalismo y derechos humanos. Un desafío para el uso alternativo del derecho", trabajo mimeografiado. En la misma línea, del mismo autor, "Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho", en *El otro derecho*, n° 1, pág. 43 y sgts.

³ *Excelsior*, 12 setiembre 1976, pág. 28 A.

⁴ Entre otros trabajos, véase N. Bobbio, "Kelsen y el problema del poder", en *Crítica Jurídica* n° 8, pág. 7 y sgts.

⁵ Michel Villey dedicó prácticamente su vida al esclarecimiento de esta cuestión, por un convencimiento filosófico compulsivo: el mundo moderno, con su ideología del derecho subjetivo, es una degeneración del mundo antiguo, donde el orden —en el sentido griego del término— acordaba a cada cual su lugar en la armonía natural. Ciertamente los motivos de Villey son plenamente discutibles. Pero sus investigaciones, y por eso digo que involuntariamente, son coincidentes con el pensamiento de Marx y de Kelsen entre otros, y son fuertemente convincentes. En este trabajo cito únicamente "La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam", en castellano en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ed. Universitarias de Valparaíso, 1976, pág. 149 y sgts..

⁶ Véase H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Ed. UNAM, México, 1982, pág. 148, y Roberto J. Vernengo, "Obligación y contrato", en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, Ed. UNAM, México, 1979, pág. 75 y sgts.

⁷ Este y los que siguen son textos de Germán Bidart Campos en un libro sin desperdicios: *Teoría General de los Derechos Humanos*, Ed. UNAM, México 1989, pág. 149 y sgts.

⁸ Manuel Jacques, *Educación para los derechos humanos y las estrategias de defensa jurídica desde la sociedad civil*, documento de debate n° 12, abril de 1989, Quercum, Centro de Reflexión y Acción para el Cambio.

III

EL DERECHO EN LA TRANSICION DE LA DICTADURA A LA DEMOCRACIA

Eros Roberto Grau

I. Introducción

1. El análisis del tema de la transición de la dictadura a la democracia, visualizado desde una perspectiva jurídica, reclama la ponderación de múltiples aspectos. Por cierto que no se puede, en el espacio de una breve comunicación como ésta, agotarlo.

En este texto pretendo, de manera extremadamente sucinta, tan sólo referir dos de esos aspectos, movido exclusivamente por la finalidad de provocar el debate. Así, en seguida paso a tratar, de modo apartado, la cuestión de los principios y del problema de la efectividad y eficacia de las normas jurídicas en el clima de esa transición.

II. Los principios jurídicos

2. Sustento configurar en los principios jurídicos —sean positivados, inscriptos en norma expresa, sean en

estado de latencia en un determinado sistema jurídico—efectivas normas jurídicas.

Se trata, en el primer caso, de principios jurídicos positivados; en el segundo, de principios generales del Derecho. Aquí, en este último, hago referencia no a "principios generales de Derecho", sino a principios de cada Derecho Positivo. Deseo insistir, a ese respecto, en que no hay que hablar *del* Derecho, sino solamente *de los* Derechos.

Casa sociedad engendra su Derecho, uno de los niveles de la realidad social (en esta sociedad). De esa manera, los principios generales del Derecho son descubiertos en el ordenamiento positivo —en cada ordenamiento positivo— no pre-existiendo fuera o al margen de él; no son, por otro lado, construcción jurisprudencial. La autoridad judicial, al tomarlos de modo decisivo para la definición de determinada solución normativa, simplemente comprueba su existencia en el centro del ordenamiento jurídico, del Derecho que aplica, declarándolos. No se trata, pues —insisto en eso— de enunciados que se puedan rescatar fuera del ordenamiento, en un orden suprapositiva o en un Derecho Natural.

3. Entonces, esos principios generales del Derecho son, tanto cuanto los principios positivados, lo que sustento configurar norma jurídica apta para ejercer la función de premisa mayor en un silogismo judicial.¹

Así, resulta falsa la oposición que aparta las normas de los principios jurídicos. Estos, en verdad, son especies del género norma jurídica, de modo que la verdadera oposición, de que cumple reflexionar, es la que aparta, en el género norma jurídica, los *principios* de las *reglas jurídicas*.²

De esa manera —y porque las reglas son aplicaciones de los principios— la interpretación de aquéllas es condicionada, determinada, conformada por los enunciados de los principios. Incluso, insisto en eso, por los enunciados de los principios generales *del* Derecho que se reflexiona.

4. Ahora, dicha premisa asumida y, además, si se considera ser el Derecho un producto cultural —y no la expresión de una voluntad, cualquiera que sea—, nos importa debatir la función ordenadora de los principios en momentos revolucionarios, cuando es en ellos, en la medida que sintetizan el nuevo Derecho, y no en pocas y precarias reglas, que asienta directamente la vida jurídico-política del país.³

Para ilustrar la función de los principios en estas situaciones, que hace que innumerables reglas contempladas por el orden jurídico revolucionariamente sustituido sean apartadas, la observación de Jean Boulanger⁴: "*Une grande révolution politique et sociale ne peut pas ne pas susciter l'apparition de principes nouveaux. On l'a bien vu en France, apres 1789. On l'a vu mieux encore en Russie, lors de la révolution bolcheviste de 1917. Pour notre part, nous connaissons peu de pages plus suggestives que celles ou Trotsky rapporte le premier acte politique de l'insurrection triomphante. La scene se passe au Palais d'Hiver; la fusillade crépite encore, le Lénine, quittant la retraite d'ou il dirigeait les opérations, s'en vient rejoindre ses compagnons. Il enleve la perruque et la fausse barbe qui l'avaient aidé à se dérober aux recherches de la police; il annonce la victoire du prolétariat, et aussitôt (c'est le geste chargé de signification pour un juriste), il tire, d'une poche de son veston, le décret qui opere la nationalisation immédiate et globale du sol russe. En suite, de quoi. les auditeurs entonnent l'Internationale, et la ferveur mystique de certains d'entre eux rappelle cette ferveur religieuse qui souleve les Te Deum chantés, selon la tradition chrétienne, après un grand événement heureux. Faisons la part de ce qu'il y a de spécifiquement russe dans tout ceci. Il reste que ce décret de nationalisation, pris des la premiere heure, était une application directe des théories marxistes: il venait en tête de toutes les mesures qui ont eu pour but d'instaurer un ordre nouveau: le gouvernement nouveau s'est suocié, avant tout, d'organiser les structures économiques et sociales en accord avec les enseignements de Marx. Peu importe, apres cela, que dans la rédaction des codes soviétiques, on retrouve un bon nombre de concepts anciens, qui sont, pour une bonne part, des concepts du droit romain. Les spécialistes nous mettent en garde contre cette apparence trompeuse: ces concepts ne correspondent plus aux principes. Le divorce intellectuel et moral d'avec les autres droits est consommé.*"

III. Efectividad y eficacia de las normas jurídicas

5. El segundo punto que me parece relevante, a ser propuesto al debate, está relacionado con el problema de la efectividad y eficacia de las normas jurídicas.

En situaciones no revolucionarias, la transición de la

dictadura a la democracia exige, en un primer momento, la remoción, del orden jurídico, de lo que se convenció denominar, al menos en Brasil, el “*entulho autoritário*” (“basura autoritaria”).

Después de eso, si la transición conduce a la reconstrucción constitucional de la sociedad, se trata de la elaboración de una nueva Constitución, que, naturalmente, habrá de consagrar nuevos institutos jurídicos y nuevos derechos que importa tratar.

Ejemplificaré con el caso brasileño.

6. No es éste el momento adecuado para debatir las circunstancias bajo las cuales se verificó la convocación de la Constituyente que produjo la nueva Constitución de Brasil. No existió, entonces, en verdad, una Asamblea Nacional Constituyente, pero sí un Congreso Nacional (el Poder Legislativo Ordinario) investido de Poder Constituyente; quien lo convocó fue el Presidente de la República, que era entonces parte del *orden constituido* que el Poder Constituyente sustituiría o debería sustituir; el proceso de elección de los miembros de ese Congreso Constituyente fue cuestionado, firmemente, en su legitimidad. El producto engendrado por ese Congreso Constituyente —la Constitución de 1988— es contradictorio, en la medida, incluso, en que proyecta, en el campo económico, un orden neo-liberal, adverso realmente, es posible afirmar, a las necesidades del capitalismo, de modernización y legitimación. Esto en el orden estrictamente económico.

En lo que concierne al orden social, sin embargo, la nueva Constitución asumió un perfil progresista. Uso el vocablo “progresista”, aquí, para cualificar movimientos que, aunque nieguen y se opongan a una perspectiva revolucionaria, suponen algún avance, en el sentido de proveer alteraciones en un dado sistema, sin con todo herir la esencia del sistema.

7. Una de las cuestiones que actualmente más perturba, incluso a los que no toman el Derecho como objeto de análisis socio-jurídico, es la de la no realización, en la praxis de su aplicación, de los principios y derechos económicos y sociales, tal como fueron inscriptos en las Constituciones —lo que es atribuido, por aquellos, exclusivamente a un descompás entre *rights* y *remedies*, sin que las razones de este descompás sean cuestionadas.

No se pierda de vista, pues —lo digo entre paréntesis—

que el cuestionamiento a propósito de este descompás lleva en sí la virtud de, al institucionalizar nuevos tipos de intereses (intereses colectivos, intereses difusos), promover la atomización de los intereses de clase. Esa perversión, en especial en las sociedades subdesarrolladas, no puede ser ignorada.

Retomo, sin embargo, el cable conductor de mi exposición, para observar que la nueva Constitución brasileña asume la figura progresista precisamente cuando pretende superar la programaticidad de tales derechos económicos y sociales, en la institucionalización de instrumentos que se prestarían a asegurar su aplicación.

Me refiero a una afirmación constitucional y a los institutos del “*mandado de injunção*” (*prescripción*) y de la *inconstitucionalidad por omisión*.

8. El párrafo 1º del artículo 5º del texto constitucional afirma que “las normas que definen los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”.

Por otra parte, el inciso LXXI de este referido artículo 5º dispone: “Será concedido ‘*mandado de injunção*’ siempre que la falta de norma reglamentadora inviabilice el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”.

Y define el párrafo 2º, del artículo 103: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de actividad necesaria para que vuelva efectiva una norma constitucional, esto será comunicado al Poder competente, para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”.

9. La nueva Constitución produjo impacto, globalmente considerado, extremadamente rico, aunque extremadamente contradictorio, sobre la sociedad brasileña. Por un lado, paulatinamente se va desnudando la evidencia de que ella (la Constitución formal) no basta para superar las distorsiones sociales de nuestra realidad —la Constitución, aisladamente considerada, no crea el movimiento, no desencadena ningún proceso de cambio social; solamente establece balizas, traza parámetros para su curso ordenado.⁵ De otra parte, sin embargo, innumerables circunstancias condujeron al refuerzo de la “ideología jurídica”:⁶ El texto consagra algunas disposiciones atinentes a la *participación popular*— el artículo 14, v.g., define que la “sobera-

nía popular será ejercida por el sufragio universal y por el voto directo y secreto, con igual valor para todos, y, en los términos de la ley, mediante: I- plebiscito; II- referéndum; III- iniciativa popular"; el elenco de los derechos económicos y sociales fue ampliado, mediante la consagración de "nuevos derechos" (aunque eso no signifique ninguna alteración cualitativa de los derechos individuales, sino mera ampliación cuantitativa de ellos), etcétera.

De esta misma manera, alrededor del "mandado de injunção", auténtico proceso de mitificación fue hecho: lo toma la sociedad, ignara de los preceptos de la "técnica jurídica" (!) y de las perversiones del "due process of law", que estrechan de modo muy fuerte las vías de su aplicación, como remedio para todos los males. Es común leer en la prensa —sobre todo en las secciones de cartas de los lectores —y oír en el día a día proposiciones de legos en materia jurídica (o sea, en el formalismo jurídico) en el sentido de que se use el "mandado de injunção" para cohibir algún acto de violencia, la corrupción de las autoridades públicas, la fijación de un sueldo mínimo en niveles socialmente inaceptables, incluso la inflación (!).

10. No hay, aún, material de análisis que permita el desarrollo de investigación empírica relativo a tales efectos.

Ni, por otro lado, tenemos definidos indicadores precisos del comportamiento que el Poder Judicial asumirá en la aplicación del texto constitucional.

Una u otra indicación, sin embargo, pueden ser recolectadas. Ejemplifico precisamente con el "mandado de injunção" haciendo referencia a un caso en el cual actuó como abogado. El artículo 37, VII de la Constitución afirma en relación a los servicios públicos civiles: "el derecho de huelga será ejercido en los términos y en los límites definidos en ley complementar". Inexistente entonces (tal cual no tiene existencia todavía) esa ley complementar, el 24 de octubre de 1988 propuse, en nombre de servidores públicos civiles, "mandado de injunção" que pretendía que el Tribunal Supremo Federal expidiera orden judicial con la finalidad de asegurarles, a estos servidores, el ejercicio del derecho de huelga, de manera que no pudiese oponerse a él la Administración Pública Federal. Doce meses pasaron sin que, hasta hoy, el proceso haya sido apreciado. La única manifestación que en él se produjo, por el Procurador General de la República, cuestiona aspectos formales de la pretensión judicial.

Excepto ese indicio de que el Poder Judicial no se pre-dispone a dar inmediata aplicación al instituto —aunque ya sea éste extremadamente significativo— otros efectivos no hay.

11. Sin embargo, en el campo de la Doctrina Jurídica se pueden recolectar algunos subsidios, que apuntan al destino que se reserva a la afirmación constitucional, a la inconstitucionalidad por omisión y al "mandado de injunção".

11.1. En cuanto a la afirmación constitucional de la aplicación inmediata de las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales, curiosamente, si examinamos nuestra doctrina, en ella no encontramos, adecuadamente enunciado, un concepto de aplicación del Derecho. El vocablo aplicación es tomado, por la doctrina, bajo la significación que asume en el lenguaje natural —"aplicabilidad significa cualidad de lo que es aplicable y respecta a la eficacia"—; el concepto jurídico de aplicación (del Derecho) es presupuestamente conocido, de manera que no merece cualquier explicitación. Así, no es formulado, v.g., como *efectivación del Derecho*, lo que conduciría a un incómodo cuestionamiento a propósito de la distinción entre efectividad formal y efectividad material.

En lo que se refiere al propio enunciado de la afirmación, se encuentra en un párrafo del artículo 5, que maneja derechos y garantías fundamentales. A ellos también respectan, sin embargo, los artículos 6 a 17 de la Constitución— y, ahí, los derechos sociales, los derechos relativos a la nacionalidad, los derechos políticos y aquellos atinentes a la organización de los partidos políticos. De ahí la indagación, que puede parecer despropositada, pero que incitará, por supuesto, a largos debates sobre los adornos que la discusión formal del Derecho instala: ¿la aplicación inmediata a que se refiere el párrafo 1º del artículo 5, abarca solamente los derechos y garantías fundamentales enunciados en ese artículo 5, o a la generalidad de ellos?

La pregunta no es tan insólita cuanto pueda parecer a primera vista, sobre todo porque en los artículos que se siguen al 5, es que, entre otros, están contemplados, v.g., aquellos relacionados a las relaciones de empleo y condiciones de trabajo y a la soberanía popular. Doctrina y jurisprudencia, como se ve, de ahí se pueden quitar subsi-

dios extremadamente ricos para alimentar la retórica de no aplicación de tales derechos, incluso y hasta al cuestionar la utilidad de la institución de la inconstitucionalidad por omisión y del “*mandado de injunção*”, por lo menos en este campo: si estos derechos y garantías fundamentales son inmediatamente aplicables, innecesarios resultarían, para inducir su aplicación, los dos institutos; bastaría, para tanto, que el Poder Judicial cumpliera la Constitución. Pero —proseguiré, como ya prosigue, la doctrina tradicional⁷— no es posible dar aplicación inmediata a todo el derecho o garantía fundamental, incluso porque esa aplicación “contraría la naturaleza de las cosas”; y ahí es retomada, en su más completa pureza, la doctrina tradicional de las normas constitucionales programáticas.

11.2. En lo que respecta al instituto de la inconstitucionalidad por omisión, que va a buscar inspiración en el texto de la Constitución de Portugal, es, nítidamente, ino-
cuo.

Basta leer el enunciado del precepto constitucional, anteriormente transcripto. La declaración de la inconstitucionalidad por omisión produce como resultado meramente una comunicación al poder competente, para la adopción de norma. Al tratarse de “órgano administrativo”, a él le serán concedidos treinta días para que lo haga, siendo cierto que, teóricamente, al no hacerlo cometerá el delito de desobediencia al orden judicial. Pero —se preguntará—, esta comunicación, que da ciencia al órgano administrativo de la declaración de inconstitucionalidad por omisión, ¿consustancia un “orden judicial”? Tratándose del Poder Legislativo —y del Presidente de la República, que, evidentemente, no es “órgano administrativo”— la comunicación es emitida sin la determinación de plazo para que lo haga.

11.3. En cuanto al “*mandado de injunção*”, instituto que consustancia innovación de nuestro texto constitucional, sus virtualidades son coartadas, inicialmente —como demostré anteriormente, en el ejemplo que referí— por el comportamiento que en relación a él ya se prevé asumirá el Poder Judicial.

Además, una serie de cuestiones de orden conceptual, de los más distintos significados, es suscitada alrededor del instituto. Algunas, también, que alcanzan las rayas del ridículo. Pues es cierto que ya se pensó también en la

necesidad de, dado que aún no tenemos ley ordinaria que reglamente el “*mandado de injunção*”, proponerse dicho mandato para que se pueda viabilizar la proposición de lo mismo (!!!).

Se indagó, también, a qué soberanía se refiere el inciso LXXI del artículo 5 de la Constitución, aunque sea obvio que ahí se trata de la soberanía popular y no de la soberanía nacional.

Además, es cierto que otras cuestiones, menos insubistentes, son postuladas: ¿cuáles son los efectos de la sentencia proferida en el “*mandado de injunção*”? ¿contra quién él puede ser propuesto? ¿sólo contra el Estado o también contra particulares? ¿cuál es el contenido de la sentencia? ¿cómo compatibilizar el suplemento de la omisión legislativa, en ella, con la “separación de los poderes”— otro de los mitos de nuestro tiempo— como si esa compatibilidad ya no hubiera sido operada en el propio seno del texto constitucional?

Finalmente, es imperioso notar que el “*mandado de injunção*” es recurso contra la *ausencia de norma reglamentadora*, solamente. Así, no es remedio contra la omisión del Estado, en el sentido de obligarlo a producir condiciones materiales suficientes, que asegure el acceso de la sociedad a la salud, a la educación, al trabajo, a la habitación, etcétera.

Permanece sin retocar, de pronto se ve, a pesar del “*mandado de injunção*”, el cuadro que Loewenstein⁸ pintó: la sociedad, inebriada por el nuevo instituto, habrá de, para que pueda fruir los derechos que le asegura el texto constitucional, aguardar, ordenadamente, el advenimiento del instante en que “haya condiciones para eso”.

12. Las observaciones hasta este punto producidas me permiten concluir resaltando el hecho de que la afirmación de la aplicabilidad inmediata de los derechos y garantías fundamentales y consagración de los institutos de las inconstitucionalidad por omisión y del “*mandado de injunção*” no consustancian sino simple avance retórico, que prospera en el sentido de restaurar la “ideología jurídica”.

Además, me permite prever un cuadro extremadamente peculiar, que este avance vendrá por cierto a engendrar.

13. A fin de exponerlo, tomo *efectividad jurídica o formal* del Derecho, como la que se manifiesta cuando

realizada la conformación de una situación jurídica concreta al modelo que constituye la norma⁹ o, en otros términos, cuando haya sido producida la norma individual que interpreta o actualiza la norma aplicada.¹⁰

Efectividad material, por otro lado, es aquélla que se manifiesta cuando realizada la conformidad de la situación de hecho a la situación jurídica otorgada o impuesta al sujeto a merced de la efectividad jurídica de la norma¹¹ o, en otros términos, cuando haya sido producida la conducta requerida por la norma individual.¹²

Finalmente, tomo *eficacia* como modo de apreciación de las consecuencias de las normas jurídicas y de su adecuación a los fines por ellas contemplados.¹³

Aplicados estos conceptos, así formulados, a la realidad de que cuido, tendremos ecuacionado, en la medida que el Poder Judicial no más tenga como recusar, en el futuro, *efectividad formal* a los derechos y libertades de que recurrimos, el siguiente cuadro: a ellos será conferida *efectividad formal*, pero negada la *efectividad material*; y, por eso mismo —porque les será negada esta última— serán dotados de *eficacia*. Y esto porque algunos de ellos son institucionalizados precisa y exclusivamente para que no lleguen a ser realizados.

Este, pues, es el modelo que se construye: normas que, dotadas solamente de efectividad formal, se vuelven plenamente eficaces —es decir, son adecuadas a los fines que visan— porque no dotadas de efectividad material.

El impacto que dicho modelo ocasionará sobre la "ideología jurídica", este es tema a respecto del cual no intento ningún pronóstico.

Notas

1. Dietrich Jesch, *Ley y Administración*, trad. de Manuel Heredero, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, págs. 31-32.

2. Para la distinción entre principio y regla jurídica, Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, quinta edición, Duckworth, London, 1987, pág. 14 y sgts.

3. Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 2ª edición (reimpresión), Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pág. 199.

4. *Principes Généraux du Droit e Droit Positif*, en *Le Droit Privé Français au Milieu du XX Siècle (études offertes a Georges Riput)*, LGDJ, París, 1950, págs. 69-70.

5. Fabio Konder Comparato, *Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático*, en *Brasil, sociedade democrática*, Hélio Jaguaribe et al., José Olympio Editora, Río de Janeiro, 1985, pág. 401.

6. *Ideología Jurídica* como instrumental que asegura la reproducción de los tipos de interacción jurídica previstas por quien dice el derecho (cf. André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique*, LGDJ, París, 1981, pág. 401/406).

7. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais*, en *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, vol. 29, junio de 1988, págs. 40 y sgts.

8. Karl Loewenstein (*Verfassungslehre*, 3 Auflage, J.C.B. Mohr-Paul Siebeck, Tübingen, 1975, págs. 344-345), con notable sinceridad, afirmaba que los *derechos fundamentales* no son "derechos en el sentido jurídico", ya que no pueden ser exigidos judicialmente del Estado antes de que no hayan sido institucionalizados por una acción estatal. Y, más, que "en los estados avanzados técnicamente, una gran parte de la nueva filosofía de los derechos sociales y económicos se ha concretado en la legislación positiva. En cambio, estos derechos permanecen frecuentemente en muchos países subdesarrollados, y permanecen durante largo tiempo, como meros planes nominales para el futuro, hasta que las condiciones socioeconómicas de la sociedad permitan su aplicación. Pero aun allí donde los derechos sociales tienen que esperar hasta que se hayan dado los necesarios requisitos, cumplen un objetivo: para los detentores del poder son el estímulo que les impulsará a su realización y para los destinatarios del poder significarán la esperanza de que un día puedan ser llevados a cabo". (!!!)

9. Antoine Jeammaud, *En torno al problema de la efectividad del Derecho*, en *Critica Juridica*, n° 1, Universidad Autónoma de Puebla, 1984, pág. 12.

10. Oscar Correas, *Teoría sociológica del Derecho y Sociología jurídica*, en *Critica Juridica*, n° 8, Universidad Autónoma de Puebla, 1988, pág. 94.

11. Antoine Jeammaud, ob. cit., pág. 12.

12. Oscar Correas, ob. cit., pág. 94.

13. Romano Bettini, *Efficacité*, en *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie du Droit*, LGDJ, París, 1988, pág. 133.

IV
LA RECONSTRUCCION DEL ESTADO
DE DERECHO EN ARGENTINA
(1983-1989)

Enrique I. Groisman

1. Los actos de ruptura

Cuando, el 9 de julio de 1989, asumió el cargo un presidente elegido según el procedimiento previsto por la Constitución Nacional para suceder a otro que pertenecía a un partido político diferente, se verificó un acontecimiento de singular importancia para la consolidación del sistema democrático.

Si bien ese hecho no significa que el sistema esté consolidado ni que su práctica cotidiana carezca de defectos, reviste un gran valor simbólico y marca un hito significativo. No se trata solamente del hecho puntual, sino de que durante más de seis años el sistema ha funcionado de un modo aceptablemente correcto, los poderes actuaron de acuerdo con sus atribuciones y los derechos y garantías fueron respetados.

La actuación de la dictadura precedente tuvo en este aspecto dos tipos de consecuencias: por una parte alteró la naturaleza y función de la ley, que en lugar de operar

como garantía y permitir la previsibilidad fue utilizada como disfraz de la voluntad arbitraria de los gobernantes; al mismo tiempo, procedió sin respeto por el ordenamiento vigente, aun el que ella misma había establecido.

Por esa razón, el gobierno constitucional debió encarar en este campo tres cometidos básicos: a) la restauración del Estado de Derecho, con todo lo que ello implica en cuanto a vigencia efectiva de la ley y funcionamiento real de los mecanismos institucionales; b) la supresión o modificación de las normas antidemocráticas; c) el perfeccionamiento de derechos y garantías y la incorporación de recaudos para hacerlas efectivas.

El objeto de este trabajo consiste en describir los rasgos que caracterizan el funcionamiento de los poderes públicos en esta nueva etapa, analizar qué es lo que ha cambiado en esta materia respecto de la situación vigente durante la dictadura y relatar las vicisitudes, dificultades y resultados de los proyectos y propósitos iniciales.

Si se tiene en cuenta que la Constitución que rige en la República Argentina data de 1853, podría creerse que existe en este país una notable continuidad institucional. Pero esa impresión sería engañosa, porque desde la sanción de aquel texto básico hubo numerosas rupturas del orden constitucional y prolongados períodos durante los cuales su vigencia fue sólo formal. Lo notable es que los gobiernos *de facto* no lo modificaron o lo hicieron sólo de modo transitorio aunque en la práctica no lo respetaran, y esto contribuyó a difundir un generalizado descreimiento respecto del valor y función de la ley.

Desde 1930 se han alternado gobiernos elegidos según las reglas previstas en la Constitución con otros *de facto*, y ello ha generado un cúmulo de doctrina y de interpretaciones judiciales que procuran explicar las respectivas situaciones, resolver los problemas prácticos que ellas plantean o, lisa y llanamente, justificar con argumentos jurídicos el ejercicio de las atribuciones invocadas por los gobernantes ilegítimos.

La existencia de los gobiernos *de facto* fue aceptada en principio de modo restringido y condicionado por parte de la jurisprudencia. Habiendo partido del argumento que invocaba la necesidad de preservar el orden y mantener la continuidad de la actividad estatal, la justificación se amplió progresivamente para abarcar la esfera legislativa (primero mediante el dictado de leyes impositivas, luego penales y posteriormente de cualquier índole), la judicial

(mediante la remoción de jueces y designación de sus reemplazantes, y aun a través de la imposición de sanciones) y la constituyente, ya que esos gobiernos llegaron a derogar y modificar normas de esa jerarquía.

Como resultado de esta desgraciada práctica, en Argentina coexisten las normas de origen legítimo con las dictadas por gobiernos *de facto*: la prolongada duración de estos últimos (a veces mayor que la de los seis años previstos por la Constitución para un período presidencial) crea una red de relaciones establecidas al amparo de aquellas, y plantea la imposibilidad práctica de retrotraer la situación al momento en que se produjo la ruptura.

Cada gobierno constitucional que sucedió a uno *de facto* ha debido, pues, encarar el problema de su relación con el orden precedente, y lo ha hecho de distintas maneras. Si bien fue diversa su actitud respecto del grado y condiciones de validez que reconocieron a las normas heredadas, todos debieron aceptar por lo menos las referidas al régimen electoral, a la ley de convocatoria a elecciones, a la transmisión del mando y demás temas relacionados con la necesidad de reglar el proceso de normalización.

En los momentos de transición de un gobierno *de facto* a uno constitucional, la decisión acerca de la validez de los actos del primero no es solamente un problema jurídico sino también político, porque se trata de definir si la legitimidad ha de surgir de la elección llevada a cabo según las normas dictadas autoritariamente o del hecho de que las nuevas autoridades hayan sido consagradas por el voto popular.

Los modos de enfrentar el problema han variado en las diferentes situaciones. En algunos casos se dictaron leyes ratificadoras de las normas *de facto*; en otros no hubo un pronunciamiento expreso al respecto pero se aceptó de modo implícito la continuidad de su vigencia. El gobierno de Alfonsín asumió al respecto una actitud que se diferencia de la adoptada en otros momentos históricos: sin negar de plano la validez de la normatividad precedente, procuró fundar su legitimidad sobre bases autónomas respecto de aquélla. En esa postura, admitió en principio continuidad de esas normas sin aceptar —sin embargo— que fueran ellas las que le dieran base jurídica.

Hubo, pues, una continuidad, en el sentido de que se consintió la validez de las normas que no se derogaron de modo expreso y la de los actos dictados al amparo de aquéllas. Se sostuvo en cambio —por primera vez en la

historia argentina— la nulidad absoluta de ciertos actos del gobierno *de facto* y se procesó a sus integrantes, lo que implicó plantear que el fundamento del poder no derivaba de la voluntad de las autoridades precedentes sino del mandato popular y de la regularidad constitucional de su otorgamiento.

Esta decisión estuvo marcada por una serie de actos de ruptura de los cuales el más drástico fue disponer simultáneamente el procesamiento de los jefes de la guerrilla terrorista y de los responsables de la política estatal de violación de derechos humanos.

La singularidad de este hecho consiste en que un gobierno que no derrocó por la fuerza a su antecesor sino que recibió de él el poder procediera a enjuiciarlo formulando a sus responsables los cargos de homicidio, secuestro y torturas. Más adelante volveré sobre este tema y su evolución ulterior, pero por ahora me parece importante señalar el sentido de ese acto en tanto significó una ruptura y propuso el comienzo de una etapa diferente.

Otro de los símbolos de discontinuidad fue la derogación de la que el gobierno *de facto* llamó "ley de pacificación" y la sociedad argentina definió como "autoamnistía", mediante la cual se declaraban "extinguidas las acciones penales correspondientes a actos terroristas o a delitos cometidos con motivo de su represión".

Es interesante señalar que la dictadura dictó esa ley cuando ya había convocado a elecciones. No lo hizo en la momento de apogeo de su poder sino cuando ya estaba a la vista la conclusión de su gobierno, hecho que puede resultar sorprendente si no se tiene en cuenta el alarde de omnipotencia que caracterizara sus actos.

Cuando el gobierno *de facto* tomó conciencia de que en un gobierno constitucional el Derecho habría de jugar un papel diferente de aquél al que lo había relegado hasta ese momento, decidió usarlo a su favor tratando de crear situaciones jurídicas que fueran difíciles de modificar si se respetaba el imperio de la ley.

Según la tesis aceptada de modo mayoritario hasta entonces por los tribunales, las normas dictadas por los gobiernos *de facto* conservaban su vigencia y los actos cumplidos a su amparo quedaban firmes, de modo que los delitos a que se refería la ley de autoamnistía hubieran quedado impunes. A eso se refirió al candidato presidencial del Partido Justicialista —Italo Luder— cuando afirmó que la amnistía era un hecho irrevisable.

Por consiguiente, si el gobierno aceptaba la corriente interpretativa predominante se ahorra el problema de afrontar la resistencia militar a los juicios, pero a cambio de ceder en una cuestión de principios.

La decisión consistió en declarar "insanablemente nula" la autoamnistía, y ese hecho tuvo consecuencias que trascienden el problema específico al que está referido para sentar un precedente aplicable al conjunto de los actos de los gobiernos *de facto*. Implica, en efecto, que los gobiernos constitucionales que los suceden pueden desconocer de plano sus decisiones más graves negándoles "todo valor y efecto" como si nunca hubieran existido.¹

Ese criterio se aplicó también en una ley que declaró la invalidez de cualquier acto administrativo o judicial que durante un gobierno *de facto* tenga por objeto aplicar sanciones a los gobernantes legítimos sin que se haya seguido previamente el procedimiento constitucional de destitución.

El gobierno de Alfonsín comenzó, pues, con varios actos simbólicos de ruptura con el orden precedente y puso de manifiesto su voluntad de cambiar (o por lo menos de restringir) el criterio que aceptaba la validez de los actos heredados de aquel orden.

2. El problema militar

En el discurso de justificación de los golpes de estado en Argentina se invocó siempre para las fuerzas armadas una función tuitiva que las situaba por encima de las normas constitucionales y de los poderes elegidos de acuerdo con ellas. Ese *status* de vigilantes, supervisoras y, por consiguiente autónomas, fue el terreno propicio para la aceptación de las doctrinas de "seguridad nacional" y de "fronteras ideológicas". La restauración del funcionamiento normal de los poderes requería, por lo tanto, una redefinición del papel de las fuerzas armadas. Esto es lo que se procuró modificando la ley que regula su función y asignándole exclusivamente la de defensa del territorio contra ataques exteriores. Este cambio tuvo la finalidad de apartarlas del mantenimiento del orden interno y —como consecuencia de ello— de la actividad represora.

Con el mismo objeto se modificó la fórmula del juramento militar: al compromiso de "defender a la Patria" se agregó el de "defender la Constitución hasta perder la

vida". La Constitución, y por consiguiente el sistema democrático, quedaron colocados de este modo en el mismo nivel y se les asignó el mismo valor que al concepto de Patria. Si bien este cambio puede parecer formal, tiene mucho peso en un ámbito en el que el juramento goza de un tradicional valor simbólico e ideológico. El significado político que tuvo esta modificación está demostrado por el hecho de que varios oficiales plantearon problemas de disciplina al negarse a jurar según la nueva fórmula.

Otra medida significativa en esta materia fue el dictado de la ley de defensa del sistema democrático, que considera delito tanto la pasividad de los funcionarios públicos frente a la instauración de gobiernos *de facto* como la aceptación de cargos conferidos por ellos.

Estas medidas simbólicas han tenido una singular relevancia política, pero en su ejecución se enfrentaron con los límites fácticos de los poderes formales que la Constitución establece.

Restablecido el régimen constitucional, el procesamiento de quienes hubieran transgredido el orden jurídico no dependía sólo de la voluntad del poder ejecutivo: cualquier particular afectado podía requerir la intervención de la justicia. Existía, sin embargo, la posibilidad de que quienes fueran citados judicialmente se negaran a concurrir o resistieran las eventuales órdenes de detención, o de que los militares como cuerpo plantearan su solidaridad con los imputados. El Poder Ejecutivo, a su vez, tenía el deber de promover en nombre de la sociedad la acción penal contra los responsables.

Partiendo de este conjunto de datos, necesidades políticas y condicionamientos fácticos, el gobierno radical se propuso estos tres objetivos: a) que los delitos no quedaran impunes; b) que las propias fuerzas armadas sancionaran a aquellos de sus integrantes que resultaran responsables; c) que el número de militares procesados fuera lo más reducido posible.

Con esa estrategia, promovió simultáneamente el procesamiento de los integrantes de las juntas militares que gobernaron durante el período de mayor represión y de los principales dirigentes terroristas. Creó además la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP), cuyo informe —publicado bajo el título de "Nunca Más"— sirvió de base para la acusación fiscal.

En relación con el propósito de que los procesos no

alcanzaran a una gran cantidad de militares, Alfonsín propuso la tesis de los diferentes grados de responsabilidad: quienes elaboraron la metodología y dieron los órdenes, quienes las cumplieron y quienes se excedieron, cometiendo delitos que aquéllas no necesariamente implicaban.

El intento de que fueran las propias fuerzas armadas las que castigarán a aquellos de sus integrantes que hubiesen cometido delitos estaba respaldado en diversas razones de índole jurídica: la Constitución Nacional dice que nadie puede ser "sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa", y el Código de Justicia Militar establecía la competencia de los tribunales castrenses para juzgar los delitos cometidos en actos de servicio. Por consiguiente, como la derogación de esta norma con posterioridad a los hechos podría haber sido tachada de inconstitucional, la solución elegida consistió en modificar la ley agregando la posibilidad de apelación ante los tribunales ordinarios. Esto fue lo que permitió que finalmente fuera la justicia civil la que asumiera el castigo y dictara las conocidas condenas de Videla, Viola, Massera y Agosti y dispusiera los centenares de procesamientos que después se redujeron a alguna decenas por aplicación de la ley llamada de "obediencia debida".

El Código de Justicia Militar también fue modificado respecto de este último tema. El texto anterior establecía que cuando un delito era cometido por personal militar en cumplimiento de órdenes la responsabilidad penal correspondía a quien las hubiera dado. Los alcances de esa norma están precisados en la doctrina penal en el sentido de que para que esa excusa proceda es necesario que exista convencimiento acerca de la legitimidad de la orden o imposibilidad de resistirla. Pero para salvar su responsabilidad los procesados debían invocarla, y al hacerlo tenían que manifestar tanto su desacuerdo con el contenido de las órdenes como su carácter irresistible. El problema consistió en que no sólo se resistieron a plantear esa defensa sino siquiera a ser sometidos a juicio.

Al principio la estrategia oficial pareció exitosa, ya que el tribunal militar ordenó la prisión preventiva de los ex comandantes. Sin embargo, ese y los demás procesos que se seguían ante ese fuero entraron posteriormente en una ostensible demora. La modificación introducida en el procedimiento había previsto esa posibilidad, puesto que la justicia ordinaria podía asumir la tramitación de los juicios si los tribunales militares se excedían en los plazos esta-

blecidos. Esto fue lo que finalmente ocurrió: la Cámara Federal requirió los expedientes, prosiguió su trámite y dictó las conocidas sentencias condenatorias contra los máximos responsables.² El resto de los juicios se seguía demorando y la existencia de varias decenas de oficiales procesados y de muchos otros que podían llegar a serlo generó fuertes presiones que el gobierno intentó resolver mediante la ley que fue denominada de "punto final".

Esa ley —dictada en diciembre de 1986— estableció que quedaría extinguida la acción penal contra los integrantes de las fuerzas armadas que, no encontrándose prófugos, no fueran procesados dentro del plazo de sesenta días. Fue denominada "punto final" porque estuvo destinada a aclarar de modo definitivo la situación de los militares a quienes se imputaban delitos sin que los respectivos procesos —pese al tiempo transcurrido— hubieran llegado a sentencia. Esto último había creado una situación de sospecha genérica respecto de los integrantes de las fuerzas armadas, que la ley procuró circunscribir. Pero el resultado fue diferente del esperado, porque antes de que venciera el plazo de caducidad los tribunales resolvieron el procesamiento de varios centenares de oficiales —la cifra total alcanzó aproximadamente a 450— y esto aumentó las presiones militares hasta desembocar en la crisis conocida como de "Semana Santa", en abril de 1987, que se desencadenó a raíz de la negativa a comparecer ante la justicia por parte de uno de los oficiales procesados.

Si bien estos sucesos concluyeron con la rendición de los responsables, poco después se dictó una ley ampliatoria de los alcances de la "obediencia debida". En virtud de esta nueva norma se presumía, "sin admitir prueba en contrario", que los delitos cometidos durante la actividad represiva por militares que no hubieran tenido poder de decisión estaban amparados por su deber de obediencia a órdenes a las que, además, no habían tenido posibilidad de resistir. Los procesados no tendrían, de este modo, necesidad de invocar esa excusa, porque debía ser aplicada directamente por los jueces.

Pueden caracterizarse, por consiguiente, tres etapas en el tratamiento de los delitos cometidos durante la represión: la primera, que modificó el Código de Justicia Militar permitiendo que las sentencias de los tribunales castrenses pudieran ser apeladas ante la justicia civil, y que dispuso una primera ampliación del concepto de "obediencia debida". La segunda, que fijó un plazo de sesenta días

más allá del cual las acciones penales quedaban extinguidas respecto de quienes no hubieran sido procesados ni se encontraran prófugos. La tercera, que creó la presunción —sin admitir prueba en contrario— de que todos los militares, salvo los que hubieran tenido poder de decisión, habían actuado en virtud de “obediencia debida”.

Esta nueva concesión, sin embargo, tampoco satisfizo el objetivo que proclamaron reiteradamente los sucesivos jefes de las Fuerzas Armadas y que consiste en lo que denominan “reinvindicación de la lucha antisubversiva”. Como esto último no era posible mientras quedaran en pie las sentencias que condenaron a los principales responsables, la estrategia reivindicativa del terrorismo de Estado se dirigió, a partir de la asunción del nuevo gobierno constitucional, a lograr una amnistía o un indulto. Este paso fue adoptado por el Presidente Menem respecto de todos los militares que aún estaban procesados o condenados con excepción de los ex comandantes en jefe y de algunos oficiales superiores, respecto de quienes anunció una inminente medida similar.

Si bien casi la totalidad de los agentes estatales que cometieron delitos durante la represión ha quedado impune en virtud de las sucesivas concesiones que obtuvo el poder militar, es indudable que la condena de los principales responsables sigue revistiendo un valor simbólico que obstaculiza el proyecto reivindicatorio.

3. Perfeccionamiento de los derechos y garantías

Como observé en ocasión de analizar la herencia que dejó el gobierno militar,³ el daño más grave que ese período ocasionó al sistema institucional no fue tanto la modificación del orden jurídico sino su violación sistemática. Por ese motivo, la asunción de un gobierno constitucional que respetara la ley e hiciera efectivos los derechos de los habitantes implicó en sí mismo un cambio trascendental. Ese cambio fue acompañado por un conjunto de medidas y conductas que, tanto por parte de la sociedad civil como desde el Estado mediante la actuación de sus tres poderes, crearon un nuevo espacio para el ejercicio de prácticas democráticas.

Un buen ejemplo de esto último está constituido por la ley contra la discriminación, que otorga una acción judicial para hacer cesar la restricción o el menoscabo arbitra-

rio del pleno ejercicio, sobre bases igualitarias, de los derechos y garantías constitucionales. En rigor, aun sin necesidad de invocar esa norma hubiera sido posible solicitar el amparo de la Justicia para lograr la misma finalidad, pero su dictado llama la atención sobre el problema al caracterizar como casos particulares de discriminación los determinados por “la raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”. Crea, además, el delito de participar de una organización que propicie “ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color” o de realizar propaganda basada en esos fundamentos, y agrava la pena de cualquier delito motivado en “persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad”.

Otro campo de significativa importancia en esta materia está constituido por las reformas que acuerdan garantías procesales. Una de ellas dispone que la declaración sólo será válida si se presta ante el juez y no ante la autoridad administrativa (policía, gendarmería o prefectura naval), con lo que se procura restringir al mínimo posible las confesiones obtenidas mediante presiones o apremios. Otra reforma se refiere a la reglamentación del *habeas corpus*, mediante la cual el detenido a cuyo favor se interponga debe ser presentado ante el juez para que, en caso de disponer su libertad, la haga efectiva de inmediato.

Estas reformas se complementan con la legislación contra la tortura, que equiparó su pena a la del homicidio y extendió el concepto para comprender los sufrimientos psíquicos. Esta ley, además, extendió la responsabilidad a quienes omitieron evitar los hechos si hacerlo estuviera dentro de su competencia y a los funcionarios que, enterados de ellos, no los denunciaren.

El derecho a la libre expresión de las ideas fue perfeccionado con medidas tales como la supresión de las atribuciones que el gobierno *de facto* había otorgado al Correo para impedir la circulación de materiales impresos, o la supresión de la censura cinematográfica.

Los derechos y garantías recibieron un considerable respaldo a raíz de la ratificación —demorada desde hacía muchos años— de un conjunto de convenios y tratados internacionales que por falta de ese requisito no estaban en vigor. Al haberse cumplido este paso, a partir de 1984 el derecho interno fue enriquecido con normas que contemplan con mayor detalle esos derechos y perfeccionan su

protección, estableciendo controles por parte de la comunidad internacional. Es el caso, por ejemplo, de la Convención contra el *apartheid*, que data de 1973; de la Convención contra toda discriminación contra la mujer, que había sido celebrada en 1979; del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; de la Convención para la Protección de Bienes Culturales en caso de conflicto armado, celebrada en 1954, y —quizás el caso de mayor repercusión e importancia— de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que databa de 1969, en virtud de la cual los estados firmantes se comprometen a reconocer una serie muy amplia de derechos y garantías y a aceptar, para su protección, la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

4. Democratización de las asociaciones

Un objetivo explícito del gobierno durante este período consistió en lograr que las asociaciones y entidades no estatales con funciones relevantes en la vida social (partidos políticos, sindicatos, colegios profesionales) se organizaran sobre bases democráticas.

Las asociaciones sindicales —en virtud de la ley dictada por un acuerdo entre el radicalismo y el peronismo— realizaron elecciones internas por primera vez desde que en 1976, al comienzo del régimen militar, habían sido suspendidas.

Dentro del movimiento de democratización se dio marco jurídico al funcionamiento de los partidos políticos, cuya actividad había sido prohibida por la dictadura. La ley respectiva los reconoció como "instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional", les impuso la necesidad de comprometerse en el mantenimiento del sistema democrático, les prohibió adoptar organización militar o brindar instrucción de ese tipo y estableció que sus autoridades y los candidatos para los cargos públicos debían ser elegidos mediante el voto de los afiliados. Así lo hizo el peronismo, en aplicación de esta norma, por primera vez en su historia.

Estas medidas impulsaron movimientos de democratización aun en las asociaciones no alcanzadas por ellas, como fue el caso de varias entidades empresariales que

después de muchos años de listas únicas vieron disputados sus cargos directivos por varias tendencias. Este panorama indica que los cuestionamientos, los debates internos y la discusión pública de los diversos puntos de vista se han extendido durante los últimos seis años desde el campo estricto de la actividad política al más extenso dominio del conjunto de actividades de la sociedad.

5. Modernización de la legislación civil

Las relaciones de familia estaban regidas —en lo esencial— por leyes muy antiguas. Si bien el matrimonio civil regía desde 1888, la Argentina continuaba siendo uno de los pocos países en que la regulación jurídica de las relaciones familiares mantenía un sustrato religioso y tradicional: el divorcio no habilitaba a los cónyuges para contraer un nuevo matrimonio, existían diferencias entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, los beneficios previsionales estaban condicionados a la existencia de vínculos legales y la patria potestad estaba asignada en exclusividad al padre.

Desde el comienzo de la normalización constitucional se presentaron varios proyectos para modificar esa legislación, y se abrió un amplio debate público y un juego de influencias con el cual los grupos más conservadores trataron de impedir el cambio. Cuando aún el Congreso no había adoptado una decisión, la Corte Suprema de Justicia declaró que la ley de matrimonio, en cuanto impedía volver a casarse a quienes habían obtenido el divorcio, era inconstitucional, entre otras razones, por imponer la indisolubilidad del vínculo a quienes no profesan el culto católico.

El Congreso sancionó, finalmente, un nuevo régimen de matrimonio que admitió el divorcio; instauró también la patria potestad compartida entre padre y madre, estableció la equiparación completa en los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales y reconoció beneficios previsionales a quienes, sin que exista un vínculo legal, tengan con el titular relaciones de convivencia o trato familiar.

Este proceso, en el que intervino la sociedad en su conjunto y actuaron —cada uno en su esfera, pero de modo coadyuvante— los tres poderes, marcó un hito esencial en la laicización de las relaciones de familia sólo comparable

al que cien años antes se había dado con la sanción de la ley que reconoció efectos jurídicos solamente al matrimonio civil.

Para el gobierno de Alfonsín, sin embargo, este paso no significó un rédito político: la Iglesia Católica nunca lo perdonó y la sociedad lo vivió como un logro colectivo, casi lógico y natural, en desmedro de la importancia que tuvo al respecto la decisión de afrontarlo.

6. Seis años después

Los cambios operados durante los últimos seis años en el sistema institucional comprenden temas muy diversos que se encuentran vinculados por el explícito propósito de afianzar el sistema democrático. Las modificaciones normativas han sido importantes en cuanto perfeccionaron derechos y garantías, afirmaron el respeto por la diversidad de opiniones y creencias, avanzaron en el proceso de laicización de las relaciones de familia y acentuaron el sometimiento de la actividad estatal a restricciones y controles. Con todo, el cambio más importante no ha sido normativo sino político y social: el funcionamiento normal de los tres poderes del Estado, la vigencia y el respeto por la ley han hecho vivir a la sociedad argentina una experiencia de la que la mayoría de los habitantes no tenía memoria. En esta situación, las leyes han adquirido también una dinámica propia y operaron como una oferta para la acción transformadora de quienes quisieran invocarlas y ejercer los mecanismos por ellas creados.

Hay varios ejemplos de esto último: el Pacto de San José de Costa Rica es invocado casi cotidianamente para reclamar los múltiples derechos que consagra; la ley contra la discriminación actualizó la crítica de una serie de prácticas de ese tipo y dio marco e incentivo a una intensa actividad que procura suprimirlas. Hoy es habitual que frente a todos los conflictos se invoque el Derecho y se requiera la intervención de la justicia para hacer efectivas garantías, revisar procedimientos y abrir procesos con fundamento en las posibilidades abiertas por la nueva situación.

Todo esto indica que la sociedad ha adquirido un nuevo nivel de conciencia jurídica que le permite valorar la función de Derecho y utilizar sus mecanismos instrumentales, y en ese cambio ha influido tanto la vigencia efectiva de

las leyes como el contenido y orientación de las que se han dictado durante los años recientes.

Notas

¹ Véase Ricardo Sidicaro, "*Trois années de démocratie en Argentine (1983-1986)*", en *Problemes d'Amerique Latine*, N° 82, París, 4° trimestre de 1986.

² Para la descripción y crítica de las sentencias, véase Roberto Bergalli, "Memoria colectiva y derechos humanos. Una componente peculiar en el derecho y la justicia de la transición a la democracia argentina" (Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N° 26/27, Universidad de Granada, año 1986/7).

³ "*L'Administration et le Gouvernement Constitutionnel en Argentine*", en *Problemes d'Amerique Latine*, N° 82, París, 4° trimestre de 1986.

V TRANSICION Y SUJETO DEMOCRATICO

Lucía M. Aseff

Abordar hoy, octubre de 1989, el tema que nos convoca para esta reflexión colectiva sobre el rol cumplido por el Derecho y su significación en Argentina en el período de transición de la dictadura a la democracia, nos lleva inevitablemente a hacerlo bajo la impresión del retroceso que sentimos se está consolidando con hechos recientes como el indulto presidencial a militares y subversivos, la proyectada "flexibilización laboral" o las alianzas que informan el proceso económico actual.

Hechos de esta naturaleza obligan a preguntarse —preguntá ciertamente sin respuesta todavía— si estas y otras involuciones no pueden ser interpretadas, parcialmente cuanto menos, como efectos no deseados del período anterior fenecido (me refiero, obviamente, a los años de gobierno del Dr. Alfonsín).

En este período, que será el objeto de nuestro análisis, una vez consolidado, el gobierno formula expresamente los ejes centrales que habrán de inspirar su accionar en el conocido Discurso de Parque Norte, dirigido por el Presidente de la nación a su partido, la Unión Cívica Radical, el 1º de diciembre de 1985. En él se lanzan y explicitan tres

consignas, que sintetizan las grandes coordenadas del que se pretende, en ese entonces, el tercer movimiento histórico, aquel llamado a ser el fiel intérprete de las aspiraciones de las grandes mayorías del pueblo argentino. Estas consignas son: modernización, democracia participativa y ética de la solidaridad.

Ninguna de ellas podrá zafar del debate en curso hoy, que tanto cuestiona la modernidad, aun cuando intente recuperarla, como nos impone la presencia ineludible de la postmodernidad como nuevo horizonte, muchas veces implícito, hasta ignorado, que da marco a la reflexión y la práctica de nuestro presente.

Mientras que este nuevo horizonte nos muestra, por una parte, la proliferación de nuevos movimientos sociales emergentes de los intereses de las minorías, que pueden entenderse como una reapropiación de la sociedad por sí misma, la desabsolutización de las categorías epistemológicas, la fragmentación del conocimiento y la relevancia de los saberes especiales, por citar sólo algunas de sus características más salientes, por la otra parte se asiste a intentos que tratan de producir síntesis unificadoras finales.

Y esta es una tensión no resuelta en la que muchas veces quedara el discurso alfonsinista embretado, sin posibilidad de resolución, en la medida en que la convocatoria democrática llamaba a la construcción de un bien común desde las diferencias, desde el reconocimiento del otro como tal, pero desde una odiosa acentuación de las diferencias, seguramente no querida, que llevó a una gran parte del pueblo a no valorizar en su justa medida los avances producidos en la medida en que éstos no iban acompañados de modificaciones palpables en la vida cotidiana de la gente, en el orden económico.

La debacle final del gobierno no es ajena a esta cuestión, donde la reiteración de discursos finalmente no cumplidos generó en el pueblo una sensación de rechazo y de fastidio frente a enunciaciones no verificadas en la práctica.

En este marco trataré de puntualizar algunas características de la legislación de este período, que marcaron a esta administración con un perfil propio, que podría sintetizarse en gruesos trazos, en los siguientes órdenes:

- a) La constitución del sujeto democrático en el ámbito del derecho público.
- b) La constitución del sujeto democrático en el ámbito del derecho privado.
- c) La administración de justicia.

d) La instrumentación legal de los poderes fácticos.

e) Los movimientos de reforma constitucional.

Esta enumeración, que no pretende agotar tan vasta materia, es meramente ordenadora de la exposición de algunas ideas que quiero puntualizar. Tampoco implica orden de jerarquía alguna entre ellas. Aparecen, eso sí, como nítidamente destacadas y definitivas del período analizado, por lo que se pasará a un breve desarrollo de las mismas en atención a su discurso general.

a) La constitución del sujeto democrático en el ámbito del derecho público

En este espacio cabe consignar las primeras medidas del gobierno democrático, en atención a las violaciones a los derechos humanos que había cometido el gobierno de facto anterior, a saber: a) la derogación de la Ley de Autoamnistía sancionada por la dictadura, que fuera la primera ley promulgada por el nuevo gobierno; b) el decreto que obliga al Consejo Supremo de las FF.AA. a juzgar a los miembros de las tres primeras Juntas Militares; c) la modificación del Código de Justicia Militar; d) la creación de la Comisión Nacional de Desaparición de Personas (CONADEP); e) la adopción del Pacto de San José de Costa Rica, convertido en ley de la Nación en sesión conjunta de ambas cámaras el 1º de marzo de 1984.

Más allá del inmenso valor de todas y cada una de estas medidas, creo con Héctor Leis que— desde el punto de vista de la transición de la dictadura a la democracia— la derogación de la ley de autoamnistía es la que intenta con mayor nitidez producir una efectiva ruptura con el pasado al instaurar una nueva legitimidad.

“La legalidad del régimen militar era afectada por una consideración sobre su ilegitimidad. Esta distinción clásica, pero poco practicada en las transiciones entre legitimidad y legalidad, fue realizada como una afirmación de la nueva legitimidad a que aspiraba la democracia. Esta medida condensa la diferencia sustancial entre dos etapas políticas del país y sobre ella habrán de converger las principales dificultades futuras para la estabilidad democrática... Pasó casi desapercibido... que la primera medida se inscribe en un registro diferente que las restantes. Mientras las otras son políticas que se inscriben a nivel de gobierno, la primera define un nuevo orden político. Orden que coloca en el centro de su redefinición la cuestión de los derechos humanos. En líneas generales, el gobierno constitucional respe-

taría al resto del cuerpo legal producido por la dictadura.” (En *Cuadernos de la Comuna*, Nº 12, “El movimiento por los derechos humanos y el proceso de democratización política en Argentina”, publicación de la Municipalidad de Puerto General San Martín.)

Más adelante, el autor imagina, como efectivamente sucedió, que esa diferencia habría de quedar diluida en 1989.

En definitiva, este impulso inicial de legitimidad y de atención a los reclamos de justicia de la sociedad, va cediendo terreno a medida que el tiempo pasa y que las estructuras militares se van rearmando, a través de medidas concesivas a la presión que estas estructuras ejercen, como lo son las instrucciones a los fiscales, la ley de punto final, y la oprobiosa ley de obediencia debida, que es rechazada hasta por algunos de sus supuestos beneficiarios. Esta desgraciada sucesión de remedios “legales”, pero ilegítimos, al reclamo nunca satisfecho de los cuadros militares, culmina el 8 de octubre de este año con el indulto presidencial del Dr. Menem, por todos conocido.

Si bien ha habido en las principales ciudades del país marchas significativas en contra de esta última medida, no puede dejar de mencionarse la reducida reacción efectiva del pueblo argentino en contra de la misma, no obstante el casi millón de firmas recogidas oponiéndosele. No podía ser de otra manera luego del proceso desmovilizador iniciado por el gobierno a partir de los sucesos de Semana Santa de 1987, donde los sediciosos eran al mismo tiempo “los héroes de Malvinas”.

No obstante ello, es alentador que, si bien la importancia de la cuestión no es percibida por la gente en su verdadera magnitud, según las encuestas publicadas en los meses anteriores al indulto (más o menos inducidas y relativas todas ellas) el consenso mayoritario era en contra de la liberación tanto de unos como de otros, en un alto porcentaje, y estimo que esto tiene que ver con la constitución del sujeto democrático que mencionábamos antes.

La memoria colectiva, que supo, con los inicios del período democrático, de las atrocidades cometidas por el gobierno de facto a través del juicio a las Juntas, el informe de la CONADEP, la tarea del movimiento por los derechos humanos y la prédica oficial (que no siempre se compadeció con los hechos pero que no dejó de poner énfasis en esta cuestión), por citar sólo las causas más eficientes, no ha olvidado lo sucedido y no lo hará fácilmente, a pesar

de los actuales intentos de mirar hacia adelante a partir de una imposible clausura de la historia.

El juzgamiento de los delitos cometidos, en forma pública, y la imagen de un orden jurídico funcionando en la plenitud de sus instituciones, aun con sus errores, son hitos que han pasado a formar parte, definitivamente, del imaginario social de los argentinos.

Lo que no es poco.

Esta sociedad democrática aún incipiente, que condena la liberación de los condenados por la justicia y que asiste con estupor y rechazo a la presentación pública de los monotoneros Vaca Narvaja y Perdía en un programa de televisión, no es de manera alguna la misma sociedad de la década pasada ni la de los comienzos de la década actual.

Algunas cosas han cambiado en este orden, y sin duda que la vigencia de un estado de derecho en su más amplia extensión mucho tiene que ver con ello, con efectos que sólo el paso del tiempo podrá mensurar.

b) La constitución del sujeto democrático en el ámbito del derecho privado

El mismo impulso que inspiró las medidas mencionadas en el ítem anterior se vio plasmado también en leyes o decisiones de índole judicial o administrativa que intentaron la recreación de un ámbito de libertad diferente en las relaciones privadas de los hombres.

En orden a la legislación podemos citar una nueva normativa relativa al derecho de familia y menores: ley de patria potestad compartida, derecho a pensión del cónyuge en matrimonio de hecho (1985), nueva ley de matrimonio civil que establece el divorcio vincular (1987), proyecto del P.E.N. girado al Congreso de la Nación en abril de 1988 sobre legislación integral del menor, el que, si bien finalmente no fue tratado, merece ser mencionado por la importancia del tema en cuestión y por el tratamiento que se le diera el mismo, entre otros ejemplos.

Si bien —como ya se dijo— este fue un proyecto frustrado, se trae a cuento porque me parece paradigmático: en él aparecen claramente definidos tanto las coordenadas de la acción de gobierno del período anterior como sus propios límites; mientras el proyecto, sin duda excelente, se daba a conocer en casi todo el país intentando generar una fructífera discusión a su alrededor, una política que privilegiaba el cumplimiento a rajatabla de los compromisos externos y la alianza con sectores de la producción poco

propensos a la solidaridad y la participación democrática, arrojaba a miles de niños a la pobreza, la marginación y, en definitiva, a la calle.

El tan mentado par democracia - justicia social tornábase dicotómico en virtud de las elecciones que, sobre todo en materia de política económica, realizaba el gobierno, dando en consecuencia a algunos de sus proyectos, como el que acabamos de mencionar, un carácter eminentemente voluntarista y un destino de fracaso.

No es novedoso recordar que el deterioro económico trae deterioro social, pérdida de identidad, debilitamiento de los lazos de solidaridad y, por lo tanto, el efecto no deseado de que los planteos democratistas y participativos pasen a un segundo plano ante las urgencias de la diaria supervivencia. Incluso es razonable pensar que quienes se encuentren de tal manera desposeídos, caerán más fácilmente en las redes de un discurso mesiánico y tranquilizador, antes que atender a otro de contenidos más racionales, pero que sientan alejado de su cotidiano padecer.

En cuanto al ámbito de las decisiones judiciales, es destacable el avance que importan algunos fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tales como el del caso Bazterrica, que despenaliza la tenencia de drogas para consumo personal, o el del caso Sejean, que declara la inconstitucionalidad de la indisolubilidad del vínculo matrimonial consagrado por la ley de matrimonio civil entonces vigente.

Estos fallos, criticados por muchos juristas porque importaban una presunta invasión de la Corte en facultades propias del Poder Legislativo, son rescatados por un funcionario del gobierno en los siguientes términos: "Probablemente se trate del esfuerzo más serio, desde 1853, de redefinir las bases de un Estado que garantice la libertad, pero la libertad de construir interdependencias racionales, devolviendo a los ciudadanos a través del sistema de la autonomía, el control del propio futuro y las barreras para disminuir los riesgos a que están sometidos los modos democráticos de convivencia en la sociedad en su conjunto". (Véase Ricardo Entelman, en revista *Plural* N° 12).

Estas apelaciones al ciudadano suponían básicamente un nuevo pacto institucional, refundador de la república, que estableciera reglas de juego claras que señalaran las condiciones para el ejercicio del disenso, en aras de la gobernabilidad del sistema democrático.

Pero en función del ejemplo relativo a los menores

antes mencionado, cabe preguntarse si hubo en realidad ampliación de las estructuras participativas o una distribución social en apoyo de los más desfavorecidos, que diera contenido concreto a la proclamada ética de la solidaridad, por ejemplo. Tal parece que sólo los derechos humanos que llamamos como de la primera generación, los civiles y políticos, tuvieron cabida en el nuevo régimen, mientras los otros se encontraban ausentes con aviso, y no llegaron.

Y aquí viene a cuento retomar el tema de la postmodernidad.

En una sociedad donde, al menos en sus capas urbanas más concentradas, la fragmentación de la vida social ya ha llegado, y donde el espacio de lo privado ve incrementada su importancia en detrimento del espacio reservado a lo público, leyes como la del divorcio vincular o la de la patria potestad compartida tienen mayor resonancia que otras destinadas a promover cambios significativos en las estructuras participativas de los sujetos.

Habida cuenta, claro está, de que las leyes son casi siempre posteriores a los hechos y de que una sociedad con características, aunque sea parciales, de postmodernidad, no puede por decreto transformarse en solidaria y participativa, ni a la inversa.

Me parece que desde el gobierno se planificaba la modernización sin tener clara conciencia de que la etapa era, parcialmente, otra y de que los límites entre modernidad y postmodernidad se confundían.

Y que este operar desde una instancia superestructural como la jurídica, sin una correspondencia equivalente de otras instancias más ligadas a las condiciones de base de la gente, generó entre ambas una distancia muy difícil de salvar, acentuando, precisamente, ese carácter superestructural de lo jurídico.

Lo sucedido a partir del 6 de febrero de 1989, cuando los grupos económicos agroexportadores hacen sentir su presión, a partir de su disgusto por el manejo que el gobierno había dado a ciertas variables económicas, concluyendo con la entrega anticipada del poder por parte de Alfonsín, ha mostrado lamentablemente la fragilidad de la democracia argentina y, sin duda alguna, su talón de Aquiles, tanto respecto del gobierno anterior como del presente. La acentuación de la dependencia en el orden económico, ya sea del exterior como de ciertos grupos nativos dueños de un cierto poder, constituye el condicionamiento más severo para las transformaciones intentadas o a inten-

tarse. Y aunque parece ocioso repetirlo, por conocido, no deja por ello de ser menos grave.

El sujeto democrático tiene hoy sin duda un ámbito de libertad y de autonomía mucho mayor al que tuviera en el período de facto. Pero, salvo a la hora de depositar el voto, no ha podido generar estructuras de participación real en la construcción del destino colectivo.

c) La administración de Justicia

En esta materia puede afirmarse, con las reservas del caso, que se trató de introducir algunas mejoras en este servicio que se consideró esencial en todo Estado moderno.

Los resultados fueron disímiles.

Se trató de incorporar adelantos técnicos como la informatización del Poder Judicial en algunas áreas conflictivas y abarrotadas de trabajo, lo que aún no ha generado los resultados esperados, más allá del avance que sin duda ha significado.

También se generó un importante movimiento alrededor del proyecto de reformas al procedimiento penal en los juzgados federales, totalmente envejecido por su siglo de existencia, proyecto que, si bien ha suscitado algunas observaciones críticas, significa un importante avance en la materia en la medida en que apunta claramente a la oralidad, inmediación, publicidad y agilización del procedimiento, así como a la participación popular a través de la institución del escabino y a la mejor protección de las personas a él sometidas. Este proyecto se encuentra inexplicablemente demorado hoy en el temario de extraordinarias y se espera su pronta sanción por parte de quienes tienen un interés directo en el tema.

Entiendo, finalmente, que en este tema no se ha dado el necesario debate que vincula el principio republicano de la división de poderes con el tema de la elección y designación de los jueces, y acerca de qué debe entenderse por "carrera judicial" frente a la permanencia mediocre y burocrática de los funcionarios del Poder Judicial como base constitutiva de la misma. De hecho no puede hablarse de carrera judicial en un sistema como el nuestro, de nominación política de los jueces.

En este sentido es lícito afirmar que la democratización no llegó ni, creo, se propuso hacerlo, a la administración de justicia. Si bien hubo casos puntuales que demostraron de parte del Poder Judicial una saludable independencia

del Poder Ejecutivo, no podemos decir que hubo una extensión de sus servicios ni que fuera útil para el conjunto del pueblo, en la medida en que sólo accede a esta instancia un sector de la población cada vez más reducido que dispone de suficientes recursos, ya que en general está estructurada para resolver conflictos que por su magnitud o su naturaleza son exclusivos de un sector.

A modo de ejemplo y apuntando a este efecto de democratización, cabe consignar que, luego de la última reforma de la ley orgánica de los tribunales provinciales que se llevara a cabo en Santa Fe durante los años 1987 y 1988, se han creado en las grandes ciudades como Santa Fe y Rosario defensorías barriales, que promueven la descentralización y un mayor acceso a la justicia, acercando su administración a los barrios periféricos de la ciudad, en la conciencia de que el camino inverso es muy pocas veces recorrido por los particulares.

Finalmente debe señalarse que la persistencia de muchos jueces "del Proceso", es decir, la continuación en sus cargos, ha contribuido negativamente a producir desde este ámbito la necesaria democratización de sus estructuras así como la implementación de las políticas participativas y en defensa de los derechos humanos generadas desde otros espacios, tendiendo más a reproducir el sistema tal como estaba antes que a convertirse en agentes de transformación del mismo.

d) La instrumentación legal de los poderes fácticos

La fuerza inicial de la victoria del '83 hizo concebir al partido gobernante el sueño de terminar con el poder de las corporaciones o, por lo menos, morigerarlo sometándolo a ciertas premisas del Estado de Derecho o intentando una redefinición interna de las mismas desde la aprobación de determinados instrumentos legales orientados en ese sentido; aquí se observa, en líneas generales, un proceso que se define por una primera situación de claro enfrentamiento, seguida de otra de forcejeos diversos donde cada parte en conflicto pulsaba sus propias fuerzas y las del adversario, para terminar finalmente en una situación de retroceso y claudicación, de parte del gobierno, que lejos de fortalecer sus vínculos con la sociedad frente a los cuestionados terminó debilitándolo y mostrándolo carente de apoyos, sobre todo al final de su período, tanto de uno como de otro sector.

Esto se dio tanto con los así llamados "capitanes de la

industria", como con la Iglesia, los sindicatos o las FF.AA.

En las FF.AA., por la parábola que va desde el proceso a las Juntas hasta la ley de obediencia debida, pasando por las instrucciones a los fiscales y el punto final. En las organizaciones sindicales, desde el proyecto de ley Mucci de normalización sindical, en 1984, hasta la ley de obras sociales en 1988/89, pasando por la alianza con una parte del sindicalismo que puso a uno de sus hombres al frente del Ministerio de Trabajo, por citar los ejemplos más evidentes de este proceso.

e) Los movimientos de reforma constitucional

Fueron notorios en este período los movimientos de reforma constitucional producidos tanto a nivel nacional como provincial. No habré de extenderme en este tema, que dejo en manos de especialistas, pero cabe consignar que esos proyectos —no siempre exitosos como lo probó la experiencia nacional— trataron en general de incorporar los avances que la sociedad y la legislación en su conjunto habían experimentado, en aras de sistemas de gobierno con plena participación democrática, de menor duración y con posibilidad de reelección, con afirmación del federalismo y una amplia cobertura de los derechos humanos en todos sus niveles.

Casi pareció que el país se despertara de un letargo que le había impedido tener plena conciencia del atraso de su legislación en este sentido, dedicándose con energía a subsanar este defecto. Hoy muchas provincias han reformado sus constituciones y la Nación parece estar también en el mismo camino, más allá de la complejidad política de la cuestión.

Sin duda que es aún muy pronto para juzgar el alcance de las modificaciones producidas en este período de casi seis años.

Sin pretender que no se han formulado juicios de valor, lo que sería de todo punto imposible, la intención ha tratado de ser mayormente descriptiva antes que valorativa, precisamente porque entiendo que la vertiginosidad de los acontecimientos que se producen en este país, hace que adolezcamos todavía de la necesaria perspectiva histórica que sólo concede el paso del tiempo.

Aun así, puede sin embargo afirmarse que todavía debe darse los pasos necesarios para pasar de una democracia formal a una democracia real. Los llamados del gobierno a la construcción de un proyecto común se han perdido en

los meandros de la fragmentación social, la búsqueda de la satisfacción individual y la dura lucha por el diario subsistir, según los casos. Seguramente, entre otras causas, por esa tensión no resuelta mencionada al comienzo entre modernidad y postmodernidad, como horizontes a veces contiguos, a veces superpuestos, que informan esta sociedad.

Estos factores diversos han producido un efecto común de falta de participación e interés en la cosa pública, tanto más peligroso cuanto más difícil es la situación por la que atraviesa el país.

La necesaria articulación del ámbito privado del sujeto democrático con el ámbito público pareciera ser la gran tarea inconclusa. No sólo eso: también el reaseguro de esta democracia no tan débil como al comienzo de este período, pero sí lo suficientemente comprometida, al menos potencialmente, como para dedicarle la máxima de las atenciones a través del máximo de participación.

VI

PENSAR LA ARGENTINA

Enrique Mari

Crisis. Consenso democrático

La creencia de que una marea de pequeños o grandes males y zozobras pesa sobre nuestra existencia cotidiana es el rasgo más persistente de la forma en que la mayoría de los miembros de nuestra sociedad se representa la vida social que transcurre en estos tiempos de transición democrática.

La insatisfacción permanente, el disenso con pulso acelerado, las inculpaciones e incriminaciones carentes a menudo de objetividad probatoria y cautela razonada, el desacuerdo político expresado en forma de diatriba, el ocio, la molicie y las largas pausas en el análisis crítico reflexivo, han permitido el aprovechamiento de este espacio por una nueva y poco escrupulosa manufactura de medios informativos y comunicadores, que han sido exitosos en enlazar la transmisión y la circulación del desaliento y de lo negativo con la renta y el buen lucro. La idea, no sin promocionar por los que añoran el orden autoritario, de que el hombre común se encuentra desprotegido entre la amenaza de un delito cuyo fuerte crecimiento se postula sin ninguna verifi-

cación, o la sensación de que el ardid, la mala fe y el abuso en las relaciones se han extendido como un magma espeso y viscoso a amplios sectores sociales, dejando la ética como un valor irrepresentativo de nuestra cultura, todo esto ha conformado un tipo de comportamiento tensionado, depresivo y, en parte, temeroso, semejante al de quien, en el vértice de una boca de tormenta, espera el estallido sobre su cabeza como inexorable.

En el uso de nuestro lenguaje coloquial son muy frecuentes frases que comienzan con la locución "Este país"... o "En este país", locución que prelude una crítica ácida, muy ácida, sobre algún aspecto de la vida nacional, apuntando a un vicio o a un mal, en el que el locutor no se involucra mediante el simple pero no menos sutil recurso del empleo del adjetivo demostrativo singular "este", en lugar de los pronombres personales "mi" o "nuestro" país.

En escritos perdurables de Tucídides acerca de la guerra del Peloponeso, de Daniel Defoe sobre Londres y de Albert Camus sobre Orán, se recuerdan los caracteres de la peste, una enfermedad en cierta medida metafísica. La peste, en principio, pertenece al orden de lo extranjero. Por derecho propio, es ajena a la ciudad, cuyas costumbres subvierte y cuyas reglas interrumpe. Enfermedad-crisis en la que los sospechados son siempre los otros: las tinieblas adversas, las oscuras maquinaciones que llegan desde los cuatro vientos, desde afuera de los muros.

De este mismo modo, en nuestros confines, lo que marca el uso del lenguaje coloquial señalado es el empeño del locutor de que las mismas que denuncia no se hagan autorreferentes, de que no cambie su régimen de pertenencia a los otros o al ente colectivo "país". En una palabra: su voluntad es evitar que la crítica se convierta en autocrítica, circunstancia que lo condicionaría a ser más afinado y serio en su sentido y contenido.

En realidad, los discursos de estos locutores tienen mucha semejanza con los cantos corales de las tragedias griegas clásicas. En particular, el tono dramático, desde luego; pero en cuanto a su función hay que admitir ciertos matices. Así, en un sentido, están más cerca de las tragedias de Sófocles y Esquilo, al formar, como coros, entidades despersonalizadas, pretendiendo que los acontecimientos y los demás personajes sean enjuiciados desde su perspectiva y tomados por lo que el coro dice sobre ellos, aunque nunca dieran la respuesta definitiva a problema alguno. Mientras que en otro sentido están más cerca de los textos de Eurípi-

des, en cuanto expresan acrememente observaciones muy mundanas, de gran generalidad, pero inversamente proporcionales a su valor explicativo.

Aunque paradójico, no es un asombroso dato de nuestro tiempo que quienes habitualmente integran estos coros no sean precisamente los trabajadores, los desheredados o las personas a las que el sistema no les permite trasponer umbrales mínimos hacia un reparto más justo del producto societario. Estos cantos corales proceden más bien, entre otros, de sectores que se sienten desafectados de toda solidaridad con el padecer ajeno, indiferentes a todo proyecto de generalización de los intereses sociales, cuando no de ocasionales disgustados por la inevitable terminación de las vacaciones estefias, o por su desliz en no haber trepado a tiempo, con salto de felino, del carril de las tasas al carril del dólar.

Ahora bien, ¿es posible enfrentar este cuadro macilento de una realidad argentina donde no hay más margen que para la aflicción y el desaliento con otra pintura inversa dorada, donde sólo ingresaría una paleta optimista al mejor estilo panglosiano del Cándido de Voltaire? A quien —como se ha hecho— aseverara con pesimismo jansenita que "éste ese el país que debe haber inventado la frustración", ¿podría contestársele con la frase leibniziana: "Todo está determinado y vivimos en el mejor de los mundos posibles"? Enunciado que Panglós, el preceptor, repetía como un oráculo a su pupilo Cándido cada vez que éste venía de soportar las peores peripecias, tales como su expulsión del castillo paradisíaco del Barón de Thunder-TenTronck, la pérdida de su amada Cunegunda, el azote de los búlgaros o el terremoto de Lisboa.

No se trata, en todo caso, de definir o de transar acerca de cuál de estas dos posiciones describe más afinadamente nuestra realidad social. Salta a la vista, en efecto, que el mínimo intento de construir o de reconstruir la clase de los argentinos panglosianos aptos para argumentar en favor del optimismo está, de hecho, irremediadamente destinado al fracaso. Cabe apartarnos, no sin nostalgia, de esta clase sin ejemplares y cederle la totalidad de la arena pública a los que han abierto el Gran Libro de los reproches y de las aflicciones. O sea, a los que sostienen la tesis implícita de que así como Galileo afirmaba en el *Saggiatore* que el libro de la naturaleza hay que leerlo con caracteres matemáticos, así el libro de la sociedad argentina habría que leerlo con los caracteres simbólicos de lo atroz y de lo desesperante.

Un primer juicio que corresponde formular sobre esta tesis que postula en nuestro país —casi siempre teniendo como blanco a la forma democrática de vida— la existencia de un modo con resonancia de crisis-catástrofe, es que arroja sobre la sociedad mucha mayor opacidad que la que, por propia naturaleza, es inherente a toda estructura social.

El conocimiento social ha puesto en evidencia que, por sí, las estructuras sociales son opacas y no transparentes y que el conflicto y el disenso constituyen —por emplear una metáfora orgánica— notas comunes y no necesariamente patológicas del entramado social. Consecuencia natural y objetiva de la existencia de individuos, grupos y clases con intereses económicos, sistemas de creencia, ideologías, valores y formación cultural divergentes.

A su vez, este conocimiento social, proceda de la filosofía política, de las ciencias sociales o de la ética, proporciona claves de inteligibilidad que permiten realizar un examen fundado del campo social y de las tendencias de las coyunturas económicas, políticas y sociales que se registran en los períodos críticos. En las últimas décadas, la construcción por el pensamiento social de categorías conceptuales como crisis, consenso democrático, argumentación racional, legitimidad, comunidad participativa, generalización o universalización de intereses sociales, permite descartar que los conflictos sociales se deban leer con el único prisma del *hostilicium*. Cualesquiera que fuesen las discrepancias que se pueden erigir respecto de estos conceptos y de su potencialidad real en el paso de la filosofía a la sociología, la experiencia argentina demuestra las consecuencias gravemente disvaliosas de adoptar el *hostilicium* como única ratio social, convirtiéndolo en una polea incontrolada o en un vértigo donde el juego social, sin ética de la tolerancia, convierte a esa ratio en llana irracionalidad.

En el fondo lo que hace la tesis de la crisis-catástrofe es realimentar la mencionada opacidad, atiborrar el orden de lo confuso, prescindir del alto grado de complejidad de los fenómenos sociales, al tiempo que desaplica a su retórica de la menor intención de comprender los problemas a los que alude en su napa de proyección conceptual más irrisoria. Sin embargo, arrancando de estos estratos superficiales e inferiores, y desligándose cada vez más de lo cognoscitivo, los cantos corales de la tesis crisis-catástrofe exhiben una vigorosa capacidad para dinamizar el descré-

dito contra toda medida político-administrativa, regla económica o propuesta comunitaria en las que no encuentren tránsito los exclusivos y excluyentes intereses particulares de sus integrantes.

Para la tesis de la crisis-catástrofe, la moral no es de una sola pieza sino matemáticamente divisible por dos: la pública y la privada. Su dureza de lengua luterana contra las infidelidades y actos corruptos en el primer dominio, inobjetable en sí misma, se torna implausible al tener como *pendant*, en el segundo, la flema y la condescendencia, cuando no la cínica justificación, respecto de los autores y beneficiarios privados de esos censurables delitos económicos y administrativos.

Si la sociedad tiene sus dolencias e innegables disfunciones, la crisis-catástrofe no tolera que existan células libres de hipocondría, ventilando la polución ambiental para elevar su cota a límites refractarios e incompatibles con cualquier orden de bienestar y reparto social más justo. En este sentido, las tendencias a la concertación y a la discusión racional de las posiciones divergentes quedan afuera de su lógica, en la que, por el contrario, ingresa la constante descalificación de la democracia y la aprobación del autoritarismo, dado que la primera es el espacio más fértil para aforar los intereses comunes, y el segundo, el lugar violento y coactivo en que se tramitan los unilaterales.

Los problemas reales o moldeados artificialmente constituyen instrumentos que los voceros de la crisis-catástrofe organizan en una estrategia a cargo consciente de pocos, y de muchos, por inducida boca de otros. Unos y otros no están empero en el mismo nivel de intriga. Los primeros son formadores de opinión; los segundos, formadores de diskettes de regrabación. El objetivo último de una estrategia no es la acción para progresar y cambiar, sino la reacción para mantener y conservar.

La crisis-catástrofe es un tipo de discurso con dos registros: psicológico y sociológico. En el primer registro, se potencian las dificultades económicas, políticas y administrativas de la democracia, generándose a partir de la hipérbole una psicología social bilicsa y de postración colectiva. En el segundo, se evacuan las condiciones de posibilidad de comprensión racional de esas mismas dificultades, al desinteresarlas de su enlace con las relaciones sociales objetivas y remitirlas, en forma masiva y en bloque, a la llamada denuncia subjetiva: incompetencia

gubernamental, torpeza burocrática, incapacidad judicial, o bien incuria e inmadurez de la clase política en conjunto y de sus representantes parlamentarios.

Ideología de la crisis

Esta áspera —diríamos salvaje, por lo inmatizada— mutación de lo objetivo en lo subjetivo, el hecho de que la tesis crisis-catástrofe formule sus opiniones acriticamente, a la manera de dogma indocumentado en el raciocinio, la convierte en una "ideología de la crisis", inamistosa con la teoría de la crisis.

Ideología por cuanto no se compromete con ninguna fuerza explicativa, con ningún valor que pueda ser compartido por intereses no restringidos, con ningún juicio sujeto a condiciones de corrección. La idea, en efecto, de conferir significado contrastable y control intersubjetivo a sus afirmaciones le es reacia. Al actuar en el ámbito de lo metaveritativo, se constituye en el síntoma de una función distinta de la que inviste: su función es de propaganda. Es activista de los métodos de inestabilidad. Cuando denuncia la falta de orden, la ingobernabilidad democrática del sistema social, hace algo más que eso: la desea.

En este deseo, lo que la ideología de la crisis desatiende es que las decisiones políticas no se pueden imponer a los individuos, apoyándose meramente en motivos de obediencia compulsiva.

Dos estructuras inconciliables permiten identificar el diferente trato y elaboración de las decisiones políticas: la estructura del orden autoritario y la estructura del orden democrático, en el que se incluye nuestra transición. En la primera, las decisiones tienen como base la obediencia, en la que se atan y combinan la fuerza y el terror que permiten causar intereses no compartibles. En la segunda, la base formal de la estructura permite dar razones de esas decisiones y, por ende, ampliar el marco de los intereses.

Que la universalización de esos intereses —expresión que los filósofos políticos usan para aludir a la generalización de la igualdad social real y no sólo jurídico-formal— sea un foco de atracción, una meta o un ideal regulativo distanciado de lo que la democracia hace posible por su estructura socio-económico objetiva, forma parte del complejo crítico discursivo del sistema social. En la estructura autoritaria, este complejo discursivo queda entre clavijas: el ideal

regulativo de la universalización abandonado y la crítica dominada. Cualquier crítica de la dominación se convierte, así, en dominación de la crítica.

Toda sociedad democrática necesita, para construir el sentido de su estructura, de la presencia de la crítica, en particular respecto de los que gobiernan. La forma de neutralizar la ideología de la crisis, en consecuencia, no es negar la crisis ni negarle su derecho a la crítica. Pero si se ampara en la democracia, la forma es exigirle que no sustraiga al debate razones fundadas, argumentos testeables intersubjetivamente, descripciones serias, predicciones confiables y no ejercicios incontrolados en la imaginación. Dicho de otra manera: hay que exigirle que desacople los motivos en que se disimulan sus intereses autorreferentes y, en particular, las difamaciones en espiral, que no contribuyen al proceso de formación discursivo social y tejen, por el contrario, el dispositivo en que cualquier programa de aprehensión cognitiva de la crisis se esteriliza.

Sin estos requisitos, la ideología de la crisis asume la forma mitológica del Eiris griego o de la Discordia romana, la divinidad malévolamente complacida en suscitar querellas y guerras, Madre del hambre, la miseria y la mentira, de cabellos erizados de serpientes según Virgilio, hija de la Noche según Hesíodo. Como Eiris, compañera de las Furias, la ideología de la crisis convierte al disenso en discordia. La sociedad democrática argentina no puede como Zeus arrojarla del Olimpo, ni, como Dante, ubicar a ambas en el quinto y octavo círculo del reino subterráneo del infierno.

Pero puede codificar el espacio discursivo, autentificando, por un lado, los discursos que no desatan el nudo entre consenso democrático y argumentación política racional y descalificando, por el otro, las críticas de las representaciones sociales, las normas morales y políticas que al subjetivizar los fenómenos de la crisis y la debilidad del Estado, traduciéndolos y remitiéndolos a fuentes psicológicas y de pura arbitrariedad burocrática, desenganchan sus enunciados de toda relación inmanente con la verdad.

Una enseñanza de la historia de mucho relieve es que la idea que los contemporáneos se forman de las crisis en las que conviven es, en general, equívoca, revelándose *post-hoc* como engañosa. Ni los agentes del sistema feudal ni los Reyes absolutos del Ancien Regime tuvieron percepción clara de las transformaciones profundas que terminaron con la crisis y el colapso de su sistema de poder. Un poder que se fue deslizando a sus espaldas en favor de

capas manufactureras y comerciales con intereses nuevos y diversificados, sin registro en su conciencia.

La sociedad argentina no se encuentra en crisis ni, a la inversa, deja de estarlo por el solo hecho y en la forma en que sus miembros lo digan, y cada vez que lo dicen. ¿Cómo distinguir entre ideologías de crisis y experiencias genuinas de crisis, si la base de contrastación fuesen los fenómenos de conciencia? ¿En qué forma las estructuras de la subjetividad del hombre argentino han sido suficientemente investigadas para postular, a partir de ellas, las instancias disruptivas del sistema social?

Una de las definiciones más ajustadas de la crisis es que ésta surge cuando la estructura de un sistema social admite menos posibilidades de resolver problemas que las requeridas para su conservación. ¿Está la tesis crisis-catástrofe del sistema democrático en condiciones de probar que las alteraciones y las disfunciones de los elementos del sistema han llevado a la sociedad argentina a la pérdida de su identidad, a la anomia, a la disolución y a la quiebra?

Los hechos desacreditan esta estólida afirmación y la desnudan como retórica de propaganda. Pero lo importante es la cuestión de derecho. A saber: en cuanto ejemplar de matriz subjetiva, sin el esfuerzo de identificar la ley estructural objetiva de la crisis, la crisis-catástrofe se coloca, *quid juris*, en el anaquel de las ideologías de crisis.

Cualquier captación conceptual de la crisis argentina no puede prescindir en su análisis de lo que revela la teoría de la crisis del llamado capitalismo de organización o tardío, a menos que se conjeture que a Argentina le ha sido dada otra formación social. Ello, sin perjuicio de incorporar los rasgos de especificidad que le conciernen por su no pertenencia al régimen de países de economía altamente compleja y estructurada.

La interpretación de estos rasgos no hará sino poner a la luz la mayor profundización de la crisis argentina como visible consecuencia del nexo descompensado entre su economía periférica y los mercados internacionales de consumo y financieros. El inventario de los efectos es hartamente conocido, aunque inversamente proporcional a su toma en consideración por los cantos corales conservativos: tasa de endeudamiento externo insufragable, creciente estrechamiento en la colocación y absorción de nuestros productos, sostenida desvalorización de productos con escaso valor agregado, insuficiencia crónica del mercado

de capitales agravada por la fuga de divisas, escaso grado de modernización tecnológica, creciente radio de economía marginal, y otros elementos que la ciencia económica suministra a la teoría de la crisis, mas, al parecer, no así a la ideología de la crisis.

Sin profundizar en estos temas propios de estudios especializados, es bueno aludir a un fenómeno que la teoría de la crisis de las sociedades desarrolladas —aplicable aquí con mayor razón— deja para la enseñanza de estas cuestiones. A diferencia de lo que ocurría en la primera fase de la sociedad industrial, el Estado ya no puede limitarse a garantizar desde afuera las condiciones generales de la valorización del capital y debe más bien crear esas condiciones. En una palabra: la pérdida de rentabilidad del capital, por factores inherentes a la misma estructura en crisis, obliga al Estado a intervenir en el mercado para asumir los costos ocasionados por la desvalorización social de dicho capital.

Esto quiere decir que el modelo del Estado liberal clásico, con función limitada a preservar políticamente el funcionamiento de la esfera económica, ya no se corresponde con su intervención activa en ella. Esta intervención es necesaria en el sentido de objetiva y autónoma de la voluntad y conciencia de los agentes y funcionarios del Estado. Se explica con ella la paradoja de que el Estado, por macrocrecimiento estructural, constituya un gigante con pies de barro.

El slogan "Achicar el Estado es agrandar la Nación" no contiene una apelación teórica a la resolución de la crisis que tenga en cuenta su ley estructural, en cuyo caso dejaría de subjetivizar los problemas, sino que apuesta todo a este último sentido: contiene la tesis implícita de que la intervención del Estado es el producto perverso de mentalidades estatizantes y burocráticas.

Este slogan funciona, por ende, bajo el paradigma del Estado gendarme relativo a una economía concurrencial, en la que la regulación social pertenecía al mercado. Esta concepción no se adecua con la realidad estructural actual, posterior a la crisis del año '30 y, en particular, posterior a la segunda conflagración mundial. Lo que revela esa realidad estructural es un cambio en el principio de organización del sistema: sustitución social de la actividad reguladora del mercado por la del Estado.

El cambio del principio de organización social en este siglo, con la consiguiente repolitización de la economía,

basada en la intervención administrativa reguladora de la estructura, determina que, en este caso como en otros semejantes, la tesis de la crisis-catástrofe quede sin correlación con el funcionamiento real del sistema administrativo y económico. El nexo de este funcionamiento indica que los males en el mercado no dependen en esencia de la intervención del Estado, sino que esta intervención deriva del cambio del principio de organización, o sea, de la necesidad de supervivencia sistémica del mercado. De todos modos, la crisis de la sociedad argentina, en el marco de una teoría objetiva, no puede prescindir del reclamo de legitimación para la democracia.

Por ello, dado que —como lo enseña la teoría política— ésta no es meramente ni se agota en la salvaguardia de intereses individuales, en la instauración de mecanismos de composición de conflictos formales o en el mantenimiento del equilibrio de poderes, hay que emplazar el eje de apoyo de la legitimidad democrática en elementos ya aludidos en esta contribución. A saber: la formación de una opinión pública consensuada sobre la base de argumentos racionales, que no se desinteresen de la matriz objetiva de la crisis, y en una concertación que tienda a hacer compartibles y generales los intereses sociales.

Una pregunta como ¿tiene salida la Argentina? sería, en cambio, contestada con un no, por la ideología de la crisis-catástrofe. Pero esta respuesta no apuntaría, en verdad, al contexto temporal del futuro en que la pregunta se formula, sino al empeño de retornar al pasado no democrático.

VII

EL VIENTRE DE LA DEMOCRACIA (La legitimidad desencantada)

Claudio Eduardo Martyniuk

1. Crónicas habermasianas

*El papel de la filosofía como intérprete vuelto a la vida lo veo hoy más bien en su contribución a volver a poner en movimiento la relación entre lo cognitivo-instrumental, lo práctico-moral y lo estético-expresivo, que ahora está parado como un móvil que se hubiera quedado enganchado.*¹¹

Así se presenta el moderno programa de Jürgen Habermas.

Contra el positivismo que distingue entre el ser y el deber ser, entre los juicios que descansan sobre conocimientos y los que reposan sobre decisiones.

Los procedimientos empírico-analíticos no tienen capacidad de tornarse conscientes de las referencias vitales en las que ellos se encuentran inmersos, como el lenguaje cotidiano y las normas sociales, donde el contenido descriptivo y el normativo vienen a decir conjuntamente tanto acerca de los sujetos allí vivientes como sobre los propios objetos experimentados.

Hacer justicia con la ciencia.

Si en el proceso judicial la validez empírica de los enunciados de base se mide conforme al sentido de una expectativa de comportamiento socialmente definida, en el proceso de investigación se hará de acuerdo con el sentido del rendimiento socialmente definido.¹² En ambos casos juegan normas impuestas socialmente.

De discurso en discurso, de la ciencia pasará Jürgen Habermas a la normas:

Contra la condición de científicamente indecibles que los problemas prácticos o las cuestiones acerca del sentido de las normas revisten.

Contra aquellos que postulan que los juicios de valor jamás podrán asumir legítimamente la forma de enunciados teóricos.

Intentará concebir su análisis como parte del proceso social analizado, y como su posible autoconciencia crítica.

Autoconciencia crítica del proceso social en acción comunicativa, contra las *tendencias desintegradoras* de la esfera pública —tales como la racionalidad económica y administrativa—, contra el *escepticismo* y *relativismo valorativo* —presente en aquellos que igualan vida y literatura, poesía y filosofía, ficción y praxis, o que asumen un decisionismo que apela a la originalidad del pensamiento o a las irracionales fuerzas de la voluntad o el poder.

El Tribunal entra en sesión, ante él se someterán las formas que asumen las pretensiones de validez de los enunciados prácticos normativos.

*El filósofo debe explicar el punto de vista moral, en lo posible, justificar la pretensión de universalidad de esa explicación.*¹⁰

La problemática:

Si la ética filosófica y la teoría política no pueden ser otra cosa sino lo que comprende la conciencia normativa de cualesquiera poblaciones, y si éstas ni siquiera pueden saberlo de otra forma, tampoco pueden distinguir fundamentalmente una dominación legítima de otra que no lo es...

*Si, por el contrario, la ética filosófica y la teoría política han de liberar el núcleo ético de la conciencia general y reconstruirlo en cuanto concepto de lo ético, una y otra han de indicar entonces criterios y dar razones, esto es: producir saber teórico.*⁷

Se coloca Habermas en el nivel reconstructivo —diferente del empírico y el normativo— que persigue la cons-

*titución de una teoría que aclare estructuralmente la sucesión, históricamente observable, de niveles de justificación y la reconstruye como un contexto lógico evolutivo.*⁷

Creencia:

*La moralidad se refiere a cuestiones prácticas que pueden ser decididas con razones, a conflictos de acción que pueden resolverse a través del consenso.*⁷

Así como el discurso moral será la realización de la "razón práctica", la legitimación significará el hecho del merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político, mostrando, así cómo y por qué instituciones el poder político se empleará adecuadamente para "realizar" los valores constitutivos de la identidad social.⁷

Serán las condiciones formales de justificación las que cobran fuerza legitimante por sí misma, al igual que en el contractualismo y en el trascendentalismo, como en Rawls y en Apel. Las razones últimas legitimantes (Naturaleza y Dios) son desplazadas por condiciones formales que posibilitan la formación de consenso. La Razón Última sustantiva, será la razón de la sinrazón totalitaria. Una regla habermasiana: una norma de acción o valoración es reconocida como válida en nuestra sociedad cuando disfruta de la presunción de que resiste a un modo de justificación universalista, permitiendo la formación discursiva de la voluntad de los afectados. Las pretensiones de verdad y rectitud pueden ser discursivamente decididas. Para ello debe darse una situación a-dominativa, donde las motivaciones sean racionales (situación ideal de lenguaje). Y, no olvidemos, que sólo los intereses universalizables son racionales.

Si la política es moralizada, el campo de la inmoralidad se confunde con el de la irracionalidad.

*Las ideas acerca de la naturaleza, la moral o la ley, pese a depender de paradigmas, no parecen completamente inconmensurables, apuntan a un núcleo universal de significado.*¹⁰

2. El valor del mundo

*No hay lugar desde donde pueda juzgarse el valor del mundo.*²

Ludwig Wittgenstein pensaba que *la ética es una forma de vida.*²⁷ Desplazamiento de las proposiciones étic-

cas a las acciones éticas. La dimensión del valor, integrada a la configuración de la subjetividad.

El juego moral, sin esencias, sin una gramática que nos permita conocerlo sin antes haberlo experimentado; aplicando lo superestricto sin criterio superestricto.

El juego lingüístico, operaciones sobre operaciones, comportamientos. No importan tanto sus reglas ni sus límites ficticios, sino los ejemplos de su utilización. Así, para Wittgenstein, la significación estará enlazada a la práctica lingüística —la palabra sólo tiene significado en el curso del pensamiento y de la vida (Zettel, 173). Como en la política, donde los procedimientos no describen completamente la actividad.

La moral y la política como juegos, serán más que un conjunto de reglas, unos presupuestos y situación determinada que se pueda describir...

Habermas recorre el sendero de la crítica al positivismo, junto con Kuhn y tantos otros, señalando las raíces valorativas de toda descripción; y, por lo tanto, desacralizando a una razón científica que en manos de algunos pasaba como Objetiva y Neutral. Contribuye a desmantelar un tribunal. Pero —caminando— construye un trascendentalismo que utiliza como estrado desde el cual juzga. Y condena al irracionalismo como sólo los positivistas se animaron.

La deconstrucción de la ciencia ha mostrado cimientos que cuestionan la posibilidad de distinciones duras entre el Ser y el Deber Ser.

El mundo de los valores y el de las descripciones ha emergido como inescindible.

El conocer y el hacer una misma cosa.

Y así, la racionalidad será un valor. Los valores y la racionalidad no serán absolutos.

Y lo formal y lo informal, lo neutro y lo valorativo, el orden y el azar, la diferencia y la repetición, la innovación y el dogmatismo, la apertura y la clausura, la autonomía y la prohibición, jugarán en una tensión insuperable.

El derecho también será de la partida,

Y el autoritarismo jamás tolerará la convivencia con este ruido provocado por la tensión. Obcecadamente tratará de clausurarla, colocando punto final a la historia, y realizando el Ideal.

El Derecho será entendido como expresión del Sentido e instrumento de realización del Orden.

Interpretar al hombre y a la sociedad, sabiendo lo que

el hombre y la sociedad son. Y así, asumiendo esta cuestión como superada, nunca preguntar quién es y cómo es su mundo.¹⁴

El Sujeto enunciador, el Referente, la Homogeneidad del texto, la Cultura —contexto de enunciación— son (si se puede decir) fantasmas que al atravesarse dieron cuenta de su carácter ficticio.

Ya no se atraviesa el lenguaje para atrapar su sentido.

La práctica, y su capacidad de producción y transformación, la contradicción y la heterogeneidad se revelan como matrices del sentido.

*La ausencia de significado trascendental extiende hasta el infinito el campo y el juego de la significación.*³

La escritura no posee una efectividad absoluta. La lectura no es transparente. Pero tampoco la interpretación es libre.

Ligaduras epistemológicas y ontológicas nos configuran.

Y cuando se abandona la perspectiva representacionista, la circularidad, la paradoja, la autovalidación son realidades en la razón.

Cuando la evolución biológica no es más que azar, cuando admitimos mundos alternativos —con otro saber, con otro hacer y con otras sensibilidades—, cuando el sujeto es sujetado y el inconsciente emerge, cuando el poder es una fuerza que nos enreda, cuando la historia pierda sentido, cuando la razón entra en crisis y la ciencia muestra incertidumbre e incompletitud, cuando la racionalidad social produce irracionalidad y reproduce hambre y alienación, cuando los sueños se desvanecen, la postmodernidad impacta.

3. Utopía y desilusión

La idea de algo superestricto, la idea de un Valor Verdadero, de un Orden Absoluto:

Si las relaciones de las acciones humanas fueran conocidas con la misma certeza como sucede con las relaciones de tamaño de las figuras (en la geometría y en la filosofía natural científizada por medio de la geometría), entonces la ambición y la codicia no supondrían peligro alguno, puesto que su poder sólo se apoya en las falsas visiones sobre lo justo y lo injusto; y el género humano disfrutaría de una paz constante (Hobbes, en 13).

La aurora de la ideología se abraza a la sociología como cazadora de mitos.

Antes, cuando reinaba una simbólica de la sangre,¹⁷ el relato de la inmutabilidad y justicia de los lugares asignados era verdad. Luego, y con una analítica de los signos, fue mito.

No hubo necesidad de sociología en las sociedades feudales o durante la transición de la formación social feudal a la capitalista liberal. Lo que se necesitó era una teoría política normativa que lleva, en la obra de los filósofos del siglo XVIII, al establecimiento de una igualdad normativa... El conflicto era de norma versus norma no de norma versus hecho, ya que toda la desigualdad estaba en sí misma institucionalizada... Todo lo que los primitivos filósofos liberales tuvieron que hacer fue argumentar que la realización de un juego de normas alternativo llevaría a una mayor felicidad de la comunidad.

La institucionalización de la libertad e igualdad burguesas no ha llevado, de hecho, a nada que se aproxime a una igualdad real, sino que, más bien, ha producido y reproducido continuamente, en escala ampliada, la desigualdad de hecho; la diferencia entre los dos modos de crítica es ésta: mientras que, en la sociedad feudal, el poder de la aristocracia sobre los campesinos estaba institucionalizado y sancionado como parte del orden político; en la sociedad burguesa, el poder de la clase capitalista sobre la clase obrera no sólo no está institucionalizado, sino que es incluso aparentemente neutralizado por la norma institucional de ciudadanía igual. ¿Cómo puede, pues, emerger la desigualdad bajo esos auspicios de la institucionalizada igualdad liberal? Cualquier respuesta a la pregunta debe ser sociológica. (Claus Offe y Helmut Wissenthal, en 22).

Desenredar el tejido social. Volver a tejer. Realizar un nuevo orden. Desaparecer la opacidad. Liberar al sujeto.

El fin del autor es volver a dibujar para nosotros, en los Sevaritas, un pueblo de sabios; no que haya imaginado hombres diferentes de los otros y despojados de pasiones. La naturaleza humana no ha hecho nada de peculiar entre los Sevaritas; ellos nacieron con el germen de todos los vicios que todos nosotros traemos al mundo; pero este germen, ahogado en su nacimiento por la sabia disposición de las leyes, no puede enraizarse en el corazón de estos pueblos. Por ello, los Sevaritas deben sus virtudes a la forma de gobierno.²¹

El editor de "Viajes imaginarios" de Vairasee D'Allais, en 1677, introduce al lector en un "allá" donde la perfección social fue alcanzada gracias a una decisión de los hombres, quienes remiten su esencia racional a las tecnologías de gestión social. No hay humano tan vicioso que una buena organización social no logre mejorar. El "Estado ideal" triunfa sobre lo imprevisible, clausura el tiempo, se cierra en el espacio y anula las diferencias. Instala el reino del equilibrio y las armonías —realización terrena de un orden superior. La razón se vuelve urbanismo.

El lugar visitado por Tomás Moro en su Utopía en 1516 es recorrido durante los siguientes siglos.

La narración de la transición —que es el núcleo de la realización— se ha perdido.

La Razón realizando la Justicia, estableciendo un orden que pone las cosas en SU lugar, ya que *cada cosa sagrada debe estar en su lugar* —y esto es lo que la hace sagrada—,²⁰ sólo es posible revistiendo de magia la legitimación. Tal es proyecto de los reapropiadores del sentido, cansados de un desencanto que llega al extremo y que sólo puede sostener el nihilismo.⁴

Crisis de la utopía de la sociedad del trabajo.

Habermas dice: *con los contenidos utópicos de la sociedad del trabajo desaparecen ilusiones que hechizaron la conciencia de sí que tuvo la modernidad.*⁶

Baudrillard narra un universo donde las cosas han encontrado un medio de escapar a la dialéctica del sentido, donde los eventos carecen de consecuencia.

Era de la transpolítica, donde lo aberrante no produce efecto, ya que en el nuevo contrato social cada uno negocia su indiferencia.¹

Se duda de la posibilidad de Transformación.

El Todo deja de ser pensado.

La Crítica es criticada.

La Verdad, la Belleza, el Bien, asesinados.

La sociedad ha explotado de complejidad. En sus partículas difícilmente se pueda hallar escindido lo instrumental de lo valorativo y de lo estético.

En las sociedades postindustriales la normatividad de las leyes es reemplazada por la performatividad de los procedimientos: las posibilidades de que una orden sea considerada justa aumenta con las posibilidades de que esa orden sea ejecutada y las posibilidades de que sea ejecutada con la performatividad del prescriptor. Las cuentas (correlación entre in-put y out-put) sustituyen a los cuentos (relatos míticos).¹⁶

El derecho, esa técnica social de comunicación que obtiene el ingreso de los sujetos humanos en la ley,¹⁹ en otra escena: quizá no le toque protagonizar la época.

La ciencia y la técnica, convertidas en principales fuerzas productivas, han comenzado a evidenciar su poderío normativo. El papel de legitimantes que poseen es de una contundencia cada vez mayor.⁸

Hoy, la discusión por la democracia es impensable sin la discusión epistemológica sobre la ciencia. Y la Comunidad Científica registra retraso en asimilar las nuevas concepciones sobre el conocimiento basadas en la imposibilidad de alcanzar un lenguaje observacional neutro, en sostener que toda teoría configura un programa de percepción, en mostrar las relatividades y limitaciones del conocimiento y, sobretudo, en marcar cómo la escisión hecho-valor o conocimiento científico-ética conducen a un callejón donde la progresiva producción y aplicación de información deambula en la oscuridad de sus orígenes y de sus fines.³⁵

4. La gestión del malestar

La democracia supone la existencia de un estado diferente. Difícilmente si la democracia fuese la única realidad su idea existiría.

El problema es la imposibilidad de limitar su espacio de manera precisa. Las seguridades de uno serán vacilaciones de otro. Y aquí, más que una descripción general de la forma de la regla o de uso —como quizá podría pensarse que intenta hacer Habermas—, importan las enseñanzas y el entrenamiento en el uso de las reglas.

Y, en este proceso de entrenamiento en el uso de nuevas reglas —transición a la democracia—, debemos evitar la ilusión de una esencia omnicomprendida o arquetípica: la indeterminación también es democracia (así como el autoritarismo es una forma cruel de determinismo).

Y así, aprendiendo, podremos dudar y pasarán —como pasaron— situaciones como la que Wittgenstein nos describe:

Doy las reglas de un juego. El contrincante hace un movimiento en estricto apego a estas reglas, movimiento cuya posibilidad no había previsto, lo cual estropea el juego tal como lo deseaba yo. Ahora debo decir: "¡Dí malas reglas!"; debo cambiarlas o quizá completarlas.

¿Entonces, en estas condiciones, tengo de antemano una imagen del juego? En cierto sentido, ¡sí!

Desde luego, es posible, pongamos por caso, que yo no hubiera previsto que una ecuación de segundo grado no tiene que tener soluciones reales.

*La regla, en consecuencia, me lleva a algo de lo que digo: "No había esperado esta imagen; siempre me imaginé una solución de esta forma..."*²⁸

Así como la teoría del conocimiento es inseparable de la teoría sobre la vida, y como el hombre y la sociedad son una continua creación, la teoría de la sociedad debe ser una *autorreflexión de la historia de la especie humana*, y la filosofía, crítica.¹³

Y en este estado, cuando se asume que la democracia es siempre transición. Que es un significante que está aquí, pero que jamás agota el significado, ya que en ese caso, parafraseando a Levi-Strauss todo sería sentido y realidad.

Y, en esa escena, la norma y la crítica, expresiones de una insatisfacción generadora.

Bibliografía

¹ Baudrillard, Jean, *Las estrategias fatales*, Anagrama, Barcelona, 1984.

² Cacciari, Massimo, *Krisis*, Siglo XXI, México, 1982.

³ Derrida, Jaques, *Dos ensayos*, Anagrama, Barcelona, 1972.

⁴ Douglas, Mary, *Simbolos naturales*, Alianza, Madrid, 1978.

⁵ Habermas, Jürgen, *Conocimiento e interés*, Taurus, Madrid, 1984.

⁶ —, *El estado social: fin de la utopía*. Centro de Estudiantes de Sociología, Buenos Aires, 1988.

⁷ —, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1986.

⁸ —, "La ciencia y la técnica como ideología", en *Estudios sobre sociología de la ciencia*, de Barnes y otros, Alianza, Madrid, 1980.

⁹ —, "Modernidad: un proyecto incompleto", en *Punto de Vista* n° 21, Buenos Aires, 1984.

¹⁰ —, "Perfil político y filosófico", en *Punto de Vista*, n° 27, Buenos Aires, 1986.

- 11 —, *Perfiles filosófico-políticos*, Taurus, Madrid, 1984.
- 12 —, "Teoría analítica de la ciencia y la dialéctica", en Adorno, T. y otros *La lógica de las ciencias sociales*, Grijalbo, México, 1978.
- 13 —, *Teoría y Praxis*, Tecnos, Madrid, 1987.
- 14 Heidegger, Martin, *La época de la Imagen del Mundo*, Auch, Chile, 1958.
- 15 —, "La pregunta por la técnica", *Epoca de Filosofía* nº 1, Barcelona, 1985.
- 16 Ibañez, Jesús, *Del algoritmo al sujeto*, Siglo XXI, Madrid, 1985.
- 17 —, *Más allá de la sociología*, Siglo XXI, Madrid, 1979.
- 18 Jameson, Frederic, "Las política de la teoría", en *Rev. Fahrenheit 450*, Nº 2, Buenos Aires, 1987.
- 19 Legendre, Pierre y otros, *Derecho y psicoanálisis*. Hachette, Buenos Aires, 1987.
- 20 Levi-Strauss, Claude, *El pensamiento salvaje*, F.C.E., México, 1984.
- 21 Moreau, Pierre F., *La utopía*, Hachette, Buenos Aires, 1986.
- 22 Offe, Claus y Wiesenhal, Helmut, "Dos lógicas de la acción colectiva", en *Cuaderno de Sociología* Nº 3, Buenos Aires, 1988.
- 23 Vattimo, Giani, *El fin de la modernidad*, Gedisa, Barcelona, 1986.
- 24 Von Foerster, Heinz, *El curioso comportamiento de los sistemas complejos*, CEA, Buenos Aires, 1984.
- 25 Weittgenstein, Ludwig, *Estética, psicoanálisis y religión*, Sudamericana, Buenos Aires, 1976.
- 26 —, *Investigaciones filosóficas*, Grijalbo, Barcelona, 1988.
- 27 —, *Tractatus logico-philosophicus*, Alianza, Madrid, 1985.
- 28 —, *Zettel*, U.N.A.M., México, 1979.

VIII

EL DERECHO DEL TRABAJO MEXICANO EN LA TRANSICION POLITICA

Graciela Bensusán

I. México atraviesa hoy por un período de transición política cuyos orígenes se remontan al movimiento estudiantil del año de 1968. Se trata del agotamiento de un régimen político: en particular, de las formas autoritarias y corporativas de relación entre la sociedad y el Estado posrevolucionario.

El proceso electoral del 6 de julio de 1988 marca una nueva etapa en esa transición al poner de manifiesto la insuficiencia de las transformaciones democráticas experimentadas en las dos últimas décadas frente a los cambios profundos de la sociedad.¹

Las perspectivas al respecto resultan todavía inciertas. Algunas de las incógnitas en torno a la evolución del régimen político comenzarán a despejarse a la luz del sentido y la magnitud de los cambios que se introduzcan en dos sectores clave del ordenamiento jurídico: el electoral y el laboral.

En cuanto al primero —hoy en debate en el Congreso— la principal demanda de la oposición se centra en alcanzar la imparcialidad de los órganos electorales y la transparen-

cia del proceso. De avanzarse en este sentido se acercaría el fin del funcionamiento del Partido Revolucionario Institucional (PRI) como partido de Estado, rasgo que constituye uno de los elementos básicos del corporativismo.²

Por su parte, la suerte seguida por la legislación laboral —tanto la conservación del régimen vigente como sus posibles transformaciones— resolverá algunos de los puntos interrogantes en relación con los procesos de modernización económica y política en curso. Al respecto, si la modernización económica se hará en adelante con los trabajadores y sus sindicatos —tal como lo anunció recientemente el Presidente de la República—, la legislación deberá experimentar cambios importantes a favor de la democratización de las relaciones laborales. Puesto que el proceso de reestructuración del régimen jurídico de éstas se encuentra aún en una fase inicial, nos limitaremos aquí a establecer las posibles tendencias del cambio, a la luz de la crisis por la que hoy atraviesa la dominación corporativa y de las propuestas de los actores sociales para superarla.

II. La legislación laboral y la dominación corporativa

La legislación laboral —junto a la agraria— constituye uno de los elementos básicos del modelo de dominación corporativa surgido de la Revolución (1910-1917) y consolidado durante el régimen de Cárdenas (1934-1940). Otros elementos de este modelo que encuentran un importante sustento en ambas legislaciones son: la existencia de un partido de Estado que incorpora sectorialmente a las clases dominadas; el presidencialismo y la concentración del poder en el Ejecutivo Federal; y las políticas sociales que dieron contenido a la "alianza histórica" entre el gobierno y su partido con aquellas clases.³

Forjados los principales rasgos de las instituciones laborales en los años veinte a través de las alianzas políticas y del apoyo gubernamental, el autoritarismo invadió los más importantes instrumentos de defensa de los intereses de los asalariados. La ley federal aprobada en 1931 en una época de crisis económica precedida por otra política recogió la necesidad de institucionalizar el control de la acción obrera y colocarlo en manos de la autoridad laboral. El carácter corporativo del sistema político pudo apoyarse así con posterioridad en los rasgos autoritarios que presenta desde entonces la legislación laboral.⁴

Las numerosas transformaciones experimentadas por ella a lo largo de cinco décadas no alteraron en lo funda-

mental las reglas del juego en este escenario, que quedaron conformadas en sus aspectos esenciales en los años cuarenta. Las posibilidades de la intervención gubernamental fueron crecientes tanto en las normas como en la práctica. Incluye la promulgación de una nueva ley federal del trabajo en 1970 con el propósito explícito de modernizar las relaciones laborales y limitar el autoritarismo —lo que se explica por la pérdida de legitimidad del sistema político en razón de la represión del movimiento estudiantil— no hizo más que conservar las viejas reglas del juego bajo la apariencia de su reestructuración.

Estas características del régimen jurídico laboral se debieron a las siguientes circunstancias: 1) la necesidad de utilizar métodos autoritarios para imponer las reformas sociales pactadas con las organizaciones sindicales y resistidas por los empresarios; 2) la debilidad de las organizaciones cuando sus derechos se incorporaron a la Constitución y se reglamentaron por las leyes secundarias; 3) la promoción en las leyes —para fortalecer a los sindicatos— de la defensa colectiva de los intereses de los asalariados, dando una importancia menor a las libertades individuales; 4) el carácter tutelar de la legislación que daba legitimidad a la intervención gubernamental en este ámbito. Tómese en cuenta que cuando se forjaron estas reglas la democracia era considerada como una reivindicación inoportuna frente a la urgencia de introducir cambios en la sociedad. El reconocimiento y la satisfacción de las demandas de las clases dominadas operó desde entonces como un "sustituto funcional" de la democracia política.⁵

La articulación de la legislación del trabajo con el régimen político se observa en tres aspectos clave del sistema de relaciones laborales: la regulación relativa a la libertad sindical, la negociación colectiva y la justicia laboral.

En cuanto a la primera de éstas, cabe mencionar que ella permite un amplio margen de intervención a la autoridad laboral lo que hace posible el control gubernamental del proceso organizativo y de la acción reivindicativa. Ello afecta la noción de representatividad de las organizaciones y sus dirigencias que no se deriva necesariamente de la voluntad de los trabajadores al intervenir los criterios de oportunidad de la autoridad. También se altera el ejercicio de esa representatividad al convertirse a los sindicatos en un instrumento de las políticas gubernamentales en desmérito de su función en la defensa de los intereses de sus afiliados.

El tipo de sindicato surgido de la revolución y de este

régimen jurídico, dominante en el escenario laboral durante las últimas cinco décadas, se ha caracterizado por ser corporativo, centralizado, vinculado a una cultura autoritaria y centrado en la negociación del salario, las prestaciones y las políticas gubernamentales.⁶

Lo anterior se conecta con las características del patrón contractual consolidado en el régimen cardenista, con base en el artículo 123 de la Constitución y en la Ley Federal del Trabajo. En primer lugar, cabe señalar la importancia que reviste en este esquema la negociación colectiva (revisión contractual y salarial) en torno a la cual giró principalmente la conflictividad laboral hasta mediados de la presente década. Ello se tradujo en procedimientos rígidos para modificar las condiciones de trabajo pactadas y para resolver las dificultades creadas durante la vigencia de los contratos colectivos. La reglamentación del derecho de huelga —vía para acceder a la negociación colectiva— convirtió una medida de presión en un acto jurídico de duración indefinida lo que permitía la intervención de la autoridad para verificar el cumplimiento de sus requisitos. De esta manera se burocratizó y rigidizó la acción obrera.

En segundo lugar, los contratos colectivos incorporaron un conjunto de mecanismos y prestaciones centralizadas y administradas por la dirigencia sindical, otorgándole un poder considerable sobre sus bases. Estos mecanismos restringieron la movilidad interna y externa en las fábricas colocando en manos del sindicato la contratación del personal, los permisos y licencias, los retardos, ascensos, becas, etcétera.⁷

En tercer lugar, la titularidad de los contratos colectivos otorgada en razón de los vínculos de los sindicatos con el partido oficial o de las preferencias empresariales favoreció la creación de mayorías ficticias y permitió la consolidación de la burocracia sindical como pieza clave del sistema de dominación. El patrón contractual así descrito se desarrolló con mayor intensidad en el sector estatal de la economía y hoy se encuentra en vías de transformación.

Finalmente, la integración tripartita de los órganos encargados de la justicia laboral evidencia los nexos con el sistema político. La dependencia formal y real de las juntas de conciliación y arbitraje respecto del poder ejecutivo —federal o local según la distribución de competencias— ha dado a éste amplias facultades fortaleciendo al presidencialismo. Creadas como tribunales de “conciencia y equidad” para resolver los conflictos obrero-patronales reesta-

bleciendo el equilibrio entre los factores de la producción, resultaron el principal instrumento para establecer un arbitraje estatal —el voto gubernamental decide en las juntas— cuya legitimidad descansaba en su carácter tutelar.

Junto con el control de sindicatos, el tripartismo en estos órganos permitió a los gobiernos posrevolucionarios convertir las instituciones laborales en un instrumento de sus políticas. La tendencia homogeneizadora de las condiciones de trabajo presente en la legislación laboral fue contrarrestada en los hechos por la intervención gubernamental en las juntas, lo que permitió “flexibilizar” el cumplimiento de las responsabilidades patronales.⁸

III. La crisis del corporativismo

Es en la relación que guardan el Estado y los sindicatos donde se presenta de manera más evidente la contradicción entre las viejas formas políticas y los retos que se derivan del proyecto económico neoliberal adoptado por las dos últimas administraciones. Al respecto se ha dicho que la crisis de esta relación tiene dos determinantes: la reestructuración productiva y los cambios experimentados por el “Estado social autoritario”.⁹

En cuanto al primero de estos determinantes, se trataría de una crisis de la base “sociotécnica” del modelo económico adoptado entre 1955 y 1970 (conocido como “desarrollo estabilizador”), que reclama la transformación de las relaciones laborales junto a los cambios tecnológicos y de organización del trabajo. Los sindicatos posrevolucionarios —tanto los corporativos como los independientes surgidos en la década de los setenta— y el patrón legal y contractual rígido hasta hoy vigente resultaron inadecuados para satisfacer los requerimientos de la modernización.¹⁰

El viraje en el funcionamiento del “viejo Estado interventor” puesto en marcha desde 1983, según el autor que seguimos en este punto, afectó las bases de legitimidad del sistema político y en particular de las cúpulas sindicales. El equilibrio guardado por la intervención gubernamental en el mundo del trabajo en pos de la tutela de los asalariados y del control de su acción desapareció ante la política salarial restrictiva —el precio real del trabajo disminuyó invariablemente en los ochenta— y las consecuencias sobre los trabajadores de la privatización y reestructuración de las empresas paraestatales. La noción misma de los derechos adquiridos entró en crisis a partir del acercamiento de las estrategias de salida a la crisis de empresarios y gobierno.¹¹

El debilitamiento de la fuerza de los sindicatos como sujeto político buscó transformar el viejo mundo laboral centralizado en otro de múltiples negociaciones y un nuevo interlocutor: el sindicato de empresa. La crisis de representatividad por la que atraviesan las grandes centrales y el órgano cúpula que las integra —el Congreso del Trabajo— resulta en este marco un argumento para justificar la adopción de decisiones autoritarias en el mundo laboral.

Hasta ahora la transición hacia las nuevas formas de relaciones y de organización del trabajo adecuadas al proyecto económico neoliberal se ha operado por la utilización de los mecanismos de control corporativo, lo que no significa que esta vía pueda continuar utilizándose indefinidamente. Al respecto el último proceso electoral arroja importantes lecciones: los tropiezos de los candidatos obreros revelan que para los electores este sector ha perdido legitimidad y que no podrá en adelante cumplir con sus "funciones históricas".¹² De ahí que en un futuro próximo podría transformarse la estructura sectorial del PRI o por lo menos reducirse su importancia. El cambio apuntado incidiría en una mayor autonomía de los sindicatos respecto del gobierno y su partida, dificultándose la disposición de sus dirigencias para avalar las medidas adoptadas en la reestructuración laboral.

Aun cuando puede hablarse de la existencia de una crisis en el funcionamiento de las instituciones laborales en razón de la inadecuación de sus rasgos corporativos y autoritarios a las exigencias de la modernización, ello no supone necesariamente su reemplazo.¹³

Conviene, sin embargo, precisar algunos de los obstáculos derivados de esta crisis puestos de manifiesto en los conflictos laborales acaecidos durante los primeros diez meses de la actual administración: 1) la falta de representatividad de las dirigencias aumentó las dificultades para resolver los conflictos por las actuales vías institucionales; 2) los acuerdos alcanzados con las viejas cúpulas fueron cuestionados en forma individual o colectiva por los trabajadores, con prácticas que perjudican el clima, reprimiendo para aumentar la productividad y la eficacia; 3) la carencia de vías de expresión, negociación y resolución de las demandas puede radicalizar las posiciones aumentando los costos sociales y políticos de los conflictos; 4) cada vez más fueron las soluciones de fuerza —recubiertas de un barniz jurídico— las que pusieron fin a las controversias; 5) la cultura autoritaria y antidemocrática en las fábricas y en los

sindicatos dificultó la adopción de formas de organización del trabajo participativas y consensuales como las que se utilizan en los países competidores; 6) una condición decisiva del nuevo modelo económico neoliberal estaría en peligro: la estabilidad laboral.¹⁴

IV. Perspectivas de una nueva regulación

Es una opinión concidente entre los estudiosos del tema la existencia de distintas alternativas de reemplazo del corporativismo provenientes de diversos actores y orientadas a sectores diferenciados.¹⁵ Tomando en cuenta las dificultades que se observan para operar su sustitución y obtener nuevas fuentes de legitimidad del sistema político —como el proceso electoral—, puede esperarse que el gobierno retrase lo más posible su desaparición aunque limite cada vez más su papel en la dominación.¹⁶

En este contexto el proyecto oficial de recambio, limitado por factores objetivos como la recuperación económica, se orientaría a introducir ajustes parciales —como de hecho los vienen realizando desde el gobierno De la Madrid— para transformar a los sindicatos corporativos y a sus dirigencias, restándoles influencia política y restringiendo su papel en las fábricas. También se impulsaría un sindicalismo "neocorporativo" vinculado al Estado pero interesado en la productividad y en proponer alternativas de modernización.¹⁷

Todo ello supone conservar en la legislación las articulaciones que la vinculan al sistema político y deja escaso margen para la ampliación de la democracia en el escenario laboral. Sin embargo, en las actuales circunstancias políticas, el gobierno enfrentaría graves dificultades para imponer su propio proyecto, como ha sido tradicional en materia laboral. Las disputas en el interior del PRI y la presión de su diputación obrera para tomar a su cargo la elaboración de la iniciativa de nueva Ley Laboral junto a la frágil mayoría priísta obstaculizarían —de existir— tal intención. Tampoco sería posible hoy adoptar una reforma constitucional sin una política de alianzas con la oposición que proporcione los votos requeridos para ello. Existen por tanto condiciones favorables —más que nunca antes— para que los partidos políticos de oposición y las organizaciones sociales afines a éstos impulsen sus propios proyectos de reestructuración.

Con el ánimo de recuperar para el Poder Legislativo un mayor papel en este proceso —hoy a cargo de una comisión

tripartita convocada por el gobierno— la diputación obrera priista con el apoyo de la oposición de izquierda aglutinada en el Partido Revolucionario Democrático (PRD), aprobó la celebración de audiencias públicas en la Cámara de Diputados durante el pasado mes de agosto.

Tal como viene sucediendo desde que la legislación laboral existe en el país, fue el medio empresarial quien presentó las objeciones más serias en torno al funcionamiento de las instituciones laborales en tiempos de crisis y de reconversión. Los planteamientos al respecto fueron sin embargo más severos a mediados del sexenio anterior cuando llegaron a exigir el cambio de legislación como una condición para alcanzar la recuperación económica.¹⁸

Si se considera la eficacia de las instituciones y prácticas corporativas vigentes en el escenario laboral para mantener la paz social cuando no sólo se afectó el nivel de vida de los asalariados si no que se experimentó un grave retroceso en las conquistas alcanzadas en la contratación colectiva a lo largo de varias décadas, la posición empresarial podría resultar paradójica. Sin embargo, las demandas de este sector tienen su lógica: los empresarios buscarían, más que superar trabas, trasladar a la ley lo que obtuvieron en los hechos, gracias a la debilidad e inacción de los sindicatos, la desmoralización de los trabajadores y el apoyo gubernamental. Si esta intervención permitió en la práctica disminuir la rigidez de las normas laborales tolerando un amplio margen de incumplimiento de las responsabilidades patronales, en adelante debería resultar innecesaria. En parte porque otorga un poder discrecional al Poder Ejecutivo fortaleciendo al presidencialismo y creando incertidumbre en el mundo del trabajo. También porque para hacer compatibles la ineffectividad del derecho y la paz social fue necesario construir una red de complicidades entre el gobierno, la burocracia sindical y los empresarios de la que hoy quisieran prescindir. Ello debido a que resulta inadecuada frente a los retos de la modernización y a que la correlación de fuerzas los favorece. De ahí que aspiran a obtener una ley con menores exigencias para el capital y mayores para el trabajo, recuperando la libertad de contratación preexistente a la legislación de la Revolución. Ello no supone desaparecer las relaciones colectivas ni la intervención gubernamental que caracterizó a aquéllas, sino “redimensionar” ambas. En este sentido esperan eliminar el “paternalismo”, impulsar la negociación directa entre los sindicatos y la empresa así como la promoción de la defensa individual de los trabaja-

dores con menor estabilidad en el trabajo y con mayor movilidad interna en las fábricas.¹⁹

Frente a este marco compartido por las distintas organizaciones empresariales, las diferencias en el sector se centran en la posición que guardan éstas frente a los aspectos políticos de la legislación laboral. Mientras que la COPARMEX —organización patronal cercana a un partido de oposición (PAN)— y la CONCANACO —Confederación de Cámaras Nacionales de Comercio— pretenden redefinir los nexos entre los sindicatos y el Estado y alcanzar una mayor representatividad en aquéllos promoviendo la libertad sindical, CONCAMIN —Confederación de Cámaras de la Industria— se muestra dispuesta a respaldar a los viejos líderes por el temor de generar una mayor inestabilidad si se adopta un cambio radical en el sistema sindical.²⁰

El movimiento obrero oficial no ha podido hasta hoy, en razón de la conflictividad interna y la división en sus filas de las organizaciones integrantes del Congreso del Trabajo, presentar un criterio unificado en torno a la reestructuración de la ley laboral. Las propuestas aisladas, de las cuales la primera en hacerse pública correspondió a la CTM, revelan una posición conservadora frente al cambio. Los planteamientos recogen las viejas demandas de nuevas prestaciones que este sector viene presentando sin éxito desde 1978, sin partir de una evaluación que se oriente a proponer transformaciones profundas, acordes con las enseñanzas de la crisis y de la reconversión. El actual estado de indefensión en que se encuentran los intereses de los asalariados no puede, sin duda, corregirse con simples ajustes a las instituciones corporativas ni con la idea de lograr “que se mejore lo que se pueda y lo demás se deje como está”, tal como recientemente concluyó el Congreso del Trabajo.²¹

Esta posición cobró fuerza en el seno del sindicalismo durante los últimos meses. Se piensa que, al no poder impulsarse una reforma a la legislación con nuevas conquistas y dado el peligro de perder lo que hoy se tiene frente a las propuestas empresariales, es preferible luchar por hacer efectiva la normatividad vigente postergando el cambio.²²

De prosperar esta estrategia sin valorar las ventajas y desventajas de conservar una legislación que no sólo es ineffectiva sino que forma parte de un modelo de relaciones autoritario y corporativo en crisis, las perspectivas de avanzar en el terreno de la democracia y la libertad sindical serían

an escasas; habría que preguntarse al respecto quién obtendría beneficios de ello para que los legisladores, los partidos políticos y las organizaciones sociales estuvieran en condiciones de definir una adecuada política de alianzas frente al cambio de legislación.

Desde la perspectiva del movimiento obrero oficial la dificultad radica en asumir los límites de su alianza histórica con el gobierno para avanzar hacia una redefinición del pacto que preserve la independencia de las partes y reemplace la vieja red de instituciones por otra que sirva para defender los intereses de los asalariados, lo que en nuestros días exige considerar al mismo tiempo la necesidad de implementar nuevas formas de organización del trabajo para incrementar la productividad y la eficiencia. Continuar en la misma línea es para la cúpula sindical y el gobierno un juego parecido a la "ruleta rusa", como alguien dijo en relación con otros sucesos de la política mexicana. De ahí que si por más de cinco décadas el movimiento obrero oficial fue el principal defensor del *statu quo* en el tema de los derechos colectivos y la intervención gubernamental, deteniendo el avance de la libertad sindical y la democracia, algunos de sus integrantes comienzan a considerar la necesidad de un cambio sin el cual no podrían sobrevivir a los embates de la modernidad.

Aun cuando ningún partido político ha presentado todavía un proyecto acabado de legislación laboral, todos parecen coincidir en la necesidad de ajustar las viejas reglas a los retos que ésta supone. Hay sin embargo detrás de los planteamientos en este punto del PRI (Partido Revolucionario Institucional), del PRD (Partido de la Revolución Democrática) y del PAN (Partido de Acción Nacional)— los que hoy aglutinan las fuerzas políticas más importantes en el terreno electoral— distintos proyectos de nación. Mientras los dos últimos, como parte de la democratización de la sociedad, coinciden en la necesidad de promover la libertad sindical y de poner fin a la afiliación colectiva de las organizaciones a los partidos políticos, el PRI se resiste a permitir tal cambio. Las diferencias entre el PAN y el PRD se presentarán en el momento de decidir el orden de las prioridades en la reformulación del marco jurídico: democratización, racionalidad económica y tutela de los derechos de los asalariados. De la política de alianzas que resulte de estas contradicciones dependerá el futuro de la legislación laboral.

Notas

¹ En relación con la transición política, véase Arturo Anguiano, "La ruptura del régimen de la revolución mexicana", págs. 55 a 62, en Arturo Anquiano (coordinador), *La transición democrática*, UAM, México, 1989.

² Respecto del "corporativismo" y sus definiciones, véase el trabajo de Ilan Bizberg, "La crisis del corporativismo mexicano", 1989, págs. 1 a 9, trabajo mimeografiado. Cuando nos referimos en este texto al carácter corporativo del sistema político mexicano hacemos alusión a los nexos que existen entre los sindicatos y el partido de gobierno— como de cuyos sectores la forma el movimiento obrero— y a la subordinación de aquéllos a la política gubernamental.

³ Véase Arturo Anquiano, "El desenlace del corporativismo", pág. 32, y Lorenzo Meyer, "El corporativismo mexicano en los tiempos del neoliberalismo", págs. 22 y 23, en Graciela Bensusán y Carlos García (coordinación), *Estado y sindicatos: crisis de una relación*, U.A.M.-F.E.S., México, 1989.

⁴ El proceso de gestación de la legislación laboral mexicana ha sido analizado por Graciela Bensusán en "La legislación laboral heredada de las luchas revolucionarias", en *75 años de sindicalismo en México*, Instituto Nacional de Estudios de la Revolución, México, 1986.

⁵ Lorenzo Meyer, ob. cit., pág. 23.

⁶ Esta caracterización se encuentra expuesta en Enrique de la Garza, "La crisis del sindicalismo en México", pág. 76, en Graciela Bensusán y Carlos García, ob. cit.

⁷ Ilan Bizberg, ob. cit., pág. 39.

⁸ En torno a las juntas de conciliación y arbitrajes véase, Ana María Conesa, "Los tribunales de trabajo en México: Ficción y realidad de una legislación laboral", México, 1989, trabajo mimeografiado.

⁹ Enrique de la Garza, ob. cit., pág. 71.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Graciela Bensusán, "Instituciones en crisis: el mundo del trabajo en transformación", en Graciela Bensusán y Carlos García, ob. cit., pág. 48 a 51.

¹² Jordy Micheli, "Sindicatos y futuro: el neoliberalismo hoy", pág. 91, en Graciela Bensusán y Carlos García, ob. cit.

¹³ Ilan Bizberg, ob. cit., pág. 1.

¹⁴ Algunos ejemplos de estos obstáculos se precisan en el trabajo de Ilan Bizberg, ob. cit., págs. 52 a 55.

¹⁵ Enrique de la Garza, ob. cit., pág. 85.

¹⁶ Lorenzo Meyer, ob. cit., pág. 29.

¹⁷ Enrique de la Garza, ob. cit., pág. 86.

¹⁸ Véase al respecto, Graciela Bensusán, "Reconversión industrial: la concentración social y los derechos laborales", en *Revista Argumentos*, N° 6, U.A.M., México, 1989.

¹⁹ Esta posición se refleja en las "Propuestas preliminares de la Confederación Patronal de la República Mexicana", COPARMEX, México, 1989.

²⁰ *La Jornada*, 16 y 23 de agosto de 1989.

²¹ *El Financiero*, 15 de agosto de 1989.

²² *La Jornada*, 15 de agosto de 1989.

IX

DERECHO Y TRANSICION DEMOCRATICA

Alicia E. C. Ruiz y Carlos María Cárcova

1. La pregunta

¿Qué papel cumple la legalidad en un proceso de tránsito del autoritarismo a la democracia?

El interrogante es complejo porque: ¿será posible identificar algún rol permanente de este discurso social? ¿Habrá una respuesta que supere ciertas constataciones triviales? Las experiencias más o menos inmediatas que pudieran tomarse como situaciones susceptibles de ser comparadas, ¿poseen realmente elementos comunes?

Creemos que a pesar de estas dificultades puede tentarse una respuesta hipotética, trabajando ciertas categorías que se han desarrollado desde la perspectiva de la teoría crítica, al concebir al derecho como formación discursiva y al subrayar su específica conexión con el imaginario social, con la dimensión ideológica y con el fenómeno del poder. Estas notas se proponen pues una aproximación de tal tipo.

2. Especificación y contextualización

2.1. La pregunta inicial debe precisarse. Por de pronto se trata de aquellas situaciones en las que una forma autoritaria y despótica de ejercicio del poder ha sido reemplazada por una forma reglada por mecanismos democráticos. Esto es, fundados en principios de libertad e igualdad, respeto por ciertas garantías básicas de los individuos, toma de las decisiones que se legitiman a través de la lógica de mayorías y minorías y sometimiento, por fin, de la autoridad (Estado) a normas generales y abstractas (Derecho), idénticas a las que regulan la conducta de los súbditos.

Los procesos concretos en que cambios de esta índole se han producido son francamente heterogéneos. No sólo difieren las experiencias ocurridas en el sur de Europa, en las últimas décadas, de las sucedidas en América Latina, en años más próximos.

Tampoco son asimilables el proceso portugués con el español o el brasileño con el argentino.

Las razones que generaron los cambios son incomparables. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las tareas que debieron ser emprendidas en unos y otros casos, para consolidar tales cambios.

En efecto, cuando se alude a la transición se emplea un término ambiguo que la literatura política ha acuñado, desde hace unos años para referirse a complejas situaciones en las que se verifican todas o la mayoría de las situaciones que siguen.

- Una forma autoritaria de ejercicio del poder ha sido reemplazada por otra de características democráticas.

- Este reemplazo se ha producido pacíficamente, el gobierno democrático se ha legitimado electoralmente pero sólo posee una autoridad formal en relación con quienes son detentadores efectivos de la coacción (fuerzas armadas, organismos de inteligencia, cuerpos policiales, etc.). Dicho de otro modo, carece de fuerza propia y debe en consecuencia obtener obediencia mediante el desarrollo de políticas adecuadas, apelando a su legitimidad de origen, al consenso de la ciudadanía y a compromisos de distinta índole y extensión con dichas corporaciones.

- Un problema central consiste en la forma en que habrá de encarar el tema de las eventuales responsabilidades en que la autoridad anterior hubiera incurrido por graves violaciones a los derechos humanos.

- La forma capitalista de la economía, las modalidades de apropiación de la renta y las alianzas de clase no se han modificado sustancialmente. A lo más, se ha verificado algún nivel de reorganización, al interior de las fracciones hegemónicas.

- La etapa autoritaria ha generado una cultura propia que ha infeccionado prácticas e instituciones y que ha operado activamente en el imaginario social. Será menester reinstalar una cultura alternativa, modificar las prácticas, reorganizar el mundo de las representaciones sobre la base del igualitarismo, la libertad, la justicia y la permanente ampliación de la noción de ciudadanía.

- Por fin, la autoridad democrática debe sortear continuamente las acechanzas de un retorno al pasado que provienen tanto de los grupos desplazados del aparato de estado, cuanto de intereses objetivos de naturaleza económica y financiera, beneficiarios del anterior régimen. Está igualmente acechada por las crisis que hereda y por la necesidad de articular permanentemente pluralismo y eficacia; respeto por las libertades e intervención estatal; consenso e innovación.

Así caracterizada, la transición no es más que el nombre de una complejísima operación política que consiste en la tarea a desarrollar por una democracia emergente para consolidarse sobre la base de la apelación a la racionalidad, mediante el recurso a la ley e implementando mecanismos redistributivos que, por hipótesis, no satisfarán todas las necesidades, sino sólo una parte de ellas, lo más equitativamente posible.

2.2. Con la profundidad que le es habitual, Norbert Lechner ha estudiado las limitaciones de las mayorías cuando enfrentan la estrategia de las minorías consistentes.¹ Se ha basado para ello en un ensayo de Heinrich Popitz que a su vez procura dar respuesta a la perpleja constatación de Hume: *"Nada produce más sorpresa al considerar los asuntos humanos con mirada filosófica que la facilidad con que muchos son gobernados por unos pocos"*.

Al trabajar un ejemplo de Popitz, enderezado a descubrir elementos propios del proceso de formación del poder, Lechner abstrae los rasgos que seguidamente se sintetizan:

- La minoría se organiza más rápida y efectivamente que la mayoría.

- Sus miembros cooperan entre sí, se protegen, confirman y representan.

- Se confieren recíprocamente legitimidad.

- Al monopolizar para sí los bienes sociales pueden ofrecer ventajas inmediatas a los suyos y comprar lealtades externas.

Por su parte la mayoría:

- No exige un privilegio para sí, sino que se opone a los privilegios.

- Debe impedir el triunfo de la minoría puesto que en tal caso será excluida.

- Debe imponerse de manera tal que cambie al otro (debe transformar a la minoría en generosa y racional).

- Debe distribuir equitativamente bienes escasos.

- No obtiene ni promete ventajas inmediatas con el ejercicio del poder.

- Debe reclamar una gran cuota de esperanza (una felicidad futura basada en el uso racional y equitativo de los bienes sociales).

Y bien, toda "transición" democrática es una modalidad en la confrontación clásica que anima la dialéctica minoría-mayoría en la organización del poder social.

Pero es claro que acá nos referimos a las experiencias que genéricamente hemos intentado acotar (formaciones sociales capitalistas y Estado burgués).

Son los procesos más próximos —particularmente el desarrollado en la Argentina desde 1983— los que inspiran estas consideraciones.

3. Hipótesis

Definido el marco referencial, regresemos a la cuestión inicial: ¿qué papel cumple la legalidad en la transición?

3.1. Hay algunas cuestiones obvias. Con la misma justificación podríamos preguntarnos qué papel cumple el teatro en la transición. Una respuesta posible sería: "...depende. Puede no cumplir ninguno, o ser un obstáculo si siembra escepticismo, o ser funcional en cambio si promueve ciertos valores y promueve la conciencia crítica".

Pero sospechamos que con el derecho no ocurre lo mismo. Que en un primer momento del proceso de tránsito, el derecho cumple necesariamente un rol positivo; adquiere el sentido de la acción política que desarrolla la nueva autoridad. Definimos acá como positivo, el rol que facilita, que vehicula los objetivos de esa autoridad.

De otros discursos sociales, como el teatro, puede prescindirse en la tarea de constituir un nuevo orden. Pero

obviamente, no puede prescindirse del discurso jurídico. Se necesitan otras reglas, diferentes instituciones, fundamentalmente la constitución de nuevos sentidos de la socialidad: otros valores, otras prácticas.

Podría afirmarse con acierto que el déspota también necesita de un nuevo derecho y que en consecuencia operará a través de este discurso. Esto es así. De hecho ha ocurrido. Sin embargo, la diferencia no es de grado sino de naturaleza. El derecho asume el papel legitimante del poder, asociado a la justificación del estado moderno en el pacto entre sujetos libres. Es su fundamentación racional la que coloca al discurso jurídico en ese lugar privilegiado. Y tan significativo es su papel que a partir de entonces no puede ser reemplazado eficazmente por ningún otro.

Luego, un gobierno autoritario debe apelar al derecho como recurso ideológico de legitimación, aunque lo subordine permanentemente a las demandas de la facticidad; lo excepcione y lo restrinja. Mientras que un gobierno democrático recurre al derecho como una instancia ineludible de la lógica de su funcionamiento, le da primacía, se subordina a él; lo expande y socializa.

No se trata solamente de la producción formal de normas. En este aspecto las dictaduras suelen ser muy prolíficas (Onganía-Videla) entre otras razones porque sancionar una ley no depende de intrincados mecanismos de elaboración del consenso, sino de la voluntad de muy pocos agentes. Se trata sustancialmente de una vasta y compleja operación de reasignación de sentidos, de resemantización de normas, prácticas, instituciones, símbolos, expresiones, estereotipos, que se cumple en la dirección del proyecto que se instala y que opera a la vez como discurso fundante y como discurso intersticial.

Sanciona nuevas normas y recrea instituciones estratégicas, pero además reinterpreta, rellena lagunas, completa el sentido de las expresiones con anemia semántica (buen padre de familia; debidos cuidados; mujer honesta; etc.). Ejemplariza, reformula contenidos, establece nuevos valores, trastoca el universo de las representaciones, resignifica.

En la transición democrática que acotamos, habrá de enfatizarse la legitimidad como interpelación de la razón; el reconocimiento del orden a través del pacto de ciudadanía entre sujetos libres e iguales. En el despliegue de su rol constituyente es, con esta marca, con esta direccionalidad, que el derecho habrá de cumplir la operación antes descrita.

3.2. Ciertamente habrá de emplearse el mecanismo legislativo, derogando reglas y generando otras. Un repaso de las primeras normas sancionadas por el gobierno constitucional en Argentina, a partir de 1983, ilustrará sobre los contenidos estratégicos que, de inmediato, ellas implementaron.

Por medio de la ley Nº 23.040, sancionada doce días después de su asunción, el gobierno democrático derogó la ley 22.924 del régimen militar que consagraba su autoamnistía; por decreto 158/83 se ordenó el procesamiento de las juntas militares que habían ocupado el poder desde 1976; por decreto 187/83 creó la CONADEP (Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas) llamada a investigar el drama de la desaparición forzada, de los secuestros y asesinatos cometidos; por ley 23.042 dispuso la revisibilidad judicial de condenas dictadas por Tribunales Militares; por ley 23.049 reformó el Código de Justicia Militar estableciendo distintos niveles de responsabilidad y la instancia de revisión de las causas por Tribunales Civiles; por ley 23.050 reformó el Código de Procedimientos Penales y por ley 23.057 el Código Penal; por ley 23.054 aprobó el Pacto de Costa Rica sobre Derechos Humanos; por ley 23.062 invalidó el efecto jurídico de normas y actos administrativos a través de los cuales se hubiera sancionado a integrantes de los poderes constitucionales; por ley 23.070 redujo el cómputo de penas impuestas durante el período anterior, por ley 23.097 se incorporó una reforma al Código Penal por la que se incrimina la tortura de manera específica y se la sanciona con igual pena que la atribuida al homicidio; por ley 23.098 reformó la regulación del habeas corpus.

Hemos hecho inventario de las normas especialmente vinculadas con la política de derechos humanos y responsabilidades en esta materia. Paralelamente se dictaban otras, de trascendentes contenidos económico-sociales.

Se recurre, pues, a la intervención legislativa. En el marco de otros procesos de cambio pero también de intervención democratizadora, A. Jeammaud, el talentoso jurista crítico francés, recordaba las experiencias de su país entre 1981-84:

"... La empresa de democratización emprendida se ha traducido en una labor legislativa considerable e incluso espectacular en algunos aspectos, puesto que el período transcurrido desde junio de 1981 constituye indudablemente la más amplia y rápida fase de cambio jurídico que

ha experimentado el país desde el inicio del siglo XIX y el advenimiento de los marcos del derecho moderno a través de las codificaciones napoleónicas".²

3.3. Pero la operación es más vasta, más compleja y más estructural. No es cuestión sólo de la producción de normas generales. Se interviene además en otros procesos sociales de producción de significados. Se reinterpreta el sentido de instituciones y prácticas. Se reemplaza la cultura del autoritarismo y se reinstala la cultura democrática. En este cometido el rol de la legalidad es más difuso pero más contundente. Aquí laboran sus operadores paradigmáticos: profesores de derecho, jueces, abogados, intérpretes, aplicadores, funcionarios.

El advenimiento democrático produce siempre cambios significativos en los ámbitos académicos. No sólo porque se modifican las reglas de juego universitarias; en las escuelas de derecho se altera el peso de los grupos y sectores profesoraes, por lo general ligados a los ámbitos oficiales. Los asesores de la dictadura pierden influencia o se alejan. Quienes habían sido privados de sus cátedras por su militancia democrática regresan y un nuevo grupo de personas hegemoniza la función de "enseñar" el derecho, explicar sus contenidos, revelar su lógica, elucidar sus ambigüedades. Se abren espacios críticos y se instalan nuevas problemáticas.

Las normas dicen lo que algunos hombres dicen que ellas dicen.

Por eso, el nivel de producción de conocimientos integra el discurso jurídico de una manera conspicua. En esta idea no sólo ha trabajado la teoría crítica del derecho a cuyas premisas estas notas adhieren decididamente. Es similar el planteo, por ejemplo, de las corrientes hermeneúticas. Dice Arthur Kaufmann:

"En la ciencia del derecho (incluida en las denominadas ciencias comprensivas —verstehens wissenschaften— y más aún en la filosofía del derecho, no existen conocimientos que no hayan sido acuñados por quienes se ocupan del derecho, y también interviene siempre (aunque no sea el único) un aspecto creador: el 'conocimiento' del derecho tiene algo de 'conformación' del derecho. Más claro aún: el derecho material positivo, en su forma concreta (como es 'dicho' principalmente por los tribunales) sólo surge en el proceso de realización del derecho. Antes no existe derecho alguno en su forma real-positiva."³

Y agrega W. Hassemer:

"Fue Coing quien, siguiendo por ejemplo a Betti, Bullnow, Geny y también a Gadamer, convirtió en el eje de su doctrina de la interpretación la fragmentariedad e imperfección de las leyes, poniendo de manifiesto la tensión entre la vinculación del juez a la ley y su función creadora de derecho. Con ello se formuló el problema que ocupa hasta hoy a la hermenéutica jurídica... el problema de un tratamiento 'correcto' (richtig) de la ley, de su aplicación 'correcta' al caso. Este problema sólo se manifiesta si no se le confía a la ley una prolongación meramente deductiva hacia la decisión del caso, si no se acepta la ley como base de conclusiones (taut)ológicas: si se comprende como decisión no unívoca, incompleta y abierta con respecto al futuro. Sólo en este caso hay motivo para reflexionar sobre el papel productivo de aquél que 'interpreta' o 'aplica' la ley y para investigar acerca de los criterios de una interpretación o aplicación correctas".⁴

Estas y otras corrientes en el campo de la jus-filosofía⁵ resaltan el papel integrador de sentido de la ciencia dogmática o de la teoría, en relación con el derecho como práctica, como ordenamiento.

La producción de conocimientos, entonces, juega un papel relevante. Si valiesen los ejemplos empíricos, podría recordarse que el Presidente Alfonsín se rodeó entre sus asesores más próximos, antes y después de ganar las elecciones, de un núcleo de prestigiosos juristas teóricos, a los que el periodismo aludía con frecuencia como "el grupo de los filósofos".⁶

3.4. Un papel primordial del fenómeno que tratamos de ilustrar es jugado por los jueces. Son ellos y de manera especial quienes tienen atribuidas las funciones de casación— esto es decidir, en última instancia, sobre la "correcta" aplicación de la norma al caso —los que desarrollan, por lo general, los aportes más significativos en la operación de resignificar, en la operación de reformular el universo de las representaciones.

Si se toma, por ejemplo, el caso de la Corte Suprema de Justicia en la Argentina, podrá corroborarse el aserto. El Alto Tribunal —que por ley tiene atribuida la casación— tal como se constituyó a partir de la asunción del gobierno democrático ha desplegado una importantísima tarea jurídico-política. Ha ejemplarizado, asumiendo y desplegando la lógica y la axiología de los principios democráticos, del estado de derecho, y de las libertades

individuales, en una permanente ampliación de la ciudadanía. Al hacerlo no sólo ha resuelto situaciones concretas. Ha sentado criterios, ha influido en los tribunales inferiores, ha comprometido la actuación de otros poderes (recuérdese la sentencia sobre divorcio vincular, sobre la que más abajo volveremos). Ha reconducido valoraciones sociales.

Dice Augusto M. Morello al caracterizar los nuevos poderes de la Corte Suprema evocando a Mauro Capelletti:

"Digamos, al fin que el Poder Judicial —la Corte Suprema de Justicia de la Nación— ha dejado de moverse dentro del esquema histórico tradicional, para convertirse, en estos tiempos, con un salto espectacular en la coreografía del Estado Moderno, en el 'tercer gigante'. En una difícil y atrapante asunción de roles y funciones imprescindibles para controlar al mastodonte legislador y al Leviatán administrador".⁷

El análisis de algunos pronunciamientos concretos de nuestro Tribunal Superior será seguramente corroborante de lo que venimos sosteniendo:

3.4.1. En la causa SEJEAN (E.D. 121-522) la Corte produjo una decisión de singularísima trascendencia en distintos niveles. En concreto, declaró la nulidad de una norma jurídica que prohibía contraer nuevo matrimonio válido después de dictada la sentencia de divorcio, es decir, otorgó alcance vincular al divorcio existente en nuestra legislación, que hasta ese momento no lo tenía. Al tomar esta resolución decretó la inconstitucionalidad de una norma que había sido aplicada por más de cien años y decidió de manera contundente en contra de la opinión de ciertos sectores de la sociedad argentina, especialmente los confesionales, que al oponerse tenazmente a la institución, habían conseguido que nuestro país fuera una excepción en el mundo contemporáneo. Pero además de su trascendencia cultural, el fallo obligó a un Parlamento renuente a discutir el tema y sancionar a corto plazo una legislación específica.

Algunos párrafos de este importante dictamen merecen ser transcritos:

—Para que una ley de matrimonio civil sea compatible con el sistema de libertad consagrado en la Constitución Nacional debe serlo también con la neutralidad confesional que está adoptada, de modo tal que esa ley no obstaculice la plenitud de la garantía constitucional de profesar cualquier religión o no profesar ninguna. De

este modo, resultaría violatorio del art. 14 de la Ley Fundamental imponer coactivamente alguno de los principios de las diversas religiones que coexisten en nuestra sociedad, incluido el de la indisolubilidad del vínculo matrimonial prescripto por el credo católico, respecto de aquellos que no profesan esa religión. (Del voto del doctor Petracchi).

—No es adecuado que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional. (Del voto del doctor Petracchi).

—El derecho a la privacidad y a la libertad de conciencia es aquel que asegura que todo habitante de la Nación goce del derecho de ser dejado a determinación autónoma de su conciencia, cuando toma las decisiones requeridas para la formulación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye intromisión externa, y más aún si es coactiva. El orden jurídico debe, pues, por imperio de la Constitución Nacional, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes de vida no se vea frustrado. (Del voto del doctor Petracchi).

—Concebido el conjunto de derechos y garantías constitucionales como un sistema de la libertad individual, resulta evidente: "para todos los hombres sensatos de la comunidad" el conflicto entre el artículo 64 de la ley 2.393 y el derecho a casarse según las leyes, que integra ese sistema constitucional. Ello así, pues dicha reglamentación altera el derecho a casarse al transformarlo en una excepción absoluta dentro del orden constitucional, y máxime cuando esa excepcionalidad consiste en que sólo puede ejercérselo una vez, cualesquiera sean las causas que lleven a la frustración de un ejercicio anterior del mismo derecho. (Del voto del doctor Petracchi).

3.4.2. En la causa BAZTERRICA (Ed. Nº 6.579-26-9-86) en fallo dividido, la Corte descalificó como inconstitucional la norma penal que al incriminar la tenencia de droga para uso personal invade la zona reservada a la privacidad porque sanciona conductas que no proyectan

ofensa ni peligro al orden, a la moral pública ni a derecho ajenos. Dijo la mayoría:

"Si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecte a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo, ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada...

El orden jurídico debe, por imperio de la constitución asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales no se vea frustrado (Petracchi)...

El artículo 19 C.N. establece el deber del Estado para garantizar y por esta vía promover el derecho de los particulares a diagramar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo mediante la consagración del orden y la moral pública igual derecho de los demás (Petracchi).

Los jueces de la Corte asumen con claridad un papel interviniente en el proceso de sustitución de un modelo autoritario de ejercicio del poder con tácticas democratizadoras que reconocen y alimentan el pluralismo, la convivencia de ideas y de prácticas sociales distintas y diferenciadas pero merecedoras todas ellas de idéntico respeto. El fallo contiene una interpretación del artículo 19 de la C.N. que amplía su alcance y le atribuye nuevos sentidos que pueden proyectarse a otros espacios de la vida social a partir de la importantísima distinción entre moral pública, y moral privada entendiendo como incluidos en el ámbito de la segunda "a los actos propios que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección esté interesada la comunidad toda".

Estas caracterizaciones enunciadas por quienes están dotados de la máxima autoridad para producir sentidos normativos tienen consecuencias multiplicadoras: al interior del Poder Judicial como institución y en su carácter de referencia y pauta valorativa hacia la comunidad en su conjunto.

Hemos sostenido en diversos trabajos⁸ que el modo peculiar en que lo jurídico impone su presencia en la estructura social se revela en sus efectos. Se trata de una

operación discursiva, esto es, un trabajo social que dota de sentidos a materias significantes. En este proceso el encuentro con el orden de lo ideológico y con el poder es inevitable.

"Nada es ajeno al sentido en el funcionamiento de una sociedad; el sentido está en todas partes. También lo ideológico y el poder están en todas partes. Dicho de otro modo: todo fenómeno social puede ser leído en relación con lo ideológico y con el poder... Al mismo tiempo afirmar que lo ideológico y el poder están en todas partes es radicalmente distinto a decir que todo es ideológico o que todo se reduce a la dinámica del poder. Dentro de la red semiótica se entrecruzan sistemas heterogéneos de determinación. 'Ideológico y poder' remiten a dimensiones de análisis de los fenómenos sociales y no a 'cosas' o 'instancias' que tendrían un lugar en la topografía social".⁹

3.4.3. En la causa PORTILLO (E.D. Nº 7.256/57-7 y 8/6/89) la Corte acoge parcialmente con criterio brillante e innovador la objeción de conciencia para los deberes militares. En su entusiasta comentario sostiene Bidart Campos:

"...es un fallo llamado a hacer historia y coloca a nuestro máximo Tribunal Judicial a la altura de las valoraciones universales en temas tan delicados como la libertad de conciencia de los objetores y el de los deberes a cuyo cumplimiento obsta la objeción de conciencia... Alcanza el nivel de las decisiones más importantes que registran sus anales jurisprudenciales".

Más adelante comenta: *"... Leemos en el fallo Portillo: si no hay derechos absolutos tampoco hay obligaciones absolutas. ¿Por qué la del artículo 21 C.N. habría de ser absoluta? ¿Acaso porque una militarización de nuestras mentes nos hace reverenciar a las armas más que a la persona humana, más que a la conciencia moral y religiosa del hombre?..."*

El artículo 21 no tiene el privilegio de desgajarse ni desglosarse del complejo de normas en el que ni los derechos que limitan a los deberes ni los deberes que limitan a los derechos son absolutos... con hacer lo que hizo la mayoría obtiene el resultado objetivamente justo a que la sentencia llega: ni fulminar de inconstitucionalidad a la legislación sobre servicio militar, ni aplicarla tan inexorablemente que ante su rigor se esfumen y eclipsen derechos personales de indudable arraigo constitucional, del

mismo arraigo constitucional que tiene el deber del famoso artículo 21... No hay por qué alergizarse ante un fallo de la Corte que admite la objeción de conciencia en materia de deber militar, ni por qué suponer que se perfora peligrosamente el sistema defensivo, ni que se le injertan desde afuera excepciones que ni la Constitución ni la ley consienten o contienen. ¿Y quiénes se eximen del servicio militar por número bajo? ¿Esa excepción del azar no molesta a nadie, y molesta una tan respetable, tan universal, tan digna, tan necesaria, y tan constitucionalmente fundada como la objeción de conciencia? No es menester que expresamente la contemple la Constitución. Menos todavía la ley. Sale holgadamente de la Constitución bien interpretada, como la acaba de interpretar la Corte. Como salió el amparo. Como salió la arbitrariedad de sentencia. Sólo los positivistas legalistas y normólogos, que todo lo tienen que tener escrito de antemano en las normas, pueden sentir escozor ante una Corte que con jurisprudencia ágil lee entre líneas en la Constitución y en sus silencios, moviliza los derechos implícitos, coordina coherentemente las normas constitucionales, ordena jerárquicamente los derechos, los valores, los deberes, evita desembocar en inconstitucionalidades inútiles, y hace de la Constitución un instrumento apto para dignificar la convivencia social, tutelar y promover la dignidad de la persona humana, alcanzar el entendimiento societario, conseguir en cada caso la mejor solución posible y preferible según su circunstancia."

Huelga resaltar la coincidencia entre el planteo de Bidart Campos respecto de este pronunciamiento y lo que se viene sosteniendo en este trabajo de manera más general. Pero resulta oportuno añadir una consideración.

Es precisamente en el ámbito de una obligación relativa al servicio militar en el que la Corte construye una teoría innovadora en relación con el problema del carácter absoluto de las obligaciones. En la lógica de la transición la importancia política de lo decidido supera lo ordinario, no sólo por los límites que impone sino por la jerarquía que reconoce a las creencias individuales y a las libres convicciones.

3.4.4. En la CAUSA 32.154 (ED. Nº 7.304-15/8/89) la Corte por mayoría resolvió una ardua cuestión de derecho penal, declarando inconstitucional una norma incriminatoria de un delito por considerar irrazonable la sanción penal correspondiente.

La inconstitucionalidad resulta de la desproporción de la pena en relación con la conducta delictuosa a la cual se adjudica. Al hacerlo ha rejerarquizado los bienes jurídicos tutelados.

La circunstancia de que al acusado se le haya aplicado el art. 38 del decreto-ley 6.852/58, cuya sanción mínima excede notoriamente a la correspondiente a igual delito perpetrado sobre todos los demás objetos muebles (art. 166, Cód. Penal) y que también es más grave que la pena establecida para el homicidio simple (art. 79, Cód. Penal), donde se protege como bien jurídico la vida humana que es condición necesaria para el goce de todos los derechos garantidos por la Constitución y las leyes, pone de relieve un ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional—fundado en los artículos 28 y 33, Ley Fundamental— a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado, por lo que corresponde se dicte un nuevo pronunciamiento con prescindencia del art. 38 cit., cuya inconstitucionalidad se declara. (Del voto de los doctores Bacqué, Petracchi y Fayt).

Y uno de los Ministros agregaba:

"Las normas de carácter penal dictadas por un gobierno de facto tienen un carácter espurio, pues reconocer a un hombre o a un grupo de hombres amplias facultades legislativas es incompatible con la vigencia de la Constitución, instrumento que ha sido dado para regular y garantizar las relaciones y derechos de los hombres que viven en la República; de allí la invalidez del art. 38 del decreto-ley 6.582/58. (Del voto del doctor Fayt)"

Con su decisión la Corte subraya el carácter subordinado de la legislación penal, cuya legitimidad depende de su adecuación constitucional y de que sus prescripciones guarden correspondencia con otras prohibiciones y con otros castigos. Explicitar estos principios está muy lejos de resultar obvio en un país que durante largos años se vio sometido al terrorismo de Estado y a la ausencia de todo control jurisdiccional sobre el poder represivo ejercido en nombre de "los valores de la tradición nacional" y "de la dignidad del ser argentino". ("Acta fijando el propósito y los objetivos básicos para el proceso de reorganización nacional", 24-III-76).

Es una sentencia que opera positivamente en la transición del autoritarismo a la democracia afirmando la priori-

dad de la vida humana sobre cualquier otro bien o posesión, al resaltar el valor de esa vida humana, condición necesaria para el goce de todos los demás derechos.

3.4.5. En la causa **REPETO, INES** (ED. 7.227/25/4/89) la Corte declaró inconstitucional normas de legislación de la provincia de Buenos Aires que prohibían a los extranjeros ejercer la docencia en establecimientos privados. Sostuvo que:

"toda distinción efectuada por vía reglamentaria entre nacionales y extranjeros y en lo que al goce de derechos reconocidos por la ley fundamental se halla afectada de una presunción de inconstitucionalidad—por lo cual quien pretenda defender su legitimidad deberá probar la existencia de 'un interés estatal urgente' y no simplemente que la medida adoptada es razonable."

3.4.6. En la causa **PONZETTI DE BALBIN** (Fallos 306-1982 año 1984) realizó un exhaustivo examen sobre la significación de la libertad de expresión y la de prensa, en toda sociedad democrática, reconociendo a la vez fundamental importancia al derecho a la intimidad. Criterios similares pueden encontrarse en los casos **Campillay** (ED. 118-305), **Costa** (ED. 123-128). Frente al problema de diversos y disímiles valores en disputa—si bien no existió unanimidad con excepción del primer pronunciamiento—primó el derecho a la intimidad, al honor y a la dignidad, no obstante el relevante valor atribuido a la libertad de información.

3.4.7. Precedentemente se han revisado pronunciamientos del Alto Tribunal, se afirmó su trascendencia ejemplificadora y la influencia que ejerce sobre las decisiones de los Tribunales Inferiores.

Excede la posibilidad de estas líneas un análisis de estas últimas pero nos parece indispensable un breve comentario sobre el fallo dictado por la C. Fed. de La Plata, sala III in re **GIMENEZ, Domingo** (ED. Nº 7.130/6-12-88). La sentencia es ineludible por la claridad con que el Camarista que vota en primer término, Dr. Leopoldo Schiffrin, caracteriza el papel del derecho en una etapa de transformaciones; por la firmeza con que se aborda el tema de los intereses colectivos o difusos, y por fin por el modo innovador con que se ejerce la función judicial, más allá de la decisión que afecta a las partes en el litigio y con el propósito de proteger a terceros no involucrados en el caso.

En su comentario dice Germán Bidart Campos:

"Valiosísimo, lúcido y laudable en alto grado el presente fallo. Quizás algunos no atisben en él más que un doloroso problema individual: el de la muerte de una niña que se ahogó en una acumulación artificial de agua en un terreno del Ejército donde una firma concesionaria había realizado excavaciones. El Estado fue condenado a reparar daños por culpa (concurrente con los actores y la víctima, aunque en proporción distinta); tal el efecto que denominaríamos 'inter partes' del decisorio. Pero lo más atrayente radica en qué el tribunal intima al mismo Estado a cercar el lugar del foso ácueo con una altura no menor de dos metros, con material o con alambre tejido sujetado a postes, para aislar totalmente el sitio y prevenir peligros futuros; aquí aparece la protección social proyectándose a terceros que pueden sufrir riesgos similares al que ocasionó la muerte por asfixia de la menor. El tribunal se reserva el derecho de inspección para verificar el cumplimiento de esta parte intimatoria de su sentencia, y obliga a la municipalidad del lugar a informarle periódicamente en forma permanente sobre el estado del cercamiento ordenado.

Larguísimo habría de ser un comentario adecuado a la calidad y categoría del pronunciamiento. Nos limitaremos a poner de relieve la sensibilidad y el realismo jurídico con que en él se ha tomado el toro por las astas. No basta reparar daños, hay que prevenirlos. El poder judicial debe un acompañamiento valioso a la sociedad para velar anticipadamente por sus intereses —en este caso, por sus vidas, por su salud. Lo acaba de señalar Augusto Mario Morello en brillante nota a este mismo fallo ("Función preventiva del derecho de daños", JA, N° 5587, 28/IX/1988, p. 23). Hay en el caso una tutela eficaz, y adelantada al perjuicio ocasional, en torno de los llamados intereses difusos que, como bien reproduce en cita el decisorio, son intereses respecto de los cuales los sujetos son titulares de las distintas porciones de un mismo interés común o compartido. No es superfluo advertir que, en el caso, ese interés común se anuda subjetivamente en cada uno de los que toman parte en él con el derecho a la vida y a la salud, amenazados de peligro frente a un ámbito donde la acumulación de agua hace potencialmente posible que caigan una o más personas.

Los intereses difusos —y los colectivos, que merecen en la sentencia un sutil perfil distintivo— ya se van filtrando en la valoración de nuestros tribunales, cuando con realis-

mo se comprometen socialmente. Ello no los sustrae de su específica tarea de administrar justicia en 'cada caso' concreto y juzicable, pero dentro de ese perímetro los hace asumir la función social de la administración judicial con un matiz de sano y prudente activismo. Muestra elocuente de ello ofrece el voto meduloso del camarista Leopoldo Schiffrin. Nos congratulamos."

Antes de concluir este apartado resultan imprescindibles algunos párrafos del juez Schiffrin:

"La problemática de los intereses difusos y colectivos no es un divertimento doctrinario, una excentricidad que busca romper la monotonía de una situación consolidada y satisfactoria. El cultivo del derecho es un hontanar privilegiado que permite advertir rasgos profundos del fin de una época y los inicios de otra, cuyas nuevas fuerzas pugnan por abrir camino en la elaboración de nuevas instituciones y de una nueva autoconciencia personal y social: la concepción insular del individuo ha entrado en quiebra por las mutaciones gigantescas de la economía y de la sociedad actuales y por la tendencia —por cierto no unívoca— a representar en términos de solidaridad el tejido de intereses que antes se veían como átomos clausurados sometidos a choques caprichosos o dotados de una providencial armonía preestablecida según la visión pesimista u optimista de la que partiera."

"A fin de dar tutela a los llamados intereses colectivos y difusos se requiere en la técnica procesal nuevos conceptos de legitimación activa, recomendándose en algunos casos criterios pluralistas, en el cual una gama de agentes, como alguna figura de ombudsman y asociaciones intermedias, abogados públicos e inclusive particulares representativos, a través de las class actions —que en el derecho estadounidense neutralizan los efectos que produce en la res judicata la justiciabilidad de los intereses difusos— cumplan con la misión de promover la defensa de tales intereses."

"En el campo procesal en torno a la tutela de los intereses colectivos y difusos la novedad más trascendente la ofrece la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al reconocer en un antecedente, intereses legitimantes para dar lugar a una controversia justiciable por los tribunales federales, el indivisible que le asiste a cada uno de los integrantes de una comunidad caracterizada por el hecho de que la satisfacción de uno de los miembros implica por fuerza la satisfacción de todos."

4. Comentario final

4.1. La democracia como categoría explicativa

Hemos intentado mostrar que la legalidad cumple un rol positivo en la etapa inicial de la transición democrática a través de múltiples mecanismos de resignificación de normas, instituciones y prácticas, analizando diversas dimensiones: la de la producción legislativa, la de la producción de conocimientos jurídicos y la de la aplicación e interpretación del derecho.

Hemos admitido además que, al constituirse el derecho de las sociedades contemporáneas, en un poderoso discurso de legitimación, también los autoritarismos recurren a él. Pero planteamos diferencias sustanciales sobre las que es preciso volver.

Recurso ideológico de las dictaduras, el derecho es, en cambio, una demanda ineludible del fundamento racional de la organización democrática, porque presupone una coexistencia social basada en el acuerdo libre y voluntario de sujetos iguales. En esta problemática se instalan las modernas corrientes filosóficas que proponen el modelo de una situación ideal de diálogo o interacción comunicativa, cuyo exponente paradigmático es Habermas.¹⁰ Antes, Perelman habían recurrido a la idea de "auditorio universal" y Tammelo a la de "foro de la razón". Se parte de la convicción de que en un discurso ideal, los juicios individuales de quienes argumentan, conducen generalmente a un acuerdo, si éstos actúan verazmente, libres de prejuicios, con competencia y racionalidad.

Entre nosotros, Carlos S. Nino ha formulado desarrollos originales que merecen mencionarse, aun de manera extremadamente reductiva. Para este autor, la discusión moral está dirigida a obtener consenso acerca de los principios que fundamentan acciones e instituciones. Cuando, por cualquier razón, el consenso no es alcanzado y es preciso adoptar una decisión, se acude a la regla de la simple mayoría. De esta manera la democracia se presenta como sucedáneo del discurso moral. Como es un procedimiento imperfecto, porque siempre supone un apartamiento del modelo ideal consensual, su capacidad justificatoria es sólo *prima facie*; las soluciones que provee son revocables, si ellas suponen anular los prerequisites para que el discurso ideal subsista. Ello explica que la democracia esté limitada por una serie de derechos básicos (derechos humanos).

La controversia racional permite conocer las razones morales, permite el acceso a la verdad en materia moral, siempre que se maximicen las oportunidades de debate libre, reflexivo e informado, con la participación del mayor número.

La democracia aparece así como portadora de un valor epistémico en cuanto supone el método adecuado para el discernimiento moral. La discusión libre y plural presupuesta en las decisiones de la autoridad democrática orienta al hombre hacia principios morales válidos. No se somete a una prescripción, se guía por una autoridad epistémica. Dice Nino:

"El origen democrático de una norma, nos proporciona razones para creer que hay razones para realizar el contenido de una norma. En proporcionarnos esas razones reside la superioridad moral de la democracia; ya que tenemos razones para creer que tenemos razones para hacer".¹¹

Una perspectiva distinta, no metafísica, antiesencialista pero que también señala el carácter prioritario y fundante del discurso democrático puede encontrarse en Ernesto Laclau.¹² Para este autor una sociedad es democrática, no en la medida en que postula la validez de un cierto tipo de organización social y de ciertos valores frente a otros, sino en la medida en que se niega a dar a su propia organización y a sus propios valores el estatuto de fundamento definitivo. Hay democracia en la medida en que existe la posibilidad de un cuestionamiento limitado. Ello supone un debilitamiento de la validez que se atribuye a todo valor, a cualquier organización y, en consecuencia, supone también ampliar el área de los juegos estratégicos y el campo de la libertad.

Al negar las identidades sustanciales, al postular la historicidad y la contingencia de lo social, se postula también que no hay otra fuente de lo social que las decisiones de los hombres en el trámite común, intersubjetivo, de construcción de sus propias identidades y de sus propias existencias.

Por nuestra parte creemos que las formas democráticas y los valores que ellas movilizan constituyen una adquisición histórica que es el producto material de los antagonismos que los hombres protagonizan en el proceso de alcanzar modelos de socialidad más justos, más libres, más humanos.

En todo caso, derecho y democracia aparecen articulados inescindiblemente.

4.2. Etapas diferentes

La hipótesis de este trabajo sostiene que el derecho, en un primer momento de la transición democrática, se alinea homogéneamente en la producción de sentidos aptos para legitimar el nuevo orden, actuando en consecuencia como instrumento unívoco.

No por ello, sin embargo, deja de ser un discurso de poder y en consecuencia un espacio privilegiado de la confrontación social. Así, de manera más o menos visible, en un tiempo más o menos corto, expresará el conflicto y perderá univocidad. Reflejará las pugnas de intereses y la tensión de las relaciones de poder, pero en un marco de racionalidad y de reconocimiento recíproco de los antagonistas. Lo que no es poco si se evocan los "años de plomo", que parecen hoy tan distantes.

Es la creencia en la perdurabilidad del pacto democrático, la condición para imaginar un nuevo orden que amplíe la libertad y valore la tolerancia, la pluralidad y el cambio. El derecho, al constituir a los sujetos, los interpela cotidianamente permitiendo que ellos se reconozcan como más autónomos, pero también como más solidarios y más responsables. Así, nuevas creencias, nuevas ficciones y nuevas ilusiones se abren camino para organizar un dispositivo de poder pertinente a un orden sin exclusiones, esto es, en el que todos puedan vivir. Para ello la democracia deberá radicalizarse, en el sentido de Lefort; trascender la legitimidad formal y cuestionar la "naturalidad del mercado".

La pretensión de naturalizar la vida social en la lógica del mercado es profundamente antidemocrática y de consecuencias letales en el proceso de transición.

El neo-conservadurismo reemplaza al ciudadano por el "usuario" con lo que consagra la exclusión. Se convoca a los individuos en nombre de la buena prestación de los servicios; se decreta el fin de las ideologías y se sustituye la razón política por la razón tecnocrática. La identidad sólo se adquiere en el mercado, como consumidor al menos. Quien no consume está excluido, pierde existencia. En una sociedad dividida y con bienes escasos, muchos serán irreconocibles, estarán negados, como consecuencia del "orden natural de las cosas". Si el plan se cumple la sociedad se habrá "modernizado" preservando su injusticia estructural, aunque ello se haga en nombre de la libertad, del individualismo, de la eficiencia y, en ocasiones, del pueblo.

Frente al reto del neoconservadurismo, es preciso radicalizar la democracia, en la construcción de nuevos sentidos, en la innovación, en el despliegue de horizontes utópicos que sirvan como guías de la acción.

De una acción humana que opere como praxis transformadora del mundo y de la vida.

Notas

¹ *Poder y orden. La estrategia de la minoría consistente en la conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*, Siglo XXI, España, 1986.

² "La democratización de la sociedad a merced de las ambigüedades del Estado de Derecho" en *Crítica Jurídica*, Nº 8, 1988.

³ "Teoría de la Justicia...", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 25, 1985.

⁴ "Hermeneútica y derecho", en *Anales...* Nº 25, 1985.

⁵ "Teoría del uso alternativo del derecho", de Lopez Calera y otros. La noción de pragmatognosis en la egología, etc.

⁶ Carrió, Nino, Malamud Gotti, Entelman, entre otros.

⁷ "La Corte Suprema...", en *El Derecho*, Nº 6.176, 15/2/85.

⁸ Entelman, Ricardo, "Discurso normativo y organización del poder". Cárcova, Carlos M., "Las funciones del derecho". Ruiz, Alicia, E.C., "Aspectos ideológicos del discurso jurídico".

⁹ Verón, Eliseo, "La semiótica social", en *El Discurso Político*, UNAM, Editorial Nueva Imagen. México, 1980.

¹⁰ Entre otros textos: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrotu, Buenos Aires y *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid (en especial en torno al concepto de legitimidad).

¹¹ Nino, Carlos: *Ética y Derechos Humanos*, ASTREA, 2da. ed, cap. IX; "El valor epistemológico de la democracia", trabajo mimeografiado; "Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas de facto", L. L. Tomo 1983-D.

¹² Véase: "Hegemonía y estrategia socialista". Londres. 1985; reportaje en *La Ciudad Futura*, Nº 13/14, 1988.

(Continúa y concluye en el Tomo 2)

Indice

Presentación.....	7
I Aspectos problemáticos del protagonismo jurídico en la transición democrática por Ricardo Entelman.....	9
II Los derechos humanos en la democracia por Oscar Correas.....	16
III El Derecho en la transición de la dictadura a la democracia por Eros Roberto Grau.....	29
IV La reconstrucción del Estado de Derecho en Argentina (1983-1989) por Enrique I. Groisman.....	40
V Transición y sujeto democrático por Lucía M. Aseff.....	54
VI Pensar la Argentina por Enrique Mari.....	65
VII El vientre de la democracia (la legitimidad desencantada) por Claudio Eduardo Martyniuk.....	77
VIII El derecho del trabajo mexicano en la transición política por Graciela Bensusan.....	85
IX Derecho y transición democrática por Alicia E. C. Ruiz y Carlos María Cárcova.....	97

TITULOS

Al lector

El *Centro Editor de América Latina* inició a principio de 1983 la publicación de una colección titulada *Biblioteca Política Argentina* como un aporte de la Editorial al proceso de reconstrucción democrática protagonizado por todos aquellos que se oponían y se habían opuesto a la dictadura del Proceso.

Desde entonces apareció periódicamente un volumen de una serie ininterrumpida de historias partidarias, testimonios políticos, grandes debates nacionales, investigaciones sobre temas socioeconómicos, educativos, demográficos, laborales, culturales. La colección ampliaba así, en lo nacional, el marco de una estrecha visión de lo político, publicando tanto los primeros trabajos de jóvenes científicos sociales que veían por primera vez editados sus trabajos de investigación, como las colaboraciones de autores reconocidos internacionalmente, presentando el más diverso espectro político, reflejo de un criterio de selección ajeno a todo tipo de censura.

A pesar de las muchas crisis económicas padecidas desde el 83 hasta nuestros días, cuando editar un libro a precios accesibles es un acto de heroicidad más que un hecho cultural socioeconómico, esta colección continuó publicándose casi regularmente.

Con este ejemplar llegamos al número 300; y es éste un hecho singular -no igualado editorialmente por otras colecciones de estas características-, que queremos rescatar para nuestro haber y para nuestros lectores como el logro más reciente de una Editorial cuyo lema fundacional fue y es "más libros para más".

Centro Editor de América Latina

1. *La primera presidencia de Yrigoyen*, Gabriel del Mazo
2. *La primera presidencia de Perón*, Hugo Gambini
3. *El Desarrollismo*, Julio E. Nosiglia
4. *Historia del socialismo argentino/1*, Jacinto Oddone
5. *La Democracia Cristiana*, Enrique Ghirardi
6. *El Partido Comunista*, Oscar Arévalo
7. *Historia de las Fuerzas Conservadoras*, Roberto Azaretto
8. *La izquierda nacional y el FIP*, Norberto Galasso
9. *Los nacionalistas*, María Inés Barbero y Fernando Devoto
10. *El Partido Demócrata Progresista*, Ricardo F. Molinas y Santiago F. Barberis
11. *Proteccionismo, liberalismo y desarrollo industrial*, José Panettieri
12. *El Partido Intransigente*, Julio E. Nosiglia
13. *Historia del socialismo argentino/2*, Jacinto Oddone
14. *Los Partidos Provinciales*, César L. Mansilla
15. *La crisis de 1930. I. Ensayos*, Etchepareborda, Ortiz y Orona
16. *La crisis de 1930. II. Testimonios*, Pinedo, Bagú, Sánchez Sorondo y otros
17. *Ley Sáenz Peña: pro y contra*, Honorio A. Díaz
18. *El Servicio Militar Obligatorio*, R. Rodríguez Molas
19. *Yrigoyen/1*, Roberto Etchepareborda
20. *Yrigoyen/2*, Roberto Etchepareborda
21. *Autoritarismo y democracia (1955-1983)*, Marcelo Cavarozzi
22. *Devaluaciones de la moneda (1822-1935)*, José Panettieri
23. *Las mujeres peronistas*, Estela dos Santos
24. *La diplomacia del petróleo (1916-1930)*, C.A. Mayo, O.R. Andino y F. García Molina
25. *Cámpora/Perón/Isabel*, Horacio Maceyra
26. *La presidencia de Illia*, Pedro Sánchez
27. *Fundadores del gramialismo obrero/1*, Oscar Troncoso
28. *Fundadores del gremialismo obrero/2*, Oscar Troncoso
29. *Las fuerzas de Centro*, César L. Mansilla
30. *Los sindicalistas en el gobierno, 1973-1976*, Juan Carlos Torre

31. *Alicia Moreau de Justo*, Mirta Henault
32. *Uriburu y Justo: el auge conservador*, María Dolores Béjar
33. *La presidencia de Alvear*, Beatriz Alonso
34. *Investigación a La Forestal*, Anacarsis L. Acevedo
35. *El drama de la democracia argentina*, José Luis Romero
36. *Política y clase obrera*, Torcuato S. Di Tella
37. *Argentina y Brasil en la integración continental*, Liborio Justo
38. *La Reforma Universitaria/1*, Alberto Ciria y Horacio Sanguinetti
39. *La Reforma Universitaria/2*, Alberto Ciria y Horacio Sanguinetti
40. *En tiempos de la república agropecuaria (1930-1943)*, Susana Pereira
41. *Rawson/Ramírez/Farrell*, Daniel Rodríguez Lamas
42. *Educación popular*, Héctor Félix Bravo
43. *Las primeras leyes obreras*, José Panettieri
44. *Partido Laborista: Estado y sindicatos*, Elena Susana Pont
45. "Proceso", *crisis y transición democrática/1*, Comp. Oscar Oszlak, y otros
46. *Divorcio y familia tradicional*, Ricardo Rodríguez Molas
47. *Eva Perón*, Libertad Demitrópulos
48. *De Frondizi a Alfonsín: la tradición política del radicalismo/1*, Marcelo Luis Acuña
49. *De Frondizi a Alfonsín: la tradición política del radicalismo/2*, Marcelo Luis Acuña
50. *La Semana Trágica*, Edgardo J. Bilsky
51. *La segunda presidencia de Perón*, Horacio Maceyra
52. *La segunda presidencia de Yrigoyen*, Gabriel del Mazo, Roberto Etchepareborda
53. *Los orígenes del movimiento obrero (1857-1899)*, Ricardo Falcón
54. *La presidencia de Frondizi*, Daniel Rodríguez Lamas
55. *Testimonios del precursor de Forja: Manuel Ortiz Pereira*, Norberto Galasso
56. *Ley 1420 (tomo 1)*, Gregorio Weinberg
57. *Ley 1420 (tomo 2)*, Gregorio Weinberg
58. *Orígenes del comunismo argentino*, Emilio J. Corbière
59. "Proceso", *crisis y transición democrática/2*, Comp. Oscar Oszlak y otros
60. *Las organizaciones sindicales y el poder militar (1976-1983)*, Alvaro Abós
61. *De Pellegrini a Martínez de Hoz: el modelo liberal*, Mario Rapoport
62. *Juan B. Justo y el socialismo*, Alicia Moreau de Justo

63. *Propuestas para el debate educativo en 1984*, Comp. Cecilia Braslavsky y Graciela G. Riquelme
64. *Lisandro de la Torre y los problemas de su época*, Pedro Siegler
65. *Democracia, orden político y parlamento fuerte*, Comp. Hilda Sábato y Marcelo Cavarozzi
66. *Raúl Scalabrini Ortiz y la penetración inglesa*, Norberto Galasso
67. *El proceso de reorganización nacional/1*, Oscar Troncoso
68. *Comportamiento y crisis de la clase empresaria/1*, Dardo Cúneo
69. *Comportamiento y crisis de la clase empresaria/2*, Dardo Cúneo
70. *La nueva izquierda argentina: 1960-1980. Política y violencia*, Claudia Hilb y Daniel Lutzky
71. *El debate sindical, nacional e internacional*, Julio Godio
72. *Viajeros del siglo XX y la realidad nacional*, Susana Pereira
73. *Testigos del proceso militar/1 (1976-1983)*, Emiliana López Saavedra
74. *Testigos del proceso militar/2 (1976-1983)*, Emiliana López Saavedra
75. *Carolina Muzilli*, José Armagno Cosentino
76. *Leandro N. Alem. El hombre de la multitud/1*, Alvaro Yunque
77. *Leandro N. Alem. El hombre de la multitud/2*, Alvaro Yunque
78. *Imperialismo inglés y liberación nacional*, Ernesto Giudici
79. *Perón y los medios de comunicación (1943-1955)*, Pablo Sirvén
80. *Agustín Tosco, conducta de un dirigente obrero*, Comp. J.O. Lannot, A. Amantea, E. Sguiglia
81. *Sabattini y la decadencia del Yrigoyenismo/1*, Roberto A. Ferrero
82. *Sabattini y la decadencia del yrigoyenismo/2*, Roberto A. Ferrero
83. *Universidad y peronismo (1946-1955)*, Carlos Mangone y Jorge A. Warley
84. *El peronismo de la derrota*, Unamuno, Bárbaro, Cafiero y otros
85. *De Vandor a Ubaldini/1*, Osvaldo Calello y Daniel Parceró
86. *De Vandor a Ubaldini/2*, Osvaldo Calello y Daniel Parceró
87. *Yo hice el 17 de octubre/1*, Cipriano Reyes
88. *Yo hice el 17 de octubre/2*, Cipriano Reyes
89. *Perón y el justicialismo*, Fermín Chávez
90. *La Vanguardia: selección de textos (1894-1955)*, Comp. R. Reinoso

91. *Historia del trotskismo argentino (1929-1960)*, Osvaldo Coggiola
92. *Los derechos humanos en la democracia*, Comp. A. Bruno, M. Cavarozzi, V. Palermo
93. *Estilo de gobierno y crisis política (1973-1976)*, Victoria Itzcovitz
94. *Derecho burgués y derecho obrero*, Joaquín Coca
95. *La ideología oligárquica y el terrorismo de Estado*, José G. Vazeilles
96. *El general Uriburu y el petróleo*, F. García Molina, Carlos A. Mayo
97. *La F.O.R.A. y el movimiento obrero/1 (1900-1910)*, Edgardo J. Bilsky
98. *La F.O.R.A. y el movimiento obrero/2 (1900-1910)*, Edgardo J. Bilsky
99. *John William Cooke y el peronismo revolucionario*, Ernesto Goldar
100. *Las Malvinas: de la guerra "sucias" a la guerra "limpia"*, León Rozitchner
101. *Las huelgas de Santa Cruz (1921-1922)*, Susana Fiorito
102. *Manuel Gálvez: 60 años de pensamiento nacionalista*, Mónica Quijada
103. *Los estudiantes universitarios y la política (1955-1970)*, Carlos A. Ceballos
104. *Mario Bravo, poeta y político*, Dardo Cúneo
105. *Estado, crisis económica y poder militar (1880-1981)*, Hugo Quiroga
106. *"Bandera proletaria": selección de textos (1922-1930)*, Comp. R. Reinoso
107. *El grito de Alcorta*, Plácido Grela
108. *Participación política y pluralismo en la Argentina contemporánea*, Ariel H. Colombo y Vicente Palermo
109. *La Argentina exiliada*, D. Parceró, M. Helfgot y Diego Dulce
110. *La Iglesia y la cuestión Social (1874-1910)*, Héctor Recalde
111. *Informe Bialet-Massé/1, sobre el estado de las clases obreras argentinas a comienzos del siglo*
112. *A cien años de la Ley 1420*, Comp. Héctor F. Bravo
113. *Las prácticas sociales del sindicalismo (1976-1982)*, A. Fernández
114. *La caída de Perón/1 (de junio a setiembre de 1955)*, Julio Godio
115. *La caída de Perón/2 (de junio a setiembre de 1955)*, Julio Godio
116. *Informe Bialet-Massé/2 sobre el estado de las clases obreras argentinas a comienzos del siglo*
117. *La Revolución Libertadora*, Daniel Rodríguez Lamas
118. *Deporte, violencia y política (crónica negra 1958-1983)*, Amílcar G. Romero
119. *La generación del 80 y el proceso militar*, Gabriel Montergous
120. *Informe Bialet-Massé/ sobre el estado de las clases obreras argentinas a comienzos del siglo*
121. *El obrero: Selección de Textos*, Víctor O. García Costa.
122. *El Proceso de Reorganización Nacional/2*, Oscar Troncoso.
123. *Raíces históricas de la dependencia Argentina/1*, Leonardo Paso.
124. *Los nuevos movimientos sociales/1, Mujeres. Rock Nacional*. Compiladora: Elizabeth Jelin.
125. *Los nuevos movimientos sociales/2. Derechos Humanos. Obreros. Barrios*. Compiladora: Elizabeth Jelin.
126. *Raíces históricas de la dependencia Argentina/2*, Leonardo Paso.
127. *Las organizaciones de Derechos Humanos*, Raúl Veiga.
128. *El gobierno de Onganía. Crónica*, Gerardo Bra.
129. *Los orígenes conflictivos de la seguridad social argentina*, Ernesto A. Isuani.
130. *Vida cultural e intelectuales en la década de 1930*, Jorge A. Warley.
131. *Yrigoyen, Sandino y el panamericanismo*, Luis C. Alen Lascano.
132. *La política agraria peronista (1943-1983)/1*, Mario J. Latuada.
133. *El trotskismo en la Argentina (1960-1985)/1*, Osvaldo Coggiola.
134. *La política agraria peronista (1943-1983)/2*, Mario J. Latuada.
135. *El trotskismo en la Argentina (1960-1985)/2*, Osvaldo Coggiola.
136. *IAP: auge y decadencia*, Susana Novick.
137. *Perón, tal como fue/1* Enrique Pavón Pereyra.
138. *Perón, tal como fue/2*, Enrique Pavón Pereyra.
139. *Desocupación y conflictos laborales en el campo argentino (1940-1965)*, Humberto Mascali.
140. *La Internacional socialista en la Argentina/1*, Julio Godio.
141. *La Internacional socialista en la Argentina/2*, Julio Godio.
142. *Ideologías de los grupos dirigentes sindicales. 1966-1973/1*, Arturo Fernández.
143. *Política municipal y participación*, Bibiana del Brutto.
144. *Ideologías de los grupos dirigentes sindicales 1966-1973/2*, Arturo Fernández.
145. *El fenómeno insurreccional y la cultura política. 1969-1973*, María Matilde Ollier.
147. *Alfredo L. Palacios/1 Un socialismo argentino y para la Argentina*, Víctor O. García Costa.
148. *Alfredo L. Palacios/2 Un socialismo argentino y para la Argentina*, Víctor O. García Costa (Volumen especial).

151. *Las inversiones extranjeras en la Argentina (1860-1914)*, Andrés Martín Regalsky
152. *Matrimonio civil y divorcio*, Héctor Recalde.
153. *El mundo del trabajo urbano (1890-1914)*, Ricardo Falcón.
154. *Estudiantes secundarios: sociedad y política*, Rubén Berger-Eduardo Hecker-Ariel Schiffrin.
155. *Capitalismo de Estado (1927-1956)*, María del Carmen Anueira-Alicia del Carmen Tonini.
156. *Censura, autoritarismo y cultura: Argentina 1960-1983/1*, Andrés Avellaneda. (Volumen especial).
157. *Peronismo y bonapartismo (1943-1945)*, Osvaldo Calello. (Volumen simple).
158. *Censura, autoritarismo y cultura: Argentina 1960-1983/2*, Andrés Avellaneda. (Volumen especial).
159. *Villamisera: origen, erradicación y respuestas populares*, Marta Bellardi-Aldo De Paula.
160. *El "Sindicalismo Revolucionario" (1905-1945)*, Selección de textos, Hugo del Campo.
161. *Archivo del General Uriburu: Autoritarismo y ejército/1*, Fernando García Molina-Carlos A. Mayo.
162. *Archivo del General Uriburu: Autoritarismo y ejército/2*, Fernando García Molina-Carlos A. Mayo.
163. *Federico Pinedo: Teoría y práctica de un liberal*, Antonio Angel Cirigliano.
164. *Yrigoyenismo y antipersonalismo*, Luis C. Alen Lascano.
165. *Coparticipación federal y descentralización del estado*, Pedro Pérez.
166. *La Reforma Constitucional en el Siglo XX*, Miguel Unamuno-Rubén Bortnik.
167. *La juventud argentina: Informe de situación*, Cecilia Braslavsky.
168. *Reforma agraria y liberación nacional*, José María García.
169. *Perón y la Iglesia (1943-1955)/1*, María José Lubertino Beltrán. (Volumen simple).
170. *Perón y la Iglesia (1943-1955)/2*, María José Lubertino Beltrán. (Volumen).
171. *Re-visión de la escuela actual*, Inés Aguerrondo.
172. *Los cambios en la sociedad política (1976-1986)*, Compilador: Daniel R. García Delgado.
173. *Las universidades católicas*, Norberto Baruch Bertocchi.
174. *Luciano F. Molinas, un ejemplo civil*, Santiago F. Barberis.
175. *La F.O.R.A. en el movimiento obrero/1*, Antonio López.
176. *La F.O.R.A. en el movimiento obrero/2*, Antonio López.
177. *Desencanto político transición y democracia*, Fabián Echeagaray-Ezequiel Raimondo.
178. *Movimiento villero y Estado. (1966-1976)*, Patricia Dávolo-Marcela Jabbaz-Estela Molina.
179. *Del golpe de estado de 1943 al de 1955/1*, Leonardo Paso.
180. *Del golpe de estado de 1943 al de 1955/2*, Leonardo Paso.
181. *Reflexiones sobre política educacional (Aporte al Congreso Pedagógico)*, Héctor Félix Bravo.
182. *Movimientos sociales y democracia emergente/1*, Compiladora: Elizabeth Jelin.
183. *Movimientos sociales y democracia emergente/2*, Compiladora: Elizabeth Jelin. (Volumen simple).
184. *Rafael Barret, Anarquismo y denuncia, Selección de Textos* Jorge A. Warley.
185. *El primer Congreso Pedagógico/1 (1882)*, Héctor Recalde.
186. *El primer Congreso Pedagógico/2 (1882)*, Héctor Recalde.
187. *Política agraria del liberalismo-conservador, 1946-1985*, Mario J. Lattuada.
188. *Aristóbulo del Valle en los orígenes del radicalismo*, Olga N. Bordi de Ragucci.
189. *El periódico "CGT" (1932-1937)*, Compilador: Roberto Reinoso.
190. *Los socialistas independientes/1*, Horacio Sanguinetti.
191. *Los socialistas independientes/2*, Horacio Sanguinetti.
192. *Archivo del General Justo: La Presidencial/1, Selección de Documentos*, Fernando García Molina y Carlos A. Mayo.
193. *Archivo del General Justo: La Presidencial/2, Selección de documentos*, Fernando García Molina y Carlos A. Mayo.
194. *Dinámica migratoria argentina (1955-1984): Democratización y retorno de expatriados/1*, Coordinado por Alfredo E. Lattes y Enrique Oteiza. Asesoramiento de Jorge Graciarrena.
195. *Dinámica migratoria (1955-1984), Democratización y retorno de expatriados/2*, Alfredo E. Lattes y Enrique Oteiza.
196. *Capitales extranjeros y grupos dominantes argentinos/1 (Análisis Histórico y Contemporáneo)*, Naúm Minsburg.
197. *Capitales extranjeros y grupos dominantes argentinos/2 (Análisis Histórico y Contemporáneo)*, Naúm Minsburg.
198. *El marxismo de Enrique del Valle Iberlucea*, Emilio J. Corbière.
199. *La evolución del consumo alimenticio en la Argentina (1974-1984). (Un Estudio Empírico)*, Pierre Osüguy y Warwick Armstrong.
200. *Textos y documentos del autoritarismo y los argentinos - La hora de la espada/1 (1924-1946)*, Alicia García y Ricardo Rodríguez Molas.
201. *Textos y documentos del autoritarismo y los argentinos - La hora de la espada/2 (1924-1946)* - Alicia García y Ricardo Rodríguez Molas.
202. *Textos y documentos del autoritarismo y los argentinos - La hora de la espada/3 (1924-1946)* - Alicia García y Ricardo Rodríguez Molas.
203. *El Estado Justicialista/1*, Javier Slodky.
204. *El Estado Justicialista/2*, Javier Slodky.
205. *Ensayos sobre la crisis política argentina/1*, Compilador: Julio Pinto.
206. *Ensayos sobre la crisis política argentina/2*, Compilador: