

REVISTA

DE LA ESCUELA DEL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO



ESCUELA DEL
CUERPO DE
ABOGADOS DEL
ESTADO



Procuración del Tesoro
Presidencia de la Nación

REVISTA DE LA ESCUELA DEL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO



ESCUELA DEL
CUERPO DE
ABOGADOS DEL
ESTADO



Procuración del Tesoro
Presidencia de la Nación

ÍNDICE

DISCURSO DE APERTURA DEL CICLO LECTIVO 2019 – ESCUELA DEL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO – PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN – Por Alfonso Santiago (h).....6

ROUSSEAU: EL MANUSCRITO DE GINEBRA, NÉMESIS DEL CONTRATO SOCIAL - Por Horacio Maidana.

<i>I.- Clásicos y contemporáneos.....</i>	<i>20</i>
<i>II.- El extraño caso del Contrato Social y el Manuscrito de Ginebra.....</i>	<i>25</i>
<i>a) La primera pregunta ¿Por qué Rousseau no publicó el manuscrito?.....</i>	<i>25</i>
<i>b) La segunda pregunta ¿Por qué eliminó el capítulo segundo?.....</i>	<i>29</i>
<i>III.- La falacia de la "sociedad general del género humano".....</i>	<i>33</i>
<i>a) La idea de una "sociedad general del género humano".....</i>	<i>33</i>
<i>b) La tesis de Rousseau sobre la "sociedad general".....</i>	<i>35</i>
<i>c) Las relaciones humanas en la barbarie.....</i>	<i>39</i>
<i>d) La inasible edad de oro.....</i>	<i>43</i>

EL CABILDO ABIERTO DEL 22 DE MAYO DE 1810. CONTRAPUNTOS ENTRE LOS PRIMEROS ABOGADOS DEL ESTADO. SUS IMPLICANCIAS EN NUESTROS DÍAS - Por Agustín Bonaveri.

<i>I.- Introducción a los días de mayo.....</i>	<i>48</i>
<i>II.- La importancia del Cabildo. Relevancia jurídica.....</i>	<i>50</i>
<i>III.- Los votos y las ideas jurídicas que los sustentan.....</i>	<i>51</i>
<i>IV.- De dónde venimos y hacia dónde vamos en la Abogacía del Estado.....</i>	<i>54</i>

LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA ACTIVIDAD DIARIA DEL ABOGADO DEL ESTADO - Por Orlando Daniel Pulvirenti.

<i>I.- Introducción (un Derecho en cambio, un abogado atento).....</i>	<i>58</i>
<i>1.- El actuar del abogado del Estado.....</i>	<i>62</i>
<i>2.1.- Rol del dictaminante.....</i>	<i>62</i>
<i>2.2.- Rol del litigante.....</i>	<i>66</i>
<i>3.- Conclusiones.....</i>	<i>69</i>

REFLEXIONES ACERCA DE LA IMPORTANCIA DE SER FUNCIONARIO PÚBLICO Y LA MÍSTICA DEL SERVICIO - Por Víctor Malavolta y Liliana Méndez.....72

EL ABOGADO, EL CONFLICTO, LA LEY Y LA EFICACIA - Por Lautaro Ezequiel Pittier

<i>I.- Introducción.....</i>	<i>78</i>
<i>II.- Desarrollo.....</i>	<i>78</i>
<i>III.- A modo de conclusión.....</i>	<i>80</i>

NOTAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA - Por Horacio Vaccarezza.....82

<i>I.- Los pronunciamientos jurisdiccionales como intercambio comunicacional.....</i>	<i>84</i>
<i>II.- El mito de la subsunción.....</i>	<i>84</i>
<i>III.- La función dialéctica de la jurisprudencia.....</i>	<i>85</i>
<i>IV.- El valor del debate.....</i>	<i>86</i>
<i>V.- El paternalismo ideológico.....</i>	<i>87</i>

VI.- Potestad estatal y ciencia infusa.....88
VII.- La Jurisprudencia con mayúscula.....89

**DISCURSO DE APERTURA DEL CICLO LECTIVO 2019
ESCUELA DEL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO
PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN**

Por el Dr. Alfonso Santiago (h)

Señor Procurador del Tesoro de la Nación, Dr. Bernardo Saravia Frías,
Señores Subprocuradores del Tesoro de la Nación, Dr. Miguel Bóo y Dra. Teresa
Gianelli.

Señor Director de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, Dr. Horacio
Vaccarezza.

Señora Subdirectora de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, Dra. María
Cecilia Recalde.

Señores Directores Nacionales y Generales aquí presentes.

Autoridades militares.

Distinguidos colegas integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado.

Estoy muy contento, honrado y agradecido por haber sido invitado a exponer en este acto de inicio de las actividades de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE). La simple enunciación de su nombre nos habla de la trascendente misión que tiene encomendada la Escuela: ser el ámbito específico de formación profesional de quienes integran el Cuerpo de Abogados del Estado, de quienes tienen a su cargo la defensa del orden constitucional, del orden jurídico, del interés público, de las “justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”, como reza el artículo 32 de la CADH, de cuya firma se cumplen en estos días sesenta años.

Teniendo en cuenta la relevancia de esta misión que tiene asignada la abogacía estatal, el buen gobierno de un país llevaría a asignar a esta tarea a buena parte de los mejores talentos jurídicos, a aquellos abogados que más destaquen por sus condiciones personales, éticas y preparación jurídica y brindarles a todos ellos aquella formación específica para que puedan desempeñar adecuadamente tan relevante cometido. Por su misión, por la complejidad y trascendencia de su

actuación, el Estado es, sin lugar a dudas, la organización más importante, compleja y diversa de todo el sistema político y, en su operación y defensa, hay que convocar y formar a los mejores talentos disponibles.

Desde su rol específico, en posible coordinación con el sistema universitario argentino, le corresponde a la ECAE la formación del abogado de Estado, especie profesional perteneciente al género de hombres y mujeres de Estado. Son mujeres y hombres de Estado aquellas personas, ciudadanos y funcionarios que tienen al Estado, a la comunidad política, en su cabeza y en su corazón. En su cabeza, porque lo conocen en su estructura y su organización política y jurídica, porque comprenden su dinamismo a través de su historia y de los complejos problemas y desafíos a los que se enfrenta en cada momento, tanto a nivel nacional como regional y global y también porque cuentan con la formación adecuada para su defensa, promoción y desarrollo. Pero son fundamentalmente mujeres y hombres de Estado quienes llevan al Estado en su corazón, lo que se traduce en el compromiso personal y profesional con el bien común político, con el respeto y servicio a la dignidad de cada persona humana, de cada ciudadano, de cada administrado al que sirven con su trabajo diario. Parafraseando a Weber, podemos decir que son auténticos abogados de Estado quienes convierten esa profesión jurídica en auténtica vocación, porque no sólo viven de ella, sino fundamentalmente para ella. Así como Demóstenes decía *“dadme un hombre apasionado y haré de él un orador”*, nosotros podemos afirmar: *“dadme un abogado comprometido a fondo con su país y haré de él un genuino abogado de Estado”*.

Este compromiso personal con el bien común los llevará a crear y desarrollar una doctrina jurídica propia, con sólidos fundamentos, que esté al servicio de un poder estatal que sea a la vez eficaz y controlado y que asuma con diligencia y eficacia la defensa jurisdiccional del Estado, cada vez que él sea llevado ante los tribunales. El Estado ha de ser una organización ágil, inteligente, bien defendida, que cuida con esmero los bienes y recursos públicos, fruto del esfuerzo y los aportes de todos los ciudadanos. Por su propia naturaleza, ha de ser política y jurídicamente superior a todos los demás sectores sociales que lo integran y a los contrapoderes que se le oponen. Ningún interés sectorial debería poder desafiar con éxito a quien es el genuino y legítimo representante del bien común político.

Quisiera aprovechar la oportunidad que se me ha dado al disertar en esta clase inaugural de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, para compartir con ustedes algunas reflexiones acerca de tres conceptos fundamentales que están llamados a iluminar la tarea del Estado y de sus agentes en nuestros días. Esos tres conceptos que he elegido son el de políticas públicas, el de dignidad de la persona humana y el del ejercicio del poder público concebido en clave de servicio.

El concepto de políticas públicas ha irrumpido con fuerza en el escenario académico de nuestros días y hoy ocupa un lugar destacado en la ciencia política, la administración pública, la economía, la sociología y la comunicación. Se podría decir que es el nuevo paradigma conceptual en el que se enmarca la actuación estatal en nuestro tiempo. Sin embargo, parecería que la ciencia jurídica, en particular el Derecho Público, no le ha prestado aún la debida atención.

Las políticas públicas no representan otra cosa que el Estado de nuestros días en acción ordenada y coordinada, buscando alcanzar los fines que la Constitución y la propia realidad social le demandan, mediante la obtención de bienes públicos mensurables, de calidad y al alcance de todos los ciudadanos.

La política pública es la acción articulada entre los órganos de gobierno, los organismos administrativos, las organizaciones de la sociedad civil y el sector productivo para el logro de los bienes públicos en beneficio de las personas y grupos sociales que conforman la comunidad política. Por ello, la participación de todos estos actores en la gestación, ejecución, disfrute y control de las políticas públicas, resulta hoy más que nunca imprescindible.

Se distinguen cuatro momentos distintos en la dinámica o ciclo de una determinada política pública:

- 1) su incorporación a la agenda de gobierno, basada en las demandas sociales o en la decisión gubernamental de encarar un determinado problema o desafío;
- 2) el diseño de la política pública, con la definición de los objetivos concretos y mensurables que se pretende conseguir, los medios que se emplearán, los actores involucrados y las acciones que se pretende poner en marcha de modo coordinado y la evaluación previa de su impacto y de su costo/beneficio, que demuestre en sede legislativa o administrativa la razonabilidad técnica y jurídica de la decisión adoptada;

3) su ejecución o implementación efectiva, con la activa participación de todos los actores y el logro de los objetivos y bienes concretos y mensurables que se habían propuesto;

4) por último, la evaluación final de la política pública, que describa de modo objetivo y mensurable si se han alcanzado o no los bienes públicos propuestos y las demás consecuencias que ha tenido la ejecución de esa determinada política.

La adopción del paradigma de las políticas públicas en la gestión administrativa puede aportarle a ella dinamismo, racionalidad, rigor, objetividad, evidencia, responsabilidad y transparencia. Es una de los parámetros exigidos para el ingreso de nuestro país a la OCDE, a la par de impulsar en nuestro medio la incorporación de las pautas del modelo de Gobierno Abierto y poder orientar la acción de gobierno hacia el logro de los diecisiete objetivos de desarrollo sustentable propuesto por el PNUD.

La irrupción de la temática de las políticas públicas plantea al Derecho Público la necesidad de replantear algunos de sus conceptos tradicionales e incluso incorporar otras categorías a su ya rico y consolidado acervo doctrinal¹.

Tradicionalmente, existió una visión del Derecho constitucional que distinguía dos partes de la Constitución: la dogmática o declaración de derechos, y la orgánica u organización del poder. Una estaba en función de la otra. La organización del poder, la limitación y división de poderes, se consagraba básicamente a asegurar los derechos constitucionales de los individuos. En ese esquema, no hay una consideración especial para las políticas públicas ni para las justas exigencias del bien común, que, sin embargo, aparecían muchas veces en los preámbulos

¹ Ya hemos tratado en profundidad esta temática en tres trabajos anteriores, a los que remitimos para ampliar el desarrollo y la fundamentación de nuestra propuesta: A. SANTIAGO, *Bien Común y Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ábaco, 1999; *idem*, “Las justas exigencias del bien común político en una sociedad democrática. Una nueva manera para pensar el Derecho Constitucional”, en *Carta de Noticias de la Procuración General* [en línea], año 2, n° 13, pp. 6-14, 18 de marzo de 2014. Dirección URL: http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cn_pgcaba_marzo2014.pdf; *idem*, “El alcance del control de razonabilidad de las políticas públicas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014; *idem* *Estudios de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2016.

constitucionales y “subrepticamente” incorporadas en diversas cláusulas constitucionales.

El concepto de bien común político nos permite dar a las políticas públicas el lugar que realmente les corresponde en el diseño político y constitucional de un Estado: no sólo vivimos unos con otros para protegernos unos de otros y preservar nuestros derechos, sino también, fundamentalmente, para crear las condiciones de vida en común que nos permitan nuestro despliegue como personas. El bien común político, de modo más amplio y pleno que la mera protección de los derechos humanos, es el fin del Estado y de toda comunidad política².

Ello implica que corresponda hablar y pensar:

- no sólo sobre el derecho a la vida y a la libertad, sino también acerca de la política de seguridad pública que se pretende poner en marcha;
- no sólo sobre el derecho a la educación, sino también acerca de la política educativa en la que se enmarcará y tendrá cabida ese derecho;
- no sólo sobre el derecho de propiedad, sino también acerca de las políticas públicas que generen las condiciones económicas de estabilidad y desarrollo que lo hagan posible y permitan su despliegue y la creación de riqueza;
- no sólo sobre el derecho al medioambiente, sino también acerca de la política de medioambiente que permitirá su efectivo disfrute;
- no sólo sobre el derecho individual a la vivienda, sino también acerca de las políticas públicas razonables y efectivas que permitan su goce efectivo y progresivo por parte de todos los habitantes de una ciudad.

Los ejemplos se pueden multiplicar al infinito. Cada vez es más necesario y conveniente estudiar y reflexionar tanto sobre el contenido de los derechos humanos como acerca del diseño y de la ejecución de las políticas públicas que los harán efectivos.

Se hace imperioso redescubrir y dar toda su relevancia y trascendencia al concepto de políticas públicas y de bien común político, de modo tal de lograr un equilibrio razonable e integrador entre bienes personales y bienes comunitarios, entre

² Afirma Peter HABERLE que “las tareas del Estado son elemento indispensable de la imagen del Estado (más precisamente, de la imagen del Estado Constitucional) de una comunidad política. Esta imagen se basa en la imagen del hombre del Estado Constitucional como tipo” (El Estado Constitucional, México D. F., Universidad Autónoma de México, 2003, p. 253).

derechos humanos y políticas públicas que los tornen operativos y efectivos.

Lo anterior lleva también a un equilibrio institucional entre las funciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo, diseñadores y gestores de las políticas públicas, y el Poder Judicial. Los procesos judiciales se han manifestado insuficientes e ineficaces para la ejecución de políticas que deben ser decididas mediante el proceso legislativo ordinario. Este principio ilumina el arduo problema del activismo judicial y de la implementación efectiva de los llamados “remedios estructurales”, y facilita un diálogo interorgánico racional y maduro.

También el derecho administrativo recibe el impacto del nuevo modelo de las políticas públicas. La regulación pública más que el acto administrativo singular pasa a ocupar así el centro de la escena iusadministrativista.

En ese sentido, el artículo 9° del Decreto 891/2017 establece expresamente que *“el diseño de las regulaciones procurará la incorporación de la medición de los costos-beneficios que impliquen su implementación”*.

En una reciente investigación sobre el nuevo Derecho Administrativo realizada en mi Universidad³, los Dres. Ignacio Boulin y Enrique Cadenas concluyen que:

- mejorar la calidad regulatoria requiere orientar el rol del Derecho Administrativo más allá del clásico control de la arbitrariedad, para que pueda convertirse en un facilitador de decisiones públicas eficientes, justas y razonadas: un Derecho Administrativo innovador realista, capaz de funcionar en base a la evidencia.

- el Derecho Administrativo debe abrir espacios reales para lograr una participación ciudadana efectiva e influyente en el diseño e implementación de las políticas públicas.

- la experiencia práctica de la OECD y de Estados Unidos sugiere la utilidad de contar con: (i) sistemas u organismos que faciliten coordinación de las regulaciones; (ii) procedimientos de elaboración que mejoren la calidad regulatoria; (iii) procedimientos de mejora continua.

- existen herramientas regulatorias como la evaluación de impacto regulatorio, la revisión *ex post*, las agendas regulatorias, el análisis costo-beneficio, que se usan

³ Cfr. BOULIN, Ignacio y CADENAS, Enrique, Innovar el Derecho Administrativo, <http://www.austral.edu.ar/escueladegobierno/wp-content/uploads/2018/03/santiago-boulin-cadenas.pdf>

con provecho en diversos países y podrían ser trabajadas en Argentina. Las técnicas de *behavioural economics* están siendo utilizadas exitosamente en el Reino Unido, Estados Unidos y países de la OECD para la gestión integrada del ciclo de las políticas públicas.

Toda política pública ha de estar al servicio de la persona humana quien siempre es el principio, sujeto y fin de todas las instituciones, acciones sociales y políticas públicas que ponga en marcha la comunidad política. Esto nos lleva de la mano al segundo de los temas sobre el que quería también compartir hoy algunas reflexiones con ustedes: el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento de todo el orden jurídico nacional e internacional.

El Preámbulo de la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, firmada el 10 de diciembre de 1948, proclamaba que *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*, y en su artículo 1º establecía que *“todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, texto que reproduce literalmente la primera frase del Preámbulo de la “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”, suscripta por los países de nuestro continente seis meses antes.

Un año después, la ley de Bonn de 1949, pionera de las constituciones de posguerra, consagraba en su artículo 1.1: *“La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”*. Disposiciones similares se han incorporado con posteridad a muchas otras constituciones⁴.

⁴ Así, la Constitución de Portugal (1976) afirma en su artículo 1º que “Portugal es una república soberana, basada en la dignidad de la persona humana”. La Constitución española de 1978 establece en su art. 10.1 que “la dignidad de la persona (...) es el fundamento del orden político y de la paz social”. La Constitución de Bélgica, reformada en 1994, establece en su artículo 23 que “cada uno tiene el derecho de llevar una existencia conforme a la dignidad humana”. La Constitución de la República de Polonia (1997) menciona la dignidad en su preámbulo, y además señala en su artículo 30 que “la dignidad inherente e inalienable de la persona constituye la fuente de las libertades y los derechos del hombre y del ciudadano. Tal dignidad es inviolable, y su respeto y protección constituye el deber de los poderes públicos”. Por su parte, la Constitución de Finlandia (1999) en su artículo 1º establece que “el ordenamiento jurídico garantiza la inviolabilidad de la dignidad humana”. La Constitución de Lituania, también de 1992, señala en su artículo 21 que “la persona del ser humano será inviolable. La dignidad del ser humano será protegida por la ley. Queda prohibida la tortura, la injuria al ser humano, la degradación de su dignidad, los tratos crueles, así como las penas de esa índole. Ningún ser humano será sometido a experimentos científicos o médicos sin su previo conocimiento y consentimiento”. La Constitución de la Confederación Helvética, también de 1999, consagra en su artículo 7º que “la dignidad humana debe ser respetada y protegida”. También la Constitución de la Federación Rusa, de 1993, proclama en su artículo 21.1: “La dignidad de la persona

De ese modo se daba inicio a una nueva era jurídica en donde la base de la convivencia nacional e internacional se establecía en este pilar fundamental del reconocimiento de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y de los derechos que de ella se derivan.

Esta toma de conciencia de la dignidad de la persona humana era consecuencia de las tristísimas experiencias derivadas de la Segunda Guerra Mundial y de los regímenes totalitarios, en especial el nazismo, que generaron dolorosos aprendizajes a partir de sus atroces realidades y consecuencias⁵.

Muchos son los frutos y avances que se han conseguido en estas décadas como consecuencia del reconocimiento práctico de este principio jurídico fundamental: la eliminación de la segregación racial en los Estados Unidos en 1954; la progresiva expansión de las democracias constitucionales como forma de gobierno en el sur de Europa y toda América Latina, en las décadas del '70 y el '80; la condena penal del terrorismo de Estado; el fin del apartheid en Sudáfrica y el derrumbe de los sistemas totalitarios comunistas en Europa Oriental, en los inicios de la década del '90; la equiparación de derechos entre hombres y mujeres; el progresivo reconocimiento y vigencia de los Derechos Humanos en muchos ámbitos del mundo; la creación de mecanismos de protección internacional de los Derechos Humanos, complementarios de la tutela nacional. Son, sin embargo, muchos más los desafíos pendientes que se derivan de la proclamación de este principio fundamental de la dignidad de cada persona humana, especialmente frente a los fenómenos de la exclusión social, los economicismos exacerbados, las amenazas de una tecnociencia cosificadora de la persona humana, los fundamentalismos religiosos, etc.

Cada una de las personas humanas es única e irrepetible. Al hablar de la persona humana lo primero que hay que remarcar es su inigualable dignidad. Ella es un fin en sí misma que nunca puede ser tratado como medio, siempre es sujeto y nunca objeto, siempre es "alguien" y nunca "algo"⁶. En ese sentido, la Corte

será protegida por el Estado. Ninguna circunstancia puede ser alegada como pretexto para menospreciarla".

⁵ Señala la Declaración Universal en el párrafo segundo de su Preámbulo: "Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los Derechos Humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad".

⁶ "El ser humano, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como medio de uso caprichoso de esta o aquella voluntad, sino que debe ser considerado siempre y al mismo tiempo como fin en todas las acciones, tanto las dirigidas hacia sí mismo como hacia otro ser

Suprema argentina ha afirmado con notable acierto y en reiteradas oportunidades que “*el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*”⁷. También ha sostenido, adhiriendo a esta concepción personalista, que “*la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional*”⁸.

La dignidad de la persona humana es un concepto jurídico suprapositivo, fundador e inspirador de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional y “guía insoslayable” para su interpretación y operación. Es un principio universal y absoluto que no reconoce excepción alguna y que es irrenunciable. Todo daño directo a este principio, todo desconocimiento teórico o práctico del carácter de persona humana de un ser humano, es de “lesa humanidad”, en el sentido que afecta a la realidad y al concepto mismo de la dignidad humana, ya que lesiona su carácter universal, necesario e inviolable y se transforma en una ofensa a todo hombre, que es portador intrínseco de esa misma dignidad desconocida o vulnerada. No se pueden fijar condiciones de ningún tipo para el ingreso, ni decidir la exclusión de ningún ser humano de este status propio de persona humana⁹.

La dignidad de la persona humana no es un simple valor o principio jurídico, sino una cualidad inherente y propia de todo ser humano, preexistente a todo ordenamiento político y jurídico y que tiene *per se vigore*. Ella es universal, eminente, intrínseca, inherente, inviolable, intangible, no disponible e irrenunciable.

No expresa tanto el contenido de un derecho humano concreto, como el

racional. Los seres cuya existencia no depende de nuestra voluntad, sino de la naturaleza, tienen solo un valor relativo cuando se trata de seres irracionales, y por esto se llaman cosas; pero los seres racionales se denominan personas, porque su naturaleza ya los señala como fines en sí mismo, es decir, como algo que no puede ser usado como medio. Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como fin al mismo tiempo y nunca solamente como medio”, KANT, I., Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Santillana, Madrid, 1996, pág. 50. Ver también SPAEMANN, Robert, Personas, Acerca de la distinción entre alguien y algo, Eunsa, Pamplona, 2000.

⁷ Fallos, 316:479 (1993). También el Dr. Petracchi en su disidencia en el caso Montalvo sostiene que nuestra Ley Fundamental “prohíbe utilizar a las personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputan socialmente valiosos, desconociendo así que ellas constituyen fines en sí mismas”, Fallos, 313:1333 (1990).

⁸ Fallos, 327:3753 (2004).

⁹ Señala en este sentido el art. 6° de la Declaración Universal: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

fundamento mismo de esos derechos. Es un “por qué” definitivo y último, más que un “qué” específico y concreto, más allá de que algunos derechos como la prohibición de la esclavitud y de la tortura y el respeto a la vida de todo ser humano, guardan con ella una estrecha proximidad.

La dignidad humana no es por tanto un concepto jurídico vago e indeterminado. Él está incorporado a los textos constitucionales, convencionales y legales y se acude a él con frecuencia en las decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales. Es fundamento y fuente de derechos y obligaciones y de él se derivan la trascendental distinción jurídica entre personas y cosas.

El redescubrimiento y enriquecimiento del concepto de persona humana y de su eminente dignidad es tal vez el legado filosófico, político y jurídico más valioso que nos ha dejado la segunda parte del siglo XX. Hoy tenemos una concepción y una visión de la persona humana y de su dignidad como nunca antes en la historia humana. Su progresivo y coherente desarrollo, asumiendo todas sus consecuencias políticas, sociales, culturales y jurídicas, es el gran desafío que tenemos por delante mientras transitamos el comienzo de este segundo milenio.

Si tenemos esta visión tan rica e intensa de la dignidad humana, sólo podemos concebir el poder, el poder político y todo poder, en términos de participación y de servicio. “Nunca olvidemos que el verdadero poder es el servicio”, recordaba el Papa Francisco cuando iniciaba su Pontificado, aquel inolvidable 19 de marzo de 2013. De ese modo, el primer Papa americano proponía para sí y para todos los hombres de buena voluntad la concepción del poder como servicio a los demás, no como acto de dominación o situación de privilegio.

El poder es una realidad humana que ha acompañado la historia humana desde sus comienzos y estará presente hasta el final. La cratología o ciencia del poder y las distintas corrientes filosóficas han indagado sobre su naturaleza, sentido, legitimidad, límites, secretos y peligros.

En una primera aproximación podríamos señalar que el poder político puede ser visto como un mal absoluto, como un mal necesario o como un bien. A la primera postura parecen adherir las corrientes anarquistas que pretenden la eliminación de todo poder, al que consideran la fuente de muchos males humanos. Quienes lo ven como un mal necesario, lo conciben como una estructura de dominación inevitable

que amenaza la dignidad y el libre y pleno despliegue de la persona humana y que aparece camuflado y justificado en “pseudo” razones morales y jurídicas, siempre sospechadas de ser falsas, aparentes y tramposas. Quienes lo consideran un bien, recuerdan que toda organización social requiere de un gobierno, de alguien que coordine y dirija las acciones comunitarias, fije el rumbo a seguir, solucione los inevitables problemas y conflictos de la vida social, hable y decida en nombre del grupo y recree permanentemente su unidad.

Personalmente, considero que el poder es un bien, pero un bien, bien peligroso. Se parece a la energía atómica, algo muy bueno en sí, capaz de contribuir positivamente a las necesidades que plantea la vida humana, pero que tiene necesidad de cuidados especiales porque tiende al desborde y al descontrol¹⁰. La realidad del poder aparece a veces como algo temible y peligroso, capaz de amenazar esa igual dignidad de la persona humana, pilar de todo el orden político y jurídico¹¹. Como afirmara en su momento Lord Acton “*el poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a corromper absolutamente*”. Incluso hay autores, como Loewenstein, que ponen de manifiesto un cierto componente “demoníaco” del poder¹².

La ley del mando y la obediencia, la regla del poder, es inexorable, inevitable, de cumplimiento necesario, pero se trata de humanizarla, civilizarla, racionalizarla, juridizarla. Con esta finalidad ha surgido el Derecho Constitucional, que se propone someter a reglas, principios y procedimientos jurídicos el proceso político, es decir, la lucha por la obtención del poder público y su ejercicio desde el gobierno. En este sentido el constitucionalismo, con su propuesta de un poder efectivo pero limitado, temporario, distribuido, controlado, equilibrado por contrapoderes institucionales y sociales y sujeto al Derecho, representa una de las mejores tradiciones que han surgido en Occidente a lo largo de toda su historia. Este ejercicio del poder político limitado, sujeto al Derecho y en el que está previsto la participación ciudadana es el

¹⁰ Afirma Alexander HAMILTON en El Federalista: “Si los hombres fueran ángeles, ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, no serían necesarios controles al gobierno, ni externos ni internos. Al organizar un gobierno que será administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad radica en que primero se debe permitir al gobierno controlar a los gobernados, y, en segundo lugar, obligará a controlarse a sí mismo”.

¹¹ “El poder –todos los poderes, sean públicos o privados- tienden en efecto, ineludiblemente a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho”, FERRAJOLI, Luigi, El garantismo y la filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pág. 121.

¹² LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, Ariel, 1976, pág. 28.

más acorde con el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana, el único que se puede considerar hoy ética y jurídicamente legítimo.

A la hora de señalar porque el poder resulta un bien, bien peligroso, puede señalarse las siguientes cuatro razones:

1) el ejercicio del poder tiende casi naturalmente a excederse, a desbordarse, a sobrepasar sus límites, a no respetar los cauces previstos, como lo muestra la historia y la realidad de todos los tiempos;

2) el poder corre el riesgo de ser utilizado para fines distintos de aquellos a los que está previsto y, especialmente, tiende a ser utilizado en beneficio propio, para favorecer los propios intereses personales, grupales o sectoriales y no al bien común, que es su norte y la única fuente de su legitimidad. El desvío de poder es una amenaza latente en todo ejercicio del mando;

3) el poder, la lucha por obtenerlo y ejercerlo, genera naturales e inevitables conflictos que alteran la vida personal y social. Todo mando genera naturales resistencia, disputas, surgimiento de contrapoderes que intentan limitarlo y/o anularlo, con el consecuente y casi inevitable nacimiento de problemas y conflictos de diversa intensidad y modos de solución;

4) el poder genera adicción, quien lo ejerce está sometido a la fuerte atracción de seguir ejerciéndolo de modo permanente. Se puede hablar de una “libido dominandi” que ejerce una fuerza de atracción que puede parecer muchas veces irresistible para quienes lo ostentan, alterando la conducta y el comportamiento de las personas. En el altar del poder y con tal de conquistarlo o mantenerlo, muchas personas inmolan allí su salud, su familia, sus convicciones más profundas. Se puede hablar de una adictocracia, de una patocracia y de una filioocracia que explican muchas acciones en la historia humana.

¿Qué consecuencias y manifestaciones prácticas tiene la concepción del poder como servicio? Pienso que se pueden señalar, al menos, las siguientes:

1) prioridad y primacía de la gente sobre aquel que gobierna, de los gobernados sobre el gobernante: la gente no está en función de quien manda, sino que quien ejerce la autoridad está al servicio de las personas dirigidas;

2) el poder es visto como “auctoritas” y no como mera “potestas”. La autoridad requiere de una ascendencia natural lograda en base a las virtudes y valores de quien

manda y no estar basada en la mera fuerza, simplemente en las atribuciones y potestades que le fueron atribuidas;

3) el ejercicio del poder es moderado, sujeto a límites, reglas y procedimientos. Se busca instaurar una cultura de la participación y el diálogo de todos los miembros de la organización y de quienes pueden estar afectados por las decisiones que se adopten¹³. Se respeta el principio de subsidiariedad que señala que las comunidades mayores no han de entrometerse injustificadamente en los ámbitos propios de los grupos menores y del que corresponde a cada una de las personas;

4) hay una natural cercanía con la gente y no una búsqueda de aislamiento y encierro, que genera distancia entre la autoridad y quienes son gobernados;

5) el ejercicio del poder no acarrea privilegios desmedidos. Hay una fuerte conciencia de igualdad democrática basada en la común dignidad de todos. La autoridad no se siente dueña del poder, ni merecedora de tratos o beneficios injustificados;

6) quien ejerce el poder como servicio destaca por ser quien más intensamente atiende y vela por lo común, por lo de todos, sacrificando lo personal y estando para lo que el bien común del grupo social requiera en cada momento;

7) el poder ejercido como servicio genera una natural actitud de alegría y cordialidad en quien lo ejerce.

En el inicio de este año académico quería compartir con ustedes estas reflexiones para que ellas iluminen e inspiren la trascendente labor diaria que tienen encomendada y que tanto admiro.

¹³ Afirmaba el Papa Francisco en el encuentro con la clase dirigente durante su reciente viaje a Brasil: “termino indicando lo que considero fundamental para afrontar el presente: el diálogo constructivo. Entre la indiferencia egoísta y la protesta violenta, siempre hay una opción posible: el diálogo. El diálogo entre las generaciones, el diálogo con el pueblo, la capacidad de dar y recibir, permaneciendo abiertos a la verdad. Un país crece cuando sus diversas riquezas culturales dialogan de manera constructiva: la cultura popular, universitaria, juvenil, la cultura artística y tecnológica, la cultura económica, de la familia y de los medios de comunicación”.

ROUSSEAU: EL MANUSCRITO DE GINEBRA, NÉMESIS DEL CONTRATO SOCIAL

Por Horacio Maidana.

Sumario: I. Clásicos y contemporáneos. II. El extraño caso del contrato social y el Manuscrito de Ginebra. III. La falacia de la “sociedad general del género humano”.

I.- Clásicos y contemporáneos

“Observa un escritor del siglo XVIII que nadie quiere deber nada a sus contemporáneos; yo, para libertarme de una influencia que presentí opresora, escribí un artículo titulado *Abrechnung mit Spengler*¹⁴...”. Esto escribe en su última confesión el oficial nazi Otto Dietrich zur Linde el día anterior a ser ejecutado. Ese alemán, exdirector del campo de concentración de Tarnowitz, condenado por torturador y asesino, es el personaje central del cuento de Borges “*Deutsches Requiem*”. El día anterior a su ejecución redacta una suerte de breve autobiografía, en la que intenta comprender y transmitir el sentido de sus actos y de su muerte inminente. Hombre con veleidades intelectuales, Zur Linde repasa en su testimonio último sus influencias juveniles. Schopenhauer, dice, lo alejó de la fe cristiana con razones directas. Shakespeare y Brahms, con la infinita variedad de su mundo. Spengler, el filósofo de la historia, tuvo sobre él una influencia singular. Pero Zur Linde se resistía a admitir esa influencia por parte de un pensador que era un “mero contemporáneo” y no había sido consagrado, como los otros, por la dignidad, el misterio y la infalibilidad de la muerte. Adoptar el patrocinio de Spengler significaba una forma de sumisión a alguien que todavía no posee el prestigio de lo inmortal. Por eso en su escrito “*Ajuste de cuentas con Spengler*” intenta distanciarse de su maestro mediante una refutación parcial de su teoría: el hombre fáustico, que según el filósofo es el primero que posee la intuición de un espacio y un tiempo infinitos, no está expuesto “en la vacilante obra de Goethe” sobre el Doctor Fausto, sino en el

¹⁴ “*Ajuste de cuentas con Spengler*”.

poema de Lucrecio “De rerum natura”, del siglo I d.C.¹⁵. Tal era, aunque parezca extraño, la opinión del propio Borges en la vida real¹⁶: las historias imitan a la historia, y viceversa.

Es cierto que un hombre puede sacrificar mucho para no deberle nada a un contemporáneo, sobre todo si es un intelectual o un artista ¿Por qué es esto así? Porque el contemporáneo, en la medida en que es nuestro igual, en la medida en que no ha sido condecorado de modo definitivo por el éxito y la fama, puede establecer una molesta rivalidad que tal vez ensombrezca la paz que un creador necesita. Su mera presencia, a veces, hace temblar el suelo bajo nuestros pies. El razonamiento puede ser como sigue: mientras la fama de nuestro rival se equipare con la nuestra, todavía lo podemos superar, y la competencia se mantiene silenciosa (aun cuando el otro no sepa que existe tal competencia). Ahora bien, hasta que esa competencia se decida, debemos mantener a nuestro colega escondido, y no divulgar su talento. Esto es así aun cuando, si de verdad influye en nosotros, es ya nuestro secreto maestro. Como en una carrera de largo aliento, si no podemos lograr el primer puesto, tal vez podemos superar a los corredores que están a nuestro nivel y que jadean cerca de nosotros. En el campo intelectual, un clásico, sobre todo si está muerto, no compite con nosotros precisamente porque nosotros no podemos competir con él¹⁷. Por eso puede ser siempre un maestro, incluso cuando no concordamos con su pensamiento (es lo que suele suceder al citar a Kant, Hegel o Marx). Por definición, el autor clásico es insuperable en su campo y es más honroso conocerlo y comentarlo que desconocerlo o mantenerlo tácito. Pero un contemporáneo, en cuanto que es un igual, no tiene en principio “más derecho” que nosotros a ser maestro. Con más razón si además es un coetáneo y pertenece a nuestra generación. En los hechos, cuando dos contemporáneos compiten silenciosamente, son ambos a la vez maestro y discípulo.

¹⁵ Cf Lucrecio, “De la naturaleza de las cosas”, edición de Agustín García Calvo, con una introducción de este autor y traducción del Abate Marchena, Ediciones Orbis S.A., Madrid, 1984.

¹⁶ Dice Borges en un paréntesis de su artículo “Sobre una alegoría china” (publicado en “La Nación”, 25 de octubre de 1942): “Oswald Spengler, recuerdo, dictaminó que la intuición de un tiempo y un espacio infinitos era privativa de la cultura que él llamó fáustica; pero el más inequívoco monumento de esa intuición del mundo no es el vacilante y misceláneo drama de Goethe sino el viejo poema cosmológico *De rerum natura*” (Textos recobrados 1931-1955, pág 254). También afirmaba lo mismo en su juvenil y arrepentido libro “El tamaño de mi esperanza”.

¹⁷ Aclaremos que Oswald Spengler, si bien hizo mucho ruido en su época, no nos parece un clásico, porque no nos parece que su obra merezca ser leída antes que las de muchos otros. Solo utilizamos la anécdota borgeana como ejemplo para fijar una hipótesis acerca de la actitud de Rousseau en un momento decisivo de su vida.

Pero es difícil que cada uno de ellos lo vea así. Esto es ciertamente lo que aconteció con Jean-Jacques Rousseau y su amigo Denise Diderot.

Rousseau es el “hombre fáustico” que aquí nos interesa. Jean-Jacques fue un hombre sin límites, ni intelectuales ni emocionales, aunque es el reflejo invertido del monstruoso e insignificante Otto Dietrich zur Linde. Si nos informamos de su historia, vemos que fue una especie de gigante emocional e intelectual, que terminó sus días con un delirio paranoico que, paradójicamente, no le impidió escribir algunas de las páginas más hermosas de su extensa obra literaria en el libro “Divagaciones de un paseante solitario”, su último escrito. Rousseau no tuvo una intuición total del universo físico como la que tiene Lucrecio en “De rerum natura” (si vamos a aceptar la teoría borgeana del arquetipo de hombre fáustico). Pero nadie tuvo como él la intuición de la infinitud del mundo espiritual. Como Lucrecio¹⁸, valoró la experiencia para confrontar sus conceptos, y su experiencia fue sobre todo “vital”—más que científica. No escribió grandes tratados filosóficos, pero las relativamente pocas páginas filosóficas que escribió (como Descartes) cambiaron el mundo. Galileo y Newton fueron los típicos hombres modernos (y también “hombres fáusticos”), revolucionando la física, la astronomía y la óptica con el uso de las matemáticas; Newton revolucionó a las propias matemáticas inventando el cálculo infinitesimal (al mismo tiempo que Leibniz, otro espíritu universal). Rousseau revolucionó la novela, la pedagogía, la antropología científica (que fundó), el Derecho Político y la filosofía política. Fue también un músico de algún talento y un escritor asombroso. Hizo del amor, la libertad, la razón y la compasión los pilares fundamentales de su sistema de pensamiento moral y político. Hasta sus propios defectos, sobre todo su resentimiento, lo ayudaron también a crear conceptos originales. Asimismo, su pertinaz recurso a la experiencia y a la conjetura experimental sobre el mundo real lo convierte en un precursor del método científico en las ciencias sociales.

En los últimos meses de su vida, vividos en la isla de Saint Pierre, en compañía de la naturaleza, con una tranquilidad apenas empañada por su desconfianza frente a todo el mundo social que en su imaginación le hacía la guerra; en esos días de paseos solitarios fuera del ajetreo citadino y acaso también fuera del tiempo en que viven el

¹⁸ Cf Lucrecio, op cit, “Apología de los sentidos”, pág 255.

resto de los mortales; en esos paseos de convivencia con árboles y plantas (él también fue botánico, una de sus innumerables profesiones), Jean-Jacques escribió muy bellas páginas, y tuvo experiencias de meditación en medio de ese mundo natural que emulan a las de los místicos orientales y que están detalladamente descritas en su último libro¹⁹. Rousseau tenía graves y dolorosos problemas de vejiga desde 1754, el mismo año de la famosa “iluminación” en el camino de Vincennes (los médicos le auguraron entonces sólo seis meses de vida). Esos dolores lo acompañaron hasta que falleció en 1778, dejando inconclusa su última obra. Tenía 66 años.

Pero hablemos de su juventud. Luego de vivir algunos años idílicos (1738-1740) como asistente y amante de su protectora Mme. de Warens, en su casa de las Charmettes, cerca de Chambéry (antigua ciudad capital del ducado de Saboya, que entonces era parte del reino de Cerdeña), Rousseau, al volver de un viaje, encuentra que otro hombre ha ocupado su lugar. Decepcionado, decide establecerse en París. Tiene 30 años. Años atrás (1731), cuando fue por primera vez, la ciudad lo había desconcertado. El contraste entre la imaginación y la realidad, que será tan importante en su antropología filosófica, es experimentado por el propio Jean-Jacques: “Me había figurado una ciudad tan noble como grande -dice en sus “Confesiones”- de imponente aspecto, donde no se veían sino soberbias calles, palacios de mármoles y oro. Al entrar por el arrabal de Saint-Marceau sólo vi callejuelas sucias y hediondas, casas feas, negras, con todos los caracteres del descuido y la pobreza... Todo esto me causó un efecto tal que, cuando después he visto la verdadera magnificencia de París, no he podido borrar aquella impresión primera y siempre me ha quedado una secreta repugnancia a vivir en esa capital... Tal es el fruto de una imaginación demasiado activa que exagera las mismas exageraciones humanas y siempre ve más de lo que le dicen²⁰”.

En París pierde el tiempo y el dinero, holgazaneando en bares y salones. En esos lugares conoce a Fontenelle, a Marivaux, a Condillac, y sobre todo a Diderot, que se hace su amigo. Diderot será el futuro “rival” que nos dará una de las explicaciones que pueden resolver el gran misterio que trataremos en seguida: el del

¹⁹ Cf Rolland, Romain, “El pensamiento vivo de Rousseau”, Losada, Buenos Aires, 1939.

²⁰ Cf Rosseau, J-J, “Las confesiones”, libro IV, pág 144, Clásicos Jackson, Ed. Jackson, Buenos Aires, 1950. La versión francesa: “Les Confessions”, Gallimard, 1973, pág 211.

“Manuscrito de Ginebra”. A Diderot hemos dedicado la primera frase de este artículo, escrita por Borges. Él es el contemporáneo cuya influencia Rousseau no quiere mostrar. Es la discusión imaginaria con Diderot la que, en el Manuscrito de Ginebra, Jean-Jacques quiere mantener en secreto. Diderot, brillante como él, es su álter ego y su némesis.

En este segundo viaje a París no ve a la ciudad por su lado feo, como la primera vez, sino por su lado brillante²¹. Rousseau, a pesar de su confesada timidez, hace muchos amigos. “Llegué a París por el otoño de 1741, con quince luises de moneda corriente, mi comedia *Narciso*, y mi proyecto de música por todo recurso... Un joven que llega a París, teniendo una regular figura, y que se anuncia con cierto talento, está siempre seguro de hallar buena acogida. Tal fue la mía, y esto me proporcionó buenos ratos sin conducirme a gran cosa²²”. Rousseau llevó un sistema nuevo de notación musical en el que había puesto muchas esperanzas. Lo presentó ante la academia de ciencias el 22 de agosto de 1742. Los comisionados, según Rousseau, le ponían objeciones sin haberlo comprendido, y rechazaron el proyecto. El músico Rameau, que él ya conocía y que había visto su proyecto de notación, le comentó la única objeción que según Rousseau era atendible: que las notas no podían verse de un solo golpe de vista, y su lectura exigía el uso de la inteligencia en vez de la pura visión.

“Mis frecuentes visitas a los comisionados y a otros académicos me permitieron trabar relaciones con lo mejor de París en cuanto a literatura.... La seguridad, la voluptuosidad, la confianza con que me entregaba a esta vida indolente y solitaria, careciendo de medios para subsistir así tres meses, es una de las particularidades de mi vida y una de las rarezas de mi carácter. La extrema necesidad de que alguien me protegiese, era precisamente lo que me quitaba el valor de presentarme, y la necesidad de hacer visitas me las hizo insoportables, hasta el punto de cesar de ver a los académicos y otros literatos con quienes me hallaba ya relacionado. Marivaux, el abate de Mably, Fontenelle fueron los únicos a los que continué viendo... Más joven que ellos, Diderot, poco más o menos de mi edad, era aficionado a la música, cuya teoría conocía, y hablábamos los dos sobre la materia;

²¹ Cf “Las confesiones”, edición citada, pág 258.

²² Cf “Las confesiones”, ibíd.

también me hablaba de los proyectos de sus obras, de donde en breve resultó una intimidad que ha durado quince años...”.

Luego, Rousseau nos cuenta cómo siguió holgazaneando y buscando un trabajo con el cual subsistir. Y así, al pasar, nos ha presentado a su amigo Diderot.

II.- El extraño caso del Contrato Social y el Manuscrito de Ginebra

a) La primera pregunta ¿Por qué Rousseau no publicó el Manuscrito?

El libro más famoso de Rousseau es “Du contrat social”, publicado en 1762. Tal vez el libro político más influyente de la modernidad, junto con el “Manifiesto comunista”. Un libro que, según Georg Jellinek, “llegó a intimidar al mundo”²³. Este pequeño y clásico libro tiene una historia extraña: *fue escrito dos veces*. Existen dos versiones del Contrato social. Por eso titulamos este capítulo como “el extraño caso del Contrato social y el Manuscrito de Ginebra”: porque una de las versiones se hizo extremadamente famosa y es un libro de estudio ineludible en la filosofía política. La otra versión, llamada *primera versión* porque es anterior en el tiempo, permaneció escondida durante 120 años y es muy poco conocida en el mundo de la educación, sobre todo en los países de habla hispana. Como en “El extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde”, de Stevenson, existe un *Contrato social* oficial, visible, surcado de halagos, críticas e interpretaciones, inspirador de la Revolución Francesa y de las Revoluciones Sudamericanas, libro de cabecera de Simón Bolívar y de Mariano Moreno; y otro *Contrato social* (el *Manuscrito de Ginebra*) extraoficial, desconocido, aparentemente ilegible y casi prohibido. Sobre todo, es menos conocido de lo que merecería—salvo entre los estudiosos de su autor—el capítulo segundo del libro primero, llamado “*De la sociedad general del género humano*”²⁴, que no fue “transformado” en la versión definitiva, como los demás, sino que fue *completamente eliminado*, sin dejar rastro alguno en la versión publicada. Como los

²³ Jellinek, Georg, “Teoría general del Estado”, traducido por Fernando de los Ríos, Ed Albatros, Buenos Aires, 1978, pág 157.

²⁴ Como se puede apreciar, no solo tenemos el Mr Hyde del Contrato social “oficial”. El propio Manuscrito de Ginebra, que es en sí mismo la versión “prohibida”, tiene otro Mr Hyde dentro de sí: el capítulo “De la sociedad general del género humano”, que es el más publicado, pero es el menos entendible de todos.

manuscritos del Mar Muerto encontrados en el siglo XX, quizá el *Manuscrito* contenga alguna “heterodoxia” que lo vuelve peligroso de estudiar: no una heterodoxia religiosa, sino una que sacaría de su acrítica vida a un mundo académico bastante monótono en su fabricación de bibliografías secundarias, terciarias y cuaternarias.

La primera versión, no publicada por Rousseau, fue sin embargo escrita con gran cuidado y de modo prolijo, lo que sugiere que se encontraba lista para ser enviada a su editor²⁵. Como esa versión consta solo de dos libros y de la primera parte del tercero, se puede suponer que el resto fue escrito por Rousseau y se extravió. Es extraño también que el capítulo sobre “La religión civil”, que está en el *Manuscrito*, está escrito en los reversos de las hojas y de modo poco legible. Debieron existir “borradores” de esa primera versión, que no se conservaron. Lo cierto es que, haya sido escrito o no, el resto de esa primera versión no se ha conservado. Algunos atisbos existen en los llamados “Fragmentos políticos”, de útil lectura y buenos para completar ciertas ideas, pero no suficientes como para completar la primera versión del *Contrato*, o formar al menos algún capítulo de alguno de los 2 libros existentes.

Ante estos eventos nos debemos formular esta pregunta: *¿por qué Rousseau no publicó esta primera versión del “Contrato social”?* Podemos contestar a esta pregunta moderando la afirmación que ella presupone. No es cierto que Rousseau no publicó, así, *tout court*, la primera versión. De alguna manera, él “publicó” el *Manuscrito de Ginebra* en la versión definitiva del *Contrato social*, transformándolo bastante, pero sin cambiar sus argumentos esenciales. Si bien la primera versión es más fácilmente legible y más profesoral, más amigable y pedagógica, y la segunda versión es más asertiva y dogmática, más dirigida a mostrar su propia coherencia como un todo que a argumentar punto por punto en cada uno de los temas; ambas versiones tienden a decir lo mismo. Muchas cosas de la primera versión se pierden en la segunda, pero también muchas cosas se dicen en la versión publicada que no se anticiparon en el *Manuscrito de Ginebra*. Por eso quien conozca ambas versiones (nos referimos a los libros I y II, porque los demás no existen en el *Manuscrito*) sabe que ambas valen la pena de ser leídas, pero quien conoce una sola de ellas ya tiene

²⁵ Cf Rousseau, J-J, “Du Contrat social”, version de Robert Derathé, introducción al *Manuscrito de Ginebra*, pág 21, Gallimard, 1964.

una idea bastante precisa del complejo pensamiento de J-J Rousseau.

Hemos respondido a la pregunta, quizá, con una falacia. A la pregunta ¿por qué Rousseau abandonó el *Manuscrito de Ginebra*? Respondimos: no lo abandonó, lo transformó. Pero ambas versiones del *Contrato* no son iguales. La pregunta sigue en pie, porque la primera versión, el *Manuscrito*, exigió un gran trabajo (aunque no sabemos si Rousseau escribió los dos libros que faltan, y éstos se perdieron, o si el proyecto fue abandonado al comenzar el libro III). Se trata de 66 páginas -en la versión francesa de Derathé-. 66 páginas de texto denso y apretadamente conceptual. Debe existir alguna razón para abandonar esas 66 páginas y comenzar todo de nuevo.

En la versión definitiva del *Contrato* Jean-Jacques escribe el siguiente acápite: *“Este pequeño tratado es parte de una obra más extensa, emprendida en otro tiempo sin haber consultado mis fuerzas y hace mucho abandonada. De los diversos trozos que se podían sacar de lo hecho, es éste el más considerable, y me ha parecido el menos indigno de ser ofrecido al público. El resto ya no existe”*. Afortunadamente, escribió un pequeño tratado de filosofía política sobre el cual se sigue discutiendo y no un mamotreto inalcanzable lleno de teorías sobre derecho comparado y sobre la historia de las instituciones. Escribió un libro que cambió al mundo, y que es la “Biblia” principal de todas las democracias. No parece haber razones para quejarse. Pero él no sabía que su libro tendría ese destino. ¿Será que se sintió frustrado al no poder escribir su gran obra, y esa frustración lo llevó a abandonar el *Manuscrito* y comenzar todo otra vez? Nunca podremos salir de las meras conjeturas.

La pregunta sigue siendo la misma: ¿por qué desistió de la primera versión? Los estudiosos están de acuerdo en que la primera versión no dada a la imprenta no forma parte de esa “obra más extensa”, que trataría sobre las “Instituciones políticas”. De esa obra, si es que existió, no ha quedado nada. En cuanto al “trozo más considerable”, que sería el *Contrato social*, parece demasiado coherente, denso y complejo—pensamos nosotros—como para que pueda ser considerado “un trozo”. Pero son las palabras del mismo Rousseau. Como sea, lo que es extraño en esta historia es la decisión de Jean-Jacques de olvidar esa primera versión, muy bien escrita y con algunas ideas decisivas (aunque a veces poco claras), y reescribir el pequeño tratado de modo íntegro, dejando atrás párrafos que podían cambiar el modo como su pensamiento político es interpretado. Nunca tendremos la respuesta a esta

pregunta. Es interesante, sin embargo, citar a Derathé—que cita a Vaughan y concuerda con él—respecto al estilo del *Manuscrito*: “(Vaughan) no duda en ver en el *Manuscrito de Ginebra*, una concepción “más sana y más coherente” que la expuesta en la versión definitiva... Nosotros no discutimos que la exposición del *Manuscrito de Ginebra* sea a menudo más explícita y más clara que la del *Contrato social*...”.

Si no tenemos en cuenta la voluntad de Rousseau de publicar sólo la “segunda versión”, y atendiendo a la vasta complejidad y originalidad de la primera versión, casi desconocida entre nosotros, debemos pensar entonces que (al menos en los países de habla hispana) *no conocemos “El contrato social” completo*. De modo que el verdadero Contrato social, al día de hoy, debe entenderse así: *Manuscrito de Ginebra + Contrato social*. Creemos que un pensamiento complejo como el de ambas versiones merece que ambas sean leídas, porque no hay razón para pensar que el abandono de la primera versión—nuestro *Manuscrito de Ginebra*—significó un cambio en el pensamiento de Rousseau o la advertencia de errores serios. Muy por el contrario, la versión publicada confirma, con mayor precisión y de manera dogmática, lo que el *Manuscrito* anticipa de modo más coloquial, con mayor claridad y dando mayor contexto a cada una de las ideas. El lector atento confirmará lo que ya parece surgir de estas reflexiones: que el *Manuscrito de Ginebra* es el mejor “comentario” que existe al ya conocido *Contrato social*. Un comentario del propio Rousseau. Una buena edición del *Contrato* debería incluir referencias al *Manuscrito*, a fin de comprender mejor lo dicho en la versión definitiva.

La versión castellana del Manuscrito de Ginebra con la que trabajamos es, principalmente, la de Vera Waksman, publicada en el número 3 de la revista “DEVIS MORTALIS: cuaderno de filosofía política”, año 2004, Universidad de Buenos Aires. La obra está traducida por Waksman y está precedida por una introducción de la misma autora. También presenta una traducción del artículo de Denise Diderot “Derecho natural”, de 1755, publicado por primera vez en la “Enciclopedia”, tomo V.

La versión francesa que utilizamos es la de Robert Derathé: “Jean-Jacques Rousseau, Du Contrat social, précédé de Discours sur l’économie politique et de Du Contrat social, premiere version, et suivi de Fragments politiques, texte établi,

présenté et annoté par Robert Derathé”, Gallimard, 1964.

Antes de su muerte, Rousseau confió sus manuscritos no publicados a su amigo Paul Moulou. Esos manuscritos fueron cuidados por la familia, hasta que por intermedio de su nieta Mme. Streckeisen-Moulou, y de su bisnieto George Streckeisen, el *Manuscrito de Ginebra* llegó a la Biblioteca de Ginebra.

Dice Derathé: “La primera versión del Contrato social es un manuscrito autógrafo de Rousseau, que George Streckeisen-Moulou donó a la Biblioteca de Ginebra en 1882, y que, casi inmediatamente, Eugène Ritter, profesor de la Universidad, dio a conocer al público en un artículo del *Journal de Genève* (suplemento del 14 de abril de 1882)”²⁶. Esa versión fue publicada también por Alexeiev en Moscú, en 1887, y por la editorial Dreyfus-Brisac en su edición del Contrato social, en París, 1896. También por Vaughan en su obra clásica *Political Writings of J.J. Rousseau*, Manchester, 1915.

La primera versión del “Contrato social” (el *Manuscrito de Ginebra*) pasó 120 años en la oscuridad, y de alguna forma sigue estándolo. En las ediciones castellanas de la obra clásica, esa primera versión no se incluye. En las ediciones francesas se suelen incluir el famoso *capítulo II del libro primero*, que llama nuestra atención, la sexta carta de las *Cartas desde la montaña*, y el resumen del Contrato social que figura en las últimas páginas del *Emilio*²⁷. En Buenos Aires, sólo conocemos al Manuscrito gracias a la versión citada de Vera Waksman. También existe una versión castellana de José Rubio-Carracedo²⁸, de la Universidad de Málaga, con un estudio introductorio, accesible por internet, que también utilizamos.

b) La segunda pregunta ¿por qué eliminó el capítulo segundo?

Si esta primera pregunta que hemos formulado puede ser contestada arguyendo que, diciendo las mismas cosas, Rousseau prefirió el estilo de su versión definitiva para hacer más un “pequeño tratado” que un “ensayo”; surge entonces otra pregunta más inquietante: ¿Por qué el capítulo II del libro primero, con el que se puede decir

²⁶ Derathé, Robert, “Du contrat social”, pág 21, Gallimard, 1964. La traducción es nuestra.

²⁷ Rousseau, J-J, « *Du contrat social ou principes de droit politique* », introduccion, commentaire et notes par Gérard Mairet, Librairie Générale Française, Paris, 2007.

²⁸ Accesible en internet: ver [file:///C:/Users/Horacio/Downloads/Dialnet-ManuscritDeGeneve-190419%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/Horacio/Downloads/Dialnet-ManuscritDeGeneve-190419%20(5).pdf)

que comienza el Manuscrito de Ginebra, fue totalmente eliminado sin dejar rastros, tanto en la versión definitiva como en los otros escritos posteriores de Rousseau?

Esta es la pregunta que ha desvelado a todos los autores y también a nosotros. Nosotros sostuvimos desde el principio una teoría psicológica que puede resultar verosímil para el carácter apasionado, narcisista y desconfiado de Rousseau. Él no quiso darle protagonismo a su ex amigo en el libro más importante de su carrera literaria. Diderot fue su amigo más íntimo, le presentó a sus amigos en París, le dio un lugar para publicar en el tomo V de la Enciclopedia su artículo sobre “Economía política”, y habló con él sobre el aluvión de ideas que había embargado a Jean-Jacques en el camino de Vincennes, en su famosa “epifanía” sobre la sociedad y su efecto sobre el hombre. Al ver la cita de la Academia de Dijon, en el Mercure de France, para que los ensayistas participaran en un concurso tratando el tema de “Si las ciencias y las artes contribuyen a mejorar o a corromper al hombre”, Rousseau había sentido que todas las meditaciones de su vida acerca de la injusticia de las instituciones humanas se agolpaban en su cerebro. Esto sucedió en el camino para ver a su amigo, y en esa charla en la cárcel con Diderot, apresado por su escrito “Carta sobre los ciegos”, tal vez podía haber pasado que no fuera fácil distinguir entre lo que se le había revelado en el camino y lo que luego Diderot había interpretado y le había aconsejado. Diderot era un contemporáneo, un ex amigo y casi un rival, y como dijimos desde el principio, parece que “nadie quiere deber nada a sus contemporáneos”. Si Diderot debía ser excluido del Contrato social, y su influencia en el segundo capítulo del libro primero está en los cimientos de la argumentación y es inseparable de su redacción, entonces el capítulo entero debía ser eliminado.

En ese capítulo Rousseau dice muchas cosas, pero en la estructura general de lo que dice, y en algunas citas literales que realiza, se puede ver que, sin nombrarlo, está polemizando con Denise Diderot. El capítulo no existiría sin esa polémica, pero las ideas que aporta Rousseau, a nuestro modo de ver, valen mucho más que la polémica misma. Diderot no es la “causa” de las ideas de Rousseau: más bien sus ideas son la ocasión de pensamientos de Rousseau de cuyo inmenso valor el propio Jean-Jacques no llegó a tener conciencia. Las tachaduras realizadas en el Manuscrito sobre párrafos enteros (afortunadamente todavía legibles) del escrito original

muestran que la impecable coherencia de la que Rousseau alardeaba en la versión definitiva del Contrato no era tan clara para él en ese escrito de nueve páginas que es el capítulo segundo. Pero la presencia de Diderot, al menos del fantasma de Diderot, no puede ser negada, y sería descubierta por cualquiera que hubiese leído el artículo de este autor sobre el “Derecho natural”, publicado en el tomo V de la Enciclopedia.

Cuando escribió “El contrato social” tenía decidido que esa obra política habría de sellar su reputación para las generaciones venideras. De alguna manera, Rousseau ya sospechaba que “era Rousseau”, es decir, uno de los grandes pensadores de la Ilustración francesa, aun contra la misma Ilustración francesa. Su libro debía ser un clásico. Por eso, él podía citar a Aristóteles, Puffendorf, Hobbes y Montesquieu, pero no podía condescender a una discusión de circunstancias con un compañero y coetáneo cuyo fantasma ya lo rondaba desde muchos años atrás porque se sabía deudor de él en muchos aspectos. Jean-Jacques había escrito mil libelos de circunstancias, incluso muchos con-testando las críticas que recibió cuando se hizo famoso con el “Discurso sobre las ciencias y las artes”. No era esquivo a la confrontación con sus críticos (a los que, sin duda, consideraba muy inferiores a él). Pero “Du Contrat Social” era otra cosa. Ese libro era algo especial. Estaba llamado a ser un clásico y a ser la cifra de todo el pensamiento del pensador ginebrino. Podía Jean-Jacques escribir las “Cartas desde la montaña” para responder a un crítico del “Contrato”, pero ninguna de esas discusiones podía formar parte del propio libro que habría de publicar.

Esta es quizá la razón de que el capítulo II del libro primero del “Manuscrito de Ginebra” haya sido suprimido totalmente en la versión publicada. El capítulo II, entre importantes observaciones, refuta punto por punto el artículo de Diderot sobre “El derecho natural”. Rousseau, una vez escrito ese capítulo “contaminado” por las citas del escrito de su amigo, en algún momento decidió que era más fácil eliminar todo el capítulo que reformarlo para que ese debate desapareciera totalmente del texto. Esta es sólo una de las teorías, pero es una teoría atendible.

El primer capítulo del Manuscrito de Ginebra consta de pocas líneas, de modo que ese áspero segundo capítulo, de retórica implacable, embiste al lector apenas éste comienza la lectura de la obra. El resto del Manuscrito es mucho más legible y ameno que la menos literaria versión definitiva, y si bien no agrega muchas

novedades, hay ciertos párrafos brillantes y adelantados a su época de los que no se debería prescindir. Entre los dos “Contratos sociales” existe un importante paralelismo, una “sinopsis” (como en los tres primeros Evangelios), aun con las considerables diferencias y claridades que aporta cada versión.

Examinemos la autorizada opinión de Robert Derathé: “A nuestro modo de ver, (Rousseau) tenía el menos dos razones, sin recurrir a la presentada por Vaughan , para suprimir este capítulo que se arriesgaba a repetir lo dicho en el Discurso sobre la desigualdad. (Primero): Él había, en efecto, en esta obra, descartado en términos suficientemente claros el principio de la sociabilidad natural como para juzgar, luego de meditarlo bien, que era inútil e inoportuno retornar sobre este tema en el Contrato social. (Segundo): Pero la razón principal es, me parece, el carácter polémico de este capítulo, que es también—sobre este punto todo el mundo está hoy en día de acuerdo—una crítica del artículo “Derecho natural”, de la Enciclopedia. Uno podrá objetar sin duda que Rousseau tiene el hábito de exponer su pensamiento argumentando contra alguien y que, en este respecto, él procede en El contrato social como en sus otros escritos. La refutación de Diderot no sería aquí más inapropiada que la de Hobbes o la de Grocio. Pero esos escritores son clásicos, maestros con quienes es natural discutir en un tratado de derecho político, mientras que Diderot es un contemporáneo cuyos altercados con Rousseau son conocidos por el público. El capítulo suprimido no tenía entonces lugar en una obra en la cual el autor deseaba “incluir únicamente toda la fuerza del razonamiento, sin ningún vestigio de temple o de parcialidad” (“Confesiones”, I, IX)”.

No podemos concordar con la primera razón que aduce Derathé. Él dice que Rousseau, en el Discurso sobre la desigualdad, había descartado en términos claros la sociabilidad natural. Pero, si bien es cierto que en lo metodológico el capítulo sobre la “Sociedad general del género humano” se mantiene dentro de la dimensión de conjetura sobre la realidad que impera en ese discurso, aquello que dice en ese capítulo es bien distinto de lo afirmado en ese Discurso. En el Manuscrito Rousseau da por supuesto el hecho de la corrupción humana desde que el hombre pierde el equilibrio físico y emocional con el entorno que supone el estado de naturaleza. Allí muestra de un modo más crudo el hecho de la “interrelación” humana “sin sometimiento a una ley”, es decir, la barbarie de la “sociedad basada en las mutuas

necesidades”, la barbarie del “homo aeconomicus” que tantos sueñan como un paraíso (me refiero a las utopías anarquistas del día de hoy). En esa “sociedad” no existen ni una estabilidad cognitiva ni una estabilidad moral: toda conducta es reactiva. Las relaciones entre los hombres “no tienen medida, regla ni consistencia”. Veremos este tema en el siguiente apartado.

III.- La falacia de la “sociedad general del género humano”.

a) La idea de una “sociedad general del género humano”.

El famoso capítulo segundo del libro primero del *Manuscrito de Ginebra* lleva por título: “*De la sociedad general del género humano*”. El capítulo está destinado a probar que no existe tal cosa como una “sociedad general del género humano”, al menos una regida por el “derecho natural” de tal forma que en esa “sociedad general” estén vigentes leyes (“naturales”) que protejan al ser humano contra los abusos de los poderosos y que organicen la convivencia social según principios de justicia. Este capítulo está dirigido contra varios autores—entre ellos John Locke²⁹, al que Rousseau admiraba—que imaginan un imperio de la ley natural *sin coerción política* (una idea que persistiría durante toda la época romántica, crecería con las teorías socialistas y marxistas, y que es más fuerte que nunca al día de hoy con toda suerte de utopías anarquistas). Pero de modo puntual y explícito este capítulo polemiza con el artículo sobre “El derecho natural” de Denise Diderot³⁰. Ese artículo figura en la primera edición de la “Enciclopedia³¹”, tomo V, publicado en 1755, págs. 115/116. En ese mismo volumen, pocas páginas después del artículo de Diderot, figura el artículo de Rousseau sobre “Economía Política”.

Los sucesivos nombres que Rousseau dio a este paradójicamente famoso

²⁹ En todos estos casos sabemos que no se puede generalizar. Ni siquiera Locke imaginó un mundo mágico regulado por las leyes de la naturaleza. Al respecto son exageradas pero válidas las anotaciones de Leo Strauss acerca del “caso Locke”. Locke declara seguir una idea de la ley natural semejante a las de los Padres de la Iglesia, que es la doctrina de Hooker, pero cuando se trata de resolver los problemas de la convivencia está más cerca de Hobbes. Cf. “Strauss, Leo”, *Derecho natural e historia*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2014, pág 256 y sigs.

³⁰ Existe una buena traducción del artículo de Diderot, realizada por Vera Waksman, en “Deus Mortalis”, Cuaderno de Filosofía Política, número 3, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, año 2004, págs. 609-613.

³¹ El título completo de la “Enciclopedia” es el siguiente: « *D. Diderot y J. D`Alembert, Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et de métiers* ».

capítulo que eliminó totalmente de la versión final del *Contrato social* ayudan a comprender luego su lectura, que es ardua. En un breve “fragmento político”³², que lo anticipa—los “fragmentos políticos” pertenecen a la obra póstuma de Jean-Jacques y prefiguran en parte sus escritos publicados—Rousseau imagina el siguiente título: “*Del derecho natural y de la sociedad general*”. En el propio Manuscrito de Ginebra, hay un título suprimido (“*biffé*”, dice Derathé, es decir, tachado pero legible). Uno puede inferir que, si está en la misma hoja en que fue escrito el título definitivo, este título tachado debió ser escrito en un tiempo mucho más cercano a la escritura del Manuscrito que el de los fragmentos póstumos, que son fragmentos aislados. Este título tachado dice así: “*Que no existe naturalmente ninguna sociedad entre los hombres*” (“*Qu’il n’y a point naturellement de société entre les hommes*”). Sabemos entonces (y así lo acredita su redacción completa) que el capítulo está destinado a probar que no hay “naturalmente sociedad general” entre los hombres, y que va a hablar también sobre el “derecho natural”.

Según Vaughan³³, el capítulo refuta la existencia del derecho natural, y esa sería la causa de su supresión posterior: porque la estructura del Contrato social exige que exista un derecho natural. Suprimir el derecho natural, según el autor inglés, sería destruir las bases filosóficas del *Contrato social*. Es verdad que el Contrato social exige ese derecho, pero no parece que el Capítulo II refute su existencia (esta es la opinión de Derathé). Rousseau critica la visión de Diderot (y la de muchos autores anteriores) pero de ningún modo refuta el derecho natural. Para Rousseau existe un derecho natural inherente al ser humano que puede ser modificado por el contrato social, pero nunca destruido. El sentido del contrato social es asegurar el derecho natural, no limitarlo. La única limitación surge del respeto al derecho de los demás que el contrato impone mediante la ley. Pero en el estado social sin comunidad política (la hipótesis del capítulo II) son los hechos los que muestran que la “mera naturaleza” no pueden poner en vigencia el derecho natural, que permanece incólume en el agrupamiento humano natural, pero sin vigencia. Lo que sí demuestra el capítulo es que el derecho natural no es tan simple de conocer como otros autores

³² “Fragments politiques”, I, 16, pág. 303 de la edición de “Du contrat social” de Derathé.

³³ Cf Rousseau, J-J, “Du Contrat social”, version de Robert Derathé, introducción al Manuscrito de Ginebra, Gallimard, 1964, Gallimard, 1964. El comentario sobre Vaughan figura en la pág 26. La traducción es nuestra.

parecen pretender, además de que su vigencia sea siempre tan cuestionable.

Para facilitar la comprensión anticipada de nuestro “capítulo”, entonces, repitamos cuáles fueron sus títulos tentativos:

1) “*Del derecho natural y de la sociedad general*”. Es el título que se encuentra en un fragmento político aislado, seguramente escrito en el momento en que Rousseau venía meditando este capítulo y no alcanzó a seguir adelante.

2) “*Que no existe de ningún modo sociedad natural entre los hombres*”. Es el título que figura tachado pero legible en el original del “Manuscrito de Ginebra”.

3) “*De la sociedad general del género humano*”. Repite en este título definitivo las palabras de ese gran orador y escritor que fue Bossuet.

Intentaremos una breve reseña anticipada de lo que sucede en este capítulo (más bien, una reseña de *una teoría plausible* acerca de lo que sucede en este capítulo). Debemos aclarar que Rousseau trabaja con algunos presupuestos tácitos que, al parecer, supone existentes en sus lectores. Pero esos presupuestos no son sencillos de hallar: es precisa una intensa indagación para exhumarlos y dar forma con ellos a un texto que puede comprenderse de inmediato en su exterioridad, pero que a primera vista no entrega sus secretos.

b) *La tesis de Rousseau sobre la “sociedad general”*.

La tesis de Rousseau es la siguiente: “*no existe una sociedad general del género humano*”. Derathé nos provee dos fuentes de esta expresión, verosíblemente conocidas por Rousseau. Esas fuentes nos dan una pequeña idea de su contenido. Una de ellas es de un escrito de Puffendorf. La otra, de un escrito de Bossuet. El primero sostiene que existe entre los hombres, como tales, una “*benevolencia universal*”. Derathé lo cita literalmente así: “Esta benevolencia universal no supone ningún otro fundamento ni motivo que la conformidad de una misma Naturaleza, o la Humanidad³⁴” (“*Droit de la nature et de gens*”, libro II, cap 3, párrafo 18). Bossuet, por su parte—nos informa Derathé—nos da su idea ya en el título de uno de los artículos de su obra “*La politique tirée de l’Écriture sainte*”, que reza como sigue:

³⁴ Cf Rousseau, J-J, “Du Contrat social”, version de Robert Derathé, introducción al Manuscrito de Ginebra, Gallimard, 1964. La cita de Puffendorf figura en la nota 3 a la página 104 del libro, en la página 406. La traducción del texto de Derathé es nuestra.

“De la sociedad general del género humano nace la sociedad civil, esto es, la que corresponde a los estados, los pueblos y las naciones” (artículo segundo del libro I de la citada obra)³⁵.

La sociedad general del género humano sería una sociedad “natural”, que en base a una cierta benevolencia y a la naturaleza “social” (no “política”) del hombre haría posible una convivencia según leyes de derecho natural. Ahora bien, Rousseau no está dispuesto a contradecir las ideas de sus escritos anteriores, y sigue creyendo firmemente en su acierto. En ellos identifica la evolución humana desde el hombre aislado y en consonancia con su entorno físico y biológico, hacia el estado social “inercial” (“entrópico”, se podría decir), en el que tan solo el débil sentimiento de la compasión instintiva detiene la ferocidad humana para que no se aniquilen todos unos a otros. El hombre primitivo es un animal solitario. Derathé cita el *Discurso sobre la desigualdad*, primera parte: “*Es imposible—dice Rousseau—imaginar por qué, en este estado primitivo, un hombre tendrá más necesidad de otro hombre que un primate o un lobo de su semejante*”³⁶. Cuando la primitiva soledad del animal humano se topa con la presencia de los otros humanos y con la necesidad de la asistencia mutua para la satisfacción de los deseos, se desarrollan una corrupción y un egoísmo ineluctables. La diferencia, no conceptualmente visible de inmediato, entre la “sociedad general” y una “sociedad legítima” se muestra, primero, refutando la posible existencia de esa sociedad general. Para esto deberíamos identificar de qué tipo de *relaciones entre los hombres* habla Rousseau cuando critica la idea de la sociedad general. Pero no se trataría tanto de “refutar” como de cambiar una teoría por otra mejor. Cambiar una teoría ingenua por una teoría realista. Describir cómo son las relaciones entre los hombres antes de que, según requisitos que luego habrá de describir (el contrato social), llegue a reinar entre ellos algún tipo de “benevolencia”.

Rousseau, luego de declarar que debemos examinar “de dónde nace la necesidad de las instituciones políticas”, comienza el capítulo con este razonamiento:

³⁵ Cf Rousseau, J-J, “Du Contrat social”, version de Robert Derathé, introducción al Manuscrito de Ginebra, Gallimard, 1964. La cita de Bossuet figura en la nota 2 a la página 103 del libro, en la pág 406. La traducción del texto de Derathé es nuestra.

³⁶ Cf Rousseau, J-J, “Du Contrat social”, version de Robert Derathé, introducción al Manuscrito de Ginebra, Gallimard, 1964. La cita figura en la nota 1 a la página 104 del libro, en la página 406. La traducción del texto de Derathé es nuestra.

“La fuerza del hombre es a tal punto proporcional a sus necesidades naturales y a su estado primitivo, que por poco que cambie este estado y sus necesidades aumenten, la asistencia de sus semejantes se le vuelve necesaria y, finalmente, cuando sus deseos abarcan la naturaleza toda, el concurso del género humano entero apenas basta para saciarlos. Es así como las mismas causas que nos hacen malvados nos hacen también esclavos y nos sojuzgan³⁷”.

En una sola frase Rousseau ha saltado desde el estado de naturaleza primitivo hasta una tiranía universal en la que un solo hombre desea el mundo entero y la humanidad entera no alcanza para satisfacer ese deseo. Los imperialismos, las guerras mundiales, la guerra fría y la ciencia ficción nos han mostrado que ese final apocalíptico no es puramente fantasioso. No se trata de insistir en un optimismo voluntarista e ingenuo. Se trata más bien de idear métodos para evitar que un final como ese se haga realidad; a nuestro juicio, esa es la misión principal de la filosofía política actual (esa fue también la misión de la Ilustración, hoy tan denostada y mal interpretada). Los intentos de dominación mundial han existido, pero todavía ninguno ha tenido pleno éxito. Rousseau ya se ha referido en las últimas páginas de su *Discurso sobre la desigualdad* a una tiranía universal que iguale (“otra vez”) a todos los hombres. Tanto Rousseau como Tocqueville profetizan ese final de igualdad total en la esclavitud si no se construye de modo permanente una política legítima y democrática.

Rousseau considera que, en virtud de la capacidad intelectual del ser humano, sobre todo la imaginación, sus deseos se pueden volver infinitos. Es cierto que la codicia no tiene límites, porque siempre se puede querer más de lo que se tiene, y eso es lo que suele suceder. Cuando esto acontece, la asistencia de los demás se vuelve imprescindible, y como no siempre los demás hombres estarán dispuestos a satisfacer los deseos de otro de buen grado, lucharán para esclavizar a otros o para no dejarse esclavizar. Para que esto no suceda sería necesario someterse a una “instancia superior”, a la cual todo el grupo de personas considere revestida de poder legítimo. Si esa instancia superior es un hombre, volveremos a lo mismo: uno esclavizará a todos los demás para satisfacer sus deseos. Si la instancia superior fuera la “idea” de

³⁷ Cf Rousseau, Jean-Jacques, “*El manuscrito de Ginebra*”, introducción, notas y traducción de Vera Waksman, en “*Revista Deus Mortalis, cuaderno de filosofía política*”, No 3, año 2004, Universidad de Buenos Aires, pág 550.

la unidad o del bien común, podría evitarse esa consecuencia. Porque la idea es impersonal, y por ser idea no hay ningún individuo que esté “por encima” de ella. Pero eso no puede suceder en el estado natural de agregación social:

“(El problema—continúa Jean-Jacques—es que)...entre los motivos que llevan a los hombres a unirse entre ellos por lazos voluntarios, no hay nada que se refiera al designio de la reunión... lejos de proponerse un objeto de felicidad común del que cada uno pudiera sacar la suya propia, el bienestar de uno constituye la desgracia del otro... (y) los hombres solo se acercan entre sí porque todos se alejan del bien general”³⁸.

Pocos párrafos después del inicio que hemos comentado está este comentario, que Rousseau tachó luego, dejándolo legible. Este párrafo, como otro que hay más adelante que también tachó, están en un nivel de abstracción superior a lo que se viene considerando. Pero el comentario es oportuno, porque es precisamente la imposibilidad de “proponerse un objeto de felicidad común” lo que provoca que luchan y se esclavicen mutuamente, en lugar de colaborar. Esa idea de “bien común” es la “instancia superior” de la que hablábamos recién. Pero para someterse a esa idea ya sería necesario (Rousseau todavía no lo dice aquí) tomar la decisión de acordar un pacto social.

Como vemos, Rousseau habla de la “sociedad general” en la cual los hombres sólo se relacionan por sus necesidades mutuas, pero prescinde de la idea de una “benevolencia universal”. Él considera que esa idea de benevolencia ya ha quedado refutada en sus dos *Discursos*. Es la experiencia de la convivencia humana la que la refuta. Pero insiste en la idea de una “sociedad general” *para forzar al máximo el concepto de “sociedad sin pacto social”*. En todo este capítulo se experimenta con esa idea: se consideran todas las hipótesis posibles, incluyendo las condiciones del estado natural primitivo, pero excluyendo la decisión explícita de un pacto social con sumisión a una idea de bien común.

El resultado es fácil de imaginar. Imaginemos nosotros la situación en concreto. Si dos personas que realizan el intercambio más simple no se someten a una idea tácita de bien común (al menos entre ellas dos), en el momento en que uno cumpla su parte del contrato el otro escapará sin cumplir la suya. No hay ninguna

³⁸ Ibid pág 551.

“ley natural” que impida esa conducta egoísta y maliciosa. No hay ningún “*pacta sunt servanda*”, nada que motive a cumplir los pactos. Es cierto que si alguien, por ejemplo, vende un pequeño objeto y se va corriendo con el dinero y el objeto, el comprador lo perseguirá, y probablemente lo golpee y quizá lo mate. Pero también puede matar el vendedor al comprador. De todos modos, siempre se vuelve a lo mismo: la guerra de todos contra todos. Se puede argüir que, previendo que el mal de la lucha y la posible muerte es mayor que el bien que se obtiene defraudando al comprador (esta sería la posición de Locke), el vendedor se abstendrá de estafar al comprador. Ese razonamiento es falso. En el “estado social natural” las conductas son reactivas (como entre los niños o entre los seres animalizados por la guerra o la cárcel). No se piensa en una armonía futura, ni siquiera en una exitosa “realización del contrato”, ni menos en una idea de comerciante de “conservar al cliente”, porque, como bien dice Rousseau, los hombres están aparentemente juntos “pero siguen aislados”. No viven en una verdadera “sociedad”. Rousseau describirá más adelante ese extraño estado de aislamiento en el seno de un grupo humano.

c) Las relaciones humanas en la barbarie.

La ley natural no tiene vigencia alguna si las partes no se someten a una ley que las comprende a ambas. Y en el estado natural, antes de las leyes políticas, los hombres no tienen conciencia del futuro: por eso el vendedor puede salir corriendo sin tener en cuenta las consecuencias. Esto que describimos es lo propio de la barbarie. Sarmiento la ha retratado bien en su libro “Facundo”. La barbarie ha sido extensamente fomentada y defendida por ciertas ideologías nacionalistas y marxistas. En los propios colegios y universidades se adoctrina a los jóvenes en base a las bondades de la barbarie: una suerte de utopía primitivista. Como hemos dicho, está siempre presente el mito de una utopía anarquista que implica la vuelta a un estado de “no civilización casi animal” que haría a los hombres felices. Como vemos—y esto es asombroso—es el propio Rousseau, que ha sido considerado el inventor de la idea del “buen salvaje”, el que argumenta de modo contundente contra la posibilidad de ese “paraíso” para un hombre que ya ha salido para siempre de su estado natural. Aquí descubrimos la infinidad de malentendidos que esa lectura pobre de la obra del

ginebrino ha provocado. Los anarquistas y socialistas del siglo XIX se encargaron de llevar al extremo las locuras derivadas de esa falsa utopía, con consecuencias políticas y humanitarias catastróficas.

En la “barbarie” del “hombre conviviendo sin contrato social” no se llega a adquirir la posibilidad del conocimiento. No sólo no se puede sentir el valor de la palabra empeñada o de la compasión. Rousseau no lo dice, pero lo sugiere: en el estado de barbarie las relaciones son “reactivas”, se reacciona a la acción del otro, pero no se puede organizar ninguna acción colectiva. Todas las acciones son estrictamente individuales, y en general se alejan muy poco de la animalidad. Tampoco es posible conceptualizar ni conocer la permanencia de las cosas en su identidad y su modo de ser. Así describe el filósofo ginebrino las “relaciones de barbarie”:

“De este nuevo orden de cosas (la agregación humana por las necesidades mutuas) nace una cantidad de relaciones sin medida, sin regla, sin consistencia, que los hombres alteran y cambian continuamente; mientras cien trabajan para destruirlas, uno trabaja para establecerlas. Y como la existencia relativa de un hombre que está en el estado de naturaleza depende de otras mil relaciones que están en un flujo continuo, no puede nunca estar seguro de ser el mismo durante dos instantes de su vida; la paz y la felicidad no son para él más que un destello; nada es permanente, salvo la miseria que resulta de todas esas vicisitudes”.

La primera lectura de este párrafo produce (al menos a nosotros nos produjo) una gran perplejidad. No se entiende esa agregación de hombres por sus necesidades mutuas que “ni siquiera están seguros de permanecer los mismos”. Esto se debe, como hemos dicho, a la falta de una “instancia superior”. Rousseau ha dicho en nuestra cita anterior: “no hay nada que se refiera al designio de la reunión... (a la) felicidad común”. Las relaciones son puramente animales y casi simétricas, si las fuerzas son equivalentes. Son como un espejo, o una pirámide. Como en una manada de animales organizada de modo jerárquico, en la que un macho somete a los demás (pirámide) e iguala a los de abajo. O como un perro mordiendo a otro perro (espejo). El perro A muerde al perro B, y éste reacciona mordiendo al perro A. Eso puede durar infinitamente. Probablemente uno de los dos perros desista de la pelea, pero algunos animales siguen la lucha hasta el fin. Pero como hemos visto, en ese tipo de

relación no se tiene conciencia del futuro. Si se pensara en ese futuro, se detendría la lucha. En el futuro están, o bien la convivencia armoniosa de ambos animales, o bien la muerte de ambos, porque uno muere y el otro queda tan herido que probablemente también muere. Pero nunca se representarán esa idea (a veces puede ser la ley natural del instinto la que impida la pelea, pero nunca una consideración de las consecuencias). Parece ser esa la idea de Rousseau, que es tremendamente cruda. El hombre sin contrato social, al menos sin un mínimo contrato social legítimo, continúa siendo “un animal estúpido”.

Esa cruda realidad, incluso entre los humanos, está a la vista de todos nosotros. Es muy evidente en instituciones o circunstancias en donde impera la ley del más fuerte; por ejemplo, las cárceles, los colegios (los niños comienzan así sus relaciones, que luego se harán poco a poco más “sociales”), las zonas suburbanas marginales alejadas de todo control estatal y, sobre todo, las zonas de guerra. Los lugares donde, a raíz de una costumbre inmemorial, todavía rige la ley de la “vendetta”, que es una venganza privada (es decir, “no social”, sino “inter-individual”, o “inter-familiar”) hay niños o jóvenes que deben vivir encerrados porque otros han decidido que ellos deben pagar los crímenes de sus padres o sus abuelos, y deben ser asesinados. Esas son formas de esa barbarie que algunos, en nuestra comunidad educativa, imaginan como un edén. Rousseau habla con crudeza de la realidad, no imagina paraísos en donde impere la ley natural. Porque tal cosa no existe, nunca existió ni nunca existirá.

En suma, aclaremos la idea. Esas relaciones—esta es nuestra propuesta para leer el capítulo II—que surgen “de las necesidades mutuas”, más que “sociales”, deberían llamarse “interindividuales”. Normalmente, las relaciones interindividuales se dan en un contexto social: todos tenemos relaciones personales hasta cierto punto irreductibles a conceptos o a expectativas generales, como son irreductibles las personalidades de quienes intervienen en la relación. Pero los conceptos con los cuales las personas se conocen mutuamente: persona-cosa, hombre-mujer, joven-viejo, amigo-pariente, compañero de trabajo-transeúnte, etc.; y los conceptos que sirven para entender el entorno y para la comunicación: el lenguaje, las leyes simples de la física, el día y la noche, el país en que estamos, el lugar, los temas de conversación, etc.; todos esos conceptos vienen de la sociedad, y no de la

individualidad íntima ni de la animalidad. Tienen esos conceptos también una referencia al pasado y al futuro. En la vida social existe el tiempo. Las relaciones interindividuales se dan, entonces, en un entorno de conceptos sociales, y requiere cierto trabajo escindir ambos lenguajes.

En el caso que Rousseau está analizando todo eso no existe. El entorno no es social, sino que sigue siendo un entorno “natural”, un entorno de la primacía del más fuerte físicamente o del más astuto (en términos también naturales, es decir, animales). Y cualquier expectativa que se extienda en el tiempo, por más efímera que sea, es frustrada inmediatamente por el aprovechamiento egoísta del que debería acatar esa expectativa. Esperar algo de alguien, creer en una promesa, hacer un favor, es caer en una ingenuidad que puede costar la vida en el contexto de un grupo humano meramente animal. Si A no puede creer en B, porque le puede costar la vida, es evidente que tampoco B podrá creer en A.

Hemos visto que, en base a estas consideraciones, no existe algo así como una “sociedad general” que alcance a todos los seres humanos por el simple hecho de serlo. Ahora bien, si no hay sociedad, entonces el decir que las relaciones no son “sociales” podría parecer una petición de principio. Parece una cuestión meramente semántica. Pero entre los hombres primitivos hay relaciones de algún tipo, se llamen o no “sociales”, y Rousseau declara que ellas, en principio, los hacen infelices. Pues bien, Rousseau, para evitar esa petición de principio, ofrece—como acabamos de sugerir—una descripción alternativa de esas relaciones entre los hombres que es asombrosa. No basta con dudar de las “relaciones sociales benevolentes”. Es necesario describir con crudeza esas relaciones “no sociales” y “no benevolentes”. Las relaciones entre los hombres que meramente se derivan de las necesidades mutuas—que no son estrictamente “sociales”—son caóticas y no están sometidas a reglas, como hemos visto, porque para que existan reglas es necesario que los hombres “establezcan una relación con el todo”, para la cual carecen de motivación natural. Lo social no es instintivo, no viene del hombre en cuanto puramente natural. Y esta frase es casi una tautología. Eso no excluye que nosotros—aunque Rousseau no lo hace en esta obra de modo explícito—podamos imaginar una gradación entre lo puramente animal y lo social. De hecho, las personas que se “animalizan” en las cárceles, en los campos de concentración, en los ejércitos o los niños que lo hacen en

los colegios son seres sociales, y se acercan a la animalidad por circunstancias especiales. Pero lo que eso nos muestra es que la animalidad, la barbarie está siempre a la vuelta de la esquina. La historia de todas las sociedades prueba esto una y otra vez. Imaginar un hombre “bueno” en circunstancias de ausencia de control legal y estatal es un verdadero disparate.

Hemos visto que, si las relaciones son solo entre los individuos como tales, no hay nada “superior” que los una. Una regla que regimenta la relación entre personas no surge sólo de su necesidad, sino de la “lealtad” que han decidido prestar a una idea superior. Fuera de ese mundo, siempre débil y siempre en construcción, de los contratos sociales, las relaciones “interindividuales” de “hombres-animales” son múltiples, caóticas e ininteligibles. No hay normas sociales estables y no hay expectativas que regule la convivencia. El propio hombre no llega a constituirse como tal porque el flujo y cambio continuo de las reglas no solo comprende a la conducta: también comprende al conocimiento. El hombre no llega a conocerse a sí mismo porque no puede hacer un concepto de sí mismo, lo cual requeriría de una estabilidad en las relaciones con el entorno; requeriría, podría decirse, de “reglas de observación o de conocimiento”.

d) La inasible edad de oro.

Como consecuencia, Rousseau admite que “la edad de oro” entre los humanos se ha vuelto inalcanzable.

“Imperceptible para los estúpidos hombres de los primeros tiempos, desvanecida para los hombres esclarecidos de los tiempos posteriores, la vida feliz de la edad de oro fue siempre un estado ajeno a la raza humana, bien por haberla desconocido cuando podía gozar de ella, bien por haberla perdido cuando habría podido conocerla”.

La idea del “buen salvaje” (nos atrevemos a decir) fue quizá solo un “slogan”. No hay buen salvaje ni felicidad animal. Lo que sí existe es una conjetura muy poderosa para encontrar en el hombre, o en los sótanos de su mente, ese equilibrio con su entorno natural que le hizo posible la supervivencia antes de la creación de cualquier técnica. Eso se da por grados: hay grados de equilibrio con el entorno

natural y grados de armonía con el entorno social. Ambos equilibrios son imposibles, pero nos sirven como “ideal regulativo” (según la expresión kantiana) para conocernos mejor a nosotros mismos.

Rousseau, a continuación, ensaya la conjetura de una convivencia con los demás hombres sin perder el estado de inocencia. Sabemos que ese escenario es imposible, según lo dicho una y mil veces por el ginebrino. Sin embargo, es importante ese experimento mental. A nosotros nos aclara sus ideas, y nos aleja aún más de toda pretensión utópica. Podemos llamar a este argumento “la ultra-actividad de la inocencia”:

“Más aun—dice Rousseau—esa perfecta independencia y esa libertad sin regla, aunque hubieran permanecido unidas a la antigua inocencia, habrían tenido siempre un vicio esencial y dañino para el progreso de nuestras más excelentes facultades: a saber, el defecto de esa unión de las partes que constituye el todo. La tierra estaría cubierta de hombres entre los cuales no habría casi ninguna comunicación; nos tocaríamos en algunos puntos sin estar unidos por ninguno; cada uno permanecería aislado entre los otros y no pensaría más que en sí mismo; nuestro entendimiento no podría desarrollarse; viviríamos sin sentir nada, moriríamos sin haber vivido... ”.

Vemos aquí que, aun sin no hubiese agresividad en los humanos que comienzan a convivir, su vida no valdría la pena, porque no se volverían realmente humanos. Aquí no se puede evitar pensar que algo cambió en las ideas de Rousseau. Porque la vida aislada parecía ser una vida relativamente “feliz”. Ahora vemos que el hombre está destinado a una felicidad mayor, una felicidad con el desarrollo de sus facultades. El hombre no ha nacido para ser un mero animal. Sus facultades deben desarrollarse, y si bien el progreso social lo somete a terribles peligros, no hay más remedio que atravesar ese riesgo para ser un ser humano completo. El hombre en su estado animal, sin el desarrollo que supone el estado social (sólo asequible por el contrato social), nunca será feliz, porque su vida no será una verdadera vida humana. La proximidad física con otros no lo redimirá del puro aislamiento. Al no tener contacto verdadero con los demás—podríamos agregar nosotros—tampoco tendrá un contacto verdadero consigo mismo. Aun después de los dos Discursos, se puede apreciar aquí que el hombre no ha sido creado para vivir solo.

Rousseau, pocos párrafos después de lo anterior, expone otro argumento, ahora sí debatiendo directamente con Diderot. Se trata de la idea de que:

“Es falso que, en el estado de independencia—Rousseau parece cuidarse de decir “libertad”, palabra que en general guardará para la libertad civil que se obtiene con el Contrato—la razón nos lleva a colaborar con el bien común por nuestro propio interés. El interés particular y el bien general, lejos de aliarse, se excluyen mutuamente en el orden natural de las cosas”.

De modo que la razón tampoco ayuda a que se cumplan las leyes. Diderot, en su artículo sobre el “Derecho natural”, había inventado un personaje llamado “razonador violento”. Este razonador es supuestamente un hombre racional que hace daño, pero da argumentos para hacer ese daño. El argumento principal es como un contrato social al revés. Dice que no puede dejar de hacer ese daño, pues la naturaleza se lo exige. Si su felicidad depende de la desgracia de los demás, no puede evitar provocar esa desgracia:

“Siento que llevo el espanto y la confusión en medio de la especie humana— escribe Diderot—pero es preciso que yo sea desgraciado o que haga a la desgracia de los otros; y nada me es más querido que yo a mí mismo. Que no se me reproche esta abominable predilección, no es libre. Es la voz de la naturaleza... ”.

A esto responde Diderot que el hombre no es solo un animal, sino un animal que razona; y que posee los medios para descubrir la verdad. Y aquél que se rehúsa a buscarla renuncia a su calidad de hombre y debe ser tratado por el resto de la especie como una bestia feroz; y que, una vez descubierta la verdad, quienquiera que rehúse conformarse a ella es insensato o malvado de una maldad moral. El argumento tiene algo de socrático al principio: el conocimiento lleva a la virtud. Pero luego pierde ese carácter.

Rousseau, al comentar esta idea, cita literalmente algunas palabras del “razonador violento”, pero sin nombrar a Diderot. Ahora Rousseau se dedica a refutar esa idea de que no sería la naturaleza, sino la razón misma, sin ayuda de la política (porque la política ya “supone” a ese derecho natural) la que pone en vigencia el derecho natural. Ya no se trata de la “permanencia de la inocencia originaria” en la comunidad humana (que vimos que fracasaba como ordenación social). Ahora es la razón misma la que, por su sola fuerza, parece exigir al

razonador violento que cese en su furia dañina, que éste justifica en el peligro cierto de la furia de todos los demás hombres contra él. Rousseau reproduce las palabras del razonador violento y las lleva más allá, mostrando que, en el fondo, tiene razón. Podemos llamar a este argumento (recordando a Hegel, que siempre hablaba de que “la idea no es impotente”—pero para contradecirlo) el de la “impotencia de la razón”. Dice Rousseau:

“Es en vano—podrá agregar (el razonador)—querer conciliar mi interés con el de otro; todo lo que vosotros me decís acerca de las ventajas de la ley social podría ser bueno si, mientras que yo la observara escrupulosamente ante los demás, pudiera a mi vez estar seguro de que todos la observarán ante mí. Pero ¿qué seguridad podéis vosotros darme en este sentido? ¿Y puede ser peor mi situación que verme expuesto a todos los males que los más fuertes querrán causarme, sin osar desquitarme con los débiles? O me dais garantes contra toda empresa injusta, o no esperéis que me abstenga a mi vez... ”.

Luego Rousseau descarta la ayuda que podría prestar la religión, y medita sobre la voluntad general, criticando también de modo directo la idea de ella que Diderot presentó en su artículo. Todo esto, sin embargo, lleva al famoso “voluntarismo” de Rousseau en este capítulo. Podemos pensar en cierto “decisionismo”, pero no es un decisionismo arbitrario que lleva a la dictadura, sino todo lo contrario: la decisión fundamental de concordar con los demás en la decisión de someterse, como venimos diciendo, a una “idea” que los supera a todos. La decisión de cambiar la conducta reactiva e irracional por una idea superior que los guiará en sus relaciones recíprocas. La idea provendrá de la voluntad general, pero esa voluntad surgirá del trabajo de la razón (“en el silencio de las pasiones”, coinciden Diderot y Rousseau en sus escritos), y llevará trabajo y tiempo. Es un acto de la voluntad, y no la entropía de la ley natural, la que establece esta separación entre la animalidad en grupo y la comunidad que intenta sobrevivir sobre la base de cierta colaboración (para usar la expresión de Rawls).

Por fin, dice Rousseau, recapitulando y dando un salto hacia su verdad política:

“Pero, aunque no haya sociedad natural y general entre los hombres, aunque lleguen a ser desgraciados y malvados cuando se vuelven sociables, aunque las leyes de la justicia y de la igualdad no sean nada para aquellos que viven al mismo tiempo

en la libertad del estado de naturaleza y sometidos a las necesidades del estado social, lejos de pensar que no hay ni virtud ni felicidad para nosotros y que el cielo nos ha abandonado sin más a la depravación de la especie, esforcémonos por sacar del mismo mal el remedio que debe curarlo. Por medio de nuevas asociaciones, corriamos, si es posible, la falla de la asociación general”.

El resto de la historia es conocido. El capítulo tercero tiene un inicio muy parecido al del Contrato social “oficial” y describe de modo muy parecido su mecanismo. Hemos encontrado, tal vez, una “transición” entre el severo Discurso sobre la desigualdad y el jurídico y dogmático Contrato social. En este escrito analizado, pensamos que Rousseau ha dado otra “vuelta de tuerca” al problema de la antropología filosófica y su relación con la legitimidad política. De cualquier modo, el “paseante solitario” que solía caminar por toda Francia nos deja muchas ideas capaces de convencernos de que es muy poco prudente subestimar a los grandes pensadores clásicos, porque siempre abren “nuevos senderos” de manera inesperada.

**EL CABILDO ABIERTO DEL 22 DE MAYO DE 1810
CONTRAPUNTOS ENTRE LOS PRIMEROS ABOGADOS DEL ESTADO
SUS IMPLICANCIAS EN NUESTROS DÍAS³⁹.**

Por Agustín Bonaveri.

Sumario: I.- Introducción a los días de mayo; II.- La importancia del Cabildo. Relevancia jurídica; III.- Los votos y las ideas jurídicas que los sustentan; IV.- De dónde venimos y hacia dónde vamos en la Abogacía del Estado.

I.- Introducción a los días de mayo.

La Semana de Mayo tiene para el pueblo argentino una significación muy importante. Como resultante de ello, el día 25 de mayo es, junto con el 9 de julio, la fecha patria por excelencia.

No obstante, por diversos motivos, los sucesos acaecidos en aquellos días de mayo de 1810 pueden quedar borrosos o confusos en el conocimiento popular, a pesar de haber sido y continuar siendo, una manifestación central del pueblo argentino.

Los hechos revolucionarios plasmados en esos días fueron consecuencia de un proceso que reconoce diferentes causas, de carácter económico, político y social fundamentalmente.

En esta exposición es mi intención resaltar un aspecto no muchas veces recordado, que guarda relación con las ideas jurídicas y filosófico-políticas que se desplegaron en aquellos días y además, intentar hacer un puente al presente de la Abogacía del Estado, plasmada en la actividad diaria de los abogados del Estado que

³⁹ El presente trabajo es una versión escrita de la conferencia dictada el 22 de mayo de 2019 en el marco de la “Jornada El Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810 y el nacimiento de la Abogacía del Estado. Un abordaje para saber de dónde venimos y hacia dónde vamos” en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, Procuración del Tesoro de la Nación.

*Profesor Universitario. Especialista en Derecho y Economía Ambiental (Universidad Carlos III-Madrid). Forma parte del Cuerpo de Abogados del Estado (Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación). Director General Técnico, Administrativo y Legal del Ente de Turismo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

integran la Procuración del Tesoro de la Nación y los servicios jurídicos permanentes de las distintas jurisdicciones y entes nacionales.

A efectos de una mejor comprensión de los hechos que acaecieron en la denominada Semana de Mayo, es menester recordar el contexto histórico y los acontecimientos que desencadenaron la gesta revolucionaria en El Plata.

Para ello, es necesario recordar la situación que se vivía en Europa.

Por una parte Inglaterra había alcanzado un gran desarrollo económico tras la Revolución Industrial y procuraba mercados para sus productos y mercancías. Por su parte, Francia, bajo el gobierno de Napoleón y en pugna con Inglaterra por la supremacía en Europa, había realizado un bloqueo continental y, con ese plan, decidió invadir Portugal, solicitando a España el permiso para el paso de sus tropas hacia el país lusitano, aliado de Inglaterra.

Ahora bien, las tropas napoleónicas no sólo pasaron por España sino que decidieron quedarse allí. Entonces se produjo la denominada “Farsa de Bayona”, por la cual Fernando VII y Carlos IV fueron convocados por Napoleón a esa ciudad francesa, fronteriza con España, y luego detenidos. Entonces el Rey Carlos IV fue forzado a abdicar el trono en favor de su hijo Fernando VII y éste luego cedió el trono a Napoleón quien designó a su hermano, José Bonaparte, como Rey de España.

Ante la ausencia del Rey Fernando VII se formó en 1808 una Junta Suprema de Gobierno, que era un órgano de regencia. Posteriormente se trasladó a Sevilla, bajo el nombre, un tanto presuntuoso, de Junta Suprema de España e Indias.

Ahora bien, el día 14 de mayo de 1810 arribó al puerto de Buenos Aires un buque proveniente de Gibraltar trayendo las noticias de la caída y disolución de la Junta de Sevilla, tras la derrota de las tropas españolas por las francesas en ese bastión ibérico del sur de la península. Noticias similares llegaron desde Montevideo, informando que los diputados de la Junta habían constituido una Junta en Cádiz.

Es en este estado de cosas, alertando el peligro de una eventual invasión napoleónica en estos dominios de España y la necesidad de prepararse para la defensa, donde los revolucionarios encontraron el fundamento para iniciar su acción. Por cierto, el peligro alegado era más un pretexto para el inicio de la revolución, que un hecho de probable ocurrencia.

Por una parte Saavedra, como jefe del regimiento de Patricios, proponía

deponer al virrey Cisneros; en tanto Castelli y sus seguidores –Moreno, Belgrano, Paso, entre otros- se inclinaban por la realización de un Cabildo Abierto para tratar tan grave asunto. Se impuso la segunda de las opciones.

II. La importancia del Cabildo. Relevancia jurídica.

El Cabildo, también llamado ayuntamiento o concejo, era una institución medieval que, con la conquista y colonización de las Indias, se trasplantó y gravitó como eje del poder de las élites locales en las ciudades coloniales.

Esta institución cumplía funciones de gobierno de carácter local o municipal de muy diversas temáticas: salubridad, defensa de la ciudad a través de milicias, fijación de precios de venta de productos y servicios, regulación de los oficios, justicia en primera instancia, entre otras.

El Cabildo de Buenos Aires había sido fundado por Juan de Garay en 1580 como institución para atender las necesidades más básicas del incipiente asentamiento. De hecho no tuvo edificio propio hasta comienzos del siglo XVII, realizándose hasta entonces las reuniones en las casas de los cabildantes.

El Cabildo podía funcionar bajo dos formas: mediante sesiones ordinarias o abiertas. La primera de ellas era la más común y sólo participaban los miembros de esa corporación: alcaldes, regidores, escribano, alguacil, alférez real, etc. Pero en algunas ocasiones extraordinarias, a saber, invasiones a la ciudad, catástrofes naturales, epidemias, como también decisiones relevantes para la comunidad local, como la construcción de obras de envergadura, tales como puentes u otras obras de ingeniería, se convocaba también a participar a los vecinos de la ciudad bajo la modalidad de Cabildo Abierto.

Es menester recordar que el término vecino en el siglo XIX no tenía el mismo sentido que tiene hoy día, entendido como todo habitante que tiene su residencia o domicilio en la ciudad.

Este hecho no era suficiente al momento de la Revolución de Mayo, ya que para ser considerado vecino en aquellos días se debía tener casa poblada, armas y caballos y una residencia continua de varios años en la ciudad, toda vez que el título

de vecino se daba en función de la defensa que podía –y debía- hacer de la ciudad, a través de sus recursos.

Si bien desde el Cabildo se cursaron cuatrocientas cincuenta invitaciones a las autoridades y a los vecinos –la parte “más sana y principal del vecindario” de la Ciudad-, también French y Beruti distribuyeron invitaciones entre los criollos. Además, como líderes de las milicias, ejercieron el control sobre quienes ingresaban al Cabildo, lo que da cuenta del carácter particular de aquel Cabildo Abierto, inmerso, indudablemente, en un clima revolucionario.

III. Los votos y las ideas jurídicas que los sustentan.

Los debates jurídicos y políticos que se desarrollaron en el Cabildo Abierto del día 22 de mayo de 1810 pueden resumirse en algunas ideas centrales expresadas en los votos de Lué y Riega, Castelli, Villota y Paso.

De este modo, puede plantearse un *iter* discursivo a través de los contrapuntos que estos oradores efectuaron ese día, sin perjuicio de otros votos que, a mi criterio, no resultan tan prístinos e ilustrativos de las diferentes ideas jurídico-políticas expresadas, no obstante su valor en tanto voto en sí.

La cuestión a definir en el Cabildo Abierto era, primeramente, si había cesado la autoridad del virrey y, en caso afirmativo, quién debía reemplazarlo.

Partiendo de esta cuestión, corresponde señalar que el primer orador fue el obispo de Buenos Aires Benito Lué y Riega, español, quien se manifestó por la continuidad del Virrey Cisneros y con ello de la dominación española en estas tierras. Fundamentó su voto diciendo que, mientras existiese un representante del Rey, tanto en España como en estas tierras, ello era suficiente para que se lo obedeciera y continuara el *statu quo* reinante. Así, la Junta conformada en Cádiz resultaba una institución legítima para mantener la obediencia al Rey Fernando VII y en consecuencia, al Virrey Cisneros. Vale decir, aunque un solo representante de la Junta arribase a tierras americanas lo deberíamos recibir como al soberano, expresó.

Frente a esta postura del obispo Lué, se expresó Juan José Castelli, abogado, quien expuso, a mi criterio, el argumento central y más fuerte para proceder al cese de la autoridad del Virrey en el Virreinato del Río de la Plata y organizar el primer

gobierno patrio. Dicha idea es la de la retroversión de los derechos de soberanía en el pueblo.

Esta idea encuentra su fundamento en la *vacatio regis* o ausencia del rey. Tiene origen en la doctrina escolástica del siglo XVI, en la tesis de Mariana y Suárez, y se sustenta en el cambio de doctrina del origen del poder. Tradicionalmente se entendía que el poder provenía de Dios y desde allí al Rey, y que este lo imponía sobre el pueblo o la comunidad. Por el contrario, las ideas de la Modernidad habían modificado la cuestión del origen del poder del monarca: no era que éste lo recibía de Dios, sino que el poder, originario en Dios, se trasladaba a la comunidad, y que era la comunidad o pueblo quien se lo otorgaba al rey.

De este modo, si acaecía algún supuesto por el cual el rey perdía ese poder, éste regresaba a la comunidad, quien entonces definía a quien otorgárselo nuevamente.

Castelli señaló que, en primer término, la ausencia del Rey Fernando VII, tras la “farsa de Bayona” pero fundamentalmente la disolución de la Junta Central de Sevilla, había extinguido la autoridad real, y hasta tanto ella se recobrase, por la reincorporación al trono del Rey Fernando VII, su poder retrovertía en la comunidad, que era el pueblo reunido aquel día en Cabildo Abierto. En definitiva, el pueblo de Buenos Aires debía asumir la soberanía ya que tras la disolución de la Junta Central el Consejo de Regencia carecía de las atribuciones de representación, ya que los poderes de aquélla eran indelegables.

Indudablemente, además de estas ideas escolásticas, subyacían, en todo el movimiento revolucionario, las “nuevas ideas” introducidas por la Ilustración y, fundamentalmente, el pensamiento roussoniano que, en muchas ocasiones, llegaba en forma oculta al Río de la Plata. Una modalidad empleada en la época era esconder dentro de un libro mayor ahuecado en su interior un libro más pequeño y más interesante en la génesis intelectual de la Revolución, como podría ser, por caso, *El contrato social* de Rousseau.

Además, la Independencia de los Estados Unidos en 1776 y la Revolución Francesa en 1789 constituyeron hitos conductores de la Revolución, tornando posible un cambio político y social que, antes de aquellas gestas, hubiera resultado inimaginable.

Frente al fortísimo argumento planteado por Castelli salió al cruce un prestigioso abogado, el fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires, Manuel Villota. Las Audiencias eran el más alto tribunal judicial de apelación en América y por sobre ellas, sólo estaba el Consejo de Indias en la Península. En virtud del alto cargo que ejercía, Villota estaba versado en el derecho y también en la técnica de la argumentación. Era, por cierto, pro español.

Así, frente a la contundencia de lo expresado por Castelli, planteó una cuestión no menor: ¿por qué Buenos Aires se arrogaba la representación de todo el Virreinato? En efecto, si la soberanía retrovertía en el pueblo, entonces deberían todas las ciudades del Virreinato enviar a sus representantes para que expresaran su parecer respecto a las dos cuestiones en danza.

El voto del fiscal Villota planteaba un argumento también muy fuerte, no ya vinculado al fondo del asunto a resolver, sino más cercano al procedimiento y a la competencia de quién o quiénes estaban habilitados para hacerlo.

Además, señala una idea que también es muy interesante, aquella vinculada con el concepto de Nación: en el Virreinato habría una Nación con una única soberanía y sería todo el pueblo del Virreinato quien estaría en condiciones de definir su futuro, en calidad de titular de esa soberanía. Esta es una cuestión no menor en la formación de nuestro Estado, en donde puede hablarse de un concepto de Nación anterior a las provincias, el cual no condice con la tesis predominante en donde las provincias anteceden y conforman a la Nación.

Fue entonces cuando apareció en escena Juan José Paso, también abogado, quien logró zanjar la cuestión apelando a la metáfora de Buenos Aires como la “hermana mayor” del resto de las ciudades del Virreinato quien, ante la situación de grave peligro que vivían las Provincias Unidas, debía intervenir presurosamente para proteger y preservar a todas las ciudades.

Esta idea de “la hermana mayor” en verdad no era algo novedoso, sino que era la expresión de un concepto jurídico que tenía su origen en el derecho romano, además conocida por los letrados patrios: la “gestión de negocios”. Mediante este cuasi contrato, se supone la voluntad de una de las partes —en este caso las ciudades del Interior- frente a la decisión que en beneficio de ellas toma una sola de las partes, esto es, el pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. Ahora bien, la decisión del Cabildo

de Buenos Aires debería convalidarse, señaló Paso, con la participación del resto de las ciudades. Esto es, una suerte de subsanación de lo actuado, principio reconocido en el Derecho Administrativo.

Hubo muchos votos que fueron adhiriendo a una u otra postura. Destaco, entre ellos, el voto de Cornelio Saavedra, que enfatizó que “es el pueblo quien confiere el mando”, sentando con ello, incipientemente, el principio de soberanía del pueblo. Por otra parte, el voto de Pascual [Ruiz Huidobro](#), también militar como Saavedra, quien votó por la destitución del virrey Cisneros, tras haber cesado en su cargo el Rey Fernando VII, en cuya representación gobernaba.

Finalmente, tras una larga jornada, expresaron su opinión, a través del voto, los vecinos congregados en el Cabildo Abierto del 22 de mayo: hubo 162 votos por la destitución del virrey Cisneros y 64 a favor de su continuidad. En virtud de ello, se decidió que el poder pasaría del Virrey al Cabildo de la ciudad de Buenos Aires, entendido como el pueblo de la ciudad, quien establecería el modo de designación de una Junta de Gobierno, la primera en estas tierras.

IV.- De dónde venimos y hacia dónde vamos en la Abogacía del Estado.

Determinar con precisión el día exacto en que nace la Abogacía del Estado es emprender una tarea de muy difícil conclusión. No obstante, sí es posible emprender una búsqueda de sus inicios, entendido como un proceso de gestación de una labor que tiene, entre sus principales valores, la defensa del Estado desde el Derecho –va de suyo que también puede defenderse al Estado desde las armas-, pero aquella defensa a la que me refiero es más sutil, menos impactante, aunque no menos importante.

Si se entiende a la Historia en términos de proceso y al Derecho como un producto de la cultura humana y, por tanto, atravesado por la Historia, será posible señalar que los hechos acaecidos en el Cabildo del 22 de mayo de 1810, las discusiones y las ideas jurídico-políticas que las sustentaron (donde los abogados ocuparon un rol protagónico, casi exclusivo), constituyeron un hito muy relevante para marcar el inicio de esta tarea que, continúa en nuestros días, con otros modos, institucionalizada a través de la Procuración del Tesoro de la Nación, pero que puede

encontrar, en aquellos abogados de la Revolución de Mayo, una fuente inspiradora imperecedera. Fueron argumentos jurídicos, expresados por abogados, lo que determinó el inicio de la gesta emancipadora: la retroversión de los derechos de soberanía, la imposibilidad de subdelegar potestades de la Junta Central en el Consejo de Regencia, la gestión de negocios como cuasi contrato y la subsanación posterior de lo actuado por Buenos Aires por parte de las demás ciudades del Virreinato, entre otros principios jurídicos, fueron utilizados en aquel memorable Cabildo Abierto.

Klaus Otto Nass fue un jurista alemán que a mediados del siglo pasado planteó la importancia de la Ciencia de la Administración como herramienta teórica para un mejor funcionamiento del Estado, fundamentalmente en su obra *Reforma Administrativa y Ciencia de la Administración*.

Dentro de los conceptos en los que él creía, se destacaba la importancia de recurrir a los actores que integraban el Estado; aquellos que tienen la experiencia, el conocimiento de la práctica, la historia y la cultura interna del organismo en el cual actúan así como los saberes propios y particulares que se van desarrollando en la práctica.

Planteaba que es necesaria una nueva ciencia en la que el Derecho Administrativo no tenga el monopolio de la consideración científica de la Administración. Y ello no implica desdeñar o poner en un segundo plano a esta rama del Derecho que todos los abogados del Estado cultivan necesariamente, sino que se trata de ampliar la mirada hacia otros saberes y otras fuentes de conocimiento. Esto ocurre actualmente, donde la transdisciplina comienza a abrirse paso en la Administración, planteando una perspectiva abierta, plural, dinámica, donde el Derecho Administrativo se vincula con la Economía, la Sociología, la Ciencia Política, la Estadística y la Historia, entre otras muchas disciplinas.

De este modo, y como reflexión final, es posible decir que venimos de Mayo de 1810. No había Estado argentino, pero sí había Administración. Y también podemos decir que vamos hacia una Abogacía del Estado comprometida y con identidad, que puede abreviar en las fuentes que los juristas de Mayo edificaron y así continuar con su ejemplo.

LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA ACTIVIDAD DIARIA DEL ABOGADO DEL ESTADO.

Por Orlando Daniel Pulvirenti⁴⁰.

Sumario: I.- Introducción (un Derecho en cambio, un abogado atento); 1.- El actuar del abogado del Estado; 2.1.- Rol del dictaminante; 2.2.- Rol del litigante; 3.- Conclusiones.

I.- Introducción (un Derecho en cambio, un abogado atento).

Todos aquellos que estudiamos y luego ejercemos el Derecho, sabemos que una nota que lo tipifica es su permanente cambio. Es por cierto, en tanto ciencia cultural y en cuanto aplicación normativa a la realidad, una derivación necesaria y esperable del acompañamiento a las modificaciones que nos brinda a diario la sociedad. Dicho esto, acoto que aún a pesar de haber pasado un extenso tiempo desde su aparición como especialidad jurídica, el Derecho Administrativo en gran medida por su novedad y especialmente por su permanente cambio es un *ius in fieri*, un Derecho en formación, que regula la actividad siempre creciente del Estado y de la Administración, y la judicialización de sus múltiples actividades, sumando así otro factor que requiere permanente actualización.

Cierto es que esta realidad no solo no es desconocida por los colegas, sino que la consecuente necesidad de adaptarse a tales mudanzas y aggiornarse a diario en la práctica profesional se ha elevado a una categoría de máxima para el letrado. Tal es así, que en el Decálogo de Couture, que todos en algún momento de nuestra actividad hemos leído y visitado, se inscribe como primero de sus preceptos: “Estudia. El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos Abogado”.⁴¹

⁴⁰ Abogado (UNLP), Maestría en Leyes (University of Miami), Doctor en Derecho (UBA). Profesor “Obligaciones Internacionales del Estado” y “El Estado en Instancias Internacionales”, ECAE.

⁴¹ El decálogo fue pronunciado por primera vez en el marco de una conferencia en el Colegio de Abogados de Buenos Aires, en 1948, dando luego a una breve pieza que ha trascendido para incorporarse como texto obligado de todo aquél que se recibe como abogado. Puede verse una versión en Couture, Eduardo, “Los Mandamientos del Abogado”, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México DF, vol. LII, n° 238, 2002.

Discúlpese esta breve introducción, pero la misma es el puntapié para mencionar una de las más formidables modificaciones a las que hemos asistido en los últimos treinta años y de la que generacionalmente nos ha tocado ser testigos: la interrelación primeramente creciente; y hoy consolidada y prácticamente irreversible, entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.

Esta metamorfosis obliga necesariamente a reconsiderar no solo el tipo de capacitación que reciben nuestros estudiantes de leyes, sino el propio esquema de formación continua requerida para los abogados en general, y especialmente para quienes se desempeñan en el cuerpo profesional del Estado.⁴²

No es necesario hacer una gran revisión de lo que menciono precedentemente; alcanza con ojear jurisprudencia pronunciada veinte o treinta años atrás y observar en cuánta de ella se hace mención a principios, normas o decisiones internacionales; y compararlas con sus equivalentes del día de la fecha. El tema puede ser variado, desde fallos en materia de Derecho Civil, o Comercial, a Laboral, pasando por amparos o habeas corpus en materia penal. Mientras la remisión al Derecho Internacional era impensada en el pasado, y el estudio del mismo quedaba reservado a muy pocos, que usualmente preveían aplicar sus conocimientos en el desarrollo de una carrera diplomática; la actualidad nos exige a todos, el saber de esa rama de las ciencias jurídicas, del análisis de sus implicancias y del juego que mantiene con el ordenamiento jurídico interno.

Si la reforma de 1994 acusó recibo, particularmente en el artículo 75 incisos 22 y 24 del increíble⁴³ precedente que había abierto “Ekjmedijan c. Sofovich”⁴⁴ y que

⁴² En este punto la Escuela de Abogados del Estado ha tomado nota, incorporando en la currícula de sus cursos: “Procedimientos Internacionales” y “Obligaciones Internacionales del Estado”, materias que me siento halagado en impartir, sin perjuicio de otros cursos vinculados especialmente a DDHH.

⁴³ La calificación de “increíble” por mi parte, no solo apunta al hecho de que esta decisión echó por tierra lo que se consideraba una inequívoca lectura de los artículos 27 y 31 de la CN, asignándose prioridad a la Constitución Nacional por sobre los Tratados, y que surgía del obiter de la causa “Química Merck” Fallos: 261:162 y 193; sino esencialmente por la naturaleza de la pretensión colectiva traída por el actor y lo que estimo fue el hallazgo de la Corte para expedirse sobre aquello que realmente le interesaba, asegurar la superioridad del derecho internacional de los Derechos Humanos.

⁴⁴ Fallos 315:1492. Entre sus considerandos se lee: *cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otros Estados se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen*, afirmando en el Considerando 18) “que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – aprobada por ley 19.865, ratificada por el P.E.N. el cinco de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980 confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el

no era sino consecuencia del proceso democrático iniciado en 1983 y la suscripción de numerosos compromisos internacionales asumidos en ese entonces; el Código Civil y Comercial imperante desde el año 2015 consolidó en su artículo 1° ese proceso, al dar carta de ciudadanía en las propias pautas de interpretación hermenéutica exigida a los jueces y operadores jurídicos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tal como advertía Bidart Campos, *“La fuente internacional adquiere en las últimas décadas una relevancia inédita en los sistemas jurídicos, apreciándose una atenuación del rigor de las soberanías nacionales para posibilitar su ingreso, al punto de afirmarse que luego de la reforma de 1994 (que acuerda a los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquía constitucional y jerarquía supralegal al resto de los tratados y concordatos, art. 75 inc. 22 C.N.), se ha receptado en nuestro sistema el principio de primacía del derecho internacional sobre el derecho interno”*.⁴⁵

En este contexto, los profesionales que se desempeñan en el Estado están obligados a interiorizarse y estar atentos a las evoluciones, interpretaciones y decisiones que se acumulan en el ámbito de las Cortes y Cuerpos que aplican el Derecho Internacional, previendo de qué manera ellas habrán de impactar sobre la actividad diaria, al estudiar un caso, dictaminar en las cuestiones bajo su análisis o eventualmente defender los intereses en litigio.

Esa circunstancia ya ha sido anoticiada por la propia Procuración del Tesoro al referir en un dictamen a la Convención Internacional de Derechos del Niño: *“El Poder Ejecutivo está obligado a la juridicidad, noción más amplia que la simple legalidad y que engloba a la Constitución Nacional y a los principios generales del Derecho; el ordenamiento jurídico no es, en el procedimiento administrativo, un valor disponible o renunciable por la Administración”*.⁴⁶

Pero si el capítulo de los Derechos Humanos abrieron un ámbito jurídico a ser inexorablemente considerado, no menos importante han sido los compromisos que

ordenamiento jurídico argentino. Esta Convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino”.

⁴⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., "Las fuentes del derecho constitucional y el principio 'pro homine'", en Bidart Campos, G. y Gil Domínguez, A. (coords.), El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas, Bs. As., Ediar, 2000, p. 20.

⁴⁶ Dictamen N° 215/99, 17 de diciembre de 1999. Expte. N° 2002-3263-3/99. Ministerio de Salud y Acción Social. (Dictámenes 231:313).

asumiera el Estado Argentino en materia económica, tanto al emitir deuda pública en el extranjero con cláusulas de prórroga de jurisdicción, como al celebrar incontables Tratados de Protección de Inversiones Recíprocas, que expusieron ante tribunales arbitrales internacionales las eventuales disputas que pudieran surgir bajo su amparo. Cabe además señalar, que ese proceso, lejos de cesar pareciera ofrecer a futuro, renovados y nuevos motivos de reflexión jurídica.

Cabe finalmente recordar que si la CSJN ha dicho que esos Tratados se interpretan conforme a su vigencia internacional, lo que impone al letrado conocer precisamente esas decisiones, la PTN ha confirmado esa línea a seguir por los abogados del Estado: *“La Constitución Nacional, al incorporar con jerarquía constitucional los tratados que enumera en el artículo 75, inciso 22, lo hace en las condiciones de su vigencia, expresión que se ha interpretado en el sentido de que las convenciones internacionales deben ser interpretadas y aplicadas considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.”*⁴⁷

En otro dictamen de interés, la PTN confirma esa tesitura y asigna, claro está tal como se desprende de la Opinión Consultiva 1 de la CIDH⁴⁸, un rol interpretativo relevante a la CIDH sobre convenciones internacionales de Derechos Humanos en los que la Argentina es parte; señalando la debida atención que debe brindar el abogado del Estado a esa jurisprudencia que se integra como parte de su campo de saber obligatorio.

Así expone: *“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que el derecho a que se proteja la familia y a vivir con ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y a ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, y las separaciones legales del niño de su familia solo*

⁴⁷ Dictámenes 280:56.

⁴⁸ Opinión Consultiva OC-1/82, 24 Setiembre 1982, “OTROS TRATADOS” OBJETO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE (ART. 64 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).

*pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.*⁴⁹

Ahora dicho esto, debe mencionarse otro efecto de los Tratados Internacionales, en tanto impacto en la defensa de todos los niveles de la actuación federal. Tal como señala el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁵⁰ el Derecho interno y el esquema de organización asumido no son causas que justifiquen el apartamiento en el cumplimiento de una obligación internacional. Tan exacto es ello, que el cimero fallo “Ekmekdjian” que ya hemos mencionado, destaca puntualmente tal deber jurídico. Bajo este prisma, las observaciones y breves apuntes que aquí expreso, no solo son de alcance al cuerpo de abogados de la Nación, sino también de las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las ciudades argentinas. En definitiva, el eventual error sobre la aplicación, interpretación o alcance del Derecho Internacional por cualquiera de las jurisdicciones, puede ser apta para comprometer la responsabilidad internacional del Estado como sobrados casos así lo ilustran.⁵¹

1.- El actuar del abogado del Estado.

Siendo que el Derecho Administrativo es una necesaria derivación del Derecho Constitucional, el abogado del Estado en cualquiera de sus roles, entre los que usualmente destacamos el de dictaminante o litigante, aún cuanto también sea de su tarea entre muchas otras, la hechura y proyección de actos administrativos singulares y generales, exige la consideración de estos aspectos internacionales en su tarea diaria, la que describo más en detalle seguidamente.

2.1.- Rol del dictaminante.

Sabemos que usualmente los cuerpos de abogados estatales en los distintos

⁴⁹ Dictámenes Tomo 281 Página 238.

⁵⁰ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980.

⁵¹ Ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Provisionales respecto de la República Argentina, Asunto de las Penitenciarías de Mendoza, 26/11/2010; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 84/11- Solución Amistosa, Argentina, Internos Penitenciarías de Mendoza, 21/07/2011; “CGE vs. Provincia de Tucumán y la Nación”, CIADI 2005; Causa “Aguas de Aconquija”, entre otras.

organismos en los que se desempeñan, sin perjuicio de otras distinciones, en virtud de su tarea son agrupados en dictaminantes⁵² y litigantes; claro está que esto no obsta conforme a las propias características que asuma el ámbito de desempeño, tanto que esos roles sean intercambiables, como la innegable colaboración profesional requerida entre ellos. Pero estas aclaraciones, no empañan la realidad, usualmente se espera del letrado que dictamina, que cumpla una tarea específica, que revise las actuaciones, que pondere los hechos esgrimidos y pruebas existentes, analice el acto proyectado y controle en tiempo oportuno antes del dictado del mismo, sea éste individual o general, que el obrar de la Administración se ajuste a la legalidad exigida por el Estado de Derecho.

No es necesario en este marco abundar sobre las consecuencias que el déficit en esa labor o la ausencia de dicho dictamen ocasiona respecto del procedimiento administrativo y del acto que fuese emitido sin esa intervención. Es que esa opinión jurídica tal como señala el buen trabajo de CASSAGNE,⁵³ asegura el respeto a las formas establecidas, brinda garantía al Administrado, garantizando la juridicidad del obrar administrativo y el interés público comprometido.

Este concepto, propio de un Estado de Derecho, abarca también al principio del "debido proceso adjetivo", que constituye una manifestación especial de aquél, e importa una expresión de la garantía de derecho de defensa consagrada en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, y de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en los artículos 2, inc. 3, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos con jerarquía constitucional conforme lo establece expresamente nuestra propia carta fundamental (artículo 75, inciso 22).

El rol de dictaminante en materia de aplicación del Derecho Internacional Público, adquiere entonces dos notas relevantes; por un lado en el propio de las actuaciones y expedientes en trámite, respecto de los cuales debe realizarse una integración de la totalidad del sistema jurídico incluyendo esas obligaciones

⁵² De hecho, la propia PTN responde a esa organización y dispone de una Dirección Nacional de Dictámenes (Ver <https://www.argentina.gob.ar/procuraciondeltesorodnd>).

⁵³ CASSAGNE, Ezequiel, El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración, LA LEY 15/08/2012, 1.

internacionales; más luego, respecto de la proyección de actos futuros y en la advertencia al decisor sobre la eventual consecuencia que podrían derivarse de los compromisos a asumir.

Para ilustrar más adecuadamente sobre estos extremos, acudo al ejemplo que nos traen los propios dictámenes de la PTN, siendo que entre las competencias que se le asigna a la Dirección Nacional de Dictámenes se encuentran definidas como acciones en el ítem 2, las de “Brindar asesoramiento experto en materia de derecho administrativo, constitucional, tributario, Administración Pública, entre otras disciplinas jurídicas, requerido por el Poder Ejecutivo, Banco Central y demás organismos y entidades integrantes del Sector Público Nacional, y definir los criterios que rigen en materia de aplicación e interpretación de Tratados y Acuerdos internacionales.”

Respecto a la integración del derecho internacional, la PTN afirmó: *“Este tratado (de Cooperación con el BID) ha transitado todos los pasos previstos constitucionalmente en orden al treaty making power, al completarse el proceso de su incorporación a nuestro ordenamiento interno mediante aprobación del Congreso Nacional y su ratificación por el Poder Ejecutivo Nacional. En virtud de lo preceptuado por los artículos 31 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional ese tratado tiene jerarquía superior a las leyes.”*⁵⁴ Más aún, la PTN ha enraizado la necesidad del dictamen administrativo previo como una garantía exigida por el orden externo, al decir: *“...de la lectura del artículo 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos no se desprende que el término afectar debe entenderse como perjudicar, de suerte tal que en los casos en los que un acto beneficie al particular pueda prescindirse del recaudo. Por el contrario, a la luz de los más elementales principios del Derecho Administrativo, ese requisito es siempre exigible. En segundo término, porque el instituto del debido procedimiento adjetivo debe entenderse desde la doble perspectiva de la garantía del administrado y de la legalidad del accionar administrativo.”*⁵⁵

Para luego señalar en un sentido similar, ordenando prioridades normativas: *“La Constitución Nacional dispone en su artículo 75, inciso 22, que los tratados*

⁵⁴ Dictámenes Tomo 232 Página 296.

⁵⁵ Dictámenes Tomo 236 Página 91.

tienen jerarquía superior a las leyes, por consiguiente, cuando se enumera un marco legal vigente, debe colocarse en el vértice de la pirámide a la Constitución nacional, por debajo y como consecuencia de lo preceptuado en ella, al Acuerdo firmado por Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Gobierno Argentino en el año 1985, el cual tiene carácter de Tratado Internacional y, por ello, las disposiciones en él contenidas tienen jerarquía superior a las leyes. “El derecho supranacional modifica el orden constitucional por decisión de los poderes constituidos. Los tratados constituyen no solamente derecho supranacional sino también y cuanto menos al propio tiempo, derecho interno vigente, operativo, aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en sus normas, en tanto éstas tengan un contenido que no sea manifiesta o indiscutiblemente programático.”⁵⁶

Si ello no fuese conclusivo, cito un nuevo ejemplo, en el que la PTN acudiendo simplemente a Tratados Internacionales, dictamina en contra de la posibilidad de que se sindicalicen las fuerzas de seguridad al decir: *“Todos los instrumentos internacionales que se refieren al ejercicio del derecho a la sindicación por parte de las fuerzas armadas y policiales, reconociendo la especial naturaleza de las funciones que cumplen tanto las fuerzas armadas como las policiales –que les imponen, entre otras cosas, un tipo de organización específico-, autorizan a los gobiernos a establecer restricciones legales al ejercicio de dicho derecho por parte de sus miembros. Ello, sin duda, importa el reconocimiento internacional de que aquellas características obstan a un reconocimiento pleno de aquel derecho, en pie de igualdad con el que gozan los trabajadores de otros sectores.”⁵⁷*

Pero si esa intervención es trascendental, adquiere también relevancia al advertir al funcionario sobre las eventuales consecuencias que puede tener el acto de compromiso internacional que proyecta.

Nótese que en particular dictamen se dijo que “Toda cuestión ventilada por ante los tribunales de justicia del país sobre la que haya recaído una resolución definitiva de su instancia jurisdiccional superior, no puede ser objeto de revisión por la Comisión o por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que la

⁵⁶ Dictámenes Tomo 242 Página 78.

⁵⁷ Dictámenes Tomo 280 Página 056.

jurisdicción de estos órganos internacionales se circunscribe a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tratándose de cuestiones patrimoniales sobre las que ha recaído sentencia firme de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, todo acuerdo al que se arribe en la instancia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos es nulo, y genera, consecuentemente, la responsabilidad personal del funcionario que haya intervenido.”⁵⁸

Esa opinión se refuerza en la PTN al indicar que: “*El dictamen jurídico previo tiene una doble finalidad, por una parte constituye una garantía para los administrados pues impide a la Administración el dictado de actos administrativos que se refieran a sus derechos subjetivos e intereses legítimos sin la debida correspondencia con el orden jurídico vigente, y por la otra, evita probables responsabilidades del Estado, tanto en sede administrativa como judicial, al advertir a las autoridades competentes acerca de los vicios que el acto pudiera contener*”.⁵⁹

2.2.- Rol del litigante.

El Derecho Internacional Público en general y los Derechos Humanos en singular, comienzan a jugar también un destacado rol en el ámbito del ejercicio profesional y la defensa de los intereses estadales; reconociendo que en ese desempeño, el abogado es también un auxiliar de la Justicia y como tal, un agente más que debe velar por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino.

En el ámbito internacional, puede realizarse una apretada síntesis de aquellos compromisos asumidos por el Estado y en los que resulta necesaria la actuación de los profesionales; sin perjuicio de destacar que la lista puede no resultar exhaustiva - sino indicativa- y no dar sino cuenta aproximada de los mismos.

En primer lugar la Argentina ha aceptado la competencia de la Corte Internacional de Justicia, como ámbito en el que potencialmente puede dirimir conflictos con otras potencias. Si bien extraño en la historia jurídica nacional, lo cierto es que el conflicto con la vecina República Oriental del Uruguay, culminó

⁵⁸ Dictámenes Tomo 238 Página 382

⁵⁹ Dictámenes 197:061.

precisamente en discusiones sobre medidas cautelares y sentencia sobre el fondo durante el año 2010.⁶⁰

En forma más relevante, la pertenencia a la Organización de Estados Americanos (OEA) supuso en primer término actuaciones por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha generado un extraordinario campo de acción de la abogacía estadual ante los mismos, labor que si bien recae sobre la Secretaría de Derechos Humanos y el Ministerio de Relaciones Exteriores, no excluye los insumos que deben obtener los organismos primarios para sostener las argumentaciones fácticas y jurídicas pertinentes. Por cierto, los acuerdos transaccionales, suponen además la intervención de la PTN.

La pertenencia plena de la Argentina a la Organización de Naciones Unidas, implica la posibilidad de actuaciones antes distintos organismos de la misma, que se han establecido para la aplicación específica; tanto planteos ante la Organización Internacional del Trabajo, UNICEF, y Comisiones como la del Tratado de Derechos del Niño, exigen la defensa potencial de intereses del Estado Nacional.

No es menos cierto además que la suscripción de Convenciones Internacionales en materia anticorrupción, generan potenciales escenarios de conflictos judiciales. La PTN lo ha referido al decir: *“La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), aprobada por la Ley N.º 24.759 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC), aprobada por la Ley N.º 26.097 prevén la institución de órganos de control que dispongan de medios adecuados para combatir los ilícitos de esta especie (art. III. 4 de la CICC y 6 de la CNUC)... En este marco, el acceso a los datos relativos a los funcionarios investigados reviste importancia para que organismos públicos como la Procuraduría de Investigaciones Administrativas o la Oficina Anticorrupción puedan desempeñar correctamente sus funciones... Los compromisos asumidos por el Estado Nacional a través de los instrumentos internacionales –Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción- imponen la obligación de avanzar progresivamente hacia mecanismos de control más efectivos contra la corrupción.*

⁶⁰ Corte Internacional de Justicia (20 de abril de 2010), “Fallo definitivo en el caso relativo a las plantas de pasta de celulosa sobre el Río Uruguay entre Argentina y Uruguay”.

*Ello supone, entre otras cosas, reconocer sin cortapisas las atribuciones legalmente conferidas a los organismos especializados en la investigación de irregularidades administrativas, aun cuando estos no pertenezcan al Poder Judicial.”*⁶¹

También deben mencionarse los Tratados de Integración, a los que el artículo 75 inciso 24 de la CN refiere y asigna distintos valores conforme a su naturaleza regional o internacional, pero que se integran también por medio de sus mecanismos de solución de disputa entre los potenciales ámbitos de actuación contenciosa.

Pero es en el campo de los compromisos económicos internacionales, una de las áreas en las que más se ha demandado el trabajo de los abogados. La Argentina durante la década de 1990 celebró más de medio centenar de tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras, delegando la jurisdicción por los conflictos que derivaran de su posible incumplimiento ante los tribunales arbitrales del CIADI, dentro del Banco Mundial.⁶² Y como corolario de la crisis de 2001, y las decisiones adoptadas con ulterioridad en materia económica, la Argentina se convirtió en el país que mayor cantidad de procesos arbitrales tuvo que afrontar.

Sin perjuicio de ello, las colocaciones de bonos en plazas internacionales, en cuyas condiciones de emisión se estableció jurisdicción de Jueces y Cortes locales de Nueva York, Londres y Hamburgo, entre otras plazas, hizo también que el Estado debiera responder a múltiples peticiones, haciéndose célebres las actuaciones ante el Juez Griesa y la publicitada actuación de los denominados Fondos Buitres.

No puedo dejar de mencionar en este racconto, la pertenencia al Acuerdo Arancelario Internacional y a la Organización Mundial del Comercio, en tanto por ante el mismo se resuelven los eventuales planteos por competencia desleal en el comercio internacional y las prácticas de dumping. Este es otro ámbito donde

⁶¹ Dictámenes Tomo 299 Página 028.

⁶² Al comienzo existía en nuestro país la creencia de que para ejecutarlos era necesario recurrir a los tribunales internos de cada país, pero en el caso Sempra uno de los tribunales arbitrales reiteró que estas sentencias son ejecutables ante la jurisdicción de cualquiera de los países miembros.[39] Ciertamente es respetable la posición oficial argentina de sostener que la ejecución debe pedirse aquí, pero ello no es de por sí suficiente argumento para no ejecutar voluntariamente el fallo si el país se comprometió a hacerlo, ni para resistir eficazmente las múltiples presiones que se nos harán para que acatemos la jurisdicción que elija el acreedor para hacer efectivo el cumplimiento del laudo. Podremos negociar, sin duda, y ciertamente lo haremos, pero lo que no podemos hacer es desconocer olímpicamente los laudos. viernes 27 de marzo de 2009, de 18:00 a 21:00 hs, el Profesor Emérito Dr. Agustín A. Gordillo, presentó la conferencia "Hacia la unidad de un orden jurídico mundial", en el Salón Auditorium de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en <http://boletinadministrativo.blogspot.com/2009/03/conferencia-hacia-la-unidad-de-un-orden.html>.

potencialmente resulta demandable el Estado.

Esta breve reseña, lejos de ser final y exhaustiva, simplemente ilustra sobre la ampliación notable en la esfera de actuación posible de la abogacía estatal, y la vinculación que con la misma adquiere el Derecho Internacional.

3.- Conclusiones.

El Derecho Internacional ha dejado de ser un área de aplicación y consecuentemente de conocimiento exclusivo para un grupo selecto de abogados; su interrelación e integración con el Derecho doméstico en el mundo globalizado, confirma la tesis monista anticipada por Hans Kelsen⁶³ y hace necesario su dominio para resolver conflictos jurídicos. Dentro de esa rama del Derecho, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es aquél que por decisión constituyente, conjuntamente con el Derecho de la Integración Regional, han permeado en mayor medida al derecho local.

En ese contexto, el Derecho Constitucional y en particular el Derecho Administrativo, en tanto derivado del primero para regular las funciones y actuaciones administrativas, han recibido también el influjo de esa corriente internacionalista exigiendo que el abogado estatal se encuentre en condiciones de poder entender, analizar y aplicar ese conjunto de normas.

Si el bloque de juridicidad se integra con normas supranacionales, si el Sistema Interamericano en interpretaciones que ha hecho propia la CSJN exige un control de Convencionalidad, es decir de adecuación y conformidad del obrar estadual con los compromisos asumidos, magüer puede el letrado ignorarlas. Y ese deber tiñe la labor tanto del dictaminante, que debe asegurar que la legalidad contemple esos parámetros en el marco de la actuación administrativa diaria; pero también advertir a los órganos de la Administración activa sobre los eventuales riesgos que puedan surgir al momento de celebrarse Tratados o contratos internacionales que pudieran implicar asumir obligaciones externas; como la del abogado litigante, cuyos ámbitos de actuación ya sea representando en conflictos o aportando argumentos defensivos a quién desarrolle esa tarea, se han ampliado notablemente como consecuencia de la

⁶³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.

globalización.

Es así que en resumen, el compromiso que exige la abogacía con el estudio permanente, la actualización requerida para el alto cumplimiento de la tarea de controlar la legalidad del actuar estadual y defender los intereses del Estado cuando ellos están en juego, no admiten otro criterio que el concienzudo estudio del Derecho Internacional y especialmente el de los Derechos Humanos.

Dicho esto, no basta con el compromiso individual que me consta asumen la mayor parte de aquellos que han abrazado la abogacía estatal con una genuina vocación expresada en asumir como colectivos y propios la defensa de los intereses del Estado Nacional, aún con sueldos no siempre dignos y dificultades operativas y prácticas, que a veces los ubican en desigualdad de armas respecto de aquellos que contienden contra su representado; sino que también deben repensarse, fortalecerse y consolidarse el proceso de capacitación en esta materia tanto por parte de las estructuras académicas universitarias, como en los esquemas de formación de los abogados del Estado en todos los niveles de la organización federal.

**REFLEXIONES ACERCA DE LA IMPORTANCIA DE SER FUNCIONARIO PÚBLICO
Y LA MÍSTICA DEL SERVICIO.**

Por Víctor Malavolta y Liliana Méndez.

Ser funcionario público no es un privilegio, por el contrario, implica una responsabilidad superior.

La función pública, en su conjunto, abarca el concepto de servicio público y como tal implica servir al pueblo, el funcionario es el elemento humano de esa Organización Jurídico Política que es el Estado, en sus diferentes variantes (Nacional, Provincial y Municipal).

Por su parte, la Abogacía del Estado que tiene como misión esencial defender los altos intereses de la Nación, implica una entrega, una pertenencia y si queremos traspolarlo a un aspecto más espiritual, conlleva la mística de ser parte de la gestión pública.

La figura del Abogado del Estado es una de las más antiguas de la Administración Pública Nacional. Nacida al amparo del debate acerca de la Ley de Presupuesto de los años 1863-1864⁶⁴, distintas funciones y atribuciones se le fueron asignando, hasta llegar finalmente a su consagración por vía de la Ley N° 12.954⁶⁵, que creó el Cuerpo de Abogados del Estado, reservando su dirección general a un funcionario designado como Procurador del Tesoro.

A partir de allí, ha sido largo el camino recorrido hasta la actualidad, pasando por Ley 24.667⁶⁶ que determinó la dependencia directa del Procurador del Tesoro del Presidente de la Nación, en muestra clara de la importancia de la figura.

Finalmente, se amplió el ámbito territorial donde se ejerce la Abogacía del Estado y se incorporó en estas últimas décadas, la necesidad de representar al Estado ante Tribunales Internacionales.

En ese marco mucho se ha escrito acerca de la función del Cuerpo de

⁶⁴ “La Procuración del Tesoro de la Nación” en Manual de Estilo. Procuración del Tesoro de la Nación. 1998.

⁶⁵ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38156/norma.htm>

⁶⁶ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38034/norma.htm>

Abogados del Estado, estando a su cargo la tarea del control de legalidad de los actos administrativos, el asesoramiento jurídico y la representación del Estado en juicio.

Cuando nos ocupamos de analizar la figura, generalmente se enuncian sus obligaciones y responsabilidades, se menciona la defensa del Derecho, del interés público y del bien común.

Sin embargo, sabido es el constante ataque que sufren los Abogados del Estado como si constituyeran una actividad parasitaria, motivado ello por el desconocimiento de su actuación, tanto en la defensa judicial los intereses de la comunidad, como en la emisión de asesoramientos que permiten la resolución de planteos de los administrados o ciudadanos⁶⁷.

Todo ello, perfectamente establecido en las diferentes normas que regulan la actividad del Abogado del Estado como funcionario público.

Pero desde el lugar de defensa de los derechos de los abogados que integran el “Cuerpo”, a los que tanto se les exige, debemos destacar que nadie rescata el esfuerzo, empeño y sacrificios para llegar a buen puerto con su tarea.

La comunidad desconoce las innumerables vallas que debe sortear el Abogado del Estado, desde cuestiones materiales para el desarrollo de la tarea y problemas de conectividad, hasta la lucha para poder cumplir con su tarea intelectual, la que arranca con la necesidad de datos que deben ser provistos por diferentes áreas de los organismos y que algunas veces no se obtienen en los tiempos que la contestación de un reclamo administrativo o acción judicial requieren.

Corresponde destacar de manera especial, el trabajo de los Abogados del Estado que cumplen su tarea en el interior del país, que deben disponer de horas adicionales a fin de llegar a la sede de los tribunales para el cumplimiento de los diferentes actos procesales a su cargo.

El cumplimiento eficiente de la tarea asignada requiere normalmente de un aporte personal extra, no es simplemente el tiempo de cumplimiento efectivo de horario, son muchísimas horas dedicadas al análisis y estudio de las causas, así como a establecer la logística.

⁶⁷ “El administrado o ciudadano es la persona que es “servida” y cuya existencia origina y justifica la actuación de los poderes públicos” citado en nota al pie en Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. Descripción, evaluación y crítica de las categorías jurídicas de la Ley N° 19.549. Luis E. Dates. (RAP 413 Sección Doctrina)

La actualización permanente, derecho y deber de todo funcionario público, se logra con la participación en las actividades desarrolladas por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado⁶⁸, que desde su puesta en marcha hace 25 años, viene proveyendo a la excelencia de los integrantes del Cuerpo, con capacitación diseñada para llegar a todos los rincones del Estado, confirmando que somos un Estado Federal, con actividades presenciales tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como en el interior del país, capacitaciones virtuales, convocatoria a Congresos, Talleres, Jornadas, desarrollo de carreras de estado y la invitación a generar doctrina propia del Cuerpo mediante la participación en trabajos de investigación.

Esta última propuesta, entendemos, es el punto de partida para una nueva forma de ejercer la Abogacía del Estado. Con la base dada por los grandes maestros del Derecho Administrativo, es obligación de las nuevas generaciones de Abogados del Estado, dar nacimiento a la doctrina específica de la Administración Pública, que constituya un ensamble especial de las teorías desarrolladas por los grandes tratadistas, con la visión, análisis y enfoque propio de quien ejerce la Abogacía Pública.

Debemos enmarcar nuestra actividad para no ser meros instrumentos en la aplicación del Derecho Administrativo, sino también constructores de esta nueva Doctrina Pública, o sea los principios y pautas que van a servir de base para la resolución de conflictos y también, como un aporte especializado para el sistema judicial, a fin de que advierta que la Administración del Estado, en su condición de actividad "sub legal", no representa una cuestión subalterna.

Ello así pues la "división de poderes", técnicamente "división de funciones", en tanto el poder es único, constituye una de las características esenciales de la República, e implica que no hay un "poder" preeminente, sino que por el contrario, las tres funciones del Estado se encuentran en una situación de igualdad, que permite el equilibrio entre los distintos órganos encargados de ejercerlas, como una aplicación de los frenos y contrapesos del sistema pensado por Montesquieu⁶⁹.

Por ello la función de los Abogados del Estado, no debe observarse como un accionar meramente pasivo y contemplativo. Debemos ser los generadores de doctrina, pues no resulta fácil entender al Estado, desde un concepto meramente

⁶⁸ https://www.ptn.gob.ar/images/files/Decreto%20754_1994.pdf

⁶⁹ Montesquieu El espíritu de las leyes.

individualista, sino como un todo integrado destinado a lograr el bienestar general, donde se deben equilibrar los derechos de los ciudadanos individualmente con los derechos de la comunidad, así como sus respectivas obligaciones.

Aunque parezca que los conceptos se reiteran, es dable resaltar que sin representantes consustanciados con los principios de defensa del interés público, es casi una utopía generar la conciencia de la importancia del Estado, como una organización al servicio de los ciudadanos.

No se es funcionario público, con mayúsculas, por simple designación. Se requiere conocimiento del entramado de la organización, vocación de servicio y amor por la tarea que se desempeña. La idiosincrasia administrativa, en el mejor sentido de su expresión.

Si estamos contestes en que es diferente la Abogacía Pública de la Privada, con sus notas características, es correcto reconocer que el Derecho Administrativo, tendrá una impronta y argumentación diferente, según sea interpretado y ejecutado por un funcionario público con vocación por el “servicio público” y la “defensa del interés común”, que acaso lo pensado y actuado por quien se encuentra en las antípodas de la Administración y que debe defender los intereses de los individuos. Loables ambas tareas, pero en nuestra concepción, no del todo compatibles al momento de la fundamentación, ya que se trata de intereses diferentes.

Podrá decirse que la Administración no es contraparte de los administrados; lo que no puede decirse es que tengan objetivos idénticos. El particular, cuando acciona frente a la Administración, lo hace en razón de un interés propio; en cambio, cualquiera sea la actividad de la Administración Pública, el fin es satisfacer objetivos públicos, de allí que el funcionario público es un “servidor”, y así debe desempeñarse.

Sabemos que en Derecho no existe opinión unánime, cada cual sostiene su postura con diferentes argumentos; por qué entonces, usar los mismos desde uno u otro lado del tablero.

La vivencia propia del funcionario público no puede obtenerse mediante la lectura de ningún tratado, por voluminoso que éste sea. Se requieren años de ejercitación, de paciencia y esfuerzo por cumplir siempre de la mejor manera la tarea

asignada. No hay tarea insignificante, si uno de los engranajes de un procedimiento falla, el resultado puede no ser el esperado.

Por ello, la carrera administrativa, como en toda organización, no se empieza desde la cima; el camino se inicia en el llano y de ese modo se van conociendo los diferentes pasos, los que, incorporados adecuadamente, nos permitirán, llegado el momento de ejercer funciones de dirección, saber guiar a quien deba ejecutar las tareas.

Conocer la conformación, idiosincrasia, criterios y usos y costumbres de la Administración nos hace sentir parte de ella y trabajar para su excelencia.

Cuando nos proponemos una tarea o desafío, todos queremos ser exitosos, pero en la Administración Pública no se trata de logros individuales; si el éxito lo logramos colectivamente es mejor, porque la sociedad tendrá servidores brillantes que derramaran sus virtudes hacia la comunidad.

En tal sentido, apropiado sería que, como muchas otras actividades dentro de la Administración, el Cuerpo de Abogados del Estado cuente con un escalafón propio, a los fines de merituar adecuadamente las tareas que sus integrantes desarrollan.

Pero, más allá de todo lo expresado, resulta indispensable que el Abogado del Estado en su condición de Funcionario Público cuente con vocación por la tarea que desempeña, entendida como esa inspiración superior que permite desarrollarnos en la vida y que se construye diariamente a través del compromiso de servicio con la comunidad.

EL ABOGADO, EL CONFLICTO, LA LEY Y LA EFICACIA.

Por Lautaro Ezequiel Pittier⁷⁰

Sumario: I. Introducción; II. Desarrollo; III. A modo de conclusión.

I.- Introducción.

Días pasados me encontraba conversando con una de las mentes privilegiadas del ámbito del derecho, con quien suelo tener el placer de encontrarme -no tan habitualmente como quiero- acerca de las dificultades que observamos en el desempeño de los abogados en la Administración Pública, la Función Pública y la Justicia. El eterno dilema entre lo esperado y la triste realidad. Procesos y procedimientos eternos, falta de sentido común, incumplimientos, debido proceso y hasta las responsabilidades internacionales que pueden generarse.

Una de las cuestiones que observábamos es el hecho de haber perdido noción de entender, interpretar cuál es en cada caso el conflicto jurídico en cada cuestión a analizar. El diccionario de la Real Academia⁷¹ se refiere a este término como enfrentamiento, controversia o momento en que la batalla es más dura y violenta.

II.- Desarrollo.

Resulta necesario entender que resulta fundamental que quien se encuentra en la función pública y debe interpretar el conflicto al, juzgar, dictaminar o participar en el proceso. Ello por cuanto deriva la fundamentación científica del proceso y del derecho que lo regula. Éste presupone la existencia de una litis; concebida ésta,

⁷⁰ Abogado. Profesor universitario en Ciencias Jurídicas. Director de Asuntos Jurídicos, Facultad de Derecho, UNLZ. Docente adjunto de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional Argentino, Facultad de Derecho, UNLZ. Docente ECAE Virtual en Obligaciones internacionales del Estado - Orientación Asesoramiento 2019. Director del Instituto de Derechos Humanos del CALZ. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Co Director investigación Lomas CyT El Control de Convencionalidad en la Argentina y su relación con el principio internacional de progresividad de los Derechos Humanos

⁷¹ RAE versión digital: <https://www.rae.es/>

según enseña el maestro Carnelutti, como un "conflicto intersubjetivo de intereses" que se manifiesta en la pretensión de un sujeto, resistida por otro; es decir, entre dos partes: actor y demandado"⁷². Consecuentemente, se produce debido a una relación establecida entre los sujetos intervinientes, quienes persiguen objetivos y que en función de estos poseen necesidades insatisfechas o incompatibles.

Así, cuando en una cuestión determinada surge una duda acerca de si existe la peripecia de que en un orden jurídico determinado sean paralelamente aplicables a un mismo asunto dos o más normas, y que entre éstas pueda producirse una contradicción, en virtud de lo cual solamente una de ellas puede ser aplicada. El Estado en una de sus funciones esenciales deberá optar una de las normas en conflicto tomando en cuenta que las consecuencias jurídicas de cada una de las normas son diversas.

En tal sentido, la norma descartada no podrá ser satisfecha, por lo que pierde su eficacia normativa en relación al asunto o caso en cuestión.

Así las cosas, esto nos lleva a pensar en la eficacia en la resolución de los conflictos, un tema bastante dejado de lado por la ciencia jurídica: ¿Cuándo una decisión es eficaz?

Si partimos de que el fin del Derecho es el de producir un cambio en la realidad, resulta insuficiente el pronunciamiento de un juez relativo a la existencia de una obligación, como contrapartida de un derecho, si luego ésta no se hace efectiva.

El término "eficacia" hace alusión al logro de la finalidad del Derecho, al cumplimiento de una norma ya sea general o individual (resolución judicial). En efecto, ante la falta de observancia voluntaria de un precepto jurídico, debe operar la tutela jurisdiccional y su fracaso se traduce en un déficit de operatividad de las normas del derecho sustancial. Compartimos con Jury (2014) que "Una norma general o individual es ineficaz cuando no logra materializar su cumplimiento, sea por falta de voluntad del obligado o por insuficiencia o inoperancia de los recursos o procedimientos que la ley prevé para su cumplimiento forzoso"⁷³. Es por esto que no basta que el juez declare mediante una resolución que existe una obligación, si luego no se hace operativa a través de medios concretos.

⁷² CARNELUTTI, Francisco. *Cómo se hace un proceso*. Edeval. Valparaíso, 1979, pág. 56.

⁷³ JURY, Alberto, «Incumplimiento de la cuota alimentaria», En: *Alimentos*, Directoras: Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan Mariel F., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014 p. 254.

En definitiva, como señalaba el maestro Bidart Campos (1990): “De las normas a la realidad, hay una distancia semejante a la que existe entre el remedio en la estantería de la farmacia y el remedio aplicado al cuerpo del enfermo”⁷⁴. Sin eficacia, la sentencia no significa nada. La eficacia de una intervención jurídica va estar en otorgar precisión al resolver un posible conflicto con las herramientas que el derecho disponga en un momento determinado modificando esa situación o en definitiva procurando solucionar un desequilibrio.

III.- A modo de conclusión.

En un mundo con conflictos cada vez más complejos en el que los cambios parecen producirse a una mayor velocidad de la que podemos incluso interpretar, el derecho no se encuentra ajeno a su impacto. La eficacia en gran medida va a estar dada por el grado de interpretación del conflicto para encontrar las herramientas normativas, doctrinarias y jurisprudenciales que den solución a un problema humano que pueda encontrar certeza y resolución en el derecho.

⁷⁴ Bidart Campos, Germán, La realidad, las normas y las formas jurídicas, LL, 1990 E 680.

NOTAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA.

Por Horacio Vaccarezza.

Sumario: I.- *Los pronunciamientos jurisdiccionales como intercambio comunicacional;* II.- *El mito de la subsunción;* III.- *La función dialéctica de la jurisprudencia;* IV.- *El valor del debate;* V.- *El paternalismo ideológico;* VI.- *Potestad estatal y ciencia infusa;* VII.- *La Jurisprudencia con mayúscula.*

La primera consideración que quiero formular se refiere a una cuestión de estilo: he escrito *jurisprudencia* con mayúscula en tanto nombre de una ciencia.

Ya sé que semejante afirmación me introduce en un debate complejo en el que no podemos olvidar la crítica de Kirschmann, que en 1847 se pronunció, categóricamente, en contra.

Sin embargo, no es mi intención abrir la discusión sobre la calidad de ciencia de la *jurisprudencia*, sino marcarla con mayúscula en razón de la importancia que en mi opinión tiene para el estudio del Derecho. Y tal vez, encuentre puntos de contacto con la mencionada conferencia dictada en Berlín.

La tesis es la siguiente: La jurisprudencia es el punto de contacto entre el Derecho y el pueblo.

Para darle acabada dimensión a la mencionada tesis, debo aclarar que doy al concepto Derecho el alcance de conjunto de normas, principio y prácticas institucionales y sociales de una comunidad en un tiempo dado; aplicadas en un todo inescindible.

De esa manera, cuando afirmo la mencionada tesis estoy tratando de colocar a la jurisprudencia como un canal de comunicación, un mecanismo de puesta en común de un saber más específico y reservado, en principio, a los estudiosos de las Leyes y a los operadores jurídicos, en sentido amplio.

La jurisprudencia, entonces, en la medida en que propala aplicación de normas abstractas a hechos de la vida cotidiana; en la que se encuentran involucradas las personas humanas, resulta un canal de difusión.

Desconozco el dato empírico que me permita sostener que la ley, en su faz

ordinamental, es más conocida por las sentencias dictadas que por la publicación de esas leyes; pero de todas maneras, tal dato no me parece relevante para la cuestión que estoy tratando.

Es que más allá de ese dato, lo cierto es que en cada sentencia aparecen involucradas las personas de carne y hueso, la persona real en situación, en su dimensión existencial.

Y es en esa dimensión existencial que aceptará o no una decisión judicial respecto de la cuestión que lo haya vinculado a la función jurisdiccional.

De esa manera, se convierte en protagonista de la jurisprudencia y por ello en causa eficiente de dicha actividad.

La existencia de la persona humana, y su conjunto de impulsos vitales que expresan sus necesidades existenciales, se transforma también en la fuente primaria del Derecho.

En esta inteligencia es que las personas pasamos, por la actividad jurisprudencial, a una dimensión real en el fenómeno jurídico. Así nace la jurisprudencia: como la expresión de una propuesta a un conflicto humano, y vuelvo a decir, en circunstancia real.

Desde esta perspectiva, la persona humana deja de ser un objeto referencial para articular un tipo de discurso llamado sentencia, y se convierte en sujeto constructor de ese discurso.

Esta reflexión se alza contra cierto fetichismo legal que encierra toda la discusión del Derecho en el modo de aplicarlo por parte de los tribunales; y que se sostiene por esa afirmación: El Derecho es lo que los jueces dicen que es.

Para mayor claridad, debo referirme a que cuando los tribunales dictan sentencia, aplican y crean Derecho; pero eso no transforma a los jueces y juezas en dioses infalibles, porque siempre estarán sujetos al tribunal de la razón práctica.

Esa razón práctica está representada por otros fallos o por tribunales superiores a través de las instancias de apelación, cuando no, directamente ante el pueblo representado por un jurado.

Instancia que nuestra Constitución marcó desde su inicio para conjugar la potestad jurisdiccional con la voluntad popular, como una forma de compartir la responsabilidad de una decisión de materia criminal.

I.- Los pronunciamientos jurisdiccionales como intercambio comunicacional.

Lo dicho, trata de mostrar que los pronunciamientos judiciales no son unidireccionales. No sólo van desde el tribunal a los individuos; sino que la relación es bidireccional. O más bien, representa un sistema de retroalimentación.

Del hecho juzgable hacia las normas, y desde ellas hasta la decisión jurisdiccional, que devuelve una visión humana de esas normas abstractas.

Así, la jurisprudencia no sólo es un canal de reparto de criterios de conducta; sino también de apropiación de ideas (que se muestran en conductas) que serán el insumo para su desarrollo.

Así, es que se da el fenómeno del intercambio comunicacional que construye sentido social, y de esa construcción abrevan también, como en un hontanar, las reglas de hermenéutica que los tribunales suelen utilizar.

Debo aclarar que aquí me refiero a la posibilidad de elegir criterios de hermenéutica y no a Una hermenéutica dada. Pues debe haber una selección de conformidad dentro de los límites que esa sociedad, en esa circunstancia, permita. O dicho de otra manera, no rechace.

II.- El mito de la subsunción.

En este punto, cabe mencionar, la idea de la lógica formal como punto de apoyo de la decisión jurisdiccional.

Si bien parece ya superada tal visión, resulta necesario repetirlo, pues más de una vez se oye repetir a cursantes de la facultad que la sentencia es un silogismo en la que la premisa mayor es la ley, la menor, el hecho y, finalmente la conclusión es la sentencia. Demasiado fácil para ser real.

A principios del siglo XX, Germán Kantorowicz en su opúsculo “La lucha por la ciencia del Derecho” con tono vibrante y prosa digna de una proclama política, ilustra ese mito de las fórmulas lógicas para asegurarse una resolución ajustada a Derecho: *“La opinión dominante se imagina al jurista ideal como a un funcionario de cierta categoría, con carrera, que se encuentra sentado en su celda, armado*

exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie. En esta celda se halla sólo una mesa verde sobre la cual está delante de él un código del Estado. Se le entrega un caso cualquiera, un caso real o un caso sólo supuesto, y, de acuerdo con su deber, puede aquel funcionario por medio de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que sólo él domina, llegar a la solución pre dibujada por el legislador en el código, con exactitud absoluta”⁷⁵.

En el decurso de su texto, señala el peligro de la rigidez del andamiaje ordinamental y corre el velo de la comprensión humana, en contexto, de las cuestiones; para sortear las lagunas de la ley.

Señala con énfasis al *Derecho Libre*, como áncora de salvación para la realización de la justicia.

Traemos a colación a este jurista, porque en tiempos donde el dogmatismo se presentaba pétreo y los tribunales recurrían a alambicadas justificaciones para fundamentar sus sentencias y presentarlas como operaciones asépticas; Kantorowicz las muestra como actos de voluntad, impregnadas de todas las circunstancias materiales y morales que rodean al fenómeno jurídico.

En una suerte de deconstrucción del formalismo jurídico, ya en 1906.

III.- La función dialéctica de la jurisprudencia.

Presentada entonces la jurisprudencia como el punto de encuentro entre el poder -representado por el Derecho y el pueblo-, podemos mencionar a ese punto de encuentro como la síntesis de ese proceso de construcción de sentido del que resulta el Derecho.

Es decir, los individuos proponen sus reclamos, demandas a un tribunal respecto de otros individuos, se traba un debate en el que el tribunal participa mediante unos mecanismos reglados que asegura ciertos comportamientos que operan como garantía.

De ese debate, de esa discusión, aparece una verdad relativa como una

⁷⁵ V. Savigni, Kirchmann, Zitelmann y Kantorowicz; “La ciencia del Derecho”, Pág.229, Losada, 1949, Buenos Aires.

construcción en común, y sujeta a las refutaciones que pudieran plantarse ante un tribunal superior.

De esta manera, la producción del servicio de justicia a la que llamamos jurisprudencia no se reduce al fallo concreto; sino también al ámbito de debate que permite la construcción conjunta de sentido que representa la sentencia.

Visto de ese modo, la actividad jurisdiccional, resulta una expresión democrática del manejo del poder, mientras que, como dije, se aseguren garantías mínimas de equidad en la participación.

Desde este punto de vista las personas involucradas dejan su anonimato en tanto protagonizan la construcción jurídica, cuestión que no ha sido tomada muy en cuenta en la enseñanza del Derecho.

O por lo menos, no de esta manera.

IV.- El valor del debate.

No soy original si me refiero al valor que implica el intercambio de ideas que supone un proceso judicial; pero tal vez quiera ir un poco más allá en sus implicancias.

Me refiero a que cuando las personas se disponen a debatir, si se trata de una actitud de buena fe y honestidad intelectual, deben saber y aceptar que entre las alternativas está la de ser *vencido con* o *convencido* por un argumento contrario.

Si deciden someterse a un tribunal es porque rechazan la violencia que conlleva la prepotencia del dogmatismo

La implicancia más profunda, según creo, de esta realidad, es la renuncia a afirmarme en argumentos de manera ciega y terca. Discutir no es repetir la misma posición todas las veces.

Discutir es ofrecer posiciones y estar preparado para superar las refutaciones, o bien aceptarlas.

Esta alternativa excluye posiciones irreconciliables, excluye el vencer o huir; esa disyuntiva de hierro que llevó la tragedia de Caín.

Cuando las personas aceptamos la posibilidad de que nuestras posiciones pueden ser falseadas o refutadas y entender que ello no significa sucumbir; sino, en

todo caso, la necesidad de buscar mejores argumentos, reconocemos la existencia del otro/otra.

Es que tomar una posición dogmática implica una rigidez que como en el ejemplo de Caín, no deja alternativa.

Por el contrario, disponernos a ser “controlados” por otras razones nos permite el crecimiento.

El dogmatismo se presenta como una individualidad vacía, como una armadura en la que nos refugiamos frente al miedo de ser *vencidos con* otros argumentos.

Ello, porque admitir otros argumentos implica admitir la existencia de la *otredad* que nos lo plantea.

Aquí se da una presunta paradoja, pues al abandonar la individuación dogmática, impermeable, excluyente, negadora; me permito- reconociendo a otro- recobrar una verdadera individualidad, fuerte y segura; que puede actuar e interactuar sin miedo a sucumbir, aún, o mejor dicho gracias, a la existencia de otro distinto.

Lo que sucumbe, en un debate, son las ideas superadas por ideas mejores; pero las personas que las creamos y exponemos, perduramos sobre la base de ese intercambio de ideas que se transforma en nuestra verdadera sustentación.

Así mismo, cabe resaltar que es el mismo proceso de debate el productor de Derecho; pues la sentencia que expresan los tribunales es una síntesis de las proposiciones que se presentan ante el estrado.

Por ello, también sostenemos que quienes ejercen la Abogacía, son los verdaderos creadores del Derecho.

V.- El paternalismo ideológico.

Quisiera referirme ahora a las implicancias de considerar la jurisprudencia como canal de reparto unidireccional del poder.

Lo que me ocupa es que ciertas construcciones teóricas para explicar aspectos del fenómeno jurídico tienden a desviar la atención en lo dicho jurisprudencialmente, sin considerar las circunstancias en que fue dicho.

Se trata de posiciones aparentemente objetivizantes, pero que a mi entender se sustentan sobre una ideología paternalista que ve a un Poder Judicial que resuelve

problemas con tal complejidad discursiva que torna borrosa la visión sobre el sujeto de Derecho, que resulta causa eficiente de ese trabajo.

A veces, cierto narcisismo literario convierte a las sentencias en espejos donde los autores ven reflejadas sus mejores imágenes, imágenes, a veces, superlativas o desproporcionadas con la realidad.

De esa manera, con ese modo de ejercerla, creo que se desvirtúa la función jurisdiccional en la medida de que el instrumento tiende a convertirse en fin y el verdadero fin último-la persona humana- en instrumento.

En algunas circunstancias parece que los conflictos humanos son sólo la ocasión para poder establecer algún sentido, o para producir un discurso significativo de intereses ajenos a las necesidades sociales.

En ese marco de análisis crítico de la función jurisdiccional se inscribe la denominación de PODER JUDICIAL, en lugar de SERVICIO de JUSTICIA.

Por esta vía, se consolida a los tribunales como canales de reparto del poder, o de reparto de derechos, contrariando la idea de que los derechos son inherentes a las personas.

Y que, por lo demás, pone en jaque la distribución funcional del poder.

Este fenómeno, que lo inscribo dentro del paternalismo, ha llevado a la judicialización odiosa de diversas cuestiones como el permiso para interrumpir un embarazo, el permiso para divorciarse, etc.

Este paternalismo no es patrimonio exclusivo de cierta forma de entender la judicatura, sino que es una posición ideológica de cierta visión del Estado y todas sus emanaciones funcionales.

También en el ámbito privado se expresa este vicio conductual. Resulta un ejemplo clásico ciertas conductas que asume el tratamiento médico. En donde el paciente es sólo la circunstancia nimia y descartable en que la persona que ostenta el título habilitante desarrolla sus capacidades o criterios sin mayor preocupación o consideración de la autonomía personal de su paciente.

VI.- Potestad estatal y ciencia infusa.

En ocasiones, frente a la diversidad de cuestiones y disciplinas que se

entremezclan en un conflicto llevado al estrado judicial; se produce una confusión de roles y capacidades.

Es que muchos tribunales pierden de vista que su función está limitada a regular un procedimiento predeterminado con el objeto de llegar a una conclusión que dirima el conflicto que las partes no han podido resolver por sí.

En muchos casos quienes tienen la tremenda responsabilidad de dictar sentencia caen víctimas del narcisismo y confunden los andariveles de la misma actividad de juzgar: el procedimiento y las reglas de Derecho, pongamos por caso, relativa a obligaciones contractuales; con el objeto mismo o materia de la que trata el contrato.

VII.- La Jurisprudencia con mayúscula.

Ahora sí puedo volver sobre la cuestión del estilo en tanto al caracterizar la jurisprudencia con letra mayúscula sigo la regla gramatical de conferirle ese “ honor” a los nombres de las ciencias.

Y lo hago porque considerada de la manera que acabo de presentar la actividad jurisdiccional nos lleva a ver en esa actividad al Derecho mismo.

Siempre que no hayamos caído en la tentación de confundir Derecho con Derecho positivo, o mejor dicho con la formulación lingüística de la ley.

Si en la construcción conjunta de verdades relativas para cada caso, reconocemos la puja de valores, reglas y principios que un imaginario colectivo puede sostener en el tiempo, habremos iniciado una revalorización de la jurisprudencia como ciencia social.

Aún con las prevenciones de Kirschmann cuando afirmó que dos palabras de un legislador, echarían por tierra bibliotecas enteras.

Claro está que para este ensayo tomamos el alcance de jurisprudencia, no sólo como conjunto de pronunciamientos; sino como proceso complejo cultural, en el que se juegan y retroalimentan los valores, estereotipos y creencias concretas en danza.

Por ello, esas *palabras del legislador* no pueden aparecer como emergencia, sino, en todo caso, como epifenómeno de un debate social en el que la jurisprudencia es el estrado privilegiado.