

LA SOMBRA Y EL RESPLANDOR DE LA DESOBEDIENCIA: SOBRE LA DIFÍCIL RELACIÓN ENTRE EL GOBIERNO Y LA JUSTICIA EN LA ARGENTINA¹

Martín Böhmer²

Rey Lear: *¿Hay aquí alguno que me conozca? ¡Este no es Lear! ¿Anda así Lear? ¿Habla así? ¿Donde están sus ojos? O su razón se ha debilitado, o su percepción está aletargada. ¡Ha! ¿Está despierto? ¡No puede ser! ¿Quién puede decirme quien soy?*

Bufón: *La sombra de Lear.*

William Shakespeare, El Rey Lear, Acto I, Escena IV.

Resumen

La cultura jurídica argentina ha experimentado, junto con la transición a la democracia, una reconfiguración que aún está intentando articular en prácticas y discursos consistentes con ella. La tensión histórica entre autoridad ilegítima y desobediencia criminal se ha intentado superar poniendo a los derechos como centro de las nuevas prácticas, las que ahora se constitucionalizan y retiran la vieja cultura de la codificación a los márgenes. En este trabajo se propone una descripción de la forma en que esto ha sucedido, se mencionan algunos de los desafíos pendientes y se advierte sobre los peligros que aún acechan a esta frágil transición.

Introducción

Cuando el bufón responde “la sombra de Lear”, ¿está diciendo que él puede decirle al rey quien es, le está respondiendo “yo puedo decírtelo, eres la sombra de Lear”?, ¿o está diciendo que solo la sombra de Lear puede decirle quien es? Si lo primero, Lear no es sino una sombra de lo que era, un ex rey sin poder. Pero tal vez más interesante para mis propósitos sea advertir que, en la segunda lectura de su respuesta, el Bufón le responde que solo su sombra, su falta de poder, puede decirle quien es. Solo en el reconocimiento, en la aceptación de lo que hay cuando no hay poder (o se está bajo la amenaza de perderlo, o aun en el reconocimiento o en la aceptación de esa amenaza), el poder puede ser conocido

¹ Esta es una versión del texto que estoy preparando para el trabajo colectivo “Comparative Constitutional Cultures” que lideran Paul Kahn y Hugo Cyr, a quienes agradezco el permiso para publicarlo.

² Profesor de la Universidad de San Andrés, Universidad de Buenos Aires.

(mantenido) y tal vez incluso recuperado, en el caso de que se hubiera perdido.

La sombra de Lear le advierte los peligros de abandonar el poder, de la difícil hazaña de delegar poder y al mismo tiempo mantenerlo (sin importar cuán pequeña sea la porción que uno quiera mantener). “La soberanía, Lear—diría el Bufón—, no puede ser limitada, ni condicionada, ni delegada, ni siquiera cuando la entregas al declamado, o al verdadero, amor de tus hijas”.

1. Antecedentes fácticos

Solo en 2011 hubo 3.214 piquetes en Argentina, un 30% más que el año anterior. De todos ellos, 581 tuvieron lugar en la Ciudad de Buenos Aires. Los piquetes son organizados por movimientos sociales, trabajadores estatales y vecinos, y consisten en el bloqueo de caminos (avenidas principales o autopistas) y la interrupción del tráfico durante unas cuantas horas. El Estado se abstiene de ejercer cualquier tipo de represión; la policía redirige el tráfico y espera hasta que los grupos se dispersen. Los piqueteros demandan salarios, beneficios sociales, trabajo y cambios en las políticas públicas. Estos actores sociales comenzaron como grupos vagamente unidos por problemas que percibían como comunes y eventualmente fueron organizándose de manera más formal. Sus reivindicaciones son articuladas como instancias de protesta por la denegación de participación en el proceso político, no solo como demandas de recursos, sino también reclamos por derechos violados y por haber sido excluidos de la discusión política. Es como si la ocupación del espacio geográfico público fuera análoga a ocupar el espacio político público, un espacio que les había sido retaceado. Sus reclamos son (también vagamente) dirigidos al Estado, o a cualquier institución (o persona) que asuma la disrupción en cuestión como un reclamo dirigido a ella o como un problema político que debe asumir como propio, en la medida en que el reclamo la amenaza con convertirla en una autoridad ilegítima de cara a la ineficiencia de su actuar o a la total irrelevancia de su existencia como actor político.

A comienzos de 2012, la presidente argentina estaba de licencia tras una operación quirúrgica. Su vicepresidente necesitaba volar por debajo del radar y no atraer la atención si quería mantener su buena relación con la presidenta. Después de todo, ella le había advertido en un discurso que se “comportara”. Su ex vicepresidente, miembro de otro partido, en su primer mandato, fue condenado al ostracismo cuando la traicionó al dar su voto de desempate contra una ley crucial como presidente del Senado. Por lo tanto, para poder comportarse, el actual vicepresidente mantuvo sus reuniones al mínimo y no

ocupó las oficinas presidenciales. Solo estuvo en un acto público: la distribución de trece camiones de basura a los distritos (claves desde el punto de vista electoral) de la Provincia de Buenos Aires que limitan con el Riachuelo, el río que divide la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia. La institución a cargo de la adquisición y distribución de los camiones era la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), una agencia conformada por el Estado Federal, la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires para administrar la cuenca del río. El plan para limpiar el río (dentro del cual se inscribe la distribución de los tractores) es el resultado de una orden librada por la Corte Suprema federal en 2008, en una decisión sin precedentes. El litigio que produjo esta decisión comenzó con una acción colectiva iniciada por un grupo de vecinos anclada en el derecho constitucional a un medioambiente sano, que fue admitido en competencia originaria por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La orden contra los Estados les mandó diseñar un plan e implementarlo bajo la supervisión de la Corte y el escrutinio cercano de ONGs y universidades sentadas alrededor de una “mesa de diálogo” también creada por la sentencia. Las audiencias públicas (también sin precedentes en una tradición de procedimientos escritos) se convocan periódicamente. En las audiencias, las preguntas de los jueces avergüenzan a los funcionarios para incrementar su voluntad de cumplir con las órdenes de la Corte. En cualquier caso, el vicepresidente sintió que cumplir con las órdenes de la Corte no era una forma de desafiar la investidura de la presidente, sino que era una acción sensata, indiscutiblemente legítima y políticamente segura.

2. Cultura constitucional argentina

La cultura constitucional argentina se teje con varios hilos, siendo dos los principales: el poder del Poder Ejecutivo y el poder de la movilización popular. El primero tiende a aumentar la concentración de poder en manos del presidente, dotándolo de innumerables recursos simbólicos y materiales. Algunas de sus herramientas son el sistema federal de impuestos, la discreción casi sin límites en la utilización de los recursos impositivos, la iniciativa legislativa, el uso de facultades delegadas, el ejercicio del gobierno a través de leyes de emergencia y decretos de necesidad y urgencia, la virtual irrelevancia de las legislaturas, el control del partido oficialista, el uso de los medios de comunicación del Estado, la amenaza de represión y regulación, la falta de transparencia, el poder disciplinario respecto de y la capacidad para nominar a los jueces, y el uso de las intervenciones federales a las provincias. La legitimidad

simbólica del ejecutivo está anclada en la regla de la mayoría, que tiende a ser la forma excluyente de legitimidad, además de su capacidad para frenar la anarquía y disciplinar al resto de los actores políticos. La gobernabilidad del sistema depende críticamente de la fuerza del presidente.

La otra hebra –la movilización popular– despliega su capacidad para poner en crisis el orden público, de cuestionar las decisiones tomadas por los poderes mayoritarios. Sus herramientas son los piquetes, la ocupación de los espacios públicos, la toma de tierras, y también la utilización del poder judicial para forzar la deliberación en materias que fueron cerradas al mayor escrutinio público. La movilización tiende a organizarse alrededor de grupos que eventualmente se transforman en instituciones formales, como fundaciones, asociaciones civiles o cooperativas. Su trabajo cuenta con la ayuda adicional de abogados comprometidos políticamente, trabajando en forma voluntaria, ya sea como practicantes independientes o como miembros de organizaciones jurídicas de interés público. Juntos diseñan los litigios para promover diferentes causas, que tienden a encontrar el favor del poder judicial. De esta forma, sus reclamos son trasladados al lenguaje de los derechos, generosamente expandido en la Constitución, que a partir de la reforma de 1994 incluye la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, así como la deferencia a las jurisdicciones de órganos o cortes internacionales de derechos humanos.

Las dos hebras se entretajan. Ambas sostienen los recursos materiales y simbólicos que la otra necesita. El Ejecutivo precisa de un mínimo de orden público para hacer prevalecer sus políticas; los grupos movilizados necesitan bienes públicos que solo el Ejecutivo puede distribuir. Ambos experimentaron las calamidades producidas cuando esos recursos no estaban. Los presidentes fueron expulsados de sus cargos antes del fin de sus mandatos por multitudes enojadas y movimientos sociales que fueron reprimidos, empujados o abandonados por presidentes poderosos. Esta interdependencia ofrece a ambas hebras un espacio para la negociación política construido por sus miedos y esperanzas, pero también por la memoria del pasado reciente.

Las teorías políticas se alinean con estas fuerzas. No debe sorprender a nadie que un conjunto de autores neopopulistas haya surgido para dar la bienvenida a la reaparición de un Ejecutivo fuerte. Estos autores subrayan la legitimidad democrática y mayoritaria del presidente, y demandan la remoción de los límites institucionales que ponen coto a su voluntad. La gobernabilidad y la promoción expeditiva de políticas públicas son las justificaciones

necesarias para apoyar decisiones y desestimar los obstáculos generados por grupos minoritarios. Más allá de esto, un incómodo contraargumento debe ser tenido en cuenta: las políticas públicas pueden violar derechos humanos, entendidos estos como frenos contramayoritarios. Las teorías populistas asumen (y a veces se regodean) en esta falta de armonía.

El liberalismo igualitario, por su lado, articula los argumentos a favor de la movilización inclusiva de grupos populares y, crucialmente, de la práctica del derecho de interés público. Defiende a las minorías contra la visión excluyente del populismo mayoritario, argumentando a favor de una democracia más deliberativa. Cuando judicializa los reclamos, provee a los abogados y a los jueces de argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad de las políticas públicas y a los grupos con la legitimidad que corporiza el lenguaje de los derechos humanos. También hace un llamado a la reingeniería institucional, para expandir los ámbitos de la deliberación pública, abogando al mismo tiempo por un mínimo pero poderoso bloque de derechos humanos federales y por más altos niveles de distribución de poder político. El estilo de las políticas mayoritarias hace que los liberales igualitarios asuman posiciones elitistas de cara a las políticas públicas, apoyadas por una gran cantidad de votos.

Esta arquitectura política reclama una explicación de su genealogía, más a la luz de la evidente inadecuación de las explicaciones que se han dado de la cultura política argentina. De hecho, esta cultura constitucional, su particular concepción del ser, ha surgido de una más vieja que carecía de muchas de las características que he descrito. Así, las próximas secciones describirán la cultura anterior, el momento crucial de su reconfiguración y la articulación que se está intentado producir.

2.1. De dónde venimos

El constitucionalismo, al menos en la tradición americana, está vinculado con la idea de límites, de poder constreñido, y con los diseños institucionales de frenos y contrapesos. En ese sentido, el sistema político de Argentina, como fue definido en su primera Constitución, redactada en 1853, puede ser solo vagamente vinculado al constitucionalismo. En efecto, el proyecto de sistema político creado por los padres fundadores no apuntaba a limitar el poder, sino a crearlo casi sin ataduras.

El diagnóstico de las debilidades de Argentina identificaba una larga historia de confrontación (una guerra de independencia de España desde 1810 hasta 1820, una guerra civil entre 1820 y 1835, y una dictadura desde 1835

hasta 1853), que llevó a las elites a creer que una anarquía generalizada y un perenne estado de pobreza eran las dos principales causas de la lamentable situación del país. Por un lado, la anarquía se centraba en la negación de los caudillos provinciales a aceptar una Constitución formal y escrita, lo que producía un sistema inestable de poder atomizado que carecía de procesos para manejar conflictos sin recurrir a la guerra o el asesinato. Por otro lado, la causa de la pobreza se imputaba a la pampa desierta y a la poca gente que vivía esparcida en ella, los gauchos, que eran caracterizados como un grupo étnico imposible de ser convertido en una sociedad de ciudadanos civilizados.

El proyecto político de la generación fundadora, que aspiraba a lograr orden y crecimiento, propuso dos políticas principales: por una parte, concentración de poderes para frenar la anarquía (después de todo, la reciente dictadura había mostrado su eficacia monopolizando la fuerza y ejercitándola despiadadamente en las manos de una sola persona) y, por otra, inmigración (de Europa del norte) y educación, para eliminar la pobreza. Este proyecto fue articulado en una Constitución que tomó ideas prestadas de las tradiciones jurídicas de Europa continental y de Estados Unidos, para crear una monarquía unitaria dentro de las restricciones (bajo el disfraz) de una república federal.

De Estados Unidos, la Constitución Argentina tomó prestado el rol del presidente (pero lo investió de más poderes discrecionales), un congreso bicameral simétrico (que favorecía al Senado, en detrimento de la más democrática Cámara de Diputados), una Corte Suprema con poderes de revisión constitucional y un sistema federal de justicia en cada provincia. De la tradición continental tomó prestados los Códigos federales (que privaron a las provincias de gran parte de su poder legislativo), una cultura y educación jurídicas formalistas y dogmáticas, la ausencia del *stare decisis* y las formas de la ciencia jurídica continental: un derecho administrativo tomado de Francia (cuando no directamente de la España o Italia fascistas), un derecho penal alemán, un derecho comercial italiano, etc.

Así, un presidente casi sin límites, un puñado de miembros del Senado y tres Ministros de la Corte Suprema (de cinco) nominados por el presidente y confirmados por el Senado en deliberaciones secretas, podían manejar la Argentina. La cultura política no era contradictoria con este esquema: elecciones fraudulentas y asesinatos políticos fueron la regla durante la mayor parte de la segunda mitad del siglo XIX.

El proyecto, sin embargo, fue exitoso: Argentina creció mucho y rápido. Para el fin del siglo se encontraba entre las diez potencias económicas mun-

diales y la mitad de su población, cerca de dos millones de personas, eran inmigrantes. La mayoría de ellos no hablaba español. Sus hijos, gracias a una política pública educacional impresionante, pudieron convertirse en abogados y médicos, y las tasas de analfabetismo eran las más bajas de América Latina.

Pero estos nuevos ciudadanos no eran esforzados europeos del norte, agricultores obedientes; no eran los inmigrantes que el proyecto esperaba. La mayoría de ellos vino del sur de Europa y algunos de ellos eran disidentes políticos. Anarquistas, socialistas, sindicalistas, comunistas que escapaban de la persecución europea establecieron muchos de los primeros sindicatos, lideraron huelgas y levantamientos violentos y protagonizaron algunos de los más espectaculares atentados con explosivos y tiroteos contra los oficiales de las fuerzas represivas. Pero su lucha no resultaba ajena a la cultura argentina. Antes de su llegada y luego con su ayuda, quienes fueron dejados de lado por el sistema político contraatacaron y pudieron crear un partido político que, eventualmente, tras muchos intentos revolucionarios de hacer caer al gobierno, forzaron el dictado de una ley para poner fin a las elecciones fraudulentas.

Así fue construida la desarmonía cultural argentina: una autoridad ilegítima resistida por una desobediencia ilegítima. Esta puja cultural también tuvo lugar en la literatura. El Facundo de Domingo F. Sarmiento era una justificación de la necesidad de un Estado eficaz pero también una acusación: los gauchos tenían la culpa de la barbarie en Argentina. El poema de José Hernández *El gaucho Martín Fierro* era el alegato de la defensa: el gaucho se convierte en un forajido porque la autoridad lo persigue y reprime ilegítimamente. Cada narrativa creaba un mundo, un estilo. Ambas proveyeron lenguajes, roles, herramientas y propósitos para cada mundo. Cada una aseveraba su propia concepción de lo bueno: una, autoridad y la otra, inclusión; y cada una afirmaba su diagnóstico: la autoridad legítima no puede ser estable y excluyente, y la desobediencia no puede ser criminal. Era un choque ontológico: dos concepciones del ser, la elitista y la populista, en guerra la una con la otra. Era también una lucha teológico-política. Aquellos que aspiraban a ejercer el poder soberano reclamaban la necesaria libertad que lo acompaña, y los que los resistían sostenían que si el poder soberano iba a ser ejercido, debía serlo para crear un espacio normativo, debía haber política, y en dicho espacio el poder estaría limitado por la ley. Los primeros gobernarían a los segundos por la excepción; los segundos resistirían criminalmente las aspiraciones soberanas de los primeros. Esta lucha creó una desarmonía fundamental en la cultura política que rigió en la Argentina durante un siglo y volvería brutalmente para poner fin a ese período.

Tan pronto hubo elecciones limpias, el partido mayoritario, los radicales, se hizo cargo de este sistema institucional en 1916. Y ganaron las elecciones desde entonces utilizando cada pizca de poder concentrado que el sistema ofrecía. Los conservadores, habiendo perdido la presidencia tres veces, no pudieron retomarla más y, en 1930, en medio de la depresión económica que puso fin a la bonanza del siglo anterior, orquestaron el primer golpe de estado militar de la Argentina, el primero de muchos que vendrían luego: 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976. La Corte Suprema fue deferente a este asalto al poder y, en una decisión vergonzosa, creó la doctrina de facto: el derecho respetaría cualquier autoridad desde ese primer golpe como legítima, siempre y cuando pudiera garantizar el orden público.

El derecho no fue un mero espectador. Su función quedó reducida a proveer orden a la sociedad civil y estabilidad a las transacciones del mercado. En este sentido, el derecho se mantenía despolitizado –desconstitucionalizado–, al margen de las deliberaciones políticas y privado de su rol como límite al poder de los órganos políticos. Los Códigos y la cultura de la codificación proveyeron los arreglos necesarios, creando un conjunto de normas autosuficientes escritas por una sola persona, aprobadas sin discusión en el congreso federal, enseñado palabra por palabra, aprendido de memoria en las facultades de derecho, y dogmáticamente aplicado por los tribunales.

El desacople del derecho y la política era posible también por la aplicación de las doctrinas de facto y de las cuestiones políticas no justiciables, respaldadas por la Corte Suprema Federal. La homogeneidad federal era garantizada por una creación doctrinaria de la Corte, conocida como la doctrina de la arbitrariedad desentencia, que la habilitaba a revisar los casos provinciales basándose en la lógica de la defensa del derecho a un debido proceso cuando la decisión alcanzada por los jueces provinciales era considerada como carente de base racional. Era también una forma de ejercer la disciplina federal contra las cortes provinciales. Más adelante, cuando los Códigos no fueron suficientes para brindar las soluciones por sí solos, los profesores proveyeron tratados, y cuando los tratados no fueron suficientes, el Código fue reformado (sustancialmente y por un gobierno militar en 1968).

De esta forma, la prehistoria de la actual cultura constitucional de Argentina también mostraba una preferencia por los poderes concentrados en el Ejecutivo, pero, centralmente, sin la legitimidad democrática mayoritaria en la que hoy se afirma. En la configuración previa daba igual que el gobierno fuera civil o militar, siempre y cuando pudiera proveer orden y crecimiento.

Las amenazas a la estabilidad vinieron del interior de las elites dominantes y de su habilidad para producir políticas públicas exitosas. Las movilizaciones, cuando tenían lugar, no eran motivadas por la noción de derechos violados, sino por un sentimiento de traición producido por Ejecutivos incapaces de proveer los beneficios sociales que el pueblo esperaba de ellos. Así, las dos hebras de la cultura política se hallaban entonces presentes, pero desprovistas de las conexiones con la regla mayoritaria y los derechos humanos que dan forma al estilo de nuestra cultura política actual. Algo de proporciones nunca vistas antes tuvo que haber sucedido para que la cultura constitucional argentina cambiara de manera tan fundamental. Y sucedió, imprevisiblemente.

2.2. Reconfiguración

Una política no limitada por la ley e irrespetuosa de los derechos constitucionales era tierra fértil para la violencia que surgió en la década de los años sesenta. Un intento subversivo, terrorista, de oposición a las dictaduras militares fue orquestado por algunos pocos grupos armados. El gobierno militar llamó a elecciones y, después de algunos incidentes, Juan D. Perón inauguraba su tercer término como presidente en 1973. El viejo líder dio la espalda al ala izquierda de su propio partido, abriendo un espacio para que el ala derecha organizara una serie de contraataques, secuestros y asesinatos. Perón falleció de muerte natural en 1974 y su viuda asumió como presidente.

Chile ya se encontraba bajo el régimen de Pinochet y toda la región era convulsionada por la guerra fría. En lo que parecía ser una instancia más de las habituales formas de la política, las Fuerzas Armadas tomaron el poder en marzo de 1976. La justificación del golpe se basó en la necesidad de derrotar al caos y destruir la amenaza comunista de los grupos armados. Pero esta vez las violaciones de los derechos humanos, que generalmente acompañaron a los golpes en el pasado, cambiarían cualitativamente: el Estado no solo cerró el Congreso, y prohibió los partidos políticos y la libertad de expresión; se volvió en sí mismo terrorista y lanzó un plan sistemático de secuestros, tortura y homicidios. Miles de personas, casi setenta por ciento de ellas entre los 16 y los 30 años de edad, todavía permanecen desaparecidos. Decenas de niños robados y criados por los homicidas de sus familiares todavía son buscados.

Pero, en medio del horror, sucedió un evento sin precedentes. Un grupo de mujeres comenzó a buscar a sus hijos desaparecidos. En 1977 nadie pudo haber adivinado que este grupo de mujeres se convertiría en una fuerza política transformadora. Para ellas la pesadilla había empezado el día que sus hijos

desaparecieron. Fueron llevados de sus casas o no aparecieron para la cena familiar o nunca llamaron de nuevo. Las madres sabían o vieron como fueron secuestrados por grupos armados vestidos de uniforme o de civil. Luego de eso, nadie les diría nada sobre su destino. Entonces, las madres comenzaron a buscar a sus hijos. Hicieron las cosas usuales que cualquiera hacía en Argentina: llenaban formularios en comisarías sin ninguna respuesta, presentaban hábeas corpus a jueces que preguntaban formalmente al Ejecutivo e informaban a la familia que les dijeron que no había nada para informar. Finalmente, utilizaron la estrategia a la que todos recurrían para conseguir una vacante para un niño en determinada escuela o para encontrar una cama en un hospital o apurar un procedimiento en una institución pública: escribir una nota a la administración pública. Algunas de las madres conocía algún miembro de las Fuerzas Armadas, del clero o del gobierno. En todas estas instancias se les denegó información, cuando no se les echaba la culpa por no conocer el paradero de sus hijos: “¿Cómo que no sabe donde está?” “¿Cree que pudo haberse ido al exterior?” “¿Estaba involucrado en algo ilegal?” O el infame “en algo habrá estado metido”.

Así es como se conocieron: haciendo largas filas ante las puertas de los despachos oficiales. Veían las mismas caras en las salas de espera y comenzaron a hablar, en una suerte de inesperada estrategia de desarrollo de la conciencia, sobre su problema común. Una de esas líneas comenzó a darse en la Casa Rosada, el palacio presidencial frente a la Plaza de Mayo, y era organizada con el fin de ver a alguien en el Ministerio del Interior. Unos pocos números eran distribuidos durante la mañana y las madres llegaban temprano para asegurar su lugar en la fila. Pocas de ellas eran recibidas y, cuando las recibían, no se les daba información; así fue que algunas de ellas se quedaban esperando y hablando frente a la Casa Rosada, precisamente en la Plaza. Cuando más adelante les preguntaran cuándo fue la primera reunión, dudarían, tan naturales les habían resultado los pasos que habían dado. Pero eventualmente acordarían en el 30 de abril de 1977, un poco después de pasado un año del golpe de Estado. El nombre con el que inicialmente se llamaban a sí mismas cuando firmaban los documentos era “las madres de desaparecidos que todos los jueves a las 15:30 se reúnen en Plaza de Mayo”.

Sus demandas consistían en conocer el paradero de sus hijos (¿dónde están?) y, si no estaban atravesando procesos criminales, pedir su liberación. En el caso de existir un proceso legal, demandaban conocer al juez a cargo de la causa de su detención. Todavía jugaban con las armas y los roles de la cultura

política previa. Solicitaban correctamente a un Ejecutivo de facto las libertades y garantías establecidas en la Constitución conforme a la doctrina de facto que la Corte Suprema había creado en 1930 y que se volvió parte del trasfondo cultural. Reivindicar el derecho a un debido proceso frente a una dictadura militar no era visto como una imposibilidad política y el ejecutivo era el locus correcto para hacerlo.

Las víctimas eran en el principio cada hijo de cada madre. Eventualmente, la demanda se colectivizaría y “Las Madres” exigirían la aparición de “todos los desaparecidos”. Así, lo que llamaban una “invención”, la invención colectiva de un término colectivo por un reclamo colectivo –el término “desaparecido” o, mejor, “detenido desaparecido”–, se convertiría en una bandera en sí misma. La elección del término fue controvertida, en primera instancia, por las autoridades que negaron su existencia y, peor aun, por Videla, el dictador militar, que los definió en sus propias, cínicas palabras durante una conferencia de prensa: “es una incógnita, es un desaparecido, no tiene entidad, no está”. Otras definiciones acuñadas por la dictadura eran “ausentes para siempre”, “transferidos” (término utilizado en los campos de concentración para definir el momento de la ejecución), “ausentes con presunción de fallecimiento” (definición jurídica inscripta en el Código Civil por las autoridades militares utilizando una vieja institución del derecho privado) y “muertos”. Luego, el término “desaparición forzada” sería inscripto en documentos de derecho internacional, tales como el Estatuto de Roma y la Convención Interamericana Para la Desaparición Forzada de Personas, como un crimen de lesa humanidad. Las Madres ganarían a la larga una batalla semántica y no la menos importante de ellas. El término fue discutido por otras organizaciones de derechos humanos que preferían “desaparecido” a “detenido desaparecido”, pero las Madres fueron firmes respecto del uso del último. Sus hijos no solo “desaparecieron”; habían sido llevados por el gobierno y el gobierno debía rendir cuentas.

Si la forma de describir la situación de sus hijos fue parte del debate político, la forma de identificarse a sí mismas también fue un tema en disputa. La dictadura las llamaba “las locas de Plaza de Mayo” (ya he mencionado cómo firmaban sus primeros documentos). Eventualmente se convirtieron en las “Madres de Plaza de Mayo” o solo “Las Madres”. En los inicios, cuando comenzaron a darse cuenta de que eran un grupo, empezaron a llevar el símbolo cristiano de un clavo de carpintero para identificarse a sí mismas. De hecho, la mayoría de ellas eran católicas (a pesar de que no muchas eran practicantes) y sus actividades se relacionaban a veces con su fe. Se reunían

en iglesias, apelaban a la jerarquía eclesiástica para conseguir ayuda, se unían a las procesiones religiosas masivas para dar a conocer sus reclamos y, en ocasiones (a veces incluso frente a la policía), rezaban juntas. Más adelante, utilizaron los viejos pañales de trapo de sus hijos y los lucieron como pañuelos en la cabeza, pero eran demasiado grandes para esconder en un bolso o en un sobretodo, y los cambiaron por simples pañuelos blancos. En ellos escribirían luego el nombre del desaparecido y la fecha de su secuestro. Otro símbolo que las definió era la azucena (por Azucena Villaflor, una de las más importantes líderes en la organización del movimiento, que fue secuestrada en 10 de diciembre de 1977; más adelante se comprobó judicialmente que fue tirada de un avión al océano y, cuando sus restos llegaron a la orilla, fueron arrojados a una fosa común. Sus cenizas fueron enterradas en la Plaza de Mayo).

No mucha gente apoyaba su pedido al principio. Resultaron claves para su seguridad y para el éxito de sus reclamos los corresponsales extranjeros, que actuaban como pantalla protectora contra el acoso militar y policial. El gobierno temía compartir la reputación infame de Pinochet, cosa que podría dar cuenta del carácter clandestino de las violaciones sistemáticas; lo último que querían era publicidad negativa en la prensa extranjera. A pura fuerza las Madres construyeron una sólida estrategia internacional. La administración de James Carter resultó esencial, y figuras como el mismo presidente de los Estados Unidos, Cyrus Vance, Edward Kennedy y prominentemente Patricia Derian, fueron actores de lo que se convertiría en una plataforma internacional para oír los reclamos de las Madres. De esta manera, las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA y muchos presidentes y figuras políticas en Europa y las Américas ejercieron presión para saber más y frenar las atrocidades. El Eximbank, bajo las órdenes del presidente de los Estados Unidos, denegó un crédito a la Argentina para construir una represa, exactamente el tipo de represalia que el gobierno temía. Y en el armado de esta estrategia participaron abogados.

Los territorios extranjeros fueron siempre un lugar natural para la actividad política argentina; eran la alternativa a confrontar la violencia política y arriesgarse a la muerte. Es una conocida estrategia entre nuestros políticos realizar giras por el exterior para que la prensa cubra lo que de otra forma pasaría inadvertido. La política argentina se produce también desde el exilio. Estas habilidades se volvieron útiles durante el último gobierno militar. Abogados regresados de su exilio crearon las condiciones de posibilidad para la revolución de los derechos humanos encabezada por las Madres, ayudándolas a articular una nueva concepción del derecho y de la política.

Su historia comenzó con el despertar de la violencia en los sesenta, cuando trabajaban para movimientos sociales y organizaciones revolucionarias, y mantenían una clara separación entre sus diferentes actividades.³ Este panorama cambió drásticamente en los inicios de la década siguiente y especialmente con la aparición de los grupos armados clandestinos (vinculados a las Fuerzas Armadas y al gobierno peronista) que organizaron la represión ilegal de las organizaciones políticas y sociales. Así, cuando los mecanismos institucionales desaparecieron, los abogados se encontraron perdidos. Sus viejas formas de ejercer la profesión los llevaron a presentar hábeas corpus sin ningún éxito, a solicitar decisiones individuales de un Estado que había sido tomado por grupos paramilitares. Fue en ese momento que los abogados empezaron a trabajar contra lo que dieron en llamar “represión y tortura”. Durante la guerra fría, el término “derechos” tenía mala prensa por derecha y por izquierda.

El golpe de Estado de 1976 produjo que aquellos abogados que no desaparecieron debieran exiliarse. Desde fuera del país prestaron auxilio a las estrategias de las organizaciones de familiares de las víctimas. Entonces, dado que era imposible que las organizaciones de derechos humanos fueran escuchadas en un país controlado por el terrorismo de Estado, el exilio se convirtió una vez más en el lugar donde las noticias sobre los secuestros, torturas y asesinatos eran diseminadas. Dado que los organismos internacionales solo podían ser activados si los reclamos se realizaban en el lenguaje de los derechos humanos, la práctica de los derechos comenzó a articularse y a volverse operativa.

El resto de los argentinos, la mayoría de la prensa, los sindicatos y los empresarios, no creían o no querían creer, o simplemente miraban para otro lado. En 1978 la dictadura organizó el campeonato mundial de fútbol, que la selección argentina ganó. La gente celebró cada triunfo en las calles. Los desaparecidos escuchaban los gritos desde los campos de detención. Mientras la situación económica se deterioraba y las violaciones de derechos humanos se extendían, el gobierno lanzó una invasión a las islas Malvinas que fue recibida con alegría y celebraciones pero que resultó en una desastrosa derrota

3 Véase Chama, Mauricio, “Movilización y politización: Abogados de Buenos Aires entre 1968 y 1973”, en Pérotin-Dumon, Anne [dir]. *Historizar el pasado vivo en América Latina*. Disponible en <http://www.historizarelpasadovivo.cl/downloads/chama.pdf>. Y también Saldivia, Laura, Documento de trabajo sobre los/as abogados/as y el Derecho de Interés Público, Documentos de trabajo sobre Interés Público, Programa de Derecho e Interés Público, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2001-2003. Las ideas de derechos humanos e incluso de democracia no eran populares. La izquierda luchaba por la revolución social y los derechos civiles eran considerados como herramientas del imperialismo americano, como también la democracia parlamentaria era tildada despectivamente de burguesa. La derecha, por otro lado, estaba cómoda con el orden militar autoritario y para ella los derechos sociales representaban el avance del imperialismo soviético.

militar. Mientras, las Madres siguieron exigiendo la aparición de sus hijos y el conocimiento de la verdad de lo que les había pasado, y también justicia, que aquellos responsables de las violaciones de sus derechos rindieran cuentas.

En resumen: un grupo de gente resultó víctima (sin importar las acciones que habían cometido) de violaciones de derechos humanos (en particular, la negación del derecho al debido proceso, pero también de muchos otros derechos fundamentales) perpetradas por el Estado. Sus familias se convirtieron en demandantes (individual y luego colectivamente) en nombre de las víctimas (representación que era también el fundamento de estatus moral, político y legal) en los foros judiciales y políticos nacionales e internacionales. Para ello debieron reacomodar un conjunto de recursos culturales (en una instancia de lo que se conoce como apropiación transcultural), estrategia que no resultó muy efectiva en el comienzo, pero que los ayudó a clarificar sus propósitos, su identidad y la fuerza de las diferentes herramientas que tenían a mano. Luego lucharon para traer la noción de los derechos humanos de la periferia, a la que la cultura política anterior la había marginado, al centro de la cultura política. Su éxito produjo de esta manera la reconfiguración de la cultura constitucional argentina.⁴

La imagen de la sociedad que las organizaciones de derechos humanos presentaban era una desgracia: los gobiernos utilizando clandestinamente el monopolio de la fuerza pública contra sus propios ciudadanos, los ciudadanos culpando a las víctimas y los jueces denegando hábeas corpus, eran algunas de las prácticas sociales que fueron identificadas por las organizaciones y resignificadas en fuentes de vergüenza colectiva. Esta emergencia de la vergüenza pública que las organizaciones promovieron, el darse cuenta que la sociedad argentina produjo el horror político del terrorismo de Estado, fue tal vez la fuerza principal que explica la reconfiguración de una cultura jurídica que no había cambiado por más de un siglo.

⁴ Ver, en general, para el tema de prácticas reconfiguradoras, articuladoras y transculturales, los trabajos de Dreyfus, Hubert, en particular “Could Anything be More Intelligible Than Everyday Intelligibility? Reinterpreting Division I of Being and Time in the light of Division II”, en Faulconer, J., y Wrathall, M. (eds.), *Appropriating Heidegger*, (Cambridge University Press) 2000. De allí cito: “Dasein puede entonces actuar de manera tal de tomar o repetir las prácticas marginales de una manera novedosa, y así mostrar una forma de vida en la cual las prácticas marginales se convirtieron en centrales y las centrales se volvieron marginales. Un innovador así es tan radical que transforma la comprensión de los problemas de la cultura que enfrenta su generación y produce un nuevo auténtico ‘nosotros’. Va, entonces, más allá no solo de la comprensión banal y general que tienen sus pares, sino también más allá del entendimiento situacional del *phronemos*. Podemos llamar a tan auténtico hacedor de historia un maestro cultural. [...] Como maestro cultural puede tomar posibilidades marginales radicadas en el pasado de su cultura y cambiar el estilo de toda una generación y de esa forma descubrir un nuevo mundo”.

2.3. Rearticulación

A pesar de que la vergüenza y el aislamiento internacional de la dictadura, producto de la creciente información sobre violaciones de derechos humanos, erosionaron seriamente la gobernabilidad de Argentina, no fueron las únicas causas para el colapso del gobierno militar. Una política económica fallida, una sensación generalizada de corrupción y, por sobre todo, una desastrosa derrota en la guerra contra Gran Bretaña, fueron razones de peso para su abrupto final.

Con la democracia cerca, la agenda internacionalizada de los derechos humanos se convirtió en una demanda de políticas públicas consistentes con los deseos de las organizaciones de derechos humanos: juicios penales y castigo. En gran medida fue sobre esta agenda que se construyó la victoria del Partido Radical en 1983. En efecto, su candidato presidencial, Raúl Alfonsín, recitó el preámbulo de la Constitución de 1853 en sus discursos públicos, en una suerte de rezo laico que se convirtió en un instantáneo éxito retórico. Los radicales se presentaban a sí mismos con el partido del Estado de Derecho contra las prácticas violentas del peronismo.

La política de Alfonsín abrazó las propuestas de las organizaciones de derechos humanos de realizar juicios penales contra aquellos responsables de la violencia de los años setenta, pero desprovista del enfoque retributivo del castigo (que pretendía que todos los involucrados en las violaciones debían ser condenados) que las organizaciones esperaban. Alfonsín y sus consejeros (prominentemente, Carlos Nino y Jaime Malamud Goti) eran de la opinión de que la Argentina no podía y (toda vez que no eran retributivistas) no debía castigar a todos. Creían que debía haber diferencias en la responsabilidad entre los creadores de las políticas, aquellos que habían estado a cargo de ejecutarlas y los que cometieron actos aberrantes, por un lado, y aquellos que solo seguían órdenes, por el otro. Una vez que Alfonsín asumió la presidencia, las organizaciones no aceptaron esta distinción, y los militares, fuera del gobierno pero no totalmente desprovistos de poder, no solo esperaban no ir a prisión, sino ser felicitados por haber terminado con la amenaza de la guerrilla subversiva.

Los dos candidatos presidenciales disentían sobre la posibilidad jurídica de las persecuciones y los juicios. Luder, el candidato peronista, admitió que el llamado decreto ley de autoamnistía impedía los juicios por crímenes co-

metidos durante el gobierno militar.⁵ Alfonsín, por su parte, propuso, basado en un trabajo seminal de Nino,⁶ en una decisión histórica, derogar la doctrina de facto. Distinguió entre decisiones de facto y leyes de jure, permitiendo a las autoridades democráticas decidir si incluirían o no las normas generadas durante los gobiernos militares en el sistema jurídico. Luego, el nuevo Congreso democráticamente electo declarararía nulo el decreto de autoamnistía, permitiendo el comienzo de los juicios.

De manera inesperada, Alfonsín ganó la elección. Una vez en el poder, honró sus promesas: llamó a una Comisión de la Verdad, que produjo el informe “Nunca Más”, y ordenó la persecución de aquellos responsables por las atrocidades del pasado. Esta política de derechos humanos asumió mucho de lo aprendido: las leyes importantes fueron modificadas para estar en línea con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que fueron ratificados.

Existió cierta incertidumbre sobre la reacción del principal actor institucional, es decir, si la Corte Suprema seguiría la nueva tendencia o se apegaría a sus actitudes tradicionales. La nueva Corte mostró su voluntad de convertirse en un actor político activo, inaugurando una nueva visión del rol del poder judicial en democracia. Respondió a las tres principales decisiones de Alfonsín de la siguiente manera: (a) respecto de la distinción entre autoritarismo y democracia, trató a las leyes de facto y de jure en forma diversa, dejando de lado la “doctrina de facto”; (b) respecto de los derechos humanos, la Corte formuló una nueva interpretación de las cláusulas sustantivas de la Constitución; y (c) respecto de la consolidación democrática, la Corte asumió un rol de garante del Estado de Derecho, afirmando que esas nuevas líneas jurisprudenciales (a y, sobre todo, b) serían sostenidas consistentemente a lo largo del tiempo.

Los tiempos de deferencia acrítica a las decisiones de políticas públicas quedaron atrás. Desde entonces, el Poder Judicial se volvió un espacio más

5 Esta norma fue promulgada el 23 de septiembre de 1983 por Bignone, el último presidente *de facto*. Declaró una amnistía general respecto a los actos subversivos o aquellos actos cometidos contra la subversión datando desde el 25 de mayo de 1973 hasta junio de 1982. Dado que el Código Penal argentino tiene una regla que hace ultraactiva a la norma penal más benigna, la autoamnistía sería considerada como la ley penal más benigna, evitando de esta manera los juicios. “En la Constitución Argentina –Artículo 18– todos tienen derecho a no ser sujetos a la aplicación retroactiva de la ley. Este derecho incluye, de acuerdo a una constante línea jurisprudencial de la Corte Suprema, lo que entendemos en español como ‘principio de la ley penal más benigna’, es decir, la exclusión de toda ‘ley penal’ que *ex post facto* empeore la condición de los convictos”. Legarre, Santiago, “Crimes Against Humanity, Reasonableness and the Law: The Simon Case in the Supreme Court of Argentina”, en *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, 2, 2006, p. 726.

6 Nino, Carlos, “Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas ‘de facto’”, *L.L.* 935, 1983, pp. 935-946.

de deliberación pública sobre las decisiones democráticas de los argentinos. Algunas de las semillas de una nueva concepción de autoridad política fueron plantadas en esos años: (a) el lugar central de los derechos humanos, (b) la globalización del derecho (en el sentido de que el derecho internacional aumentó la lista de derechos y multiplicó las jurisdicciones disponibles para defenderlos), (c) la expectativa de un nuevo rol del Poder Judicial como guardián de la Constitución y (d) la relevancia de las organizaciones de la sociedad civil en promover el uso de procedimientos jurídicos para avanzar, discutir y controlar políticas públicas.

El 7 de julio de 1989, cinco meses antes de la fecha constitucionalmente establecida, ocurrió la histórica sucesión de un presidente civil por otro. El gobierno de Alfonsín, atormentado por alzamientos militares, por una hiperinflación sin precedentes e incapaz de controlar la política económica, entregó un país en grave crisis a Carlos Menem.

Las decisiones políticas del nuevo gobierno intentaron una profunda reforma del Estado; en particular, cambiaron algunos rasgos de la concepción tradicional del derecho administrativo. El gobierno, decidido a llevar adelante ciertas políticas como la privatización de empresas del Estado y la desregulación de mercados conforme el Consenso de Washington, a través de procesos que eran difíciles de aceptar para los jueces, se aseguró la aquiescencia de la Corte Suprema incrementando el número de sus miembros e incorporando una mayoría propia en sesiones secretas y expeditas en el Senado. La nueva Corte rechazó las propuestas institucionales e ideológicas de la Corte de Alfonsín y se concibió a sí misma como un tribunal deferente a las decisiones de los poderes políticos, en particular, a aquellas del presidente.

El proceso de reforma del Estado avanzó con velocidad y despreciando los límites del Estado de Derecho, a través de decretos ejecutivos, leyes y decisiones judiciales. Así se privatizaron servicios y se desregularon actividades, a la vez que se crearon numerosas agencias regulatorias. Estas agencias contaban con cierto grado de autonomía y algunos procedimientos públicos participativos que brindaban legitimación activa ante los consumidores, ya sea individual o colectivamente a través de organizaciones creadas con ese propósito. Los nuevos procedimientos, tales como audiencias públicas y mediaciones, también crearon incentivos para las ONGs dedicadas a los derechos del consumidor para buscar influir en políticas públicas. De esta forma, con vientos internacionales soplando a favor del mercado, una nueva concepción del derecho administrativo erosionó las regulaciones centralistas y excluyentes de

la tradición previa y produjo una cantidad significativa de asociaciones de derechos del consumidor que utilizaron nuevos (u olvidados) procedimientos, y encontraron abogados dispuestos a defender sus derechos y jueces dispuestos a escucharlas.

De hecho, tomando el ejemplo de las Madres y las organizaciones de derechos humanos, el número de ONGs registradas se multiplicó en números sin precedentes. Atizadas por el entusiasmo incremental de la ciudadanía y con financiamiento nacional e internacional, corporativo e individual—o, en el caso de las asociaciones de consumidores, incluso apoyadas por el Estado—, se crearon fundaciones y asociaciones de la más variada naturaleza. Los abogados proveyeron a las organizaciones sus habilidades y conocimientos recientemente adquiridos en la defensa de derechos frente a tribunales y en instancias administrativas que ahora proliferaban.

Antes de finalizar su mandato el presidente Menem acordó con Alfonsín reformar la Constitución federal. La necesidad del primero de conseguir la reelección estaba alineada con el deseo del segundo de reducir el hiperpresidencialismo. Y la demanda popular para luchar contra la corrupción e incrementar las herramientas para poner en práctica los derechos constitucionales también definiría el nuevo texto. La reforma incorporó al texto constitucional una docena de tratados internacionales de derechos humanos y (como la Corte ratificaría más adelante) las decisiones de los cuerpos a cargo de su aplicación pasaron a ser vinculantes, así como derechos colectivos de los pueblos originarios, de los consumidores, ambientales, a la libre competencia y a no ser discriminado. La reforma incorporó un instrumento crucial: la acción de amparo, que había sido creada por la Corte Suprema al menos cuarenta años antes como un recurso contra violaciones constitucionales evidentes, a la que se sumó el nuevo amparo colectivo que reconoce legitimidad procesal activa a la persona damnificada, al Defensor del Pueblo de la Nación (otra creación de la reforma constitucional) y a las asociaciones creadas para defender los derechos colectivos.

Este es el contexto institucional en que surgió el derecho de interés público (DIP), la práctica jurídica que utiliza el derecho para incluir en los procesos de deliberación democrática a aquellos que han sido excluidos, para mantener esos procesos y para preservar los acuerdos semánticos en los cuales se expresa el lenguaje del derecho. Se trata de una práctica mucho más amplia que la de procesos colectivos, pero, dada su historia especial en Argentina, el DIP y las acciones colectivas van de la mano. Así fue como se creó una conexión in-

édita entre abogados de interés público –y asociaciones de abogados y clínicas de escuelas de derecho– y organizaciones de la sociedad civil que empezaron a utilizar el lenguaje de los derechos para promover su agenda, siguiendo el ejemplo de las Madres. Sus preocupaciones iban del feminismo a los derechos del consumidor, del medioambiente a cuestiones de discapacidad, vivienda o discriminación en general. Trataron, como las Madres al principio, de promover sus agendas a través de débiles procedimientos administrativos, recibiendo pocas respuestas. La judicialización se convirtió en una forma de hacer públicos sus reclamos, de organizarse alrededor de una causa, de forzar al demandado a hablar y a presentar su justificación y, eventualmente, muy a menudo, de ganar. La práctica del DIP es en definitiva una manera de articular la cultura recientemente reconfigurada.

El presidente Menem fue reelecto en 1995. En 1999, su partido, el Peronismo, perdió frente a una alianza liderada por el Partido Radical. Su segundo mandato no terminó bien. Se descubrieron numerosos casos de corrupción y la economía entró en un período recesivo. La lucha por la sucesión dentro del propio partido se agregaba a los altos niveles de déficit público y percepciones generales de mala gestión. El presidente de la Rúa asumió su mandato el 10 de diciembre de 1999, en medio de una crisis económica generalizada que su gobierno fue incapaz de remontar y que puso un abrupto fin a su mandato en diciembre de 2011. Los saqueos, la violencia callejera y la agitación económica y política disminuyeron cuando el partido peronista volvió a hacerse cargo de la presidencia. Tras algunos intentos fallidos de nombrar presidente y la declaración de default soberano de la deuda Argentina, Eduardo Duhalde se convirtió en presidente interino.

La Corte, que el presidente de la Rúa no había alterado, ahora afrontaba un juicio político masivo. Los jueces, tratando de mantener sus cargos, permitieron que siguieran adelante dudosas medidas económicas. Como no hubo reacción del Congreso y los juicios políticos seguían adelante, cambiaron su estrategia y contradijeron su primera decisión, amenazando de esta forma la política económica del gobierno en medio de una emergencia sin precedentes.

Eventualmente, en default y cada vez más pobre, pero con los mercados internacionales comenzando a favorecer los productos argentinos, el presidente Duhalde (luego del asesinato de dos manifestantes por parte de las fuerzas policiales) tuvo que entregar el poder al presidente Kirchner, en 2003. Kirchner perdió la primera ronda de la elección frente a Menem, pero, como era obvio que perdería la segunda, este último renunció a participar, con lo que

el primer término de Kirchner estuvo signado por cierta sensación de ilegitimidad. Consistentemente con la historia democrática más reciente de la Argentina, Kirchner abrazó la causa de los derechos humanos y especialmente a las Madres para legitimar su gobierno. Esta movida, junto con una fuerte negociación de la deuda externa y una enérgica actitud de rechazo al Fondo Monetario Internacional y a los mercados financieros globales, hizo crecer una gran ola de simpatía a su presidencia.

Menem había amnistiado a la mayoría de los responsables por las atrocidades de la dictadura y antes Alfonsín había limitado los procesos. Kirchner adoptó la agenda de los derechos humanos y reinstaló los juicios penales. La Corte lo acompañó en esto. Los juicios políticos lentamente le dieron a Duhalde, primero, y a Kirchner, después, la posibilidad de nominar candidatas para la Corte. Kirchner aprovechó esta oportunidad para dar legitimidad a su mandato con una valiente movida de autolimitación. Abrazando las propuestas de un grupo de ONGs, decretó que las nominaciones de los jueces estarían abiertas al escrutinio popular y que los nominados deberían cumplir una serie de criterios para garantizar el pluralismo. La nueva Corte se fundó en este predicamento. La Corte de Alfonsín había asumido un rol activo en la promoción de una agenda liberal, insistiendo en la autoridad de sus precedentes. Menem puso un fin a ese intento de autonomía, creando una Corte pasiva, deferente al poder Ejecutivo, conservadora y sin voluntad de atarse a sus decisiones. La Corte de Menem también terminó abruptamente, cayendo en medio de marchas masivas y disturbios. La Corte de Kirchner estaba al tanto de los dos intentos anteriores de construir la legitimidad y no estaba dispuesta a fracasar otra vez.

El presidente de la Corte, Lorenzetti, intentó una opción distinta. Lorenzetti cree que hubo un cambio de paradigma en el derecho argentino y enumera sus características: (a) materialización –la ley discute cuestiones normativas, se abre a otras disciplinas y no es un esfuerzo formalista–; (b) Big Bang –la ley ha sido descodificada, es decir, la ideología de la codificación está muerta, y un número de lo que él llama microsistemas ha tomado el lugar del Código–; (c) globalización –derechos humanos internacionales, integración regional e intercambio comercial–; (d) constitucionalización –la minimización de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables–; (e) mayor participación ciudadana en las discusiones de políticas públicas a través de procesos jurídicos; (f) pluralismo –multiplicación de fuentes de derecho–; (g) debilitación de la distinción entre público y privado; (h) un cierto reconocimiento de la

textura abierta del lenguaje del derecho; y (i) una preocupante falta de certeza jurídica. Estas características del nuevo paradigma, de esta concepción reconfigurada del derecho, según el presidente de la Corte, son consistentes con un sistema democrático que descansa decididamente en los derechos humanos. Lorenzetti cree que la autoridad no puede ser fundada en una sola fuente, ni en el derecho que surge de las decisiones de jueces ni el que surge de las de los legisladores. Propone, en cambio, un diálogo entre poderes y, en vez de un modelo “concentrado descendente” de la autoridad, uno “descentralizado ascendente”.

De esta manera, en la nueva configuración, los actores sociales y políticos están utilizando (o creando nuevos) procedimientos para generar deliberación allí donde no existía o donde era omitida o donde ignoraba a los actores relevantes, el derecho internacional o nacional (legislado o creado en casos judiciales) y las instancias municipales, provinciales, nacionales o internacionales, para forzar a los funcionarios públicos a tratar situaciones que tradicionalmente ignoraban.

2.4. Recapitulación

Intentaré ahora parafrasear lo que he señalado en términos que Paul Kahn denomina teológico políticos.⁷ Las Madres lanzaron un ataque revolucionario contra el Estado soberano. La revolución estaba basada en el reclamo de justicia y de que se estaban violando derechos. Sus hijos habían sido arrancados de su lado sin explicaciones y reclamaban su derecho a conocer su paradero (de ahí el origen del derecho a la verdad); como el Estado no promovió ninguna causa judicial, reclamaron que sus hijos tenían derecho a que se les garantizara el debido proceso (de ahí el origen de la legitimidad y la multiplicación de instancias de deliberación); y frente a las violaciones de los derechos de sus hijos, exigieron juicios y eventualmente el castigo de los responsables (de ahí el origen de la judicialización y el reclamo por la no impunidad).

Su libre decisión las llevó a ponerse en riesgo, a sacrificarse por sus hijos, violando las (secretas y formalmente ilegales) normas de la dictadura. Esos actos de sacrificio les significaron heridas e incluso produjeron actos de martirio. Las heridas, llegado el momento, crearon cicatrices: los pañuelos blancos. Las cicatrices fueron reivindicadas como el paradigma de la ciudadanía y construyeron una identidad nacional: ser argentino es creer en la sacralidad

⁷ Kahn, Paul, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, (Columbia University Press) 2011.

de los derechos humanos, es vivir para el Nunca Más, recitar de memoria el Preámbulo de la Constitución. Es quien está de acuerdo con nuestro doble mandato: nunca más golpes militares (entendiendo por eso la violación del derecho a participar en las decisiones públicas) y nunca más desapariciones (entendiendo por eso la violación de derechos humanos fundamentales).

Esta reinterpretación del texto (de la práctica constitucional) producida por la cicatriz (de los pañuelos blancos de las Madres) brindó legitimidad a la política y eventualmente al derecho. Así, la política se volvió legítima cuando las autoridades, usando el poder de la excepción fundacional, intervinieron en la arena política para generar un espacio normativo en el que esta nueva configuración se pueda desarrollar. Este ejercicio de soberanía, de intervención excepcional, se hallaba inscripto en las decisiones que llevaron a los juicios contra los responsables de las atrocidades y en el texto constitucional reformado en 1994 que permitió las intervenciones estructurales de la Corte.

Esta legitimidad de la política constitucional fue posible porque la cicatriz también (a) funcionó pragmáticamente, avergonzando a aquellos que habían dado la espalda a la herida, y abrió un espacio para las deliberaciones reguladas, produciendo criterios para distinguir movidas retóricas válidas de las inválidas; (b) creó el carisma necesario para inspirar a otros a seguir el camino de las Madres y para actuar en una nueva cultura a través de movilizaciones populares y litigios de interés público basados en derechos; y (c) produjo reverencia y admiración ante las reapariciones de la excepción fundacional, que dio lugar a decisiones judiciales y políticas públicas sin precedentes que terminaron con las viejas tradiciones, basándose en la retórica de los derechos humanos.

3. “La sombra de la desobediencia”

El proceso de globalización volvió a traer a escena viejas discusiones. Una de ellas es el problema de la creación de normas. ¿Cómo se crean? ¿Por qué los poderosos se limitan? En particular, ¿por qué algunos actores privados crean normas que establecen estándares más altos para su propia actividad que aquellos regulados por leyes y regulaciones públicas? Una respuesta para el contexto europeo fue ofrecida por Heritier y Lehmkuhl, quienes propusieron el concepto de la “sombra de la jerarquía”.⁸ Esta sombra trabaja en contextos

8 Heritier, Adrienne y Lehmkuhl, Dirk, “The Shadow of Hierarchy and New Modes of Governance: Sectoral Governance and Democratic Government”, en *Journal of Public Policy*, Special Issue, Vol. 28, 2008. “El término *jerarquía* es usado para describir decisiones legislativas y ejecutivas que marcan el curso de la acción gubernamental democrática al nivel nacional y europeo (Scharpf, F.W (1997) *Games Real Actors Can Play: Actor-Centered Institutionalism in Policy-Research*, Boulder: Westview Press). La

como el europeo donde, se asume, se puede ejercer una amenaza creíble de legislación adversa porque las instituciones que representan a las mayorías (a) representan adecuadamente a las mayorías, (b) no pueden ser exclusivamente influenciadas por un solo sector y (c) pueden poner en práctica sus decisiones. Una parte importante de la literatura dedicada de las instituciones jurídicas, tanto formales como informales, hacen similares presuposiciones, tomando de esa manera demasiadas cosas por dadas en contextos diferentes de aquellos que (recientemente y con muchas salvedades) existen en la región del Atlántico Norte.

Sin embargo, la sombra de la metáfora puede ser utilizada para explorar la pregunta acerca de si la política argentina provee un ejemplo de una diferente (aunque no del todo nueva) dinámica de creación normativa. En un contexto en el cual autoridades débiles coexisten con una situación persistente de violaciones de derechos, algunas instancias de desobediencia pueden (y deberían) ser consideradas (y tratadas) al mismo tiempo como una amenaza y una oportunidad. La amenaza consiste en profundizar la (percepción de) ilegitimidad de una autoridad despreocupada por la existencia de una violación de derechos básicos. Pero al mismo tiempo abre la posibilidad de que la autoridad en cuestión la tome como una sugerencia para comenzar un diálogo que podría crear un proceso virtuoso de cumplimiento de derechos y legitimación de la autoridad. Yo llamaría a esta amenaza “la sombra de la desobediencia”.

Para describir las dinámicas de la sombra de la desobediencia, el punto inicial es admitir la existencia de una situación en la cual la autoridad es percibida como ilegítima y los gobiernos son desafiados por gente que actúa violando los derechos de los demás. En otros contextos, hay por supuesto instancias en las cuales una situación ilegal es desafiada por una desobediencia legítima, así como situaciones en las cuales una autoridad legítima aplica la ley contra desobediencias ilegítimas. Aquí propongo pensar en una instancia en la cual una autoridad es percibida como ilegítima se enfrenta con una desobediencia también percibida como ilegítima. La autoridad es generalmente percibida como ilegítima en el sentido de que las órdenes son, en el mejor de los casos, sugerencias, y la obediencia carece de la convicción de obligatoriedad, del as-

sombra de la jerarquía puede involucrar inducciones o amenazas legislativas. Los legisladores pueden amenazar con aprobar legislación adversa a menos que los actores potencialmente afectados alteren su comportamiento para acomodarse a las demandas de los legisladores. Tales amenazas tienen un elemento probabilístico (Halfteck, G. (2006) (March 12, 2006) 'Legislative Threats'. *Bepress Legal Series*. Working Paper 1122 [<http://law.bepress.com/expresso/eps/1122>]). Que las compañías respondan cumpliendo o no cumpliendo dependerá de cuán probable sea que los legisladores implementen su amenaza y cómo lo harán”.

pecto interno que Hart requería que se encuentre de alguna manera entre la gente sujeta a la ley. Esta situación puede ser una oportunidad para la creación de legitimidad tanto de las formas de imposición de la autoridad del Estado como de las de resistencia a sus decisiones. Un grupo cree que sus derechos están siendo violados y que la autoridad (los funcionarios que se entiende que están a cargo de la resolución de un conflicto) reconoce que su legitimidad está siendo puesta en jaque: no puede aplicar normas públicas, no puede preservar la paz y tampoco puede dejar de actuar.

Entonces el grupo hace su primera movida. En la creencia de que los procesos mayoritarios son ineficientes (habiéndolos probado o estando al tanto de su impotencia o de su falta de sensibilidad hacia las reivindicaciones de una minoría), desafía el status quo utilizando los procesos no mayoritarios. He mencionado en el principio de este trabajo, por una parte, casos de acción directa, como la toma de tierras o edificios u organizando piquetes en las calles, y, por otra, litigios judiciales, en particular casos de interés público estratégico y estructural.

Esta movida, en la nueva cultura Argentina, no es considerada como un mero evento de ruptura de la ley o como un desafío irracional al poder que debe ser manejado con la fuerza o ignorado, replicado simplemente con un despectivo gesto de indiferencia. La cicatriz de Las Madres nos recuerda que no podemos reaccionar de esa manera o que debemos avergonzarnos si lo hacemos. Estas acciones son consideradas, en cambio, como formas de reiniciar la deliberación, trayendo a la atención pública el hecho de que el lugar particular en que la deliberación se detuvo pasa por alto la situación el grupo y por lo tanto viola sus derechos. Son también un acto de esperanza en el sentido utilizado por White: esfuerzos de involucrar a los otros en un diálogo, de hacer posible su capacidad de empatía. Utilizan la desobediencia como una amenaza para incrementar la percepción de ilegitimidad de la autoridad. En este sentido, la cantidad de presión que los movimientos sociales puedan ejercer depende, dentro de muchos otros factores, de la percepción por parte de la autoridad de los costos de ser, o aparentar ser, inefectivos y por lo tanto ilegítimos. En el caso argentino, siguiendo los pasos de las Madres, los grupos se convirtieron en organizaciones formales de la sociedad civil, definen sus reclamos como violaciones de derechos humanos y tratan de demostrar que la omisión de las autoridades de reparar sus reivindicaciones las vuelve autoritarias, herederas de la dictadura. Esta amenaza es lo que llamo la sombra de la desobediencia.

Cercano a esta idea, Holmes utilizaba a Maquiavelo para afirmar que:

Los gobiernos tienden a comportarse como si estuvieran “atados” por el derecho, en lugar de utilizar la ley arbitrariamente como un garrote para disciplinar a la población, menos por temor a la rebelión que por que tienen objetivos específicos (tales como repeler intentos de invasiones extranjeras) que requieren un nivel alto de cooperación voluntaria de grupos sociales específicos que poseen habilidades (soldados) y recursos (la base tributaria) específicos.⁹

Sin embargo, hay una sutil distinción: Holmes asume un líder con capacidad para mandar; yo postulo una autoridad algo menos portentosa, con menor capacidad para ejecutar las normas pero consciente de su necesidad de incrementar su legitimidad. La sombra de la desobediencia, en los términos de Holmes, es explicada de esta manera:

La amenaza de retirar la cooperación, de hecho, provee una motivación más perdurable para la regularización del poder gubernamental que la amenaza de infligir daño físico notada por Maquiavelo y acentuada por Przeworski.¹⁰

En el proceso que despliega la sombra de la desobediencia, el segundo movimiento es de la autoridad. Si esta toma la movida del grupo como una sugerencia para reiniciar la deliberación y acepta la oferta, es decir, si no utiliza la fuerza para imponer su voluntad o no permanece despectivamente pasiva, si logra ver en este movimiento la revolución de los derechos humanos a través de la Constitución, o si ve la cicatriz y está de acuerdo en que Nunca Más, entonces está lista para comenzar un diálogo en el que, al menos, ha sido reconocida como un interlocutor legítimo. Como tal, tiene la oportunidad de ofrecer un beneficio, de reconocer la violación de un derecho, de escuchar una queja, de proponer un proceso para resolver el conflicto o hacer promesas creíbles. Es decir, puede mostrar que es capaz de ejercitar formas de asumir la autoridad como si su legitimidad no estuviera en jaque.

9 Holmes, Stephen, “Lineages of the Rule of Law”, en Maravall, José María y Przeworski, Adam (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, (Cambridge University Press) 2003, pp. 19-20.

10 *Ibíd.*

Esta respuesta se realiza con una actitud tentativa, dado que es una contra sugerencia (una respuesta a la sugerencia hecha por el grupo) y no, todavía, una orden. Pero está hecha bajo la condición de que el grupo ponga fin al acto de desobediencia o al menos que acepte comenzar un proceso que eventualmente ponga fin a ese acto. Esta movida contraria reconoce la alegada violación del status quo y al grupo como merecedor de atención. En el contexto argentino, esta reacción (abstenerse de la violencia, escuchar y negociar) surge del sentimiento de vergüenza de ser identificado con un poder autoritario, de ser puesto en la misma posición que los dictadores. Si los grupos desobedientes dan fin al acto de desobediencia o entran en el procedimiento que llevará a finalizarlo, estarán admitiendo que se encuentran ante una autoridad creciente en legitimidad a medida que la deliberación se desarrolla. Entonces se podrá decir que se creó una norma legítima, en el sentido que la contra sugerencia ha sido aceptada como tal.

Conclusión

Para la celebración del bicentenario de la Revolución de Mayo, una movilización pública ocupó las calles del centro de Buenos Aires para asistir a un espectáculo nocturno organizado por el gobierno. Una de las carrozas que circulaba entre la multitud transportaba a un grupo de mujeres caminando lentamente en círculos. Fuentes invisibles derramaban agua sobre sus cabezas cubiertas con luminosos pañuelos blancos que brillaban con una radiación extraña y conmovedora. Nada más apropiado para celebrar nuestra soberanía política: un grupo de radiantes pañuelos blancos que atraía la atención de todos, recordándonos nuestra pasada vergüenza colectiva, creando un sentimiento de reverencia patriótica orgullosamente colectivo y que prometía no flaquear ni en la noche más oscura ni bajo la lluvia incesante. Un grupo de pañuelos que proyectaba una sombra ominosa sobre todos como un recordatorio de la implacable demanda de verdad, igualdad y justicia que amenaza la legitimidad de cualquiera que aspire a gobernar la democracia argentina. Ojalá sepamos mantener la reverencia a la que esa sombra nos obliga y la inspiración que nos produce el resplandor de los pañuelos. Sombra y resplandor del origen de la democracia argentina y de los que depende fundamentalmente la persistencia de su legado.

Post scriptum

La velocidad de los ritmos políticos argentinos impidió que agregue al cuerpo principal de este ensayo algunas consideraciones sobre lo sucedido hasta

principios de 2013. La generosidad de los editores me permiten enmendar esa falta.

La transición de la Rúa a Duhalde y de Duhalde a Kirchner, signada por la crisis de 2001, puso a prueba la resiliencia del sistema democrático argentino. Como dije más arriba, el presidente Kirchner sorteó su inicial falta de legitimidad trabajando con las dos hebras tradicionales del sistema político: la autoridad presidencial y la movilización popular. Kirchner asumió la primera con delectación: su falta de etiqueta y de ceremonial era compensada por su eficacia en la negociación a favor del interés nacional, que le ganó la simpatía de los más extraños aliados, por derecha y por izquierda. En cuanto a la segunda, se refugió en la legitimidad sagrada del legado de las Madres y, sobre todo, en una parte marginal de ese legado: el castigo penal a los responsables por las violaciones masivas de derechos. La política de derechos humanos pasó a ser el permiso a la justicia y a los fiscales para seguir adelante con los juicios.

Como todo legado complejo, el de la transición argentina admite varias lecturas posibles. Por un lado, la que intenté desarrollar en este trabajo: el problema de la Argentina fue siempre la ilegitimidad de la autoridad resistida por formas también ilegítimas de desobediencia. La última dictadura produjo la respuesta impensada de los derechos: el acuerdo habría consistido en que no importa lo que hizo la víctima de la violación de derechos humanos; aun cuando haya cometido delitos, tiene derecho al debido proceso y a la preservación de sus garantías constitucionales. El acuerdo proponía una asimetría fundamental entre Estado y sociedad civil en este punto. Cuando los ciudadanos violan la ley, el Estado defiende a las víctimas. Pero ¿quién defiende a las víctimas de un Estado que viola derechos? De esa convicción surgió una práctica que, intenté mostrar, puede crear a la vez autoridad legítima y obediencia legítima a través de procesos deliberativos en los que se discuten políticas públicas y los límites que imponen los derechos. Respecto de los victimarios, ellos tienen derecho al debido proceso penal. El lema “juicio y castigo” debe ser entendido como juicio y (eventualmente, si la fiscalía puede probar su imputación dentro de las estrecheces del proceso penal) castigo.

Por otro lado, a medida que los gobiernos de Néstor y Cristina Kirchner fueron ganando en legitimidad electoral, fue ganando también terreno otra lectura posible. Las víctimas habían sido héroes de la resistencia contra la dictadura y combatientes por la causa de un mundo mejor. La dictadura había significado la derrota de ese ideal y ahora es tiempo de dejar de lado las formalidades constitucionales y, con la legitimidad que otorga la soberanía

popular (entendida esta como cantidad de votos y única fuente de legitimidad política), avanzar en un programa popular contra actores sociales poderosos pero minoritarios, equiparándolos a la dictadura. Las otras reivindicaciones de las Madres (verdad y debido proceso) que llevaron a la construcción de un sistema político con frenos y contrapesos y con múltiples entradas a diversas oportunidades para la deliberación pública, son dejadas de lado.

Así, creo, se entienden algunas situaciones como las siguientes: desde 2003 los presidentes Kirchner no ofrecen conferencias de prensa. Decisiones gubernamentales clave se toman por decreto (con credenciales constitucionales dudosas o sin ellas), hay leyes que se aprueban violando los reglamentos del Congreso, la prensa recibe ataques frecuentes cuando es crítica y se la financia generosamente con publicidad oficial cuando se alinea con el oficialismo (la sentencia de la Corte que ordena distribuir la pauta publicitaria del Estado equitativamente permanece desobedecida, como algunas otras sensibles a los intereses del gobierno). El instituto nacional de estadísticas está intervenido y sus cifras son falsas, con lo que no se conoce la inflación, el ritmo del crecimiento económico o el nivel de pobreza. El Consejo de la Magistratura se utiliza para presionar jueces con amenazas de sanciones disciplinarias o de negar o demorar acuerdos para nombramientos y ascensos. La percepción de corrupción crece a niveles desconocidos, aun en comparación con el mandato del presidente Menem.

Nada nuevo, en definitiva: cuando la necesidad de control concentrado crece a expensas de los límites constitucionales, el poder presidencial tiende al desafuero. Es la vieja práctica política argentina que habíamos comenzado a dismantelar a partir de la transición democrática. Lo que resulta preocupante es la justificación y los procedimientos con los que se la ejerce. La justificación es la propuesta monista que afirma que la soberanía popular (en realidad, las decisiones de los representantes de la mayoría, en particular el presidente) es la única fuente de legitimidad del poder, que viene a desmentir la propuesta plural de la tríada de fuentes de la democracia constitucional (regla de la mayoría, derecho y acuerdos más o menos permanentes). Y los procedimientos tienden a realizarse con prepotencia despectiva contra los adversarios y con una interpretación instrumental de las normas que las convierte en meras sugerencias. Los slogans cuentan también esta historia: del Nunca Más del reporte sobre desaparición de personas de 1985, al Nunca Menos (que debe ser interpretado junto con otro que reza “vamos por todo”). Una historia que parece estar derivando de la restricción del poder para aumentar los derechos

y la deliberación al desafuero de un poder concentrado, justificado en una mística que divide a “nosotros” de “ellos”.

Sin embargo, la cultura política de la desobediencia proyecta su sombra para advertencia de los que monologan desde el poder y resplandece para los que tienen la esperanza de vivir en un país que siga reverenciando, a través de la deliberación pública, los derechos de todos.