

# DISERTACIÓN EN LA PRIMERA REUNIÓN DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL (2021): “INVESTIGACIÓN Y DERECHO CONSTITUCIONAL”

LUIS MARÍA BANDIERI<sup>1</sup>

## PARA CITAR ESTE TEXTO:

Bandieri, Luis María, “Disertación en la primera reunión del Centro de Derecho Constitucional (2021): «Investigación y Derecho Constitucional»”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 11, 2021, pp. 283-300.

4 de mayo de 2021<sup>2</sup>

Cuando me propusieron que hablara ante este esclarecido auditorio sobre “Investigación y Derecho Constitucional”, mi primer im-

1. Abogado (UBA, 1969). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA, 2003). Profesor emérito (UCA, 2018). Miembro del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho (UCA). Correo electrónico: lmbandieri@gmail.com.

2. El video del encuentro se ubica en el canal de YouTube de la Facultad de Derecho; disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=e4FBY-OP80U> (fecha de consulta: 25/5/2021).

pulso fue sugerir un cambio de tema. “Investigación” evoca “Metodología de la Investigación”, y yo estoy lejos de ser un metodólogo. Menos aún cuando en esta casa hay una notabilísima cultora de la filosofía, que es, entre otras cosas, una excelente metodóloga, como es la profesora Laura Corso. Cuando algunos años atrás compartíamos el dictado del Doctorado Especial, su seminario de Metodología de la Investigación era el *pons asinorum*, el puente de los asnos, temido, pero indudablemente provechoso para quienes lo sorteaban. Buena parte, sino todas las tesis que fueron defendidas por sucesivas tandas de doctorandos venidos de la ecúmene hispanoamericana y aún de fuera de ella, llevan el sello metodológico de la profesora Corso. Pero luego, otra experiencia muy reciente, que paso a contarles, me hizo aceptar el tema propuesto.

Estaba preparando un artículo sobre el bicentenario de la UBA, donde planteaba yo que la “universidad” fue una creación original de la *respublica christiana* medieval cuando, navegando por Internet, por medio de la inevitable Wikipedia, me enteré que la Unesco reconoce como primera universidad la de Al-Karaouine, situada en la medina o ciudad de Fez, en Marruecos, que data del año 859. Escuelas superiores ha habido siempre en toda cultura a partir de cierto grado de desarrollo. En China, en las escuelas de escribas en Sumeria, en las escuelas rabínicas, en el Islam, en la Grecia clásica la Academia platónica, por ejemplo, en las escuelas superiores romanas, en las enseñanzas de los druidas en las Galias que cuenta Julio César, en las escuelas monásticas y catedralicias entre los siglos VIII y XI en eso que aún llaman “Edad Oscura”, donde había enseñanza superior pero aún no eran universidades, creación original que aflora en el siglo XII. Porque lo que caracteriza a las universidades es la tensión entre los saberes (siempre a superar) y la verdad (siempre a buscar). Y esta tensión se llama “investigación”.

La universidad no tiene por objeto principal formar profesionales, ni siquiera transmitir los saberes, aunque hace todo eso, sino, ante todo, suscitar la investigación, es decir, seguir la pista, la pesquisa destinada a superar las certezas de cada época. Y por eso la antigua y respetabilísima Al-Karaouine, como otras madrasas islámicas algo posteriores, donde también se enseñaba gramática, medicina, astronomía y otras disciplinas, y donde se recitaba el Corán como un cate-

cismo, no fue una universidad, creación original del Bajo Medioevo. El Islam es una religión del Libro, como la hebrea o la cristiana. Pero en esa *respublica christiana* del siglo XII se desarrolló, en esas casas de estudio, otro elemento que la propia religión encerraba: el *logos*, es decir, la interpretación; es decir, la investigación.

Universidad es investigación. Bien está que haya departamentos especializados, así como en esta casa hay, con la sabia conducción de Nicolás Lafferriere, un Seminario permanente de investigación, que es guía y semillero. Pero partamos de esta afirmación primera y principal. Universidad es, por definición y según su tradición milenaria, investigación.

Ahora profundicemos sobre esta noción de “investigación”.

El diccionario de la lengua nos dice que investigar es “hacer diligencias para descubrir una cosa”. ¿Descubrir? ¿Como otro Colón, lanzarse a la procura de nuevos mundos? Parece cosa muy difícil, cosa para muy pocos. Si seguimos interrogando a la palabra, vemos que viene del vocablo latino *in-vestigatio*. Y *vestigatio* nos conduce a *vestigium*, la planta del pie, el vestigio, la huella. El que investiga, como el célebre Sherlock Holmes, modelo del investigador, busca las huellas. Sigue una huella. Significa que ve lo que todos han visto ya, y dicho ya. Aquí está el desafío del investigador: ver lo que todos han visto y pensar lo que pocos han pensado hasta allí. En lo que todos han visto, debe encontrar lo inadvertido y desenvolver nuevas conclusiones. Volviendo a Sherlock Holmes, recuerden un famoso diálogo en el cuento “Silver Blaze” (Estrella de Plata). Se trata de la investigación sobre la desaparición de un caballo de carrera, cuyo nombre da título al relato, y de la muerte de su entrenador. El inspector de policía a cargo relata cuidadosamente todos los hechos del caso y, al final, pregunta si hay algún otro punto sobre el cual fijar la atención, ya que cree haberlos señalado todos:

“—Sí —dice Holmes—, el curioso incidente del perro aquella noche.

—El perro no hizo nada aquella noche —respondió el inspector.

—Ése es, precisamente, el curioso incidente”.

A partir de este dato inadvertido se resuelve el caso. Podría decirse que la labor de un investigador, frente a la suma de datos e interpretaciones sobre un tema en análisis, consiste en averiguar por

qué no ladró el perro aquella noche. Porque parece que todo está dicho, pero nunca hay un último análisis. Recuerdo que en la única visita que hizo al país Julien Freund, el gran politólogo y polemólogo francés, durante una conferencia que pronunció en la Facultad de Derecho de la UBA, al final de la exposición uno de los presentes le hizo una pregunta en la que utilizó la fórmula “en último análisis”. Y el profesor de Estrasburgo le señaló que en nuestras disciplinas nunca existe el “último análisis”. Lo dado resulta, en todo caso, lo penúltimo. Todo está dicho, pero nunca hay un “último análisis”.

Aquella etimología y estos recuerdos holmesiano y freundiano nos señalan algunas cosas.

Primero, que al investigar, al plantearnos un tema para investigar, ya sabemos algo de ese tema, porque de otro modo no habría llamado nuestra atención, no nos habría inquietado o atraído. En el “Menón”, un cierto investigador llamado Platón, por boca de Sócrates, dice más o menos que nadie puede indagar sobre lo que sabe o sobre lo que no sabe. Puesto que sobre lo que sabe plenamente no investigaría y sobre lo que no sabe, no sabría qué investigar. Investigar supone que algo se sabe, que hay que hacer diligencias para encontrar el resto que se ignora y hallar allí el punto hasta entonces inadvertido o descuidado.

Entonces, en el investigador debe haber una combinación de pensamiento convergente y pensamiento divergente. Es decir, un pensamiento convergente que permite enfocar los problemas y las preguntas con las que los planteamos, reconduciéndolas a modelos conocidos donde pueden obtener, y en parte ya han obtenido, una respuesta justa. Y, simultáneamente, un pensamiento divergente que repasa esas respuestas procurando un punto de vista nuevo.

Hay otro aspecto a considerar que surge de aquella etimología. La originalidad, en nuestro trabajo, es perseguible y deseable, pero siempre relativa. Somos, como decía en el siglo XII aquel Bernardo de Chartres al que conocemos sólo por esta frase: enanos subidos sobre los hombros de gigantes. Vemos más y más lejos que ellos no porque nuestra vista sea más aguda, sino porque nos llevan sobre sus espaldas gigantes. Estamos obligados a aguzar la vista sobre lo inadvertido, montados sobre una tradición de pensamiento. Este es el rol que cumple una universidad como la nuestra: facilitar que nos subamos

al mangrullo de escuelas del pensamiento, dentro de una amplia libertad académica.

Y ahora llegamos al Derecho Constitucional y a los problemas específicos que se le plantean al investigador en ese campo.

El dato basal que el investigador debe tener en cuenta es que, a diferencia de otras ramas del Derecho, la Constitución y el Derecho Constitucional que la estudia es Derecho Público Político: de, sobre y para lo político. Todo el Derecho envuelve una referencia a la politicidad, y toda politicidad tiene algún vínculo con el Derecho, pero en el caso del Derecho Constitucional –subrama del Derecho Público Político– esta vinculación es de la mayor intensidad. Esto debe ser claramente tenido en cuenta por el investigador, ya que su búsqueda estará orientada por su inderogable ecuación personal, y a la vez deberá tener el mayor rigor y lo que los griegos llamaban “acribia” (precisión, escrupulosidad), para encontrar un justo medio entre dos tentaciones posibles. La primera es la del panfleto encubierto por un taparrabos académico, ideológicamente sesgado, de lo que se tienen muchos ejemplos con un escrutinio a la incesante producción que se vuelca, por ejemplo, en *academia.org* o en bastantes intervenciones de seudo “especialistas” en los medios. La segunda, que tuvo mayoritaria vigencia entre nuestros constitucionalistas clásicos del siglo pasado, fue la que buscaba exorcizar los hechos y conflictos tratados por el Derecho Constitucional (esto es, neutralizar aparentemente la politicidad), promoviendo la desvinculación del carácter históricamente individualizado del caso que está en su base de la investigación, para alcanzar lo abstracto, generalizable y común. La exégesis de la constitución se convertía en un ejercicio técnico sin contaminación de lo político, y operaba como una suerte de “muro de los lamentos” jurídico, donde insertar los mensajes de protesta a las demasías de las clases políticas gobernantes de turno, mientras una minoría variable de aquellos mismos cultores se dedicaba, con ahínco digno de mejor causa, a pergeñar los tecnicismos encubridores de aquellas demasías.

Enfoquemos el problema que afecta al investigador más de cerca.

Los constitucionalistas enseñamos el Derecho Constitucional, rama del Derecho compuesta, en sustancia, por principios y normas constitucionales o, más simplemente, por la constitución. En esta afirmación rudimental, las expresiones “Derecho Constitucional” y



“constitución” podrían considerarse, en principio, neutras y meramente descriptivas.

Ahora, si declaro que los constitucionalistas enseñamos el constitucionalismo, frase que podemos considerar que guarda sinonimia con la formulación anterior, el vocablo “constitucionalismo” viene teñido inexorablemente de una constelación de valores que corresponden a una etapa histórica y cultural que llamamos “modernidad” y, dentro de ella, a un momento que arranca a finales del siglo XVIII, prefigurado, a su vez, desde un siglo atrás, y que se extiende hasta nuestros días. Ya no nos servimos de expresiones neutras y descriptivas, sino de giros valorativos y prescriptivos. Esto debe tenerse en cuenta para comprender adecuadamente tanto el tránsito del constitucionalismo clásico al neoconstitucionalismo, como los elementos críticos que ambas expresiones arrastran.

El constitucionalismo, en su zócalo, responde a una matriz de Derecho Público, que podemos llamar germano-anglosajona, elaborada en la modernidad, de cuna británica y referencia mítica a la primitiva Germania, cuya expresión más relevante es la Constitución norteamericana de 1787. Al enseñar el Derecho Constitucional, parece suponerse que esa matriz “iuspublicística” es la única posible y globalmente aplicable. Sin embargo –y hasta rastreable en algunas instituciones aceptadas en los actuales Estados de Derecho, como los referendos y demás formas de democracia directa–, existe otra matriz de Derecho Público, que podemos llamar romano-latina, de cuna en la Roma republicana. También la matriz teocrática o hierocrática, con expresiones en los países de religión islámica.

La ideología de ese constitucionalismo naciente, desarrollado desde aquella matriz ya reseñada, es el liberalismo político y económico. Los principios jurídico-políticos derivados de aquella situación histórica y de este encuadre ideológico resultan, básicamente, dos: la “división [geográfica] de poderes” y la proclamación y garantía de los derechos individuales. Con ellos se construiría lo que se ha llamado una “técnica jurídica de la libertad”, que –se afirma– impide la opresión desde el poder y tutela los derechos fundamentales, mediante un gobierno de leyes y no de hombres.

El constitucionalismo clásico resulta contemporáneo del complejo proceso de:

- secularización, Carl Schmitt, en su *Glossarium*, dice: “[...] el derecho al error religioso se transformó en fundamento del Derecho Constitucional moderno, transmitiéndose hasta hoy” (anotación del 29/VIII/47)<sup>3</sup>;
- predominio de la ley racional y abstracta sobre la tradición y la costumbre;
- sustitución del núcleo de la legitimación política del monarca y su dinastía por la nación y la soberanía popular;
- nacionalización y concentración del poder en el aparato estatal.

La constitución ideal –recuérdese el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “[...] toda sociedad en que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución” – nace como un instrumento de lucha para contener el poder absoluto del monarca, pero se transforma en un indispensable mecanismo de contención y yugulado de la “soberanía del pueblo”. Se presenta desde inicio el dilema entre el elemento mayoritario y los mecanismos de contención.

El liberalismo político, contra la monarquía, establece una alianza de conveniencia con la “voluntad general” rousseauiana: “[...] síntesis aleatoria de democracia y liberalismo”, decía Sampay. El Derecho Constitucional nace como una paradoja, porque de igual manera que surge como exigencia para contener el poder absoluto del rey, se transforma en un indispensable mecanismo de contención del poder de las mayorías. Posteriormente, se manifiesta el conflicto entre legislación (fruto de la voluntad mayoritaria) y jurisdicción (freno a esa misma voluntad), eje sobre el cual se desarrolla el neoconstitucionalismo.

Es interesante situar esta crisis sirviéndonos de la periodización propuesta por Schmitt<sup>4</sup> en un trabajo de juventud, de 1929. Según el

3. “Glossario –a cura di Petra Dal Santo –Giuffrè, Milano, 2001, p. 8

4. Se trata de una conferencia pronunciada en Barcelona en 1929, publicada luego como “*Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen*”, literalmente: “La época de las neutralizaciones y de la despolitización”, traducida por Francisco Javier Conde como “La época de la neutralidad”, en *Estudios Políticos*, Madrid, Doncel, 1975, pp. 11-31.

jurista renano, el pensamiento europeo había pasado por cuatro estadios o esferas sucesivas:

- El siglo XVI tuvo como centro la teología.
- El siglo XVII, la metafísica.
- El siglo XVIII, la moral humanitarista.
- El siglo XIX, la técnica y la reducción a lo económico de los demás órdenes de la vida.

En cada una de estas esferas se plantea un principio central y categórico que pretende regir la vida de las sociedades, con el objeto de neutralizar la politicidad, esto es, la conflictualidad marcada por la relación amigo-enemigo. Resultan sucesivos fracasos de estos intentos de neutralización política, hasta que el Estado técnico-económico desemboca en el nihilismo. El constitucionalismo nace hacia el siglo XVIII y conlleva la aspiración ética humanitarista, pero se desarrolla durante la expansión técnica, signada fundamentalmente por la economía capitalista. El constitucionalismo procura la paz por medio de la neutralización de la conflictualidad política y, en especial, de la situación excepcional. Así es el objetivo fundamental de la “técnica jurídica de la libertad”, expresada en constituciones vaciadas en el molde de la geometría legal y que operan como fundamento de validez de todas las normas de un cierto ordenamiento. La última categoría a la que ha arribado esta tentativa de neutralización tiene su núcleo en una constitucionalización universal de los derechos humanos y se expresa en lo “políticamente correcto”.

*Tal el subsuelo que lleva consigo el constitucionalismo clásico y su “principio general”, que resulta casi siempre postulado sin examen, de un modo acrítico y con categoría dogmática. Es indispensable que el investigador tenga presente este cuadro histórico y conceptual para situar su tarea.*

Se percibe, en nuestro tiempo, de modo generalizado, la sensación de atravesar un cambio epocal. En términos muy amplios, podríamos resumir esa sensación como la de final de la modernidad – que acunó y arropó al constitucionalismo– y los pródromos de otra época, que todavía no sabe su nombre.

La cosmovisión de la modernidad resulta hoy insatisfactoria y se la ataca desde diversos ángulos, mostrando la insuficiencia y has-



ta la sinrazón de la razón de las Luces, la no linealidad y la falacia del progreso indefinido, y el vacío del sinsentido y la inconsistencia general de la vida histórica, caracterizado como relativismo y nihilismo. En cuanto sentimos que una época se va cerrando y que otra aún innominada se abre, la expresión “posmodernidad” resulta muy ilustrativa, ya que apenas podemos caracterizar el interregno que nos toca atravesar como aquello que no es la modernidad y que viene después de ella, pero sin poder connotarla aún con ningún rasgo positivo.

Todo interregno (*inter-regnum*, espacio de tiempo sin autoridad reconocida que transcurre entre el oscurecimiento de un *Nomos* planetario y la aparición de otro) encierra un componente de incertidumbre. Se está ante una situación móvil y fluida con una falta de certeza y de referencias últimas.

En la posmodernidad, se alumbra una constitución cosmopolítica supraestatal y prácticamente desterritorializada; en otras palabras, un constitucionalismo universal sin Estado, que considera al planeta como tendiendo a ser una única *polis*. O, en todo caso, a un constitucionalismo universal compartimentado en diversos “Estados constitucionales”, cuyos instrumentos jurídicos fundamentales coinciden en el núcleo dogmático de los “derechos humanos” y presentan sólo algunas divergencias en cuanto a la parte orgánica (por ejemplo, regímenes presidencialistas o parlamentaristas; órganos legislativos unicamerales o bicamerales, etcétera).

El Estado constitucional procura la autorrealización del individuo según su plan biográfico, manifestada en los derechos de última generación (la misma imagen de las sucesivas generaciones sugiere su expansión indefinida) –derecho a la disposición del propio cuerpo, a la mutación antropológica en el “género”, a la locura, a la felicidad sexual, etc. Se ha llegado al extremo deconstructivo de la relación entre sujeto y objeto, escamoteándose este último. La posmodernidad opera ahora sobre un sujeto transeúnte, huérfano sin ombligo, portador de derechos aún antes de entrar en relación con otros sujetos, cuya identidad resulta de su propia voluntad, pura construcción cultural. Esta construcción y reconstrucción incesante del sujeto, ocupante exclusivo del escenario jurídico, cuyo autocumplimiento requiere la diseminación indefinida de sus derechos subjetivos fundamentales,

se concreta por medio del activismo judicial y de la agitación de los actores sociales coadyuvantes (ONG, etc.).

De manera muy rápida, podemos enumerar algunas de las cuestiones centrales en que se manifiesta actualmente la crisis del constitucionalismo clásico donde apuntan, también, los problemas consiguientes del neoconstitucionalismo. De allí la materia principal que se le ofrece al investigador de nuestra rama jurídica:

- i) Poder constituyente: ¿quién hace –quién puede hacer– hoy una constitución? El recurso a un poder constituyente originario, tal como fue planteado en 1789, es reivindicado desde lo que se ha llamado la “razón populista” (Venezuela, Bolivia, Ecuador), cuyas constituciones actuales resultan de asambleas convocadas bajo un poder constituyente derivado que se arrogaron luego la plena facultad constituyente. En el resto (el ejemplo más claro fue el intento de una “Constitución” para la Unión Europea, emparchado más tarde con el tratado de Lisboa) son los órganos contramayoritarios los que disponen del texto constitucional. En nuestro país, además, la Constitución puede ser reformada, fuera de los mecanismos rígidos del artículo 30, por medio de la incorporación de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, a los que, con una mayoría calificada del Congreso, puede otorgárseles jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).
- ii) Representación política - gobierno representativo: revelación de la “ficción representativa” de la que hablaba Kelsen, crisis de los partidos políticos, pulverizados a partir de 2001; crisis en la representación del Estado (el Estado, ¿puede idóneamente representar toda la política?); en el Estado (vacío institucional, Congreso que no hace las leyes sino que las recibe hechas, movilizaciones, piquetes, acción directa, etc.) y ante el Estado (ONG, movimientos sociales, minorías activistas en función del orientación sexual, etcétera).
- iii) División, separación e independencia de los poderes, órganos o funciones del Estado (hiperpoder presidencialista, populismo, un Congreso que no hace las leyes, sino que las toma hechas, jueces legisladores y “ponderadores”, politización

de la justicia y judicialización de la política). Obsérvese que el “populismo” –expresión mayormente peyorativa– aparece, no como contrafigura de la democracia liberal, sino como su sombra reactiva, al separarse aquellos dos elementos, “voluntad general” y liberalismo, reunidos originariamente en alianza táctica para enfrentar el Estado absoluto y su forma de despotismo ilustrado del siglo XVIII.

- iv) Federación y unitarismo fiscal: las estructuras de concentración desde el gobierno federal hacia las provincias y desde las provincias hacia los municipios: “[...] allí sentao en su silla/ ningún güey le sale bravo/a uno le da con el clavo/y a otro con la cantramilla”, decía el *Martín Fierro*.
- v) Posdemocracia: quizás ha llegado el momento de considerar la crítica formulada, desde diversos ángulos, en el sentido de que transcurrimos actualmente una etapa “posdemocrática”. Debemos tomar en cuenta la contradicción que se da entre la democracia como única forma de gobierno teóricamente aceptable, elevada incluso a la altura de una religión laica, con la práctica que no obedece a criterios objetivamente democráticos ni que alienten formas reales de participación y de ejercicio de las virtudes cívicas. Transcurrimos una suerte de estado de excepción generalizado, situaciones caóticas de preguerra civil, recurso constante a la discordia, masas migratorias no metabolizadas en las sociedades de destino, crimen organizado a nivel global, etcétera. En el momento en que la fe democrática es de rigor, el pueblo no aparece por ningún lado. A la democracia se le ha perdido el pueblo y no sabe dónde está. En el momento culminante de lo democrático, se echa mano a todos los resortes contramayoritarios, especialmente a los jueces, en detrimento del dogma de la soberanía popular, sin intento siquiera de “ponderación” alguna. Los regímenes estables en el mundo resultan, al ojo crítico, mixtos con tendencias fuertemente oligárquicas, con el contrapeso de unos optimates encargados de conservar el sistema resguardado de eventuales mayorías (cortes y tribunales constitucionales que los ejecutivos pretenden manejar). Hay un precario equilibrio entre el gobierno de pocos en su provecho (la clase

política) y líderes personalistas también corruptos asentados sobre bases “clientelísticas”.

Pero ahora entra en escena el virus que nos introduce el COVID-19, y el investigador también debe tenerlo en cuenta. Un virus es un villano en estado puro. Un villano difícil de prontuariat, ya que se discute ante todo si es o no un organismo vivo.

Los virus no tienen células, como todos los demás dominios de la vida (animales, plantas, hongos, bacterias). Pero como los seres vivos, se desarrollan y reproducen, aunque sólo después de introducirse por la fuerza en una célula, a la que secuestran su metabolismo, infectando al organismo invadido mediante su reproducción. Vivos, no vivos o quién sabe qué, los virus, y especialmente el que se identifica como coronavirus, que da lugar a la COVID-19 y se dispersa por el mundo como pandemia, nos meten miedo. El miedo, junto con la agresividad, el hambre y el sexo, es una de las pulsiones fundamentales del ser humano –según Karl Lorenz. Fenómeno primordial de la existencia, resulta la más elemental de las emociones. Pone en evidencia la condición inacabada y menesterosa de la vida humana, nuestra natural inseguridad ontológica. Junto con el deseo y el poder, constituye uno de los titanes del alma humana, que pueden inclinarnos tanto al mal como al bien. Hobbes, que según su propia confesión vivió bajo el miedo intelectual, afirmaba que el temor –la aversión a sufrir un daño–, en sus dos formas del temor ante la muerte y el temor del futuro, lleva al hombre a buscar la protección del poder político, a cambio de rendirle obediencia, aunque esta relación no elimina nunca el temor, en la medida en que la violencia permanece latente en el corazón de cada sociedad. El miedo no es sonso, porque nos ayuda a reconocer el peligro, pero se vuelve estado peligroso cuando su intensidad nos lleva al retraimiento y la parálisis, por un lado, o a la sobreactuación en la huida hacia adelante, por otro. El miedo a las epidemias, pestes, plagas y demás malaventuras de salud, está inscripto en la memoria de la especie. El miedo se agrava porque, en esos casos, el causante y transmisor es invisible. Lo que suele dar lugar al fenómeno colectivo de buscar chivos expiatorios con rostro humano, a quienes atribuirles la responsabilidad de la propagación del mal. Alessandro Manzoni describió la persecución, durante la peste que asoló la



Lombardía en 1630, a los “untores”, que supuestamente difundían la plaga distribuyendo apósitos con ungüentos o polvos malignos. Muchos terminaron en el patíbulo. Sobre el miedo, Hans Jonas, filósofo alemán, fallecido en 1993, que estudió con Heidegger y muy cercano a Hannah Arendt, escribió una “Heurística [descubrimiento] del Miedo”. Ante el avance de la tecnociencia sobre la naturaleza y los temores que ello produce, hay que abstenerse de intervenir sobre ella, y como esto no puede obtenerse por medios democráticos, propone un gobierno de un conjunto selecto de sabios cuya legitimidad la otorgaría el filósofo, esto es, el propio Jonas. Notemos que antes de la pandemia, también el miedo se había difundido respecto de otra plaga: el cambio climático. No soy un escéptico respecto de esto, pero el discurso dominante sobre el cambio de clima resulta más preocupante que el cambio de clima mismo. Se ha construido al respecto otra suerte de religión, que tiene una caricatura de Juana de Arco o de un Savonarola, según como se mire, en Greta Thunberg. La culpa es de la humanidad, la culpa es exclusivamente antrópica: el hombre irresponsablemente con su actividad cambió y está cambiando el clima. ¿Cuánto de este discurso es verdad? ¿Cuánto es negocio? El clima ha ido cambiando en las edades del planeta; el diluvio universal, ¿fue producto de una antigua huella de carbono? Se propone una ecodictadura: la democracia no sirve para manejar esta amenaza.

A falta de poder echarle la culpa a alguien del COVID-19, los gobernantes intentan –tarde– ponerse al frente de una guerra contra el virus, que naturalmente está ganando el virus, inmune a los discursos y a las campañas de *marketing*, muy capaz de trasponer barreras y fronteras y de presentar múltiples mutaciones y variantes. Incluso ahora, habiendo vacunas contra el coronavirus, lo mejor que puede hacerse es reforzar hasta el límite de lo posible el sistema sanitario para asistir a los infectados, y multiplicar las medidas de prevención para evitar el colapso. En otras palabras, reducir los daños mientras se espera, de acuerdo con la experiencia acumulada, que la curva de la enfermedad llegue a su máximo, se amesete y luego decrezca, como siempre ha ocurrido con las pestes. Los gobiernos, el nuestro incluido, ejercen, mediante mandatos de cuarentena, aislamiento obligatorio, internación forzosa y otras compulsiones necesarias, su aparente soberanía. Soberano es el que decide sobre el estado de excepción, enseñaba Carl Sch-

mitt. No cabe duda de que el COVID-19 plantea un estado de excepción casi planetario. Pero el soberano no es ni el presidente, ni el rey, ni el primer ministro. Es un extraño caso de excepción sin soberano. O, si se prefiere, la que se manifiesta soberana en el caso es la naturaleza, que ha dado lugar a la nueva manifestación viral, detrás de la cual corren los conductores políticos, y todos nosotros a la zaga. El coronavirus actual es un pariente de un coronavirus que emergió en Asia en 2003. Un coronavirus, a través de la mutación y de la recombinación genética, se ha mostrado más apto que otros virus e hizo acto de presencia a fines de 2019. Y lo que nos dice la experiencia del fenómeno pandémico es que la soberana resulta la denostada y aún negada naturaleza, a veces inclusive caricaturizada, como lo hace Greta Thunberg. Si todo nuestro empeño está puesto en aplanar la curva “natural” de la peste y atenuar sus daños, la metáfora de la guerra (la OMS ha calificado al coronavirus como “enemigo de la humanidad”) resulta errónea, pues se trata de una contienda perdida de antemano. Nuestros gobernantes, pues, no habrían debido ni deberían sobreactuarse, como mariscales de los ejércitos de la humanidad, sino aceptar la más modesta, ineludible y, por eso mismo, noble misión de reducir las bajas, socorrer a los enfermos, proveer a los necesitados.

Octavio Paz retrató al Estado mexicano con los rasgos de un “ogro filantrópico”. Un ser mitad humano y mitad monstruo que gusta presentarse como omnipotente. A la vez, pretende que se piense que ama a sus súbditos sin pedirles nada a cambio. Todo lo que reparte –que ha sacado previamente al resto– debe entenderse resultado de su filantropía y sólo cabe desde el llano darle las gracias por lo recibido. En todas partes han medrado “ogros filantrópicos”, no sólo en tierras mexicanas. Con la pandemia del COVID-19 se advierte que muchos gobernantes aspiran a convertirse en ogros terapéuticos. Los únicos –proclaman– que pueden torcerle el brazo al “enemigo invisible” de la plaga, minimizar sus efectos y asegurar a sus tributarios los cuidados de la salud, el pan y el cobijo hasta que llegue el día en que el coronavirus sea sólo un recuerdo.

Los ogros de todos los tiempos y latitudes han suplementado sus ordenanzas, donde la voluntad surte el efecto de razón, con el parecer de expertos. Hasta hace muy poco, fueron los economistas. Luego, los climatólogos. Ahora, son los médicos, los infectólogos y los investiga-

dores en cuestiones de salud. Está muy bien este resalto de quienes se afirman en la brecha de la práctica y arriesgan sus vidas, además de transmitir su experiencia. También la de quienes en el laboratorio van a la caza del causante del morbo y descifran su genoma o buscan la vacuna o el medicamento adecuado. Pero aquí el ogro ve la oportunidad de apoyarse en los pilares de la ciencia. Y se nos presenta a la ciencia como sinfónica, es decir, como una voz acorde y unánime que sustenta los edictos del ogro.

Pero la ciencia no es sinfónica. Es polifónica, con muchas voces diferentes y simultáneas. Y hasta cacofónica muchas veces. Está bien que así sea, porque la ciencia es un tejido incesante, una tela de Penélope hecha de hipótesis y refutaciones. Pero el político que se apoya en la ciencia –esto es, en una hipótesis de ella que erige en axioma– puede llevarnos a un desastre, cuando no a una tragedia. Vivimos con el ogro bajo una política transformada en terapia. Una terapia política que roguemos no llegue malamente a la sala intensiva.

La situación excepcional que atravesamos, con epicentro en la salud pública amenazada por la pandemia, dio lugar a una retahíla de disposiciones de emergencia, con el formato del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU, art. 99, inc. 3° y cc. de la Constitución Nacional). “El poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios”, entonces nace la excepción, y pronto la excepción se hace regla o rutina. El apremio está en la salud pública: *salus publica suprema lex*. De allí en adelante, se sucedieron los DNU, al ritmo impuesto por la expansión del virus que produce el COVID-19, y sus progresivos efectos sobre la vida nacional. Esta forma de gobierno a través de DNU continuará en expansión indefinida, mientras la curva natural de la pandemia no entre en fase de descenso, ya que al paso de las respuestas al virus los problemas en las distintas áreas –económicas, sociales, educativas, familiares, etcétera– se suceden sin pausa, como el efecto de la piedra arrojada a un lago que va abriéndose en sucesivas ondas concéntricas.

Desde el punto de vista jurídico, se advierte que quedan afectados por decreto derechos fundamentales: entrar y transitar por el territorio, ejercer toda industria lícita, exigir el cumplimiento de cláu-

sulas de contratos vigentes, percibir ingresos esperados, el acceso a la agencia judicial, asistir a actos de culto o asistir a nuestros moribundos, entre otros. Y en el proceso irradiante más arriba señalado de este poder de policía por vía de decreto, cabe esperar que otros derechos y garantías queden sucesivamente alcanzados.

El fundamento de este recorte de derechos es la excepción. Allí cobra fuerza la máxima ciceroniana: *salus populi suprema lex esto*, sea la salvación (salud) del pueblo la suprema ley<sup>5</sup>. La anomalía de la situación excepcional exige dejar de lado momentáneamente la norma estable, para garantizar el restablecimiento del orden institucional quebrantado por aquella situación y facilitar la vuelta futura a la normalidad. Esto lo supo el Derecho, y también la política, desde la institución de la dictadura en la república romana, como magistratura extraordinaria y temporalmente limitada, para ejercer el poder frente al caso excepcional, supeditada al control del Senado relativo a la necesidad de tal ejercicio extraordinario. Tanto aquella magistratura extraordinaria romana –a cuyo titular Cicerón llama *magister populi*– como sus sucesivas manifestaciones, tal como nuestro Estado de Sitio (arts. 23, 75, inc. 29, y 99, inc. 16, de la Constitución Nacional), resultan derogaciones de la normalidad previstas jurídicamente; la situación excepcional, en cambio, a la que con aquellos remedios se hace frente, resulta siempre imprevisible, tanto jurídica como políticamente, surgiendo espontáneamente del curso de las cosas. Frente a la urgencia de esa situación sin precedentes, la afectación, en mayor o menor grado, de derechos y garantías constitucionalmente reconocidas se establece por un órgano constituido, el gobierno ordinario, una vez declarada la necesidad de asumir los poderes de excepción, para conservar y poder restablecer oportunamente el orden institucional quebrantado.

Toda declaración de un estado de excepción supone tener en claro: quién resulta competente para decidir esa declaración; qué alcances tendrá ese ejercicio de poder extraordinario; contra qué o quién se realiza y

5. Aunque no sea habitual la referencia a este matiz, nótese que suele traducirse la frase con un indicativo: “(...) la salvación del pueblo *es* la suprema ley”, cuando Cicerón la refuerza utilizando un imperativo futuro –*esto*–; es decir, “sea”.



con base en qué previsión o precedente jurídico pertinente. Ahora veamos cómo se están desarrollando ante nosotros esos acontecimientos.

Se gobierna por medio de DNU, sin haberse declarado el estado de excepción, aludiéndose a la emergencia, ejerciéndose de facto los poderes extraordinarios de la excepción. En suma, se está gobernando la excepción sin habérsela declarado, por decreto, echando mano, para utilizar una expresión de la nativa prosapia jurídicopolítica del siglo XIX, al “lleno de las facultades”, las “facultades extraordinarias”, sin sustento constitucional alguno. Se afirmó más arriba que toda decisión sobre la excepción, en estado de urgencia, debe contemplar quién debe declararla, qué alcances tendrá, con base en qué.

Merece nota aparte el “contra quién” han de funcionar. Los gobiernos nos han presentado las medidas preventivas contra el COVID-19 como una “guerra” contra un enemigo invisible. La OMS lo ha calificado de “enemigo de la humanidad”. Es una metáfora inexacta y riesgosa al mismo tiempo. La guerra requiere un enemigo, y que ese enemigo sea visible, con entidad humana. El virus, producto de la naturaleza, no lo es. No hace política, ignora las ideologías, se resiste a encasillamientos y no profesa ni sirve a religión alguna. No podríamos atribuirle un ser o finalidad moral. El coronavirus no se preocupa mucho por quienes dicen que no lo merecíamos y de quienes, por otro lado, afirman que bien merecido lo teníamos. Ni nuestras virtudes, ni nuestros vicios lo han acarreado. Librar contra él una guerra es absurdo, salvo que aceptemos que es una guerra perdida de antemano, hasta que las vacunas o remedios eficaces den resultado. Es comprensible que los gobernantes, obligados a una sobreactuación, que a veces es una huida hacia adelante, no puedan anunciar públicamente la verdad, esto es, que no son los mariscales del triunfante ejército de la humanidad, sino que su función, como dije, es mucho más modesta. Pero la metáfora de la guerra se desliza necesariamente hacia figuras humanas. Y aquí reside un peligro inmenso. Es el de criminalizar a supuestos causantes o aprovechadores de la situación, del mismo modo que en las pestes de antaño se achacaba la culpa del mal a los judíos o a los “untores” en la Italia del siglo XVII, como también ya vimos.

En ningún caso la justicia constitucional dio la respuesta esperada. Aceptó la legislación por DNU y el cercenamiento de las libertades y derechos fundamentales, por causa de la emergencia, pese a no

haberse declarado el estado de excepción. No se me escapan las presiones a que puede estar sometido un juez constitucional –en el caso de que actúe con libertad íntima e independencia práctica, que no es siempre, lamentablemente, el caso–, máxime en decisiones en que se lo pone en la disyuntiva de aceptar la demasía de poder o cargarle los muertos que puedan producirse por ponerle coto. Un tribunal constitucional es un tribunal que decide sobre materia política y nunca se da más intensamente el carácter político de la decisión que cuando trata sobre el caso excepcional; esto indica que camina sobre el borde de un despeñadero. Pero ese es el precio a pagar por tal dignidad. En todo caso, la enseñanza que se nos deja es la debilidad de la justicia constitucional (cuando aún conserva independencia y no está directamente sometida al poderoso) para hacer frente al caso de excepción y las eventuales demasías de poder en tal situación.

Aquí viene la advertencia para el investigador. Esta realidad abre paso a una nueva esfera de naturaleza distinta a la del Derecho: lo político. La excepción hace asomar la predominancia de lo político. Es un caso límite para el Derecho. El Derecho, y el Derecho Constitucional, especialmente, se prueba en la excepción. La excepción lo revela, la normalidad lo oculta. Es el punto ideal para examinarlo. Es un concepto límite de lo jurídico: define lo jurídico como negación de la excepción, como negación de la normalidad. El límite. Hoy se piensa el límite como lo que obliga; por eso, se ponen constantemente en cuestión los límites. Pero el límite es también lo que conforma, lo que da forma. Aristóteles decía que todo lo que es, está determinado. Determinado por un límite, que entonces tiene –el límite– un ser incierto, fronterizo. Ahí, en estudiar el límite, está la “cruz y delicia” del investigador. Fuera del orden jurídico, fuerza la definición del orden político. Suspende la norma; el Derecho se suspende a sí mismo. No es posible delimitar con claridad tipificable cuándo existe un estado de excepción ni es posible puntualizar lo que debe suceder cuando se da. No es, sin embargo, exención de todo orden: el Derecho se suspende, pero el Estado permanece. Soberano es quien decide la situación de excepción y quien con su decisión restablece la normalidad. Lo importante es mantener vivos ambos conceptos: normalidad y excepción.

Hasta aquí mi intento fragmentario de responder al tema por el que me han convocado.