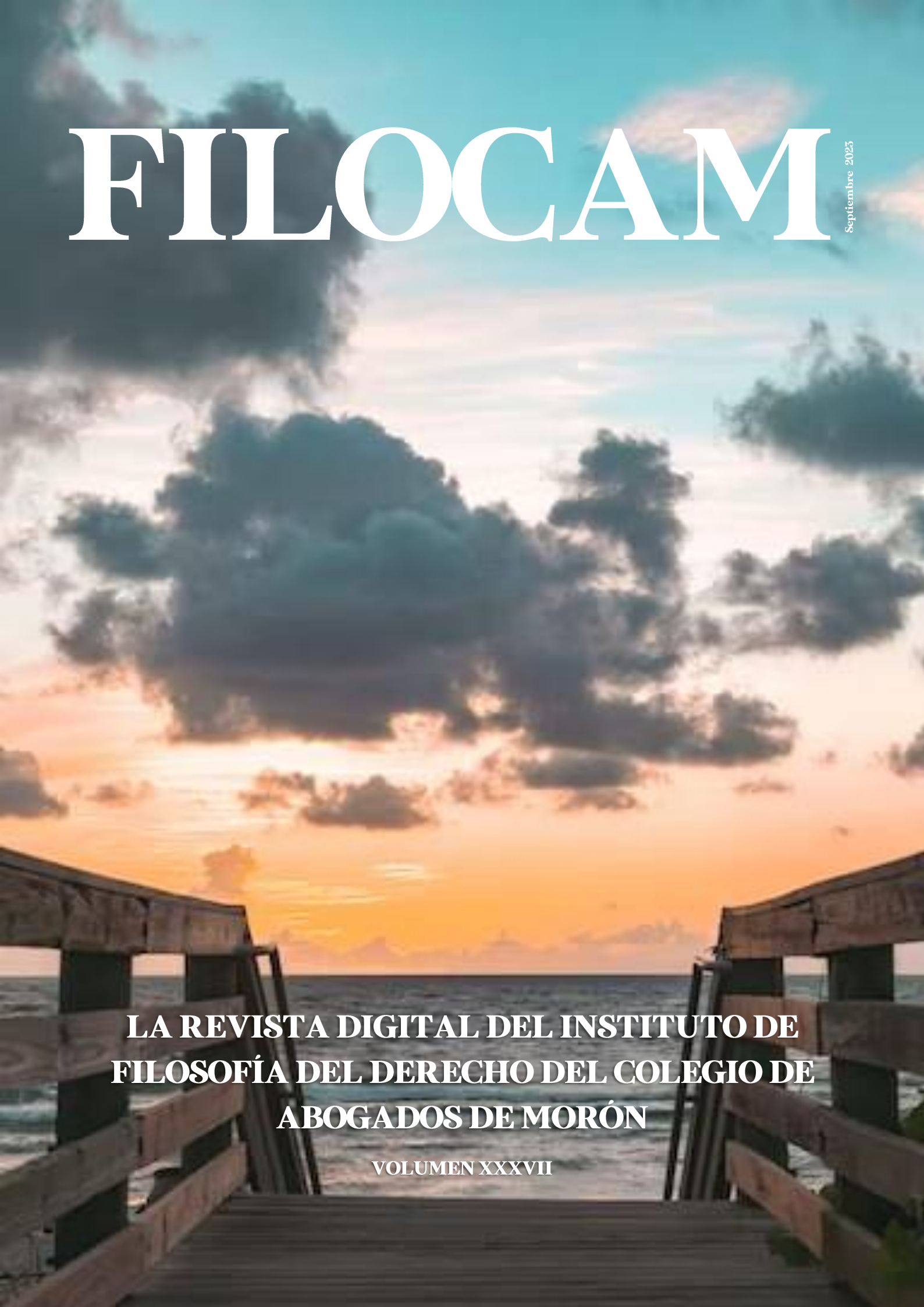


FILOCAM

Septiembre 2025

LA REVISTA DIGITAL DEL INSTITUTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN

VOLUMEN XXXVII

Colegio de Abogados de Morón
Instituto de Filosofía del Derecho

Presidente: Jorge Omar Frega
Director: Cristian Callegari
Director adjunto: Osvaldo Nan
Co- directores: Adrián Cetrángolo
Secretario: Martín Aldax
Prosecretaria: María Eugenia Cavallo

Revista FILOCAM
Director
Jefa de Redacción y Coordinación General

Martín Aldax
Cynthia E. Callegari

Consejo de Redacción

Cristian E. Callegari - Osvaldo Nan

Staff permanente

Jorge Omar Frega - Gabriel Vignoni - Carlos Maddalena - Mariana Kaul - Mariela Blanco - Luciana Sofía Frega - Héctor Raffo - José Luis Chammah - Juan Antonio Navarro - Francisco Callegari - María Eugenia Cavallo - Pedro Janevic – Olga Mater – Marcela Leal - Carlos Birocco - Jorge Antonio Di Nicco - Elena Estela Ferrise - Pablo Fernandez Steffe - Carolina Guerfell de Grenalfe - Jorge Oscar Rossi – Gonzalo Rodríguez Naon – Paloma Gazzano – Alberto Farinati - Max Molina - Patricia A. Cozzo Villafañe - Rubén Adolfo Rosenstock

Arte de tapa

Kenrick Mills - Juana Illia

S U M A R I O

Presentación Filocam Volumen XXXVII 4

La crisis de salud - Cristian Callegari 5

Fernando Pessoa y un baúl lleno de gente - Osvaldo Nan 8

Derecho a la salud, Derechos Humanos, relación de consumo y otras palabras bonitas - Jorge Oscar Rossi 30

Interpretaciones de las normas jurídicas penales en el derecho brasileño - Belarmino Junior y Luis Eduardo Belarmino 53

La justicia constitucional frente a la interdisciplinariedad del derecho tributario y el derecho penal económico frente a los derechos sociales - Patricia A. Cozzo Villafañe 57

Claudio Martyniuk. Soy de este mismo lugar - Osvaldo Nan 73

Avisos parroquiales 85

Presentación Filocam Volumen XXXVII

Presentación FILOCAM Volumen XXXVII

La crisis de salud

Cristian Callegari [1]

La medicina está cara, la tasa de uso está cara……

Nuestra realidad es que el avance de los costos de medicina crece geométricamente y los aumentos de las llamadas “prepagas” son al sólo efecto de actualizar monetariamente el valor de la cuota; que indefectiblemente generará un verdadero desastre en el sistema.

Sabemos que la inflación acelerada y la devaluación impactan de sobremanera sobre este sistema vulnerable, las nuevas tecnologías y el avance farmacológico elevan los costos y los sistemas de salud no pueden ajustar sus precios, lo que generará su implosión.

Los cambios de dueños de clínicas, las bajas de afiliados de los sistemas que superan a las altas, la falta de insumos, la falta de dólares para el mantenimiento de los equipos, el abuso en las prescripciones de estudios innecesarios con el ansia de facturar de más por parte de los prestadores, son parte del problema troncal que hacen que la viabilidad del negocio sea imposible e inviable para sistemas que no tienen por objeto la finalidad de lucro, ni sostén estatal.

Los prestadores han advertido que no están de acuerdo con el congelamiento de las cuotas y no permitirán que el mismo se les traslade, de

[1] Cristian Callegari, es abogado y procurador (UBA), fue vicepresidente 1ero. del CAM (2006/2008), fue consejero del CAM (2006/2014), es Director de la Caja de la Abogacía (2018/2026), es revisor de cuentas y miembro del consejo directivo de la AAT, asambleísta en el CPACF,, diplomado en Filosofia jurídica y función judicial (CEJ/USI), además fue profesor de Filosofía del Derecho en la UBA y la UM, preside la Comisión de sistemas informáticos de la Caja de la Abogacía, es el director del Instituto del Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón y el Vice Director del Instituto de Filosofía del Derecho del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, , además de un dirigente colegial desde hace más de treinta años.

hecho, por ejemplo, el sistema de atención por cronicidad aumentó un 70% en tres meses.

Y además nos encontramos con una práctica ilegal por parte de los profesionales que es intentar percibir copagos, los que no están pactados con las federaciones médicas, lo que se expande con cobros realizados sin entregar recibos en muchos casos.

Las empresas de tratamiento ambulatorio no cuentan con suficiente personal idóneo, al igual que los sistemas de emergencias, lo que genera un constante reclamo por parte de los usuarios.

La imposibilidad de adecuar el valor de las cuotas al valor histórico, reiteramos, hace imposible el funcionamiento del sistema.

El congelamiento de las cuotas sumó un problema aún más grave al sector, y para CASA (el sistema asistencial de salud para abogados de la provincia de Buenos Aires), el problema aún es mayor. CASA se basa en un sistema solidario donde los afiliados pagan mensualmente una cuota más baja que la de mercado, la cual sirve para sostener el sistema; pero a su vez se brinda a los jubilados de la Caja de la Abogacía el mismo sistema asistencial, como una prestación más a un valor irrisorio a aquellos pasivos que se mantuvieron en el sistema CASA los últimos quince años de ejercicio profesional, previo a jubilarse; lo que genera contablemente una pérdida extra a la organización.

El afiliado de CASA, quizás por su condición de abogado, somete a la Institución a una constante beligerancia, ya que ante el rechazo de prestaciones (por no hallarse en el PMO), por el pedido de informes médicos debidamente justificados, o por pretender el mejor hotelería médica con una cuota mínima, genera mayores gastos en estos rubros comparándolo con otros sistemas similares.

Todo ello nos hace pensar en la inviabilidad del sistema, en la imposibilidad de continuar como hasta ahora, administrando escasos recursos, desembolsando y descapitalizando a la Institución.

Quizás alguna solución sería reducir gastos, como traslados, acotar los servicios al PMO, utilizar los tratamientos tradicionales descartando las innovaciones, o simplemente permitir el reacomodamiento de las cuotas a los verdaderos y reales valores.

Para subsistir, debemos olvidarnos del plano economicista y comprender la crisis, entender que la solidaridad entre de la población y los colegas debe ser real, que los que más tienen no deben abusar, ni deben sacar ventajas, dentro del discurso jurídico que llamamos derecho.

Los jueces asumiendo su auténtico rol, tendrán que tomar debida conciencia que antes de dictar una resolución, una sentencia u ordenar una medida cautelar, pueden hacer desaparecer a un sistema y los demás operadores jurídicos; abogados, miembros de la superintendencia, políticos, especialistas y usuarios; tendrán que esforzarse para continuar protegiendo a la salud de nuestra población, o si no……el individualismo.

.

Fernando Pessoa y un baúl lleno de gente

Osvaldo Nan[1]

"…La literatura es la prueba de que la vida no alcanza.

Los viajes son los viajeros. Lo que vemos no es lo que vemos, sino lo que somos…"

Libro del desasosiego, Fernando Pessoa

"…Ser poeta no es ambición mía, sólo es mi manera de estar solo…"

Alberto Caeiro. Poesía I. Los poemas de Alberto Caeiro 1 El guardador de rebaños

Podría decir que fue en Lisboa mi primer encuentro con Pessoa, allá por el 2005, en esa ciudad situada en la desembocadura ancha del Tajo, que se parece a la desembocadura del rio marrón, en el otro rio más ancho del mundo donde ahora vivo.

Nos recuerdo cruzando una plazoleta junto al cementerio de los ingleses, y caminar unos metros hasta la que había sido su casa, trasformada ahora en museo. Llegamos con un colectivo de línea, cruzando parte de la ciudad, hasta descender a unas cuadras del cementerio de Lisboa. Pero mi primer verdadero encuentro, había sido años antes, en boca de mis amigos, particularmente Sergio, Ramón y también Griselda. Mi primer gran encuentro fue con el *Libro del desasosiego*[2], que había comprado y devorado en su

1 Abogado; director Adjunto del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM, ex Docente del Dpto. de Filosofía de la Facultad de Derecho UBA; ex Docente de la Escuela de Gobierno dependiente del INAP; ex director del Instituto de Derecho Municipal del CAM. Docente de la UNPAZ.

[2] El Libro del desasosiego, escrito por Fernando Pessoa bajo el heterónimo de Bernardo Soares, es la obra en prosa más importante del poeta portugués

lectura, cuatro años antes de mi itinerario lusitano. Es imposible saber qué nos queda de la sensación de la primera lectura que hacemos de un texto, como se ha ido adhiriendo después eso a nosotros; pero solo puedo decir que el impacto de ese libro fue enorme, y establecimos una relación personal.

Si me preguntan que es un poeta, mencionaría algunos nombres, y uno de ellos, sin duda, seria Pessoa. No porque escriba siempre poesía, pues podría escribir prosa. El pensamiento de Pessoa tiene la particularidad de poder hablar de filosofía, de política, de religión, de ocultismo, de literatura, de astrología o de tabaco. Puede hablar de lo que quiera, pero siempre su voz es la de un poeta, como poeta.

No hay un pensamiento donde esa modulación no aparezca, como expresión de alma, identitaria, disruptiva y divergente; pero tan distinta al grito de Artaud, o al aullido de Ginsberg, o a la mueca de Gombrowicz, o el ingenio irreverente de Girondo, o la melancolía de Pizarnick, por nombrar algunos vernáculos, que son del gusto de la casa…

Pessoa cuyo apellido nos remite justamente a lo que en la lengua portuguesa significa persona, es un conjunto inacabado y compuesto de poetas heterónimos. Justamente el, un tipo que logró multiplicar su desdoblamiento, llegando a firmar con hasta casi un centenar de heterónimos distintos, para cada uno de los cuales inventaba una biografía y personalidad propia, sentimientos y emociones, y un estilo de escritura particular.[3] Incluso construyó uno femenino, el de María José, una joven que expresaba su enamoramiento platónico en una carta.

[3] Fernando Pessoa le proporciona a la poesía los heterónimos, crea diferentes voces e inventa una poesía plural. Fue quizá, quien más desarrolló este recurso literario llegando a crear 70 heterónimos, algunos de ellos mujeres, tenía la capacidad de ser muchos personajes a la vez

Biografía Encubierta.

Cuando muere Pessoa en 1935, a los 47 años de edad, en un hospital de Lisboa (que es más o menos la edad a la que Henry Miller publicaba su *Trópico de Cáncer)*, sus cercanos encuentran un baúl en su habitación, lleno de papeles, lleno de gente. Aproximadamente 27 mil páginas, una enorme biblioteca, además del centenar de heterónimos. Un legado increíble. [4]

Pessoa en vida publicó apenas un pequeño libro en portugués que se llama *Mensaje* [5] , libro extrañísimo acerca de la historia de Portugal, y que tiene que ver con lo que él va a llamar el quinto imperio, y con sus coqueteos con el sistema monárquico. Se define como liberal radical, anti socialista; defiende la dictadura militar que, en 1926, había derribado a la república que había derribado a la monarquía en 1910, pero se muestra contrario al régimen de Salazar, instaurado en 1933. Cinco años después de la Revolución Rusa, publicara también en una revista de Lisboa, "*El banquero anarquista*".

Entre 1908 y 1914 redacta "*Los 35 sonetos ingleses*" que los publicará en 1918, y que será traducido por primera vez al portugués recién en 1974. Los sonetos son lo más elogiado de la obra del artista, dado que el formato permite la expresión en su máxima sensibilidad. Pero lo cierto es que este tipo llegó a escribir más de cinco mil poemas, repartidos en un centenar de autores ficticios.[6]

Pero sin lugar a dudas, es *El libro del desasosiego*, firmado por Bernardo Soares y publicado póstumamente, es quizá una de las obras más

[4] El libro de *Antonio Tabbucchi* sobre Pessoa, se llama *Un baúl lleno de gente. El autor* fue un escritor y profesor italiano de lengua y literatura portuguesa,conocido por conocido además en toda Europa por sus novelas "Requiem" y "Sostiene Pereira"

[5] Mensaje" (1934) fue el único libro en portugués que Pessoa editó en vida

[6] "Pessoa múltiple" fue una antología realizada por los académicos Jerónimo Pizarro y Nicolás Barbosa en la que analizaron tanto al *Pessoa personalizado* como al *Pessoa despersonalizado*. El libro contiene más de cien poemas en español, inglés, francés y portugués.

importantes de Pessoa. Se trata de una recopilación de fragmentos de diarios, reflexiones y pensamientos que reflejan la angustia existencial del autor. A pesar de no tener una estructura narrativa tradicional, ofrece una visión profunda y conmovedora de la vida y la muerte, inundado de reflexiones sobre el devenir humano, el arte, la tristeza y la soledad.

Pessoa nace en 1888 en la ciudad de Lisboa. Cuando es pequeño muere su hermanito menor, seis años aproximadamente, su papá que era crítico musical. La mamá, con quien el siempre tendrá una relación muy cercana, queda viuda, pero conoce al año siguiente a un diplomático militar, cónsul en Sudáfrica. Alli vivirá su infancia y su adolescencia hasta los 16 o 17 años, en Durban, justo junto a Ciudad del cabo y a Johannesburgo, por lo que su lengua principal será el inglés, y el portugués, su lengua familiar.

Su educación y su cultura es inglesa, aunque la poesía francesa indudablemente atrapa a Pessoa a través de Baudelaire, Rimbaud, y también en Valeri.

Pero su formación es el romanticismo inglés, con una muy delicada lectura, que lo toma como modelo de Shakespeare. Es interesante este autor, si hablamos de Pessoa, porque el portugués si bien no escribió mucho en sus ensayos literarios sobre el inglés, si parecería tener en cuenta que en definitiva Shakespeare es un autor, que como Pessoa parece que no fuera autor.

Shakespeare se expresó en sus personajes más famosos como el Shylock del mercader de Venecia, el Marco Antonio de Antonio y Cleopatra, en Julieta, el rey de Bretaña en el Rey Lear, y en todo el resto de su obra. Shakespeare no existe si no es a través de sus creaciones. Y en el abismo que existe, en el espacio que hay entre *Sueño de una noche de verano* y *El*

rey Lear, nos marca que cada una de sus obras de teatro es un mundo, donde lo que viven son sus personajes.

No parece esto extraño, si observamos que Shakespeare además de escritor, fue director y empresario de sus propias obras, sobre todo como actor. En los 1600, una compañía de teatro en el Londres, remitía a un espectáculo absolutamente masivo y popular, tanto como lo puede ser hoy el futbol, y no como hoy es el teatro, probablemente es una opción para ciertos sectores más pudientes o bien acomodados socialmente.

El teatro era como un potrero: Una arena con gradas, donde la gente entraba y salía, bebiendo y comiendo, mientras la obra transcurría. Algo popular, nacido de las tabernas y como parte de los espectáculos callejeros de aquellos tiempos.

Y el teatro es callejero y Shakespeare, vienen a cuento Pessoa es actor, a través de la escritura. Un actor diferente, a través de la escritura, porque él inventa lo que denomina el drama, "*Drama en gente*", un drama de la gente por la escritura

"…*Hoy –escribe el creador de estos desdoblamientos poéticos premeditados– ya no tengo personalidad: todo lo que en mí haya de humano, yo lo divido entre los varios autores de cuya obra he sido el ejecutor*…". "…*Se trata sencillamente del temperamento dramático elevado al máximo; de escribir en vez de dramas en actos y acción, dramas en almas. Así de sencillo es, en su esencia, este fenómeno aparentemente tan confuso*…".[7]

[7] *La soledad como disidencia de la vida. Fernando Pessoa: el heteronimismo, 'drama em gente'* Por Ana Martínez y Mariano Hernández Monsalve, en Revista Digital Fronterad. https://www.fronterad.com/la-soledad-como-disidencia-de-la-vida-fernando-pessoa-el-heteronimismo-drama-em-gente/

La cordura de Pessoa está en el límite, como en Artaud o en Van Gogh o en Nietzsche, pero en el límite de la explosión. Reiz, De Campos, Caeiro, siempre estaban ahí. Con su educación inglesa, a los 15 años participa en un concurso sobre crítica literaria, y entre cientos de textos en competencia, lo gana. No es que él, como Nietzsche quería ser músico y fue filósofo, o como Platón que quería ser autor trágico. El simplemente gano un concurso.

Él no estudia en la universidad, es apenas un empleado que traduce cartas comerciales.

La casa de Fernando Pessoa

La casa que habitó Fernando Pessoa durante los últimos 15 años de su vida, está situada en en el barrio de Campo de Ourique en Lisboa. Hoy devenida en museo y biblioteca, posee alrededor de 1300 títulos en total, más de la mitad en inglés, que compró, recibió de amigos, ganó, heredó, editó, leyó y profusamente anoto y subrayo. Gerard de Nerval, Novalis. Francis Bacon, Baudelaire, Lord Byron, Aristoteles, CArlyle son algunos de los autores, y en volúmenes tan dispares donde podemos encontrar a La república de platón, En búsqueda del tiempo perdido de Proust o *Un recuerdo de la infancia* de Sigmund Freud.[8]

Pero, sin embargo, aquel lector que se aventure a los universos de lectura pessoana, y perciba la atmósfera nietzscheana tanto en la prosa como en la poesía, y también heiddegeriana, para su sorpresa no hay libros de ninguno de ambos filósofos alemanes en la biblioteca personal del portugués. Solo se sabe de una edición española de *Así hablo Zarathustra*, que habría estado entre las lecturas del autor.

[8] La Biblioteca particular de Fernando Pessoa es una iniciativa colectiva que comenazo en Abril de 2008 https://bibliotecaparticular.casafernandopessoa.pt/index/index.htm.

Pessoa y la Filosofía

Alain Badiou intenta verificar una hipótesis: la compatibilidad entre la obra de Pessoa, más particularmente la de Alvaro de Campos, y ciertas proposiciones filosóficas de Deleuze. [9] Tomando como definición provisoria de la modernidad filosófica, la consigna de Nietzsche (que Deleuze toma como propia) de la inversión del platonismo, o sea todo el esfuerzo épocal se centra en curar la enfermedad Platón, haciendo del antiplatonismo, en sentido estricto, el lugar común de nuestra época.

Al mismo tiempo, o casi, que Wittgenstein (a quien ignora), Pessoa propone la forma más radical posible para la identificación entre pensamiento y juegos de lenguaje.: la heteronimia

En Pessoa, diversas son, las rutas hacia el conocimiento y diversos los métodos, sin que se opte por uno u otro sistema, sino en todo caso propiciando la concurrencia de racionalidades, sin condenar ni negar lo que se muestra como un contrario, sin procurar la síntesis dialéctica, salvando la pluralidad de las razones.

Con Heidegger comparten el malestar del presente, en una época de decadencia, lo cual emerge en la poesía de uno y en la filosofía del otro. En Pessoa su obra muestra no simplemente un reflejo de época, sino una respuesta a la fundación del Ser a través de la poesía y a través de pensamiento.

Heidegger juzgaba decadente su época; con esa indigencia resultante de alguna manera del excesivo desarrollo de la técnica, que convirtió al mundo en un objeto, provocando el desarraigo del hombre. Pessoa es casi coincidente con Heidegger, lo cual es claramente visible en la prosa poética

[9] Badiou, Alain, *Pequeño manual de inestética*, Editorial Prometeo, Buenos Aires : 2009.

de Bernardo Soares: *"…Cuando nació La generación a la que pertenezco encontró el mundo sin apoyo para cualquiera que hubiera cerebro y al mismo tiempo corazón…"*. Este fragmento termina con una reprimenda: *"…El derecho a Vivir y triunfar es conquistado hoy casi por los mismos procesos por los cuales internamiento en un asilo: la incapacidad de pensar, la amoralidad y hiperexcitación…"* [10]

Tal atmósfera de decadencia que vive. Pessoa, se refleja en su poesía que *"…hay que verla como una inmensa reinvención de los restos del día a día, como si la materia deteriorada quedara a un lado y, por otro, el fluir de una purificación sublime.."* la reinvención de las sobras cotidianas se realiza mediante la facultad de pensar.

El filósofo alemán señala precisamente el pensamiento como una posible salida para esta época decadente, y Pessoa recorre un camino similar, pero por la poesía. Esta allí, como un intérprete de excepción de la crisis de la Filosofía Moderna. Las rupturas de las fronteras entre sujeto y objeto, verdad y mentira son ejemplo inmejorable de ello. Pessoa, se constituye en una voz del pensar poético-trágico-ibérico que supone la recuperación del diálogo entre filosofía y arte (poesía).

Y no olvidemos los nexos de las lecturas de Walter Benjamín sobre Baudelaire y su peculiar inflexión moderna, con la poesía y prosa lisboeta autobiográfica de Fernando Pessoa; pero asi también esa desenfrenada vorágine de proyectos inacabados donde también arte y filosofía se fusionan..

Los habitantes del Baúl

Le dice Fernando Pessoa a Adolfo Casais Monteiro[11] en una carta donde le escribe y le explica el origen de sus heterónimos: *"…Comienzo por*

[10] El libro del Desasosiego. Fernando Pessoa, p. 188).

[11] Primera Carta a Adolfo Casais Monteiro

la parte psiquiátrica. El origen de mis heterónimos es el profundo trazo de histeria que existe en mí…" dice, y continua *"…Estos fenómenos –felizmente para mí y para los demás– se mentalizaron en mí; quiero decir, no se manifiestan en mi vida práctica, exterior y de contacto con otros; hacen explosión hacia dentro y los vivo yo a solas conmigo. Si yo fuese mujer –en la mujer los fenómenos histéricos rompen en ataques y cosas parecidas– cada poema de Alvaro de Campos (lo más histéricamente histérico de mí) sería una alarma en el vecindario. Pero soy hombre –y en los hombres la histeria asume principalmente aspectos mentales; así todo acaba en silencio y poesía…"* y continua: *"…Desde niño tuve la tendencia a crear en torno a mí un mundo ficticio, a rodearme de amigos y conocidos que nunca existieron…"*

Tal como Foucault afirma que al autor no hay que buscarlo ni del lado del escritor real, ni del lado del locutor ficticio, está claro, que el heterónimo no es el escritor real, pero tampoco una nuda ficticio. Si lo fuera se parecería al personaje de una novela o del relato que fuera, y así Pessoa no sería más que un inventor de personajes/poetas, algo más parecido a Pirandello.[12]

Los heterónimos constituyen una categoría diferente. Cuando un autor crea una obra, es habitado por personajes que luego lo abandonan o bien se transfiere todo al texto escrito. En cambio, en Pessoa *"…Los heterónimos jamás abandonan a Pessoa…ellos no habitan los poemas. Ellos habitan a Fernando Pessoa. Conviven con él, discuten con él, mezclan su voz con la de él, lo influencian…"*. [13] Por eso podemos decir que el portugués, es

[12] Luigi Pirandello de Seis personajes en busca de autor

[13] Ferreira Gullar, La razón poética, Folha de São Paulo, 10.11.96

un autor poblado de autores, que expresan sus múltiples posibilidades creativas.[14]

La constelación de heterónimos pessoana es como un rizoma, no tiene estructura. Se manifiesta como un entrelazamiento de líneas, complejo y, a veces, de apariencia absurdo. Hacemos propia la terminología de Deleuze quien al definir la estructura de rizoma potencia los principios de conexión, heterogeneidad, multiplicidad, ruptura asignificante, cartografía y calcomanía, todos ellos aplicables a los heterónimos del universo pessoano.[15]

Un heterónimo es el nombre de otro en nombre de quien escribimos. Un ortónimo en cambio, es nuestro mismo nombre, en nombre de quien escribimos. Distinguimos heterónimo y ortónimos, particularmente de algo que conocemos bastante mejor, y que es el pseudónimo, tal como en la filosofía encontramos a Kierkegaard, que escribían con seudónimos.[16]

Pero las obras de Kierkegaard desde el *Diario de un seductor* a *Mi punto de vista*, no nos causan dificultad en hablar del pensamiento del filósofo danés, con sus temas recurrentes. Es siempre el mismo cuando escribe, mientras que Pessoa esta desdoblado en sus heterónimos. Cuando firma Kierkegaard, dice que hay ciertas cosas que se pueden decir solo por vía indirecta.[17]

Tal vez por precaución porque las cosas que decía, aunque pensaba que eran realmente singulares era un pastor en el universo religioso a la

[14] *Una llamada para Pirandello* de Antonio Tabucchi, es una ficción dramática en la que un actor y poeta, internado en el psiquiátrico de Cascais siente al tiempo que en él se encarna Pessoa, la obsesión durante sus crisis de pedir socorro a Pirandello, ya que este sería el único que podría ayudarle a sujetar los fantasmas que le acosan. Constituye quizá el intento más serio de penetrar, a través del teatro, en la personalidad del poeta portugués.

[15] Deleuze Gilles, Guattari Felix, Mil Mesetas, Edit. Pretextos, 6ª Edic. Valencia, 2004, pp. 9-33

[16] Todas sus obras están firmadas con un seudónimo - una que se llama "Mi punto de Vista" y firmo Kierkegaard

[17] La lectura de los seudónimos kierkegaardianos como "personajes conceptuales" es un lugar común en la hermenéutica literaria, a partir de las reflexiones de Deleuze y Guattari. Deleuze, Gilles, y Félix Guattari. ¿Qué es la filosofía? Barcelona: Anagrama, 1997.

danesa riguroso la vía indirecta. En consecuencia, la pseudonimia que empleaba tenía finalidades estratégicas. Eso sucede con la mayoría de los escritores: búsqueda de originalidad, simplificación de nombres extranjeros o de difícil pronunciación, temor al escándalo, e incluso la posibilidad de persecuciones políticas.

Jane Austen jamás firmó en vida con su nombre y Mary Shelley publicó la primera edición de Frankenstein como anónima. Neftalí Reyes firmaba sus poemas como Pablo Neruda. Y ni hablar de Garcilaso de la Vega, George Orwell, Lewis Carroll y Mark Twain.

Lo cierto que la obra pseudónima es la del autor en su propia persona, salvo en el nombre que lo firma, la heterónima en cambio, es la del autor fuera de su persona, es la de una individualidad completa fabricada por él, como serían los parlamentos de cualquier drama suyo

Por supuesto que, además, podemos encontrar la versatilidad, que es una característica de muchos escritores, que más allá de su nombre cambian permanentemente su escritura. Lo podemos comprobar leyendo al Juan Jacobo Rousseau del *Contrato Social*, frente a *Las confesiones* o el Nietzsche de *El Nacimiento De La Tragedia* frente al *Humano demasiado humano.* Ni que hablar del Foucault, que ha generado abismos evidentes entre su escritura de diversas etapas.

El caso de Borges es inmensamente rico. En su alucinante juego, inventa autores, inventa obras, todo con el disimulo que no nos permite en un momento dado, distinguir fácilmente si el uso bibliográfico que él emplea es documental o ficticio.

Pero el caso de Pessoa, o sea el de un autor que engendra autores, y que además engendra vidas de esos autores, que publican sus propias

obras, pero además se conocen entre sí, discuten entre sí, polemizan, comparten ciertas reuniones, se respetan y a veces se contradicen, discuten.

Y hay uno de ellos que se llama Fernando Pessoa. Pero Álvaro de Campos habla de Fernando Pessoa y lo caracteriza a su modo; y a la vez Álvaro De Campos, Ricardo Reis y Caeiro, tienen una obra propia y abundante, donde discuten entre sí y con terceros como el Barón de Teive o Antonio Mora.

Lo de Antonio Mora, es particularmente interesante. Él es un filósofo neopagano, para quien el presente se define por un malestar que es resultado de una historia decadente. Ese querer y no tener, ese buscar sabiendo que no se encuentra, porque *"··· La vida no tiene ningún sentido"* dice Mora fáusticamente.[18]

El núcleo del cual emana ese malestar, las causas de esa decadencia, y por ende la necesidad de acción, se encuentran en un origen remoto que como en Nietzsche, coincide con el surgimiento del cristianismo.

Mora, al igual que el filósofo alemán, utiliza un método genealógico, y al igual que para éste, el cristianismo, o mejor dicho las prolongaciones y derivaciones de su ideología, constituyen el problema central. El culto a la subjetividad, la degradación de los sentimientos y la pérdida de la noción de una realidad natural y humana, forman parte de la doctrina cristiana que, según Mora, no ha hecho más que cultivar y potenciar un hiperbólico idealismo y una subjetividad que se imagina omnipotente.

Por su parte Ricardo Reis es médico, y se inspira en la poesía antigua fundamentalmente en el poeta latino, Horacio. Reis, esta (como Pessoa) muy decepcionado con la política portuguesa, por el republicanismo y el

[18] Obras de Antonio Mora. Lisboa: INCM, 2002, p. 322.

democratísimo, de ahí sus simpatías monárquicas. *"…El arte es la organización ideal de la materia…"*, dice, y en discusión con Álvaro de Campos sostiene "*…El arte existe, no como quiere Campos, para subsistir en la vida, sino para completarla. Todo en la vida, excepto el deseo del hombre, es irracional e imperfecto, en el arte el hombre proyecta su deseo y la voluntad de perfección que hay en él. Por eso la obra de arte debe, conservando la forma de la vida, sustituir a la materia…"*

Pero los heterónimos de estos poetas tienen un maestro, y el maestro es Alberto Caeiro. Nace en 1889, justo un año después de Pessoa. Profesaba como los griegos, una actitud frente a la Naturaleza de aceptación tal como era, sin imponerle Verdades superiores a ella, ni lógicas a las que obedecer. Es el poeta que ha expresado la Naturaleza retornando a ella casi inexpresivamente. Caeiro vive no tan distante de Lisboa, en Ribatejo en una aldea con dos tías viejas, en una casa de cal muy humilde. No tiene ninguna educación, pero será el maestro de todos. Justamente todos los heterónimos hablan de él, un poeta que al leerlo impresiona aún más que el propio Pessoa.

Todos los heterónimos nacen y algunos mueren. Pessoa nace en 1888 en Lisboa, y Ricardo Reis, el mayor, nace en 1887. Álvaro de Campos en 1890, en el sur de Portugal. Es ingeniero naval y sus estudios en Glasgow, Escocia, fruto de su larga residencia en Inglaterra, le han dado un manejo fluido del inglés y quizá también le dan esa característica de ser el heterónimo más loco, más desquiciado y más exorbitado.

El día que llegaron el resto.

Una noche, Pessoa tuvo como una iluminación y se le apareció su maestro; Alberto Caeiro, y le empezó a hablar, y entonces Fernando nunca pudo ya detenerse. Era *"…el maestro que hay en mí y yo no sé quién es…"* decía Pessoa.

Al día siguiente fueron paridos Campos y Reis. Cada uno con sus sentimientos, pero no como personajes, sino ficciones con una autonomía emotiva sorprendente. Y también, claro, Pessoa, el ortónimo[19] que tiene también su autonomía intelectual emotiva, diferente de los otros y a veces en tensión con los otros.

Alberto Caeiro es el guardador del rebaño, el pastor de Ribatejo. Vive en una casa humilde, totalmente alejado del mundo cultural y del mundo urbano. Dice el poeta *"…no tengo ambiciones ni deseos ser poeta no es una ambición mía es mi manera de estar solo. Yo no tengo filosofía, tengo sentidos. El misterio de las cosas que se yo lo que es el misterio. El único misterio, es que haya quien piense en el misterio…" "… Quién está al sol y cierra los ojos, empieza a no saber lo que es el sol, y a pensar muchas cosas llenas de calor, pero abre los ojos y ve el sol, y ya no puede pensar en nada.*

Aquella señora tiene un piano, que es agradable de oír, pero es lo que ella hace de él, hace una música hecha No es el débil sonar de los arroyos estrechos, ni el sonido lejano que más de un árbol alto hace, lo mejor es no tener un piano y oír tan solo lo que con sonido nace…".

Porque para Caeiro *"…no siempre quiero ser feliz hace falta ser infeliz de vez en cuando para poder ser natural no todo son días de sol y la lluvia cuando escasea se pide."*

"…Vi que no hay naturaleza, la naturaleza no existe. Que hay montes valles llanos/ que hay árboles flores hierbas que hay ríos y piedras. Pero que no hay un todo/ al que esto pertenezca. Que un conjunto real y verdadero es una enfermedad de nuestras ideas. La naturaleza es partes, sin un todo…"

[19] Es el nombre propio del escritor que crea heterónimos (personajes ficticios de los cuales se valen ciertos autores para crear su obra literaria).

El día de su muerte en 1915, dice y escribe Caeiro *"…es quizás el último día de mi vida. He saludado al sol levantando la mano derecha, más no lo he saludado para decirle adiós, he hecho la señal de que me gustaba verlo todavía, nada más…"*

Álvaro De Campos, el ingeniero naval que es un poeta al estilo de Walt Whitman, es el más joven de los heterónimos, y es discípulo de Caeiro, y dice: *"…Y a mí, que amo la civilización moderna, sí, a mí, que beso con el alma las máquinas, a mí, el ingeniero, a mí, el civilizado, a mí, el educado en el extranjero, ¡cómo me gustaría encontrar de nuevo, ante mi vista, sólo veleros y barcos de madera, y no tener noticia de otra vida marítima que de la antigua vida de los mares! …"*

Y sigue: *"…Y, ¡ah, cómo aquí todo me recuerda esa vida mejor, esos mares mayores, porque se navegaba más despacio, mares aún misteriosos, porque se sabía menos de ellos. …"*

"…Ir con vosotros y desnudarme —¡ah! ¡fuera!- mi vestido tan civilizado, mi blandura de acciones,

mi miedo innato a las cárceles/ y mi serena vida, asentada y estática, reiterada y reglada! …"

"…Puso el sol de los trópicos la fiebre de la vieja piratería en lo intensivo de mis venas. Y los vientos de la Patagonia tatuaron mi imaginación con obscenas y trágicas imágenes.

¡Fuego, fuego, fuego, fuego, dentro de mí! ¡Sangre! ¡sangre! ¡sangre! ¡Está explotando todo m i cerebro!

¡Se parte en rojo el mundo! ¡Estallan con sonido de amarras mis venas! Y en m í revienta, feroz y voraz,

la canción que canta el Gran Pirata, la bramada muerte del Pirata cantando hasta infundir pavor entre la espina dorsal de sus hombres. que mueren en la popa mientras braman y cantan…"

Pero, por si fuera poco, Alvaro de Campos transfunde en mujer. Mujer violada, mujer cercada. *"…Ah, que mi cuerpo pasivo fuese la mujer todas-las mujeres/ que fueron violadas, heridas, muertas, destrozadas por los piratas. Ser en mi subyugado ser la hembra que teme pertenecerles y sentir todo esto, sentir todas estas cosas recorrer al mismo tiempo mis vértebras…"*

Y este Álvaro de Campos es justamente quien dice, después de la muerte de su maestro Caeiro y para recordarlo, *"…mi maestro no era un pagano…"* como se dice le dice a los antiguos desde el punto de vista cristianos, *"…Caeiro era el paganismo…"* , una especie de figura casi atemporal, pero muy del estilo como si estuviéramos en la Grecia presocrática, eso que Nietzsche decía sobre los sabios con majestad sacerdotal, como Heráclito que hablaban en breve, con pequeños apotegmas, con aforismos dichos, con una presencia magnificente…

"…Voy a definir esto del mismo modo en que definen las cosas indefinibles —por la cobardía del ejemplo. Una de las cosas que más nítidamente nos sacuden en la comparación de nosotros con los griegos es la ausencia del concepto de infinito, la repugnancia del infinito, entre los griegos…"[20]

Para los griegos el universo es una cúpula, con el mundo lunar, sublunar etcétera. Esta aversión al infinito existe en Cairo *"…hombre, dije yo imagina un espacio, le está hablando al maestro Álvaro de Campos imagina un espacio más allá de ese espacio hay más espacio más allá dice más y después más y más y más, no se acaba …"*. *"…Después que se acaba ..que*

[20] Notas para recordar de mi maestro. Por alvaro de campos

hay después que se acaba? Después no hay nada…""…le dije… pero usted concibe eso que si consigo que una cosa tenga límites claro que sí lo que no tiene límites no existe existir es que haya otra cosa cualquiera y por lo tanto cada cosa tiene que ser limitada no me olvido dice algo de campos de aquella frase en que Ricardo Reis una vez se me definió se hablaba de mentir y dijo Ricardo Reis *"… detesto la mentira porque es una inexactitud …"*

Dice De Campos *"…Y yo le pregunté de repente a mi maestro Caeiro: ¿Está contento consigo? Y él respondió: No: estoy contento. Era como la voz de la tierra, que es todo y nadie. …"*

Y continúa: *"…Yo estaba en Inglaterra. El propio Ricardo Reis no estaba en Lisboa; estaba de vuelta en Brasil. Estaba Fernando Pessoa, pero es como si no estuviese. Fernando Pessoa siente las cosas pero no se mueve, ni aún por dentro…."*[21]

Los diálogos entre heterónimos son extraordinarios. Álvaro de Campos dice : "… *Una de las conversaciones más interesantes en que participó mi maestro Caeiro, fue aquella, en Lisboa, en que estábamos todos los del grupo y por ganas de conversar se discutió el concepto de Realidad…".* Todo habría comenzado *"…por observación lateral de Fernando Pessoa, a cualquier cosa que había antes dicho. La observación fue que en el concepto del Ser no caben partes ni gradaciones; una cosa es o no es…"*[22]

Y Álvaro de Campos plantea su objeción ya que habría que analizar ese concepto de ser, y manifiesta que se trataría de una superstición metafísica. *"…Pero el concepto de Ser no es susceptible de análisis, respondió Fernando Pessoa. Su indivisibilidad comienza ahí…".*

[21] Notas para recordar a mi maestro Alberto Caeiro. Por Álvaro de Campos

[22] Notas para recordar a mi maestro Alberto Caeiro. Por Álvaro de Campos

De Campos prosigue en su relato: *"…El concepto no lo será, repliqué, pero su valor sí. Fernando Pessoa respondió: ¿Pero ¿qué es el 'valor' de un concepto independientemente del propio concepto? Un concepto, esto es, una idea abstracta no es susceptible de más o menos. Puede haber valor en el uso o la aplicación, pero ese valor es de uso o de aplicación y no del concepto en sí mismo.*

En esto interrumpió mi maestro Caeiro, que estuviera oyendo con ojos muy abiertos esta discusión especulativa. Donde no puede haber más ni menos, no hay nada. "¿Cómo es eso, por qué?" preguntó Fernando. Porque todo cuanto es real puede ser más o menos, y al no ser lo que es real nada puede existir…"

La rutina del desasosiego.

Pessoa tenía una vida rutinaria, monótona. Salía la mañana por las calles de Lisboa hasta la zona de la plaza de Comercio donde estaba su oficina, en donde traducía estas cartas a los clientes e importadores. Tenía una ventana que daba el puerto. Respetaba su patrón Vázquez, a quien tenía en consideración. Hacia su vida rutinaria con unos personajes de un microcosmos que le apreciaba porque le permitía tener un pie a tierra, para después tener otros mundos y otros cosmos.

Salía a las 6 de la tarde de su oficina y tomaba el tranvía e se iba a un café que llamaba la brasileira, un lugar concurrido. Bebía a veces con un pequeño grupo de literatos de café, con algunos de los cuales fundó la revista Orfeó. Después volvía a su cuarto. Y así día tras día.

Como esa imagen increíble que describe en el poema *Por la carretera de Sintra "…En la carretera de Sintra, cada vez más cerca de Sintra, En la carretera de Sintra, cada vez menos cerca de mí…"*[23]

Pessoa vivió con unas tías, después vivió solo y después la madre viuda, vuelve de Sudáfrica a Lisboa y vive con él, hasta la muerte de ella. Después de eso, y hasta su muerte, vivirá en esta soledad del estilo de los fragmentos del *Libro del desasosiego*, que irán incrementando su literatura.

Bernardo Soares, es calificado por Pessoa como su heterónimo que más se le parece: *"…se me parece si les restamos la inteligencia y la afectividad que le queda difícil…".* Y este poeta es quien justamente dice *"…un barco parece ser un objeto cuyo fin es navegar. Pero su fin no es navegar si nos llegar a un puerto. Nosotros nos encontramos navegando sin la idea del puerto al que deberíamos acogernos. Reproducimos así en la especie dolorosa la fórmula aventurera de los argonautas navegar es preciso vivir no es preciso…"* En *Os argonautas*, Caetano Veloso se vale de *Navegar é preciso Navegar é preciso, viver não é preciso"? , pero* Pessoa habla de precisión, calculo medido y previsible, y no de necesidad. ,

"…he creado en mi -dice Soares- varias personalidades para crear me he destruido. Tanto me exteriorizado dentro de mí que dentro de mí no existe sino exteriormente. Soy la escena viva por la que pasan varios actores representando varias piezas. Soy los alrededores de una ciudad que no existe. El comentario prolijo a un libro que no se ha escrito. No soy nadie, no sé sentir no sé pensar no sé querer

Yo verdaderamente yo, soy el pozo sin muros, pero con la viscosidad de los muros, el centro de todo con la nada alrededor…"

[23] Fernando Pessoa. Por la carretera de Sintra

Y luego dice: "*…descubro que mi sistema de estilo se asienta en dos principios e inmediatamente y con la buena manera de los buenos clásicos, elijo estos principios en fundamentos generales. Fundamentos generales de todo estilo. Decir lo que se siente exactamente cómo se siente. Claramente si es claro, oscuramente si es oscuro, confusamente si es confuso. Comprender que la gramática es un instrumento y no una ley. Supongamos que veo ante nosotros una muchacha de modales masculinos. Un ente humano vulgar dirá de ella: esa muchacha parece un muchacho. Otro igualmente consciente de los deberes de la expresión, pero más animado por el afecto de la concisión que es la lujuria del pensamiento, dirá de ella ese muchacho. Yo diré* esa muchacho, *violando la más elemental de las reglas gramaticales y habré dicho bien, habré hablado en términos absolutos fotográficamente, fuera de la vulgaridad de la norma y de la cotidianeidad no habré hablado, habré dicho…*"

Heredad

Como a Van Gogh o Kafka, al portugués tampoco se le reconoció su obra en vida, la cual era solo conocida por unos pocos amigos. Deberíamos considerarlo como dentro del Síndrome de Bartleby [24], como se lo ha denominado, en particular referido a uno de los heterónimos: El Barón de Teive , con una única obra *La educación del estoico*. Único heterónimo (en verdad un semiheterónimo), que se suicida ante la imposibilidad de crear un arte superior por la limitación de su inteligencia.

Pero si hay un material que proporcionara al lector una visión única de la cotidianeidad de Pessoa, son los *Diarios Íntimos*[25], varios de cuyos textos fueron escritas originalmente en inglés. Allí Pessoa de una forma meticulosa cada día y cada hora, ira reseñando que hacía, que pensaba, y a

[24] *Bartleby y compañía*. Enrique Vila Matas. Ed Anagrama.2000 pag 91.

[25] *Diarios de Fernando Pessoa*, Editorial Gadir. Madrid, 2009;

quien veía.. Un compendio de su formación humanística, filosófica y literaria; de sus intenciones vitales, y de la enorme madurez que demostró desde muy temprana edad. Curiosamente algunos de esos textos pertenecen a heterónimos menos conocidos como Charles-Robert Anon, Alexander Search o Fray Mauricio.

Su mesianismo poético-político, se entrama sutilmente con algo que fue de su gran interés: el ocultismo. Pero, además, Pessoa era un tremendo clínico de sí mismo, indagando los fenómenos que padece, haciendo un uso muy personal del saber psiquiátrico de su tiempo, del cual se sabe era un agudo lector.

Su producción es fragmentaria e inagotable, pero él nunca decidió que publicar o no, que enmarcar como obra culminada. Eso lo decidieron sus editores, post mortem del autor. No sólo fue un gran poeta sino también un notable prosista, crítico literario, autor de novelas policiales, obras de teatro, textos filosóficos, traductor de libros de ocultismo y la astrología temática de las que era erudito.

"…Inventor de otros poetas y destructor de sí mismo…", como lo definió alguna vez Octavio Paz, Pessoa nos ha legado con notable precisión su propia experiencia. Tanto de los fenómenos y crisis que padece como de la creación de ese fabuloso universo literarios.

Fingir, actuar, desdoblarse, porque *"…el poeta es un fingidor/ finge tan completamente/ que llega a fingir que es dolor/ el dolor que de veras siente/ y los que leen lo que escribe/ en el dolor leído sienten bien /no los dos dolores que él tuvo/ sino sólo el que ellos no tienen/ y así en los raíles/ gira, entreteniendo la razón /ese tren de cuerda que se llama corazón…".*[26].

[26] Autopsicografía20 (1932):

Derecho a la salud, Derechos Humanos, relación de consumo y otras palabras bonitas

Jorge Oscar Rossi[1]

Sumario: I. Introducción. II. El usuario de servicios de salud y su especial vulnerabilidad. III. Las empresas de medicina prepaga y las obras sociales frente al Derecho del Consumidor. IV. El CCC y la responsabilidad del Estado por mala praxis en hospitales públicos. V. El nuevo régimen de responsabilidad civil del Estado y el "principio de progresividad" establecido por tratados internacionales con jerarquía constitucional. VI. El nuevo régimen de responsabilidad civil del Estado, el art. 42 de la Constitución nacional y la LDC: el Estado como "proveedor". VII. Dos concepciones de la relación de consumo. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

En el bloque constitucional / convencional argentino y sus normas inferiores, aparecen consagrados numerosos derechos relacionados con la salud de los habitantes de nuestro país. A primera vista, un lector

[1] Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Abogado, egresado en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de Metodología de la Investigación Jurídica en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón. Profesor Titular de "Teoría General de las Obligaciones" y "Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios" en la Universidad Abierta Interamericana.

desprevenido podría asombrarse por el alto estándar de calidad asegurado por el derecho positivo nacional en materia de salud.

Más aún: sí ese lector recorre los repertorios jurisprudenciales encontrará que los jueces de distintas jurisdicciones territoriales aplican frecuentemente estás normas. Ahora bien, la nutridísima jurisprudencia referida estos temas ya es un indicio del problema.

Sí concebimos al derecho a la salud como un derecho humano, el mismo queda independizado del patrimonio que tenga el titular de derecho. Es un derecho que el ordenamiento jurídico reconoce o concede a las personas humanas, polémicas iusfilosoficas al margen, independientemente de otra condición.

Lo anterior implica dos cosas:

1) Sea la persona pobre o rica tiene el mismo derecho a la salud.

2) Para que lo anterior no sea una mera expresión de deseos, es imprescindible que ese derecho sea exigible, o tal vez con mayor propiedad, *ejercible*. Y el ejercicio de los derechos sí depende de los bienes que se pongan a disposición del titular del mismo. Si una persona necesita un tratamiento médico y no dispone de los bienes necesarios para realizar este tratamiento, no va a poder hacerlo. No es relevante si el titular de esos bienes es la persona en cuestión o un tercero, por ejemplo, el Estado. Lo importante, como dijimos, *es que pueda disponer de los mismos*.

Por supuesto que puede hacerse una distinción conceptual entre titularidad y ejercicio de un derecho. El dueño de un inmueble qué se encuentra ocupado por terceros mediante violencia, conserva la titularidad de su derecho de dominio, aunque no pueda ejercerlo plenamente. Lo mismo podría decirse respecto del derecho a la salud.

Pero debemos diferenciar *la dificultad transitoria de ejercer un derecho, de la dificultad permanente*. Si el mentado dueño de un inmueble

nunca puede ejercer su derecho de uso, goce y disposición, de poco le sirve proclamar qué es el titular de dominio. Si un ordenamiento jurídico lo reconoce como dueño, pero no le proporciona herramientas eficaces para usar, gozar y disponer de la cosa, nos encontramos ante una situación de abrumadora hipocresía, una auténtica farsa o espejismo de derechos. Lo mismo sucede con el derecho a la salud.

En las últimas décadas han ido apareciendo normas que consagran un extenso menú de derechos en campos tales como la vivienda, la educación, la protección de los denominados vulnerables y la salud. El problema pasa por el lado de la eficacia, es decir de los resultados. Se supone que lo que se busca es resolver las situaciones de vulnerabilidad que generan los desequilibrios estructurales existentes en nuestras sociedades.

Antoine Jeanmaud, a quien seguiremos en este tema, destaca *"....que Kelsen emplea indistintamente las palabras "efectividad" y "eficacia"*."[2]

Siguiendo a Jeanmaud, *"...la efectividad jurídica se concibe como la aplicación efectiva, real, de las reglas vigentes en los casos concretos que regulan."*[3]

En cambio, la eficacia de una norma se refiere al *"logro efectivo de los resultados buscados por quienes las legislaron".*[4]

Esta distinción alude a dos situaciones de hecho (aplicación de una norma por los jueces y logro del resultado pretendido por el legislador) que justifican la utilización de dos términos distintos. En esta terminología, una norma es eficaz cuando su aplicación logra el resultado pretendido por el legislador.

---

[2] Jeammaud, Antoine, "En torno al problema de la efectividad del derecho ", en Revista Crítica Jurídica, N° 1, 1984. En Internet: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/viewFile/2862/2664.

[3] Jeammaud, Antoine, ob.cit.

[4] Jeammaud, Antoine, ob.cit.

La prestación del servicio de salud ha sufrido grandes modificaciones en las últimas décadas, transitando desde un modelo paternalista y personalizado a otro que se caracteriza por la masividad e impersonalidad y un aparente respeto por la autonomía de la voluntad del paciente, que muchas veces encubre un alarmante déficit de información, asesoramiento, acompañamiento y cuidado.

II. El usuario de servicios de salud y su especial vulnerabilidad

Desde el punto de vista del Derecho del Consumidor, y en un plano puramente conceptual o teórico, podríamos sostener que el usuario de servicios de salud es una especie dentro del género usuario o consumidor. En otras palabras, que su caso queda subsumido en el sistema normativo que rige a los consumidores y proveedores.

Siguiendo con este razonamiento, podemos sostener que este usuario de servicios de salud, como todo usuario, es un sujeto vulnerable dado que se encuentra en situación de debilidad estructural frente a su contraparte. Más aún, no dudaríamos en calificarlo de *especialmente vulnerable o hipervulnerable,* dado que a la vulnerabilidad propia de su situación de usuario se le suma la vulnerabilidad propia de la situación de paciente.

Sin embargo, esto no es tan sencillo en la normativa argentina.

Por un lado, el artículo 2 de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor (LDC) *excluye* a los servicios prestados por profesionales liberales universitarios, aunque no a la publicidad que hagan de los mismos.

Por otro lado, *es discutido jurisprudencial y doctrinalmente el carácter de proveedores de las obras sociales y del Estado.* Veamos estas últimas cuestiones con más detalle.

III. Las empresas de medicina prepaga y las obras sociales frente al Derecho del Consumidor

Respecto del vínculo jurídico que relaciona al afiliado con el prestador de servicios de medicina prepaga, surge indudable que nos encontramos ante una relación de consumo, dado que ambos sujetos califican respectivamente como consumidor y proveedor en los términos de los artículos 1 y 2 de la ley 24240, de Defensa del Consumidor (LDC)

Este encuadramiento jurídico en el ámbito del derecho del consumo es especialmente útil por las siguientes razones:

1) Contar con el beneficio de gratuidad (art. 53 LDC)

2) Poder peticionar, en ciertos casos, la aplicación de daños punitivos (art. 52 bis LDC)

3) Contar con un proceso judicial abreviado en el que pueden acumularse tanto las medidas preventivas, cuanto las acciones resarcitorias y disuasivas[5] (art. 53 LDC)

[5] Art. 53 LDC: "...En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente..."

Por su parte, a idéntica solución llega la ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires en su art. 23: "Las pretensiones judiciales en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios derivadas de las relaciones de consumo tramitarán por el proceso sumarísimo previsto en el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, a menos que a solicitud de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más eficaz."

A su turno, el Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires regula específicamente las denominadas medidas autosatisfactivas, en su art. 136:

"- Podrán tramitarse y otorgarse con carácter excepcional y restrictivo, sin darle previa intervención a la parte obligada, medidas cuyo pronunciamiento importe el agotamiento de la acción sujeto a que se acredite fuerte probabilidad de que lo pretendido sea atendible y no exista duda razonable acerca de su procedencia.

El solicitante deberá justificar la inexistencia de otros remedios procesales idóneos que garanticen la tutela pretendida.

El juez deberá pronunciarse dentro de los dos (2) días de recibida la causa. El plazo es improrrogable.

4) Poder iniciar el reclamo por la vía administrativa y solicitar la aplicación de medidas preventivas.

Así, no hay dudas que entre el afiliado y el prestador de servicios médicos (hospital o sanatorio privado, empresa de medicina prepaga con plan "cerrado" o de cartilla) existe una relación de consumo.

Un ejemplo de aplicación de daños punitivos por incumplimiento grave a un consumidor hipervulnerable lo podemos ver en el fallo de autos *"L. R. V. C/ Asociación Mutual Sancor S/ Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado)",* (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 23/03/21).

En el caso, la empresa de medicina prepaga dejó sin cobertura médica, indebidamente, a una mujer, embarazada y con una problemática que exigía una atención especial. La Alzada confirmó la imposición de multa en concepto de daños punitivos por la suma de $500.000.

Cabe destacar que nuestra jurisprudencia coincide en que no todo incumplimiento amerita la imposición de multa civil, sino que el mismo debe revestir gravedad. En ese sentido, la condición de hipervulnerable de la persona mayor y el valor en juego en los casos en estudio (la salud) tiñen de gravedad al citado incumplimiento. En efecto, a manera de ejemplo, una demora de diez días en cumplir una prestación reviste mayor gravedad en casos donde se busca prevenir, solucionar o aliviar una patología que en un

---

El juez podrá solicitar una contracautela equivalente a los daños que pudiera irrogar la efectivización de la medida, sin perjuicio de las acciones de regreso o de daños posteriores que tendrá quien deba cumplirla.

La resolución podrá ser recurrida vía recurso de reposición y de apelación, que deberá interponerse de conformidad con las pautas previstas para el proceso ordinario. La interposición de los recursos suspende su ejecución."

En cuanto a los tipos de procesos, existen dos: el ordinario y el ampliado que en caso de acción deducida por el consumidor solo procede en casos excepcionales y por pedido de parte (arg. arts. 211 y 212)

contrato de telefonía celular. Máxime, en la situación de desamparo e impotencia en que puede encontrarse una persona mayor y enferma.

Dos eran los obstáculos para que la figura de los daños punitivos cumpla una efectiva función disuasiva:

1) Durante catorce años, el máximo de la multa se mantuvo en $5.000.000 (art. 52 bis, que remite al art. 47, inc. b LDC). Dada la volatilidad del dólar, invitamos al lector a realizar la conversión a dicha moneda al momento de ver estas líneas para caer en el real impacto económico que esta sanción puede producir)

2) Apegados a una interpretación literal del art. 52 bis LDC, que legitima activamente al "damnificado", los tribunales no suelen admitir la imposición de la multa civil en los juicios de amparo, sino exclusivamente en los posteriores y eventuales procesos de daños y perjuicios, lo que desvirtúa el carácter disuasivo de la medida, al someterla a la incierta realización de un segundo juicio.

En la actualidad, uno de esos obstáculos fue removido. En efecto, la ley 27701, de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio Fiscal del 2023[6], modificó el artículo 47 de la LDC e introdujo un sistema de multas actualizables. El nuevo texto impone multas de entre 0,5 y 2.100 canastas básicas para el hogar 3, índice publicado por el INDEC que se actualiza mensualmente[7].

Como se expresó ut supra, este cambio no afecta solo al monto de las multas, sino también a la figura del daño punitivo, dado que el artículo 52 bis de la LDC remite al artículo 47 para fijar el monto de la multa civil en sede judicial.

[6] Publicada en el Boletín Oficial el 1° de diciembre de 2022.

[7] A manera de ejemplo, el valor del mencionado índice, correspondiente al mes de agosto de 2023, es de $299.428,03. Así las cosas, el tope máximo de multa aumenta a $628.798.863. Fuente: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/canasta_09_237CB2ADAD6F.pdf

Pasando al otro tema, mayor complejidad reviste la relación que vincula al afiliado con la obra social. En nuestra opinión, el vínculo entre el afiliado y la obra social es siempre una relación de consumo, sin que tenga relevancia la fuente contractual o extracontractual del mismo.

Es decir, tanto el afiliado voluntario como el afiliado obligatorio se encuentran en la misma situación de debilidad estructural frente a la Obra Social. Justamente la doctrina es pacífica respecto a que la relación de consumo puede ser de fuente contractual o extracontractual.

Así, por ejemplo, hace más de dos décadas, Highton de Nolasco afirmó que *"independientemente de que la responsabilidad sea contractual o extracontractual, de lo que no cabe duda es de que la relación entre el concesionario de una ruta y quien transita por ella previo pago de un peaje es un usuario involucrado en una típica relación de consumo. El propio art.42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de "relación de consumo" para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a* ***todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios****".* [8] (la negrita es nuestra).

Sin embargo, en el caso específico de las obras sociales, la jurisprudencia se muestra vacilante.

Un caso paradigmático es el de la obra social IOMA, dónde para la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ni siquiera existe responsabilidad por la mala praxis cometida por los médicos de su cartilla.[9]

[8] Conf. Rinessi, Antonio J., "La desprotección de los usuarios viales, Revista de derecho de daños nº 3, Accidentes de tránsito "III. Rubinzal-Culzoni, Bs. As.- Santa Fe, 1998, p.111/137)

[9] «Acosta, Graciela A. c. Manuele, Alberto y otros» del 21/04/1998. Lamentablemente, en "Acosta, Graciela Alejandra" (Fallos: 323:200), la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó la queja en base a la inadmisibilidad del recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN). En disidencia el juez Vázquez dejó sin efecto la

Además, en un fallo[10], el Máximo Tribunal bonaerense se mostró extremadamente crítico y revocó lo dispuesto por el Juzgado de Faltas n° 2 de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de La Plata, quien había dictado una medida precautoria ordenando al IOMA que dejara sin efecto el acto administrativo por el que esta entidad rechazó la afiliación de una persona que presentaba patologías preexistentes.

En cambio, la Cámara Nacional en lo Civil responsabiliza a IOMA en casos similares.[11]

Demás está decir que participamos sin dudas de este último enfoque, dado que, en materia de responsabilidad por mala praxis, se trata de un caso clarísimo de responsabilidad del principal por los hechos de su dependiente, entendiendo este último término como aquella persona de la que se sirve el principal para cumplir con su cometido (arg. conf. arts. 1753 CCC y 1113 del Código derogado).

---

sentencia. Entre otras cosas sostuvo que la obligatoriedad de la afiliación a una obra social debe cesar si no se concreta el beneficio que la justifica y además, pone en peligro el derecho a la salud del afiliado. Dijo que al tratarse de una obra social debe verse una proyección de los principios de la seguridad social a los que el art. 14 de la CN concede carácter integral, y que dichas obras sociales deben preservar la salud de sus afiliados por lo que la actividad que asumen es trascendental, se dirige a la protección de garantías constitucionales, la vida, la seguridad y la integridad de las personas.

Dado el carácter de doctrina legal de los fallos del Máximo Tribunal bonaerense, los jueces de instancias inferiores suelen resolver conforme esta postura (vgr. "L., G. E. C/ Clínica Privada Independencia S.A. Y Otro/A S/Daños Y Perj. Resp. Profesional (Excluido Estado)", Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Sala Primera, 01/02/19)

[10] Lo hizo el 28 de noviembre de 2018, al decidir un conflicto de poderes entre la Provincia y el Juzgado de Faltas n° 2 de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de La Plata, en el fallo de autos "Fiscal de Estado contra Juzgado de Faltas N° 2 de Defensa del Consumidor en autos: 'Barletta Valeria Gisela sobre Denuncia contra IOMA', arts. 161 inc. 2; 196 Const. prov."

[11] Vgr. "R. Y. c/ Hospital Francés y otros s/ daños y perjuicios", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 28/06/2012, (Cita: MJ-JU-M-73675-AR | MJJ73675 | MJJ73675); o "Salvucci, Sabrina Alejandra c/ Sanatorio Modelo Caseros S.A. y otros s/ daños y perjuicios", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 14/02/2019.

Nos parece evidente que la obra social, igual que la empresa de medicina prepaga, presta el servicio médico a través de los profesionales de la cartilla ofrecidos a sus afiliados. La libertad de elección de estos últimos se limita a los que figuran en la cartilla[12].

Sin embargo, como expresamos, en la Provincia de Buenos Aires la doctrina de la Suprema Corte constituye un obstáculo para imponer esta postura.

Respecto de la situación del afiliado – obligatorio, recordemos que ni la ley de defensa del consumidor ni el Código Civil y Comercial exige la celebración de un contrato de consumo como requisito indispensable para la aplicación del estatuto del consumidor y que, además, el proveedor puede ser una persona de carácter público o privado. Lo que caracteriza la relación de consumo es que se trata del vínculo estructuralmente desigual entre un profesional, es decir un especialista y un profano que adquiere el bien o servicio como destinatario final.

Agregamos que este bien o servicio suele prestarse en forma masiva y masificada. No es necesario demasiado análisis para concluir en qué las características arriba reseñadas describen el vínculo entre el afiliado voluntario u obligatorio y la obra social.

Como expresáramos ut supra, aplicar el estatuto del consumidor a la relación entre afiliados y empresas de medicina prepaga y/u obras sociales, permite la actuación de la autoridad de aplicación en la materia.

[12] Si el afiliado debe elegir entre uno de los efectores de la cartilla, no hay sistema "abierto" o "cuasi abierto", como se menciona en algunos fallos, dado que debe decidirse entre aquellos que previamente fueron seleccionados por la empresa de medicina prepaga o la obra social. No interesa que la selección haya sido delegada a un tercero (vgr. un Colegio Médico). Se delega la función, no la responsabilidad. El único sistema abierto es aquel donde el afiliado tiene total libertad para elegir al prestador y la empresa de medicina prepaga o la obra social se limitan a financiar total o parcialmente los honorarios, a través de anticipos o, lo más común, de reintegros.

En tal caso, la autoridad de aplicación puede decidir disponer, a pedido de parte o de oficio, medidas preventivas como, por ejemplo, la reanudación de la cobertura suspendida[13].

IV. El CCC y la responsabilidad del Estado por mala praxis en hospitales públicos

Como sabemos, el Código Civil y Comercial (CCC) tiene en su LIBRO TERCERO, un TÍTULO V, denominado "Otras fuentes de las obligaciones", y dentro de este, el CAPÍTULO 1, titulado “Responsabilidad civil".

En el mismo, nos encontramos los siguientes artículos: *“ARTÍCULO 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título* ***no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria****.*

[13] Ley 757 C.A.B.A.: " Artículo 13.- Medidas Preventivas. En cualquier estado del procedimiento la autoridad de aplicación puede, siempre que exista peligro en la demora y verosimilitud en el derecho invocado, ordenar preventivamente: a) El cese o la abstención de la conducta que se considera violatoria de la Ley. b) Que no se innove la situación existente. c) La clausura del establecimiento, cuando exista peligro actual o inminente para la salud o seguridad de la población. d) La adopción, en general, de aquellas medidas que sean necesarias para la defensa efectiva de los derechos de los consumidores y usuarios. Contra la providencia que ordena una medida preventiva sólo procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse y fundarse por escrito, ante la autoridad de aplicación, dentro de los cinco (5) días hábiles de notificada la medida. El recurso se concederá con efecto no suspensivo, elevándose copia certificada de las actuaciones, dentro de las veinticuatro (24) horas de concedido, a la Cámara de Apelaciones de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad."

Ley 13.133, Provincia de Buenos Aires: "ARTÍCULO 71: Antes o durante la tramitación del expediente, se podrá dictar medida preventiva que ordene el cese de la conducta que se reputa violación a la Ley de Defensa del Consumidor y/o este Código y/o sus reglamentaciones. Asimismo, y con la mayor amplitud, se podrán disponer medidas técnicas, admitir pruebas y dictar medidas de no innovar o para mejor proveer. Se podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública al disponer la realización de inspecciones y pericias vinculadas con la aplicación de la ley y cuando disponga de oficio o a requerimiento de parte audiencias a las que deban concurrir los denunciantes, damnificados, presuntos infractores, testigos y perito, entre otros."

ARTÍCULO 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado ***se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda****.*

ARTÍCULO 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas ***se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda"****.*

Los artículos precedentes se adecuan al sistema de la ley 26.944, de responsabilidad civil del Estado, 26.944, publicada en el Boletín Oficial el 8 de agosto de 2014, lo cual no es ninguna sorpresa, porque la idea era que el CCC fuera sancionado primero o simultáneamente con la ley de responsabilidad civil del Estado.

La ley 26.944, en su art. 1, declara que *"Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria".*

Como primera reflexión, no es lo mismo decir que las normas de Derecho Privado no son aplicables a la responsabilidad del Estado que, como establece la ley 26.944, limitar la exclusión a las *"disposiciones del Código Civil".* Así entonces, leyes como la 24.240, de Defensa de los Consumidores, no estarían excluidas.

Pero, además, el art. 1764 CCC excluye solamente la aplicación del Capítulo I del Título V o sea, solamente el Capítulo referido a Responsabilidad Civil. A contrario sensu, las normas del resto del CCC serían aplicables a la responsabilidad del Estado (v. g. el art. 2° CCC).

Por otra parte, la ley 26.944 solo es aplicable cuando el demandado es el Estado Nacional, pues se limita a invitar *"a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos"* (conf. art. 11). Respecto de las provincias que no adhieran a ley 26.944 ni tenga una ley propia, entendemos que, por vía del art. 2 CCC, podrán resolver el tema por aplicación de "leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos".

Esto es coherente con el art. 1765 del CCC, en cuanto este dispone que *"la responsabilidad del Estado* ***se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda****".*

Además, debe tenerse presente que la ley 26.944 se ocupa de la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional, dado que establece, en el art. 10, que:

"La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria. Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador".

Como última aclaración: debe tenerse en cuenta que, a diferencia del CCC, que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, la ley 26.944 ya estaba vigente desde el año 2014.

V. El nuevo régimen de responsabilidad civil del Estado y el "principio de progresividad" establecido por tratados internacionales con jerarquía constitucional

El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra contemplado en el artículo 26.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ambos de

jerarquía constitucional, a tenor de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional.

En efecto, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que:

"Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, ***para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura,*** *contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles,* ***por vía legislativa u otros medios*** *apropiados".*

Por su parte, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece que: "*cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga,* ***para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados,*** *inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".*

De las normas internacionales antes citadas se puede colegir que, en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales existe la obligación de los Estados partes de garantizar la progresividad de los mismos de lo que se desprende, como consecuencia, *la prohibición de regresividad* de ellos.

De esta forma constituiría afectación de este principio la expedición de alguna medida legislativa tendiente a retrotraer o menoscabar un derecho ya reconocido o desmejorar una situación jurídica favorable al justiciable pues se estaría afectando derechos fundamentales.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha mencionado este principio en varias ocasiones. Por ejemplo, en el leading case *"Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688"*[14], donde se analizó la constitucionalidad de normas que establezcan límites a la responsabilidad civil.

Entendemos que, a la luz del mentado principio de progresividad, de jerarquía constitucional, *las normas nacionales y locales sobre responsabilidad estatal no pueden establecer un régimen resarcitorio más limitativo que el del Código Civil derogado*. La cuestión es *engañosamente* sencilla, porque el Código Civil derogado no era claro respecto de la responsabilidad estatal. Fue la doctrina y la jurisprudencia, en especial de la Corte Suprema de la Nación la que, interpretando al Código Civil y a la Constitución nacional, quien llegó a la conclusión de reconocer el derecho de ser indemnizado a quien sufriera un daño en su persona o sus bienes, sin importar si el autor del daño era una persona privada o pública y estableciendo un factor de atribución objetivo y directo, en el caso del Estado.

Sin embargo, téngase en cuenta que los tratados internacionales antes mencionados *no exigen que el reconocimiento de los Derechos sea exclusivamente por vía legislativa,* sino que este también puede ser *"por otros medios"* (Conf. artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *"por vía legislativa u otros medios apropiados",* y artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), *"por todos los medios apropiados*").

Por otro lado, como expresa Barrera Buteler[15], *"¿es razonable que exista diversidad de régimen jurídico entre personas que han sido víctimas*

[14] CSJN, 21/09/2004.

[15] Barrera Buteler, Guillermo E., "Reflexiones constitucionales sobre el nuevo régimen legal de responsabilidad del Estado y de los funcionarios". Exposición en el marco de la XXI Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires (6 y 7 de octubre de 2016). Ciudad de Córdoba.

de mala praxis médica, según que ésta haya ocurrido en una clínica privada (caso regido por el art. 1768 C.C.C.) o en un hospital público nacional, provincial o municipal? Parece que la respuesta negativa se impone. Al menos no consigo hallar la justificación, la adecuación y la proporcionalidad del tratamiento desigual.

Tampoco parece justificarse la desigualdad de trato en los supuestos en los que el daño ha sido consecuencia de un acto de imperio, es decir uno de los supuestos en que el Estado actúa como poder público. Si, aun obrando en ese ámbito, el Estado incurre en un acto u omisión antijurídico y con ello provoca daño, cualquier diferencia entre el derecho a ser resarcido que tiene la víctima de un particular y el que tiene la víctima de un ente estatal sería írrito al art. 16 C.N. aunque se invoque como justificación la finalidad de bien común que guía al Estado a diferencia de los particulares".

VI. El nuevo régimen de responsabilidad civil del Estado, el art. 42 de la Constitución nacional y la LDC: el Estado como "proveedor"

La redacción del art. 2° de la LDC, al considerar que las personas jurídicas de naturaleza pública pueden ser proveedores *permite sostener que el Estado (nacional, provincial o municipal), puede actuar en tal carácter.*

Ahora bien, ¿en qué casos el Estado puede ser considerado proveedor y en qué casos no?

Tomemos como ejemplo el caso *"Velazquez Nelida A. y Otro C/ Municipalidad de Salto y Otro S/ Daños y Perjuicios"*[16].

Disponible en Internet: https://www.acaderc.org.ar/2017/10/23/reflexiones-constitucionales-sobre-el-nuevo-regimen-legal-de-responsabilidad-del-estado-y-de-los-funcionarios/ . Consultado: 02/12/22.

[16]Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes, Sala I, 04/12/13. Fuente: www.scba.gov.ar

Ahí, el Tribunal revocó una sentencia que había condenado a la Municipalidad de Salto a resarcir los daños sufridos por un menor, como consecuencia de la mordedura de "palometas", ocurrida en el balneario municipal. El hecho ocurrió en enero de 2004. El Tribunal consideró que se trataba de un caso fortuito, pues "ningún hecho semejante había ocurrido en los más de sesenta años transcurridos desde la apertura del balneario y tampoco había tenido lugar en los balnearios de los partidos vecinos integrantes de la cuenca del río Salto".

Lo que nos interesa, a los efectos de este tema es que, a mayor abundamiento, el Tribunal consideró inaplicable la LDC, por entender que el Municipio no podía ser calificado como proveedor, pues, en palabras del vocal preopinante, Dr. Ibarlucía, *"en el caso, el servicio prestado por la Municipalidad de Salto no puede considerarse comprendido en el art. 2 de la ley 24.240. Es decir no se trata de alguna de las actividades mencionadas por esta norma prestada de manera profesional. La LDC está concebida en relación a las actividades comerciales desarrolladas por entes públicos o privados, pero no cuando se trata de los servicios esenciales que los órganos estatales brindan, como los de recreación y esparcimiento (no es otra cosa un balneario municipal)"* (la negrita es nuestra).

Dicho de otra manera, cuando el Estado brinda servicios esenciales no es proveedor. Solo sería proveedor en el caso de que brinde servicios "no esenciales".

Es una postura bastante clásica, emparentada con el concepto de que la LDC se aplica solo a las "actividades comerciales".

Y no es un concepto disparatado o carente de fundamento normativo, porque se apoya en la interpretación estricta del art. 2º de la LDC. El problema estriba, por un lado, en diferenciar actividades comerciales de "no comerciales" y por el otro, "servicios esenciales y no esenciales". Por ejemplo, en este caso, el preopinante expresa que "*La LDC está concebida*

en relación a las actividades comerciales desarrolladas por entes públicos o privados, pero ***no cuando se trata de los servicios esenciales que los órganos estatales brindan, como los de recreación y esparcimiento*** *(no es otra cosa un balneario municipal)".*

Nos preguntamos: ¿por qué brindar recreación o esparcimiento es un ***servicio esencial***? ¿Hace a la "esencia" de la función estatal brindar recreación o esparcimiento? Entonces, si el Estado explota teatros o cines o estadios de futbol, u organiza una carrera de Fórmula 1, brindando con ello "recreación o esparcimiento", ¿tampoco se le aplicaría la LDC?

Comparémoslo con otro fallo, "***R. A. V. ESTADO NACIONAL - FUERZA AÉREA ARGENTINA***"[17].

Ahí el servicio prestado es, valga la redundancia, la prestación de servicios médicos, un servicio mucho más "esencial" que el de esparcimiento. Sin embargo, se aplicó la Ley de Defensa del Consumidor. En esta sentencia, la vocal preopinante, Dra. Medina, expresó:

"No se suele asociar la responsabilidad de las clínicas y de los establecimientos hospitalarios a ley de defensa del consumidor, por dos razones fundamentales, ***la primera es que la ley excluye de los sujetos comprendidos a los profesionales liberales*** *y la segunda es que resulta más frecuente asociar la defensa del consumidor con la venta de productos que* ***con la falla de los servicios.***

Tengo para mí que ***la ley 24240 es de aplicación a los servicios médicos porque ésta establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional aun ocasionalmente produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios****.*

[17] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 3, 21/12/10.

El Hospital Aeronáutico Central es una persona jurídica de servicio público ***proveedora del servicio de salud,*** *motivo por el cual se encuentran comprendidos en la ley 24240 que,* ***si bien excluye de su ámbito de aplicación a los profesionales liberales, no excluye a la empresa de medicina*** *(conf. Lorenzetti Ricardo, A "La Empresa Médica" pág. 356, Farina Juan, "Defensa del Consumidor y del Usuario", pág. 83, Ed. Astrea 1995).*

Parafraseando a Lorenzetti considero que ***los servicios regulados en los códigos civiles del siglo XIX eran los que prestaban los artesanos, y eran cada uno distinto del otro, dependiendo enteramente de las condiciones personales del "hacedor". Con esos caracteres, el servicio es intangible y no mensurable.***

Los servicios actuales, ***prestados a gran escala, son sometidos a estándares objetivos que lo independizan de su autor. Los procedimientos de actuación, las técnicas, y los métodos, se repiten de modo tal que permiten incluso su patentabilidad y su comercialización, pudiendo ser medidos, apreciados, determinados.***

El servicio actual responde entonces a condiciones normales susceptibles de estandarización. Por esta razón, la ley 24240 ***dispone que los servicios deben ser prestados de modo tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios*** *(art. 5)"* (la negrita es nuestra).

Esta diversidad de argumentos y de fundamentos muestra la dificultad que presenta la cuestión. La aplicación de la LDC a casos contra el Estado, por considerarlo proveedor, habilitaría el ejercicio de acciones colectivas (art. 54), el beneficio de gratuidad, (art. 53), el régimen de responsabilidad previsto en el art. 40, y la posibilidad de un proceso más breve (art. 53), entre otros temas.

En cambio, dado que el art. 1 de la ley 26.944 prescribe que *"La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios",* es dudosa la aplicabilidad de los daños punitivos previstos en el art. 52 bis de la LDC, salvo un planteo de inconstitucionalidad del citado artículo.

VII. Dos concepciones de la relación de consumo

En buena parte, estas discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales se deben a dos concepciones distintas acerca de la expresión "relación de consumo":

Una, que podemos denominar ***"restringida",*** entiende a la relación de consumo, como una relación masificada de carácter comercial (o de "mercado", en una de sus acepciones)

la otra, que llamaremos ***"amplia",*** ve a la relación de consumo como aquella caracterizada por un desequilibrio (cognoscitivo, económico y/o volitivo) estructural, desequilibrio que puede encontrarse en las relaciones de mercado y en las que no pertenecen a aquel.

El siguiente caso, referido al derecho a la educación, muestra claramente esta discrepancia:

Con fecha 21 de septiembre de 2017, en ***autos "CODEC c/ UNLP s/LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR"***, el titular del juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata, N° 2, entendió que "*la aplicación de los principios generales de los derechos del consumidor* ***se extienden, por vía del art. 42 C.N., más allá de las relaciones de índole comercial****, y abarca incluso aquellos supuestos, como el presente, en los que se trata de proteger los intereses económicos de la parte más débil de una relación jurídica en la provisión de un servicio."* (la negrita es nuestra)

En cambio, en la apelación, el 14 de junio de 2018, la Cámara Federal de La Plata, Sala II, consideró que *"...se desprende que la educación pública superior no se encuentra comprendida entre los bienes o servicios a los que se refieren la Ley de Defensa del Consumidor y el artículo 42 de la Constitución Nacional.*

En ese sentido, sea que se lo califique como bien público social, derecho social o servicio, no constituye uno de aquéllos susceptibles de ser sometido a la comercialización prevista por las reglas del mercado; ello sin perjuicio de que por la carrera de posgrado se perciba un arancel, en virtud de que las universidades públicas no cuentan con el financiamiento íntegro del tesoro nacional. La educación, como se dijo, es una política de Estado, destinada -entre otros fines- a reafirmar la soberanía e identidad nacional, de ahí el control y orientación que recibe por parte del gobierno y, en particular, en lo que hace a la educación superior, de las universidades nacionales." (la negrita es nuestra)

Como expresa el Dr. Dante Rusconi[18], *"el modelo de protección de las y los consumidores y usuarios que identifica sus vulnerabilidades únicamente en los vínculos del mercado, a esta altura y teniendo en cuenta la evolución de la disciplina y la complejidad de las relaciones de consumo, se muestra claramente insuficiente, anacrónica y funcional a los poderosos."*

Si bien participamos de la concepción amplia, que busca proteger al consumidor "dentro" y "fuera" del mercado, lo cierto es que estos debates doctrinales y jurisprudenciales, por interesantes que sean, conspiran contra la eficacia y seguridad jurídica.

VIII. Conclusiones

[18] Rusconi, Dante, "El debate pendiente: la emancipación del Derecho del Consumidor", en https://camoron.org.ar/nuevas-normas/doctrina-cam/el-debate-pendiente-la-emancipacion-del-derecho-del-consumidor/. Consultado: 27/09/23.

1) En el bloque constitucional / convencional argentino y sus normas inferiores, aparecen consagrados numerosos derechos relacionados con la salud de los habitantes de nuestro país, lo que induce a pensar que el derecho humano a la salud se encuentra debidamente resguardado.

2) La condición de derecho humano a la salud implica que el mismo sea independiente del patrimonio de la persona titular de dicho derecho y, correlativamente, que dicha persona disponga de los bienes necesarios para ejercer ese derecho, sin que tenga relevancia si el propietario de esos bienes es la persona en cuestión o un tercero (por ejemplo, el Estado).

3) En un plano puramente conceptual o teórico, podríamos sostener que el usuario de servicios de salud es una especie dentro del género usuario o consumidor hipervulnerable. Sin embargo, en la normativa argentina se encuentran exclusiones originadas por la legislación (caso de los servicios prestados por profesionales liberales universitarios) y por la interpretación doctrinaria y jurisprudencial (caso de las obras sociales y del Estado), todo lo cual conspira con la eficacia y seguridad jurídica.

4) El plexo normativo argentino, abundante en normas constitucionales / convencionales que consagran múltiples principios relativos al derecho a la salud, no resulta eficaz a la hora de lograr la igualdad de ejercicio de ese derecho, al no eliminar las situaciones de vulnerabilidad que generan los desequilibrios estructurales existentes en nuestra sociedad.

5) Las discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales en temas tales como el concepto de relación de consumo conspiran contra la eficacia y seguridad jurídica.

6) En definitiva*, la actual igualdad jurídica de los desiguales de hecho* es una ficción que solo favorece al poderoso. El desafío es encontrar los

mecanismos eficaces de *desigualdad jurídica* que permitan remover los variados obstáculos que impiden alcanzar *la igualdad de hecho.*

Interpretaciones de las normas jurídicas penales en el derecho brasileño

Antonio Belarmino Junior[1]

Luis Eduardo Belarmino[2]

La interpretación de la norma se deriva principalmente de una comprensión mental de quién la produce, a la vista, que se adaptará a la convivencia en la sociedad después de la implementación de los juristas, precisamente porque son ellos quienes aplicarán las leyes para determinar tal acto con el fin de establecer una verdad real.

Lindb (Ley de Introducción al Derecho Brasileño) determinó de inmediato que "*en la aplicación de la ley, el juez cumplirá con los fines sociales a los que se dirige y los requisitos del bien común*". De esta manera, tendrá que castigar a los malhechores que tienden a tener armonía en la sociedad.

Es decir, esta norma se crea con el fin de combatir objetivamente los problemas impuestos en la sociedad, siendo claros, justos y amplios. Dicho

[1] Antonio Belarmino Junior, Abogado, Master en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Sevilla – España, Posgrado en Ciencias Criminales por la FDRP/USP, Presidente de ABRACRIM – SP (Asociación Brasileña de Abogados Penalistas del Estado de São Paulo), profesor de derecho penal en las Facultades FGP, ESD e IEJUR, autor y ponente.

[2] Luis Eduardo Belarmino, Estudiante de Derecho en la ITE.

esto, debe ser un medio de amplitud para que puedan debatir sobre otros puntos abordados en ella, por ejemplo, la ley sobre narcotráfico, está debidamente restringida cuando se trata de los dieciocho verbos que aparecen en ellos y su naturaleza espantosa, pero actualmente se discute en decisiones de tribunales de justicia sobre su atrocidad. También hay debates sobre la cantidad que se puede considerar trata o uso personal, estos temas se inclinan después de incidentes procesales.

Tan controvertida como es, la norma penal pretende ser interpretada de una manera que pueda aplicarse de la manera más correcta, con la ley como única fuente formal de incriminación.

Para abarcar este aspecto, el Código de Procedimiento Penal trajo la posibilidad de extensión, aplicación interpretativa y analógica a los casos en que no hay una decisión definitiva.

A su vez, Capez [3](2020 p.121) enseña que "existe la misma razón, se aplica el mismo derecho".

Posiblemente se trate de su naturaleza jurídica, ya que distorsiona un entendimiento para resolver el conflicto, por lo que hay una autointegración del Derecho, que por ahora no es una fuente mediadora del derecho.

Sin embargo, el derecho procesal penal también se rige por los principios jurídicos que se establecen después de los estudios sobre las

[3] CAPEZ, Fernando. Curso de derecho penal, volumen 1, parte general: 24ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020 - versión digital.

normas y la legislación para que los jueces puedan distinguir cada uno y aplicarlos mientras tanto.

Además, no habrá jerarquía entre las normas y los principios, resulta que cada uno tendrá su valor y debe seguirse, si hay incumplimiento de alguno, se cometerá un acto ilícito que deberá ser sancionado según lo regulado por la legislación.

En este debate, Luiz Flávio Gomes[4] (2005 s.p.) añade que el "direito se expresa a través de normas. Las normas se expresan mediante reglas o principios. Las normas regulan una situación particular; cuando se produce esta situación, la norma tiene incidencia; cuando no ocurre, no tiene incidencia. Porque las reglas valen la lógica de todo o nada (Dwokin). Cuando dos reglas chocan, se habla de "conflicto", solo se aplicará una, porque una elimina la aplicación de la otra. El conflicto entre normas debe resolverse por los medios clásicos de interpretación: la ley especial deroga la ley general, la ley posterior elimina la ley anterior, etc. Los principios son las directrices generales de un sistema jurídico, o parte de él. Su aspecto de incidencia es mucho más amplio que el de las normas. Entre ellos puede haber "colisión", no conflicto. Cuando chocan, no se excluyen. Como "la optimización amerita" que (Alexy), siempre puede tener una incidencia en casos concretos, a veces concomitantemente dos o más de ellos".

[4] Disponible en: https://jus.com.br/artigos/7527/normas-regras-e-principios. Acceso: 18 de junio de 2022

¿Existen normas vinculantes previas? Sí, estas son reglas basadas en la interpretación de la Corte Suprema. La interpretación elegida por el Tribunal Supremo se convierte en una norma del caso que el juez no puede dejar de seguir. Las quejas pueden presentarse ante la Corte Suprema si no se observan precedentes vinculantes.

Para concluir este estudio centrado, debe decirse que, sin embargo, cualquier explicación que se ocupe de la distinción completa entre principios y reglas es inaceptable, ya que no es razonable que un sistema sobreviva solo en ellos.

.

La justicia constitucional frente a la interdisciplinariedad del derecho tributario y el derecho penal económico frente a los derechos sociales

Patricia A. Cozzo Villafañe[1]

Introducción

A partir de este nuevo siglo en nuestro país existieron grandes cambios. Esto se debe a que en el año 1994 se realizó una reforma constitucional que incorporó a la Carta Magna exactamente al artículo 75 inciso 22 diversos Pactos y Tratados Internacionales. Esto introdujo grandes cambios en materia de Derechos Humanos en los últimos años, el derecho en nuestro país ha atravesado una verdadera revolución. Esto fue un verdadero nuevo paradigma que transformó hasta el lenguaje en el derecho. Además, se incorporaron nuevas formas de interpretación de las normas jurídicas La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dio lugar a un nuevo paradigma a partir del cual el lenguaje del derecho se ha transformado. En esta década se amplió el parámetro de regularidad

[1] Patricia Cozzo Villafañe. Abogada. Especialista en Tributación Local por la Universidad de Tres de Febrero. Posgrado en Tributación Sub-nacional por la Universidad de Tres de febrero. Diplomada en Gestión de Políticas Públicas. Posgrado en Discapacidad Universidad de Buenos Aires. Abogada litigante en materia penal. Docente Ley Micaela IPAP y en la Universidad de Manizales de Colombia. Doctoranda en Ciencias Jurídicas con tesis en Derecho Penal Tributario y Económico. Funcionaria de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA). Conferencista. Autora de artículos de la especialidad y autora de libros y tratados Colectivos

constitucional, se consignaron herramientas interpretativas novedosas, se estableció la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y recientemente se afirmó la obligación de las y los jueces federales que son quienes tratan asuntos constitucionales de realizar un control oficioso de convencionalidad de todas las normas sujetas a su conocimiento, entre muchos otros desarrollos.

Pero pese a todas estas modificaciones el modelo de formación y capacitación del personal que deberá impartir justicia y los materiales que se utilizan como apoyo se mantuvieron sin cambio alguno. Esto hace que muchas veces no se llegue en los conflictos que llegan a su conocimiento brindar la solución que la sociedad espera y tampoco los justiciables. Esto hace que nos encontremos frente a la necesidad de encontrar un nuevo perfil de personas juzgadoras que se encuentren formadas de acuerdo al nuevo paradigma que requiere esta tarea en los tiempos actuales.

Si partimos de la base que la Constitución impone a todas las autoridades la obligación de proteger los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, entonces, es momento de abandonar la antigua idea que concibe a los derechos sociales como un catálogo de promesas y buenos deseos, y asumirlos cabalmente como normas jurídicas con plena exigibilidad. [2]

Esto significa entender que los derechos fundamentales obligan a los tribunales a hacer efectivo, progresivamente, el programa social de nuestra Constitución. Así, es tarea de las personas juzgadoras asumir un proyecto de interpretación constitucional que priorice el espíritu de la ley y que sea un

[2] Elster, Jon y Slagstrad, Rune (comps.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

proyecto transformador que promueva el cambio social y permita obtener resultados tangibles en la vida de las personas. No se trata de diseñar políticas públicas en las sentencias sino de darle contenido y alcance a los derechos sociales que reconoce la Constitución. En ese sentido, tampoco basta la implementación de políticas desde el Ejecutivo para abatir la desigualdad y la pobreza, sino que es crucial un papel activo de todos los jueces y juezas en la interpretación y construcción progresiva del contenido de estos derechos.

Marco histórico

A fines del siglo XIX existió un movimiento reaccionario contra constitucionalismo liberal por medio del socialismo utópico. En la República Argentina tuvimos grupos de migrantes ligados al anarquismo.

Por otro lado, la sociedad en su conjunto comenzó a tomar conciencia de sus derechos y a reclamar elecciones de candidatos políticos libres a través de reclamos como la Revolución del Parque, movimientos de mujeres feministas, de trabajadores ya que comenzaron a surgir los primeros movimientos obreros. [3]

En ese escenario y luego de finalizada la segunda guerra mundial pasamos de un constitucionalismo liberal a un constitucionalismo social incorporando derechos dentro de los textos constitucionales.

En este orden de idea hoy nos encontramos frente a derechos de cuarta generación que fueran incorporadas en las últimas reformas

[3] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

constitucionales, como puede ser por ejemplo el derecho al acceso al agua, a vivir en un ambiente sano y saludable y otros derechos.[4]

Se puede afirmar que muchos de estos colectivos que reclamaban los derechos que surgen de este nuevo constitucionalismo que incorpora derechos sociales son quienes han tenido la posibilidad de organizarse para hacerlo. Y con respecto a estos llamados derechos de cuarta generación muchos de ellos han sido privatizados y por ese motivo el reclamo de los mismos genera una gran tensión de carácter social.

Como por ejemplo el acceso a la una vivienda decente que es un problema mundial, pero por otro lado ha habido una gran concentración de la riqueza en pocas manos.

Frente a este escenario se produce un corrimiento hacia la derecha de personas que ponen en crisis algunos derechos que parecían adquiridos que proceden del constitucionalismo liberal.

En este orden de ideas debemos afirmar que existe diferentes sistemas de justicia el que prima en los países latinos que se basan en Códigos escritos del tiempo de Napoleón y el que procede de Reino Unido, Estados Unidos y Canadá que carece de normas escritas y se basan en precedentes judiciales fundados en las costumbres.

Este nuevo constitucionalismo pone en crisis también antiguas fuentes de derecho, ya que la costumbre es cuestionada toda vez que si nos fundamos en ella para resolver los casos podemos reproducir a lo largo del

[4] Jackman, Martha, "Constitutional Rhetoric and Social Justice: Reflections on the Justiciability Debate", en Bakan, Joel y Schneiderman, David (eds.). *Social justice and the Constitution: Perspectives on a Social Union for Canada,* University of Toronto Press, Toronto, 1992.

tiempo las desigualdades e inequidades que se llevaron adelante a lo largo de los tiempos.[5]

Es entonces cuando surgen algunos interrogantes con respecto a la forma de interpretación de las normas jurídicas o las leyes por parte de los tribunales constitucionales.

Ahora al referirnos a esta cuestión debo dejar sentado que la Republica Argentina tiene un sistema de control de Constitucionalidad difuso, ya que cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una norma. Por otro lado existen estados donde el control de constitucionalidad es concentrado.

Problemas de seguridad jurídica y la interdisciplinariedad del derecho tributario y lo económico

Hoy día la llamada presunción de legalidad que ha dado cobertura a las actuación y omisiones del Estado social tradicional, que adquiere una nueva dimensión frente al *deber estatal de información*, es decir, el deber de publicidad y justificación de todos los actos y omisiones de los que dependa el disfrute efectivo de un derecho garantizado en el texto constitucional.

En lo que respecta a los derechos sociales, ese *deber de publicidad* se traduce en la obligación de informar qué medidas, y con qué alcance, se están adoptando para garantizar el cumplimiento de las obligaciones antes mencionadas, incluida la utilización del *máximo de los recursos*, humanos, tecnológicos, informativos, naturales y financiero, disponibles para el cumplimiento de los derechos sociales.

[5]González, Jorge Iván,"Incompatibilidades entre el modelo económico liberal y el Estado social de derecho", en VV.AA. *Construyendo democracia. El papel de la Corte Constitucional en la consolidación del Estado democrático*, Viva la Ciudadanía, Bogotá, 1999.

En un esquema institucional interesado en la recuperación del principio de transparencia en el manejo de los recursos públicos, esta obligación ocupa un papel fundamental. Por un lado, constituye una garantía de certeza y seguridad jurídica, en tanto permite a los destinatarios de los derechos poder ejercer el control en el marco de las llamadas buenas prácticas, ya sea por medio del derecho del consumidor o compliance corporativo.

Esto sucede ya que existe quienes pretenden la flexibilización del principio de legalidad, lo cual nos colocaría frente a situaciones donde podría encontrarse en peligro la seguridad jurídica. [6]

Esto suele suceder en materia tributaria, toda vez que la misma es una gran Ley Penal en Blanco que son normas que se refieren a otras normas y al haber sido redactadas de esta manera existe muchas interpretaciones variadas de la misma al punto tal que se puede afirmar que la misma dio lugar a una jurisprudencia totalmente sesgada y sinuosa de modo tal que nos conduce hacia un camino de tanta incertidumbre.

Esto es así ya que habría grandes discusiones doctrinarias frente a quienes se dedican a esta rama del derecho ya que habría soluciones de diferente tipo frente a casos análogos.

En los últimos tiempos hay muy importantes propuestas ya que se busca acercar el derecho a la economía, han enfatizado el enorme impacto que tienen los arreglos institucionales como presupuestos de funcionamiento de los mercados, que es una forma de reconocer, desde el campo económico, la importancia del derecho y de las instituciones en los procesos económicos.

[6] Hierro, Liborio, "La pobreza como injusticia (Dworkin vs. Calabresi)", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1994.

Por otro lado, la llamada escuela del "análisis económico del derecho", también conocida como de "derecho y economía", liderada por las obras de autores como Posner y Calabresi, incorporaron una parte de los instrumentos analíticos de la economía, en especial de la microeconomía, como criterio para evaluar las reformas legislativas y las decisiones judiciales, que es una forma de reconocer, desde el derecho, la pertinencia de la lógica económica en el análisis normativo.

Sin importar cuál sea la opinión sustentada sobre la riqueza de esas escuelas, es indudable que ellas son muy importantes significativas en la medida en que intentan establecer puentes entre los análisis económicos y las discusiones jurídicas. Y esa perspectiva puede orientarnos sobre la manera como deberíamos enfocar el debate que ha suscitado la jurisprudencia económica de la Corte Constitucional, por llamar de alguna manera las decisiones de ese tribunal que han afectado la política económica del estado. Esta controversia puede ser la oportunidad para un diálogo enriquecedor entre las perspectivas de economistas y juristas sobre el papel que debe jugar tanto el derecho en general, como la justicia constitucional en particular, en la definición y ejecución de la política económica en una democracia. Pero lo cierto es que, hasta ahora, la polémica ha tendido a acentuar la separación entre los análisis económicos y los estudios jurídicos, no sólo por las innecesarias diatribas que economistas y juristas han intercambiado sino, además, porque incluso los estudios más serios no han logrado romper las perspectivas unilaterales.[7]

[7] Jackman, Martha, "Constitutional Rhetoric and Social Justice: Reflections on the Justiciability Debate", en Bakan, Joel y Schneiderman, David (eds.). *Social justice and the Constitution: Perspectives on a Social Union for Canada,* University of Toronto Press, Toronto, 1992.

En este contexto, se pretende abandonar las posturas puramente defensivas, existentes entre, de economistas y abogados, con el objeto de lograr un acercamiento constructivo desde ambas disciplinas. No se trata de eludir el debate, que debe ser acalorado como lo son las diferencias doctrinarias dentro de la academia, tampoco de ocultar las diferencias que pueden existir dentro de las mismas disciplinas, pues en ocasiones puede haber mayores controversias entre los abogados o los economistas sobre el papel jugado por la Corte Constitucional. Pero creo que conviene abandonar las defensas, con el objeto de favorecer una discusión interdisciplinaria sobre el papel de la justicia constitucional en el diseño y ejecución de la política económica en una democracia.

Para adelantar esa discusión, conviene comenzar por distinguir las diversas facetas del problema, ya que la polémica sobre la jurisprudencia económica de la Corte plantea cuatro interrogantes, que se encuentran interrelacionadas pero que son diversas. En primer término, un problema de fundamentación: ¿es posible y legítimo que exista un control constitucional de la economía? Y en el caso que nos pronunciemos por la afirmativa, existe un problema hermenéutico: ¿es necesaria alguna forma especial de interpretar y aplicar la Constitución en materia económica o son válidas las herramientas argumentativas ordinarias? Y finalmente, uno empírico, referido al trabajo de la Corte: ¿qué tan acertadas o equivocadas han sido sus decisiones?

Todos estos distintos problemas son interesantes e importantes, pero el debate sobre la fundamentación tiene una prioridad lógica y metodológica, pues si concluimos que no es legítimo que la justicia constitucional intervenga en la economía, la otra pregunta carece de relevancia. Por eso el

tema a debatir se halla centrado es si es legítimo y conveniente que exista un control judicial de constitucionalidad de los procesos económicos.[8]

Existen quienes se muestran en contra de la intervención de la justicia en los procesos económicos. La primera crítica se funda en la falta de idoneidad de los jueces constitucionales desde el punto de vista técnico considerando que su intervención ocasiona a producción de malas políticas desde el punto de vista económico ya que los jueces no son expertos en estas cuestiones. Esto hace que ellos no tomen en cuenta las restricciones presupuestarias. Esto se debe a que ellos no se dedican a la tarea de recaudar tributos y obtener los recursos presupuestarios necesarios para financiar las políticas públicas de tipo social. Los jueces a través de sus resoluciones pueden caer en el llamado "populismo judicial" y dictar sentencias a través de las cuales se pretende realizar los derechos sociales que significan grandes gastos para países en vías de desarrollo con recursos limitados. Debido a esa limitación en lo que hace a los recursos es casi imposible poder financiar esos derechos sociales, toda vez que al ser países subdesarrollados existe una demanda mayor de justicia en los estrados

Por otro lado, son las democracias a través de sus legislaturas quienes deben decidir el modelo económico y la orientación del gasto público, ya que fueron electos para tomar esas resoluciones y no el poder judicial que al decidir acerca de la economía estaría invadiendo las facultades de otro poder del estado, ya que los jueces no son elegidos por los habitantes del país. [9]

[8] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid,1995.

[9] Holmes, Stephen, "Precommitment and the paradox of democracy", en Elster, Jon y Slagstrad, Rune (comps), *Constitutionalism and Democracy,* Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

El juez constitucional al intervenir en determinadas decisiones económicas implica un nuevo modelo de hacer justicia, ya que ciertas estrategias económicas solo pueden hacerse desde la política

Estaría señalando que algunas estrategias económicas no caben dentro del ordenamiento jurídico o, a veces, que sólo una determinada política es posible. Lo anterior tiene dos efectos negativos: por un lado, introduce una excesiva rigidez en el manejo económico, porque para modificar una estrategia económica podría ser necesaria una muy dispendiosa reforma constitucional para lo cual debe realizar la legislatura esta labor a la que debe adicionarse el reunir los consensos políticos; y, de otro lado, la exclusión por el juez constitucional de ciertas opciones económicas, [10]que pueden ser apoyadas por grupos importantes de la población, implica que esos sectores sociales pueden a su vez sentirse excluidos de la constitución que es la máxima ley que brinda sostén a las democracias, entonces y como consecuencia de esto pierde entonces apoyo y legitimidad social. Por lo tanto, la constitución dejaría de ser un marco pluralista, en donde caben la mayor parte de opciones y modos de vida de los ciudadanos, para convertirse en la expresión de ciertas doctrinas económicas y determinados modelos de desarrollo: aquéllos que son más apreciados por los magistrados.

Existen críticas que encuentran su fundamento en consideraciones de seguridad jurídica, y argumenta que la intervención de los jueces constitucionales en esta esfera pone en peligro la certeza de los contratos y de las regulaciones debido a que, en cualquier momento, una ley podría ser anulada por razones de constitucionalidad, muchas veces con efectos

[10] González, Jorge Iván,"Incompatibilidades entre el modelo económico liberal y el Estado social de derecho", en VV.AA. *Construyendo democracia. El papel de la Corte Constitucional en la consolidación del Estado democrático*, Viva la Ciudadanía, Bogotá, 1999.

retroactivos. Esta inseguridad jurídica tendría graves efectos sobre el desarrollo, pues aumentaría considerablemente los costos de transacción y desestimularía la inversión, ya que los agentes económicos no lograrían conocer con exactitud cuáles son las reglas jurídicas aplicables. En Argentina existió el fallo Vidal donde se aplicó la ley 27430 y con consecuencia de ella se dejó de aplicar la Ley Penal más benigna, vulnerando el principio de legalidad.[11]

Las injerencias judiciales en la economía afectan en forma negativa al sistema político y también sobre la propia administración de justicia. A la luz de estas objeciones, se puede inferir que la intromisión de los tribunales en las políticas económicas erosiona la participación democrática, puesto que los ciudadanos reemplazan la lucha electoral y la movilización política por la interposición de acciones judiciales. O sea que se puede afirmar que existiría una judicialización de la política o la politización de la justicia lo que es peor aún, ya que los tribunales y procesos se convierten en escenarios e instrumentos de estrategias de los actores políticos, lo cual afecta la independencia judicial y desestabiliza en forma profunda el papel del sistema judicial como garante de los derechos de las personas y de las reglas del juego democrático. Se puede afirmar que muchas veces los Tribunales Constitucionales han tenido intervenciones que no fueron democráticas ya que fueron un obstáculo para impedir que sucedan algunos cambios económicos que eran apoyados por los ciudadanos y por los órganos de elección popular como la legislatura. Por ejemplo, tenemos experiencia histórica en este sentido como por ejemplo la Corte Suprema de los Estados Unidos donde en los periodos que van desde 1905 y hasta 1937 se anularon

[11] Barber, Benjamin, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, University of California Press, Berkeley, 1990.

fallos que establecían salarios mínimos con la excusa que lesionaban la libertad de contratación a la política de New Deal de Franklin Roosevelt. Ese fallo fue Lachner vs. New York donde la corte anuló un fallo que limitaba la jornada laboral a 10 horas donde se dio preminencia al liberalismo económico por encima de los fallos del estado social que eran apoyados por la mayoría. En esos tiempos también existían fallos que defendían la segregación racial del Sur de los Estados Unidos estando en contra de la igualdad

Motivos que justifican el control constitucional de las normas jurídicas

Existen justificaciones acerca del control constitucional, que fueron formuladas desde los orígenes partiendo de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Marbury vs. Madison* de 1803, y que fueron retomadas posteriormente por otros autores como Hans Kelsen y su pirámide. Primero, estos textos argumentan que, si la constitución es una norma suprema o una ley fundamental, entonces alguien debe garantizar que las normas de inferior jerarquía no la desconozcan; y ese papel sólo lo pueden realizar los jueces o un tribunal constitucional, y no el legislador ni el jefe de Estado, por cuanto la constitución busca precisamente limitar a los órganos políticos.[12]

La constitución como ley suprema es considerada necesaria para asegurar un gobierno limitado y no arbitrario, pues si la constitución no existiera o no fuera una norma suprema, el parlamento podría hacer lo que quisiera, lo cual pone en riesgo los derechos de las personas.

Además, la constitución contiene los mandatos del pueblo soberano, mientras que los legisladores son simplemente sus representantes. Por ende, el tribunal constitucional, al anular una ley, no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores. Por el contrario, esa

[12] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior encarnada en la constitución, la cual prima sobre los deseos de las distintas mayorías que pueda haber en las legislaturas. Las leyes pueden ser anuladas en el Tribunal Constitucional por eso Genaro Carrio con su doctrina realista afirmaba que los jueces creaban derecho a través de la interpretación de las normas jurídicas. También pueden declarar inconstitucional una norma, pero ello no implica que el poder judicial se encuentre por encima del Poder Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por las primeras".[13]

Estas justificaciones tienen elementos válidos y sustanciales, que permiten que aún sigan siendo importantes. Por ejemplo, es indudable que si asumimos que la Constitución es una norma de superior jerarquía que vincula al legislador, es necesario concluir que debe haber un control constitucional ejercido por un órgano judicial. Kelsen, sólo la existencia de un tribunal constitucional con esas características asegura la vinculación del legislador a la constitución porque, como dice el jurista vienés, "no es, pues, con el propio parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución";[14] por lo cual hay que concluir que "una constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico".[15]

[13] Cappelletti, Mauro, "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", en VV.AA. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

[14] Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

Conclusiones

En este esbozo busque de demostrar que los derechos sociales son derechos de las personas a la luz de la Constitución y que la realización de los derechos fundamentales es necesaria y esencial para la continuidad e imparcialidad y fortalecimiento de las democracias por eso se debe admitir algún control acerca de las decisiones económicas. Que exista el control constitucional sobre las decisiones económicas es necesaria en países donde existen grandes desigualdades y n alto nivel de pobreza. Además, se hace necesario que los jueces puedan intervenir para de esta manera garantizar la protección de los grupos vulnerables.

Sin embargo, el artículo también ha mostrado la complejidad conceptual de los derechos sociales y las dificultades objetivas que existen para protegerlos judicialmente de manera adecuada toda vez que muchos bienes han sido privatizados.

El constitucionalismo social y la protección judicial de los derechos sociales son más necesarios que en los países desarrollados, pero tienen menores condiciones de posibilidad, debido a las restricciones presupuestarias que existen para poder hacerlos realidad.

Esto coloca a los jueces constitucionales de estas latitudes frente a retos hermenéuticos formidables, y grandes encrucijadas porque deben ser capaces de defender la fuerza normativa de los derechos sociales, en contextos fácticos que hacen muy problemática la aplicación judicial de estos derechos.

Pero no sólo el amparo judicial de los derechos sociales es difícil, sino que además tiene limitaciones e incluso puede afectar el dinamismo y la creatividad de los movimientos sociales. Por tal razón, considero que la justicia constitucional puede llegar a ser importante para el progreso

democrático, siempre y cuando se la entienda como un componente de luchas sociales más amplias. La realización de las promesas sociales de muchas constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces constitucionales.

Bibliografía

Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Cappelletti, Mauro, "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", en VV.AA. Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Elster, Jon y Slagstrad, Rune (comps.), Constitutionalism and Democracy, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995.

García de Enterría, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

Gargarella, Roberto, La justicia frente al gobierno, Ariel, Barcelona, 1996.

González, Jorge Iván,"Incompatibilidades entre el modelo económico liberal y el Estado social de derecho", en VV.AA. Construyendo democracia. El papel de la Corte Constitucional en la consolidación del Estado democrático, Viva la Ciudadanía, Bogotá, 1999.

Hierro, Liborio, "La pobreza como injusticia (Dworkin vs. Calabresi)", Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, 1994.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes, Norton, Nueva York, 1999.

Jackman, Martha, “Constitutional Rhetoric and Social Justice: Reflections on the Justiciability Debate”, en Bakan, Joel y Schneiderman, David (eds.). Social justice and the Constitution: Perspectives on a Social Union for Canada, University of Toronto Press, Toronto, 1992.

Claudio Martyniuk. Soy de este mismo lugar.

Presentación de Solipsismo. Memoria, soledad y melancolía.

Osvaldo Nan[1]

Como el mismo Claudio Martyniuk lo afirma: *"…El alcance de la idea de testimonio, archivo, monumento, y todos los cruces que estos conceptos tienen desde la idea de archivo, a partir de una configuración, a la vez técnica y política y jurídica. El ejercicio de un poder sobre el documento, sobre su posesión, su retención o su interpretación (pienso en los museos tradicionales…la idea de: a quién compete en última instancia la autoridad sobre la institución del archivo? ¿Cómo responder de las relaciones entre el memorándum, el indicio, la prueba y el testimonio…?"*[2]

En cada testimonio los actores se enfrentan con la opacidad de lo empírico, pero además con el anhelo y la pretensión de justicia. Ya sea en prosa o en poesía, el ensayo de una filosofía del testimonio, acompaña el testimoniar como búsqueda experimental y aventura reparadora, observa y critica la desatención que en la indiferencia abandona a las víctimas, ya que poesía y testimonio ponen (y deben exponer y mantener, conforme esta imbricación de estética, epistemología y ética) en cuestionamiento al lenguaje.

La conexión entre poesía y filosofía es algo que viene desde la antigüedad, a pesar de que el racionalismo ha intentado obturarla, sin

1 Abogado; director Adjunto del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM, ex Docente del Dpto. de Filosofía de la Facultad de Derecho UBA; ex Docente de la Escuela de Gobierno dependiente del INAP; ex director del Instituto de Derecho Municipal del CAM. Docente de la UNPAZ.

[2] Claudio Martyniuk, Ensayo sobre el testimonio. Ruina y escritura. Ed. La Cebra. Bs. As. 2016

demasiada eficacia. Al contrario, la imaginación moderna tejió las diferencias y facilito el debate, permitiendo que la verdad y el conocimiento encuentren sentido en la fusión creativa antes que en la exclusión lógica.

El filósofo es un hombre que experimenta, ve, oye, sospecha, espera y sueña constantemente cosas extraordinarias, es alguien que *"…se siente impresionado por sus propios pensamientos, como si estos viniesen de afuera, de arriba abajo, a modo de… rayos que él sólo puede sufrir, porque quizá él mismo es una tempestad, siempre preñada de nuevos rayos; un hombre fatal, alrededor, de quien rueda, ruge, estalla siempre algo inquietante… un ser, ¡hay!, que muchas veces tiene miedo de sí mismo…pero qué es demasiado curioso para no volver siempre sobre sí mismo…"* [3]

Claudio Martyniuk es abogado, doctorado en Filosofía, escritor, investigador y docente. Es *"…de este mismo lugar…"* como nos decía (en obvia referencia a su origen en el conourbano bonaerense), abriendo su conferencia el martes 11 de agosto pasado, cuando nos visitó en nuestro Colegio de Abogados de Morón, para compartir junto a nuestro Instituto de Filosofía y FiloCAM, la presentación de su nuevo y último libro "*Solipsismo. Memoria, soledad y melancolía".*

Como se ha dicho por ahí muy atinadamente, los textos de Martyniuk constituyen verdaderos poemas filosóficos en prosa. En su escritura se fusiona el ensayo con el discurso de la academia, articulándose con agudeza y sensibilidad, las ciencias sociales, la filosofía, el derecho y la literatura. Estamos ante una verdadera aproximación poética, epistemológica y normativa, con pretensión de problematizar y exponer la totalidad.

Como en Nietzsche, al pensar en nuestros ideales, en realidad pensamos en nuestras necesidades. Nuestras más grandes aspiraciones

[3] Friederich Nietzsche, Más allá del bien y del mal, 1980

como la inmortalidad, dios, la verdad y el conocimiento, tienen su origen (en realidad su NO origen) en el deseo de no morirnos, de no estar enfermos, etc.[4] Los mitos, son creaciones humanas por las cuales representamos esas aspiraciones y las ritualisamos.

En el Mito de Prometeo, por ejemplo, la ciencia le es robada a los dioses y puesta al servicio del ser humano. Y el, en el proceso de dominio y conquista de la naturaleza, desarrolla herramientas, o sea la ciencia, la técnica, la tecnología, para su conquista. Frente al supuesto caos y frente a la supuesta barbarie de la naturaleza, en un intento pretendidamente emancipatorio, va creando otro caos y otra barbarie, en la que vivimos.

Algunos Conflictos epistemológicos

Si uno lee *El manifiesto comunista* de *Marx* o *El banquete* de *Platón*, encuentra cuestiones universales, de esas que a la vez son preguntas, pero están también siempre presentes. Preguntas que parecen no tener tiempo ni lugar. Sin embargo, tal como nosotros que estamos acá y ahora, reflexionando, la filosofía también está en un lugar, o sea está situada,

Y es esa fuerza inevitable del tiempo y lugar, creados, los que no podemos desechar. Porque justamente todas esas herramientas de emancipación, de creación de derechos, de conocimiento, están también presentes en este continuum y merecen ser trabajadas e indagadas.

Hay un filósofo alemán, Leibniz, que se preguntaba en el siglo XVII por qué hay ***algo*** en lugar de ***nada***. La respuesta que el mismo se dio, era la usual en su época: hay algo porque Dios lo creó y Dios se creó a sí mismo.

La filosofía, retomo esa pregunta, muchas veces a través del tiempo. En Heidegger, esa pregunta angustia. La posibilidad del vacío, del nacer para

[4] Friedrich Nietzsche, Humano, Demasiado Humano:

morir, nos angustia, y buscamos respuestas, en estos tiempos, sobre todo, farmacológicas.

Porque si en el fondo no hay nada y la vida se nos termina (o sea nacemos para morir), resulta hasta lógico y entendible, que busquemos la idea de que es posible alcanzar la verdad. Pero, aunque venimos trabajando esto desde hace cientos de años, desde nuestra construcción científica, desde nuestra herramienta más perfecta conocida hasta estos tiempos al menos, aun ahí terminamos concluyendo de que toda teoría es refutable

Pero además Heidegger en su programa de destrucción de la tradición filosófica científica metódica oficial, centrada en el principio de razón eficiente, encuentra en la poesía la posibilidad de desocultamiento de Verdades, de que hay en lo poético puntuaciones filosóficas tan radicales. Hay indudablemente en algunos actos poéticos una manera de presentar el lenguaje que deja de ser instrumental.

La filosofía alemana a partir de Leibniz ira desarrollando esta perspectiva, de que somos algo así como monadas, entidades autosuficientes este que estamos Este en un universo este en el cual existe una armonía preestablecida

Sócrates decía que en este mundo no hay una verdad, y que cuando le hablaban en nombre de ella, había que entender que estábamos frente a un ignorante o bien frente a alguien que nos quiere dominar. Pero no hace falta retroceder hasta la Grecia antigua para encontrar esto, porque podemos verlo en el mundo actual, cuando quienes pretenden monopolizar la verdad y se creen sus dueños, nos espolean con sus ideas.

Cabría preguntarnos qué podemos hacer nosotros desde la filosofía para resolver esto, si al fin y al cabo la filosofía, como muchos enuncian, es un saber inútil. Esta cuestión tan difícil de delimitar, que podríamos llamar FILOSOFÍA, y que se vincula a la tecnología con la cual se nos presenta la filosofía, que es básicamente la ESCRITURA

Algunos de sus textos.

Desde su primer libro publicado en Editorial Biblos, *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas (1994)*, nos da este primer mapa de senderos epistemológicos, un croquis donde se comienza a desplegar una escritura con identidad, que se fue enraizando a través del tiempo. Todavía recuerdo con mucho afecto, el borrador que me entrego para que lo leyera y darle mi opinión. Concretamente después de eso, pasaron muchos años y casi dos decenas de libros, innumerables artículos y una vasta cantidad de conferencias, encuentros y actividad docente por aquí y por allá.

Su relato siempre es histórico, aunque la historia no se nos presente ante los ojos. Como en El proyecto polaco. Anotaciones sobre el emigrar (2021), donde el autor se pregunta acerca de cuál es la idea de patria que puede trasladar un emigrado. Las huellas de la división territorial, de la internación en un campo de concentración, el sometimiento a trabajos forzados y al hambre. Como impacta el concepto de guerra en las personas. Un joven polaco es enviado a un gulag, tras la firma del tratado de no agresión de 1939 entre Alemania y la Unión Soviética. Liberado para luchar en la Segunda Guerra, participa de la liberación de Italia. Descubre el amor. Con esperanza, emigra

Travesía histórica, como en el Museo del nihilista (2006), un filósofo cruzando un museo. Entrelazamiento del saber con su afuera. Y siempre esas reflexiones recurrentes: la escritura, la lectura, la teoría, el arte, la religión y la política. Lugares que persisten en el pensamiento de Claudio marcando perfiles, sombras, contornos, haciendo emerger la subjetividad. Es la historia de una huida, de un esfuerzo por poner en paz los pensamientos.

En ESMA. Fenomenología de la desaparición (2004), se puede encontrar una increíble fusión de tratado filosófico, ensayo, poesía y memoria personal, pero además el texto se mete en cada rincón político, jurídico, ético, estético de la anguilosa noción de desaparición, amartillándote como los

golpes de Nietzsche. El campo de desaparición y exterminio de la dictadura Argentina y sus derivas.

Hay ciertos temas indefinidos, de sombría figuración, que quizás sólo lleguen a ser iluminados por una falsedad cercana a la piel. Hay Nuevos modelos de hostia. Filosofía y matices subjetivos. (2006), para aprehender lo nuevo sobre el silencio y el dolor. Textos cargados de emociones, de sentimientos, que dan al sujeto un estado indefinido o definido de a ratos. ¿Cómo despegarse del mundo en ese camino?

En Crimen y Comunidad. Crisis y critica de lo común más acá y más allá de la criminología. (2018), el autor parece imponer una mirada que, frente al hecho del crimen, se pone en escena algo de lo común, de lo comunitario, una trama mundana, y nuestra relación con ella. La criminalidad, sobrepasa lo político, lo jurídico, lo éticas.

Una masividad impresionante de líneas que abarcan lo que esperamos del gobierno, o de la comunidad, lo que sentimos, lo que nos pasa por la cabeza, y lo que debemos hacer.

El texto recorre innumerables visiones teóricas desde la antropología, la sociología, la filosofía y el derecho, sobre todo se presupone lo importante de estudiar el contexto cultural del derecho, sondearlo a fondo, mirando de lejos para lograr una perspectiva intensa y significativa.

Crítica a la criminología, criminología crítica. Colonialismo, destrucción del ambiente, falocentrismo, genocidio. ¿Qué hacemos ante las diferentes dimensiones del crimen? E interpelar esto implica considerar muchas cuestiones de nuestro entorno: desde la racionalidad instrumental y la desigualdad económica, hasta la marginación cultural, pasando por la industrialización del delito.

Un verdadero álbum de sombras, Estética Del Nihilismo. Filosofía Y Desaparición (2016), bosquejada caracterización del nihilismo, indagando en

los usos del silencio en un campo en el cual ética y estética son uno y lo mismo.

Tal como lo define el filósofo Paul B. Preciado[5], el museo es una *"… máquina colectiva de construcción de imágenes de la norma y de la patología, como un gran aparato colectivo a través del que se construye el relato nacional, de invención de memoria…"* Justamente en Ensayo sobre el testimonio. Ruina y escritura (2016), se hace presente el dilema de como revertir lo irreversible en esta colectividad de imágenes. La preocupación que incluye la conjugación de lo personal con lo impersonal, la experiencia de la confesión con la experiencia intelectual e imaginativa, la experiencia del pensamiento y la experiencia de las pesadillas.

Un testimoniar que se presenta como un marco de intentos enunciativos, que va a dibujar la silueta de ese actuar, fugaz, sensible, entre el pensamiento y la escritura, desde la atención a la desaparición.

La escritura ha ido atenuando su potencia de pensar y la lectura parece volcada al conformismo. Pero si el texto no perturba los sentidos, el sentido aparece indiferente, y en esa NO diferencia, todo es intercambio generalizado desde un equivalente universal de sin sentido. Contra esa desatención en la que avanza la desaparición, estos acompañamientos en la aventura del testimoniar.

La idea de monumentalidad en Derrida y Foucault [6], la invisibilidad del monumento, el archivo y la memoria del olvido. La práctica historiográfica, del libro del filósofo Jacques Derrida Mal de archivo. Una impresión freudiana.

---

[5] Paul B. Preciado, *El museo apagado: Pornografía, arquitectura, neoliberalismo y museos.* 2023. Filosofo transgenero, considerado uno de los personajes más influyentes del mundo del arte, a partir de su trabajo literario y filosófico, pero también en lo que respecta a los museos. Los textos críticos reunidos en este volumen recuerdan que los museos son espacios que requieren nuevas formas de concepción de la esfera pública y, a la vez, instrumentos útiles para emprenderlas

[6] Foucault. La arqueología del Saber

El alcance de la idea de testimonio, archivo, monumento, y todos los cruces que estos conceptos tienen desde la idea de archivo, a partir de una configuración, a la vez técnica y política y jurídica. Porque los museos y sus colecciones constituyen una de las plataformas más poderosas para que las comunidades se reúnan, compartan y difundan ideas. Pero hay una relación muy particular entre el Museo, la colección, la taxonomía (que es en un sentido general, la clasificación ordenada y jerárquica desde algún lugar) y la Subalternidad. De alguna manera si pensamos la constitución del mundo colonial, podemos ver que no solo la aparición de la etnología y de las ciencias sociales particularmente la antropología, como parte de las herramientas de los imperios coloniales para hacer mejor, aquello a lo que habían llegado a esas tierras extrañas.

Solipsismo, libro último que comparte con nosotros personalmente, a modo de apertura dice" *··· El texto es sencillo. Precario, conteniendo materiales prestados. Expone un tejido de costuras deshilvanadas, con hilos quebrados. Cita, pero los nombres bien podrían omitirse, olvidarse, sustituirse. Debe repararse la falacia del epígrafe. Wittgenstein, por caso, es un puñado de notas. El resto, que da cabida a la idolatría, a los ismos, captura aquello de lo cual justamente se pretende escapar. Buenos Aires, Julio de 2017···"*

Las citas del inicio de Claudio, nos dan pistas. *"··· El planeta entero no puede sentirse más angustiado que un alma concreta···" Ludwig Wittgenstein, 1944* o *'Ningún pensador ha penetrado jamás en la soledad de otro. No obstante, ello, todo pensar alterna con otro, anterior posterior, sólo a partir de el, su soledad y de manera oculta···'"*. Martín Heidegger, 1952

Porque solipsismo es microcosmos. Tal como la musicalidad en ese conjunto de composiciones para piano de dificultad ascendente que Béla Bartók denomino *Microkcosmos*. Un mundo que resume (y resuelve) en miniatura el universo musical entero y a la vez una lengua madre. Mismo

término que recupera Wittgenstein de la lectura de un libro de Otto Weiniger Sexo y Carácter[7]. Nosotros y el mundo aparecemos teniendo la misma delimitación, la misma extensión. Pero esta extensión se va a ir trasladando al lenguaje. Una de las frases más famosas del *Tractatus logico-philosophicus* de Ludwig Wittgenstein es que *"…los límites del lenguaje son los límites de mi mundo…"* Lenguaje, mundo, pensamiento, aparecen teniendo la misma extensión

La memoria, Lo Trivial, Lo Mundano, Lo Cotidiano, porque "…Entre Kafka y Wittgenstein, Benjamin y Beckett, en la soledad y la catástrofe, entre guerras, aniquilaciones y migraciones; en el solipsismo y el silencio, entre la masa, el espectáculo y la tecnología. Apenas fragmentos de uno, en la pena del aislamiento…" y lo que reza el párrafo vii "…. El solipsismo, lo que queda de la infancia…"

El espectro del solipsismo recorre una época extenuada, Sin asombro y constelaciones de monadas, microcosmos, en su procesión de soledad; y se hacen presentes aquellos que naturalmente tienen que estar: Wittgenstein, Heidegger, Nietzsche y por supuesto Benjamín.

Walter Benjamín que es como parte del aire que se respira en cuestiones del nihilismo. El ángel exterminador de Paul Klee. Benjamín, a través de la lectura de la literatura, en la pintura, en el arte. Encuentra como los soldados que vuelven de la guerra vuelven en silencio. Reconocimiento respecto del silencio, de la imposibilidad de transmitir experiencias, la imposibilidad de que una generación le transmita experiencias a otra generación. Y queda el silencio. Crisis de la experiencia.

Epilogo

Los primeros textos filosóficos, que nosotros reconocemos como, son en realidad textos que al tomar contacto con ellos inmediatamente nos

[7] Otto Weiniger Sexo y Carácter, texto que fue citado por Claudio Martiniuk, referenciando que se encontraba trabajando sobre él.

damos cuenta que son poéticos. Los fragmentos que nos quedaron de Heráclito, cargados de metáforas, o el poema de Parménides que va a marcar la dirección del conocimiento contemporáneo, va a seguir en gran medida las coordenadas marcadas por ese poema de Parménides; son poéticos. La primer indicación acerca método, aparece en el último de los citados textos.

Lo que vino después de esta poética que a veces se conoce con un nombre, como es la filosofía presocrática, será más un diálogo. Algo así como la reafirmación de la amistad. Amistad a partir del saber, a partir de la interrogación y a partir de la producción de conocimiento. Siempre en ese diálogo con el otro.

Porque como dice Martyniuk, a partir de Platón este la filosofía se transformará en un género literario. Con una tecnología de escritura que se ira estilizando. Y desde Platón hasta los *papers* que nosotros encontramos hoy en el mundo académico, aparece una discontinuidad, pero que tiene rupturas.

Nietzsche, que escribe en contra del espacio académico, y con una vuelta a una atención que se plasmara en su escritura, y que sin duda tiene que ver con los comienzos de la filosofía en la antigüedad griega.

Y después en el siglo XX, donde aparecen los dos filósofos más gravitantes de nuestra de nuestra época, según la consideración de Martyniuk: Wittgenstein y Heidegger. Ambos portadores de una concepción vinculando la manera de describir el pensamiento y apuntando hacia la poesía.

Concluimos citando al propio Claudio Martyniuk : *"…Acaso se pueda escribir y leer filosofía como si fuera poesía, pero ello implica la revisión del presupuesto de que filosofía y poesía se han diferenciado de un modo*

irreversible y que solo pueden combinarse por escritores de genio excepcional…"[8]

Bibliografía del autor:

(1994) Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas: tres posiciones epistemológicas en las ciencias sociales, Ed. Biblos, Buenos Aires.

(1997) Wittgensteinianas. Filosofía, arte y política, Ed. Biblos, Buenos Aires.

(1998) Razones y acciones. Causalidad, imputación y racionalidad en el juego de la acción. Un análisis epistemológico, Buenos Aires, Los libros del riel, 1998.

(2003) Al olor de Argentina, Tantalia, Buenos Aires, 2003.

(2003) Filosofía, política, derecho (comp. con R. Bergalli)

(2004) ESMA. Fenomenología de la desaparición

(2004) Imagen de Julio Cortázar

(2006) Sobre la norma del gusto, la normatividad del arte y la narración de la justicia, Ediciones Coyacán México,

(2006) Nuevos modelos de hostia. Filosofía y matices subjetivos. Ed. Prometeo

(2006) Museo del nihilista

(2008) El proyecto polaco. Anotaciones sobre el emigrar

(2011) Jirones de piel, ágape insumiso. Normatividad epistemología y estética

(2012) Mujer samurái. Música en pompas cursis

[8] Claudio Martyniuk, *Testimonio, prosa, poesía*, Revista Derecho del Estado n.º 32, enero-junio de 2014, pp. 157-176:

(2014) Crítica y estilos de insumisión en compañía de Ludwig Wittgenstein Michelle Foucault y Cornelia Vismann (compilado con Seccia)

(2016) Estética Del Nihilismo. Filosofía y Desaparición.

(2016) Ensayo sobre el testimonio. Ruina y escritura (Ed. La Cebra)

(2017) Reglas valores y sensibilidad. Figuras de una noche polar de helada oscuridad y dureza. Ed. Thomson Reuters La Ley

(2018) Crimen y Comunidad. Crisis y critica de lo común más acá y más allá de la criminología.

(Ed. Tirant lo Blanch)

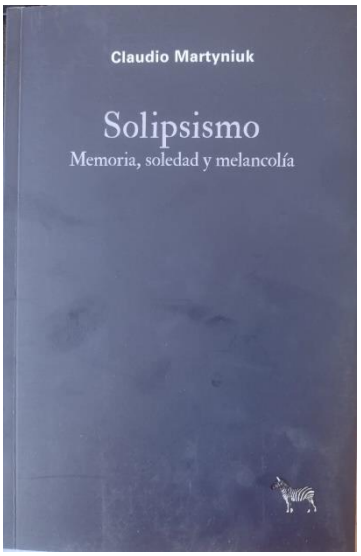
(2018) Formas mínimas de libertad.

(2019)¿Qué memoria y justicia? Teorización crítica e intervenciones reparadoras. (comp. con /Seccia)

(2021) Perfiles epistemológicos de la crítica: entre la negatividad y la normatividad (comp. con /Seccia) (Ed. La Cebra)

(2023) Solipsismos (Ed. La Cebra)

AVISOS PARROQUIALES



El pasado 8 de agosto participamos en el CAM de la presentación del libro "*Solipsismo: Memoria, soledad y malancolía*" de nuestro querido Claudio Martyniuk editado por La Cebra. El colegio abrió sus puertas para recibir a quienes participamos del Instituto de Filosofía del Derecho y charlar con Claudio de su libro y disfrutar de su enriquecedora visión filosófica. Recomendamos enfaticamente la lectura del libro presentado y de la obra del autor. Compartimos el link de la charla para quien quiera revivirla – Charla Martyniuk en el CAM -

Arte de tapa Kenrick Mills @kenrick_mills - Juana Illia juaillia@gmail.com

¿Queréis comunicarte con nosotros? Escribí a revistafilocam@gmail.com

Los volúmenes anteriores de Filocam se pueden descargar desde https://camoron.org.ar/filocam/

Las opiniones e ideas vertidas en este documento son exclusiva responsabilidad de los autores y no representan necesariamente la opinión del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM ni de FILOCAM.

Todas las fotografías son propiedad de sus respectivos dueños, y son utilizadas con fines no comerciales. En su mayoría las imágenes utilizadas en este número han sido extraídas de Internet a los efectos meramente ilustrativos de los trabajos aquí realizados como así otras que componen el entorno de la publicación. No se pretende violar ningún derecho de autor si alguna de ellas tiene derechos reservados como algún texto favor comunicarse y se procederá a quitarla.

FILOCAM MARCA REGISTRADA Acta 3930628 Clase 09