

ISSN 1851-3069

# Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones  
Jurídicas y Sociales A. L. Gioja

No. 14 (2015)



Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos aires

## EDITORIAL

Después de leer los artículos que integran el presente número de la *Revista Electrónica* del Instituto con la finalidad de redactar, como de costumbre, un breve editorial introductorio, he experimentado un conjunto de sensaciones y de reflexiones, que deseo compartir con nuestros habituales lectores.

En primer término la que sigue: cuantos y cuan significativos problemas constituyen hoy en día el horizonte de sentido, el mundo de representaciones, el universo problemático, que anima el trabajo de los juristas y al mismo tiempo los interpela acerca de su papel social y del lugar y función del saber del que disponen. Los trabajos que aquí se reúnen ponen esa cuestión en evidencia con profundidad y rigor.

Otra: ¡Cuántas mujeres! Cuántas mujeres ocupándose de pensar, con erudición y creatividad, en cuestiones que hasta hace pocos años atrás eran monopolizadas por sus colegas del sexo opuesto (o ¿complementario?). Quizás los más jóvenes piensen que la precedente consideración constituye un exabrupto. Déjeme contarles que en la época en que yo cursé mis estudios de abogacía, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires existía sólo una cátedra cuya titularidad ejercía una mujer, la de Dcho. Internacional Privado a cargo de la Dra. Margarita Argúas y la cantidad de alumnos varones era muy superior a la de alumnas mujeres. Hoy esa relación se ha invertido; además un 15% de mujeres son titulares de cátedra y la proporción aumenta muy notoriamente cuando se observa la cantidad de profesores adjuntos.

Algo de lo señalado se trasunta en la presente edición. En ella, María E. Barreiro escribe un minucioso ensayo sobre los problemas y vicisitudes de la noción de “pueblo” y “soberanía popular” en la historia doctrinaria del pensamiento moderno en Francia, EEUU e Inglaterra y los pone en relación con una mirada actual desde la idea de democracia deliberativa; Marina Gorali plantea en su meduloso trabajo, la necesidad de una nueva topología de la juridicidad, como aporte de una mirada crítica; Nora Wolfzun, analiza los debates parlamentarios que en los distintos países miembros, se sucedieron al tiempo del nacimiento del MERCOSUR, como una relectura de las políticas de la legalidad. Su texto resume un trabajo de tesis, inteligente y exhaustivo; María E. Borrajo escribe sobre una cuestión crucial de nuestro tiempo, la maternidad subrogada y la crisis del viejo principio “mater certa...”; María B. Greco formula un muy interesante análisis acerca del lugar de la autoridad en el ámbito de la formación docente, con referencias socio filosóficas especialmente relevantes; Adriana N. Martínez y Adriana M. Porcelli tratan en conjunto la problemática de la protección jurídica del *software* en las legislaciones actuales; Jenner Alonso Tobar y Andrea Zota Bernal, en este caso un colega y una colega colombianos, proponen una estimulante reflexión desde la perspectiva de género y el derecho de su país, sobre el film “A separation” del director iraní Asghar Farhadi. En representación minoritaria pero altamente calificada del sexo masculino, Jonathan Brodsky se ocupa de la responsabilidad extracontractual del Estado y Pablo Della Pica de la inmunidad fiscal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, sus antecedentes históricos y la relación de esa situación con la del resto de las provincias de nuestro país. Finalmente, Leticia Vita y Guido Croxato aportan sendos comentarios de textos de relevancia e interés.

El presente N° 14 de nuestra publicación electrónica, reúne teoría y análisis dogmático en un nivel de excelencia que cabe destacar en función de los méritos autorales correspondientes.

Esperamos, como es habitual, el comentario y la crítica de nuestros lectores que nos ayudarán a mejorar día a día nuestra propuesta. Hasta la próxima.

**Carlos M. Cárcova**  
Director

# ENTRE EL TEMOR A LAS ASAMBLEAS TUMULTUOSAS Y LA SOBERANÍA POPULAR: TRASFONDO TEÓRICO DE LA PREOCUPACIÓN POR LAS CONDICIONES DE DELIBERACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Por María Emilia Barreyro

## RESUMEN

Este trabajo explora la preocupación por las condiciones de deliberación en Democracia en la de la segunda mitad del S. XVIII, a partir de la noción de 'pueblo' como concepto clave de la piedra angular del pensamiento político moderno: la premisa de la *soberanía popular*. Primero explora la distinción conceptual entre '*le peuple*' y '*la populace*' en la tradición francesa, tomando algunos artículos seleccionados de la '*Encyclopédie*' que editaran D. Diderot y J. D'Alembert; luego rastrea la tensión entre aquella premisa de la *soberanía popular* y el miedo a las asambleas numerosas en la tradición norteamericana mediante el examen del pensamiento de J. Madison y A. Hamilton; y finalmente se analiza esa misma tensión en la tradición británica tomando el caso de W. Godwin.

## PALABRAS CLAVE

Soberanía popular - pueblo - populacho - democracia - asamblea

# BETWEEN FEAR OF TUMULTUOUS ASSEMBLIES AND POPULAR SOVEREIGNTY: THEORETICAL BACKGROUND OF THE CONCERN FOR DEMOCRACY'S DELIBERATION'S CONDITIONS

By María Emilia Barreyro

## RESUMEN

This work explores the concern for the deliberation's conditions in Democracy during the second half of the 18<sup>th</sup> Century, considering the idea of 'people' as a key concept for the cornerstone of political modern thought: the premise of *popular sovereignty*. First it explores the conceptual distinction between '*le peuple*' and '*la populace*' in French tradition, taking into account some specific articles of the '*Encyclopédie*' edited by D. Diderot and J. D'Alembert. Then it follows the tension's trail between that premise of *popular sovereignty* and fear of numerous assemblies in American tradition analyzing J. Madison and A. Hamilton's thought; finally it studies that tension in British tradition by taking the case of W. Godwin.

## KEY WORDS

Popular sovereignty - people - populace - democracy - assembly

# ENTRE EL TEMOR A LAS ASAMBLEAS TUMULTUOSAS Y LA SOBERANÍA POPULAR: TRASFONDO TEÓRICO DE LA PREOCUPACIÓN POR LAS CONDICIONES DE DELIBERACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Por María Emilia Barreyro\*

*"We must not judge of a sovereign people by the example of the rude multitude in despotic states"* (Godwin W. 1793:548).

## I

El temor a las asambleas de ciudadanos, a las decisiones tomadas en medios 'tumultuosos', se remonta a los orígenes del pensamiento político. Un primer antecedente de relevancia del periodo clásico, que ineludiblemente ha de señalarse, es Platón, quien compara a los ciudadanos de una democracia con un cúmulo de marineros iracundos, que beben y celebran, deseosos de jugar con el timón pero ignorantes del arte del timonel sin el cual no se puede ser realmente soberano de la nave (PLATÓN, República 488a-488c); en consonancia con las caracterizaciones que había trazado en diálogos anteriores, al comparar a la asamblea ateniense que habría de juzgar a Sócrates con un tribunal de niños (PLATÓN, Gorgias, 521e-522a) y a la *mayoría* como aquella que nada entiende sobre lo justo y lo injusto, lo feo y lo bello, lo bueno y lo malo (PLATÓN, Critón, 47c). Pero este tipo de caracterizaciones no han sido exclusivas de la teoría política antidemocrática ni de la Antigüedad Clásica. En la Modernidad, tanto para los teóricos de la Democracia como de la Demo-representación política, resultó una *preocupación* el garantizar la calidad de la toma de decisiones partiendo de la premisa de la *soberanía popular*. Actualmente, esto mismo resulta problemático para la *Teoría de la Democracia Deliberativa*<sup>1</sup>, que como concepción epistémica de la democracia -opuesta al modelo de participación estratégica en la que los ciudadanos se orientan a la imposición de preferencias e intereses-, sostiene que el resultado más justo dependerá en gran medida del *medio* y las

\* Abogada (2006), doctoranda en Derecho Político en la Facultad de Derecho- Universidad de Buenos Aires, becaria doctoral de CONICET. Docente de la materia Teoría del Estado de la misma universidad de 2006 a actualidad. Investigadora adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja.

<sup>1</sup> No obstante es posible rastrear antecedentes de concepciones deliberativas de la democracia mucho antes de la década de 1980, como 'teoría', puede admitirse que surge en sus distintas vertientes en aquellos años y toma una forma más acabada en la década siguiente. Es al conjunto de estas vertientes que nacen y toman forma a finales del s. XX al que aquí me refiero (para un desarrollo *in extenso* de la maduración del abordaje de problemáticas de la democracia por parte de estas vertientes de la Teoría deliberativa, véase Bohman J. "The coming of age of Deliberative Democracy", en *The Journal of Political Philosophy*, V.6, N°4, 1998, p. 400-425.

*condiciones* en que se dé la deliberación. Aun cuando hayan distintas vertientes sobre dónde reside el *valor epistémico* de la democracia -para algunas residirá mayormente en la participación ciudadana mientras para otras ese valor será proporcional a la calidad de la deliberación-; todas ellas convergen en la *preocupación* por las condiciones adecuadas de debate y toma de decisiones.

En este marco, y dado que esta *preocupación* es de larga data y ha inspirado instituciones jurídicas concretas plasmadas en los textos constitucionales de gran parte de los regímenes demo-representativos hoy vigentes, es que me interesa rastrear y sacar a la luz algunos antecedentes de ella. Delimitaré la exploración a los círculos intelectuales de los dos principales focos revolucionarios que tuvieron sus respectivas expresiones jurídicas, a saber, la Revolución Francesa y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), y la independencia norteamericana (1776) y su culminación en la sanción de la *Constitución de los EE.UU.* (1787); por ser los dos acontecimientos políticos más relevantes del s. XVIII y más influyentes para la vida pública y la teoría jurídico-política en adelante; y a un antecedente inglés, que aun cuando su obra no haya tenido concreción en texto constitucional alguno, es expresión de la concepción deliberativista de legitimación del derecho en aquella época, William Godwin y su obra *'Political Justice'* (1793).

El eje que articulará el presente trabajo pivotará sobre el concepto de 'pueblo'. En primer lugar, porque para la modernidad política en general, y en particular para los textos que abordaré, la idea de *soberanía popular* reviste una centralidad incuestionable, y ella supone necesariamente alguna idea específica del sujeto político en el que reside el poder soberano. Si la noción de 'pueblo' entendida como principio de legitimidad del poder, agente y sujeto de la historia, es la *llave de ingreso a la modernidad política* (KRULIC B. 2012 y ROSANVALLON P. 1998: 13 y ss.), lo es también para el Derecho Político y Constitucional Moderno<sup>2</sup>, para su comprensión y estudio. Y segundo, porque este concepto clave conlleva, según trataré de ilustrar y probar a lo largo de las siguientes secciones, cierta problematicidad.

El concepto de *pueblo* será abordado aquí en el entendimiento de que se trata de un *concepto histórico fundamental*, es decir, como un concepto que, en combinación con varias docenas de otros conceptos de similar importancia, dirige e informa por entero el contenido político y social de una lengua, siendo el s. XVIII un momento histórico de emergencia de esos conceptos que contribuyeron a la transformación radical de la vieja realidad (KOSELLECK R. 2004:36). Por ello me serviré para el análisis de este *concepto histórico fundamental*, del método de la *historia conceptual* de Koselleck como método heurístico de crítica de fuentes, que distinguiendo las *palabras* de los *conceptos*, intentará revelar los distintos estratos de significados pasados del concepto de *pueblo*; método crítico tanto de la utilización anacrónica de los conceptos del presente como de una historia de las ideas que admita la permanencia del significado de los conceptos a lo largo de la historia (WOLOSKY A. 2014: 91). Asimismo y de modo concordante, este trabajo se realiza en

<sup>2</sup> En relación al valor de derecho positivo y las consecuencias jurídicas de la noción de 'pueblo' en la tradición constitucional francesa ver Krulic J. (2007); « *L'idée de peuple dans la tradition constitutionnelle française* » publicado en línea en « *Revue électronique internationale 'Sens Public'* », 2007/02, pp.1/19, <http://www.sens-public.org/spip.php?article385&lang=fr>.

el marco de una historia de las ideas políticas pensada como *historia conceptual de lo político*, en el sentido que se articula sobre las directivas que señala Rosanvallon acerca de la importancia de actualizar los problemas generados por la definición de esa 'franja de palabras que ha sido significativamente considerada como dramática durante la Revolución Francesa', nociones esenciales de la democracia como igualdad ciudadanía, soberanía, pueblo (ROSANVALLON P. 2003: 47, 57-60).

Ha de destacarse, en primer lugar, que el carácter problemático del concepto de *pueblo* viene dado porque encierra al menos tres sentidos: (1) uno étnico, referido a aquellos con un origen y condición comunes; (2) un sentido social discriminatorio, (plebs, vulgus, turba, laos); y (3) un sentido político (populus, demos), (KRULIC B. 2005). Dejaré de lado el análisis del sentido étnico-cultural (1). La exclusión no es arbitraria. Se suelen comparar dos tradiciones respecto de la idea de 'pueblo', de fuerte contraste. La concepción *política* propia de la Ilustración francesa según la cual el pueblo es el cuerpo de asociados constituido por el pacto social, impregnada de las ideas de Rousseau. Otra, *étnica-cultural*, dominante en Alemania, teorizada en las obras de Herder, y luego por Fichte, donde no hay referencia a un Estado centralizado a diferencia de Francia y Gran Bretaña, y aquí la identidad se define por la lengua, que expresa el alma de un pueblo a través de los siglos<sup>3</sup>. En la época y en las tradiciones jurídicas que abordaré, la concepción étnica-cultural del 'pueblo' no tuvo mayor recepción.

Respecto de los sentidos (2) y (3), el sentido discriminatorio y el sentido político, que sí serán analizados aquí, caben algunas aclaraciones. P. Rosanvallon ha señalado, que el sujeto de la democracia debe ser comprendido como un sujeto indisolublemente jurídico e histórico (ROSANVALLON P. 2003: 56). Él sostiene, en efecto, que la idea de *pueblo* osciló en los s. XVIII y XIX entre una aproximación sociológica, de connotaciones negativas, y una definición política, de valoración positiva. De un lado la 'plebs', del otro el 'populus', la vil multitud y la nación. De un lado, el populacho librado a las pasiones, la masa inculta, el número amenazante; del otro, el prudente sujeto de la soberanía, la forma apacible de la voluntad general (ROSANVALLON P. 1998:24-25). Si bien esta tesis es acertada en líneas generales, requiere algunas precisiones pues su formulación refiere a la noción de *pueblo* en los siglos XVIII y XIX, aunque sobre todo centrada en este último. Sostendré aquí, en orden a tales precisiones, que *para la filosofía política de tradición ilustrada de la segunda mitad del s. XVIII en Francia e Inglaterra, y menor medida en EE.UU, la noción de pueblo se reserva casi con exclusividad a aquél concepto de valoración positiva, normativa, y regulativa, y que para referirse al sujeto de connotaciones peyorativas, se echará mano a otros términos, como 'populacho' (populace), o 'multitud' (multitude). En este sentido, para estos autores y en esa época, el concepto de pueblo es un concepto eminentemente jurídico, propio del Derecho Político. Sostendré también que sus opuestos, 'populacho' o 'multitud', aun cuando no son conceptos enteramente propios del lenguaje jurídico, tienen sí un valor político y una función también regulativa -desaprobatoria en este caso-, ya que sobre ellos se apoyan los principales argumentos del diseño o abolición de determinadas instituciones legales-constitucionales ligadas a*

<sup>3</sup> Krulic ha señalado una de las consecuencias jurídicas de mayor relevancia y contraste entre las tradiciones francesa y alemana que vale destacar: mientras para la primera, la 'nacionalidad' estuvo vinculada al *derecho de suelo*, en la segunda, se vinculó al *derecho de sangre/filiación*, asimilación y disociación de nacionalidad y ciudadanía; cf. B. Krulic (2012) ; «*Peuple/Nation: un concept clé de la modernité démocratique*», conferencia para el Coloquio «*Peuple, Nation et Folklore : Approches Interculturelles*», Centro de Estudios Interculturais ISCAP, Portugal, 25/10/2012.

*las prácticas de formación de la voluntad política.* El carácter regulativo de ambos conceptos no supone la exclusión de toda connotación descriptiva del sujeto histórico -ya que inevitablemente conservan referencias a una realidad sociológica- sino más bien, indica que por encima de tales connotaciones cumple una función eminentemente normativa.

## II

### *La tradición francesa.*

En la terminología ius-filosófica utilizada en el área de *Derecho Político* en la Francia del s. XVIII se observa ya la configuración jurídica del concepto de *pueblo*. En efecto, en la Enciclopedia editada por Diderot y D'Alembert entre 1751 y 1772, que a estos efectos podemos tomar como expresión del espíritu ilustrado de la época, hay ya una distinción entre el 'pueblo' (*le peuple*), por un lado, y el 'populacho' (*la populace*) y la 'multitud' (*la multitude*), por otro. En el artículo que Louis de Jaucourt escribió allí, en el que trata la voz francesa '*démocratie*', ésta aparece como una de las formas puras de gobierno en la cual el *cuerpo del pueblo* tiene la soberanía. Allí, el discípulo de Montesquieu afirma: «*Mais avant que de passer plus avant, il est nécessaire de remarquer que dans la démocratie chaque citoyen n'a pas le pouvoir souverain, ni même une partie ; ce pouvoir réside dans l'assemblée générale du peuple convoqué selon les lois*» (JAUCCOURT L., 1751/1772, *Démocratie*). Se advierte, que el pueblo soberano es sujeto político en cuanto ligado a una situación asamblearia convocada conforme a derecho: dadas tales condiciones de hecho y de derecho surge un poder, la soberanía, que no tenían los ciudadanos individualmente considerados ni en todo, ni en parte.

No cualquier reunión de hombres es el *pueblo* dotado de poder soberano, sino una asamblea que sea convocada y desarrollada según las leyes; esto es lo que explica que para Jaucourt las dos primeras leyes fundamentales de la democracia, sean: 1. que esté reglado un cierto lugar y ciertos temas, en vistas de deliberar en común los asuntos públicos; 2. que se haya establecido que la pluralidad de sufragios pasará por lo voluntad de todo el cuerpo. Compárese ahora aquella imagen que enseñaba Platón con esta nueva idea del cuerpo del pueblo reunido en asamblea procediendo según ciertas leyes; de inmediato se advierte que la imagen de marineros iracundos celebrando y festejando, lejos está de la idea del pueblo soberano que aparece aquí, en la Enciclopedia, pues se trata ahora de un *sujeto de derecho*, a la vez activo y pasivo, soberano y súbdito, legislador y legislado, de las leyes fundamentales de un Estado.

Por su parte tenemos la voz '*ochlocratie*' (JAUCCOURT L., 1751/1772, *Ochlocratie*). La democracia, que según el autor opina, no es la forma de gobierno más llevadera ni la más estable, además de ser desventajosa en grandes estados, se corrompe tanto al perderse el espíritu de igualdad, como cuando prende el espíritu de igualdad extrema. Su forma degenerada es la "oclocracia". En efecto, en el artículo de la Enciclopedia referido a ella encontramos que se trata del abuso que se desliza en el gobierno democrático cuando el vil *populacho* (*la vil populace*) es el único amo en los asuntos; finalmente Jaucourt sugiere sean vistas las palabras '*multitude*' y '*puissance*'. Es de notar el desplazamiento semántico: de una parte 'peuple' (pueblo) y 'pouvoir souverain' (poder soberano), y de la otra 'multitude' (multitud) y 'puissance' (poder, fuerza, potencia).

Por su parte, en la voz 'peuple' señala Jaucourt: «*nom collectif difficile à définir*». Primero intenta estipular quiénes lo componen<sup>4</sup>, se observa que aquella distinción entre pueblo y populacho que habíamos destacado, se remonta a Tito Livio, Cicerón y Horacio. Así, no debía confundirse 'pueblo romano' y 'populacho romano': el 'pueblo' (*le peuple*) propiamente dicho era la plebe romana, mientras el 'populacho' (*la populace*) eran *los vagabundos, sin hogar ni lugar, siempre prestos a excitar problemas y a cometer crímenes* (JAUCOURT L., 1751/1772, *Peuple*). Tito Livio los habría llamado 'turba forensis' (la tropa del foro), Cicerón la 'plebs urbana' (populacho de la ciudad) y Horacio 'popellum tunicatum' (populacho de túnica, porque vestían una simple túnica).

Dado que la voz '*populace*' no tiene una definición independiente en la Enciclopedia, debemos buscar en aquellas voces a las que remite el término oclocracia, que son '*multitude*' y '*puissance*'. Me interesa centrarme en la primera. Al definir la 'multitud', aparece señalado allí que con el término se designa un gran número de objetos reunidos, y se dice de cosas y de personas; y a continuación, saltando directamente la referencia como reunión de personas, el lector es llamado a desconfiar 'del juicio de la multitud', y dice que en materia de razonamiento y filosofía su voz es la de la *malicia, el disparate, la inhumanidad, el desatino y el prejuicio*, que ella es *ignorante y estúpida*. Por último, se pregunta ¿en qué y cuándo la multitud tiene razón? y responde 'en todo' pero al cabo de un muy largo término, porque entonces será un eco que repite el juicio de un pequeño número de hombres sensatos que forjan el avance del de la posteridad.

Tenemos aquí, una breve ilustración de los conceptos que concatenados entre ellos proveen la red semántica que nutre y pone en evidencia algunas de las concepciones del concepto que subyace a la concepción del orden político, tal como circulaban en la época previa a los acontecimientos revolucionarios en Francia. De este modo, del concepto de democracia nos deslizamos inmediatamente al de 'pueblo' como sujeto del derecho fundamental de un Estado, y ligado directamente a la situación de asamblea en la que se delibera y vota según las leyes. Aparece la idea de 'oclocracia' como abuso de aquella forma pura de gobierno, y el sujeto político es, ya no el pueblo, sino el 'populacho' o 'multitud'. Resta por dilucidar, en este marco, qué hace que un 'pueblo' degenera en 'populacho' y así, que su democracia se corrompa y devenga en 'oclocracia'. Jaucourt afirma que para la conservación de aquella forma pura de gobierno se requiere de amor a las leyes y a la patria, virtud que reclama una preferencia constante por el interés público por sobre el propio; amor a la igualdad y a la moderación. Según él, la democracia se corrompe por falta de estas virtudes, no habiendo ya amor por el orden, ni por las costumbres, se forman pequeños tiranos con todos los vicios de uno, y pronto un solo tirano se eleva sobre los otros y el pueblo pierde todas las ventajas que creyó sacar de su corrupción (JAUCOURT L., 1751/1772, *Democratie*). Este pueblo ya corrompido, ya sujeto de la oclocracia, no es más que simple multitud.

<sup>4</sup> Aquí Louis de Jaucourt hace referencia indirecta a una disertación sobre la naturaleza del pueblo, siendo altamente probable se refiera, por la similitud de los pasajes e ideas que aparecen en ambos textos, a « *La Dissertation sur la Nature du Peuple* » de L'Abbé Coyer, en su libro « *Bagatelles Morales et Dissertations* », 1759.

*La tradición norteamericana.*

Por su parte, tales concepciones e imaginarios tienen su paralelo en la tradición norteamericana. En efecto, la idea de soberanía popular desempeñó un papel nodal entre los revolucionarios. Los argumentos que se esgrimían en orden al que fuera el puntapié inicial de la lucha independentista, esto es, en relación a la impugnación del intento de recaudar con las leyes de Azúcar y Estampillado de 1764 y 1765 respectivamente, giraban en torno a la idea de que los colonos no tenían representantes en la Cámara de los Comunes (MORGAN E. 1988:253-5). La idea de que el poder soberano reside en el pueblo ya estaba en juego, aunque faltaban los pasos para la conformación de la idea de un 'pueblo estadounidense'.

Tomaré aquí, por su carácter paradigmático, dos ensayos de *The Federalist Papers* (1787), como así algunos pasajes célebres de los debates de la *Convención General Constituyente de 1787*. Según afirma Madison en el artículo N°10, el vicio alarmante de los gobiernos populares, la enfermedad que los ha hecho perecer por doquier, es su tendencia a la *faciosidad* que irrumpe en inestabilidad, injusticia y confusión en las asambleas públicas. Madison descarta que esta enfermedad pueda (o convenga) ser curada eliminando sus causas, esto es, o bien eliminando la libertad, o bien, uniformando las opiniones, pasiones e intereses, por lo que propondrá controlar sus efectos. La 'democracia pura' deberá ser desechada. Más aún, para Madison, el control de sus efectos no puede descansar sobre las motivaciones morales y religiosas de los hombres, las que pierden su eficacia cuanto mayor es el número de hombres reunidos, es decir, cuando más son necesarias (MADISON 1787:41-44). En efecto, el mecanismo para ejercer el control de aquel vicio de los gobiernos populares no deposita su confianza en la apelación a normas morales sino coactivas, será un mecanismo *jurídico* el que controlará los efectos de aquél vicio popular: un esquema de representación política que distanciará a las multitudes de la toma de decisiones. El medio para ello es la República, la que Madison distingue de una democracia por haber delegación del gobierno en un grupo pequeño de ciudadanos electos por el resto, y por haber en ella un mayor número de ciudadanos y una mayor extensión de territorio. Asimismo, en los debates de la *Convención Constituyente*, Madison hablaba del espíritu democrático como *violento y turbulento*, y señalaba que cuando un tema de gobierno se apodera de las pasiones populares, *se expanden como fuego salvaje y se vuelven incontenibles* (FARRAND M. (ed.), (1911); MADISON J. en sesión del 19 de Junio de 1787).

Por su parte Alexander Hamilton, en aquellos mismos debates, afirmaba que pese a que la máxima de que *'la voz del pueblo es la voz de Dios'* ha sido generalmente citada y creída, no es realmente cierta. "*The people are turbulent and changing; they seldom judge or determine right*" afirma; por ello debe darse a la clase de *los menos y bien nacidos* permanente participación en el gobierno, en orden a controlar la inconstancia popular. Solo un cuerpo permanente puede controlar la imprudencia de la democracia. Toda asamblea democrática exige control por su *disposición turbulenta e desbocada* (FARRAND M. (ed.), (1911); HAMILTON A. en sesión del 19 de Junio de 1787), ya que no puede de modo constante perseguir el bien público. Congruentemente, se pregunta en *el Federalista* N°6: "*Are not popular assemblies frequently subject to the impulses of rage, resentment, jealousy, avarice, and of other irregular and violent propensities? Is it not well known that their determinations are often governed by a few individuals in whom they place confidence, and are, of course, liable to be tintured*

*by the passions and views of those individuals?* (HAMILTON A. 1787:41-44). La respuesta de Hamilton, como es de esperar, es afirmativa. Pero aun cuando tanto Madison como Hamilton acuerdan en la necesidad de excluir a ese actor colectivo de la toma de decisiones, sus posturas divergen en el tipo de élite que prefieren para la toma de decisiones: mientras Madison estaba convencido de que había una aristocracia natural que debía gobernar, una suerte de *gentry* con vocación intelectual, los caballeros virginianos, Hamilton quiere una élite gobernante de financistas e industriales, de esas nuevas clases, que entienda de economía política como de materia impositiva, familiarizado con los recursos del país y dotado de virtudes republicanas (RODRIGUEZ G. 2013:19-22).

El resultado de estos temores de los constituyentes fue dar a luz un diseño constitucional contra-mayoritario, del que son expresión distintas instituciones: elecciones indirectas para ciertos cargos, en la suposición de que cuerpos intermedios formados por miembros 'selectos' harían más juiciosas las elecciones de cargos fundamentales; mandatos largos, para evitar las fluctuaciones y la violencia del espíritu democrático; elecciones organizadas en distritos grandes, pensando que si se llevaran a cabo en pequeños distritos favorecería el surgimiento de líderes populistas; la institución del Senado, para frenar la furia de la democracia y las precipitaciones, fluctuaciones y excesos de la Cámara de Diputados; un Poder judicial elitista; etc. (GARGARELLA R. 1995:103-104).

Hasta aquí, es fácil advertir que la noción de 'pueblo' y de lo 'popular' tiene claras connotaciones peyorativas -y ello va de la mano de instituciones jurídicas específicas-, que en la tradición francesa se desplazaban hacia la noción de 'populacho' o 'multitud'. Pero al igual que en aquella otra tradición, en el universo teórico y político norteamericano también podemos hallar una idea normativa de pueblo, inclusive en esos mismos ideólogos de la Constitución de 1787. Ineludible es la invocación "*We the people*" en el preámbulo del texto constitucional, como el sujeto político en el que reside el *poder constituyente*. No es un dato trivial. Por un lado, los constituyentes estaban fuertemente comprometidos con la idea de que la soberanía residía en el 'pueblo', ya que de ella se habían servido los revolucionarios para impugnar los impuestos creados por el Parlamento británico y para la lucha independentista. Pero por otro lado, su visión de ese pueblo estaba fuertemente impregnada del temor a su violencia, sus pasiones, su disposición turbulenta y lo que es peor, el ser presa fácil de demagogos. Esta tensión, estaba acompañada de otro problema, el carácter localista de la representación en los Estados independizados: antes la distancia entre los colonos y los representantes de la Cámara de los Comunes del Parlamento británico había puesto en evidencia los límites de la ficción de la representación política, pero ahora ella misma había devenido en una concepción demasiado localista, suponiendo siempre la cercanía entre representantes y representados e impidiendo por ello la representación política como legítima en grandes territorios. Madison habría de apelar, en orden a su proyecto de una República extensa territorialmente, a una soberanía popular no reconocida hasta entonces como tal, la del pueblo de los EE.UU. como un todo, pudiendo solo ésta ser considerada superior al pueblo de cualquier estado por sí solo. Como señala Morgan "*Así como en la década de 1640 la Cámara de los Comunes inglesa había inventado un pueblo soberano para derrotar la soberanía del rey, Madison*

había inventado una soberanía del pueblo estadounidense para superar la soberanía de los estados"<sup>5</sup> (MORGAN E. 1988:284). La creación de este 'pueblo', ahora sí superior a toda instancia de poder existente, única y suprema fuente de legitimidad, encorsetado en las instituciones creadas para controlar los efectos y vicios de su base popular, permitió a Madison salvar su propuesta de una República contra la idea de Democracia.

### III

#### *William Godwin.*

Por último, veremos el caso de Godwin, que se destaca por su especificidad en materia de deliberación popular. Mientras la dialéctica entre participación directa en vías de la formación de la voluntad política y la calidad de las decisiones tomadas se resolvía por el lado de la representación política para Madison y Hamilton, restringiendo así la injerencia de las 'multitudes' a la vida política, en Godwin resultó en una apuesta mayor por la deliberación. Ellos tres partían de la premisa de que la soberanía residía en el pueblo, como así también temían al carácter coactivo de las asambleas numerosas para con los individuos en orden a la calidad de la discusión. Veamos primero la caracterización de lo popular en Godwin, para luego ilustrar cómo resolverá esta dialéctica entre soberanía popular y asambleas numerosas. Dice Godwin en la *'Justicia Política'*: "*If once the unambitious and candid circles of enquiring men be swallowed up in the insatiate gulf of noisy assemblies, the opportunity of improvement is instantly annihilated. The happy varieties of sentiment which so eminently contribute to intellectual acuteness are lost. Activity of thought is shackled by the fear that our associates should disclaim us. A fallacious uniformity of opinion is produced, which no man espouses from conviction, but which carries all men along with a resistless tide. Clubs, in the old English sense, that is, the periodical meeting of small and independent circles, may be admitted to fall within the line of these principles (...) Human beings should meet together, not to enforce, but to enquire. Truth disclaims the alliance of marshalled numbers*", (GODWIN W. 1793:215-216).

Vemos aquí, que la situación asamblearia es asociada por Godwin, de igual modo que lo hicieron Madison y Hamilton, a distintas imágenes peyorativas tales como un 'insaciable abismo', como una 'marea' sin resistencia, con huestes alejadas de toda convicción, donde emergen pasiones como el 'miedo' y prevalece el 'ruido', obstáculos innegables a la comunicación. Pero además también pone en evidencia la recepción que Godwin hace de ideas que encontramos en la tradición francesa, en particular algunas ideas rousseauianas de la democracia deliberativa<sup>6</sup>. En efecto, para Rousseau la uniformidad de opiniones

<sup>5</sup> Para un tratamiento más extenso y desarrollado de estas cuestiones, véase en MORGAN E. 1988, Tercera Parte "*La vía Estadounidense*", pp. 252/304.

<sup>6</sup> R. Gargarella ha hecho notar que la teoría política rousseauiana sería una vertiente no deliberativa sino *populista* de la Teoría de la Democracia, en virtud de que allí "*la sola intervención de las mayorías, manifestada en el voto, es suficiente para dotar de validez a una cierta decisión*" y que estaría ausente la idea de deliberación (cf. GARGARELLA R., punto IV; "*La Democracia Deliberativa en el Análisis del Sistema Representativo*" en AA.VV. "*Transparencia, Accountability y Lucha contra la Corrupción*", Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; Compendio de lecturas 2008). Contra esta lectura de la obra de Rousseau, debe destacarse el carácter normativo de la *Voluntad General* en

puede darse en dos casos; o bien cuanto mayor es su concierto y uniformidad en las asambleas, más fuerte es el indicio de que reina allí la Voluntad General, o bien, indica que los ciudadanos participantes son esclavos, carentes de libertad y voluntad, que temen y adulan, y no deliberan sino que adoran o maldicen (ROUSSEAU J: 1762, IV, 2). En concordancia con esto, Godwin parece distinguir dos tipos de uniformidad de opiniones. La primera jugaría el papel de un contra-fáctico, inalcanzable pero presupuesta necesariamente, en la que la concordancia de opiniones sería el resultado del mejoramiento de la condición humana y las instituciones políticas, anclada en la coincidencia de convicciones. Por otro lado, la uniformidad también puede ser una 'uniformidad falaz', que es la que se produce en esas asambleas ruidosas a las que Godwin hace referencia, donde no hay lugar para un sincero debate. De este modo podemos observar, que tanto en Rousseau como en Godwin aparece una uniformidad de creencias degradada por una falta de libertad, que la vicia de raíz; y aparece en ambos, también, una uniformidad que expresaría la salud del cuerpo político. En el caso de Godwin, la coincidencia en las convicciones éticas y políticas solo puede ser producto de la constante ilustración de los hombres por medio de la conversación y la discusión.

Desde el punto de vista de la actual concepción deliberativa de la democracia, diríamos que para Godwin, es en las asambleas numerosas donde el potencial comunicativo y esclarecedor del intercambio discursivo orientado al entendimiento queda sofocado por una racionalidad estratégica: "*In numerous assemblies a thousand motives influence our judgments, independently of reason and evidence. Every man looks forward to the effects which the opinions he avows will produce on his success. Every man connects himself with some fed or party*", (GODWIN W. 1793:570). En ellas, el intercambio discursivo se desentiende del compromiso y la pretensión de universalidad de los valores para inscribirse como discurso de la parcialidad; ya no se manifiesta como una acción orientada al entendimiento, sino que pasa a orientarse al éxito. Las semejanzas con los miedos de Madison son innegables. Para ambos, en una democracia pura, peligra la libertad debido al espíritu faccioso, y las asambleas populares y numerosas son un caldo de cultivo para él.

El principio de que la calidad de las condiciones de deliberación es a costa de sacrificar el número de intervinientes en ella es sostenido por Godwin, que lo expresa de la siguiente manera: "*Discussion perhaps never exists with so much vigour and utility as in the conversation of two persons [...] Shew to mankind by a few examples the advantages of political discussion undebauched by political enmity and vehemence, and the beauty of the spectacle will soon render the example contagious*" (GODWIN W. 1793:214). Vemos aquí el esbozo de aquél principio que será una constante en la concepción deliberativa de la democracia, especialmente entre quienes sostienen que el

---

Rousseau, que en ningún caso puede confundirse con la Voluntad de la mayoría, siendo solo la primera el baremo de legitimidad del orden político; ver para esta línea de lectura D'AURIA A. (2012); *Teoría y Crítica del Estado*, Eudeba, Bs. As., Argentina, pp. 120-124; RUBIO CARRACEDO J. [1987], "Democracia y Legitimación del Poder en Rousseau. Democracia avanzada versus representación política", en Revista de Estudios Políticos 'Nueva Época', Núm. 58., Octubre-Diciembre, España, 1987, pp. 215-244, y RUBIO CARRACEDO J. [2000], "La Democracia Republicana", en Revista de Estudios Políticos 'Nueva Época', Núm. 108., Abril-Junio, España, 2000, pp. 245-270.

valor epistémico de la deliberación se incrementa cuanto mejores son las condiciones de intercambio de argumentos, y estas suponen un sacrificio de la cantidad de participantes.

Véase ahora el siguiente pasaje en el que Godwin esgrime una defensa de la democracia: “*One of the most obvious answers to this objection is, that we must not judge of a sovereign people by the example of the rude multitude in despotic states. We must not judge of men born to the exercise of rational functions, by the example of men rendered mad with oppression, and drunk with the acquisition of new born power*” (GODWIN W. 1793:548). Así asoma aquella oposición entre ‘pueblo’ y ‘multitud’, ruda multitud por caso. Jaucourt la asociaba a la oclocracia, del mismo modo que Godwin la asocia ahora al despotismo; e igualmente, inscriben al ‘pueblo’ como sujeto de la democracia. Por un lado, pueblo soberano y hombres nacidos para el ejercicio de sus funciones racionales, y por otro, ruda multitud y hombres que se han vuelto locos por la opresión y embriagados con la adquisición de un poder nuevo.

Sin embargo, esta concepción pesimista de la participación política no opacará el ideal de auto-gobierno en Godwin. Frente a las objeciones a la democracia que la impugnan por considerar que en ella, ocasionalmente los hombres actúan bajo la influencia de la cólera, la sospecha y la desesperación, Godwin redoblará su apuesta a ella, postulando un principio que va más allá de cualquier miedo y aun, de cualquier constatación efectiva de aquel escenario tan temido: “*We should endeavour to make them (men) wise and not to make them slaves. The depriving men of their self - government is in the first place (en el caso de un pueblo soberano) unjust, while in the second (en el caso de la ruda multitud) this, self-government, imperfect as it is, will be found more salutary than anything that can be substituted in its place*” (GODWIN W. 1793:548). En este sentido, Godwin, a diferencia de muchos de sus contemporáneos con quienes compartía grandes reservas sobre las aglomeraciones de hombres investidas del poder de gobernar, lejos de diseñar una ingeniería constitucional que coactivamente contuviera los llamados ‘vicios’ de la democracia a tal punto de desfigurarla, sostendrá por principio que el auto-gobierno, es la única forma justa de gobierno, independientemente de sus imperfecciones. Por ello, y aun aceptando sus puntos débiles, impugnará todo obstáculo a las libertades de pensamiento y expresión de modo de transformar a la multitud en un pueblo capaz de deliberar en condiciones que permitan su mejoramiento, y tras él, el mejoramiento de sus instituciones.

En consecuencia, Godwin reclamará la abolición de distintas instituciones impeditivas de la libre circulación de argumentos. Ilustraremos brevemente algunos argumentos. Una primera objeción contra la supervisión de las opiniones por parte de la autoridad política se apoyará sobre la base de la impugnación moral a la vigilancia y la delación. Toda regulación implica algún sistema de inspección y hace que ella sea el asunto de alguien que permanentemente se inmiscuirá en el proceder del otro. ¿Por qué motivos hacer de un hombre un delator? De este modo, ¿no se propagarán vicios más peligrosos que los vicios a suprimir? (GODWIN W. 1793:586-587). La interferencia de la sociedad organizada en pos de influenciar las opiniones es siempre doblemente perniciosa se trate de opiniones propias de la investigación especulativa o de la Moral (GODWIN W. 1793:594-599). En primer lugar, sería perniciosa porque mina la capacidad intelectual: donde quiera que un gobierno libere a los hombres del problema de pensar por sí

mismos, no habrá más que aletargamiento e imbecilidad, no mejorará sino debilitará las mentes y una conciencia de degradación siempre los perseguirá. Cuando en cualquier mente la verdad no está acompañada de la evidencia que la sostiene, no es realmente entendida y aprendida. Y segundo, también es pernicioso por suspender el mejoramiento intelectual, ¿con qué propósito investigar cuando la ley ya ha dicho a dónde ésta debe arribar? La verdad y la virtud, al igual que el comercio, florecerán más cuanto menos sujetas estén a la tutela de la autoridad de las leyes. Asimismo, el patrocinio de una religión por parte del poder público, dice Godwin, es una de las más notables instancias donde se observa la nocividad de semejante tutelaje. Además de contribuir al vicio, los gobiernos contribuyen al error: ni la doctrina de la transubstanciación ni la creencia de que un hombre elegido por la intriga de un cónclave de cardenales deviene desde ese momento en inmaculado e infalible, podrían haberse mantenido tanto tiempo si no fuera por haber sido respaldadas por la autoridad civil (GODWIN W. 1793:30).

Frente a la idea de que la institución política debe inspeccionar las raíces desde donde provienen las acciones de los súbditos, previniendo que la discordia irrumpa en anarquía y violencia, Godwin afirma que las diferencias especulativas solo disturbán la paz social y son peligrosas cuando se arman con la autoridad del gobierno, cuando forman facciones en el Estado, cuando luchan por su influjo político. Contrástese, una nación de hombres que se atreven a pensar, a hablar, a actuar como creen correcto con una nación con miedo a hablar, y miedo a pensar sobre los más interesantes tópicos de investigación humana, ¿puede ésta, la más abyecta de todas las esclavitudes ser un Estado genuino? (GODWIN W. 1793:611-618) Además, los gobiernos, como los individuos, no son infalibles.

Reclama la abolición de la institución del 'juramento'. Analiza especialmente el caso del pueblo de Francia, donde fue requerido jurar fidelidad por la nación, las leyes, y el rey, cuando unos meses después, luego de los episodios revolucionarios, se requirió abjurar de la monarquía. Pero aun analizando la naturaleza de aquél primer juramento, ha de pensarse que su alcance se restringe a aquellos casos en los que la nación, las leyes y el rey concuerden entre ellos, lo que implicaría decir 'juro que es mi deber hacer todo aquello que me parezca justo'. Así, la gravedad de esta institución radica en que supone inevitablemente una '*prostitución del lenguaje*', un uso insincero del mismo. Y *la sinceridad no es menos esencial que la igualdad al bienestar de la humanidad* (GODWIN W. 1793:629 y ss.). Un gobierno que provea motivaciones para la hipocresía, no aborrece menos a la razón que uno de órdenes y distinciones hereditarias. Inclusive, Godwin tendrá reservas contra el juramento de testificar verazmente en juicio. Aun cuando reconoce que esta versión de la institución resiste a las objeciones generales contra el juramento, señala su nocividad por devaluar la veracidad de la palabra en las relaciones cotidianas de los hombres y por dar por hecho que la mera palabra, sin ser acompañada de juramento alguno, no merece credibilidad.

#### IV

##### *Conclusión*

Hemos hecho un breve recorrido por tres expresiones, de la teoría política de la época de la Revolución Francesa para intentar dar cuenta del temor a las asambleas populares en autores que parten

de la premisa normativa de que el sujeto de la soberanía es el pueblo, e intentado dar cuenta de la salida que proponen para resolver esa tensión. Ello, a partir del eje del concepto de pueblo, y de la contraposición de los términos *pueblo* y *multitud* o *populacho*, que especialmente se ve reflejado en la tradición francesa y en Godwin, y que en la tradición norteamericana con menor claridad terminológica, aparecen también ambas connotaciones de lo popular.

De este modo, hemos ilustrado que aquel temor por las asambleas populares que aparecía en Platón, primer representante relevante de la teoría anti-democrática, pervive en la Modernidad Política. A partir de los documentos y textos trabajados, quedó en evidencia que esta 'tensión' entre ese temor a las asambleas -es decir, a los procedimientos y lugares donde ha de formarse la voluntad del pueblo soberano- y la idea misma de *soberanía popular*, se expresa a partir de una terminología muy específica que guarda un núcleo fuertemente normativo. Tanto los términos 'pueblo' como 'populacho' o 'multitud' son usados regulativamente, esto es, para denotar aquello que se valora y aquello que se desaprueba en términos políticos. Quizás esta diferenciación conceptual se deba al aura de sacralidad que se tejió en torno al concepto de 'pueblo', que en aquel momento pasaba a revestir el estatus de piedra de toque de la concepción del poder político, como sujeto fundamental para la concepción ascendente de la soberanía, en definitiva, como piedra angular de la modernidad política.

En el caso de la respuesta que en EE.UU. se dio a dicha tensión, es innegable, especialmente por el uso a veces positivo y a veces despectivo del concepto de pueblo, la filiación aristocratizante que exhiben tanto Hamilton como Madison. En este sentido, R. Dahl ha señalado con tino, que Madison estuvo probablemente más influenciado por la larga tradición del 'republicanismo', que tanto en la teoría como en la práctica se inclinaba de alguna manera más hacia la aristocracia, el sufragio limitado, la preocupación por los derechos de propiedad y el miedo al populacho que hacía un gobierno de amplia base popular más dependiente de la 'voluntad del pueblo' (DAHL R. 2001:160). Lo mismo vale para Hamilton, quien expresa, según vimos, tanto el *El Federalista* como en los debates constituyentes, su abierto desdén por lo popular -aun cuando disintiera con Madison sobre el tipo de elite que debía gobernar-. La resolución de esta tensión ha sido para ellos encorsetar coactivamente la acción del sujeto de la democracia mediante instituciones que hagan de mediadoras e impidan y dificulten la intervención directa de cualquier elemento popular-mayoritario en la toma de decisiones del Estado.

Contrariamente, en el caso de la figura de William Godwin, hemos observado que aun partiendo de estas dos ideas en tensión, es decir, de la desconfianza a los procesos de toma de decisiones en asambleas políticas y la irrenunciable premisa de la soberanía del pueblo, abogó por la eliminación de toda intervención estatal que dificultase el debate, y consecuentemente, la ilustración de los miembros de la sociedad política. Aquí entraba a jugar otra premisa: la única forma justa de gobierno, es el auto-gobierno, fuera de ello queda el despotismo o la anarquía, y entre ambos extremos será preferible la anarquía, pues "*Where anarchy has slain its hundreds, despotism has sacrificed millions upon millions, with this only effect: to perpetuate the ignorance, the vices and the misery of mankind?*" (GODWIN W. 1793:548-549). La verdadera resolución del problema de las asambleas tumultuosas es eliminar progresivamente toda coacción que hace permanecer a

los hombres en ignorancia. Dado que todo lo que está por fuera del auto-gobierno es despotismo, aun cuando nos encontremos frente a ‘rudas multitudes’, lo más justo será en todo caso dejarlas en libertad para que lleguen a ser, eventualmente, un pueblo soberano que se auto-gubierne.

El recorrido hecho en los textos escogidos del siglo XVIII nos ha permitido ver que la línea de lectura de Rosanvallon en relación a la idea de *pueblo*, por estar referida en términos generales tanto al siglo XVIII como al siglo XIX, necesitaba de algunas precisiones. En efecto, la oscilación que este autor observa entre un principio sociológico de connotaciones peyorativas y un principio político de valoración positiva en el concepto de *pueblo*, es pensada y referida “sobre todo” para al siglo XIX (ROSANVALLON 1998:24). Pero en el siglo XVIII y especialmente en los textos de derecho político, según hemos visto, la voz *pueblo* se utiliza predominantemente en un sentido regulativo, y para la referencia sociológica de connotaciones peyorativas se echa mano a otros términos, como multitud, o populacho, quedando así el término *pueblo* reservado a una función normativa. Esto no quiere decir, como hemos mencionado, que tales términos peyorativos -multitud, populacho- aunque descriptivos no cumplan una función a la vez regulativa -pero negativa- ya que está asociada a distintos regímenes políticos considerados ilegítimos -oclocracia en Jaucourt, despotismo en Godwin-. En este sentido el término pueblo -y no populacho ni multitud- no oscila entre aquellos principios, el sociológico y el político, sino que predominantemente aparece centrado en este segundo, y vinculado a su función normativa.

Por último, cabe destacar que el recorrido hecho por las tradiciones escogidas, en el momento crucial de emergencia de dos documentos jurídicos paradigmáticos que dejarán su impronta en los actuales Estados de Derecho y en las teorías contemporáneas de la democracia, a saber, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), y la *Constitución de los EE.UU.* (1787), contribuye a una mejor comprensión del trasfondo teórico-normativo de los actuales debates sobre la democracia. En efecto, las distintas vertientes nacidas en el seno de la teoría de la democracia deliberativa tienen por fondo teórico distintas concepciones del pueblo, del sujeto de deliberación: su fundamento sigue siendo la idea de que el pueblo es el sujeto indiscutible de la soberanía pero mientras algunas de ellas confían absolutamente en su juicio -las que apuestan por formas más directas de participación política- estarán también las que temen por la emergencia de una multitud de hombres que empobrezcan la calidad de la deliberación.

### Referencias bibliográficas

- BOHMAN J. (1998); “*The coming of age of Deliberative Democracy*”, en *The Journal of Political Philosophy*, V.6, N°4, 1998, p. 400-425.
- DAHL R. (2001); “*How Democratic is the American Constitution?*”, Yale University Press, EEUU, 2001.
- D’AURIA A. (2012); *Teoría y Crítica del Estado*, Eudeba, Bs. As., Argentina, 2012.
- FARRAND M. (ed.), (1911); “*The Records of the General Convention of 1787*”, Vol. I, Yale University Press, [1911], Vol. 1., <http://oll.libertyfund.org/titles/1057>, [consultada 15/01/2015]

GARGARELLA R. (2008); “*La Democracia Deliberativa en el Análisis del Sistema Representativo*” en AA.VV. “*Transparencia, Accountability y Lucha contra la Corrupción*”, Publicado por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; Compendio de lecturas 2008.

GARGARELLA R. (1995); “*Crisis de Representación y Constituciones Contra-mayoritarias*”, en “*Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*”, ISSN 1405-0218, 1995, N°. 2, págs. 89-108.

GODWIN, W. (1793), “*An Enquiry Concerning Political Justice and Its Influence on General Virtue and Happiness*”; London, England. Printed for GGJ and J. Robinson, Paternoster - Row, Volumes I & II, 1793.

JAUCOURT L. (1751-1772); artículos ‘*Démocratie*’, ‘*Ochlocratie*’, ‘*Peuple*’; y ‘*Multitude*’; en « *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers* » editada por DIDEROT D. y D’ALEMBERT J., <http://diderot.alembert.free.fr/O.html>, [consultada 20/02/2015].

KOSELLECK R. (2004); “*Historia de los conceptos y conceptos de historia*”, *Revista de Historia Contemporánea. Ayer* 53/2004 (1): 27-45 ISSN: 1137-2227, trad. J. Fernández y G. Capellán de Miguel, México, pp. 27-45.

KRULIC B. (2005) ; Presentación de las Jornadas de Estudio «*Peuple et Volk : réalité de fait, postulat juridique* » en Revue électronique internationale ‘*Sens Public*’, 2007/02, [http://www.sens-public.org/article.php3?id\\_article=380](http://www.sens-public.org/article.php3?id_article=380), [consultada 12/02/2015]. El trabajo publicado en línea en 2007 corresponde a las Jornadas de 2005 celebradas en la *Université de Paris X-Nanterre*, organizado por *l’UFR des Langues*, y el *Centre de recherches sur le monde germanique et de l’Ecole Doctorale Lettres, Langues et Arts du spectacle* de la *Université de Paris X-Nanterre*.

KRULIC B. (2012) ; «*Peuple/Nation: un concept clé de la modernité démocratique*», conferencia para el Coloquio «*Peuple, Nation et Folklore : Approches Interculturelles* », Centro de Estudios Interculturais ISCAP, Portugal, 25/10/2012.

MADISON J. (1787); *The Federalist Papers*, No.10, “*The Union Safeguard against Domestic Faction and Insurrection*”, Electronic Classics Series Publication, Editor Jim Manis, Pensilvania, U.S.A., 2001.

MORGAN E. (1988); “*La Invención del Pueblo. El Surgimiento de la Soberanía Popular en Inglaterra y en Estados Unidos*”, S.XXI Editores, Bs. As., Argentina, 2006.

PLATON, “*Critón*”, “*Gorgias*” y “*República*”, en *Diálogos I, II y IV*, Ed. Gredos, Madrid, España, 1981, 1987 y 1988 respectivamente.

RODRIGUEZ G. (2013), “*La filosofía política republicana de Alexander Hamilton: virtudes y virtud de un padre fundador*”, Cuadernos filosóficos - Segunda Época - N°X/2013, pp. 11-46, Homo Sapiens Ediciones, Rosario, Argentina, 2013.

ROSANVALLON P. (1998); «*Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*», Galimard, París, Francia.

ROSANVALLON P. (2003); «*Por una historia conceptual de lo político*», FCE, Buenos Aires, Argentina, 2003.

ROUSSEAU J. (1762), *El contrato Social*, Ed. Libsa SA., Madrid, España, 2001.

RUBIO CARRACEDO J. [1987], «*Democracia y Legitimación del Poder en Rousseau. Democracia avanzada versus representación política*», en Revista de Estudios Políticos 'Nueva Época', Núm. 58., Octubre-Diciembre, España, 1987, pp. 215-244.

RUBIO CARRACEDO J. [2000], «*La Democracia Republicana*», en Revista de Estudios Políticos 'Nueva Época', Núm. 108., Abril-Junio, España, 2000, pp. 245-270.

WOLOSKY A. (2014); «*La teoría y metodología de la historia conceptual en Reinhart Koselleck*», *Historiografías*, 7, Enero-Junio 2014, México, pp. 85-100.

# LA “MATERNIDAD SUBROGADA” ¿UNA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA MÁS?

Por María Eugenia Borrajo

## RESUMEN

En un escenario posmoderno de creciente infertilidad, quienes se ven imposibilitados de concebir naturalmente encuentran en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), la vía a la ansiada familia. La maternidad subrogada se inserta en este contexto como una práctica peculiar, generalmente merecedora de un tratamiento distinto del resto de las técnicas de reproducción humana asistida. El presente trabajo estudia la postura de las jurisdicciones que no aceptan la gestación por sustitución, comparándolo al tratamiento favorable que reciben –en estas mismas jurisdicciones–, las demás técnicas de fertilización asistida. En un intento por comprender este enfoque diferente, posteriormente se aborda el principio heredado del Derecho romano, *mater semper certa est*, en tanto la práctica del “alquiler de vientres” lo afecta directamente. Concluye con un cuestionamiento a la validez actual del principio.

## PALABRAS CLAVE

Maternidad subrogada – alquiler de vientres – gestación por sustitución – subrogación gestacional –  
Técnicas de reproducción humana asistida – fecundación asistida - *mater semper certa est*

# SURROGACY: JUST ANOTHER ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUE?

By María Eugenia Borrajo

## ABSTRACT

In a post-modern scenario of growing infertility, those incapable of conceiving naturally turn to ART, in the hopes of starting the eagerly sought-for family. In this context, surrogacy is presented as a peculiar practice, generally deserving of a treatment disparate to the rest assisted reproductive techniques. This paper studies the position taken by those jurisdictions that do not accept surrogacy, and compares it to the positive treatment that other techniques receive from the same jurisdictions. In an attempt to understand this different approach, subsequently the *mater semper certa est* principle –inherited from Roman law- is addressed, since surrogacy deeply affects it. The paper finally questions the current validity of the maxim.

## KEY WORDS

Surrogacy – surrogate motherhood – ART – Assisted reproduction technology - Assisted reproduction techniques – surrogate mother – gestational carrier - *mater semper certa est*

# LA "MATERNIDAD SUBROGADA" ¿UNA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA MÁS?

Por María Eugenia Borrajo\*

## I. Introducción

La maternidad subrogada<sup>1</sup> es definida como la práctica por la cual una mujer –la “gestante”– acepta someterse a técnicas de reproducción humana asistida, con la intención de llevar a término un embarazo en favor de una persona o pareja –los “comitentes” o “padres intencionales” –, “a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la gestante, sino con él o los padres comitentes” (SCOTTI, 2013: 274).

En un escenario posmoderno de creciente infertilidad, quienes se ven imposibilitados de concebir naturalmente encuentran en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), la vía a la ansiada familia.

La maternidad subrogada se inserta en este contexto como una práctica peculiar, generalmente merecedora de un tratamiento distinto del resto de las técnicas de reproducción humana asistida.

En este sentido, del informe preliminar elaborado por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2012), parece surgir que, en lo que respecta a la gestación por sustitución, no existe una tendencia regulativa clara común en el derecho comparado. A su vez, se evidencia que un número significativo de países prohíbe – o, por lo menos, no admite<sup>2</sup>– la práctica, en cualquiera de sus modalidades.

El presente trabajo se propone analizar el tratamiento que estas mismas jurisdicciones le otorgan a las demás TRHA<sup>3</sup>, con el objeto de realizar una comparación con la regulación de la gestación por sustitución. Estas legislaciones ¿se enmarcan en un contexto de rechazo hacia las TRHA? ¿O –por el contrario–, el “alquiler de vientres” goza de un tratamiento especial?

---

\* Estudiante avanzada de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Promedio alcanzado: 9.11. Participa de proyectos de investigación como adscripta y como investigadora estudiante.

<sup>1</sup> Los conceptos de “maternidad subrogada”, “gestación por sustitución”, “alquiler de vientres”, “subrogación gestacional”, en el presente trabajo serán utilizados en forma indistinta, salvo aclaración en contrario.

<sup>2</sup> Carece de valor jurídico y por lo tanto no es ejecutable.

<sup>3</sup> Se limitará el estudio a la regulación de ciertas TRHA –las “clásicas” (inseminación artificial y fecundación in vitro) y la fecundación post-mortem (también rodeada de controversia)-, y únicamente en el marco de los ordenamientos jurídicos que rechazan la gestación por sustitución.

Una primera aproximación parece indicar que esta situación se contrapone a la del resto de las TRHA, las cuales -en términos generales-, siguen una tendencia hacia la aceptación en estos mismos países.

¿A qué se debe esta distinción? La última sección del trabajo pretenderá responder a este interrogante, haciendo especial énfasis en el precepto heredado del derecho romano *-mater semper certa est-*, entre otras particularidades de la técnica.

## II. La gestación por sustitución en el Derecho comparado

Del Informe Preliminar de la Haya de marzo de 2012 (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2012) - confirmado por el Documento Preliminar de marzo de 2014 (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014) -, se desprende que las posturas adoptadas por las jurisdicciones frente a la práctica, son variadas y pueden clasificarse en cuatro grandes grupos:

- Prohibición: en este caso, los contratos que se formalicen en contravención a las normas que establecen la prohibición de la práctica, son nulos y no exigibles. Además, en la mayoría de estas jurisdicciones se aplicarán sanciones penales para las partes involucradas o los terceros intermediarios que hayan facilitado el acuerdo. Como consecuencia, la filiación de los niños nacidos de la práctica se determinará considerando las reglas generales del ordenamiento jurídico del que se trate.
- Falta de regulación: la característica saliente de estos casos es que, a pesar de no existir prohibición expresa, los acuerdos de maternidad subrogada son “ya sea expresamente o por aplicación de reglas generales, nulos y no ejecutables en términos de la cláusula principal (la obligación de la madre gestante de entregar al niño/s a los padres intencionales luego del nacimiento)”<sup>4</sup>. “En estos Estados, al igual que en los Estados en que la maternidad subrogada se encuentra expresamente prohibida, el estado legal de los niños nacidos como resultado de cualquier acuerdo se determinará por las reglas generales sobre la filiación”<sup>5</sup>.
- Admisión restrictiva: estos Estados solamente permiten la gestación por sustitución de tipo “altruista”, en que la gestante no recibe dinero a cambio del compromiso (independientemente de que reciba compensación por los gastos necesarios en que incurre durante el embarazo). En general, también requieren que al menos uno de los comitentes aporte el material genético, y

<sup>4</sup> “Such arrangements are either expressly, or under general law principles, void and unenforceable in terms of their main clause (the obligation of the surrogate mother to surrender the child(ren) to the intending parents following the birth)” (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 10).

<sup>5</sup> “In these States, as in the States where surrogacy is expressly prohibited, the legal status of the child born as a result of any arrangement will be determined by the general laws concerning legal parentage” (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2012: 11).

rechazan la posibilidad de que la gestante sea la que aporte el ovulo fecundado, es decir, no admiten la "maternidad subrogada"<sup>6</sup> (en el sentido estricto del término).

- Admisión amplia: una cantidad reducida de jurisdicciones admite, además del contrato de tipo "altruista", el "comercial", por el cual la gestante recibe compensación económica a cambio de cumplir con la obligación estipulada en el acuerdo. A su vez, esta postura suele verse acompañada de legislación que prescinde de conectores del tipo "nacionalidad" o "domicilio", que limiten la admisión de la práctica a los nacionales o residentes en el país. Por lo tanto, suelen ser polos del "turismo reproductivo"<sup>7</sup>, atrayendo a padres intencionales de todo el mundo.

Este tratamiento dispar que le otorgan las legislaciones a la gestación por sustitución, permite confirmar que no existe una tendencia regulativa común.

De entre las diversas aproximaciones, una se encuentra representada por la no-admisión de la práctica en el ordenamiento jurídico interno, que abarca tanto la "prohibición" como la "no-regulación"<sup>8</sup>.

Ahora bien ¿qué tan extendida se encuentra esta postura? Para responder al interrogante, se enumeran a continuación las jurisdicciones que la siguen:

1. Alemania<sup>9</sup>
2. Austria<sup>10</sup>
3. Bulgaria (DIRECTORATE-GENERAL, 2013: 15).
4. Canadá (Quebec)<sup>11</sup>
5. China<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Con el término "maternidad subrogada" es conocida la practica cuando la gestante es inseminada artificialmente con el espermatozoides del padre intencional, o de un tercero donante. Es decir, bajo esta modalidad, es su propio óvulo el que será fecundado, y por lo tanto será madre genética del niño.

<sup>7</sup> "El fenómeno se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de TRA (técnicas de reproducción asistida) desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla." (LAMM, 2012: 21-22).

<sup>8</sup> Esto es así en la mayoría de las legislaciones, aunque existen casos, tales como Tailandia, en que la falta de regulación se tradujo en una admisión de la práctica. "Thailand has an absence of regulation concerning surrogacy but for-profit surrogacy arrangements appear to be flourishing". Del Informe Preliminar de marzo 2014, p. 16. Sin embargo, luego del caso "baby Gammy", Tailandia parece haber restringido el acceso a la práctica.

<sup>9</sup> "La ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90, en su art. 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que: "1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento" (LAMM, 2012: 11).

<sup>10</sup> A pesar de que no hay prohibición específica respecto de la maternidad subrogada en su tipo "tradicional", se considera que Austria prohíbe la práctica. "Conforme al artículo 2.3 de la ley federal sobre reproducción asistida, del 1 de julio de 1992, los ovocitos y embriones sólo pueden ser utilizados en el paciente del cual proceden. De esta manera, ni la donación de ovocitos ni la gestación por sustitución son opciones posibles en Austria". Además, la sección 143 del Código Civil de Austria establece que la mujer que da a luz al niño es la madre (LAMM, 2012: 11).

<sup>11</sup> "Cualquier acuerdo en que una mujer entra para procrear o gestar el niño de otra persona es absolutamente nulo" (traducción propia) CÓDIGO CIVIL QUEBEC, 1991: a. 541)

<sup>12</sup> ".../ the Chinese Government banned surrogacy of both the commercial and altruistic varieties in 2001". Administrative Measures for Assisted Human Reproductive Technology, order of the Ministry of Public Health of the People's Republic of China, No 14 of 2001 (TRIMMINGS y BEAUMONT, 2013: 93-94).

6. Croacia<sup>13</sup>
7. Dinamarca<sup>14</sup>
8. EEUU (Arizona<sup>15</sup> – Distrito de Columbia<sup>16</sup> – Michigan<sup>17</sup> – Nebraska<sup>18</sup> – Louisiana<sup>19</sup> – Kentucky<sup>20</sup> – Indiana<sup>21</sup> – Nueva York<sup>22</sup>)
9. Eslovaquia (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 16).
10. España<sup>23</sup>
11. Filipinas (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 16)
12. Finlandia (NORDFORSK, 2014: 7)
13. Francia <sup>24</sup>
14. Islandia<sup>25</sup>
15. Italia<sup>26</sup>
16. Malta (DIRECTORATE-GENERAL, 2013: 15)
17. México (Querétaro<sup>27</sup> y Coahuila<sup>28</sup>)

<sup>13</sup> "Surrogacy and cloning are prohibited" (BUSARDO y otros, 2014).

<sup>14</sup> "An agreement on the transfer of the child from the mother to another after birth is invalid" (CHILDREN'S ACT, 2001: a. 31) "Forbids giving fertility treatment in situations where an agreement on surrogacy is deemed to exist" (ACT OF ASSISTED FERTILISATION, 1997: a. 13).

<sup>15</sup> "A. No person may enter into, induce, arrange, procure or otherwise assist in the formation of a surrogate parentage contract/.../" (ARIZONA REVISED STATUTES, 2011: a. 25-218)

<sup>16</sup> "Surrogate parenting contracts are prohibited and rendered unenforceable in the District" (CODIGO DE DC, 1997 : a. 16-402)

<sup>17</sup> "A surrogate parentage contract is void and unenforceable as contrary to public policy" (SURROGATE PARENTING ACT, 1988: a. 722 -855)

<sup>18</sup> Nebraska Revised Statues, 200, "(1) A surrogate parenthood contract entered into shall be void and unenforceable" (NEBRASKA REVISED STATUTES, 2014: a. 25-21, 200)

<sup>19</sup> RS 9:27: 13: "A. A contract for surrogate motherhood as defined herein shall be absolutely null and shall be void and unenforceable as contrary to public policy" (LOUISIANA REVISED STATUTES, 2013: 9:2713)

<sup>20</sup> "A person, agency, institution, or intermediary shall not be a party to a contract or agreement which would compensate a woman for her artificial insemination and subsequent termination of parental rights to a child born as a result of that artificial insemination. A person, agency, institution, or intermediary shall not receive compensation for the facilitation of contracts or agreements as proscribed by this subsection. Contracts or agreements entered into in violation of this subsection shall be void" (CODIGO DE KENTUCKY, 2005: 199.590)

<sup>21</sup> "A surrogate agreement described in section 1 of this chapter that is formed after March 14, 1988, is void" (CODIGO DE INDIANA, 2013: a.20)

<sup>22</sup> "Surrogate parenting contracts are hereby declared contrary to the public policy of this state, and are void and unenforceable" (NEW YORK CONSOLIDATED LAWS, 2012: a. 122)

<sup>23</sup> "1) Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero" (Ley No 4, 2006).

<sup>24</sup> "El art. 16-7 Cod. Civ., dispone que "Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo" (LAMM, 2012: 11).

<sup>25</sup> "Artificial fertilisation performed on a woman who intends to carry a child for another woman, and has agreed before the pregnancy to give up the child immediately after the birth, is prohibited" (Ley sobre la fertilización asistida, 1996: a.1)

<sup>26</sup> "El art. 4.3 de la ley núm. 40 del 19 de febrero de 2004, prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo. No hay duda que también está prohibida la gestación por sustitución /.../, es nula en cualquiera de sus modalidades". En su artículo 12, parr. 6, penaliza a los que "realizan, organizan o comercializan" la maternidad subrogada, lo cual se interpreta en sentido de alcanzar a todos los que intervienen (LAMM, 2012: 11).

<sup>27</sup> "Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión /.../" (CÓDIGO CIVIL QUERÉTARO, 2009: a. 400)

18. Noruega (NORDSFOLK, 2014: 7)
19. Portugal (Ley 32, 2006)
20. República Dominicana (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 16) <sup>29</sup>
21. Serbia (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 16)
22. Suecia (NORDSFOLK, 2014: 7)
23. Suiza<sup>30</sup>

De este análisis es posible deducir que existe una cantidad variada y significativa de jurisdicciones que no admiten la maternidad subrogada.

Aunque considerando la cantidad total de Estados y jurisdicciones no parece tratarse de un número revelador, es necesario notar que la mayoría de los países africanos no son considerables en este sentido, por una imposibilidad de acceso que torna inexistente la regulación.

Asimismo, en lo que respecta a la mayor parte de centro-América y sud-América, "estas tecnologías casi no están reguladas" (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DDHH, 2008: 48). Es decir, "la mayoría de los países de América Latina no tienen regulación legal" (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DDHH, 2008: 49).

Por lo tanto, representan principalmente al norte del continente americano, y al europeo. Quizás en este último caso es donde deba enfocarse el análisis, ya que no es posible ignorar el hecho de que "la mayoría de los países europeos prohíben la maternidad subrogada" (SCOTTI, 2013: 280).

En relación a los países islámicos<sup>31</sup> que han incorporado la *Sharia* a su legislación, cuando se la interpreta a la luz de la práctica del alquiler de vientres, se ha entendido que se encuentra prohibida, salvando el caso en que el óvulo de una primera mujer del marido sea implantado en el útero de la segunda mujer (MUHAMMAD RIZVI, n.d).

### III. Las TRHA y la gestación por sustitución

La práctica de la gestación por sustitución se enmarca en un contexto de creciente demanda de técnicas de reproducción asistida, lo cual ha acarreado su regulación por parte de las legislaciones internas de los Estados.

<sup>28</sup> "Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente" (CÓDIGO CIVIL COAHUILA, 1999: a. 489), y "El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno" (CÓDIGO CIVIL COAHUILA, 1999: a. 491).

<sup>29</sup> Ya que República Dominicana contestó, en abril de 2013, el cuestionario de la Conferencia de Haya indicando que cualquier tipo de gestación por sustitución se encuentra prohibida, pero luego aclarando que "There are no regulations in this regard, the mother who has given birth will be considered the mother and the father will be the one that the mother says". A su vez, también se respondió que no hay mecanismos para que se establezca la filiación a favor de los padres intencionales (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2013)

<sup>30</sup> "Está prohibida por el artículo 119.2 letra d) de la Constitución Federal ("La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas") y por el artículo 4 de la ley federal sobre procreación médicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito)" (LAMM, 2012: 11).

En virtud de ello, se considerará el tratamiento que las jurisdicciones bajo análisis –que no admiten la maternidad subrogada– le otorgan a las demás TRHA. El examen limitará el estudio a las técnicas “clásicas” (inseminación artificial y fecundación in Vitro), y fecundación post-mortem –que resulta tan controversial como la practica bajo análisis–:

- Inseminación artificial homóloga: deposición de semen, extraído del marido o pareja, a la entrada del útero, mediante el uso de una jeringa, para hacer posible la concepción (CHAVEZ VELA, 2006).
- Inseminación artificial heteróloga: la diferencia con la homóloga reside en la procedencia del esperma utilizado. En este caso, es el de un tercero donante.
- Fecundación in Vitro: implica reproducir, afuera del cuerpo humano, el proceso de la fecundación del óvulo por un espermatozoide, previamente extraídos (GLOSARIO DE TERMINOLOGIA TRA, n.d.). Una vez obtenidos los embriones, se procede a su inserción en el útero de una mujer, que puede, o no, ser la mujer de la cual provinieron los óvulos.
- Fecundación post-mortem: tiene dos modalidades; en la primera, una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida. En la segunda, la mujer se le implanta el embrión ya fecundado con aporte genético del fallecido (AHARGO, 2013).

Ahora bien, ¿que tan extendidas se encuentran estas técnicas? En este sentido, la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado recoge, en su informe preliminar de marzo de 2014, un dato determinante: “Solo un Estado respondió que todas las formas de reproducción asistida están prohibidas en el Estado” (Mónaco) (traducción propia) (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 12).

De ello se desprende que prácticamente todas las jurisdicciones que abarca el estudio de la Conferencia admiten las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

¿Cómo se compatibiliza este dato con el rechazo de la gestación por sustitución? ¿Ocurre que estos países tienen una posición restrictiva con respecto a las TRHA en forma general? ¿O, por el contrario, la práctica del “alquiler de vientres” goza de un “tratamiento especial”?

Con el objeto de responder estos interrogantes, se analizan a continuación las tendencias legislativas en materia de TRHA, únicamente de países que no admiten los contratos de maternidad subrogada:

1. Alemania: la sección cuarta de la ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90 establece la prohibición de la fecundación post-mortem (MEMORANDUM, 2009: 13). Admite la inseminación artificial, tanto homóloga como heteróloga. También la fertilización in Vitro, pero

<sup>31</sup> Entendiéndose por tal el Estado cuyo gobierno tiene como base principal la *Sharia* (ley religiosa musulmana), que rige todos los aspectos de la vida musulmana.

limitándola para los casos en que la mujer tenga problemas en su útero, o el hombre de fertilización<sup>32</sup>.

2. Austria: admite la inseminación artificial de tipo homóloga y la fecundación in Vitro. El artículo 2.3 de la ley federal sobre reproducción asistida, del 1 de julio de 1992, indica que los ovocitos y embriones sólo pueden ser utilizados en el paciente del cual proceden, lo cual da cuenta de la admisión de la fecundación in Vitro<sup>33</sup>, aunque en forma sumamente restrictiva. A su vez, solamente admite la inseminación artificial de tipo heteróloga cuando el marido o el co-habitante sea infértil (BERNAT y VRANES, 1993). En su artículo 4 también prohíbe la fecundación post-mortem<sup>34</sup>.
3. Bulgaria: admite ambas formas de inseminación artificial, pero prohíbe la fecundación post-mortem (BUSARDO y otros, 2014: tabla 3). A su vez, admite la fecundación in Vitro<sup>35</sup>.
4. Canadá (Quebec): las TRHA se encuentran reguladas por la ley sobre las actividades clínicas y de investigaciones relacionadas con la reproducción asistida, del 2010. En su artículo 17, ésta regula la fecundación in Vitro, estableciendo que, en principio, solo 1 embrión puede transferirse a la mujer<sup>36</sup>. El artículo 16, por su parte, se refiere a la posibilidad de tomar muestras de espermatozoides con el propósito de la inseminación<sup>37</sup>, mientras que el artículo 19 se refiere al donante de gametos. A su vez, el apartado 5 del mismo artículo 16 se refiere a la inseminación artificial, con lo cual es posible concluir que tanto la homóloga como heteróloga son admitidas. Con respecto a la inseminación post-mortem, la cuestión no se encuentra regulada en Quebec<sup>38</sup>; sin embargo, en este contexto podría aplicarse, en subsidio, la legislación federal canadiense, que la admite solo cuando haya existido previo consentimiento escrito para el procedimiento<sup>39</sup>.
5. China: no tiene una norma federal que regule las prácticas, sino que el Ministerio de Salud Pública ha emitido medidas administrativas que indican que el uso de tecnologías de reproducción asistida deberán de conformarse a la política de planificación familiar China (TRIMMINGS y BEAUMONT, 2013). De hecho, las TRHA se admiten siempre que estén afiliadas a hospitales públicos (QIAO y FENG, 2014).

<sup>32</sup> En el caso en que se trate de fecundación in Vitro heteróloga, las restricciones son aun mayores (debiendo, por ejemplo, haber fallado la inseminación artificial y otras técnicas de tipo homologas) (MEMORANDUM, 2009: 15).

<sup>33</sup> "IVF in Austria may be used only by a married or cohabiting heterosexual couple with their own gametes" ((SHALEV y WERNER-FELMAYER, 2012).

<sup>34</sup> "In Austria, postmortem use and surrogacy is forbidden by Fortpflanzungsmedizingesetz Reproduction Law 2004" (DIRECTORATE GENERAL HEALTH AND CONSUMERS, 2008: 19).

<sup>35</sup> Véase <http://www.ivf.bg/fl/index.php/en/the-law>

<sup>36</sup> "Following an in vitro fertilization activity, only one embryo may be transferred into a woman. /.../ A physician who transfers more than one embryo must justify his or her choice" (Act respecting clinical and research activities relating to assisted procreation, 2010: a. 17).

<sup>37</sup> " /.../ sperm sampling and treatment for insemination purposes" (Act respecting clinical and research activities relating to assisted procreation, 2010: apartado 3)

<sup>38</sup> Conforme <http://www.droit-inc.com/article3085-Rejet-d-une-demande-d-insemination-post-mortem>

<sup>39</sup> "No person shall remove human reproductive material from a donor's body after the donor's death for the purpose of creating an embryo unless the donor of the material has given written consent, in accordance with the regulations, to its removal for that purpose" (Canadian Assisted Human Reproduction Act, 2004: a. 8).

6. Croacia: "The Act Concerning Medical Measures for Exercising the Right to Free Decision about Giving Birth to Children", permite tanto la fecundación in vitro, como la inseminación artificial tanto de tipo heteróloga como homologa (BUSARDO y otros, 2014).
7. Dinamarca: se rige por ley No. 460 del 10 June 1997 (reformada por ley 427 del 2003), y admite la inseminación artificial tanto homologa como heteróloga, además de la fertilización in Vitro (BRINSDEN, 1999). A su vez, prohíbe la fecundación post-mortem (BUSARDO y otros, 2014).
8. Estados Unidos (Distrito de Columbia - Nueva York - Louisiana - Arizona): el distrito de Columbia regula las TRHA en el capítulo 16 de su Código, estableciendo en la sección 402 únicamente la prohibición con respecto a la maternidad subrogada<sup>40</sup>. Nueva York admite las técnicas (NEW YORK CONSOLIDATED LAWS, 2012: a. 5, S.73), incluso la fecundación post-mortem (NEW YORK CONSOLIDATED LAWS, 2012: a. 4, S. 4). Louisiana, en su Código civil, establece que "el uso de un ovulo humana fertilizado in- vitro es solamente para el apoyo y contribución de un completo desarrollo humano en el útero implantado"<sup>41</sup> (traducción propia). La situación en Arizona se evidencia en el caso *Gillett-Netting v. Barnhart* (2004), en que se petitionó para obtener los beneficios de la seguridad social para unos mellizos concebidos con posterioridad a la muerte de su padre - aportante del material biológico congelado-, por medio de fertilización in vitro<sup>42</sup> post-mortem.
9. Eslovaquia: admite la inseminación artificial tanto homologa como heteróloga (donación de esperma sin compensación a cambio) (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 14), como también la fecundación in vitro, siempre que se trate de parejas heterosexuales (COUNCIL OF EUROPE, 2012: 17). Con respecto a la fecundación post-mortem, se encuentra prohibida (BUSARDO y otros, 2014).
10. España: por medio de la ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que es la misma que prohíbe -en su artículo 10-, la gestación por sustitución, se regulan las demás técnicas, admitiéndolas bajo ciertas condiciones. Como indica la "exposición de motivos", la norma, "/.../ sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día" (Ley 14, 2006: apartado II). Efectivamente, en el anexo establece: "a) Técnicas de reproducción asistida: 1. Inseminación artificial. 2. Fecundación in Vitro /.../". A su vez, la misma ley española admite la fecundación post-mortem en su artículo 9, apartado segundo, cuando indica: "/.../el marido podrá prestar su consentimiento /.../ para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer".

<sup>40</sup> "Prohibitions and penalties: Surrogate parenting contracts are prohibited and rendered unenforceable in the District" (CODIGO DE DC, 1997 : a. 16-402).

<sup>41</sup> "The use of a human ovum fertilized in vitro is solely for the support and contribution of the complete development of human in utero implantation" (LOUISIANA REVISED STATUTES, 2013: 9:122).

<sup>42</sup> "In-vitro fertilization of Gillett-Netting's eggs with Netting's sperm was undertaken successfully on December 19, 1995" (*Gillett-Netting v. Barnhart*, 2004).

11. Filipinas: las Filipinas regula la inseminación artificial en el artículo 164 del Código de Familia, admitiendo tanto la homóloga como la heteróloga siempre que exista consentimiento escrito formalizado en un instrumento previo al nacimiento del niño<sup>43</sup>. Sin embargo, no existe regulación alguna vigente sobre el resto de las TRHA (LAPUZ, 2009).
12. Finlandia: por medio del "Act on Assisted Fertility Treatments" de 2006 (entrada en vigor en 2007), admite tanto la inseminación artificial homóloga como heteróloga, incluso para mujeres solteras, al igual que la fertilización in Vitro (BUSARDO y otros, 2014). Prohíbe la fecundación post-mortem.
13. Francia: las técnicas de fertilización asistida se encuentran reguladas por Ley n° 2004-800, del 6 de agosto de 2004, relativa a la Bioética. Admite la inseminación artificial tanto heteróloga (ZURRIARAIN, 2011: 204) como homóloga, y la fecundación in Vitro siempre que el embrión haya sido concebido con los gametos de al menos uno de los miembros de la pareja (CÓDIGO FRANCES de SANIDAD PUBLICA, 2002: L.2141-3). Prohíbe la fecundación post-mortem, al establecer que "el hombre y la mujer que formen pareja deben estar vivos y la muerte de cualquiera de ellos impide la inseminación o la transferencia de embriones" (CÓDIGO FRANCES de SANIDAD PUBLICA, 2002: L.2141-2).
14. Islandia: el "Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research" (No. 55, 1996), y la regulación número 144/2009 sobre fertilización asistida admite tanto la inseminación artificial (homóloga y heteróloga), como la fertilización in Vitro<sup>44</sup>.
15. Italia: la Ley 40 del 2004 no autoriza la donación de espermia, ni, por lo tanto, la inseminación artificial heteróloga (Ley 40, 2004: a. 4.3), por lo que la mujer sólo podrá ser fecundada con gametos de su marido (inseminación artificial homóloga) (ZURRIARAIN, 2011). El artículo 5 de la misma ley también prohíbe la fecundación post-mortem<sup>45</sup>. Sin embargo, en abril de este mismo año, el Tribunal Constitucional italiano declaró la inconstitucionalidad de los artículos de la ley relativos a la prohibición respecto de la fertilización heteróloga asistida (N° 162, 2014). Con respecto a la fecundación in Vitro, el artículo 14 la admite pero con restricciones: "inc. 2: Las técnicas de producción de embriones /.../ no deben crear un número de embriones superior al estrictamente necesario para una única y simultánea transferencia /.../"; "inc. 3: Cuando la transferencia de los embriones al útero no resulte posible /.../ se autoriza la crioconservación de los embriones hasta el momento de la transferencia, que deberá realizarse lo antes posible". También estas últimas disposiciones han sido objeto de revisión en los últimos años por parte de

<sup>43</sup> "Children conceived as a result of artificial insemination of the wife with the sperm of the husband or that of a donor or both are likewise legitimate children of the husband and his wife, provided, that both of them authorized or ratified such insemination in a written instrument executed and signed by them before the birth of the child" (FAMILY CODE OF THE PHILIPPINES, 1987: a. 164).

<sup>44</sup> "Artificial fertilisation may be carried out by artificial insemination or by in vitro fertilisation". A su vez, admite la donación de espermia y óvulos (NORDFORSK, 2014: 7).

los tribunales; tras la sentencia 151 de la Corte Constitucional (N° 151, 2009)<sup>46</sup>, a partir del año 2009 la situación de la reproducción asistida ha cambiado haciéndose más flexible. El número de ovocitos a inseminar y posteriormente el número de embriones a transferir es decidido por el médico a cargo del seguimiento.

16. Malta: la ley número 21 del 4 diciembre de 2012 (en vigor enero 2013), sobre la protección del embrión, prohíbe la fecundación post-mortem en su artículo 12. La norma hace una enumeración de los procedimientos prohibidos (artículo 12), sin mencionar a las técnicas de inseminación artificial o in Vitro particularmente. Sin embargo, al no verse éstas prohibidas, ha de entenderse que se encuentran permitidas, en virtud del artículo 5, que estipula que "todo padre futuro tendrá acceso a las técnicas de reproducción asistida /.../" (traducción propia) (Ley 21, 2012: a. 5), siempre que cumpla con los requisitos para ser considerado tal. A su vez, en relación con la fertilización in Vitro se hace referencia, en el artículo 2, a la reproducción médicamente asistida, "/.../ que incluye todos los tipos de intervención, sean intra corporales o extra corporales, que ayudan a juntar los gametos"<sup>47</sup> (traducción propia) (Ley 21, 2012: a. 2).
17. México (Querétaro y Coahuila): los estados de Coahuila y Querétaro tienen disposiciones similares. El Código Civil de Coahuila, en su sección tercera, trata la filiación de los niños resultante de la fecundación humana asistida, admitiéndose tanto la inseminación artificial como la fecundación in Vitro. Sin embargo, el artículo 483 aclara que solo estará permitida la heteróloga en caso de esterilidad o infertilidad médicamente diagnosticada, y únicamente para quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato. Por su parte, el Código Civil de Querétaro dispone reglas similares en su artículo 22 (CÓDIGO CIVIL QUERÉTARO, 2009: 22).
18. Noruega: la ley no. 100, de diciembre de 2003 en relación a la aplicación de la biotecnología en la medicina humana, indica que tanto la inseminación artificial (homóloga y heteróloga<sup>48</sup>), como la fecundación in Vitro se admiten, siempre que la pareja se encuentre casada o en una relación estable (Ley no. 100, 2003: a. 2-1 y 2-2).
19. Portugal: las técnicas de fertilización asistida se encuentran reguladas por la ley número 32, del 26 de julio de 2006, en su segundo artículo indicando que se aplica tanto a la fecundación in Vitro, como a la inseminación artificial. Con respecto a la inseminación artificial, la legislación portuguesa tiene una particularidad: solamente admite la heteróloga en caso en que no pueda

<sup>45</sup> "/.../ pueden acceder a las técnicas de procreación asistida las parejas compuestas por personas mayores de edad, de sexo diverso, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil y en las que ambos miembros estén vivos" (destacado propio) (Ley 40, 2004: a. 5)

<sup>46</sup> Esta decisión estableció que "/.../ the decision on the number of oocytes to be used for insemination, the embryos to be transferred and the embryos to be frozen were a matter of good clinical practice and under the full responsibility of the reproductive specialist" (LEVI SETTI y PATRIZIO, 2012).

<sup>47</sup> "/.../ which includes all types of intervention, be they intracorporeal or extracorporeal that help the bringing together of gametes /.../"

<sup>48</sup> El artículo 2-7 indica que el niño nacido a consecuencia de una TRHA que involucre espermia donado tiene el derecho de conocer la identidad del donante a la edad de 18.

producirse la homóloga con semen del marido o co-habiente de la mujer<sup>49</sup>. El artículo 22, por otro lado, establece la prohibición de utilización del esperma post-mortem, pero admite que el embrión ya fecundado sea implantado en la mujer tras el fallecimiento del marido (o co-habiente) que ha prestado consentimiento previamente a tal fin.

20. República Dominicana: de acuerdo a las respuestas otorgadas en el cuestionario de la Conferencia de la Haya, no existen normas en vigencia sobre técnicas de reproducción asistida en el país (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2013: 10). Por lo tanto, la inseminación artificial homóloga no podría plantear problemas mientras no haya regulación que la prohíba.
21. Serbia: las TRHA se encuentran reguladas por la Ley sobre el Tratamiento de la Infertilidad a través de los procedimientos biomédicos de fertilización asistida, del 2009 (entrada en vigor en 2010). Se admite la fecundación in Vitro y la utilización post-mortem de gametos y embriones, siempre que haya existido previo consentimiento escrito (DÉMENY y otros, n.d.: 12). Con respecto a la inseminación artificial, Serbia admite la homóloga para las parejas heterosexuales, y solamente a modo de excepción para mujeres solteras (no parejas homosexuales), lo cual necesariamente debe realizarse con esperma donado (es decir, la heteróloga también, a modo de excepción) (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 13).
22. Suecia: la ley 1988:711 respecto a la fertilización afuera del cuerpo humano regula la fecundación in Vitro en el país desde 1988 (MEMORANDUM, 2009: 25). Con respecto a la inseminación artificial, se admite tanto la homóloga como la heteróloga, aunque ésta última únicamente bajo la supervisión de un especialista<sup>50</sup>. Se prohíbe la fecundación post mortem (BUSARDO y otros, 2014).
23. Suiza: la ley federal sobre reproducción médica asistida, del 18 de diciembre de 1998, prohíbe la fecundación post-mortem en el artículo 3, apartado 4<sup>51</sup>. Por el otro lado, en el artículo 4 se establecen las únicas prácticas prohibidas: la maternidad subrogada, y la donación de embriones y óvulos. Por ende, también acepta la inseminación artificial y la fecundación in Vitro. De tal forma, admite la donación de esperma para ser usado en las técnicas "legítimas" de reproducción asistida (SR 810, 1998: a. 18), y restringe la remoción y el análisis de las células del embrión in Vitro (SR 810, 1998: a. 5).

<sup>49</sup> "La inseminación con semen de un tercer donante sólo puede tener lugar cuando, en la cara de los conocimientos médicos y científicos disponibles objetivamente, no puede obtener el embarazo por inseminación con semen del marido o de quien vive en unión de hecho con la mujer inseminada" (Ley no. 32, 2006: a. 19)

<sup>50</sup> Conforme "The Present Law", apartado 2, sección II, b). "The Swedish Insemination Act contains seven sections and provides that AID may be carried out only in a hospital under the supervision of a specialist physician" (LAW REFORM COMMISSION, 1986)

<sup>51</sup> "Reproductive cells or impregnated ova may not be used after the death of the person from whom they were obtained" (SR 810, 1998).

El siguiente cuadro resume las posturas adoptadas por las jurisdicciones bajo estudio:

Cuadro 1	Maternidad Subrogada/ Gestación por Sustitución	Inseminación artificial homóloga	Inseminación artificial heteróloga	Fecundación In- Vitro	Fecundación post-mortem
<b>Alemania</b>	NO	SI	SI	SI	NO
<b>Arizona (EEUU)</b>	NO	SI	SI	SI	SI
<b>Austria</b>	NO	SI	SI	SI	NO
<b>Bulgaria</b>	NO	SI	SI	SI	NO
<b>China</b>	NO	SI	SI	SI	-
<b>Coahuila (México)</b>	NO	SI	SI	SI	-
<b>Distrito de Columbia (EEUU)</b>	NO	SI	SI	SI	-
<b>Croacia</b>	NO	SI	SI	SI	-
<b>Dinamarca</b>	NO	SI	SI	SI	NO
<b>Eslovaquia</b>	NO	SI	SI	SI	NO
<b>España</b>	NO	SI	SI	SI	SI
<b>Filipinas</b>	NO	SI	SI	NO REGULADA	NO REGULADA
<b>Finlandia</b>	NO	SI	SI	SI	NO
<b>Francia</b>	NO	SI	SI	SI	NO
<b>Islandia</b>	NO	SI	SI	SI	-
<b>Italia</b>	NO	SI	NO*	SI	NO
<b>Louisiana (EEUU)</b>	NO	SI	SI	SI	-
<b>Malta</b>	NO	SI	SI	SI	NO

\* La Ley 40 italiana del 2004 así lo estipula, aunque el 9 de abril del presente año el Tribunal Constitucional del país declaró la inconstitucionalidad de los artículos de la ley relativos a la prohibición.

Noruega	NO	SI	SI	SI	-
Nueva York (EEUU)	NO	SI	SI	SI	SI
Portugal	NO	SI	SI	SI	SI
Quebec (Canadá)	NO	SI	SI	SI	SI**
Querétaro (México)	NO	SI	SI	SI	-
República Dominicana	NO***	NO REGULADA	NO REGULADA	NO REGULADA	NO REGULADA
Serbia	NO	SI	SI	SI	SI
Suecia	NO	SI	SI	SI	NO
Suiza	NO	SI	SI	SI	NO

El patrón que se desprende de este análisis es el siguiente: aquellos Estados o jurisdicciones que no admiten la maternidad subrogada o gestación por sustitución, no toman la misma posición con respecto al resto de las TRHA.

Efectivamente, todos aceptan la inseminación artificial homóloga, por tratarse del método más simple y menos controversial<sup>52</sup> para concebir.

Lo mismo ocurre con la fertilización in Vitro, que en lo que hace a la generalidad de la práctica<sup>53</sup>, también se encuentra receptada, -o, por lo menos, no prohibida-, por todos los mismo países que prohíben o no le otorgan validez a la gestación por sustitución.

Con respecto a la inseminación artificial heteróloga, Italia es el único país de los occidentales bajo estudio, cuya legislación la prohíbe absolutamente. Sin embargo, es necesario dar cuenta de que en abril de este año, el Tribunal Constitucional revirtió la prohibición de la ley en este sentido, habilitando las técnicas de fertilización asistida de tipo heterólogas (Sentencia n° 162, 2014).

La decisión recepta esta tendencia hacia la aceptación de las técnicas "clásicas" (inseminación artificial, fecundación in Vitro), que no necesariamente abarca, -como es el caso bajo estudio-, a las más controversiales (gestación por sustitución, fecundación post-mortem).

\*\* La prohibición se deriva de lo contestado por el país en el cuestionario elaborado por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

\*\*\* Por aplicación de la ley federal canadiense, que suple el vacío legal de la ley de Quebec, que no se expide sobre este aspecto.

<sup>52</sup> Incluso hay quienes entienden que no debería considerársela una técnica de reproducción asistida. Vease <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/2454/html>

<sup>53</sup> Con la salvedad de que existen casos, fuera del objeto de estudio, en que las legislaciones solo admiten, por ejemplo, la fecundación in Vitro de tipo homóloga, vedando la heteróloga. Tal es el caso de Portugal y Austria.

En lo atinente a la fecundación post-mortem, se evidencia que, a pesar de tener tantos detractores como la práctica bajo estudio, algunas jurisdicciones que rechazan el "alquiler de vientres" aceptan esta técnica. Países como España o Portugal, que cuentan con férreas legislaciones en materia de maternidad subrogada, admiten algún tipo de fecundación post-mortem.

Con respecto a los países islámicos, gracias al *ijtihad*<sup>54</sup>, se proveen respuestas a estas cuestiones de bioética. En virtud del lugar que ocupa la "autenticidad del linaje" en la identidad musulmana y la estructura familiar, sólo el espermatozoides del marido puede dar lugar a la inseminación (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DDHH, 2008: 28).

Así, la inseminación artificial es lícita solo en el caso en que el donante del espermatozoides sea el cónyuge legalmente unido por el matrimonio (homóloga), prohibiendo la inseminación artificial heteróloga (AL-QARADAWY, 2006). Con respecto a la fecundación in Vitro, una condición obligatoria es que el embrión implantado sea resultado de la unión únicamente de los gametos de los esposos<sup>55</sup>. El Islam, a su vez, aceptaría la inseminación post-mortem (GAFO y GUERRA FLECHA, 1998).

De la comparación entre la cultura islámica y occidental<sup>56</sup>, en lo que respecta al tratamiento de la TRHA, surge una conclusión que ayuda a comprender el rechazo de la gestación por sustitución.

Efectivamente, los primeros prohíben aquellas prácticas que importan el contacto entre los gametos de la pareja, y otros ajenos<sup>57</sup>, con lo cual la razón de la prohibición de la maternidad subrogada tiene esta causa<sup>58</sup>.

En cambio, es distinto el razonamiento al que acuden los países occidentales para rechazar la práctica estudiada. Si bien es cierto que, al igual que lo que ocurre en la cultura islámica, en ciertas ocasiones la influencia religiosa fija restricciones en cuanto a las técnicas heterólogas<sup>59</sup>, el rechazo al "alquiler de vientres" cuenta con razones distintas.

De hecho, en las jurisdicciones estudiadas, la no-admisión es absoluta, independientemente de si se trata de la modalidad de "maternidad subrogada" o "gestación por sustitución". Es decir, el rechazo no depende de si, como es el caso de la primera, el óvulo fecundado es el de la gestante, o si es de otra mujer (madre intencional o donante), y el espermatozoides lo aportó el padre intencional o un donante.

<sup>54</sup> Incluido dentro de la *Sharia* comprende el *qiyas* y el *iymaa*. El *qiyas* es el método por el cual se puede deducir una regla religiosa, moral o jurídica a partir de otra regla planteada por el Corán o la *sunna*. El *iymaa* es el medio de creación de reglas nuevas por los jurisperitos musulmanes. Extraído de [http://www.webislam.com/articulos/38954-islam\\_y\\_bioetica.html](http://www.webislam.com/articulos/38954-islam_y_bioetica.html)

<sup>55</sup> Sección "procreación artificial", extraído de [http://www.webislam.com/articulos/38954-islam\\_y\\_bioetica.html](http://www.webislam.com/articulos/38954-islam_y_bioetica.html)

<sup>56</sup> En lo que respecta a los países estudiados.

<sup>57</sup> ".../ prohíbe lo que se conoce como inseminación artificial, cuando el donante del semen no es el esposo" (AL-QARADAWY, 2006: sección 6ta).

<sup>58</sup> En general, se encuentra prohibida, salvo que la gestante sea la segunda esposa del marido que dio su espermatozoides para la fecundación del óvulo proveniente de la primera mujer. A su vez, se encontrará prohibida en forma absoluta, cuando se pretenda inseminar artificialmente a la gestante que no forma parte de la pareja (ya sea con semen donado o con el del padre intencional). También se veda la gestación por sustitución cuando el embrión no proviene de los gametos de la pareja. Conforme [http://www.webislam.com/articulos/38954-islam\\_y\\_bioetica.html](http://www.webislam.com/articulos/38954-islam_y_bioetica.html)

<sup>59</sup> Tal era el caso, previamente comentado, de Italia. Véase [http://www.clarin.com/mundo/Fertilizacion-asistida-Italia-Corte-Iglesia\\_0\\_1117688254.html](http://www.clarin.com/mundo/Fertilizacion-asistida-Italia-Corte-Iglesia_0_1117688254.html)

Por lo tanto, ello solo puede tener su origen en aquello común a todas las modalidades de la práctica, que se repite inequívocamente y la define: la mujer que da a luz, no es la madre del niño.

Así las cosas, el siguiente paso consistirá en profundizar en las causas del rechazo de este precepto, principalmente a través del análisis de aquel principio –heredado del Derecho romano–, que se le contrapone: *Mater semper certa est* (la madre siempre cierta es).

#### IV. Las particularidades del “alquiler de vientres” y el principio *mater semper certa est*

En esta última sección, el trabajo se centrará en estudiar aquello que diferencia a la subrogación gestacional del resto de las TRHA, tomando en especial consideración el principio que indica que “la madre siempre es cierta”.

En la época romana, la madre y la filiación materna gozaban –desde el punto de vista jurídico–, de certeza, en virtud de la capacidad natural de la mujer de gestar. Es decir, con respecto a la maternidad eran todas seguridades, ya que solo la mujer podía dar a luz a un niño, y la prueba de ello provenía del parto, hecho objetivamente comprobable. De allí la frase *Mater semper certa est*, atribuida al jurista romano Paulo (DUPLÁ MARIN, 2012).

De esta manera, durante los siglos siguientes la preocupación girará en torno a la paternidad, que por oposición a la maternidad, se encontraba marcada por la inseguridad, en tanto su determinación se encontraba subordinada a distintos mecanismos de atribución (especialmente considerando la variable matrimonio).

Mientras tanto, la máxima por la cual se reconocía la maternidad con arreglo al parto, fue recogida –en forma directa o indirecta–, en un gran número de legislaciones.

De ello da cuenta el Documento Preliminar de marzo de 2014, de la Conferencia de la Haya, que indica que en la vasta mayoría de los Estados (que respondieron al cuestionario), “/.../ la mujer que da a luz al niño es la madre legal del niño por ministerio de la ley: es decir, automáticamente, en virtud del principio *mater semper certa est*<sup>60</sup>” (traducción propia).

Sin embargo, con el advenimiento de la fertilización asistida y, en particular, el éxito de la fertilización in Vitro, surge la posibilidad de que la identidad de la madre ya no sea siempre segura.

Efectivamente, mientras que la inseminación artificial, y a través de ésta, la maternidad subrogada (en el sentido estricto del término), planteaban problemas en cuanto a una “doble maternidad” –quien da a luz y la mujer comitente–, con el recurso de la fertilización in Vitro éstos se intensifican, agregando la cuestión de la posible distinta identidad de la madre biológica, y quien lleva adelante el parto.

Es decir, la revolución biotecnológica posibilita la escisión entre la mujer que da a luz, la que aporta el material genético, y aquella que tiene la voluntad procreacional. Por ende, independientemente de

<sup>60</sup> “In the vast majority of States which responded to the Questionnaire, the woman who gives birth to a child is the legal mother of the child “by operation of law”: that is, automatically, by virtue of the *mater semper certa est* principle” (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 9).

cuál de estas tres mujeres sea considerada "madre", es posible asegurar que el precepto que aseguraba la "certeza" de la identidad de la madre –por asociación al parto–, se torna ineficaz.

Ahora bien, ante el derrumbe del carácter absoluto del precepto y su evidente ineficacia ante el estado actual de cosas, ¿cómo responden estos ordenamientos jurídicos? ¿Resignan el precepto a un lugar secundario, admitiendo la posibilidad de separación entre el parto y la maternidad? ¿O, por el contrario, se da una continuidad con el principio históricamente sostenido, por el cual la mujer que da a luz es la madre?

Para responder a estos interrogantes, basta observar la legislación estatal respecto de la subrogación de vientres. Aquellas en que el precepto encuentra mayor arraigo, optan por prohibir o negarle efectos a los contratos que tengan por fin escindir el concepto de madre, del de "mujer que da a luz". Admitirlo terminaría por enterrar la máxima *mater semper certa est*.

En concreto, ¿Por qué la practica del "alquiler de vientres" pone en crisis este precepto? Despoja de certezas al hecho del alumbramiento, y por lo tanto deja sin efecto el valor jurídico absoluto del mandato, que aseguraba la existencia de una asociación infalible entre maternidad y parto.

De esta forma, la situación se invierte, y el concepto de "maternidad" esta ahora teñido de incertidumbre, ante la posibilidad de que existan hasta tres "madres": quien tiene la voluntad de serlo, quien aportó el material genético, y quien atraviesa el parto.

Este "abanico" de alternativas derrumba la base de la filiación materna de la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, que históricamente han identificado a la maternidad con el parto.

De tal forma, estos Estados o jurisdicciones pretenden atenerse al precepto y otorgarle certeza a la identidad de la madre rechazando el recurso de la gestación por sustitución.

Es decir, al no admitir la posibilidad de que quien de a luz sea solo una "gestante", aseguran la identificación entre el parto y la mujer que pretende criar al niño, en un intento por reafirmar que "la madre siempre es cierta" (por el hecho objetivo del alumbramiento).

Esta relevancia tan marcada de la máxima *mater semper certa est*, no niega que existan innumerables cuestiones en juego involucradas en la práctica, que influyen –en los casos mencionados– para evitar su admisión en el ordenamiento jurídico interno.

Entre estas otras causas que hacen a su rechazo, pueden mencionarse:

- Las cuestiones contractuales: el objeto del contrato de gestación por sustitución, que establece el compromiso de llevar un embarazo y entregar al niño que nace a consecuencia, estaría constituido por personas, lo cual se encuentra prohibido, por inmoral, fuera del comercio, o contrario a las buenas costumbres.
- La dignidad de la mujer gestante y del niño se vería vulnerada, tornándolos en cosas susceptibles de ser negociadas, transferidas y entregadas.

<sup>61</sup> A veces, ello resulta de la legislación, en algunos Estados, y en otros es considerada una practica o la posición del *common law*. En palabras del documento, "This position results from legislation in some States, and in others it is deemed simply an established practice or the position at common law" (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 9).

- Ocasionaría la cosificación de la gestante que sería "utilizada" como "incubadora" o "recinto gestador" (LAMM, 2012).
- El "negocio" y la explotación: conllevaría la explotación de mujeres pobres por las personas o parejas adineradas, al igual que por los terceros intermediarios que hacen un negocio de las esperanzas de los padres intencionales, mientras que la gestante recibe una pequeña porción del beneficio económico.
- Los derechos del niño: se alega que quien nace a consecuencia de esta técnica "heredaría una filiación compleja", lo cual "puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quienes son sus padres y ocasionar alteraciones psicológicas" (SCOTTI, 2013: 277). Especialmente en lo atinente al derecho a la identidad, también encuentra relación con el precepto de *la madre es siempre cierta*, ya que son dos las objeciones que suelen plantearse. La primera, en cuanto a la vulneración de la identidad del niño por negársele información sobre su historia. En el caso en que, por ejemplo, se acuerde que la gestante guardará el anonimato tras el parto, y/o al niño no se le ponga en conocimiento de su realidad biológica. La segunda, en torno a la confusión que se genera para el niño -a la hora de formarse una consciencia de sí mismo-, cuando toma conocimiento del hecho de que quien lo gestó por nueve meses y le dio a luz, no es su madre. Ambas críticas encuentran respuesta en la no-admisión del "alquiler de vientres", al negarse la posibilidad de separación entre madre natural e intencional.

Es necesario notar que estas objeciones son propias de la gestación por sustitución, y no se aplican a otras técnicas de reproducción humana asistida (independientemente de que éstas cuenten con sus propias críticas).

De hecho, la posible reprobación de las religiones no fue mencionada en la enumeración, porque se trata de una característica que la subrogación gestacional comparte con el resto de las TRHA.

En este sentido, especialmente crítica es la Iglesia Católica, que rechaza todas las TRHA, por considerarlas reemplazantes de la reproducción sexual correspondiente al matrimonio, que separa artificialmente el significado procreador de la unión<sup>62</sup>.

Así, en general, en las religiones "las técnicas que reciben una mayor aceptación son la inseminación artificial conyugal (solo rechazada por la Iglesia Católica), la fecundación in Vitro homóloga (la rechaza, de nuevo, la Iglesia Católica, así como la Ortodoxa si se producen embriones supra numerarios) /.../" (GAFO y GUERRA FLECHA, 1998: 194).

Sin embargo, también con respecto al culto, el "alquiler de vientres" ocupa un lugar especial: "por el contrario, hay un rechazo total de la maternidad sustitutiva –tanto la realizada con compensación económica como si se hace de forma filantrópica" (GAFO y GUERRA FLECHA, 1998: 194).

<sup>62</sup> "En el acto conyugal no es lícito separar artificialmente el significado unitivo del significado procreador". De la audiencia general de Juan Pablo II, del 22 de agosto de 1984. Véase [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/audiences/1984/documents/hf\\_jp-ii\\_aud\\_19840822\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/audiences/1984/documents/hf_jp-ii_aud_19840822_sp.html)

Esta toma de posición es clara, por ejemplo, en el caso de la Iglesia ortodoxa búlgara, que no se opone a la fertilización in Vitro, pero subraya la prohibición de la maternidad subrogada<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Véase [http://sofaechno.com/2012/01/04/1738409\\_bulgarian-orthodox-church-is-not-against-in-vitro-fertilisation-metropolitan-says](http://sofaechno.com/2012/01/04/1738409_bulgarian-orthodox-church-is-not-against-in-vitro-fertilisation-metropolitan-says)

## V. Conclusión

En un contexto global que se inclina hacia la recepción de las técnicas de reproducción humana asistida, el "alquiler de vientres" se encuentra prohibido – o no aceptado –, en diversas jurisdicciones.

Efectivamente, las mismas jurisdicciones que rechazan la práctica, tienden a admitir el resto de las TRHA.

De tal modo, es indudable que, como TRHA, la gestación por sustitución recibe un tratamiento distintivo, sea cual fuere el enfoque desde el que se la analice: jurídico, ético, religioso.

En última instancia, esta realidad es motivada por las particularidades que la caracterizan; esencialmente, la práctica propone un escenario en que la mujer que da a luz al niño no es la madre.

En conclusión, la no-admisión de la práctica en las legislaciones estudiadas –y aquello que la diferencia de otras TRHA–, responde a una problemática particular de la gestación por sustitución, especialmente influenciada por la tradición histórica-cultural de la cual se hereda el precepto *mater semper certa est*.

Estas jurisdicciones pretenden mantener la unidad de identidad entre la mujer que da a luz, y la madre del niño, y para ello deben recurrir al rechazo de la gestación por sustitución.

Es decir, se trata de una relación de doble sentido: mientras que la tradición tan arraigada logra que aun se identifique "el hecho biológico del nacimiento con la constitución de la relación jurídica de filiación" (PEREZ DE CASTRO, 2014: 330) materna, la no-admisión del "alquiler de vientres" pretende amparar el precepto histórico, para que su contenido no carezca de absoluto sentido.

A la luz de lo analizado, y a pesar del esfuerzo de las legislaciones bajo estudio, es posible asegurar que con el advenimiento de la tecnología que hizo posible la gestación por sustitución, las bases de la filiación materna se vieron alteradas de tal forma, que el principio *mater semper certa est* pierde validez.

Con la consecuente imposibilidad de identificar certeramente a la madre por el hecho del parto, el antiguo precepto parece darle paso a uno nuevo y opuesto: la madre es siempre incierta.

## Referencias bibliográficas

### Doctrina

- AHARGO, A. C. (2013) "Fecundación Post Mortem. El derecho a procrear y el interés superior del niño". En *Revista de Derecho UNS*, 1931, Año 2, Número 2.
- AL-QARADAWY, Y. (2006) *Lo lícito y lo ilícito en el Islam*. Buenos Aires, Oficina de Cultura y difusión Islámica, 2006. Disponible en <http://www.nurelislam.com/licito/libro.html> [Consulta: 28 de noviembre de 2014]
- BERNAT, E. y VRANES, E. (1993) "Reproductive Health Care Policies Around the World: The Austrian Act on Procreative Medicine: Scope, Impacts, Inconsistencies". En *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 1993, Vol. 10, No. 7.
- BRINDEN, P. R. (1999) *A Textbook of In Vitro Fertilization and Assisted Reproduction*. CRC Press, 1999.
- BUSARDO, F. P., y otros (2014) "The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members". En *BioMed Research International*, 2014, vol. 2014.
- CHAVEZ VELA, N. A. (2006) *Glosario de Biotecnología*, UAA, 2006.
- DÉMÉNY, E. y otros (n.d.) *Different perspectives on regulation of assisted reproduction treatments in Serbia and Hungary: Comparative analysis*. Disponible en [http://hpi.sk/cdata/Documents/Different\\_Perspectives\\_SRB-HU\\_Kosice\\_Article.pdf](http://hpi.sk/cdata/Documents/Different_Perspectives_SRB-HU_Kosice_Article.pdf) [Consulta: 25 de noviembre de 2014]
- DUPLÁ MARIN, M. T. (2012) "El Principio Mater Semper Certa Est ¿A debate?". En RESINA SOLA, P. (2012) *Fundamenta Iuris. Terminología, Principios e Interpretatio*. Universidad Almería, 2012, p. 309.
- GAFO, J., y GUERRA FLECHA, J. M. (1998) *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Univ. Pontificia Comillas, 1998.
- LAMM, E. (2012) "Gestación por sustitución". En *Indret* 3/2012, julio 2012.
- LAPUZ, J., R. (2009) "ART (assisted reproductive technology) and its legal innuendos: A Challenge for a Statutorial Renovation". En *UST Law Review*, 2009, vol.LIII. Disponible en [http://ustlawreview.com/pdf/vol.LIII/ART\\_and\\_its\\_Legal\\_Innuendos.pdf](http://ustlawreview.com/pdf/vol.LIII/ART_and_its_Legal_Innuendos.pdf) [Consulta: 28 de noviembre de 2014]
- LEVI SETTI, P. E., y PATRIZIO, P. (2012) "The Italian Experience of A Restrictive IVF Law: A Review". En *J Fertiliz In Vitro*, 2012.

MUHAMMAD RIZVI, S. (n.d.) *Marriage and Morals in Islam*. Islamic Education & Information Center, n.d. Disponible en <http://www.al-islam.org/marriage-and-morals-islam-sayyid-muhammad-rizvi> [Consulta: 20 de noviembre de 2014]

PEREZ DE CASTRO, M. G. (2014) *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Midac, SL, 2014.

QIAO, J., y FENG, H. L. (2014) "Assisted reproductive technology in China: compliance and non-compliance". En *Translational Pediatrics*, 2014, Vol 3, No 2. Disponible en <http://www.thetp.org/article/view/3545/4408> [Consulta: 28 de noviembre de 2014]

SCOTTI, L. (2013) "El reconocimiento de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas". En *Pensar en Derecho*, 2013, N°1, pp. 267 – 289. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> [Consulta: 18 de noviembre de 2014]

SHALEV, C., y WERNER-FELMAYER, G. (2012) "Patterns of globalized reproduction: Egg cells regulation in Israel and Austria". En *Israel Journal of Health Policy Research*, 2012. Disponible en <http://www.ijhpr.org/content/1/1/15> [Consulta: 23 de noviembre de 2014]

TRIMMINGS, K., y BEAUMONT, P. (2013) *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*. Bloomsbury Publishing, 2013.

ZURRIARAIN, R. J. (2011) "Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado". En *Cuad. Bioét.* 2011, Vol. XXII, p. 204. Disponible en <http://www.aebioetica.org/revistas/2011/22/2/75/201.pdf> [Consulta: 25 de noviembre de 2014]

### Legislación y sentencias

Alemania: Ley 745/90 de protección del embrión, del 13 de diciembre de 1990.

Arizona: Arizona Revised Statutes (2011). Disponible en <http://law.justia.com/codes/arizona/2011/title25/section25-218> [Consultado 20 de noviembre de 2014]

Arizona: *Gillett-Netting v. Barnhart*, 2004 371 F.3d 595, Circuito 9no.

Canadá: Canadian Assisted Human Reproduction Act (2004). Disponible en <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/> [Consultado 19 de noviembre de 2014]

Coahuila: Código Civil (1999). Disponible en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/6/168/523.htm?s=> [Consulta: 20 de noviembre de 2014]

DC: Código (1997). Disponible en <http://dcode.org/browser/#/16/16-402> [Consulta: 22 de noviembre de 2014]

Dinamarca: Ley No. 460 del 10 de junio 1997 (reformada por ley 427 del 2003).

España: Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 26 de mayo; BOE, núm. 126, de 27 de mayo 2006. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292> [Consulta 10 de noviembre de 2014]

Filipinas: Family Code of the Philippines (1987). Disponible en Disponible en <http://www.chanrobles.com/executiveorderno209.htm#.VHJ8KdKG8uc> [Consulta: 25 de noviembre de 2014]

Francia: Código de Sanidad Pública (2002). Disponible en [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3172BA02570413BDD54D80F77754BB82.tpdo07v\\_1?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20110311](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3172BA02570413BDD54D80F77754BB82.tpdo07v_1?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20110311) [Consulta 20 de noviembre de 2014]

Francia: Ley n° 2004-800, de 6 de agosto, relativa a la Bioética. Boletín Oficial de la República Francesa, 7 de agosto 2004.

Islandia: Ley No. 55/1996, sobre la fertilización asistida y el uso de gametos humanos y embriones para la investigación.

Italia: Ley 40/2004, de 19 de febrero, sobre Normas en materia de procreación médica asistida. Boletín Oficial, n° 45, 24 febrero 2004.

Italia: Sentencia del 10 de junio de 2014, n° 162, del Tribunal Constitucional. Disponible en <http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=25143> [Consulta: 20 de noviembre de 2014].

Italia: Sentencia del 8 de mayo de 2009, n° 151, del Tribunal Constitucional. Disponible en <http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=45982> [Consulta: 20 de noviembre de 2014].

Kentucky: Código de Kentucky (2005). Disponible en <http://www.lrc.ky.gov/statutes/statute.aspx?id=7197> [Consultado 23 de noviembre de 2014]

Louisiana: Louisiana Revised Statutes (2013). Disponible en <http://law.justia.com/codes/louisiana/2013/code-revisedstatutes> [Consultado 20 de noviembre de 2014]

Malta: Ley No. 21, sobre la Protección del Embrión. Aprobada el 4 diciembre de 2012. En vigor desde enero de 2013. Disponible en <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=24269&l=1> [Consultado 18 de noviembre de 2014]

Michigan: Surrogate Parenting Act (1988) en Michigan Compiled Laws. Disponible en <http://law.justia.com/codes/michigan/2014/chapter-722/statute-act-199-of-1988> [Consultado 20 de noviembre de 2014]

Nebraska: Nebraska Revised Statutes (2014). Disponible en <http://law.justia.com/codes/nebraska/2014/> [Consultado 20 de noviembre de 2014]

Noruega: Ley no. 100, de diciembre de 2003 en relación a la aplicación de la biotecnología en la medicina humana.

Nueva York: New York Consolidated Laws (2012). Disponible en <http://public.leginfo.state.ny.us/MENUGETF.cgi?COMMONQUERY=LAWS+&TARGET=VIEW> [Consulta: 21 de noviembre de 2014]

Portugal: Ley 32/2006, del 26 de julio de 2006 sobre la procreación médicamente asistida. Disponible en [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=903&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis) [Consulta: 20 de noviembre de 2014].

Quebec: Act respecting clinical and research activities relating to assisted procreation (2010). Disponible en [http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=3&file=/A\\_5\\_01/A5\\_01R1\\_A.HTM](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=3&file=/A_5_01/A5_01R1_A.HTM)

Quebec: Código Civil, (1991). Disponible en [http://ccq.lexum.com/ccq/en#!fragment/TITLE\\_TWO\\_FILIATION\\_581478](http://ccq.lexum.com/ccq/en#!fragment/TITLE_TWO_FILIATION_581478) [Consulta: 19 de noviembre 2014]

Querétaro: Código Civil (2009). Disponible en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/23/927/402.htm?s=> [Consulta: 20 de noviembre de 2014].

Suecia: La ley 711 de 1988, respecto a la fertilización afuera del cuerpo humano.

Suiza: SRS Federal Act on Medically Assisted Reproduction (1998) Disponible en <http://www.admin.ch/ch/e/rs/8/810.11.en.pdf> [Consulta: 23 de noviembre de 2014]

## Documentos

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2012): Documento Preliminar numero no. 10, de marzo de 2012. "A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, drawn up by the Permanent Bureau". Disponible en <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2014]

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2013): "Cuestionario numero 1 relativo a cuestiones de Derecho Internacional Privado en torno al estatuto de los niños, incluyendo los acuerdos internacionales de maternidad subrogada", abril 2013. Disponible en [http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013pd03\\_es.doc](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013pd03_es.doc) [Consulta: 24 de noviembre de 2014]

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2014): Documento Preliminar numero no. 3 C, de marzo de 2014. "A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements". Disponible en [http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03c\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03c_en.pdf) [Consulta: 24 de noviembre de 2014]

Council of Europe (2012) "Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP", Estrasburgo, 2012. Disponible en [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/INF\\_2005\\_7%20e%20REV2%20MAP.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/INF_2005_7%20e%20REV2%20MAP.pdf). [Consulta: 26 de noviembre de 2014]

Directorate General Health and Consumers; European Commission (2008) "Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies: Final Report". Disponible en [http://ec.europa.eu/health/blood\\_tissues\\_organs/docs/study\\_eshre\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf) [Consulta: 23 de noviembre de 2014]

Directorate-General for internal policies (2013) "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Union Europea, 2013. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies> [Consulta: 26 de noviembre de 2014]

Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (n.d.). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Disponible en

[http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf) [Consulta: 24 de noviembre de 2014]

Law Reform Commission (1986) "Report 49 - Artificial Conception: Human Artificial Insemination". Disponible en [http://www.lawreform.justice.nsw.gov.au/agdbasev7wr/lrc/documents/pdf/report\\_49.pdf](http://www.lawreform.justice.nsw.gov.au/agdbasev7wr/lrc/documents/pdf/report_49.pdf) [Consulta: 22 de noviembre de 2014]

Memorandum from White & Case LLP to The Center for Reproductive Rights (2009) "European laws governing in vitro fertilization". Disponible en [http://www.federa.org.pl/dokumenty\\_pdf/invitro/jbf\\_European\\_laws\\_governing\\_in\\_vitro\\_fertilizati\\_on%5B2%5D.pdf](http://www.federa.org.pl/dokumenty_pdf/invitro/jbf_European_laws_governing_in_vitro_fertilizati_on%5B2%5D.pdf) [Consulta: 28 de noviembre de 2014]

Ministry of Justice, Finland (n.d): "A Legal Overview of the Nordic Countries". Disponible en <http://ncbio.org/nordisk/arkiv/Salla-ppt.pdf> [Consulta: 28 de noviembre de 2014]

Nordforsk (2014) "Legislation on biotechnology in the Nordic countries– an overview 2014", Oslo, 2014. Disponible en [http://www.nordforsk.org/en/publications/publications\\_container/legislation-on-biotechnology-in-the-nordic-countries-2013-an-overview-2014](http://www.nordforsk.org/en/publications/publications_container/legislation-on-biotechnology-in-the-nordic-countries-2013-an-overview-2014) [Consulta: 24 de noviembre de 2014]

# **LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL DERECHO ARGENTINO: ANTEPROYECTO Y PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LEY 26.944 DE RESPONSABILIDAD ESTATAL (B.O. DEL 8 DE AGOSTO DE 2014). APORTES, CONSIDERACIONES Y CRÍTICAS DESDE UNA MIRADA CONSTITUCIONAL**

Por Jonathan Matías Brodsky

## **RESUMEN**

El presente trabajo versa sobre la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho argentino. Se comienza por repasar su larga evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ante la ausencia de normas en la materia, fue modulando sus particularidades y características. Posteriormente, se examinan críticamente las antagónicas regulaciones esbozadas en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, y las disposiciones de la reciente ley 26.944 de responsabilidad estatal. Finalmente, se examina la regulación legal del tema desde una perspectiva constitucional, en particular, desde tres aspectos básicos: el reparto de competencias en la forma federal de gobierno, la igualdad ante la ley y la inviolabilidad de la propiedad.

## **PALABRAS CLAVE**

Responsabilidad extracontractual del Estado – Derecho de Daños – Responsabilidad civil – Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.944 de responsabilidad estatal – Federalismo – Igualdad ante la ley – Derecho de propiedad

**TORT LIABILITY OF THE STATE IN ARGENTINE LAW:  
PRELIMINARY DRAFT AND BILL OF REFORM OF CIVIL  
AND COMMERCIAL CODE AND ACT 26.944 OF STATE  
LIABILITY (ENACTED 8<sup>TH</sup> OF AUGUST, 2014).  
CONTRIBUTIONS, CONSIDERATIONS AND CRITICS  
THROUGH A CONSTITUTIONAL SCOPE**

**Por Jonathan Matías Brodsky**

**ABSTRACT**

This paper deals with tort liability of the State in Argentine law. Firstly, its development in the Supreme Court of Argentina case law is analyzed. Secondly, Preliminary Draft and Bill of Reform of Civil and Commercial Code and Act 26.944 of State Liability (enacted 8th of August, 2014) are examined and criticized. Finally, the subject is discussed from a constitutional perspective – federalism and division of competences, equality before the law and inviolability of property.

**KEY WORDS**

Tort liability of the State – Tort law – Responsabilidad civil – Preliminary Draft and Bill of Reform of Civil and Commercial Code – Act 26.944 of State Liability – Federalism – Equality before the law – Inviolability of property

# LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL DERECHO ARGENTINO: ANTEPROYECTO Y PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LEY 26.944 DE RESPONSABILIDAD ESTATAL (B.O. DEL 8 DE AGOSTO DE 2014). APORTES, CONSIDERACIONES Y CRÍTICAS DESDE UNA MIRADA CONSTITUCIONAL

Por Jonathan Matías Brodsky\*

## I. Introducción

La responsabilidad del Estado es un tema tan antiguo (y complejo) como los términos que lo componen: la responsabilidad, por un lado, y el Estado, por el otro. No se trata de un concepto teórico que haya surgido recientemente en la ciencia jurídica.

Empero, al igual que ocurre con tantas otras instituciones del derecho, la responsabilidad de la Administración Pública no ha sido concebida y regulada de manera uniforme desde sus orígenes. Un breve *racconto* histórico permite advertir los drásticos virajes que ha habido sobre la cuestión a lo largo del tiempo, hasta el advenimiento del Estado Constitucional de Derecho. En éste cambiaría decididamente el paradigma en cuanto a la amplitud y los fundamentos con los que se habría de reconocer el deber jurídico de los Estados de responder patrimonialmente por los daños que causaran a raíz de su actuación u omisión.

Enseguida comenzaremos a examinar el tema en detalle, lo que constituye el objeto de nuestro trabajo. Antes, sin embargo, cabe manifestar algunas consideraciones.

Por un lado, el artículo abordará la responsabilidad extracontractual del Estado, y lo hará desde la perspectiva del derecho argentino. La responsabilidad contractual de la Administración presenta un

---

\* Abogado con orientación en Derecho Privado (UBA), graduado con Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación". Docente de Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho de Daños y Derecho Internacional Privado (UBA). Investigador en proyectos DeCyT y UBACyT, y Becario de Investigación de Maestría de la Universidad de Buenos Aires (2014-2016). Ex Becario del Departamento de Estado de los EE.UU. y de la Universidad Autónoma de Madrid y el Grupo Santander (España). Secretario Editorial de la Revista "En Letra" e integrante del Comité de

régimen y unos principios particulares cuyo análisis excedería los límites de este artículo. Lo mismo ocurriría si pretendiéramos efectuar un estudio del tema en el derecho comparado. Finalmente, excluimos de nuestro análisis la responsabilidad de los funcionarios o agentes públicos que causen daños en su calidad de tales, lo que ameritaría un artículo propio.

Por otra parte, la elección del tema no es caprichosa: antes bien, responde a tres razones de relevancia, que conviene tener presentes a lo largo de la lectura de los acápites subsiguientes.

En primer lugar, la responsabilidad del Estado presenta en sí misma interés e importancia en el ámbito jurídico. Desde la mirada de los administrados, regula en qué supuestos y en qué medida tienen derecho a obtener un resarcimiento frente al perjuicio patrimonial o moral sufrido por una acción u omisión estatal –daños de producción hartos frecuentes en sociedades complejas, tecnificadas, globalizadas—. A su vez, para el Estado significa cuándo y hasta qué punto deberá desembolsar recursos del erario público para satisfacer esos menoscabos individuales.

En segundo término, se ha escogido estudiar la responsabilidad estatal por el acaecimiento de tres hechos sumamente relevantes en el tratamiento jurídico de la materia: su abordaje en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación;<sup>1</sup> su (diametralmente opuesta) regulación en el texto finalmente enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, es decir, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación;<sup>2</sup> y finalmente, mas no menos importante, la ley 26.944 de responsabilidad estatal, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 8 de agosto de 2014, sin perjuicio de la eventual sanción del Proyecto.

Por último, es relevante el trasfondo constitucional que subyace al tema que analizamos. En este sentido, dedicaremos la última parte del trabajo a ofrecer una mirada desde una perspectiva constitucional, en particular sobre la división de competencias entre la Nación y las provincias, el principio de igualdad ante la ley, y el derecho de propiedad en punto a la reparación integral de los daños sufridos por los particulares.

Así planteado el marco de análisis, procederemos a examinar en orden los aspectos que hacen a nuestro ensayo.

## II. Breve repaso de la evolución y los aspectos generales de la responsabilidad estatal en la Argentina. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Un estudio histórico minucioso de la responsabilidad estatal implicaría remontarnos varios siglos atrás: desde la creación del Estado como institución que conocemos hoy en día, pasando por tiempos en los que la Administración Pública era patrimonialmente irresponsable por los daños que pudiera causar a

---

Redacción de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Cualquier crítica, aporte o comentario será bienvenido en la dirección de correo electrónico del autor: [jmbrodsky@derecho.uba.ar](mailto:jmbrodsky@derecho.uba.ar)

<sup>1</sup> En adelante, el “Anteproyecto”.

<sup>2</sup> En adelante, el “Proyecto”.

sus administrados. En el absolutismo, rige la máxima “*The King can do no wrong*”<sup>3</sup> la idea del monarca (todopoderoso, perfecto y elegido por Dios) como “dañador” era inconcebible, y con ella, la noción de responsabilidad del Estado que encabezaba. Años más tarde, el advenimiento de las ideas iluministas puso fin, sólo en apariencia, a esta situación: la omnipotencia del rey fue reemplazada por la de la voluntad popular, y ningún resultado de ésta podía entenderse como causa de un daño que comprometiera el deber estatal de resarcirlo.

Afortunadamente, con el curso de la historia los conceptos evolucionaron hacia otros rumbos de mayor justicia. Estudiaremos en particular el caso de la Argentina, donde luego de desconocerse en un comienzo la demandabilidad del Estado (ver, por ejemplo: *Fallos*, 1:317; *Fallos*, 2:36), comenzó a aceptarse y a delinarse el concepto de responsabilidad estatal. Nótese que aludiremos a sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, la “Corte” o “Corte Suprema”), dado que son aquéllas las que han marcado el camino ante la ausencia –hasta hace unas semanas– de derecho vigente en la materia.

#### a. Responsabilidad estatal por actividad ilícita

Coincide pacíficamente la doctrina en ubicar como primer hito de la responsabilidad estatal en nuestro país, a raíz de actividad ilícita o ilegítima, el precedente "Devoto", de 1933.<sup>4</sup> Se trataba de un campo situado en la Provincia de Entre Ríos, que la actora alquilaba, en el cual como consecuencia de la utilización de un brasero por empleados del Telégrafo Nacional que se encontraban trabajando allí, se produjeron unas chispas que dieron lugar a un incendio.

En esta primera sentencia, la Corte conceptuó la responsabilidad estatal como subjetiva e indirecta, con basamento en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, respectivamente. Lo primero, como es sabido, implica fundamentar jurídicamente el deber de indemnizar en un reproche subjetivo al autor del daño, a título de dolo o (más frecuentemente, y como en este caso) culpa: una acción u omisión negligente, imprudente o inadecuada conforme lo exigían las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (art. 512, Cód. Civil). En cuanto al carácter indirecto de la responsabilidad, se trata de responsabilizar en primer término, de manera inmediata y directa, al autor material del daño (en este caso, los trabajadores del Telégrafo Nacional), y de forma refleja o indirecta al Estado bajo cuya órbita se desempeñaban.<sup>5</sup>

Poco después, en el año 1938, la Corte dictó otro relevante pronunciamiento en la materia: en

<sup>3</sup> Otras versiones del *adagio* con las que se conoce el mismo concepto: *quod regis placuit legis est; le Roi ne peut mal faire; Führerprinzip* (BASTONS, 2012).

<sup>4</sup> *Fallos*, 169:111.

<sup>5</sup> Vale aclarar, a este respecto, que la redacción originaria del art. 43 no avalaba la posibilidad de responsabilizar directamente al Estado: “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores, hubiese cometidos delitos que redunden en beneficio de ellos”. Vélez Sarsfield entendía, siguiendo la “teoría de la ficción”, que al carecer la persona jurídica de voluntad, no podía considerarse autora de actos ilícitos dolosos o culposos, con aptitud para generar consecuencias resarcitorias (LLAMBÍAS, 1963; PIZARRO, 1995). Recién con la reforma de 1968 por la ley 17.711, como veremos seguidamente, resulta viable fundamentar una responsabilidad estatal de tipo directo.

“Ferrocarril Oeste”<sup>6</sup>, la demandante reclamaba al Estado Nacional el pago de los daños y perjuicios sufridos a raíz de una certificación dominial errónea, expedida por el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, que la llevó a abonar dos veces el valor de un terreno. El Máximo Tribunal mantuvo el carácter indirecto de la responsabilidad del Estado, sustentada en el art. 1113 del Código Civil,<sup>7</sup> pero abandonó la idea de culpa para pasar a una responsabilidad objetiva, invocando el art. 1112 del mismo cuerpo legal. El factor de atribución en este caso es la “falta de servicio”, fundada en la idea de que “(...) quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los arts. 625 y 630 del cód. civil)”. Como corresponde a todo factor objetivo de imputación de responsabilidad, el fundamento del deber de resarcir no reposa en reproche subjetivo alguno; opera, por el contrario, con total prescindencia de la eventual culpa o dolo del sindicado como responsable.

Finalmente, mencionaremos el tercer fallo que se considera fundamental en este tema: “Vadell”,<sup>8</sup> de 1984, más cercano en el tiempo y varios años posterior a “Ferrocarril Oeste”. Aquí se trataba – también – de un daño causado por un mal funcionamiento del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires. En este pronunciamiento, lo destacable no es tanto el carácter objetivo de la responsabilidad por falta de servicio (que se mantuvo respecto de años anteriores), sino la responsabilidad *directa* por la que se condenó al Estado, a raíz de la así llamada “teoría del órgano” (GORDILLO, 1977). En palabras de la Corte, y ya con la redacción reformada del art. 43 del Código Civil, “la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no constituye una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”.

#### b. Responsabilidad estatal por actividad lícita

Como es sabido, la responsabilidad civil exige como regla cuatro elementos o presupuestos para su configuración: la antijuridicidad,<sup>9</sup> el daño, el factor de atribución y la relación de causalidad. Así es como se conforma el hecho ilícito que da lugar al fenómeno resarcitorio.

Excepcionalmente, procede la responsabilidad por acto *lícito*, en el cual –precisamente por su carácter no contrario al ordenamiento jurídico integralmente considerado– falta el elemento de

<sup>6</sup> Fallos, 182:5.

<sup>7</sup> *Idem* nota 5.

<sup>8</sup> Fallos, 306:2030.

<sup>9</sup> O acción antijurídica, si se incluye a la acción como quinto elemento autónomo de la responsabilidad civil (cfr. AGOGLIA, BORAGINA y MEZA, 1993).

antijuridicidad.<sup>10</sup> En estos casos, el juez tiene discrecionalidad para acordar la indemnización según las circunstancias del caso, y no rige necesariamente el principio de reparación integral del daño pues el fundamento del deber de resarcir es la equidad (arg. art. 907, Cód. Civil).

En materia de responsabilidad estatal, también existe la así llamada *por acto lícito*, y ésta es incluso más frecuente que en el derecho civil clásico. Es tradicional el ejemplo de la expropiación, donde procede una reparación por los daños causados por aquélla incluso cuando se trate de una acción legítima, que persigue el interés público y se realiza según las prescripciones de la ley especial (ley 21.499). Existen otros casos, menos frecuentes o conocidos, como los de la revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia (ley 19.549) y ocupación temporánea de un bien (ley 21.499).

Enseña BALBIN (2008) que en este ámbito, el fundamento en que reposa el deber estatal de responder no es otro que el derecho de propiedad y la ausencia de la obligación de soportar el daño por parte del particular. El segundo requisito ha sido discutido por parte de la doctrina –p. ej. MARIENHOFF (1993)–, pero es generalmente aceptado por la mayoría de los autores (CASSAGNE, 2006; LÓPEZ MESA, 1998). Se vincula a la existencia del “sacrificio especial” o “singular”, que se configura cuando una norma de alcance general impone a una persona o grupo de personas una carga específica o mayor que al resto de los alcanzados por aquélla, generándole así un perjuicio diferenciado (BIANCHI, 1992). Además del derecho de propiedad, se afecta en este supuesto al principio de igualdad ante las cargas públicas.

Por su parte, en materia de responsabilidad por actividad legítima, el primer gran hito donde se reconoce el deber estatal de resarcir es el fallo “Laplacette”,<sup>11</sup> de 1943. En la especie, se había promovido demanda por los daños y perjuicios causados a raíz de la construcción de una obra pública. Dijo entonces la Corte que la obligación de resarcir nace “de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional”.

Sin embargo, ocho meses después, en “Cía. de Grandes Hoteles”,<sup>12</sup> la Corte volvió sobre sus pasos e –integrada por los mismos jueces– consagró la irresponsabilidad estatal cuando se trataba del ejercicio de un derecho propio. Igual criterio se siguió durante los años subsiguientes, hasta el fallo “Los Pinos”<sup>13</sup> a partir del cual “la Corte admitió invariablemente la responsabilidad del Estado por su obrar lícito: es el primer precedente absolutamente categórico que, sin eufemismos, abandona la idea de que el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir en ilícito ningún acto” (PIZARRO y VALLESPINOS, 2012). Así por ejemplo, en “Tejeduría Magallanes”,<sup>14</sup> de 1989 estableció que “cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquél interés general– esos daños deben ser atendido sen el campo de la responsabilidad del

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, en los casos de perjuicios causados en el ejercicio regular de una servidumbre de paso (art. 3077, Cód. Civil) o de acueducto (arts. 3082 y 3085); por búsqueda de un tesoro en predio ajeno (art. 2553, Cód. Civil) o, en general, mediando alguna de las denominadas *eximentes de antijuridicidad o causas de justificación*.

<sup>11</sup> *Fallos*, 195:66.

<sup>12</sup> *Fallos*, 197:9

<sup>13</sup> *Fallos*, 293:617

<sup>14</sup> *Fallos*, 312:1656.

Estado por su obrar lícito”.

### III. La cuestión en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código

El 23 de febrero de 2011, el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante, PEN) dispuso por decreto 191/2011 la creación de la “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” (art. 1), a cargo del “estudio de las reformas al Código Civil y al Código de Comercio de la Nación que considere necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo” (art. 2). Se previó que la Comisión debería “elevar un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación en el plazo de trescientos sesenta y cinco (365) días corridos, a partir de la fecha de su constitución”, plazo que podría ser ampliado a pedido de la Comisión (art. 4).

La Comisión de Reformas cumplió con la labor encomendada, y poco más de un año después, el Anteproyecto estaba listo.<sup>15</sup> Era de toda lógica que, más allá del *contenido sustancial* de la regulación proyectada por la Comisión, opinable y discutible, aquella tuviera en cuenta la responsabilidad del Estado para su regulación en uno u otro sentido. Es decir: la Comisión tenía *que* hacerse cargo del tema, más allá de *cómo* lo abordara. Y esto es así porque, sin perjuicio del largo y sano camino que fueron marcando durante décadas los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores, un tema tan relevante como la responsabilidad estatal debe estar previsto en la norma jurídica.

Es así como el art. 1764 del Anteproyecto establecía que el Estado “responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.”

En materia de responsabilidad por actividad lícita, el art. 1766 disponía que el Estado “responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”.<sup>16</sup>

Más allá de la valoración de estas normas proyectadas, que realizaremos en el subcapítulo siguiente, resulta claro que la Comisión de Reformas había optado por mantener en lo sustancial las soluciones a las que había conducido la evolución de la jurisprudencia de la Corte. Tratándose de una actividad ilegítima, la responsabilidad es objetiva y vinculada a la noción de falta de servicio; en cuanto a la responsabilidad por acto lícito, ésta es también objetiva, se asocia a la noción del sacrificio especial del administrado perjudicado y, como regla, no se está al principio de reparación integral del daño sino que sólo debe

<sup>15</sup> Recordemos que el 27 de marzo de 2012, la Presidenta de la Nación presentaba públicamente el texto del Anteproyecto.

<sup>16</sup> Como se aclaró en la introducción de este trabajo, no abordaremos el capítulo de la responsabilidad del funcionario y del empleado público. A éste refería el art. 1765 del Anteproyecto, cuyo análisis omitimos.

indemnizarse el gasto emergente (aunque se preveía también en parte, como se advierte, el lucro cesante).

Ahora bien, es sabido que la Comisión de Reformas no elevaría al PEN sino un “*Ante*” proyecto (permítaseme el destacado). El Proyecto en sí, es decir, el texto a enviar efectivamente al Congreso Nacional, quedaría a cargo de la iniciativa legislativa del PEN, que tenía plenas potestades para adoptar, rechazar o modificar cualesquiera de las disposiciones esbozadas por los juristas convocados por decreto. En los hechos, la gran mayoría del articulado original fue mantenido incólume, pero fueron modificados algunos detalles, ciertas disposiciones sustantivas, y en determinadas cuestiones, el viraje fue de 180 grados. Esto último es lo que ocurrió en el tema que nos ocupa.

Así, el Proyecto establece en los arts. 1764 y 1765, que las disposiciones del Título relativo a la responsabilidad civil “no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria” y que “La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.<sup>17</sup>

Es indudable que, más allá de la opinión que nos merece esta solución, y que también abordaremos a continuación, las normas proyectadas suponen un giro copernicano respecto a las que había previsto la Comisión de reformas.

Así presentado el tema, cabe proceder al estudio de las posturas receptadas en cada cuerpo, con los fundamentos que abonan una y otra posición.

#### **a. Argumentos a favor y en contra de cada una de las posturas. Valoración.**

Podríamos presentar de diversas maneras las numerosas razones que se arguyen desde una y otra posición, tanto para defender la propia teoría como para criticar la contraria. La metodología que entendemos resultará más clara es la de abordar sucesivamente los argumentos en que se centra cada una de las posiciones, en vez de tratar por entero una de las teorías y a continuación la otra. Es decir que proponemos una dialéctica de proposición-refutación, que adelantamos, estará orientada a la defensa de la tesis que sostenemos (la receptada en el Anteproyecto).

#### **i. El argumento constitucional. La cuestión del federalismo. Remisión**

El primer argumento que se aduce a favor de la inaplicabilidad de las normas del Código Civil a la responsabilidad del Estado, y la remisión –en cambio– a las disposiciones de derecho administrativo, es el vinculado al carácter federal del Estado argentino.

Es bien sabido que la forma federal de gobierno que consagra la Constitución Nacional (art. 1) supone la separación del poder entre el Estado nacional y los Estados provinciales –preexistentes a aquél–. Y a su vez, la regla general prevista para este fraccionamiento es la que se halla plasmada en el art. 121 de

<sup>17</sup> El art. 1766 del Proyecto se ocupó también de modificar el régimen de la responsabilidad del funcionario y del empleado público previsto en el Anteproyecto. Remitimos al respecto a lo manifestado en la nota al pie anterior.

la Carta Magna: las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación.<sup>18</sup>

Precisamente en este principio reposa la idea de excluir la regulación de la responsabilidad estatal del Código Civil: mientras que éste emana del Congreso Nacional y rige uniformemente en todo el territorio argentino (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional), aquélla es un capítulo del derecho público, particularmente del derecho administrativo, el cual presenta naturaleza local y se regula en cada jurisdicción provincial, en armonía con lo establecido en el mentado art. 121 de la Norma Fundamental.

Por tratarse de una temática netamente constitucional y cuyo debate debe darse también en relación a la ley 26.944, volveremos sobre ella (y, adelantamos, la refutación que tal tesis nos inspira) en la sección "V" del presente trabajo. Allí nos ocuparemos de las aristas constitucionales que presenta el tema que analizamos.

## ii. El argumento pragmático y sus variantes. La indefensión del administrado en las jurisdicciones que no cuentan con normas locales sobre responsabilidad del Estado.

Una pregunta inmediata y previsible que surgía a raíz de los arts. 1764 y 1765 del Proyecto es la siguiente: si la norma remite al "derecho nacional o local, según corresponda", ¿existe tal derecho (objetivo, se entiende), o la remisión es al vacío? ¿Está preparado el sistema jurídico –ordenamiento nacional y provinciales– para la solución proyectada, o es por el contrario lagunoso? Es cierto que a la fecha de elevación del Proyecto no existía una norma nacional sobre la materia, y en la actualidad, sí. Empero, la vigencia de la ley 26.944 no vuelve abstracta ni baladí la cuestión que aquí desarrollamos, por lo incompleta y defectuosa que resulta esa norma a nivel nacional, y porque en todo caso muchos ordenamientos provinciales no cuentan con legislaciones propias en la materia, ni han adherido tampoco a la ley nacional.

Ante los interrogantes señalados, que se convierten en genuinas críticas cuando la respuesta se inclina hacia la segunda de las opciones planteadas, la tesis receptada en el Proyecto y que nosotros combatimos se apresura a oponer tres argumentos (BRODSKY, DONATO BRUN y PETRINELLI, 2014):

(i) En primer lugar, que el cuestionamiento es improcedente, toda vez que ante un mandato constitucional expreso, no se trata de indagar si en la práctica tal o cual jurisdicción ha previsto o no el tratamiento normativo de la responsabilidad del Estado, sino que en esencia –y nada menos que por mandatos constitucionales– corresponde a tales Estados provinciales (BENINI, 2014).

Podemos desvirtuar este razonamiento desde las dos premisas de las que parte: su idea del *deber ser*, y que aquél debe prevalecer de modo absoluto sobre el *ser* y con total prescindencia de éste.

La noción del *deber ser* de la que se parte es que la Constitución establece que corresponde a las

<sup>18</sup> Por supuesto, el examen completo de las competencias exclusivas, concurrentes y compartidos del Estado federal y de las provincias supone un largo y complejo capítulo del Derecho Constitucional. Excede los límites de este trabajo agotar el análisis de tales cuestiones.

provincias (arg. art. 121, CN) y no a la Nación (arg. art. 75, inc. 12) legislar sobre la responsabilidad estatal. Según lo anticipamos en el punto anterior, negamos que ello sea así, y trataremos este tema en la sección “V” a la que ya hemos remitido.

No obstante, incluso concediendo *ad argumentandum* la premisa ideal, el cuestionamiento en el plano fáctico no deja de ser decisivo. ¿No es acaso el fin último del derecho (como ciencia y como conjunto de normas) la solución justa de cada caso concreto? ¿Puede interesar únicamente el encuadramiento teórico de una figura, más allá de lo que ese encuadramiento supondrá en la (deficiente) administración de justicia para el ciudadano de a pie? Más aún: ¿no se estarán soslayando, so pretexto de cumplir una manda constitucional, otros derechos constitucionales (propiedad, igualdad) y principios esenciales (justicia, previsibilidad y seguridad jurídica) tanto o más importantes, si se remite la regulación de la responsabilidad del Estado a leyes locales inexistentes?

La respuesta afirmativa se impone, y como bien apuntaba PIAGGIO (2012), nuestro ordenamiento jurídico no está preparado actualmente para asimilar una reforma de semejante envergadura: las regulaciones nacionales o provinciales vigentes y aplicables en materia de responsabilidad estatal, a las que el Proyecto nos encomienda, no alcanzan a suplir o compensar la futura ausencia de una previsión omnicompreensiva de la responsabilidad extracontractual estatal (nacional, provincial y municipal) en el ámbito del derecho público.<sup>19</sup> Desde luego, agregamos con la ley 26.944 a la vista, ésta *tampoco* da cuenta de un sistema jurídico preparado para la solución que criticamos.

(ii) En segundo término, se ha afirmado que incluso en ausencia de disposición específica sobre responsabilidad del Estado en una jurisdicción dada, igualmente estaría amparada la víctima por el deber general de reparación del daño y el principio *non alterum laedere*, que a partir del art. 19 de la Constitución Nacional se ha considerado reiteradamente como un imperativo constitucional (Cfr. CUADROS, 2013).

Esta afirmación, tomada *literalmente*, no es falsa: aunque en una provincia determinada no exista una norma que regule puntualmente la responsabilidad estatal, el derecho a ser resarcido encuentra recepción constitucional en el art. 19 de la Carta Magna, conforme lo veremos más adelante. El problema no es entonces el valor de verdad del argumento, sino su pobreza conceptual y su inadecuación práctica.

Por un lado, parece sugerirse una razón facilista: no es indispensable legislar como corresponde, de manera adecuada y específica, si en última instancia allí estará la Constitución para salvar cualquier injusticia. Y aun cuando no se esté de acuerdo con la idea anterior, que es opinable, este argumento sí es determinante: la garantía constitucional del *non alterum laedere* es fundamental, mas *no resulta suficiente para dar precisión a la regulación y seguridad jurídica a los justiciables*. Como todo precepto de una Constitución rígida, el art. 19 es de textura abierta y vaga; no entra en detalles, pues se supone que debe perdurar a lo largo de

---

<sup>19</sup> La mayoría de las jurisdicciones no cuenta con códigos, leyes o normas específicas que responsabilicen claramente al Estado según las pautas que se han ido elaborando jurisprudencialmente a lo largo de las últimas décadas. Más aún: en algunas jurisdicciones podría darse, por remisión a las normas del derecho común, un doble reenvío que termine en una laguna legal de difícil solución –Constitución de Santa Fe, art. 18; Constitución de Jujuy, art. 10; Constitución de Catamarca, art. 43; ley 6773 de San Juan, art. 32; ley 920 de Chubut, art. 138; entre otros– (TONELLI, P. y OYHANARTE (h)., M. 2013).

varias generaciones y no ser modificado con cada cambio en las coyunturas. En cambio, la responsabilidad del Estado y sus funcionarios debe estar específicamente detallada, al menos si se quiere dotar de previsibilidad a los derechos y expectativas de los particulares afectados.

En otras palabras, un aspecto tan sensible y frecuente como el que analizamos debe regularse en normativa concreta y específica con *basamento constitucional*, que no es lo mismo que *acudir directamente* a la Carta Magna para hallar el fundamento del reclamo.

(iii) En tercer término, se aduce que desde una perspectiva lógico-interpretativa, los arts. 1764 y 1765 del Proyecto proscriben la aplicación directa y la subsidiaria del Código Civil, mas no así la analógica. De tal suerte, se podría “salvar” –por analogía– cualquier eventual laguna o remisión al vacío (cfr. CASSAGNE, 2012; GARAVENTA, 2013).

Este argumento no deja de llamarnos la atención. Es bien sabido que el razonamiento analógico en la aplicación del derecho supone seleccionar una norma jurídica que se ocupa de un presupuesto de hecho similar al que el sistema positivo no ha previsto, y determina para él su misma solución jurídica. La similitud viene dada por una característica común que han de compartir ambos supuestos, la cual debe ser esencial: el objeto de su regulación jurídica, su razón de ser, la *ratio legis*.<sup>20</sup>

Para fijar las ideas, un claro ejemplo: supongamos que un ordenamiento regula jurídicamente la compraventa, mas no así la permuta.<sup>21</sup> Ante un contrato de permuta, dado el vacío legal, ¿qué normas se le habrán de aplicar? Hay buenas razones para sostener que sería justo regir ese contrato por las normas (sí existentes) de la compraventa, *por analogía*: ante la falta de regulación de uno de los dos contratos, es sensato que se le aplique la misma solución jurídica que al otro, si ambos tipos legales se parecen (y no superficialmente, sino que *se parecen mucho*: comparten sus características esenciales, como los de ser actos jurídicos bilaterales de contenido patrimonial, a título oneroso, tener por objeto la entrega de –al menos– una cosa, etc.).

Ahora bien, si la postura que refutamos parte de la premisa de distinguir de raíz la responsabilidad del Estado y la gobernada por el Código Civil, ¿cómo es que pretende asimilarlas a renglón seguido sin perder coherencia? Planteado de otra manera: si los daños causados por la Administración debe preverlos el derecho administrativo (y nunca el ordenamiento civil), y si aquél no es incompleto a los efectos de su regulación, ¿a qué viene el empeño en sostener como “vía de escape” un argumento interpretativo como el analógico, concebido precisamente para integrar sistemas jurídicos lagunosos? ¿Y cómo es que cabe en todo caso realizar esa asimilación con el Código Civil, que tan conceptualmente extraño sería a la responsabilidad estatal?

Será acaso que el derecho privado está tan íntimamente vinculado a la regulación jurídica de la causación de daños, que no se lo puede dejar fuera del tema.

<sup>20</sup> En efecto, este tipo de razonamiento se denomina de manera indistinta analógico o *a simili*.

### b. El fallo “Barreto”

No podemos dejar de mencionar el fallo “Barreto”,<sup>22</sup> resuelto por la Corte Suprema el 21 de marzo de 2006, pues cualquier análisis que prescindiera de este decisorio podría acusarse de incompleto o parcial. Es un caso de referencia obligatoria, especialmente para quienes sostienen la tesis del PEN receptada en el Proyecto.

En particular, se trata de lo expresado por el Máximo Tribunal en el considerando 10º del fallo, donde parecería sentar una doctrina que establece la aplicación exclusiva de las normas y principios del derecho administrativo en materia de responsabilidad estatal. No obstante, una lectura atenta y no descontextualizada del decisorio permite advertir que, en relación al concepto de "falta de servicio", si bien ésta se delinea conforme a pautas del derecho administrativo, de ello no se colige la normativa aplicable ante un daño injustamente sufrido. Y adicionalmente, el considerando 12º agrega a lo expresado que "...no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos –entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados aunque contenidos en aquel cuerpo legal– no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica...".

Es evidente que un examen cuidadoso e imparcial del fallo, y no uno tendencioso en el que se le quiere hacer decir lo que no dice, mal puede concluirse que en “Barreto” la Corte haya pretendido restringir el campo de la responsabilidad estatal al ámbito del derecho administrativo. “Las normas provinciales pueden tener importancia en esta materia, no para reglar las consecuencias que emergen de la causación del daño y las atinentes a su regulación (que es resorte exclusivo de la legislación de fondo), sino a la hora de brindar parámetros normativos a la luz de los cuales pueda comprobarse, por ejemplo si hubo o no falta de servicio, o modularse si la actividad dañosa de la administración puede o no ser legítima” (PIZARRO, 2013). Es este y no otro el sentido de lo resuelto en la causa “Barreto”.

### IV. La ley 26.944 de responsabilidad estatal (B.O. del 8 de agosto de 2014)

Con prescindencia de que se convierta o no en derecho positivo el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, y con una normativa –en todo caso– compatible con lo previsto en los arts. 1764 y 1765 de aquél, el pasado 2 de julio de 2014 se sancionó la ley 26.944 de responsabilidad estatal, promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el día siguiente.

Nos proponemos a continuación comentar los preceptos y cuestiones más salientes de la flamante norma, que nos anticipamos a aclarar, nos parece un retroceso importantísimo en la materia: aun mayor al

---

<sup>21</sup> Esto constituye un ejemplo hipotético entre nosotros, ya que el Código Civil vigente sí contempla la permuta, con (pocas) normas puntuales y específicas para este contrato (art. 1485 a 1492) y la expresa aplicación *subsidiaria* de las vastas normas sobre compraventa (arts. 1323 a 1433).

que hubiera implicado la sola vigencia del texto elevado al Congreso Nacional en el Proyecto.

#### a. **Ámbito de aplicación**

Comienza el art. 1, como es usual, definiendo el ámbito de aplicación de la ley: ésta rige “la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas”. Hasta aquí, nada nuevo: responsabilidad por acción u omisión, frente a perjuicios que sufran las personas en sus derechos o en sus bienes.

El segundo párrafo de este artículo, también con acierto, refuerza la doctrina ya asentada de que “La responsabilidad del Estado es objetiva y directa”. Evidentemente, sería un retroceso inexplicable que se volviera a una idea de responsabilidad subjetiva (por culpa o dolo) o directa, tras la evolución que ha existido en estos temas y dado el actual estado del arte.

#### b. **Inaplicabilidad de las normas del Código Civil**

Ya el tercer párrafo del primer artículo de la ley contiene una disposición que entendemos criticable (en teoría) e insostenible (en la práctica): “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.”.

El Código Civil *tiene mucho que decir* sobre la responsabilidad del Estado (y de quien sea): es el ámbito normal y regular de emplazamiento de los preceptos sobre resarcimiento de daños, sea cuales fueren los perjuicios, sus autores y sus víctimas. Sería reiterativo volver sobre el problema que conlleva la proscripción de la aplicación directa o subsidiaria de las normas del Código Civil a la materia, y cómo —a nuestro juicio— la analogía, en apariencia permitida *a contrario sensu*, poco tendría que hacer cuando el supuesto regulado (responsabilidad civil en general) y el no regulado por la norma (responsabilidad estatal) se declaman, según los mismos sostenedores de la postura que combatimos, irreconciliablemente distintos (el razonamiento *a simili* reconoce como presupuesto, evidentemente, la *similitud* esencial de los presupuestos de hecho). Remitimos, por ende, a las explicaciones ya vertidas en punto a estos aspectos.

A su vez, decimos que la disposición citada es insostenible en la práctica, porque si la ley pretende —como lo hace— erigirse en un sistema completo y autosuficiente de disposiciones que regulen la responsabilidad estatal, es sencillamente imposible que lo logre en una docena de breves artículos (dos de ellos, de forma) que, impresos, ocupan una carilla. Se habla de “daños” y de “sanción pecuniaria disuasiva” (art. 1); de “caso fortuito” y “fuerza mayor”; de “hecho de la víctima” y “hecho de un tercero por el que no se debe responder” (art. 2); de “relación de causalidad adecuada” (art. 3); de “daño cierto y actual” y “relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva” (art. 4); de “lucro cesante” y de “consecuencia directa e inmediata” (art. 5); de la prescripción y la acción de repetición (art. 9), entre otros conceptos que podrían citarse. La pregunta que nos hacemos es: ¿quién si no el derecho civil —y al día de hoy, el Código

<sup>22</sup> Fallos, 329:759.

Civil— podrá explicar a qué alude, qué significa y qué alcances tiene cada una de esas nociones? Nos parece claro que, mal que le pese al legislador —al menos, al autor de *esta ley*—, la remisión al Código Civil será constante e ineludible, pues de otra manera será imposible precisar los conceptos que la misma ley enuncia.

### c. Imprudencia de sanción pecuniaria disuasiva o astreintes contra el Estado

Reza el último párrafo del art. 1: “La sanción pecuniaria disuasiva es impropia contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

Esta disposición es increíble.

Digo bien, y ruego que no se me tome por poco académico: verdadera y literalmente, sostengo que la disposición que acabo de citar es increíble. El diccionario de la Real Academia Española define al adjetivo “increíble” con dos posibles acepciones: “que no puede creerse” y “muy difícil de creer”. Sinceramente, si no tuviera delante de mis ojos el Boletín Oficial con la norma transcrita, no podría creer que exista un precepto semejante; y aún viéndolo, nos resulta muy difícil aceptarlo.

Para fijar las ideas, recordemos que el art. 666 bis del Código Civil establece —desde la reforma operada por la ley 17.711 en 1968— que “Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.”.

Se trata de las sanciones conminatorias pecuniarias, más conocidas como “astreintes”, voz que proviene del derecho francés (cfr. MAZEAUD y CHABAS, 1941). Tales condenaciones se aplican por los jueces “a quienes no cumplen un deber jurídico impuesto en una resolución judicial” (ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, 1982). Esencialmente, se trata de una pena civil o sanción, disuasiva, accesoria o instrumental, discrecional para el juez (en cuanto a su procedencia y en cuanto al monto) y se fijan en una suma de dinero (CALVO COSTA, 2009).

La existencia de las astreintes no es caprichosa, sino que se orienta a dotar de eficacia en concreto a las resoluciones judiciales. El cumplimiento por las partes de lo que disponen los magistrados es evidentemente obligatorio para aquéllas: las astreintes son el medio que prevé la norma para conminar o disuadir legalmente a ese cumplimiento, a través de una sanción dineraria.

En materia de responsabilidad estatal, la solución de la ley es especialmente criticable, porque se adiciona el problema de la dificultad de detectar qué bienes integran el dominio privado de la Administración y podrían eventualmente ejecutarse. Ante tal extremo, sin las astreintes, es decir, esa multa que “incentiva” a cumplir (para que dejen de correr y acumularse las sanciones impuestas), en más de un supuesto el cumplimiento de las resoluciones judiciales contra el Estado será en la práctica casi facultativo para éste. Y como ya sabemos, una obligación impone un deber jurídico exigible coactivamente, y no un

cumplimiento voluntario (“*si volueró*”). En justas palabras de KEMELMAJER DE CARLUCCI (1995: 585-586), “La solución es disvaliosa, no sólo porque las suspensiones de los juicios contra el Estado se parecen peligrosamente a la ‘cesación de pagos’, sino fundamentalmente porque la astreinte persigue el cumplimiento en especie y no una reparación de daños y perjuicios”.

La inexplicable (o mejor dicho, injusta) disposición del art. 1, último párrafo, y la que veremos más adelante en cuanto al deslinde de responsabilidad estatal por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos, son los verdaderos puntos alarmantes de la ley y que hacen que el sistema previsto por la norma sea francamente insostenible.

#### **d. Eximición de responsabilidad estatal**

Establece el art. 2 que “Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos: a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial; b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder”.

Poco hay para comentar sobre este artículo en particular. Se aplican las reglas generales – casualmente– del derecho de la responsabilidad civil, en el cual el caso fortuito o fuerza mayor (art. 514, Código Civil), el hecho de la víctima (art. 1111, art. 1113, 2º párr., 2ª parte y concs., Código Civil) y el hecho de un tercero por el cual el sindicado como responsable no debe responder (art. 1113, 2º párr., 2ª parte y concs., Código Civil) operan como causales inveteradas de eximición de responsabilidad civil. En particular, tal liberación de responsabilidad tiene lugar porque se quiebra o interrumpe el nexo causal, es decir, la necesaria conexión fáctico-jurídica entre el daño y la acción de la que se aduce que proviene. Acreditar la *causa ajena*, es decir, cualquiera de los tres extremos anteriormente citados y tomados por la ley que comentamos, implica desviar hacia un hecho o acto diferente al que se reputa dañoso, las consecuencias perjudiciales por las que se reclaman.

#### **e. Requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima y legítima**

Según el art. 3 de la ley, “Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Nada hay para objetar en los últimos dos incisos. La relación de causalidad adecuada es un presupuesto básico de nuestro derecho de daños, consagrado expresamente en el Código Civil (art. 901 y

ss.). A su vez, la falta de servicio es –como venimos viendo– el factor de atribución por excelencia en la materia, y en el caso de la responsabilidad por omisión, si bien es discutible la exigencia de un deber expreso y concreto de actuar, se trata un extremo mayormente aceptado.

Sin embargo, yerra de nuevo la norma, y de manera considerable, al limitar la responsabilidad estatal en demasía, exigiendo el carácter patrimonial (“mensurable en dinero”) del daño. Es decir, se excluye de plano la posibilidad del administrado de solicitar un daño extrapatrimonial o moral, incluso cuando éste sea el único experimentado o el de mayor relevancia, y cuando el acto u omisión estatal que lo amerita es antijurídico. No cabe duda de que el daño debe ser cierto (por oposición a meramente eventual o hipotético), pero ¿qué razón de justicia hay para vedar toda posibilidad de resarcimiento del daño moral? Si como consecuencia del obrar ilícito de un empleado o funcionario estatal, o del funcionamiento irregular de un servicio brindado por la Administración, fallece el padre de una persona: ¿sólo tiene derecho el heredero a reclamar el “valor vida”, sin que quepa –como se admite desde hace siglos– condena alguna por el agravio moral? Supongamos por un momento que el fallecido es un adulto mayor que, jubilado, ya no era económicamente productivo, ni aportaba dinero al hogar familiar: ¿queda ese daño impune, porque la “vida” del octogenario no presenta un aspecto “mensurable en dinero” (si es que tal cosa pudiera predicarse, en algún caso, de la vida humana)? Evidentemente, la respuesta negativa se impone.<sup>23</sup>

En el campo de la responsabilidad por actos lícitos, lo dispuesto es incluso más desafortunado. Reza el art. 4º: “Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”. Y el art. 5º, en sus dos primeros párrafos: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.”

En primer lugar, comparando el inc. a) del art. 4º con el del precepto que se ocupa de la responsabilidad estatal por acto ilícito, se advierte que el daño aquí debe ser cierto y –además– *actual*. ¿A

<sup>23</sup> Vale recordar las palabras de la Corte en el fallo “Aquino”, sobre el cual volveremos más adelante: “el valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las

qué se refiere la ley con esta última característica? Hay dos alternativas: (i) que se trate del daño ya producido al momento de dictarse sentencia, lo que excluye al daño futuro. En este caso, la disposición es inadecuada, pues nada debería obstar a una condena por perjuicios aun no operados si se tiene certidumbre de su acaecimiento posterior (entendida dicha certeza como grado de probabilidad objetiva suficiente), o bien el daño se tiene por acreditado *in re ipsa* –caso del daño moral, donde se dificulta la demostración de la “actualidad” (MAZEAUD y TUNC, 1977)–; (ii) que el carácter “actual” del daño se oriente a reconocer la indemnización del gasto emergente, mas no así del lucro cesante o la pérdida de chance –rubros, estos últimos, que se configuran en base a futuros ingresos de bienes al patrimonio, con alto o cierto grado de probabilidad–. Dado que el lucro cesante se elimina expresamente de la cuenta indemnizatoria en el art. 5º, debemos entender que el legislador quiso expresarse en el primero de los sentidos indicados.<sup>24</sup>

En segundo término, se exige la relación de causalidad “directa, inmediata y exclusiva” entre el menoscabo que se reclama y la acción estatal que se sindicada como dañosa. Para comprender el alcance de esta exigencia, cabe recordar dos conceptos.

Por un lado, el de la clasificación de las consecuencias en el campo de la relación causal, en las siguientes categorías: (i) inmediatas, que son las que “acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas” (art. 901, Cód. Civil) y que –como su nombre lo indica– se siguen del hecho dañoso sin otro elemento que intermedie en la cadena causal o la “mediatice” (arg. *a contrario* art. 902); (ii) mediatas, las cuales “resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto” (art. 902) y son previsibles en abstracto; (iii) casuales, que son las “consecuencias mediatas que no pueden preverse” (art. 902, y de allí que las consecuencias mediatas, *a contrario*, sí son previsibles en abstracto); y (iv) remotas, que “no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad” y no deben por ende indemnizarse en ningún caso (art. 906).

Por otra parte, la teoría de la causalidad adecuada admite las denominadas *concausas*, es decir, causas diversas que concurren a la generación del resultado dañoso. Frecuentemente, para exonerarse de la responsabilidad que se le imputa, el demandado intenta desviar el centro de atribución de la conducta reputada perjudicial a la propia víctima-actor, a un tercero por el cual no debe responder, o al acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor. Es posible que esta *causa ajena* sea exclusiva o, lo que es lo mismo, la *única* existente o relevante para la producción del menoscabo (en cuyo caso la liberación de responsabilidad del demandado será total); mas es posible que, en cambio, esa otra causa *concurra* con la acción del sindicado como responsable, en cuyo caso la absorción causal y la exoneración de la obligación de responder no será sino parcial. Para aclarar las ideas con un ejemplo: pensemos en un siniestro vial causado por el dueño y guardián del automóvil, que da lugar a lesiones del peatón-actor, donde la propia víctima también contribuyó con su acción, en parte, al mismo daño que sufrió (verbigracia, cruzando la

---

manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres" (consid. 4º).

avenida por un área no habilitada a tal efecto, y no por la senda peatonal). Si en este caso el juez determina que el resultado “daño” es atribuible (en términos de causa-consecuencia) a la acción del conductor en un 70% y a la del propio lesionado en un 30%, luego este último absorberá en esa proporción el daño que se auto-infligió, y en ese porcentaje respecto del monto que arroje la condena, quedará liberado de responder el demandado (subsistiendo la responsabilidad por el 70% restante).

Así entonces, rechazamos de plano la exigencia de una relación causal “directa, inmediata y exclusiva”. Queda claro que se realiza una excepción –cuyo fundamento racional no advertimos– a las sensatas reglas generales que gobiernan la cuestión del nexo de causalidad. ¿Por qué debe ser el acto estatal la causa *inmediata* del daño, cuando las consecuencias *mediatas* (previsibles por definición) son siempre resarcibles en el campo de la responsabilidad aquiliana (arts. 901 y 904, Código Civil)? ¿Basta con la presencia de un hecho que intermedie entre la acción estatal y el daño –sin importar cuán relevante o irrelevante fuere– para eximir de responsabilidad a aquél? Y peor aún: ¿por qué debe ser el acto estatal la causa *exclusiva* del daño? ¿De dónde surge ese requisito, y qué razones lo fundamentan? Nuevamente, ¿basta con que intervenga otro hecho coadyuvando a la producción del menoscabo, así sea ínfimo, irrelevante, valorado –digamos– en un 1% de la contribución al resultado dañoso, para liberar automática y completamente de responsabilidad al Estado? Cuesta imaginar para semejante disposición otro fin que el vaciamiento liso y llano de la responsabilidad estatal por actividad legítima.

No tenemos objeción a la necesaria “imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal”, a la ausencia de deber jurídico de soportar el daño y al “sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad”, extremos normalmente aceptados en la materia y que resultan lógicos y congruentes para modular la responsabilidad de la Administración Pública por actividad lícita. En cambio, no creemos que esta última deba ser “excepcional”, como indica el art. 5º: coherentemente con lo que venimos sosteniendo, afirmamos que el Estado deberá resarcir los perjuicios que cause su actividad legítima cuando así corresponda por configurarse los requisitos necesarios para ello. Es esta *regla*, y no *excepción*, la que exige un sistema respetuoso del principio según el cual cabe indemnizar a los sujetos los daños causados a su persona o a su patrimonio.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Sin la posibilidad de reclamar lucro cesante, se infiere *a fortiori* que tampoco será viable el rubro de la pérdida de chance.

<sup>25</sup> Otro tanto podría decirse respecto del lucro cesante, cuya reparación en el ámbito de la responsabilidad por acto lícito se elimina expresamente. En este caso, si bien se hace una excepción al principio de reparación integral, el tema es más complejo, por cuanto el lucro cesante –a diferencia del gasto emergente– se funda en ganancias dejadas de percibir en el futuro (que en ocasiones pueden ser muy cuantiosas) y no a erogaciones patrimoniales efectivamente operadas; además, el lucro cesante presenta un grado (aunque en principio bajo) de incertidumbre. Teniendo cuenta que se trata de actos legítimos y no ilícitos del Estado, la cuestión es harto opinable, y –a diferencia de otras críticas que realizamos, que nos parecen netas– reconocemos que, aunque no sea nuestra postura *prima facie*, hay argumentos atendibles para negar la viabilidad de la reparación del lucro cesante cuando el daño lo ha causado el Estado en ejercicio de una actividad lícita.

#### f. Eximición de responsabilidad por daños causados por concesionarios o contratistas

En otra disposición increíble (vale, al respecto, la misma aclaración manifestada en el punto “c” de este mismo acápite), la ley 26.944 establece que el Estado “no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada” (art. 6).

El contenido del precepto es claro: si el servicio público ha sido concesionado o contratado de tal manera que lo ofrece otra persona jurídica, el Estado se desliga de todo deber de responder, incluso de manera subsidiaria.

Poco cabe agregar a tan basto deslinde de la responsabilidad de la Administración Pública, quien en su carácter de tal, *debe* precisamente garantizar la prestación de los servicios públicos a los administrados, y hacerse cargo (responder) de los daños que pueda causar su funcionamiento defectuoso, irregular, tardío, etc.. Como sostiene CAPÓN FILAS (2014), con esta disposición se menoscaban las expectativas de los usuarios, porque una vez establecida la concesión de un servicio público, el Estado desaparece de la escena. Si la concesionaria ha girado sus ganancias al exterior, es insolvente, entra en concurso preventivo o quiebra, etcétera, la víctima no tendrá más opción que soportar el daño, pues el Estado no se hará responsable por el daño (causado por la empresa a la que el mismo Estado decidió concesionar el servicio). Ni siquiera se establece el deber estatal de controlar que la concesionaria preste el servicio adecuadamente como parámetro de responsabilidad. Poco pareció importarle al legislador de esta norma que el art. 42 de la Constitución Nacional consagre el derecho de los usuarios de servicios a la salud, seguridad e intereses económicos, y que la autoridad encargada de la protección de esos derechos sea el Estado, y no una empresa contratista o concesionaria. En palabras de MOSSET ITURRASPE (2012), el Estado “deja hacer”, se lava las manos y permanece ajeno a la prestación del servicio.

#### V. La cuestión bajo análisis desde una perspectiva constitucional

Antes de manifestar nuestras reflexiones finales, concluimos con el acápite relativo a la mirada constitucional sobre el tema objeto del artículo. Lo consideramos de gran relevancia, en un doble sentido: por un lado, porque el número especial de la publicación en el marco de cuya convocatoria se realiza este trabajo, se dedica precisamente a las reflexiones, desafíos y tareas pendientes a 20 años de la reforma de la Carta Magna. Por otra parte, sustancialmente, porque es la Constitución Nacional la norma suprema que informa y en la cual debe basarse la totalidad del derecho positivo interno. Estudiar cualquier cuestión jurídica sin tener en cuenta –en cierto grado– sus implicancias constitucionales, constituye frecuentemente un abordaje incompleto y erróneo.

Sin *preámbulos*, diremos que la ley 26.944 nos parece inconstitucional, por lo menos en tres sentidos distintos, autosuficientes e independientes entre sí. Vulnera tres principios y garantías constitucionales elementales: la división de competencias nacionales y provinciales (art. 75, inc. 12; art. 1 y concs.); la igualdad ante la ley (art. 16); y el derecho de propiedad (art. 17). Examinaremos por separado cada uno de estos aspectos.

#### a. La división de competencias entre la Nación y las provincias

Hemos dicho anteriormente que la Norma Fundamental consagra en primerísimo término la forma federal de gobierno (art. 1), que por definición, supone la escisión de las competencias del Estado nacional y la de los Estados provinciales. Y también que existe una pauta hermenéutica en la división de tales poderes, plasmada en el art. 121 de la Constitución, según el cual las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación.

Sin embargo, la mera invocación del federalismo y de lo dispuesto en el art. 121 no es suficiente *per se* para justificar el carácter local de la competencia para regular la responsabilidad estatal, como algunos pretenden. Es cierto que el derecho administrativo es de naturaleza local, en tanto no ha sido delegado a la Nación, pero la tesis que rechazamos debería esforzarse por demostrar que *la responsabilidad estatal es una cuestión de derecho administrativo y no de derecho civil*. Sin este paso previo, que – insistimos – no resulta trivial ni autoevidente, el silogismo queda huérfano de una premisa y no puede extraerse la conclusión a la que arriban el Proyecto y la ley 26.944.

En cambio, nosotros advertimos que tan cierto como es que las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación, lo es también (*a contrario sensu*) que las provincias *no* conservan todo el poder que *sí* *hayan delegado a la Nación*. Y precisamente, es una de esas competencias delegadas al Estado nacional el dictado del Código Civil (art. 75, inc. 12): es en tal cuerpo normativo donde naturalmente debe emplazarse cualquier tipo de regulación de responsabilidad civil, es decir, de daños causados a particulares; ello así, por el objeto de que se trata, y con prescindencia del sujeto sindicado como responsable.

Desde luego, es necesario fundamentar por qué la responsabilidad extracontractual del Estado supone una cuestión de derecho civil –coherentemente con lo que hemos postulado unos párrafos atrás–. Como bien enseña BIDART CAMPOS (1996: 168), “la inserción formal de una determinada ley que pueda disponer el congreso rotulándola formalmente como propia de las codificaciones que son competencia suya no basta para dar por satisfactorio el encuadre, porque hay que verificar si, real y objetivamente, el contenido y la materia regulados por aquella ley pertenecen o no al cogido o la legislación que el congreso indica”.

Así, es notable la puntualización que al respecto nos brindan Ramón D. Pizarro y Carlos G. Vallespinos, y a la cual adherimos a la letra. Según los prestigiosos profesores cordobeses, “no puede admitirse que cada Estado provincial module la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados a terceros a su gusto y antojo, de manera distinta a lo que una ley de fondo disponga, dicha

materia es competencia del Congreso de la Nación (...) La tesis que rechazamos pierde de vista que la responsabilidad patrimonial del Estado plantea en esencia una cuestión obligacional, entre acreedor (damnificado) y deudor (Estado) (...) El régimen jurídico que regula las relaciones sustanciales entre acreedor y deudor, que incluye establecer qué es un crédito y qué es una deuda (art. art. 499, Cód. Civil), cuándo, cómo y a quién se debe, y con arreglo a qué criterios, es competencia exclusiva y excluyente del Congreso Nacional" (PIZARRO y VALLESPINOS, 2012: 240-241).

### b. La igualdad ante la ley

Recuerda HARO (1987: 122) que “el principio de igualdad de todas las persona ante la ley según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquier otra inteligencia o aceptación de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social”. En otras palabras, la igualdad ante la ley debe ser para todos los iguales que se encuentren en iguales circunstancias (MOONEY, 1995).

La igualdad, como presupuesto común del constitucionalismo y la democracia, con plurales y diversas dimensiones (jurídicas, económicas, socio-políticas, filosóficas, institucionales, etc.) ha cobrado una creciente relevancia entre los estudiosos y operadores del derecho (cfr. ALEGRE y GARGARELLA, 2007). Es un tema de harta relevancia y cuyo análisis no podríamos agotar aquí, especialmente por la cantidad de aristas que involucra (igualdad formal “vs.” igualdad material; la relación de la igualdad con la discriminación; igualdad y derechos humanos; igualdad y género; igualdad de oportunidades; igualdad y derechos económicos y sociales; entre tantos otros). Antes bien, aquí resultará suficiente con el concepto más tradicional de la igualdad: la del ciudadano ante la ley, bien plasmada por las palabras de Haro ya citadas.

Dicho esto, planteemos la siguiente hipótesis. Partimos de la base de que la ley 26.944 se aplica a la responsabilidad del Estado nacional, quedando en la esfera de cada jurisdicción el dictado de la norma local que regule la responsabilidad del Estado provincial o –en su caso– la adhesión a la ley nacional, invitación que se realiza en su art. 11. Supondremos, por ejemplo, que la provincia “A” toma disposiciones similares a las volcadas en el Anteproyecto, es decir, las pautas que imperaron a lo largo de la evolución jurisprudencial de la Corte en la materia. Ahora bien, la ley de la provincia “B” excluye la indemnización por daño moral, tanto en el ámbito de la responsabilidad por acto ilícito como en aquella por actividad legítima. A su vez, la provincia “C” exige una relación de causalidad inmediata y exclusiva entre el perjuicio y la acción u omisión que se reputa dañosa; la jurisdicción “D” no contempla la responsabilidad estatal por omisión; “E” lo hace, pero establece indemnizaciones tarifadas; “F” exige la

culpa o dolo del agente como factor de atribución de responsabilidad, a diferencia de la falta de servicio... y así sucesivamente, con todas las variantes imaginables.

No cuesta advertir el caos al que se arriba en una hipótesis semejante (a la que el Proyecto y la ley 26.944 dan lugar). En efecto, quien se traslade a otra provincia, estará abarcado –en el supuesto en que sufra un daño– por la legislación local de esa jurisdicción, probablemente desconocida y seguramente diferente en cuanto a sus requisitos y características. Esto sería previsible, por ejemplo, en los Estados Unidos, donde cada una de las jurisdicciones se da su propia legislación de fondo; mas sería absolutamente imprevisible y anti-intuitivo para un ciudadano argentino, acostumbrado a un federalismo mucho más atenuado, que cuenta (en principio) con la seguridad de que el derecho civil, el derecho comercial, el derecho penal, el derecho concursal, etcétera, en todo aquello en lo que se encuentra contenido en los Códigos de fondo, son normados únicamente por el Congreso Nacional y se aplican de manera uniforme en toda la Nación.

Y a las ya perniciosas inseguridad jurídica e imprevisibilidad, corrosivas para cualquier Estado de Derecho, se suma el aspecto que aquí analizamos específicamente: la violación de la garantía de igualdad ante la ley, que surge del art. 16 de la Norma Fundamental. Es claro que la proliferación de diversas legislaciones provinciales en la materia supondrá distintas categorías de damnificados por el Estado: en una provincia el derecho a reparación será amplio, mientras que en otra será exiguo, o en otra tendrá otras particularidades... habrá, si se quiere, “damnificados de primera” y “damnificados de segunda”. La reparación de daños y perjuicios, los cause quien los cause, consiste –insistimos– en una cuestión de derecho común o de fondo, que en nuestro país debe regularse de manera uniforme por la legislatura nacional. No sólo en razón del reparto de competencias en el federalismo argentino, sino también por la garantía de igualdad ante la ley. Esa y no otra es la solución que se desprende de nuestra Constitución Nacional.

### c. El derecho de propiedad

Finalmente, consideramos que la garantía de inviolabilidad de la propiedad, consagrada en el art. 17 de la Norma Fundamental, resulta directamente vulnerada cuando en la solución del caso (por aplicación de la legislación correspondiente) se afecta el derecho a obtener una reparación por los daños y perjuicios injustamente sufridos por acciones u omisiones estatales.

Por supuesto, este argumento podría esgrimirse respecto de cualquier legislación provincial que fuera irrazonablemente restrictiva en algún aspecto de la configuración de la responsabilidad (monto, rubros indemnizables, requisitos o características exigidas para la procedencia de la condena, etcétera). Sin embargo, la misma ley nacional contiene, como ya hemos estudiado, varias disposiciones inaceptables en la medida en que restringen el deber estatal de resarcir cuando así corresponde y el correlativo derecho de los administrados a obtener indemnización por el daño experimentado. ¿Pueden válidamente eliminarse

las astreintes contra el Estado, dando lugar en la práctica a que –en numerosos casos– el cumplimiento de una resolución condenatoria por aquél resulte meramente potestativa? No. ¿Puede legítimamente eliminarse la viabilidad del reclamo por daño extrapatrimonial o moral? No. ¿Puede sensatamente exigirse la relación de causalidad “directa, inmediata y exclusiva” entre la actividad estatal y el daño en el campo de la responsabilidad por actividad lícita? No. ¿Puede el Estado eximirse sin más de responder por el hecho de haber concesionado un servicio público cuyo funcionamiento debe garantizar? Desde luego que no. Y la respuesta negativa que se impone en todos los casos, también se fundan en que estas soluciones de la ley 26.944 frustran el derecho constitucional de inviolabilidad de la propiedad.

Asimismo, vale recordar que en el fallo “Aquino”<sup>26</sup> la Corte reconoció la jerarquía constitucional (arg. arg. 19, Constitución Nacional) del principio según el cual, conculcado el deber genérico de no dañar a otros, debe repararse integralmente el menoscabo causado: “el art. 19 de la Constitución Nacional establece el "principio general" que "prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos de un tercero": alterum non laedere, que se encuentra "entrañablemente vinculado a la idea de reparación” (consid. 3º). Por cierto, también aquí se trataba de un precepto normativo –el art. 39, inc. 1 de la ley 24.557 de riesgos de trabajo– que limitaba palmariamente la responsabilidad por daños de ciertos sujetos –en la especie, los empleadores–.

## VI. Reflexiones finales

Para resumir el camino recorrido a lo largo del trabajo: hemos tomado un tema de gran relevancia, como lo es la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho argentino. Repasamos su evolución durante años en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ante la ausencia de normas en la materia, se ocupó de ir delineando sus particularidades y características. Vimos como tales nociones fueron sanamente receptadas en el Anteproyecto, y en adelante, asistimos a la degradación que supuso el Proyecto modificado por el Poder Ejecutivo Nacional (cuyos argumentos examinamos y rebatimos) y –peor aún– la flamante ley 26.944, con disposiciones que oscilan entre lo incompleto, lo incorrecto y lo alarmante. Finalmente, estudiamos tres aspectos constitucionales básicos que la norma hoy vigente conculca: reparto de competencias en la forma federal de gobierno, igualdad ante la ley e inviolabilidad de la propiedad.

Ante este panorama, y claramente manifestada nuestra posición, sólo habremos de agregar que será la realidad misma del tiempo por venir la que diga hasta qué punto serán sostenibles en la práctica las disposiciones de la norma que criticamos. Acaso quepa, en algún momento, una modificación o reforma – así sea parcial– de la ley 26.944. Quizá los jueces, conscientes de la iniquidad y aun inconstitucionalidad de varios de sus preceptos, terminen por no darles valor en cada caso concreto. O también es posible, tal vez hasta probable, que el pueblo argentino termine acostumbrándose a la injusticia en este ámbito, como lo ha hecho lamentablemente en otros. Esperemos que no pase esto último.

## Bibliografía

AGOGLIA, M., BORAGINA, J. y MEZA, J. (1993) *Responsabilidad por incumplimiento contractual*. Buenos Aires, Hammurabi, 1993.

ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (2007) *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.

ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA (1982) *Curso de obligaciones*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.

BALBIN, C. (2008) *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, La Ley, 2008.

BASTONS, J. (2012) “Algunos comentarios y conjeturas sobre los fundamentos de la responsabilidad del Estado en el derecho argentino”. En *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, 2012, 407, 113-120.

BENINI, G. (2014) “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en la Argentina. A propósito del Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo tendiente a regularla”. En *elDial.com*, cita online DC1C32.

BIANCHI, A. (1992) “Un fallo sobre derecho de réplica que pone en mora al Congreso”. En *El Derecho*, 1992, 148, 339-347.

BIDART CAMPOS, G. (1996) *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires, Ediar, 2001.

BRODSKY, J., DONATO BRUN, E. y PETRINELLI, L. (2014) “La responsabilidad extracontractual del Estado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: un atajo hacia la irresponsabilidad estatal”. En *Doctrina Judicial*, La Ley, 2014, 26, 93-99.

CALVO COSTA, C. (2009) *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

CAPÓN FILAS, R. (2014) “Reflexiones sobre los supuestos de responsabilidad estatal previstos en la ley 26.944”. En *elDial.com*, cita online DC1D3F.

CASSAGNE, J. (1977) *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

— — (2012), “La responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado”. En *Diario La Ley*, Buenos Aires, 1/12/2012, 1-3.

<sup>26</sup> Fallos, 327:3753

CUADROS, O. (2013) “¿Pueden las Provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de código unificado Civil y Comercial”. En *Doctrina Judicial*, La Ley Gran Cuyo, 2013, febrero, 1-5.

GARAVENTA, C. (2013) “Los cambios en el Código Civil ¿implican la irresponsabilidad del Estado?” en *Infojus*, ID: DACF130337. Consultado en línea <[http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf130337-garaventa-cambios\\_en\\_codigo\\_civil.htm](http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf130337-garaventa-cambios_en_codigo_civil.htm)> el 19 de septiembre de 2014.

GONZALEZ PONDAL, T. (2008), “La responsabilidad del Estado por sus hechos omisivos”. En *La Ley*, 2008-A., 1081-1089.

GORDILLO, A. (1977), *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

HARO, R. (1987) *Constitución, gobierno y democracia*. Córdoba, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1987.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, R. (1995), comentario al art. 666 bis del Código Civil de la Nación en BUERES, A. (dir.) y HIGHTON, E. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, 1995.

LLAMBÍAS, J. (1963) y RAFFO BENEGAS, P. (actualizador), *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

LÓPEZ MESA, M. (1998) “La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado (análisis de las jurisprudencias francesa, española y argentina actual). En *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1998, 10, 27-29.

MARIENHOFF, M. (1965) *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

MAZEAUD, H. y CHABAS, F. (1941) *Leçons de droit civil. Obligations*. Paris, Hachette, 1991.

MAZEAUD, H. y TUNC, A. (1977) *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ejea, 1977.

MOONEY, A. (1995) *Derecho Constitucional*. Córdoba, Atenea, 1995.

MOSSET ITURRASPE, J. (2012) “Transporte ferroviario. Responsabilidad de la Empresa concesionaria y del Estado concedente. Las obligaciones de contralor y vigilancia. El artículo 42 de la Constitución Nacional”. En *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2012, 1, 9-22.

- NICOLAU, N. (2007), "Responsabilidad del Estado por el obrar irregular de sus funcionarios". En *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, 2007, I, 167-173.
- PERRINO, P. (2009) "La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante". En *Jurisprudencia Argentina*, 2009-IV, 1241-1253.
- PIAGGIO, L. (2012) "La responsabilidad del Estado en el Proyecto de Código Civil y Comercial". En *El Derecho*, 2012, 249, 602-616.
- PIZARRO, R. (1995), comentario al art. 43 del Código Civil de la Nación en BUERES, A. (dir.) y HIGHTON, E. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, 1995.
- — (2013) "La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012". En *Diario La Ley*, Buenos Aires, 16/09/2013, publicado en *Diario La Ley* del 16 de septiembre de 2013, 1-3.
- PIZARRO, R. y VALLESPINOS, C. (1999) *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Buenos Aires, Hammurabi, 2012.
- RAMELLA, P. (1982) *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1982.
- SABSAY, D. y ONAINDIA, J. (1994) *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*. Buenos Aires, Errepar, 2004.
- TONELLI, P. y OYHANARTE (h.) Martín (2013), "Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Código". En *Diario La Ley*, Buenos Aires, 15/03/2013, 1-3.

# **LA INMUNIDAD FISCAL DEL BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

**Por Pablo Hernán Della Picca**

## **RESUMEN**

El Banco de la Provincia de Buenos Aires goza de inmunidad fiscal respecto de los tributos nacionales en razón de la reserva efectuada por la provincia al celebrar el Pacto de San José de Flores en 1859. En 1860 la provincia se unió a la Confederación, incorporándose a la Constitución de 1853 agregados en los artículos 31 y 104. A su vez, en 1880 al sancionarse la ley que declaró Capital de la República a la Ciudad de Buenos Aires, se mantuvo expresamente la reserva sobre las instituciones provinciales. En distintos momentos se intentó gravar determinados actos vinculados a la actividad del Banco, aunque la Corte Suprema lo ha denegado. En la reforma Constitucional de 1994 la Dirección General Impositiva encontró un nuevo argumento en favor de su cometido: la constitucionalización del régimen de coparticipación de impuestos. Sin embargo, la jurisprudencia del Máximo Tribunal no ha variado. El autor entiende que los alcances de la inmunidad del banco provincial deben ser igualados a los del resto de los bancos oficiales y propone un mecanismo para lograrlo.

## **PALABRAS CLAVE**

Constitución Nacional – Banco de la Provincia de Buenos Aires - Reforma Constitucional de 1994-  
Coparticipación de impuestos

# THE FISCAL INMUNITY OF THE BANK OF BUENOS AIRES PROVINCE

By Pablo Hernán Della Picca

## ABSTRACT

The Bank of Buenos Aires Province enjoys Fiscal immunity regarding to National taxes, given the treaty made by the Province at the time of celebrating the Pact of San José de Flores in 1859. In 1860, the Province joined the Confederation, being included into the 1853 Constitution and added into the articles 31 and 104. At the same time, when the law that declares Buenos Aires City as the Capital of the Republic was enforced, the treaty was expressly maintained regarding the province's institutions. At several moments it was attempted to tax certain acts related to the Bank's activity, but it was denied by the Court. The General Tax Directorate found a new argument to its favor under the 1994 Constitutional reform: the constitutionality of the tax co-participation regime. However, the jurisprudence of the Maximum Court has not changed. The author understands that the scope of the immunity of the province bank must be matched to the rest of the official banks and proposes a mechanism to achieve this.

## KEY WORDS

National Constitution - Bank of Buenos Aires Province - Constitutional Reform - Tax co-participation

# LA INMUNIDAD FISCAL DEL BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Por Pablo Hernán Della Picca\*

## I. Palabras introductorias

A lo largo de las presentes líneas trataremos la particular situación que caracteriza al Banco de la Provincia de Buenos Aires. No nos referiremos a los aspectos financieros, bancarios ni funcionales de la entidad en sí, sino a su condición desde una óptica jurídico constitucional.

Como veremos, los propios albores de nuestra organización nacional han investido a la entidad bancaria de un especial carácter cuyo alcance se proyecta hasta nuestros días. Esta circunstancia – adelantamos– no trae consigo el beneplácito de todos los actores que de alguna manera u otra tienen interés en el asunto y, es justo decirlo, tienen razones atendibles.

Concretamente, en la actualidad el Banco de la Provincia de Buenos Aires goza de una amplia inmunidad a raíz de los acontecimientos históricos que pasaremos a explicar. Es nuestro propósito reseñar los antecedentes históricos involucrados, el marco jurídico, sus implicancias en la doctrina y en la jurisprudencia, y esgrimir nuestra propia interpretación del caso para luego esbozar una posible respuesta –o solución–, en el convencimiento de que ello es una materia pendiente. La última reforma constitucional en nada ha cambiado el cuadro de situación que explicaremos, sin embargo un mandato que de ella ha surgido permite afirmar que brinda una oportunidad para el cambio: nos referimos a la obligatoriedad de sancionar una ley de coparticipación de impuestos.

## II. a. Breve relato de los antecedentes históricos de nuestra Organización Constitucional

La organización constitucional de la República Argentina es el producto de posiciones filosóficas, teológicas, políticas y económicas de diversos matices. Éstas dieron lugar a intensos y extendidos debates, algunos verdaderamente encendidos, hasta llegar incluso a extremos bélicos.

De ello dan cuenta la propia Revolución de Mayo de 1810; la gran cantidad de pactos interprovinciales<sup>1</sup>; la Constitución de las Provincias Unidas en Sud-América del 22 de abril de 1819; la Ley

---

\* Abogado (UBA). Docente en las materias “Teoría y Técnica Impositiva II”, Facultad de Ciencias Económicas (UBA); “Finanzas Públicas y Derecho Tributario”, Facultad de Derecho (UBA). Docente de posgrado en Universidad Austral, Universidad de Tres de Febrero y Universidad Nacional del Litoral. Autor de diversos artículos sobre la especialidad tributaria y concursal.

<sup>1</sup> Entre ellos no puede dejar de citarse el Pacto del Pilar del 23 de febrero de 1820; el Tratado de Benegas del 24 de noviembre de 1820; el Tratado del Cuadrilátero, del 15 al 25 de enero de 1822 y el Pacto Federal del 4 de enero de 1831.

Fundamental del 23 de enero de 1825; la Constitución del 24 de diciembre de 1826; el pronunciamiento de Entre Ríos del 1° de mayo de 1851 y la Batalla de Caseros de 1852, entre muchos otros.

El 3 de febrero de 1852, en el combate recientemente citado, Justo José de Urquiza venció a Juan Manuel de Rosas, quien gobernaba la Confederación Argentina desde 1835. Este episodio histórico permitió que los “unitarios” y los “federales” –las dos facciones que se disputaban, en lo esencial, la forma de Estado y de gobierno que habría de adoptar la Nación– coincidieran en un único propósito: la necesidad de sancionar una Constitución Nacional que diera un adecuado marco jurídico a las Provincias Unidas.

Por tal motivo, el vencedor, Urquiza, suscribió el Protocolo de Palermo con los gobernadores de las provincias del litoral, a través del cual se convocó al resto de los gobernadores en San Nicolás de los Arroyos para formar un Congreso Constituyente. Si bien el mismo se celebró el 31 de mayo de 1852, no dejó de significar una nueva expresión histórica de las distintas maneras de pensar y proponer el modelo de Estado. La Provincia de Buenos Aires –expresando su postura a través de Bartolomé Mitre– rechazó el Acuerdo de San Nicolás y, luego de una serie de contrariedades entre la provincia y la Confederación, el 11 de septiembre del mismo año aquella oficialmente se separó de la Confederación Argentina, autodenominándose Estado de Buenos Aires.

La situación se ha ido agravando cada vez más, al punto que la Ciudad de Buenos Aires fue sitiada por la Confederación Argentina, lo que a la postre derivó en un enfrentamiento armado el 23 de octubre de 1859 en Cepeda<sup>2</sup>, resultando vencedor el ejército de la Confederación. Un nuevo enfrentamiento habría de reunir a ambos bandos –comandados nuevamente por Urquiza, por el lado de la Confederación, y por Mitre en la provincia– en Pavón, provincia de Santa Fe, el 17 de septiembre de 1861, teniendo por vencedor a Mitre frente a un inexplicable abandono de Urquiza.

Desde el punto de vista histórico, además de los acontecimientos reseñados, otros varios sucesos conflictivos tuvieron lugar en el territorio nacional en el segmento temporal que abarca el 3 de febrero de 1852 al 25 de septiembre de 1860, fechas estas que son tomadas, no sin cierta arbitrariedad, para el desarrollo del presente título. A los fines ilustrativos, puede citarse la frustrada intención de Urquiza de separar las provincias que conforman la Mesopotamia del resto del país –septiembre y octubre de 1852–; el enfrentamiento armado entre Tucumán, Santiago del Estero, Catamarca y Salta –febrero de 1853– y la invasión de la Confederación a Buenos Aires en El Tala, el 8 de noviembre de 1854. En el orden económico se destaca la ley sancionada por el Congreso de la Confederación el 19 de julio de 1856, a través de la cual se fijaban derechos diferenciales a las mercaderías despachadas en los puertos de la Confederación –el más importante, el de Rosario– provenientes de Buenos Aires y Montevideo, como medida fiscal tendiente a promover la actividad comercial de ultramar sin intermediación. En lo externo, las relaciones internacionales con España, Portugal, Gran Bretaña, Francia y Brasil eran hartamente difíciles.

## II. b. Aspectos jurídicos de la Organización Constitucional

Los acontecimientos descriptos tienen su correlato en el plano jurídico. Respetando el orden cronológico de los sucesos, a continuación describiremos los instrumentos de mayor relevancia.

El Protocolo de Palermo del 6 de abril de 1852, producto de la reunión de las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe, autorizó a Urquiza a dirigir las relaciones exteriores de la República hasta que el Congreso Nacional estableciera definitivamente el Poder a quien competiera dicha función. Cada uno de los gobiernos signatarios del Tratado del 4 de enero de 1831<sup>3</sup> nombraría plenipotenciarios para formar la Comisión Representativa de los Gobiernos a reunirse en la capital de la Provincia de Santa Fe, debiéndose circular al resto de los gobiernos confederados.

Por su parte, en el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos –31 de mayo de 1852– se declaró arreglar por un Congreso General Federativo, la administración general del país bajo el sistema federal (art. 2º); quedando pues establecido el Congreso General Constituyente (art. 4º), para lo cual cada provincia elegiría dos diputados (art. 5º).

El 1º de mayo de 1853 se sancionó la Constitución de la Confederación Argentina, de la cual corresponde destacar las siguientes disposiciones: las autoridades nacionales residirían en la Ciudad de Buenos Aires, estableciendo la misma Capital de la Confederación por una ley especial (art. 3º); la Constitución, las leyes de la Confederación y los tratados con potencias extranjeras serían las leyes supremas de la Nación, obligándose las provincias a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contuvieran las leyes o constituciones provinciales (art. 31). En lo concerniente a las atribuciones del Congreso (art. 64), se establecería y reglamentaría un Banco Nacional en la Capital con facultades de emitir billetes (inc. 5º) y sellaría monedas, fijaría su valor y adoptaría un sistema uniforme de pesos y medidas (inc. 10). En otro orden, vedaba a las provincias el ejercicio del poder delegado a la Confederación, no pudiendo –entre otras materias– establecer bancos con facultad de emitir billetes sin autorización del Congreso Federal (art. 105).

Por su lado, la Provincia de Buenos Aires sancionó su propia ley orgánica el 11 de abril de 1854, denominada Constitución del Estado de Buenos Aires, cuyo artículo 1º disponía que sería un Estado con el libre ejercicio de soberanía interior y exterior, mientras no la delegara expresamente en un gobierno federal.

Las restantes provincias también dictaron sus propias constituciones, aunque, a diferencia de la Provincia de Buenos Aires, formando parte de la Confederación Argentina. Lo hicieron las provincias de Mendoza –14 de diciembre de 1854–, La Rioja –23 de marzo de 1855–, San Luis –18 de abril de 1855–, Catamarca –8 de mayo de 1855–, Salta y Jujuy –9 de julio de 1855–, Córdoba –16 de agosto de 1855–, Corrientes –12 de octubre de 1855–, Tucumán –13 de marzo de 1856–, San Juan –7 de abril de 1856–, Santa Fe –4 de mayo de 1856–, Santiago del Estero –15 de julio de 1856– y Entre Ríos<sup>4</sup> –15 de febrero de 1860–.

---

<sup>2</sup> Límite entre las provincias de Buenos Aires y Santa Fe.

<sup>3</sup> Pacto Federal de 1831.

<sup>4</sup> El Congreso Constituyente había declarado a la provincia de Entre Ríos Capital de la Confederación.

Luego de la Batalla de Cepeda, con la mediación y ayuda del Gobierno de la República del Paraguay –a cargo de Francisco Solano López–, la provincia de Buenos Aires y la Confederación Argentina celebraron el Pacto de San José de Flores –también denominado Pacto de Unión– el 11 de noviembre de 1859. En el mismo se acordó que la provincia se incorporaría a la Confederación de manera inmediata y definitiva, declarándose parte de la misma (art. 1º) y comprometiéndose a convocar a una Convención provincial a fin de examinar la Constitución sancionada en 1853 (art. 2º). El artículo 7º –uno de los preceptos de mayor relevancia a los fines del presente trabajo– previó que todas las propiedades del Estado que le dieran las leyes de la provincia, como sus establecimientos públicos de cualquier clase y género, seguirían perteneciendo a la Provincia de Buenos Aires, conservándose el gobierno y la legislación sobre los mismos.

En el instrumento también se pactó que la Nación garantizaría a la provincia su presupuesto del año 1859 hasta cinco años después de su incorporación (art. 8º).<sup>5</sup>

Poco tiempo después el Gobierno Nacional recibió del de Buenos Aires el testimonio auténtico de las reformas presentadas por la Convención provincial, disponiéndose su remisión al Congreso Legislativo a fin de convocar a una Convención *ad hoc*<sup>6</sup> para que las considerase (Convenio de Unión entre la Confederación y el Estado de Buenos Aires, del 6 de junio de 1860, art. 1º).

Reunida la mencionada Convención en la Ciudad de Santa Fe, el 25 de septiembre de 1860 se aceptaron los cambios propuestos y se sancionó el texto definitivo de la Constitución de la Nación Argentina. De los veintidós cambios operados en el texto constitucional, interesa poner de relieve tres. En primer lugar, se sustituyó el artículo 3º, pasando de disponer que las autoridades nacionales residirían en la Ciudad de Buenos Aires a decir que lo harían en la ciudad que por ley del Congreso Nacional fuera declarada Capital de la República. En segundo lugar, se mantuvo la misma redacción del artículo 31, aunque agregando al final lo siguiente: “salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859”. Finalmente, al artículo 104 se le incorporó la leyenda que prevé que, además de conservar las provincias el poder no delegado al Gobierno Federal, se guardan el que “expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

## II. c. Un asunto controvertido: la capital de la República

Como señalamos, la Constitución de la Confederación Argentina de 1853 declaraba a la Ciudad de Buenos Aires su capital, mientras que, por el contrario, la Constitución Nacional de 1860 precisó que las autoridades nacionales residirían en la ciudad que por ley del Congreso Nacional fuera declarada Capital de la República.

<sup>5</sup> Ello se debió a que la Aduana –uno de los puntos neurálgicos en la relación entre el Estado nacional y el provincial– dejarían de corresponder a Buenos Aires.

<sup>6</sup> Se trató de una Convención de naturaleza *ad hoc* debido a que, de acuerdo al art. 30 de la Constitución de la Confederación Argentina del 1º de mayo de 1853, la misma sólo podría reformarse total o parcialmente pasados diez años desde el día de su jura.

Como corolario de esta última reforma, el 20 de agosto de 1862 se sancionó la ley N° 12, que federalizaba toda la Provincia de Buenos Aires, al tiempo que establecía que sus autoridades residirían en ella durante tres años (art. 2°) e invitaba a la propia provincia involucrada a renunciar, en bien de la Nación, a las reservas referidas en el artículo 104 de la Constitución Nacional (art. 8°). Sometida la norma a consideración de la legislatura provincial, fue rechazada en mérito de los argumentos de José Mármol, Francisco Elizalde y Adolfo Alsina, apoyados en el Pacto de San José de Flores.

Así las cosas, el 1° de octubre de ese mismo año se sancionó la ley N° 19 –conocida como “Ley de compromiso”– que disponía que las autoridades nacionales residirían en el municipio de la Ciudad de Buenos Aires hasta que se resolviera cuál sería la capital permanente de la Nación<sup>7</sup>. Su vigencia se extendió hasta el año 1880.

Por último, el 20 de septiembre de 1880 se sancionó la ley N° 1029 que declaró Capital de la República al municipio de la Ciudad de Buenos Aires, al tiempo que mantuvo la reserva sobre sus instituciones, en particular del Banco de la Provincia, el Banco Hipotecario<sup>8</sup> y el Monte Pío<sup>9</sup>, sin alteración en los derechos que a la provincia correspondieran (arts. 3° y 4°). El resto de los establecimientos públicos provinciales quedarían bajo la jurisdicción de la Nación (art. 2°)<sup>10</sup>.

El siguiente gran cambio operado en la ciudad Capital de la República tuvo lugar con la reforma constitucional de 1994. Como es sabido, el Convencional Constituyente le asignó un régimen de gobierno autónomo, con facultades de legislación y jurisdicción, y con su Jefe de Estado elegido directamente por los porteños (art. 129). Consecuentemente, el 1° de octubre de 1996 se sancionó la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

## II. d. El Banco de la Provincia de Buenos Aires: sus orígenes y reestructuraciones

En 1822, en el marco de una delicada situación económico y financiera causada, en gran medida, porque los comerciantes del exterior se habían llevado casi todo el metálico de Buenos Aires – desde que se permitió la libre exportación del oro y la plata (ROSA 1974. T. III: 388)–, a iniciativa de Bernardino Rivadavia se creó el Banco de Buenos Aires con el monopolio del crédito y la facultad de emitir billetes. Con los años la entidad sufrió reorganizaciones, pasando a ser el Banco de las Provincias Unidas del Río de la Plata en 1826 y el Banco y Casa de Moneda del Estado de Buenos Aires en 1854. En 1863 asumió la denominación definitiva de Banco de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>7</sup> El 4 de octubre de 1862 la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires sancionó la ley provincial N° 363 a través de la cual aceptó la ley nacional N° 19.

<sup>8</sup> El Banco Hipotecario había sido fundado bajo la dependencia del Banco de la Provincia por ley del 25 de noviembre de 1871.

<sup>9</sup> El Monte Pío –o “Monte de Piedad”– era un establecimiento de préstamo creado por la Legislatura de Buenos Aires por ley del 13 de octubre de 1877.

<sup>10</sup> La norma preveía que sólo regiría una vez que la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires hubiera prestado la conformidad a sus cláusulas con arreglo al artículo 3° de la Constitución Nacional; de ahí su carácter de “Ley-convenio”. Esa condición se materializó con la sanción de la ley provincial N° 1355 el 6 de diciembre de 1880.

En lo concerniente a su estructura, en 1891 entró en estado de liquidación y, al amparo de sucesivas leyes de moratorias, en 1906 contribuyó en su capital el Banco de Comercio Hispano-Americano; hasta que en 1948 fue eliminada la participación del sector privado.

Cabe señalar que la Ley Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires –decreto-ley provincial N° 9434 de 1979– establece que el mismo es una institución autárquica, de derecho público en su carácter de Banco de Estado, con el origen, garantías y privilegios declarados en el Preámbulo y en los artículos 31 y 104 de la Constitución Nacional, como asimismo en la ley N° 1029 y demás leyes provinciales (art. 1°).

A su vez el banco, sus bienes, actos, contratos, operaciones y derechos que de ellos emanen a su favor, gozan de exenciones de todo tributo, a excepción de los servicios de obras sanitarias, tasas de servicios generales y contribución de mejoras (art. 4°). A través de la ley N° 11.802 –sancionada el 16 de mayo de 1996– el Poder Legislativo de la Provincia de Buenos Aires ratificó que el Banco de la Provincia de Buenos Aires goza de inmunidad tributaria frente a los impuestos, tasas y/o contribuciones nacionales de cualquier naturaleza que pretendan gravar sus bienes, capitales, activos, contratos, operaciones, actividades, derechos, rentabilidad y/o servicios, incluyendo el impuesto al valor agregado establecido por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 879/1992 (art. 1°).

### **III. Causales, sentido y alcance de las reservas resguardadas por la Provincia de Buenos Aires al incorporarse a la Nación Argentina.**

#### **III. a. La inmunidad de los instrumentos de gobierno.**

No caben dudas de que el Banco de la Provincia de Buenos Aires, entre otros componentes, ha merecido el histórico y constante resguardo por parte de la provincia, antes, durante y después de su anexión a la Nación Argentina. Es innegable que el mismo reviste vital importancia para la economía del Estado provincial, atento sus atribuciones en materia de crédito hipotecario y para la inversión; su carácter de depositario de las rentas fiscales, depósitos judiciales y administrativos, y en su calidad de tesorero de las municipalidades de la provincia.

Desde el plano jurídico la figura a través de la cual ello se institucionaliza es la de la inmunidad de los instrumentos de gobierno, la cual es consecuencia de la forma federal de Estado que nuestros Convencionales Constituyentes adoptaron. En efecto, al coexistir un Estado central y varios locales, cada uno con sus propias potestades tributarias, se genera la posibilidad –mas real que remota– de que cada uno de ellos grave los actos, contratos, instrumentos, medios y/o las operaciones que realiza el o los otros, alterándose así el normal funcionamiento de sus instituciones y amenazando los objetivos proyectados. De esta manera, a través del instituto en cuestión se busca evitar tal desavenencia, lo cual no siempre resulta tarea sencilla.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> La doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno tuvo origen en los Estados Unidos de América, en 1819, a partir del caso “Mc Culloch v. The State of Maryland” (Wheaton’s 316). En 1905 sufrió un retroceso en el

Siguiendo las enseñanzas de calificada doctrina, si se concibe al Estado de manera unitaria –de modo tal que, al correrse el velo de la distribución de competencias, es uno solo– se presenta la posibilidad, al menos en teoría, de que un ente estatal con competencia tributaria normativa pueda ser sujeto pasivo de sus propios gravámenes, lo que denominan “autoimposición”. En cambio, de tratarse de entes estatales distintos, puedan ser, recíprocamente, sujetos pasivos de tributos del otro; en tal hipótesis se estaría delante de una “heteroimposición”. Aclarado ello, la doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno surgió como una solución pretoriana a los conflictos de “heteroimposición”, propio de los países con régimen federales (NAVEIRA DE CASANOVA, G.J. Y REVILLA P.J.M. 2009:50).

La inmunidad se distingue de la “no sujeción” –cuando un acto no se subsume dentro del presupuesto legal: el hecho imponible– y de la “exención”, en la cual si bien se perfecciona aquél, por una decisión política del legislador no nace la consecuente obligación de pago del tributo.

La doctrina de la inmunidad se puede sustentar en tres pilares. Veamos. En la “gran ley de la autopreservación”, por la que se busca asegurar la completa independencia y soberanía de los distintos estados que conforman el régimen federal -heteroimposición-, partiendo de la premisa de que cada uno de ellos cuenta con su propia capacidad normativa de imposición. En segundo lugar en la “solidaridad federal”. Teniendo en cuenta el modo en que la Constitución Nacional ha revestido su configuración político institucional, la regla consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo por ello ser interpretadas las normas de manera que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa (NAVEIRA DE CASANOVA, G.J. y REVILLA P.J.M. 2009:63-64).

Por último, en la ausencia de “capacidad contributiva” de las entidades públicas. De acuerdo a esta última tesis, el hecho imponible contenido en la norma jurídica de los tributos tiene naturaleza económica, de la cual resulta la capacidad contributiva que es apreciada por el legislador al crear y diseñarlo. Empero, el hecho imponible no tendría sentido si se atribuyera al Estado o a sus dependencias, ya que sus situaciones o actividades económicas nunca representan capacidad contributiva; toda la riqueza del Estado sirve directamente a las finalidades públicas. La inmunidad fiscal del Estado y de las entidades públicas constituye un dogma jurídico tributario en relación a la misma naturaleza del hecho imponible, que por su causa, no es, sin contradicción lógica, atribuible a esa clase de sujetos (JARACH 1943:154 y 155).

Bajo este axioma se afirma que el Estado, con independencia de cual fuere su situación patrimonial o financiera, no le “sobra” riqueza, puesto que toda ella, sin importar su magnitud ni su composición se encuentra destinada al cumplimiento de su objetivo. No hay posibilidad de considerar un

---

caso “South Carolina v. United States” (199, US 437) y finalmente en 1938 –o sea, dos años antes del dictado del fallo en comentario– se inicia una firme declinación en “Helvering v. Gerhardt” (304, US 405) (SPISSO 1991:134)

remanente, todo el valor que ingresa a las arcas estatales está obligatoriamente destinado al gasto público (NAVEIRA DE CASANOVA 1998:272).

### III. b. La inmunidad de los instrumentos de gobierno a los ojos de la jurisprudencia patria

Contamos con importante jurisprudencia sobre la materia en tratamiento; sin embargo, dada la trascendencia de sus consideraciones y la doctrina forjada, nos interesa destacar en primer término la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1940, a poco de la entrada en vigencia del entonces impuesto a los réditos.

Pretendiendo el Fisco Nacional gravar las utilidades de las acciones correspondientes a parte del capital del Banco de la Provincia de Buenos Aires, por un lado, y a los intereses de los bonos emitidos como resultado de los préstamos hipotecarios otorgados, por el otro, la mayoría del Tribunal declaró que los preceptos de la ley 11.682 en los que se había basado la entonces Dirección de Impuesto a los Réditos eran contrarios a los artículos 31 y 104 de la Constitución Nacional.

Dada la contundencia de las expresiones vertidas por la mayoría en el decisorio, creemos conveniente su reseña en sus propias palabras. Se dijo que: “En su forma actual, el Banco [...] ha sido organizado por leyes especiales con patrimonio y personería propias; es el agente de gobierno para todas sus operaciones financieras [...] Este conjunto de atribuciones definen y perfilan una institución de Estado, y no un banco particular en que sus constituyentes aportan capitales con el fin de formar una sociedad de las autorizadas por el Código de Comercio [...]

Estas exenciones, consecuencia de la facultad conferida a la Provincia por el pacto de 1859 de legislar sobre su banco, deben ser receptadas por las autoridades nacionales, pues gozan de la misma supremacía que corresponde a las disposiciones de orden constitucional sobre las leyes nacionales y provinciales. Si se estimara que el privilegio de exención es excesivo, cabe recordar que él fue, en parte, el precio de la unión e integridad nacional que respondió a un determinismo histórico y económico de fuerte gravitación y hondo arraigo; y que los beneficios obtenidos por el país superan con creces el sacrificio que puede importar la exención acordada [...]

La Constitución autoriza al Congreso para establecer y reglamentar un Banco Nacional en la Capital con facultad de emitir billetes; por su parte acuerda a las provincias la facultad de establecer Bancos de Estado, siendo necesaria la autorización del Congreso Federal para emitir billetes. Tanto la facultad nacional como la atribuida a las provincias son instrumentos de gobierno destinados a promover el bienestar general y económico de la República [...]

So color de obtener renta para cubrir necesidades públicas, se puede llegar por el camino del impuesto a expulsar las sucursales del Banco de la Nación del territorio de las provincias o viceversa, anulando en la vida real los poderes consignados en la Constitución para establecer Bancos de Estado...”

Un segmento del fallo que merece resalto es el relativo a la “Doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno”; según la misma –como vimos– los instrumentos o medios de gobierno de un estado –federal o local– están fuera del poder impositivo del/los otro/s, de modo de impedir que

autoridades extrañas ejerciten un contralor de naturaleza tal que les haga perder la independencia necesaria para alcanzar sus fines. En este aspecto, el Tribunal dedicó un considerable espacio a la jurisprudencia emanada de su par Estadounidense, concluyendo que mal podría ser el Banco de la Provincia de Buenos Aires alcanzado por las obligaciones formales derivadas de la ley nacional de procedimiento tributario, pues ello implicaría un permanente contralor por parte de la Administración Tributaria Nacional (Fallos 186:170).

Sin menoscabo de otros precedentes que tuvieron al Banco de la Provincia de Buenos Aires como parte actora o demandada –uno de los cuales será materia de análisis más abajo–, viene al caso mencionar uno cercano en el tiempo –año 2013–.

Al promover el banco un proceso judicial de conocimiento, se le exigió el ingreso de la tasa de justicia, oponiéndose éste en razón de la inmunidad fiscal que lo favorece. El juez de primera instancia acogió el planteo esgrimido por la entidad, mientras que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó el pronunciamiento, indicando que todos los procesos judiciales deben tributar el tributo, desechando el argumento según el cual aquella se halla beneficiada por la dispensa en cuestión.

Luego de que la Procuración General de la Nación entendiera que la sentencia debía ser revocada, la mayoría de la Corte Suprema de Justicia adhirió a dicho dictamen (SCB.394, L.XLVI).

Más allá de lo descripto, no deja de ser oportuno resaltar el voto expedido por la Dra. Highton de Nolasco. Dijo que la Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires no menciona a la tasa judicial<sup>12</sup> entre los tributos exentos, y que si la entidad acude a los tribunales nacionales o federales para hacer valer los derechos que considera que le asisten, debe someterse a las reglas procesales que resultan aplicables, entre ellas se encuentra la obligatoriedad del pago de la tasa de justicia (La Ley 2013-D, 246).

En esa misma línea, la ministra del Alto Tribunal de la Provincia de Mendoza, Dra. Kemelmajer de Carlucci –con la adhesión de su par Romano–, ante la negativa del Banco de la Provincia de Buenos Aires de ingresar la tasa de justicia correspondiente a la verificación de un crédito en un proceso concursal, con expresa invocación del Pacto de 1859 y los dispositivos constitucionales de marras, sostuvo, por un lado, que el entonces artículo 104 de la Constitución Nacional sólo rige respecto de las relaciones entre la Nación y las provincias, y no la de las provincias entre sí –de suerte que sería absurdo que el banco quedara excluido de los alcances de la legislación de la Provincia de Mendoza–, y por el otro, que el tributo debido se vincula con la prestación de un servicio por parte de la administración de justicia (La Ley 1991-B, 513).

Es importante destacar que, a raíz de la aplicación del Pacto de San José de Flores, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha expedido –en esencia siguiendo la doctrina sentada en el pronunciamiento del año 1940– en materia civil de desalojo (Fallos 170:12); de derecho colectivo de

<sup>12</sup> Puso de relieve la magistrada que la tasa es una especie del género tributo vinculada con una actuación determinada del Estado.

trabajo (Fallos 276:432) y de derecho individual de trabajo (Fallos 301:1010). Asimismo lo hizo respecto del Telégrafo de la Provincia de Buenos Aires (Fallos 234:354 y 268:590).

#### IV. Defensas y reparos a la inmunidad del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Sus críticas

Historiadores y juristas han dedicado largas horas de investigación y análisis a la cuestión que aquí abordamos, no pudiéndose afirmar que los resultados a los que arriban sean coincidentes. Particularmente interesa aquí aludir a las razones que han esgrimido para sustentar, de un lado, la justificación y defensa de la inmunidad del banco, y del otro, su excesiva o errónea interpretación.

Desde el punto de vista histórico, se ha ponderado que el propio diputado Mitre, en la sesión de la Cámara baja del 13 de septiembre de 1878, destacó lo siguiente: “se ha hablado mucho de pactos que, según se dice, darían privilegios a alguna provincia y limitarían a éstas y otras facultades legislativas de la Nación, no hay ningún pacto fuera de la Constitución que pueda limitar la autoridad suprema del Congreso para dictar leyes [...]”. No podemos afirmar que este acontecimiento histórico –enmarcado en un debate legislativo relativo a los límites territoriales– haya puesto fin a la controversia puesto que, habiendo sido reseñado por el Fisco Nacional al expresar agravios contra una sentencia adversa a sus intereses, la Corte Suprema lo desechó en razón de que aquellas palabras de Mitre estaban en abierta contradicción con lo manifestado por él mismo en 1860; porque había sido dada en especiales circunstancias políticas de la época; porque la sola opinión de un diputado no tiene fuerza jurídica para invalidar el pacto y porque no la compartieron los más destacados constitucionalistas (Fallos 329:5666).

Históricamente también se ha defendido y cuestionado el alcance de la inmunidad del banco provincial poniendo el foco en el propio pacto. El 9 de julio de 1859 la Confederación Argentina suscribió en Madrid el Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad con el Reino de España. De acuerdo al mismo, para fijar la nacionalidad de españoles y argentinos se observarían las disposiciones del artículo 1º de la Constitución Política de la Monarquía Española y la Ley Argentina de 1857<sup>13</sup>, lo que significaba que el *ius soli* debía ceder ante el *ius sanguinis*. El instrumento fue ratificado por el Congreso de Paraná el 25 de febrero de 1860, es decir, con posterioridad a la celebración del Pacto de San José de Flores, por lo que resultaba inoponible a la Provincia de Buenos Aires en razón de la reserva de la última parte del artículo 31 de la Constitución Nacional (FAVIER DUBOIS 1983:244).

Ahora bien, a partir de este suceso, se ha sostenido que el aditamento introducido en la parte final del artículo 31 de la Constitución Nacional –“Salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859”– únicamente se puede referir al tratado celebrado con el Reino de España. El Pacto de San José de Flores nada tendría que ver con el artículo 31 de la Ley Fundamental (PEREZ GUILHOU 1993:913-915).

En cambio, se ha argumentado que el orden de prelación contenido en el artículo 31 acuerda jerarquía constitucional al Pacto del 11 de noviembre de 1859, ya que el mismo, dada la supremacía que le

<sup>13</sup> La norma establecía que se conceptuaba como argentinos a todas las personas nacidas en el territorio argentino, quedando exceptuados los hijos de extranjeros que prefirieran la nacionalidad de origen.

acuerda el actual artículo 121 en su segunda parte, tiene prelación con respecto a las demás leyes nacionales o provinciales (FAVIER DUBOIS 1983:243).

En este mismo sentido se dijo que la Provincia de Buenos Aires goza de privilegios de raigambre constitucional que le permiten legislar y gobernar sobre su banco, con abstracción y prescindencia de la primacía constitucional de la legislación nacional y, en caso de conflicto entre las normas emanadas de una y otra jurisdicción, debe resolverse dando preferencia a la provincial en razón de lo establecido en el artículo 7º del Pacto de San José de Flores, la Constitución Nacional y la ley N° 1029 (LAVIGNE, 1970:1125).

Desde otra perspectiva, un análisis que merece atención es el siguiente. El Pacto de San José de Flores se estableció en previsión de que la Ciudad de Buenos Aires quedara como ciudad capital y, bajo el amparo de tal privilegio, ha vivido el banco instalado en la Capital de la República, aunque gobernado y legislado por el gobierno de Buenos Aires como si hubiera subsistido dentro de su propio territorio. Se trata de una limitada extraterritorialidad que le permite vivir y actuar en la Capital sin estar sometido a las leyes que el Congreso dicte para el Gobierno de este distrito federal, así como estarían las demás instituciones a que se refiere la reserva del acto preexistente. Ninguna ley ni impuesto local le puede ser aplicado. No pudo haber sido otro el espíritu del pacto que el de hacer esta reserva, que puso a cubierto de los inconvenientes propios de un cambio de jurisdicción a las instituciones creadas y prósperamente en marcha. Dentro de la República no hay ni puede haber personas, cosas o instituciones que no estén bajo el imperio de las leyes dictadas por el Congreso.

Se trata de la disidencia votada por el ministro Luis Linares en el precedente del Alto Tribunal del año 1940 (Fallos 186:170). La tesis contiene componentes históricos y jurídicos que vale la pena atender; mas no podemos considerarla como superadora ya que no encontró adhesión ni al momento de su dictado ni en el presente.

Desde el ángulo jurídico, se ha expuesto que la interpretación del pacto de 1859 ha sido extrema, de suerte que si la inmunidad de la entidad provincial tuviese carácter absoluto vulneraría el principio de igualdad en relación a los demás operadores del sistema bancario nacional y provincial, y respecto de las provincias entre sí.

Tal postura del Fisco Nacional no fue atendida por la Corte Suprema al afirmar que la Convención Nacional Constituyente *ad hoc* de 1860 aceptó las reformas propuestas por la Provincia de Buenos Aires y como corolario de ello se incorporó a la parte final del actual artículo 121. Además agregó que la noción de igualdad adoptada por la Constitución Nacional no se reduce a la apreciación de un aspecto meramente formal o matemático, sino que está revestido de un aspecto eminentemente material (Fallos 329:5666).

Por otro lado, la Administración Fiscal Nacional aseguró que la jerarquía constitucional de la coparticipación federal de impuestos a partir de la reforma de 1994 modificó el marco interpretativo, donde la autolimitación a la que se someten las provincias importa una delegación de sus potestades tributarias. Ello tampoco tuvo favorable acogida. El Alto Tribunal declaró que esa tesis considera como

no escrito el párrafo final del artículo 121 y que el constituyente de 1994 mantuvo sin alteración el añadido de 1860; para que las prerrogativas aseguradas a la Provincia de Buenos Aires queden sin efecto debe mediar un acto suyo válido que las abdique (Fallos 329:5666).

Con una tónica diferente se reprocha que considerar actualmente que la Provincia de Buenos Aires –respecto de su banco, telégrafo y otros establecimientos existentes al 11 de noviembre de 1859– se ha reservado las facultades que por otros artículos de la Constitución ha delegado en el gobierno federal, no se compadece con una interpretación dinámica o progresista de la Constitución Nacional. Por esa razón la provincia puede ejercer sobre su banco facultades de administración y legislación, más ello no admite excluirlo de la aplicación de las leyes federales (SPISSO 1991:139).

Este argumento es fuerte, imposible de soslayar. Tan sólo podemos conjeturar que, a la luz de la jurisprudencia hasta aquí escrutada, difícilmente la Corte Suprema efectúe la lectura dinámica y progresista de la Constitución como el autor la propone.

Como dijimos al comienzo de este título, los resultados a los que los investigadores han llegado no es coincidente; sólo un común denominador emana de sus palabras: la conflictividad. La tensa relación que mantenían la Provincia de Buenos Aires y la Confederación Argentina ha quedado insertada en el banco provincial y permanece en la actualidad traducida en los alcances de su inmunidad. Los argumentos reproducidos son contundentes y –podríamos decir– determinantes. El consenso entre las partes no ha sido considerado.

#### **V. a. El Banco de la Provincia de Buenos Aires. Su situación a partir de la Reforma Constitucional del año 1994**

Hasta aquí hemos analizado los orígenes históricos que han llevado a que el Banco de la Provincia de Buenos Aires goce de un especial *status* en relación, fundamentalmente, a la legislación federal. La reforma constitucional del año 1994 en nada alteró la realidad, fundamentalmente porque los artículos 31 y 104 no fueron objeto de modificaciones. Sin embargo, los Convencionales Constituyentes han decidido elevar a superior rango el régimen de coparticipación de impuestos lo cual, como veremos, abre una puerta para poder enmendar la materia que nos convoca.

#### **V. b. El Régimen de coparticipación de impuestos**

En diciembre de 1993 se sancionó la ley N° 24.309, no exenta de cuestionamientos y críticas de amplios sectores sociales y políticos, a través de la cual se declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución Nacional. A los fines de la presente labor, interesa mencionar que la Convención Constituyente sustituyó el artículo 67 –pasando a ser el 75–, en cuyo inciso segundo elevó a rango constitucional el régimen de coparticipación de los impuestos; estableciendo que sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias se sancionaría una ley convenio que garantizaría la automaticidad en la remisión de los fondos. Asimismo, entre otros extremos, impuso la creación de un organismo fiscal federal a cargo del control y fiscalización del régimen.

La disposición transitoria sexta de la constitución reformada estipuló que tanto el régimen de coparticipación como la reglamentación del organismo fiscal federal debían ser aprobados antes de la finalización del año 1996. Esto, es ocioso decirlo, es una materia pendiente.

El sistema de coparticipación de impuestos entre el Estado Nacional y los estados locales cuenta con relevantes antecedentes históricos cuyo repaso es oportuno realizar. Su génesis se remonta al año 1934, ocasión en la que el Congreso de la Nación sancionó la Ley de unificación de impuestos internos –ley N° 12.139– estructurada bajo la forma de ley-convenio: exigía la adhesión de las provincias para poder participar en el producido de la recaudación de los impuestos nacionales, y al mismo tiempo la renuncia al establecimiento de tributos locales análogos.

Posteriormente, otro tanto sucedió con la ley de impuesto a las ventas –ley N° 12.143 de 1934– y la prórroga a la ley N° 11.682 de impuesto a los réditos a través de la ley N° 12.147 de 1935–. La ley N° 12.956 de 1946 estructuró un sistema estable que extendió la masa de impuestos coparticipables.

La ley de unificación N° 12.139 fue denunciada por la Provincia de Corrientes, lo que conllevó a la sanción de la ley N° 14.390 de 1954, que rigió desde 1955 hasta 1972. A su vez, la ley N° 12.956 fue reemplazada por la N° 14.788 que rigió desde 1959 hasta 1972. Ambos regímenes ulteriormente quedaron comprendidos en el de la ley N° 20.221 de 1973, que rigió hasta 1984. Finalmente, el 7 de enero de 1988 se sancionó la ley N° 23.548, que es la que rige en la actualidad.

La validez constitucional de las leyes de coparticipación de impuestos siempre estuvo en duda, centralmente en torno a si el sistema implicaba la delegación del poder tributario de las provincias en favor del gobierno nacional. Importantes autores vinculados con el campo del derecho constitucional, del derecho administrativo y del derecho tributario se han expedido en uno y otro sentido, cada cual en razón de sus argumentos.

El Máximo Tribunal se ha pronunciado –si bien a manera de *obiter dictum*– con relación a la comentada ley N° 12.956, afirmando que es admisible que las provincias restrinjan convencionalmente el ejercicio de sus poderes impositivos mediante acuerdos entre sí y con la Nación, no implicando ello que las mismas se hayan despojado de su potestad impositiva (Fallos 280:297).

Por fin, la reforma constitucional de 1994 ha permitido superar las objeciones de parte de la doctrina, fundada en que la coparticipación de impuestos desvirtúa el régimen federal, lo cual a su vez se traduce en una limitación temporal y parcial al ejercicio del poder tributario provincial (SPISSO 1991:189). De este modo, la incorporación ha sido bienvenida (CASAS 2002:107).

Vale recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo mérito en diversas oportunidades de los pactos que constituyen manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, tendiente a establecer, mediante la participación concurrente del Estado Nacional y de las provincias, un programa destinado a adoptar una política uniforme en beneficio de los intereses nacionales y locales. Así, en fallos 322:1781 –con cita de Fallos 178:9– ponderó la vocación de la Constitución Nacional creadora de una unidad no por supresión de las provincias sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población y destino de los estados y la creación de un órgano para esa

conciliación, para la protección y estímulo de los intereses locales, cuyo conjunto se confunde con la Nación misma, consagrando el principio de "hacer un solo país para un solo pueblo" (Fallos 324:4226).

## VI. ¿Debe ser modificada la inmunidad del Banco de la Provincia de Buenos Aires?

De acuerdo a lo brevemente referido en el Título II del presente trabajo, observamos que, como consecuencia de la histórica relación que han mantenido la Confederación y la Provincia de Buenos Aires, luego de que se arribara a un acuerdo, la Constitución Nacional de la República Argentina, modificada por primera vez en 1860, quedó redactada del modo descrito en sus actuales artículos 31 y 121.

Vimos también que en el Pacto de San José de Flores –instrumento en el cual se plasmó el entendimiento– las partes dejaron asentado que la Provincia de Buenos Aires mantendría el gobierno y la legislación respecto de sus propiedades y establecimientos públicos.

Entre la Constitución Nacional y el Pacto de San José de Flores existe una relación directa, pues a través de éste la Confederación y el Estado local acordaron la expresa reserva de determinadas facultades de la provincia y en el texto constitucional –fruto del consenso de la Confederación Argentina y de todas las provincias que la componen, reformada con posterioridad al Pacto– se insertó la máxima según la cual las provincias conservan el poder reservado por pactos especiales.

Este marco jurídico es el origen de la hoy existente inmunidad fiscal del Banco de la Provincia de Buenos Aires con los alcances detallados. En términos más precisos, el Pacto de San José de Flores junto con la Constitución Nacional son la causa y la inmunidad fiscal el efecto. La ley 1029 y la Carta Orgánica del banco son normas dictadas también como consecuencia de este esquema.

A esta altura de la exposición surge una inevitable pregunta: la inmunidad del Banco de la Provincia de Buenos Aires, con sus alcances ¿debería ser objeto de alguna modificación? Entendemos que sí; si bien no debe ser suprimida, corresponde igualarla a la del resto de las entidades públicas. Volveremos sobre este aspecto en el título siguiente.

Ahora bien, para modificar esta coyuntura opinamos que debe trabajarse sobre la causa misma y en igualdad de condiciones en que fue gestada, o sea, el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires deben acordar sustituir el texto del artículo 7º del Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859, y así lograr que el dispositivo del "pacto especial" que se activa por conducto del actual artículo 121 de la Ley Fundamental ya no opere. A título ilustrativo, el texto del precepto podría quedar redactado del siguiente modo: "Todas las propiedades de la Provincia que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos, de cualquier clase y género que sean, seguirían correspondiendo a la Provincia de Buenos Aires, y serán gobernadas por la autoridad de la Provincia".

Dos grandes componentes han de destacarse respecto de esta tesitura: en primer lugar, que se evita la necesidad de modificar la Constitución Nacional con todos los costos materiales y políticos que ello acarrea; en segundo, la presencia del consenso como factor ineludible, lo cual significaría recrear el

ambiente del año 1859<sup>14</sup>. Además, no puede dejar de repararse en el hecho de que los intentos que llegaron a la órbita del Poder Judicial en el terreno del litigio han fracasado.

De seguirse el mecanismo que aquí proponemos se lograría la completa incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Nación Argentina, lo cual nos rememora aquél axioma según el cual la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo puesto que no habría Nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente. (Fallos 189:9).

Un tema no menor es justamente el relativo al “consenso” en sí, o sea, mas allá de los tintes políticos que encierra la materia, no será tarea sencilla que las partes negocien y acuerden tamaña cuestión, máxime si se tiene en cuenta que, en principio, la Provincia de Buenos Aires –mas bien su banco oficial– tiene más que perder y que la realidad tiene escasa significación social<sup>15</sup>.

Pensamos que una oportunidad aprovechable para este cometido será la ocasión en que finalmente se comience a tratar la debida “ley convenio” –ley de coparticipación de impuestos– a que hace referencia el artículo 75 inc. 2º y la cláusula transitoria sexta de la Constitución Nacional. Si bien son dos necesidades diferentes y obedecen a distintos antecedentes históricos, la Nación Argentina y la Provincia de Buenos Aires pueden concertar la derogación de la parte pertinente del Pacto de San José de Flores al tiempo que se negocia –con el resto de las provincias– la distribución de los recursos coparticipables.

La necesidad de legislar sobre la coparticipación de impuestos es una trascendente deuda –histórica ya–; cuando los sectores y actores involucrados se dignen saldarla podrán también completar la “unión de los pueblos” que aún resta, para esto alcanza con el diálogo de sólo dos partícipes.

## VII. El nuevo alcance de la inmunidad fiscal del Banco de la Provincia de Buenos Aires

No desconocemos que una alteración al orden presente podría significar, *prima facie*, un menoscabo económico para el banco oficial de la Provincia de Buenos Aires. Al respecto señalamos, como primera reflexión, que ello debiera ser concebido como el costo –sacrificio– de la definitiva unión federal de la República Argentina. No debe olvidarse que la entidad goza de una posición más ventajosa en comparación con sus pares –bancas oficiales– desde hace más de 150 años.

Por su parte, la incidencia cuantitativa de los recursos tributarios que pudiera obtenerse del Banco de la Provincia de Buenos Aires sería significativamente baja en el total de los impuestos coparticipables, de modo tal que no debiera representar mayor obstáculo hallar, si eso se pone en la mesa del diálogo, una compensación a la merma.

<sup>14</sup> De hecho, en 1859 la relación que la Provincia de Buenos Aires mantenía con la Confederación Argentina, por un lado, y con el resto de las provincias, por el otro, eran harto complejas; recuérdese que el Pacto de San José de Flores se celebró a los pocos días de la Batalla de Cepeda.

<sup>15</sup> No es un asunto mayormente conocido por el ciudadano argentino la realidad que envuelve al Banco de la Provincia de Buenos Aires.

Ahora bien, la pregunta inevitable que surge es: ¿cuál sería la suerte del Banco de la Provincia de Buenos Aires si la Provincia y la Nación dejaran sin efecto el artículo 7º del Pacto de San José de Flores? La respuesta es sencilla: la misma que la del resto de los bancos oficiales.

Pasaría a aplicarse a su respecto la “doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno” con los alcances indicados en el Título III. Es decir, continuaría gozando de inmunidad fiscal, pero no a causa ya de un pacto especial, sino en razón de la protección que alcanza a las operaciones, instrumentos y medios que realiza el banco para cumplir los fines públicos de la Provincia de Buenos Aires.

Tres precedentes jurisprudenciales de nuestro Tribunal Címero permiten entender la magnitud de la nueva inmunidad del banco:

En un primer caso, en el cual se debatía si el Banco de Mendoza se veía alcanzado por el beneficio en cuestión, el Tribunal sostuvo que la circunstancia de no promediar pacto especial mediante el cual la Provincia de Mendoza se hubiera reservado derechos propios respecto del banco no hacía variar la conclusión de que el banco del Estado quedaba fuera del alcance impositivo del Gobierno Federal; ello así desde que el Gobierno de la Nación carece de facultades para impedir o estorbar a las provincias el ejercicio de los poderes que no han delegado (Fallos 196:369).

En relación a esa misma entidad financiera, años más tarde la Corte se pronunció en ocasión de que el banco demandara la repetición de las sumas que debió abonar en concepto de impuesto a los réditos sobre utilidades y dividendos exclusivamente en manos del “capital privado”. Al respecto aseveró que la doctrina de la inmunidad fiscal no es rígida ni absoluta, sino que encuentra excepciones tales como: las “actividades de carácter privado” que los Estados provinciales puedan desarrollar a través de sus organismos o empresas, o cuando el gravamen no llegue a significar un verdadero “entorpecimiento a la marcha de las instituciones”, entre otras razones. Por este motivo, siendo que el impuesto recaía exclusivamente sobre la renta de los particulares y no se imposibilitaba la actividad del Banco de Mendoza, se resolvió que aquellos debían pagar el tributo (Fallos 247:325).

Finalmente, habiendo el Banco de la Nación Argentina adquirido un ingenio con el propósito de defender los créditos que oportunamente concediera a una empresa privada, continuó con la explotación del mismo vendiendo maleza, madera y caña. El Fisco Nacional interpretó que dichas operaciones debían tributar el impuesto a las ventas, lo cual fue refrendado por el Tribunal Fiscal de la Nación y la Alzada. La mayoría del Máximo Tribunal afirmó que el Banco de la Nación Argentina goza de inmunidad fiscal en los supuestos previstos en su carta orgánica, mas no cubre las actividades como productor, ya que las mismas no constituyen operaciones propias de la actividad bancaria (Fallos 270:91).

### Referencias bibliográficas

BIDART CAMPOS, G. L. (1989) *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2003.

- CASANOVA DE CABRIZA, A.N. (2001) “El principio de inmunidad fiscal del Estado”, *Boletín Impositivo*, AFIP N° 43, 2/2001, 163-182.
- CASAS, J. O. (2002) *Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- DALLA VÍA, A. (2003) *La ideología de la Constitución Económica*, La Ley – Aniversario de la Constitución Nacional, 2003, pág. 36 a 49.
- FAVIER DUBOIS, E. M. y otros (1984) *El Pacto de San José de Flores o de Unión Nacional*, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, Buenos Aires, 1984.
- GELLI, M. A. (2010) “Período 1852 – 1866”, GARCÍA BELSUNCE H.A. y DÍAZ, V.O. (Dir), *Historia de la Tributación Argentina (1810-2010)*, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires, Errepar, 2010, 157-179.
- MITRE, J. A. (1958) *Espíritu y Vida de la Constitución*, Buenos Aires, EMECE, 1958.
- NAVEIRA DE CASANOVA, G.J. (1998) “Apuntes sobre la denominada inmunidad fiscal del Estado”, *Boletín Informativo Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, mayo 1998, 267-279.
- NAVEIRA DE CASANOVA, G.J. (2008) “Gravabilidad de las operaciones del Banco de la Provincia de Buenos Aires: un supuesto peculiar de la inmunidad fiscal del Estado”, *Impuestos* 2008, 1899-1909.
- NAVEIRA DE CASANOVA, G.J. y REVILLA P.J.M. (2009) “Inmunidad de los instrumentos de gobierno”, *Revista de Derecho Fiscal*, Abeledo Perrot N° 4, 8/2009, 47-73.
- LAVIGNE, R. H. (1970) *La legislación sobre el Banco de la Provincia de Buenos Aires y su preeminencia constitucional*, La Ley 1970-1125.
- LEIVA EDUARDO, D. (1982) *Fuentes para el Estudio de la Historia Argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 1982.
- LEVENE, R. (1952) *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1985.
- JARACH, D. (1943) *El hecho imponible*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 1943.
- SABSAY, D. A. y ONAINDIA, J. M., (1994) *Constitución de los Argentinos*, Buenos Aires, Errepar, 2000.
- SAN MARTINO de DROMI, M. L. (1994) *Documentos Constitucionales Argentinos*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994.
- SAN MARTINO de DROMI, M. L. (1995) *Formación Constitucional Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina 1995.

SCHINDEL, A. (2008) "Inmunidad fiscal del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Nota a un reciente fallo de la Corte Suprema", *Impuestos* 2008-A 112-118.

SPISSO, R. R. (1991) *Derecho Constitucional Tributario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

PEREZ GUILHOU, D. (1993) "Irrelevancia de la cláusula `salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859'", *El Derecho* tomo 152, 910-916.

ROSA, J. M. (1974) *Historia Argentina*, Buenos Aires, T. III y VI, Editorial Oriente S.A., 1974.

TREVISÁN, E. C. (1973) *Los impuestos internos en la República Argentina*, Buenos Aires, Casa Jacobo Peuser, 1934.

ZORROAQUIN BECU, R. (1966) *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1998.

# HACIA UNA NUEVA TOPOLOGÍA DE LA JURIDICIDAD: CONTRIBUCIONES CRÍTICAS AL PENSAR IUSFILOSÓFICO

Por Marina Gorali

## RESUMEN

La Botella de Klein es una figura topológica no orientable que no posee exterior ni interior. Es una superficie que implica un autoatravesamiento: la torsión que conlleva hace que los giros que la rodean se in-viertan después de dar la primera vuelta. Su construcción se gesta a partir de dos bandas de Moebius de torsión diferente pegadas en su borde.

Como el sin-fin de las mil y una noches o la escena dentro de la escena, el trazado topológico de la Botella de Klein reabre el enlace de una infinita interrogación: ¿Hay un afuera y un adentro en la interpretación jurídica? Si – como señala Cárcova- un razonable equilibrio permite superar la pretensión de un sentido último y definitivo en hechos y normas sin que ello importe decantar en un radical escepticismo, ¿cuál es el recorrido de esta multiplicidad? ¿Es esta errancia una migración sin orden, o por el contrario -como en los cuentos de Kafka- la apuesta por el desplazamiento del sentido nos habla de la ausencia como posibilidad? El presente trabajo pretende recorrer parte de esta huella inscribiéndose en el marco de una profunda convicción: el derecho merece la posibilidad de su resignificación. Nuevas topologías pueden ciertamente contribuir a este desafío. Desafío que nos interroga como operadores jurídicos pero fundamentalmente nos interroga como comunidad.

## PALABRAS CLAVE

Interpretación jurídica – sentido – topología – poder – lenguaje

# TOWARDS A NEW TOPOLOGY OF LAW: CRITICAL CONTRIBUTIONS TO IUSPHILOSOPHICAL THOUGHT

By Marina Gorali

## SUMMARY

Klein's Bottle is a non-orientable topological figure having neither outside nor inside. It is a surface involving self-crossing: entailed twist causes its surrounding turns to reverse after the first turn. Its building develops as from two Moebius bands displaying a different twist which are stuck in their ends.

Like the endless tales of the Arabian Nights or like the scene within the scene itself, the topological sketch of Klein's Bottle re-opens the link of an unlimited question. Do outside and inside actually exist in legal interpretation? If – as Cárcova states – a reasonable balance allows to overcome the claim to the final and ultimate sense in facts and rules without resulting in a radical skepticism, which is the route of such a multiplicity? Is this wandering an unsystematic migration? Or, on the contrary, like in a *Kafka's* tale, does the wager for the displacement of sense talk to us about the absence as if it were a true chance? This work is intended to travel along a portion of this mark by becoming registered throughout the framework of a deep conviction: law deserves the chance of its re-significance. New topologies may certainly contribute to such a challenge – a challenge which examines us as legal operators but, mainly, as a whole community.

## KEY WORDS

Legal Interpretation – Sense – Topology – Power - Language

# HACIA UNA NUEVA TOPOLOGÍA DE LA JURIDICIDAD: CONTRIBUCIONES CRÍTICAS AL PENSAR IUSFILOSÓFICO

Por Marina Gorali\*

*"El verdadero laberinto es la línea recta". J.L.Borges*

La Botella de Klein es una figura topológica<sup>1</sup> no orientable que no posee exterior ni interior. Es una superficie que implica un autoatravesamiento: la torsión que conlleva hace que los giros que la rodean se in-viertan después de dar la primera vuelta. Su construcción se gesta a partir de dos bandas de Moebius de torsión diferente pegadas en su borde.

Como el sin-fin de las mil y una noches o la escena dentro de la escena, el trazado topológico de la Botella de Klein reabre el enlace de una infinita interrogación: ¿Hay un afuera y un adentro en la interpretación jurídica? Si – como señala Cárcova<sup>2</sup>- un razonable equilibrio permite superar la pretensión de un sentido último y definitivo en hechos y normas sin que ello importe decantar en un radical escepticismo, ¿cuál es el recorrido de esta multiplicidad? ¿Es esta errancia una migración sin orden, o por el contrario -como en los cuentos de Kafka- la apuesta por el desplazamiento del sentido nos habla de la ausencia como posibilidad? ¿Es la torsión del espacio discursivo que contiene lenguaje y ley el lugar que aloja la lectura de una inasible juridicidad? Y en tal caso, ¿cuál es la dimensión política que habilitaría este anudamiento?

La literatura de Kafka capta el instante mismo de esta torsión: el sentido no está allí dado en el texto sino desplazado porque la única manera que tiene de acontecer es en lo ausente, en lo inacabado. Benjamin decía que las novelas se bastan a sí mismas, mas los libros de Kafka no se bastan nunca, sino

---

\* Abogada por la Universidad de Buenos Aires – Licenciada en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires – Doctoranda de la Facultad de Derecho (UBA) – Investigadora Proyecto UBACYT “La deriva del sentido y los límites de la interpretación judicial” dirigido por el Dr. Carlos M. Cárcova – Profesora Adjunta interina de Filosofía del Derecho, Cátedra Cárcova, Facultad de Derecho(UBA). Miembro Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

<sup>1</sup> La topología ha marcado una intensa impronta en las enseñanzas de Jacques Lacan. Figuras como la banda de Moebius, el toro, el cross-cap, la botella de Klein, el nudo borromeo, han dibujado gran parte del pensar lacaniano. Trayectos que lejos de conformar metáforas, elaboran la estructura que funda su disposición espacial. J. A. Miller explica que la topología de Lacan está presente desde el Discurso de Roma (1953) donde al final, al referirse a la función primordial de la muerte, marca su lugar de manera eminente. “Decir que este sentido mortal revela en la palabra un centro exterior al lenguaje es más que una metáfora y revela una estructura”. Para Miller todos los problemas de la topología de Lacan ya están presentes en esta frase. ¿De qué está hecha esta topología? Primero hay tres objetos. Esta topología está al nivel de la geometría proyectiva y de tres superficies de esta disciplina que clásicamente se llamaba análisis situs. Se trata de la banda de Moebius, de la botella de Klein y del cross-cap, figura un poco más compleja que Lacan introduce en su Seminario sobre la identificación. Por otro lado están los nudos, más precisamente el nudo borromeo, introducido en el seminario XX.

que son narraciones preñadas de una concreta moraleja, una que, sin embargo, nunca llega a nacer (Benjamin, 1931). La obra de Blanchot se inscribe también en la marca de este cruce: la reflexión jamás cierra sobre sí misma, sino que desplaza su objeto hasta el infinito y vive en esa disrupción como el lugar de una libertad desconocida. Las referencias recurrentes al "habitar" (habitación, estancia, errancia) vuelven a plantear la cuestión de la «modernidad» del descentrado y disperso sujeto blanchotiano. Imágenes diametralmente opuestas en su desarraigo a los lemas heideggerianos de patria, tierra, casa (Blanchot, 1973). La radicalización del no-lugar vuelve a tomar forma en el cuerpo de los textos, redescubriendo el estrecho vínculo entre palabra e indecibilidad. Este trayecto interroga la forma misma del lenguaje pero fundamentalmente el estatuto político de aquella construcción.

Identificada con el todo, la razón hegeliana excluye todo rastro polifónico del discurso. Se trata de un monólogo que devasta el espacio interhumano del diálogo, pues, siendo única, no tiene con quién hablar. Tal es el estatuto del lenguaje como Dicho del que todo rastro del Decir está ausente. La lógica de la totalidad instala así un cerco ontológico concentracionario sin posibilidad del afuera, y en cuyo interior es alojado la integridad de lo existente (Levinas, 1971).

Frente a ello es preciso oponer la apertura misma de lo infinito y la desarticulación de toda comunidad de sustancia. Lejos de asentarse en el *proprium*, la *communitas* se constituye como conjunto de personas a quien une, no una propiedad, sino una falta, una despropiación que inviste y descentra al sujeto, forzándolo a salir de sí mismo. A alterarse (Esposito, 1998).

Para Levinas es posible ubicar la idea de infinito "en" el pensamiento, pero es un "en" que hace estallar la identidad. El "en" indica, al mismo tiempo, la interioridad y la imposibilidad de la interioridad. Este rechazo a la totalización se produce así como relación con lo no-englobable, como el recibimiento de la alteridad. En *De otro modo que ser o más allá de la esencia* Levinas distingue dos tipos de temporalidad retomando las categorías saussurianas de sincronía y diacronía. La sincronía es el tiempo en el cual la conciencia rememora y presentifica las distintas fases temporales del fenómeno y las reúne en el presente de la representación. La representación acontece a través de una designación que Levinas denomina lo Dicho. Es también el tiempo de la autoconstitución de la conciencia a través de la constitución de lo Dicho. La diacronía, por el contrario ya no será el tiempo de lo Dicho sino el tiempo del Decir. Tiempo que se temporaliza cuando las temporalidades del yo y del otro se encuentran pero sin sintetizarse en una representación. Es el tiempo del encuentro, de ser uno con el otro. Pero se trata de una interrelación que no es tematizable, porque el Decir del otro, la interpelación requiriente de su rostro, su modo de exponerse y salirme al encuentro, no puede ser proyectado ni representado en un Dicho por la conciencia tematizadora. El Decir del otro es lo inabarcable, lo que no ha formado jamás parte de la esfera de representación del Mismo. Así, manifestándose en su Decir, el otro expone su tiempo, y la entrada en

---

<sup>2</sup> Cfr. Proyecto Ubacyt "La deriva del sentido y los límites de la interpretación judicial" dirigido por el Dr. Carlos M. Cárcova e integrado por Alicia Ruiz, Nora Wolzun, Guillermo Moro, Victoria Haidar, C. Díaz, F. de Fazio, J. Roggero, M. Gorali.

relación de su tiempo con mi propio tiempo se temporaliza como tiempo diacrónico (Garrido Maturano, 2010).

La errancia supone el movimiento mismo del lenguaje, siempre en marcha, en incesante desplazamiento, atestiguando la propia equivocidad. La palabra ya no habla, circula, dialoga, muestra el destierro, se abisma en la indecibilidad. Es en esta tensión entre la necesidad que el lenguaje tiene de sobreponerse a su inevitable ambigüedad, de nombrar una parte del mundo y la imposibilidad de satisfacerla (Yelin, 2009), el lugar que aloja la lectura, la interpretación. Kristeva señalaba que un texto no es la significación estructurada que se presenta en un corpus lingüístico visto como una estructura plana. Es su engendramiento: un engendramiento inscripto en ese fenómeno lingüístico, ese fenómeno que es texto impreso, pero que no es legible más que cuando se remonta verticalmente a través de su génesis: 1) de sus categorías lingüísticas y 2) *de la topología del acto significativo*. Lo que se abre en esa vertical es la operación (lingüística) de generación del feno-texto (Kristeva, 1969). La zona generativa así abierta ofrece un objeto de conocimiento que *“deroga los principios de la localización euclidiana” y no tiene “especificidad sustancial”* (Bachelard, 1940). El texto será pues un objeto dinamizado: el discurso que tratará de él tendrá por finalidad detectar los tipos de objetos dinamizados que se presentan como significantes.

El Derecho desplegado como relato, como narración, descubre la estructura misma de la inasibilidad. Estructura que se desplaza en la doble torsión que el espacio de Klein anuda, produciendo el incesante baile de la infinitud.

Barthes en “La lección inaugural” cifraba la compleja trama entre poder, lenguaje e imposibilidad. Allí sostenía que el poder (*la libido dominandi*) está siempre agazapado en todo discurso que se sostenga, así fuere a partir de un lugar fuera del poder. Y cuanto más libre sea la enseñanza, más aún resulta necesario preguntarse en qué condiciones y según qué operaciones puede el discurso desprenderse de todo querer-asir (Barthes, 1977). No se trata de un combate fácil porque, plural en el espacio social, el poder es, simétricamente, perpetuo en el tiempo histórico: expulsado, extenuado aquí, reaparece allá; jamás perece: hecha una revolución para destruirlo, prontamente va a revivir y a rebrotar en el nuevo estado de cosas. La razón de esta resistencia y de esta ubicuidad – escribe Barthes- es que el poder es el parásito de un organismo transocial, ligado a la entera historia del hombre. *Aquel objeto en el que se inscribe el poder desde toda la eternidad humana es el lenguaje* o, para ser más precisos, su expresión obligada: la lengua.

El lenguaje lejos de ser un espacio de diálogo, de consenso, de reconocimiento intersubjetivo supone necesariamente algo del orden del poder e inclusive de la violencia. La violencia y el poder están, de hecho, inscriptos en el corazón mismo del lenguaje. Blanchot escribía: “Toda palabra es violencia, una violencia tanto más temible cuanto más secreta, es el centro secreto de la violencia, violencia que se ejerce ya sobre aquello que la palabra nombra y que solo puede nombrar privándolo de su presencia” (Blanchot, 1969).

En este contexto sólo es posible una cosa, hacerle trampas a la lengua. A esta fullería saludable que permite escuchar a la lengua fuera del poder –en el esplendor de una revolución permanente del lenguaje- Barthes la llamaba sencillamente: *literatura*. La literatura, en su inacabado intento por representar

lo “real” (aquello que se sustrae, que escapa a lo simbólico)<sup>3</sup>, habla quizás lo imposible. Es precisamente a esta imposibilidad topológica a la que la literatura no quiere nunca someterse. Los hombres no se resignan a esa falta de paralelismo entre lo real y el lenguaje, y es este rechazo, posiblemente tan viejo como el lenguaje mismo, el que produce, en una agitación incesante, la literatura. A partir de ahí pensaríamos en una subjetividad que está siempre en relación con aquello que no puede realizarse, con aquello que excede.

Quizás esa sea la brújula que tanto ansiamos encontrar, legado que nuestros maestros nos han sabido transmitir: la inmensa fuerza filosófica que el saber literario nombra cuando se entrecruza con el complejo y paradójico recorrido discursivo de la juridicidad. Saber que lejos de suturar, mantiene abierta la falta, la abertura que ya somos, pasaje que nos referencia y constituye como inconclusividad. Como señala Barthes, las *fuerzas de libertad* que se hallan en la literatura no dependen pues de la persona civil, del compromiso político del escritor, ni inclusive del contenido doctrinario de su obra, sino del trabajo de desplazamiento que ejerce sobre la lengua. En ello radica la dimensión política que inaugura. El saber que la literatura moviliza jamás es ni completo ni final; la literatura no dice que sepa algo, sino que sabe de algo. En la medida en que pone en escena al lenguaje —en lugar de, simplemente, utilizarlo—, engrana el saber en la rueda de la *reflexividad infinita*: a través de la escritura, el saber reflexiona sin cesar sobre el saber. El carácter de la escritura aparece así bajo la forma del desarraigo, de la disrupción, de la huella íntima que exhibe, en su desplazamiento, la marca incesante del sentido.

## Bibliografía

Bachelard, G. (1940) *La filosofía del no: ensayo de una filosofía del nuevo espíritu científico*. Buenos Aires, Amorrortu, 1984.

Barthes, R. (1977) *El placer del texto y Lección inaugural de la cátedra de semiología literaria del Collège de France*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2003.

Benjamin, W. (1931) “Franz Kafka: construyendo la muralla china” *En Walter Benjamin. Obras*. Madrid, Abada Editores, 2009, Libro II, Vol. 2.

Blanchot, M. (1969) *El diálogo inconcluso*. Caracas, Monte Ávila, 1994.

(1973) *El paso (no) más allá*. Barcelona. Paidós, 1994.

Cárcova, C. (2007) *Las teorías jurídicas pos-positivistas*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

Espósito, R. (1998) *Communitas. Origen y destino de la comunidad*. Buenos Aires, Amorrortu, 2007.

Espósito, R. “Lenguaje y violencia entre Benjamin y Canetti?”. *Daimon. Revista de Filosofía*, Universidad de Murcia, 2006, N° 38, págs. 61-70

<sup>3</sup> Cf. concepto de “lo real” en Lacan.

Garrido Maturano, A. (2010) *Los tiempos del tiempo. El sentido filosófico, cosmológico y religioso del tiempo*. Buenos Aires, Editorial Biblos, 2010.

Kristeva, J. (1969) "Preliminares al concepto de texto. El semanálisis". En *Semiotica 2*, Madrid, Editorial Fundamentos, 1981.

Levinas, E. (1971) *Totalidad e Infinito*. Salamanca, Ediciones Sígueme, 2006.

Ruiz, A. (2001) *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

Sucasas, A. (2006) *Levinas: lectura de un palimpsesto*. Buenos Aires, Editorial Lilmod, 2006.

Yelin, J. (2009) "¿De qué está hablando? Las primeras lecturas de Kafka en el ámbito hispanoamericano". II Congreso Internacional "Cuestiones Críticas", Rosario, 2009.

# **DEMOCRACIA Y POLÍTICAS EMANCIPATORIAS: LA PREGUNTA FILOSÓFICO-POLÍTICA POR EL LUGAR DE LA AUTORIDAD EN EL ÁMBITO DE LA FORMACIÓN DOCENTE UNIVERSITARIA**

Por **María Beatriz Greco**

## **RESUMEN**

El presente artículo retoma y despliega algunos ejes de la investigación en el marco del Proyecto Ubacyt “La formación docente universitaria como espacio de configuración de la identidad profesional: la cuestión de la autoridad en del proceso formativo”. 2012-2014. El sentido de trabajar a partir de una pregunta filosófico-política en torno al lugar de la autoridad en el ámbito de la formación docente universitaria, se vincula directamente con la reflexión sobre los procesos democráticos y las políticas educativas que se ponen en marcha con el fin de propiciarlos.

En el ámbito de la formación docente en general y en la universitaria en particular, estos procesos resultan particularmente sensibles para la construcción democrática más amplia, dado que los futuros docentes/profesionales realizarán un ejercicio de autoridad directamente vinculado con un modo de relacionarse con el conocimiento y con otros/as en espacios sociales y educativos donde la emancipación adquiere un lugar central.

## **PALABRAS CLAVE**

Formación docente - Autoridad pedagógica - Políticas emancipatorias

# DEMOCRACY AND EMANCIPATORY POLITICS: THE POLITICAL-PHILOSOPHICAL QUESTION ABOUT THE PLACE OF AUTHORITY IN UNIVERSITY TEACHER TRAINING

By **María Beatriz Greco**

## ABSTRACT

This article displays some axes of research in the project Ubacyt "University teacher training as a configuration space of professional identity: the question of authority in the training process" 2012-2014. The sense of working with a political - philosophical question about the authority in university teacher training is directly linked to the debate on democratic processes and educational policies that are put in place in order to promote them .

In teacher training in general and in the university in particular, these processes are especially sensitive to constructing democracy as future teachers / professionals and their exercise of authority is directly linked to a way of relating to knowledge and to the other/s in social and educational spaces where emancipation takes a central place.

## KEY WORDS

Teacher training - Pedagogical authority - Emancipatory politics

# DEMOCRACIA Y POLÍTICAS EMANCIPATORIAS: LA PREGUNTA FILOSÓFICO-POLÍTICA POR EL LUGAR DE LA AUTORIDAD EN EL ÁMBITO DE LA FORMACIÓN DOCENTE UNIVERSITARIA

Por María Beatriz Greco\*

El presente artículo retoma y despliega algunos ejes de la investigación en el marco del Proyecto Ubacyt “La formación docente universitaria como espacio de configuración de la identidad profesional: la cuestión de la autoridad en el proceso formativo”. 2012-2014. Asimismo, desarrolla aspectos claves de investigaciones anteriores centradas en el lugar de la autoridad pedagógica: Ubacyt “Autoridad, subjetivación y ley simbólica en las instituciones educativas de nivel medio” 2008-2010 y “Configuraciones de la autoridad en educación. Transmisión, subjetivación y emancipación de jóvenes en situación de vulnerabilidad educativa”. 2010-2012.

El sentido de trabajar a partir de una pregunta filosófico-política en torno al lugar de la autoridad en el ámbito de la formación docente universitaria, se vincula directamente con la reflexión sobre los procesos democráticos y el sentido de las políticas educativas que se ponen en marcha con el fin de propiciarlos.

En el ámbito de la formación docente en general y en la universitaria en particular, estos procesos resultan particularmente sensibles a la construcción democrática dado que los futuros/as docentes y profesionales de diversas disciplinas, realizarán a través de su accionar educativo, ellos/as mismos/as, un ejercicio de autoridad directamente vinculado con un modo de relacionarse con el conocimiento y con otros/as en espacios sociales y educativos donde la emancipación adquiere un lugar central.

---

\* Doctora en Filosofía y Ciencias Sociales – Universidad de Paris VIII y UBA. Profesora e investigadora en la Facultad de Derecho y de Psicología de la UBA. Directora del Ubacyt “La formación docente universitaria como espacio de configuración de la identidad profesional: la cuestión de la autoridad en del proceso formativo”. 2012-2014. Autora, entre otras publicaciones, de El espacio político, Ed. Prometeo, 2012; Emancipación, educación y autoridad, Ed. Noveduc, 2012 y La autoridad (pedagógica) en cuestión, Ed. Homo Sapiens, 2007.

### **Democracia, igualdad, emancipación y autoridad.**

“No nacemos iguales, nos volvemos iguales como miembros de un grupo basado en nuestra decisión de garantizarnos mutuamente derechos iguales”. ARENDT, H. (1951)

Desde el momento que instauran el principio de igualdad, las democracias se ven inevitablemente confrontadas con el problema de la autoridad en la educación. Un ámbito donde la autoridad necesariamente se instala como lugar indispensable es, sin duda, el educativo, ya que se trata de transmitir allí saberes, conocimientos, contenidos culturales, procedimientos, etc. desde quienes los detentan hacia quienes deben incorporarlos aún. Por ese motivo, la cuestión de la igualdad y por tanto, de la democracia como sistema igualitario, se ven conmovidos, interrogados, requeridos para ser revisados. ¿A través de qué procesos conciliar autoridad e igualdad?, ¿es posible su articulación sin oposición?, ¿qué procesos educativos requiere la construcción democrática?, ¿qué tipo de políticas educativas habilitan la construcción de una autoridad que le haga lugar a la igualdad?, ¿es posible hablar de una autoridad igualitaria o emancipatoria?

Todas las democracias contemporáneas se enfrentan con este desafío de concebir y recrear las políticas y el lugar de la autoridad en ellas, tanto en los diferentes ámbitos donde se trabaja por la instalación de los derechos de los sujetos —relacionados con la educación, la salud, la justicia, el desarrollo social, etc.- como en la concreta cotidianeidad de la enseñanza a las nuevas generaciones. Así, los procesos democráticos no son ajenos ni a las políticas que se formulan e implementan desde el Estado ni a las transformaciones institucionales menos visibles y su trabajo cotidiano donde tiene lugar la formación de los sujetos.

Es así como el problema de la educación y de la formación se ve interrogado desde el momento en que se afirma, siguiendo la proposición de Jacques Rancière (2003), el principio de igualdad de las inteligencias, no de lugares, ni de saberes, ni de posiciones institucionales, sino de una inteligencia que es común a todos. A partir de allí se hace necesario, en el ámbito de la educación y de la formación docente, rechazar la clasificación indefinida de las capacidades y la instalación de desigualdades. La acción formativa es aquella que verifica la igualdad de “cualquiera con cualquiera” (RANCIÈRE, 2003), la que busca las condiciones de una emancipación intelectual y subjetiva. Es que cuando de formar se trata, con especial énfasis en el campo de la formación docente, quien lo hace no ofrece una forma definitiva y acabada.

Deja inconclusa la obra, “trans” forma (MELICH, 2006) mientras ofrece signos, indica caminos, señala que es uno/a mismo/a, desde el propio “trabajo sobre sí” (FERRY, 1990) quien construye esa forma. Desde esta perspectiva, es que se hace decisivo interrogarse por aquellas modalidades de autoridad pedagógica que sostienen una formación que emancipa, que generan efectivamente trans-formación y que no persiguen la “fabricación” (MEIRIEU, 2002) de un sujeto sino la creación de condiciones para que, a través de la relación pedagógica, sea el propio sujeto quien se forme a sí mismo.

Entonces, formar y educar en democracia y para la democracia no puede silenciar las preguntas por la autoridad del que forma y educa, por los modos de enunciación de su palabra y las modalidades de hacerla circular en el espacio que abre la relación pedagógica. Preguntas que no cesan de ligar autoridad, igualdad y emancipación (GRECO, 2012)

¿De qué modos dirigirnos a otros y cómo escucharlos cuando formamos o educamos?, ¿qué formas emancipatorias recrear de modo que no conduzcan a abandonar lugares de autoridad requeridos para la transmisión y la educación?, ¿qué tipo de mediaciones desplegar para no dejar de lado ese empeño político de organizar espacios comunes?, ¿de qué infinitas formas decir democráticamente un sentido que reúna las vidas en sus diferencias y las proteja, las haga humanas? En un movimiento permanente entre orden y desorden, jerarquía y horizontalidad, disimetría y paridad, decisión y sujetamiento, libre aceptación y obediencia, se hace así indispensable reconocer los múltiples hilos que constituyen el lugar de la autoridad en educación y formación y las políticas a desplegar en democracia.

### **Políticas de lo incalculable, políticas de la hospitalidad.**

Pensar una política emancipatoria lleva a considerar las condiciones de una política imposible, no en el sentido de impracticable o carente de toda posibilidad de implementación o de aquella que no puede tener lugar, sino de lo político como una instancia de subjetivación que será siempre inacabada, incalculable, impredecible e imposible de concluir definitivamente. Un modo político de hacer lugar a los sujetos que se haga cargo de no cerrar ese espacio de subjetividad en formación desde una exterioridad “superadora”, de dejarlo como proceso abierto a lo que sólo los sujetos pueden configurar consigo mismos.

¿Qué decir de lo incalculable en nuestro tiempo? En una época que pareciera, por entero, sometida al cálculo del mercado (LEWKOWICZ, 2004) en la que la subjetividad puede convertirse en terreno de mercantilización, de automatización, de medicalización de lo humano, conviene detenerse a precisar qué decimos cuando decimos sujeto y cuando decimos emancipación en la actualidad, en medio de nuestras condiciones de época.

En principio, se presenta una paradoja ya que, por definición, las políticas se sustentan en programaciones, objetivos, estrategias y acciones, presupuestos económicos, evaluación de resultados, etc. en tanto la emancipación –tal como será planteada en este trabajo- implica salirse de los lugares asignados, implica una cierta invención de uno/a mismo/a, una “osadía de pensar por sí” en palabras kantianas, obra de la “desidentificación” que abre identidades, como lo desarrollaremos más adelante.

Dice Jacques Derrida (2003), en diálogo con Elizabeth Roudinesco que lo no calculable, lo que sale de la lógica del cálculo es el acontecimiento, lo que excede a la máquina como dispositivo de cálculo y repetición. Y el acontecimiento “(..) -que por esencia debería permanecer imprevisible y por tanto no programable- sería lo que excede a la máquina. (...)

Hay que acechar en todas partes los efectos del cálculo económico, aunque más no fuera por saber bien dónde estamos afectados por el otro, es decir, por lo imprevisible, por el acontecimiento, que,

en cambio es incalculable. Ningún cerebro, ningún análisis neurológico supuestamente exhaustivo puede entregar el encuentro del otro. (...) esa venida imprevisible e incalculable del otro, también eso es el saber, y la responsabilidad científica” (DERRIDA, 2002: 59-60)

El acontecimiento por excelencia es la hospitalidad (DERRIDA, 2002), cuando lo que caracteriza nuestro tiempo, en cambio, es el miedo a recibir, a abrir puertas, pasajes, ciudades, casas, a hacer el gesto hospitalario que se transforma en ley no escrita, no proclamada, sólo actuada. De allí que la educación en nuestro tiempo se ponga en entredicho, porque su institución no es otra que la institución de los sujetos que llegan, la recepción de los sujetos y su inscripción en un mundo que los precede, su alojamiento en él para recrearlo. Si la responsabilidad que conlleva la educación se considera exclusivamente desde una perspectiva utilitarista o mercantilista, esto es: producir sujetos capacitados para tiempos de mercado, para el consumo y la perpetuación de ese orden, educar pierde su carácter político.

Dice Laurence Cornu “Es así que decimos, con una sola palabra, leyes de hospitalidad que son inmemoriales: comprendemos que faltarles sería faltar a algo que viene de lejos, de mucho más lejos que nosotros y que sin embargo, pasa por nosotros, sólo puede continuarse a través de nosotros, de mano en mano y de palabra en palabra y eso, nos requiere.

Una sobriedad de palabras que acompañan la discreción de un gesto: ello sería suficiente. Sin embargo, el sentido de la hospitalidad está en peligro de indiferencia, de erosión. Si cada acto lo salva y lo reinventa, a esos actos el pensamiento puede, debe, también, prestarle su competencia. Le hace falta buscar –porque nos hace falta poder decir- de dónde sostenemos que la hospitalidad nos hace ley, no escrita, no proclamada, y como solamente actuada. (...)

¿De qué “leyes” hablamos? No se trata, o no solamente, del derecho positivo, el que si bien puede protegerla, permanece en segundo lugar. ¿Se trata de la moral? Pero la hospitalidad no reduce sus mil formas a un único imperativo, subjetivo y abstracto, ni puede incluso deducirse de allí. Se sostiene, sin embargo, en derechos y deberes, ya que la sabemos legítima, del derecho de circular sobre la tierra redonda<sup>1</sup>, y la sentimos imperativa, del rostro del otro”. (CORNU, 2011: 141, 142)

La pregunta que nos mueve, entonces, será ¿cómo hacerse cargo políticamente, responsablemente, organizativamente, de un sujeto y de unas políticas incalculables y hospitalarias?, ¿de un sujeto y unas políticas que abran la puerta de la “experiencia” emancipadora en el sentido en que experiencia se opone a “experimento” (BAQUERO, 2002)? En tanto el experimento es aquello que se controla, se anticipa en su totalidad y donde los sujetos tienen ya su lugar asignado, la experiencia se habilita y dispone sin imponerse, se le “hace lugar” desde la singularidad de cada sujeto, en torno a lo común que los reúne (GRECO, 2012).

### **Una emancipación que se genera como proceso: el lugar de autoridad que autoriza.**

<sup>1</sup> Véase KANT, E. *Vers la paix perpétuelle*, Garnier Flammarion, 1991. Traducción de Jean-François Poirier y Françoise Proust. Introduction de Françoise Proust. Ver sobre el cosmopolitismo, *Citoyen du monde, enjeux*,

El texto de Kant (1784) que Foucault (1996) retoma para postular la idea de la modernidad como actitud, habla de la emancipación como “salida”, esa “salida de la minoridad” que ubica a la humanidad en una relación de quiebre con respecto a toda autoridad externa a la humanidad misma. No obedecerse más que a sí mismo, será la consigna del sujeto moderno. Mirarse, pensarse, inventarse y nombrarse a sí mismo, a partir de una disposición fundamental: “ten el coraje, la audacia de saber” (KANT, 1784)

Foucault sitúa la crisis de la autoridad tradicional y la existencia de un movimiento hacia la autonomía del sujeto refiriéndose a la “actitud de la modernidad”, la que surge de su análisis del texto de Kant “¿Qué es la Ilustración?” (1784) aparecido en un periódico de la época, en el que éste responde a esa misma pregunta, haciéndose cargo en su escritura de la actitud moderna paradigmática: preguntarse por la actualidad, por el hoy como diferencia en la historia, por el “campo actual de las experiencias posibles” (FOUCAULT, 1996).

Para Foucault, Kant es el primer filósofo que hace una reflexión crítica sobre la actualidad de su época, es decir, liga la significación de su obra con relación al conocimiento, una reflexión sobre la historia y un análisis particular del momento en que escribe y a causa del cual escribe. Es un texto y un pensamiento bisagra en la historia, afirma Foucault, porque permite comprender la actitud de la modernidad y entonces, comprender que ésta no es una época ubicable en el almanaque, cronológica, sino que se caracteriza por entrañar en sí misma una nueva relación del sujeto consigo mismo, inédita. De esa actitud de pregunta sobre la actualidad se hace cargo Kant al responder la pregunta “¿Qué es la Ilustración?”, ante la cual contesta: es una “salida de la minoridad”, lo que necesariamente implica un cuestionamiento de la autoridad, una problematización de la relación con el presente, del modo de ser histórico y la constitución de sí mismo como sujeto autónomo.

Para Foucault, Kant define la Ilustración de una manera casi enteramente negativa, como una “salida”. Afirma que, en otros textos sobre historia, Kant llega a hacer preguntas por el origen o a definir la finalidad interior de un proceso histórico pero que en el texto sobre la Ilustración, la pregunta concierne a la pura actualidad. No busca comprender el presente a partir de una totalidad o de una finalidad completa en el futuro. Busca una diferencia, la diferencia que introduce el hoy en relación al ayer, la experiencia actual en sus límites y posibilidades. Lo que a Foucault le interesa es cómo Kant propone la pregunta filosófica del presente y responde una pregunta que lanza este periódico en diciembre de 1784<sup>2</sup> donde indica enseguida que esta “salida” que caracteriza la Ilustración es un proceso que nos saca del estado de “minoridad”, de “un cierto estado de nuestra voluntad que nos hace aceptar la autoridad de algún otro para conducirnos por los dominios donde conviene hacer uso de la razón” (FOUCAULT, 1996: 87) Da tres ejemplos: estamos en estado de minoridad cuando un libro se ubica en el lugar de

*responsabilités, concepts*. Bajo la dirección de Hubert Vincent, L'Harmattan, 2004, y nuestra contribución en esa compilación: Laurence Cornu, “Espace du monde, lieux de citoyenneté, liens d'hospitalité”, pp. 284-300.

<sup>2</sup> dice Foucault que hoy, cuando un periódico lanza una pregunta a los lectores es para pedirles un modo de ver los problemas ante los que ya tiene una opinión lanzada, sin arriesgarse a aprender demasiado, sin apertura. En cambio, en el siglo XVIII preguntaban al público justamente aquello para lo que no tenían respuesta, lo cual lo hacía más divertido (1996)

nuestro entendimiento, cuando un director espiritual ocupa el lugar de nuestra conciencia o cuando un médico decide en nuestro lugar.

Podemos decir, entonces, que emancipación supone un cierto modo de vincularse con uno mismo, una pregunta por la actualidad y por la autonomía en relación a las instancias que pueden colocar el pensamiento o la voluntad de otro en el lugar de la nuestra. En este sentido, "emancipación" es la ruptura de una relación de autoridad –y agregamos- cuando ésta es concebida como relación de sujetamiento y dominio, de imposición y solicitud de obediencia a cambio.

En educación y posiblemente en otros ámbitos sociales, donde la constitución de los sujetos se halla en juego, es posible pensar que la autoridad no necesariamente presupone un dominio y una obediencia que invalidan su capacidad de pensar y de hacerse cargo del propio pensamiento. Si efectivamente, la educación es trans-formación y la formación docente supone generar sujetos capaces de ponerla en marcha en estos términos, habrá que reformular el modo en que concebimos la autoridad pedagógica, enlazarla con los procesos emancipatorios y de subjetivación. No obstante, no podemos dejar de atender y puntualizar la tensión que se establece entre los dos conceptos: autoridad y emancipación. Tensión que obliga una y otra vez a redefinirlos cuando de educación y formación se trata.

Entonces, ¿de qué modos políticos poner a trabajar, en tiempos democráticos, en el terreno educativo, a la emancipación como proceso? ¿Y con qué modos de autoridad que hagan lugar a la emancipación? Es allí donde nos encontramos con una reflexión sobre las políticas y lo político en juego, particularmente las políticas educativas y de la formación docente que habilitan o promueven modos particulares de ejercicio de la autoridad, en acto y en contenidos transmisibles.

Es así que surge la formulación de una autoridad pedagógica que asume su trabajo político, esto es, de creación de espacios humanos en donde los sujetos se vinculan, se piensan mutuamente y a sí mismos, la que no se opone al trabajo emancipatorio de interrogar una y otra vez las certezas desigualitarias que parecen entramar el mundo social.

### **Las políticas construyen un sujeto. Lo político lo instituye como igual.**

¿Qué sujeto construyen las políticas, en el sentido de qué sujeto piensan y, de algún modo, hacen o producen? ¿Qué recorridos emancipatorios se anuncian en su definición y se consolidan en su implementación?

En el marco de esas políticas educativas y propias de la formación docente, ¿cómo nombramos y consideramos al sujeto al cual nos dirigimos y cómo pensamos el trabajo que hacemos en relación a ese otro/a y a nosotros/as mismos/as?

Este artículo focaliza sobretudo en el trabajo de pensamiento y producción de un lugar particularmente sensible en educación vinculado tanto al sujeto en formación como a las políticas educativas: el lugar de autoridad pedagógica, una articulación paradójica donde pensar a la vez una subjetividad que se hace a sí misma -la de todo sujeto en formación- y la figura de autoridad que pone en marcha, moviliza y construye, en otros/as, procesos necesarios para que esa subjetividad se constituya.

Es en este punto paradójico, el de un lazo que se anuda para desanudarse, que sujeta al “sujeto” para que éste pueda des-sujetarse a la vez, donde nos detenemos a buscar significaciones para un concepto no demasiado interrogado y problematizado, el de autoridad, aun cuando contemos con investigaciones que lo abordan con escaso trabajo de deconstrucción de sus sentidos. El estado del arte sobre la investigación en esta temática constata, en general, la “pérdida”, “decadencia” y “crisis” de autoridad, sin problematizar sus sentidos más habituales. A partir del trabajo de investigación bibliográfica, encontramos en Rancière fundamentalmente, pero también en Arendt y en Kojève –entre otros-, modos de significar diferenciados, lo que se denomina autoridad y que en principio, lleva a designar rápidamente una posición de dominio para que otro obedezca.

En el marco de nuestra investigación, un primer movimiento llevó a indagar en esas significaciones, para luego configurar otros modos de concebir la autoridad.

#### *Arendt, la fundación y el “hacer crecer”*

En el recorrido que Hannah Arendt realiza en torno al concepto de autoridad (1954), recorrido histórico y político, parece haber una voluntad y un objetivo: dar a pensar a la autoridad ligada íntimamente al campo político y diferenciada del poder, en un movimiento que interroga una y otra vez los problemas del vivir juntos de los humanos. Por esto es que el lugar de la autoridad guarda una particular importancia, como aquel que funda y sostiene, se hace garante y protege el espacio “entre” los hombres, ese mundo común que es construcción siempre por hacer y rasgo de lo humano siempre a renovar.

La filósofa señala el origen romano del concepto, su vinculación con la fundación en el sentido sagrado que asumía la fundación para los romanos: dar comienzo a una nueva institución política y hacerla crecer, aumentarla, a partir de una auctoría y garantizando su crecimiento. El origen de la palabra, señala Arendt, proviene de auctor augere, es el autor que funda y aumenta constantemente la fundación de una ciudad o de una institución, no el artífice que construye parte a parte esa ciudad sino el que le da nacimiento, produciendo algo nuevo.

El verbo augeo no implica sólo hacer crecer algo ya existente, sino hacer que algo nuevo exista generando su crecimiento desde su seno. Es así como el “hacer crecer”, el aumento al que alude la raíz latina augere, ubica a la autoridad ya no como quien ejerce poder sobre otros en razón de un lugar de superioridad, sino por pertenecer a un mundo común y asumir una responsabilidad en él, por contar con una experiencia que habilita a la fundación. El “poder” de dar comienzo a algo. Una autoridad que se constituye entre dos o más de dos, donde algo más que ella misma y sus palabras o gestos está incluido. Es el espacio que habilita lo que subraya la autoridad vinculada a la “fundación” arendtiana, y no su lugar - jerárquico o jerarquizado- prevaleciendo sobre otros. En este planteo, lo que importa es lo que nace a partir de la autoridad, lo que comienza a acontecer a partir de la fundación y no un orden de imposición, dominación o sometimiento.

*Kojève y el reconocimiento*

En la perspectiva de Kojève, la autoridad no se impone, no requiere gestos grandilocuentes ni la fuerza de la violencia o la explicación convincente. El reconocimiento de la autoridad es lo que hace que alguien la ejerza en tanto soporte material de una autoridad que viene de lejos. Sus acciones se sostienen en un reconocimiento de quien recibe la autoridad, sin reconocimiento ella no existe.

Kojève remarca estos rasgos fundamentales:

- la autoridad es siempre una relación social. Por tanto, imposible de autoinstituirse sin un espacio de relación con otro, que a su vez se incluye en un marco social e institucional más amplio,
- la autoridad supone acciones sobre otros que las aceptan y que renuncian a reaccionar en su contra, a oponerse, por voluntad propia y libremente,
- la autoridad tiene siempre un carácter legal o legítimo, se le otorga legitimidad por vía del reconocimiento; a su vez, la autoridad le da "vida" a la legalidad de una norma,
- el reconocimiento ocupa el lugar de la sumisión o de la obediencia, reconocer es aceptar la autoridad de alguien porque ofrece un espacio para vivir, proyectarse, construir con otros, formar parte de,
- el ejercicio de la autoridad excluye la fuerza y la coacción,
- el ejercicio de la autoridad incluye la renuncia, aceptar cambios en uno mismo, perder algo anterior, dando lugar a otra cosa.

¿Qué es lo que promueve la renuncia? se pregunta Kojève en su texto *La noción de autoridad* y responde que la renuncia depende del tipo de autoridad que ejerce su acción con objetivos diferentes: Padre, Jefe, Amo, Juez. Cada uno de ellos asume un tipo diferente de autoridad y otorga una posibilidad: el Padre encarna la causa y ofrece la continuidad en una herencia o filiación, el Jefe encarna un proyecto de vida y ofrece la inscripción en él, el Amo encarna el riesgo de perder la vida y ofrece protección, el Juez encarna el orden basado en la justicia y la equidad y ofrece la posibilidad de vivir en un mundo justo y equitativo. Por ello, ante cada tipo de autoridad se renunciaría por motivos también diversos: formar parte de una herencia (Padre), obtener un proyecto de vida propio (Jefe), preservar la vida (Amo), vivir en un mundo justo y equitativo (Juez).

Ejercicio de la autoridad y renuncia entrañan acción y movimiento, ofrecimiento y recepción, propuesta y aceptación. Kojève parece decir, además, que el movimiento es doble, que la renuncia se da de ambos lados, ni totalmente activos ni totalmente pasivos, en el marco de una relación de autoridad, quien la ejerce y quien la recibe, ambos se transforman incluyéndose en un proceso que incumbe a los dos, en diferentes lugares. Autoridad es movimiento, cambio, acción real o posible en el marco de una relación social e histórica, entre dos sujetos, por lo menos: uno que provoca el cambio y otro que lo realiza, visible o tácitamente. El fenómeno de autoridad es así fundamentalmente social y no individual ni natural y

entraña la posibilidad de que alguien actúe sobre otro y éste lo acepte asumiendo una transformación de sí mismo. Es por esto que, por definición, una autoridad debe ser reconocida como tal para ejercerse y el hecho de hacer intervenir la fuerza o la violencia para influir sobre otros, implica que allí no hay autoridad.

Una autoridad pone en marcha un cambio en el otro cuando ella misma se implica en el movimiento, asume su parte en la relación que los reúne en torno a un mismo trabajo. La solicitud de renuncia no es sólo para quienes reciben la influencia de la autoridad sino también para la autoridad en su aceptación de los propios límites y en la necesidad de ejercer un “trabajo” en relación, configurador. El territorio educativo es particularmente sensible a este doble movimiento.

### *Rancièere y la emancipación*

El texto prioritario de Rancièere que ofrece un pensamiento conmovedor de significaciones habitualmente anudadas en torno a la autoridad es el de *El maestro ignorante* (2003). Ofrece un sentido político de concebir la relación pedagógica en tanto, desde la ignorancia o desde el no saberlo todo sobre el sujeto y sobre un campo de conocimiento, genera las condiciones para que ese sujeto despliegue su inteligencia, su voluntad, su mirada, su razón, su posición de sujeto.

Su pensamiento filosófico en torno a la emancipación contemporánea se propone desplegar sentidos vinculados a lo que los sujetos pueden ser, devenir, transformar en ellos mismos, desde relaciones de igualdad que a menudo contradicen lo que el orden social habitual impone (un mundo dividido en los que pueden y los que no, los que saben y los que no, los inteligentes y los incapacitados, los herederos y los desheredados, etc). Un sujeto emancipado es aquel que “sale de la minoridad”, como señalamos anteriormente, se hace cargo de pensar por sí mismo y asume por sus propios medios: miradas, inteligencia, palabra, escritura, voz, una posición desde donde hacerse escuchar y “tener parte”. Esta posición emancipada no alude a un desligamiento de los otros en ámbitos sociales e institucionales, pero coloca continuamente en tensión, su lugar de igualdad con otros y los lugares habituales a los que se lo confina en posiciones de desigualdad.

La emancipación reside, en el pensamiento rancieriano, en un modo de ver, pensar, actuar y hablar desde la propia capacidad de percibir el mundo “con otra mirada” y, desde allí, reconfigurar las líneas divisorias de lo que se comparte y reparte, de lo que es común a todos y a cualquiera y lo propio que se vuelve impropio. La emancipación sería ese proceso por el cual nos damos la posibilidad de salir de lo cristalizado y fijo, en tanto lugares que a cada uno/a le “corresponden” supuestamente por nacimiento, herencia o destino e interrogarlos en el pensar y hacer cotidiano. En ese retrazado de divisiones y reconfiguración de un mapa de nuevas relaciones, se juega el trabajo político de educar.

En *El espectador emancipado* (2010), Rancièere cuestiona la habitual distribución de posiciones entre la actividad de quienes actúan y la pasividad de quienes ofician de espectadores. Del mismo modo, es posible cuestionar la ignorancia del alumno y la sabiduría del maestro<sup>3</sup>, el lugar de los explicadores y el

<sup>3</sup> Véase *El maestro ignorante* (RANCIÈÈRE, 2003)

de los explicados. Cuando estas posiciones se cuestionan, necesariamente el lugar de autoridad se reconfigura, no para destituirlo sino para reubicarlo en un nuevo marco en el trabajo de educar.

“Mirar es también una acción que confirma o transforma esta distribución de posiciones. El espectador también actúa, como el alumno o el sabio. Observa, selecciona, compara, interpreta. Relaciona lo que ve con muchas otras cosas que ha visto en otras escenas, en otro tipo de lugares. Compone su propio poema con los elementos del poema que tiene enfrenteE. (RANCIÈRE, 2010: 19)

En esta perspectiva, quien ejerce la autoridad en educación es quien tiene la responsabilidad de habilitar esas posiciones de autorización en otros/as, los alumnos/as, quien interroga la supuesta naturaleza de la relación pedagógica donde se afirma que alguien enseña porque sabe y alguien aprende porque no sabe. Es quien no se conforma con la supuesta imposibilidad de un sujeto para aprender en la escuela y se hace cargo de instituirlo capacitado, posibilitado. Un maestro emancipado sería así un configurador de situaciones de emancipación donde verificar que todo/a alumno/a puede aprender mediante la creación de condiciones habilitadoras para todos/as.

Si las políticas construyen a los sujetos, será fundamental detenernos a investigar cómo lo hacen, por medio de qué denominaciones, categorizaciones, espacios y procesos más o menos cerrados o abiertos. Proponemos aquí una distinción tentativa de políticas y sus formas de producir subjetividad.

### **Políticas del déficit o de la carencia política, intelectual o subjetiva**

Un sujeto concebido como carente es generado desde un lugar de una autoridad “redentora”, de la que viene a compensar o corregir esa carencia por un proceso que refiere a la no emancipación, es decir, la sujeción a una superioridad que protege, dirige y colma. La razón de ser de esta política de la carencia subjetiva sería un supuesto sujeto incapacitado, el desigual, el necesitado o imposibilitado. El trabajo de este tipo de autoridad es el de cubrir carencias, colmar una falta, un trabajo de la desigualdad y de la confirmación identitaria de quien es considerado “incapaz”.

Las políticas del déficit –educativas o de otros ámbitos- demandan como condición, sujetos deficitarios, ya identificados de antemano con un molde único que se categoriza y etiqueta a partir de unos rasgos determinados. Así también, demanda docentes conocedores de la verdad del otro, sabedores de antemano de esa identidad fallada o fallida, para que luego pueda ser transformada según los parámetros que la autoridad –exclusivamente ella- detenta.

El trabajo que define esta política es el del experto compensador, el que repara, redime, arregla, compensa, siempre a condición de desconfiar de las capacidades del alumno.

En educación conocemos sobradamente modos de etiquetamiento de identidades, de diagnósticos y pronósticos taxativos, de saber de antemano sus alcances definiendo mucho antes que el sujeto se constituya, trayectorias educativas que se verán interrumpidas o serán fallidas. Allí, rápidamente aparecen las políticas de la compensación del déficit diagnosticado, del sujeto tutelado, eternamente andamiado.

Rancière despliega, en ese sentido, lo que él define como la “lógica del develamiento” de una verdad sobre el otro/a. En el texto *El filósofo y sus pobres* (2013) afirma que las promesas de la “ciencia

liberadora” o la “exaltación de las culturas del pueblo” conducen a cristalizar identidades que se mantienen inamovibles. Sostiene su “círculo de lo imposible y de lo prohibido”: “En los rigores de la ciencia marxista, tanto como en los colores de la cultura popular, había aprendido a ver la clausura de un mismo círculo, la complementariedad de un imposible y de una prohibición que se podía resumir así: primero, los “dominados” no pueden salir por sí mismos del modo de ser y de pensar que el sistema de dominación les asigna; segundo, no deben perder su identidad y su cultura buscando apropiarse de la cultura y del pensamiento de los otros. La desvalorización de una experiencia necesariamente mitificada o la exaltación de la autenticidad popular obligaban igualmente a los obreros a no tener otro pensamiento que el propio (...) Imposible no reconocer como una evidencia el hecho de que el obrero no tiene tiempo para estar en otra parte que en su tarea, pues el trabajo no espera”, (...) Prohibido romper el orden simbólico de una ciudad que la divinidad ha ordenado, según la justicia, en la que coloca hierro en el alma de los trabajadores, los que proveen las necesidades de la comunidad y oro en la de los guardianes que la dirigen hacia sus fines. (...) Sólo hace falta creer en la inferioridad, nadie tiene tiempo para no creer en ella, nadie tiene tiempo para estar en otra parte que en el lugar en el que se está forzado a creer. Esa es la demostración directa de la tesis” (2013: 11, 12)

En el mismo sentido, en el texto *El maestro ignorante* (2003) Rancière distingue la lógica embrutecedora del maestro-sabio y la lógica emancipadora del maestro ignorante donde el embrutecimiento se opera por superposición de la inteligencia del maestro sobre la del alumno, en tanto la emancipación desplaza la inteligencia del primero dejándola en suspenso para que la del segundo se despliegue. Es así que la figura del “maestro ignorante” no implica una ignorancia de quien enseña en sentido absoluto, sino un trabajo de creación de condiciones para que otro piense, el sostenimiento de un lazo encuadrante, acompañante, que autoriza al alumno. Como dice Badiou, el maestro ignorante articula dos postulados contradictorios entendiendo, a la vez, que “toda maestría es una impostura” y que “todo lazo supone un maestro. (BADIOU, 2006: 132)

La experiencia jacotista<sup>4</sup> lleva a la afirmación inquietante que dice que se puede enseñar lo que se ignora si se emancipa al alumno, ligando así dos términos aparentemente inconciliables: autoridad del que enseña y emancipación de quien aprende. Ligadura que se produce a condición de disociar autoridad de saber, la autoridad que emancipa se ejerce siempre que el saber del maestro no colme en su totalidad el espacio del alumno. El maestro ignorante no es un sabio explicador, no es un instructor, no transmite saberes terminados sino que transmite “voluntades”. Su experiencia nos confronta con la ineludible pregunta por la transmisión. ¿Qué se transmite cuando se enseña, cuando desde algún lugar de saber, un maestro se dirige a otros?

### **Políticas de la experiencia educativa y la subjetivación como procesos inacabados.**

<sup>4</sup> Joseph Jacotot es el personaje principal del texto *El maestro ignorante* (2003), un pedagogo decimonónico que desbarata con sus teorías emancipatorias, todas las creencias de la época.

La posibilidad de diferenciar políticas centradas en el déficit de políticas que se sustentan en concepciones habilitantes de los sujetos nos conduce a la necesidad de pensar cómo definimos ese lugar subjetivo como condición misma de lo que luego va a acontecer. Es decir, los modos en que instauramos el lugar del otro, cómo nos dirigimos, convocamos, consideramos, escuchamos a los sujetos “destinatarios” de las políticas o mejor dicho, participantes de la experiencia política.

“Es un recorte de los tiempos y de los espacios, de lo visible y de lo invisible, de la palabra y del ruido que define a la vez el lugar y lo que está en juego en la política como forma de experiencia. La política se refiere a lo que vemos y a lo que podemos decir, a quien tiene la competencia para ver y la cualidad para decir, a las propiedades de los espacios y los posibles del tiempo” RANCIÈRE (2014: 20)

A diferencia de las políticas del déficit y la carencia, las de la experiencia y la subjetivación como procesos inacabados piensan un sujeto *de* la igualdad que es un sujeto *a* la igualdad, lo que no significa que sea un idéntico a otros/as, un clon, una copia fiel de esos/as otros/as. Estar sujeto a la igualdad supone hallarse en vínculos de reconocimiento con otros/as, en marcos comunitarios que sostienen las capacidades singulares. La igualdad “sujeta” a los sujetos en la siempre abierta posibilidad de asumir una posición emancipatoria.

El sujeto de la igualdad se hace tal en la experiencia, la que tampoco supone homogeneidad sino una potencialidad de la palabra (dicha, escrita, leída, compartida, en circulación) y del pensamiento que demanda que se generen condiciones de actualización, cada vez, en cada situación. En ese sentido, la igualdad –cuando se actualiza- genera diferenciación y permite el despliegue singular.

Apelando nuevamente a la figura del maestro ignorante, éste hace aparecer en el pensamiento de aquel que habla, hace, construye, el sentimiento de su propia capacidad, la confirmación de una potencialidad que tiene que explorar por vía del ensayo, la apropiación, la improvisación, en vínculo con saberes que lo preceden. La emancipación es, así, una relación con uno mismo, a través de la relación con otro/a/s. De allí que consideremos que existen formas políticas de subjetivación en este sentido.

En una dirección similar, Fernando Ulloa afirma que una institución puede salir de la cultura del sometimiento y de la mortificación cuando le hace lugar a la intimidad capaz de generar resonancias entre sujetos, con sus diferencias y disidencias. “La intimidad se genera cuando retroceden las sombras intimidatorias” (ULLOA, 2011: 131). En otros términos, un/os proceso/s del orden de la igualdad se pone en juego cuando no se ejerce la intimidación; resuena igualdad en las instituciones, circula y se hace voz, voces multiplicadas, diferencias celebradas, porque la intimidad es reconocida y respetada.

En cambio, cuando la intimidación se impone, sometimiento y mortificación se ejercen desde un autoritarismo que inhibe la singularidad y la intimidad. En palabras del psicoanalista: “Esto configura una situación típica del dispositivo de la crueldad al que habré de denominar “encerrona trágica”, y que resulta el núcleo central de este dispositivo. Esta encerrona cruel es una situación de dos lugares sin tercero de apelación -tercero de la ley- sólo la víctima y el victimario. Hay multitud de encerronas de esta naturaleza, dadas más allá de la atroz tortura. Ellas se configuran cada vez que alguien, para dejar de sufrir o para

cubrir sus necesidades elementales de alimentos, de salud, de trabajo, etc., depende de alguien o algo que lo maltrata, sin que exista una terceridad que imponga la ley". (ULLOA, 2011: 120)

Y más adelante:

“Cuando se vela la crueldad, cuando se hace cultura del acostumbramiento, se llega a configurar lo que denomino “la cultura de la mortificación” a la que me referiré muy brevemente. En esta cultura, el término mortificación no sólo remite a muerte, sino principalmente a mortecino, a apagado, a sujetos que no son hacedores de la cultura sino enrarecidas hechuras de la misma, próximos a la posición del idiota que no sabe a qué atenerse. Podemos ver esta situación no ya en las masas más marginadas, sino en las que aún permanecen mortificadas y en el centro. En ellas impera, como decía antes, hablando del efecto siniestro, la renegación. ¿Qué se reniega en esa familia, en esa fábrica, en esa comunidad? (...) Se reniega la intimidación y se convive con ella como un elemento “normalizado”. Entonces, lo que retrocede es la intimidad, esa resonancia íntima necesaria para que cuando alguien expresa algo válido, tal vez en relación a la situación, encuentre resonancia en el otro, un interés no necesariamente coincidente, puede ser en disidencia. Esa resonancia, cuando existe, promueve respuestas que van creando una producción de inteligencia lúcida y colectiva. (...) ¿Qué otra cosa puede significar la resonancia íntima como no sea el estar atento a la producción de subjetividad, esa que desde todos los tiempos aparece sostenida por la inteligencia, por la valentía y también por el contentamiento provenientes de aquello que se intenta esforzadamente hacer bien? Todo esto ajustado a una visión del mundo y al lugar que uno se ha propuesto ocupar ahí. (ULLOA, 2011: 219)

Esta inteligencia lúcida y colectiva de la que habla Ulloa puede hacer-se resonar en nuestras instituciones cotidianas, donde enseñamos y aprendemos, como la potencialidad igualitaria que se afirma entre maestros/as y alumnos/as, entre maestros/as y entre alumnos/as, entre autoridades y quienes reciben su acompañamiento. Las políticas educativas y de la formación docente que intenten generar las condiciones de un mundo democrático e igualitario no pueden dejar de atender los modos en que, en las instituciones, se ligan los sujetos desde sus posiciones específicas: en tanto maestros/as, alumnos/as, directivos/as. Es así que habrá que recrear ese modo de ejercicio de la autoridad en un sentido democratizador, alejándose de la habitual verticalidad, para habilitar asimetrías que dialoguen sin indiferenciarse.

En este sentido, Laurence Cornu propone generar un “pensamiento ampliado” que, a su vez, habilite la construcción de un “mundo común”, un mundo donde las diferencias no sean aplanadas y por lo cual, se haga necesario generar políticas que piensen al otro/a en su diferencia. Dice Cornu: “Imaginar el lugar del otro es intentar universalizar los puntos de vista posibles. Imaginar el lugar del otro es actualizar una similitud posible, poder comprender que existe otro punto de vista que quizá uno mismo adoptaría si estuviera en ese lugar. Semejante: sentir al otro como mi semejante, decirlo, reconocerlo como mi semejante, es imaginarse en su lugar, imaginarse en ese otro lugar; es tener la idea de los puntos de vista diferentes, pero no incompatibles, no se trata de confundir ni de intercambiar, sino de tenerlos en la memoria, en la conciencia” (CORNU, 2008: 142)

Algunos de los rasgos de una política emancipatoria o políticas de la igualdad, que instauran capacidad de resonancia en otros/as y con otros/as, son los siguientes:

- Toda política emancipatoria toma a la igualdad como punto de partida y no como meta u horizonte al cual se llegará. Partir de la igualdad supone considerar al otro/a como igualmente capacitado/a para pensar, hablar, argumentar, aprender, mientras quien enseña o dirige tendrá que generar las condiciones necesarias para que esas potencialidades se desplieguen. En el pensamiento filosófico de la emancipación, partir de la desigualdad sólo genera mayor desigualdad, en cambio, la igualdad como principio convoca a verificarla, a hacerla presente una y otra vez. En este sentido, la política que tenga como propósito la emancipación de aquellos/as a quienes se dirige, tendrá que pensar a esos/as otros/as en términos de igualdad desde su misma formulación.

- Una política emancipatoria no puede dejar de considerar las condiciones de creación de pensamiento que se vincula con la acción y, particularmente, la acción transformadora. En tanto el pensamiento se presenta como alteración y no como abstracción (GRECO, 2012), se hace un cierto "uso" del pensamiento que lo aproxima a la "producción de lo sensible" (RANCIÈRE, 2013): una transformación de la sensibilidad y la generación de efectos en el modo de ver y actuar, en la medida en que redefinimos su trabajo y su relación con las prácticas y experiencias. Se trata menos de comprender lo que está allí, ya trazado en evidencias de hechos, divisiones habituales, categorías determinadas, que de desarticular un orden de partición dado volviendo a articular temporariamente otro en el cual se haga lugar a lo que antes no tenía lugar. Es por ello que una política emancipatoria no puede eludir el trabajo de quien ejerce la autoridad sobre sí mismo/a. Dice Rancière al respecto: "Así se define un trabajo de la igualdad que no puede consistir jamás en una mera exigencia al otro o en una presión sobre él sino que debe consistir siempre, al mismo tiempo, en una prueba que uno se impone a sí mismo. Esto es lo que quiere decir emancipación: emanciparse es salir de la minoría. Pero nadie sale sino por sí mismo de la minoría social. Emancipar a los trabajadores no consiste en mostrar el trabajo como principio fundador de la sociedad nueva, sino sacar a los trabajadores del estado de minoría, probar que efectivamente se comunican con todos en un espacio común, que no son solamente seres de necesidad, de queja o de grito, sino seres de razón y de discurso, que pueden oponer razones a las razones y esgrimir su acción como una demostración". (1988: 55)

El trabajo de alteración procede separando lo que está adherido en las maneras de pensar, de hacer, de ver y de decir habituales, reuniendo a su vez lo que está desvinculado. Anudando y desanudando. Separando y aproximando. Desdoblado lo universal para inventar casos singulares de aplicación, lo cual supone una ruptura de la relación habitualmente establecida entre universal y particular para volver a articularlos de maneras inéditas, como así también restableciendo vínculos entre pensamiento y sensibilidad (GRECO, 2012) Así, por ejemplo, se desdibujan las divisiones entre buenos/as y malos/as alumnos/as, superiores e inferiores, capacitados/as e

incapacitados/as, “herederos/as” y “desheredados/as”, supuestas esencias identitarias que dan lugar a que la autoridad pedagógica “espere” mucho de algunos/as y descrea de la capacidad de otros/as por una presuposición de superioridades o inferioridades ya establecida.

- En ese sentido, toda política emancipatoria cuestiona las oposiciones habituales: superioridad-inferioridad, actividad-pasividad, palabra-acción, ver-hacer, etc. Estas dicotomías que son habitualmente naturalizadas dejan de funcionar como formas automáticas de comprensión de las situaciones. Se establece una creencia que no es ilusión, sino un círculo de la creencia que confirma en acto la igualdad que se sostiene como principio. Habitualmente, una cierta división de lo sensible nos muestra lo que le corresponde a cada uno según la parte que le toca y su participación en lo común.

“La división de lo sensible que puede tener parte en el común en función de lo que hace, del tiempo y del espacio en los cuales esta actividad se ejerce. Tener tal o cual “ocupación” define así competencias o incompetencias en el común. Ello define el hecho de ser o no visible en un espacio común, dotado de una palabra común, etc. (...) Es un corte de tiempos y espacios, de lo visible y lo invisible, de la palabra y del ruido que define a la vez el lugar y la apuesta política como forma de experiencia”. (RANCIÈRE, 2000: 13-14)

El pensamiento de la alteración estaría siempre interrumpiendo esa división sensible que se propone como evidente y sin cuestionamiento, fija identidades y establece dicotomías. Por lo tanto, produciendo lo sensible en un movimiento de separación de lo dado.

- Una política emancipatoria opera necesariamente una redistribución de lugares, esto significa la “autorización” de aquellos que no son “autoridad”, la reconfiguración de escenas donde “cada uno está en su lugar” para moverse hacia otros, des-identificarse generando su transformación subjetiva (movimiento propio de la formación docente, en particular). Este pensamiento hace un “uso de las distinciones” específico, se niega a dividir mundos de seres, de actividades, de capacidades, concebidas en un sentido esencialista. Propone otro tipo de oposiciones como la de policía/política (RANCIÈRE, 1996), distinción que reconfigura lo sensible, produciéndolo de otro modo, ya que se trata de lógicas en funcionamiento y no de esencias en estado fijo, más que una nueva clasificación, son una desclasificación. Ponen en cuestión la relación misma entre lo distinto y lo indistinto, lo puro y lo mezclado, lo ordinario y lo excepcional, lo mismo y lo otro. En la distinción política/policía no habría algo propio de la política opuesto a lo “otro” de la policía, no habría por un lado un “vivir juntos” igualitario y por otro, un vivir a secas; tampoco una esfera política caracterizada por actos puros de igualdad y otra esfera social plagada de actos espontáneos de desigualdad.

### **Desafíos de la formación docente universitaria. Primeras conclusiones.**

En consonancia con los anteriores planteos, entendemos que este modo de pensar/concebir /ejercer/construir una autoridad pedagógica democrática inscripta en una política educativa

emancipatoria, constituye uno de los principales desafíos de la formación docente universitaria, en tanto plantea la necesidad de desarrollar una serie de mediaciones que posibiliten re-configurar los modos en que se enseña, se evalúa la propia práctica y se disponen relaciones entre el conocimiento y los/as estudiantes. En este sentido, la formación docente universitaria no sólo tiene por delante, como desafío, instaurar relaciones pedagógicas democráticas sino interrumpir aquellas formas de ejercicio de la autoridad incorporadas, como parte de la propia identidad profesional, claramente autoritarias o que no conllevan una democratización de los vínculos y del acceso al conocimiento.

La preocupación investigativa por explorar en torno a estas mediaciones y procesos constituye un tema de agenda casi obligado entre quienes investigamos en el ámbito de la formación docente universitaria. En primer lugar porque, al igual que otros rasgos de la identidad profesional de los futuros/as docentes, las concepciones que se sostienen sobre la autoridad pedagógica no se construyen sin una historia previa, ni se configuran de una vez y para siempre. Requieren del desarrollo de una serie de condiciones dirigidas a provocar desplazamientos identitarios que permitan construir otros modos de concebir e interpretar la autoridad y, en un sentido fundamental, de actualizar su ejercicio en dirección democratizadora. Desde este planteo, se presentan en este artículo, campos de exploración de la formación docente universitaria, interrogando de qué manera se toma como "objeto" al ejercicio de autoridad pedagógica y, simultáneamente, se actúa "sobre" las concepciones de autoridad y sobre la identidad profesional de los futuros/as egresados/as de la formación docente. Estos dos ejes representan espacios donde revisar el alcance formativo que las propuestas de formación docente tienen sobre profesionales que traen consigo las propias marcas identitarias de los campos disciplinares de origen.

*La autoridad pedagógica como "objeto" de estudio y como posición a construir.*

Las entrevistas llevadas a cabo en el Proyecto Ubacyt mencionado, realizadas en la Facultad de Derecho a estudiantes avanzados del Profesorado de Ciencias Jurídicas señalan una y otra vez la existencia de una marca contundente, en sus trayectorias, en lo referido a su modo de concebir la autoridad pedagógica. En todos los casos, dicen haber atravesado y hallarse atravesando, durante el profesorado, un distanciamiento de las maneras en que ellos/as fueron enseñados/as y considerados/as en su lugar de estudiantes durante la carrera de grado.

La formación docente los/as apeló, en sus palabras, "como sujetos pensantes y críticos, no reproductores", "como abogados portadores de un saber pero que seguimos aprendiendo", "nos obliga a revisar lo que quiere decir enseñar, no sólo saber enseñar derecho a otros y menos, sólo saber sobre derecho", "nos hace mirar el derecho de otro modo". Para la mayoría de los/as entrevistados, el profesorado los/as obliga a detenerse en problemas y campos de problemas no delimitados hasta el momento como: "el sentido de la ley cuando ésta se enseña", "la necesidad de movilizar el interés de los adolescentes por la ley" (dado que se forman para trabajar en el nivel secundario y terciario), "la confianza como condición para poder enseñar y aprender", "el derecho como mucho más que códigos a ser aplicados", "enseñar derecho pensando en sujetos de derechos", entre otras cuestiones.

Las primeras conclusiones que obtenemos de estas entrevistas realizadas a estudiantes avanzados y a docentes de las últimas materias del profesorado evidencian que el distanciamiento operado corre el riesgo, a menudo, de oponer la formación disciplinar y la formación docente, cortando los lazos que debieran reunirlos. El quiebre en las matrices formativas, de la profesión de abogado y de la profesión de docente, conduce en primer término a un intento de borrar la primera a favor de la segunda, acarreado una vacilación en la valoración de saberes sobre el derecho que son indispensables para el ejercicio de su trabajo como docentes. Fundamentalmente, se ponen en cuestión las implicancias de una enseñanza del derecho basada en los códigos a partir de una autoridad de los mismos, que no se cuestiona. Y en segundo término, se interrogan las relaciones de autoridad en sí mismas con modelos docentes que, con frecuencia, transmiten un saber terminado, ya producido, no pasible de ser recreado o revisado o re trabajado en múltiples escenarios.

Por ello, estas primeras conclusiones muestran de qué modo se hace indispensable un trabajo conjunto, interdisciplinar, entre profesionales del derecho, de la pedagogía, de la psicología, que construyan una trama compleja, propia de toda formación docente, donde sea relevante tomar a la autoridad pedagógica como “objeto de estudio” y como “posición profesional” a construir, en el marco de políticas emancipatorias propias de ámbitos universitarios. Esto puede implicar, entre otras cuestiones:

- formulación de contenidos que recuperen la cuestión de la autoridad pedagógica en forma transversal en diversas materias del profesorado y tematicen desde diferentes campos disciplinares (filosofía, derecho, pedagogía, psicología, sociología) sus implicancias;
- espacios de articulación teórico-prácticos donde se conozcan propuestas pedagógicas que incluyan modos democráticos de enseñar y aprender derecho;
- espacios de reflexión que pongan en debate las lógicas formativas propias de la carrera de derecho y las que son propias de otras disciplinas,
- generación de dispositivos de enseñanza que articulen, desde la perspectiva del derecho, las implicancias de formar sujetos críticos, capaces de interrogar y problematizar la diversidad de situaciones que hacen al sostenimiento de la ley, en un sentido genérico, en diferentes ámbitos.

### Referencias bibliográficas

ARENDT, H. (1951) *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid, Ed. Santillana, 1998.

ARENDT, H. (1954) “¿Qué es la autoridad?”, en *Entre pasado y futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Barcelona, Ed. Península, 2003.

BADIOU, A. (2006) “Les leçons de Jacques Rancière, savoir et pouvoir après la tempête”, dans Colloque de Cerisy. *La philosophie déplacée. Autour de Jacques Rancière*. Textes réunis par Laurence Cornu et Patrice Vermeren, Paris, Horlieu Ed, 2006.

- BAQUERO, R. (2002) "Del experimento escolar a la experiencia educativa. La transmisión educativa desde una perspectiva psicológica situacional". En *Perfiles educativos*. Tercera Época. Vol XXIV. Nos 97-98. Pp. 57-75. México.
- CORNU, I. (2008) "Lugares y formas de lo común", en Frigerio G. y Diker G. (comps.) *Educación: posiciones acerca de lo común*. Buenos Aires, Del estante ed., 2008.
- CORNU, L. (2011) "Hospitalité, seuils, passages, passations", en *Frontières et Philosophie*. Actes du colloque du Musée d'art moderne de Céret- EPCC (mars 2010), Paris, Université Paris VIII, 2011.
- DERRIDA, J. Roudinesco E. *Y mañana qué...* Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- FERRY, G. (1990). *El trayecto de la formación. Los enseñantes entre la teoría y la práctica*. México, Ed. Paidós.
- FOUCAULT, M. (1980-1988) "Qu'est-ce que Les Lumières?", en *Dits et écrits*. Tomo IV bajo la dirección de Daniel Defert y François Ewald con la colaboración de Jacques Lagrange, Paris, Gallimard, 1994, pp. 562-578. (Traducido al español: *¿Qué es la Ilustración?*, Madrid, La piqueta, 1996).
- GRECO, M.B. (2012) *Emancipación, educación y autoridad*. Buenos Aires, Ed. Noveduc, 2012.
- GRECO, M.B. (2012) *El espacio político. Democracia y autoridad*. Buenos Aires, Ed. Prometeo, 2012.
- KANT, E. (1784) "¿Qué es la ilustración?", en *Filosofía de la Historia*. Trad. Eugenio Imaz, México, FCE, 1994.
- KOJÈVE, A. (1942) *La noción de autoridad*, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 2006.
- MEIRIEU, PH. (1998) *Frankestein educador*. Barcelona, Ed. Laertes, 1998.
- MELICH, J-C. (2006) *Transformaciones. Tres ensayos de filosofía de la educación*. Buenos Aires, Ed. Miño y Dávila, 2006.
- LEWKOWICZ, I. (2004) *Pensar sin estado*. Buenos Aires, Ed. Paidós, 2004.
- RANCIÈRE, J. (1987) *El maestro ignorante. Cinco lecciones de emancipación intelectual*. Barcelona, Ed. Laertes, 2003.
- RANCIÈRE, J. (1988) "Los sentidos de la democracia (el hombre democrático y su sociedad)", Alwayay R y Ruiz C (comps.) *Democracia y participación*. S. De Chile. Ed. Melquíades, 1988.
- RANCIÈRE, J. (1996) *El desacuerdo. Política y filosofía*. Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 1996)
- RANCIÈRE, J. (2000) *El reparto de lo sensible. Estética y política*. Buenos Aires, Ed. Prometeo, 2014.

RANCIÈRE, J. (2002) *El filósofo y sus pobres*. Buenos Aires, Universidad de General Sarmiento. INADI. 2013.

RANCIÈRE, J. (2008) *El espectador emancipado*. Buenos Aires, Ed. Manantial, 2010.

ULLOA, F. (2011) *Novela Clínica Psicoanalítica. Historia de una práctica*. Buenos Aires, Libros del Zorzal.

# **ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE EN LAS MODERNAS LEGISLACIONES. TENDENCIAS ACTUALES**

**Por Adriana Norma Martínez y Adriana Margarita Porcelli**

## **RESUMEN**

Las tecnologías digitales permiten la transmisión y utilización de todos los materiales protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos en redes interactivas. La transmisión de textos, sonidos, imágenes y programas informáticos por Internet se ha convertido en moneda corriente, eliminando las barreras del espacio y el tiempo, facilitando una comunicación ubicua y asincrónica. Si no se establecen normas jurídicas apropiadas, la tecnología digital podría utilizarse para socavar los principios básicos del derecho de autor. En consecuencia es necesario un marco jurídico adecuado que establezca una competencia equilibrada que proporcione incentivos a los creadores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores locales, que apoye a las industrias de software y aliente la creación de nuevas industrias similares. El presente trabajo tiene por objeto analizar la protección legal del software en la mayoría de las legislaciones internas así como en el ámbito internacional y su eficacia

## **PALABRAS CLAVE**

Software – Hardware - Derecho de Autor – Derecho de Propiedad Intelectual – Patentes y Marcas – Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – Organización Mundial del Comercio

# ANALYSIS OF THE EFFECTIVENESS OF THE LEGAL PROTECTION OF THE SOFTWARE IN MODERN LEGISLATIONS. CURRENT TRENDS

By Adriana Norma Martínez y Adriana Margarita Porcelli

## ABSTRACT

Digital technologies allows the transmission and use of all materials protected by copyright and related rights in interactive networks. The transmission of text, sounds, images and software over the Internet has become commonplace, removing the barriers of space and time, allowing for ubiquitous and asynchronous communication. If appropriate legal standards are not set, the digital technology could be used to undermine the basic principles of copyright. Therefore a suitable legal framework establishing balanced competition to provide incentives to creators, performers and local producers, to support software industries and encourage the creation of new industries like necessary. This paper aims to detail the legal protection of software in most domestic laws and internationally and analyze their effectiveness

## KEY WORDS

Software – Hardware – Copyright - Intellectual Property Rights- Patent and Trademark – World Intellectual Property Organization – World Trade Organization

# ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE EN LAS MODERNAS LEGISLACIONES. TENDENCIAS ACTUALES

Por Adriana Norma Martínez\* y Adriana Margarita Porcelli\*\*

El carácter físico de la economía se reduce. Si la era industrial se caracterizaba por la acumulación de capital y de propiedad física, en la nueva era lo estimable son las formas intangibles de poder que se presentan en paquetes de información y en activos intelectuales.

Rifkin, Jeremy "La Era del Acceso", 2000

## 1. Introducción

La innovación tecnológica es uno de los factores esenciales para aumentar la productividad que se necesita para alcanzar un crecimiento económico sostenido. La protección jurídica de los resultados de la innovación mediante los distintos títulos de la Propiedad Intelectual, en sentido genérico, constituye un instrumento ampliamente reconocido, y cada día con mayor intensidad, para promover y favorecer las actividades de carácter innovador tanto en las empresas como en los centros de creación de conocimiento. La mayoría de sectores e industrias se han nutrido de este sistema de protección intelectual y a través del

---

\* Abogada, Escribana, Posgraduada en Derecho del Turismo (UBA), Magister en Ambiente Humano (UNLZ). Profesora Adjunta Regular Facultad de Derecho (UBA). Jefa de la División Derecho, Consejera Titular del Consejo Directivo Departamental, Investigadora y Profesora Asociada Ordinaria, Departamento de Ciencias Sociales (UNLu). Directora de proyectos de investigación interdisciplinarios. Profesora de posgrado en diversas universidades nacionales. Profesora visitante de las Universidades Complutense de Madrid y Málaga (España). Abogada (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides). Cursando el Programa de Actualización en Derecho Informático. (UBA) y el Posgrado en Derecho Informático certificado por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Investigadora y Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Internacional Privado, de Derecho Internacional Público, de Estudio de la Constitución Nacional y de los Derechos Humanos y de Legislación Sanitaria, Departamento de Ciencias Sociales. Miembro de las Comisiones de Plan de Estudio de las Carreras Ingeniería Agronómica y Tecnicatura Universitaria en Inspección de Alimentos y del Comité Académico de Bioética. (UNLu.)

\*\* Abogada (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides). Cursando el Programa de Actualización en Derecho Informático. (UBA) y el Posgrado en Derecho Informático certificado por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Investigadora y Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Internacional Privado, de Derecho Internacional Público, de Estudio de la Constitución Nacional y de los Derechos Humanos y de Legislación Sanitaria, Departamento de Ciencias Sociales. Miembro de las Comisiones de Plan de Estudio de las Carreras Ingeniería Agronómica y Tecnicatura Universitaria en Inspección de Alimentos y del Comité Académico de Bioética. (UNLu.)

resguardo de ciertas actividades: las intelectuales, es como se genera un valor económico dentro del mercado, la industria de los commodities y de la sociedad del conocimiento. Por ejemplo, para la economía norteamericana, desde el Siglo XX la propiedad intelectual significó un incremento mayor de intereses por delante de otras industrias como la metalúrgica. También esto dio origen a un nuevo debate en cuanto al régimen impositivo en propiedad intelectual y en industrias como la del software. (RODRÍGUEZ HAUSCHILDT 2007)

Básicamente, la idea es el reconocimiento de la importancia de la propiedad intelectual, admitir que tenemos un conocimiento que debe ser gestionado y que es el que aporta valor a las empresas. Este tipo de situaciones sin una protección adecuada generaría un desequilibrio dentro de los mercados. Además, y tratándose específicamente, de propiedad industrial tiene una incidencia directa en los países que crean un proceso de estimulación de inversiones como por ejemplo el proceso de generación de capital extranjero, el cual tendría mayor relevancia de acuerdo al sistema que se adopte y frente a escenarios de transferencia de tecnología que tienen que ver con conocimientos centrales.

A partir de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas durante la clausura de la Cumbre del Milenio, el 8 de septiembre del 2000, la Organización de las Naciones Unidas identificó que, junto con graves problemas a los que se dedicaría en las sendas cumbres, como el agua, la salud y la pobreza, la humanidad había creado un área de oportunidad: el uso inteligente y apropiado de las tecnologías de información y comunicación, para dar paso a una evolución global hacia la Sociedad de la Información, como una etapa positiva de la misma. (PISANTY BARUCH 2007)

Por consiguiente, esta nueva economía conlleva a la formulación de una nueva caracterización de bienes: “los digitales” “intangibles” que, a diferencia de los bienes materiales tradicionales, se los define como no antagónicos, eso significa que mucha gente puede hacer uso de esos bienes sin que nadie tenga que renunciar a ellos, además de no antagónicos, los bienes digitales son bienes no excluible. Esto último va unido, en forma indisoluble con las nuevas maneras de procesar, almacenar y transferir información y, junto con ello, también se han generado nuevas herramientas en aras de volver eficientes dichos sistemas (GARCÍA BARRERA 2011). Es justo por ello que el software se ha tornado en los últimos años como el pilar para procesar información en menor cantidad de tiempo. En razón a lo anterior, hay un interés colectivo de orden generalizado en que se regule material y formalmente el uso y protección del software, por su gran importancia como invención creativa que ayuda a la eficacia de la comunicación tanto en pequeñas como en grandes escalas.

Antes de ingresar en la problemática planteada, debemos explicar el significado de software. Existen varias definiciones tanto doctrinarias como legales pero todas coinciden en considerarlo como un conjunto organizado de instrucciones en lenguaje natural o codificado, independiente del medio en que se encuentre almacenado cuyo fin es hacer que una máquina capaz de procesar información, indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico. El programa de computador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso. Conforme la definición del Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) software es el “conjunto de instrucciones

expresadas mediante palabras, códigos, planes o cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada sea capaz de hacer que un ordenador ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado” (OMPI 1980:54)

Según el Institute of Electrical and Electronics Engineers – IEEE, el software consiste en un programa, datos y documentación, es decir, el software es todo lo intangible y abarca además del programa en sí, los datos o estructuras de datos que el mismo va a utilizar y la documentación asociada

En la práctica podemos distinguir dos tipos de códigos: fuente y objeto. El código fuente es el conjunto de instrucciones de un programa entendibles por el hombre, son instrucciones que se van cumpliendo de manera concatenada para que el programa permita cierta función. Por su parte, el código objeto es la expresión de ese grupo de instrucciones que se le da al programa expresado en código binario, en unos y ceros que solamente es entendible por un computador, es lenguaje máquina porque mientras el código fuente nos permite ver instrucciones y en lenguaje entendible por el humano, el código objeto se expresa como una sucesión de instrucciones que se presentan.

### 1.1. Historia

El debate sobre la protección legal que merece el software nació en el momento en que se comenzó a distinguir entre el software y el hardware<sup>1</sup>. La historia nos retrotrae a 1968, fecha que comúnmente es señalada como la del nacimiento de la industria del software. En ese año, y a instancias de la presión ejercida por acciones antimonopolio encaradas desde el Departamento de Justicia norteamericano y empresas privadas, IBM anunció lo que se conoce como unbundle, es decir, la separación comercial del hardware y del software.

Hasta ese entonces el software no era percibido como un producto independiente del hardware, con entidad y valor propio. No había una industria de productos de software, sino que quienes desarrollaban productos los comercializaban junto con el hardware, y el resto prestaba servicios. El unbundle de IBM puso a los juristas ante la doble dificultad de determinar qué era el software desde un punto de vista jurídico y qué tipo de protección debía serle reconocida.

No obstante, el problema de la protección jurídica del software se había planteado unos años antes en los Estados Unidos, en noviembre de 1961, cuando la empresa North American Aviation presentó para su registro ante la Oficina de Copyright norteamericana (United State Copyright Office) una cinta magnética conteniendo un programa para computadora

Tradicionalmente, no han existido mayores polémicas en lo que se refiere a la protección de los derechos intelectuales de los creadores de componentes del hardware y ello es debido a que las creaciones que se producen en tal terreno se encuentran comprendidas, por regla general, dentro de los llamados "inventos

---

<sup>1</sup> El Hardware, es un bien tangible, es "el conjunto de los componentes que integran la parte material de una computadora "proviene del inglés "hard", duro, es decir, la parte dura, material y concreta del sistema, son los componentes o dispositivos físicos, es todo lo que se puede ver y tocar

patentables". En cambio, la situación es mucho menos clara en lo que respecta a la protección jurídica de los derechos intelectuales de los creadores de programación. (DAVARA RODRÍGUEZ 1993)

En el derecho comparado, se han postulado principalmente tres sistemas distintos para brindar tal protección:

- patentes de invención,
- derechos de autor y
- un sistema propio o "sui generis".

Ninguno de estos tres sistemas ha sido descartado hasta la fecha, subsistiendo la triple alternativa. Sin embargo, cabe aclarar que la mayoría de la doctrina se inclinó por la protección de los derechos intelectuales de los creadores de software bajo el régimen legal del Derecho de Autor y esta preferencia se ha visto plasmada en la mayoría de las legislaciones vigentes en aquellos países en los que se ha brindado resguardo legal a tal creación del intelecto, sin embargo es en los Estados Unidos de Norteamérica, impulsor de la protección bajo sistema de copyright, donde los autores han insistido con más énfasis en la posibilidad de brindar amparo a los derechos intelectuales de los creadores de software a través del Régimen de Patentes

No obstante, es necesario recordar que toda invención, para ser susceptible de atribuirle una patente, requiere ser novedosa, una actividad inventiva, así como una aplicación industrial. De estos elementos, los dos primeros son los que revisten mayor grado de dificultad en función de la complejidad del llamado estado de la técnica con base en la existencia o no de antecedentes, así como que dicha invención resulte o no evidente.

En el caso de los programas de computación se discute en torno a estos asuntos y se evidencia en los términos que no presentan caracteres suficientes como para atribuirle una patente. Lo cierto es que, atendiendo a un criterio rígido, difícilmente podríamos dar cabida a una eventual patentabilidad de los programas, de aquí que se recurra a un análisis a la luz de otras formas de protección bajo reserva de explotación de derechos

## 1.2. Problemática en la protección del software por el sistema de derechos de autor

En los últimos años, se han levantado voces, desde la industria del software en especial en Estados Unidos y lideradas por Microsoft sobre la insuficiencia del sistema de copyright como mecanismo de protección del software. Algunos de los métodos empleados por dicho país, por ejemplo, la internacionalización de sus leyes federales son cuestionables a la luz del Derecho Internacional Público, técnicas utilizadas debido al gran poder de presión que tiene las empresas organizadas alrededor de la Business Software Alliance, Alianza Comercial del Software, conocida por sus siglas en inglés BSA, compuesta por las empresas Lotus, Microsoft, Ashton-Tate, Wordperfect, Aldus y Autodesk. Alegan que se debería dictar un sistema sui generis ya que el programa de computación no puede ser asimilable a una obra literaria y artística, no migrar totalmente al sistema de patentes sino desarrollar un sistema mixto

basándose en los derechos de autor pero contemplando excepciones en las cuales sería factible, legalmente, patentarla. En este orden de ideas, la Unión Europea está analizando un proyecto de Directiva que excluya de la lista de elementos no patentables a los programas de computación

Los argumentos esgrimidos por buena parte de la doctrina y las empresas de software básicamente se pueden formular de la siguiente manera (CARRANZA TORRES 2008):

a) Los elementos no literales del software: uno de los principios básicos de régimen de derechos de autor o copyright, es que este régimen no protege las ideas sino la forma en la que éstas son expresadas. Este principio tiene expreso reconocimiento legal en todas las leyes del mundo, ya que está consagrado en el artículo 10 inciso 2, ADPIC y en la ley argentina N° 11723

Esto, que en el mundo de las obras científicas, literarias y artísticas no genera mayores inconvenientes, en el caso del software se vuelve problemático porque es posible reescribir el código completo de un programa de computación (que es lo que protege el copyright) , por ejemplo, en otro lenguaje de programación, sin alterar en lo más mínimo la estructura del programa, sin copiar siquiera una línea de código y, por ende, sin violar los derechos del desarrollador del software, como en los casos “Whelan Associates Inc. v. Jaslow”, “Apple Computer Inc v Microsoft Corp”, “Lotus v. Borland”, entre los más resonantes

b) Tiempo de duración de la protección: bajo el régimen de derechos de autor la duración de la protección que se otorga al software es excesiva. En efecto, con el vertiginoso ritmo de renovación de la tecnología darle al software 50 o 70 años de protección es una enormidad, al mantenerlo de esa manera se está impidiendo lisa y llanamente el paso de la creación al dominio público.

La razón de la existencia de la limitación temporal en los derechos de autor es la necesidad de equilibrar el interés público con el privado, dando a la comunidad la posibilidad de beneficiarse con el paso al dominio público de las creaciones intelectuales de sus miembros. (PÉREZ GÓMEZ 2013)

Pero en el caso del software actualmente duran en el mercado uno o dos años y toda la tecnología que contiene sería completamente superada cada cinco años aproximadamente.

c) El carácter eminentemente utilitario del software: la música, una fotografía, una pintura puede ser utilitaria, o meramente artística; con el software no ocurre lo mismo, está lejos de ser potencialmente expresión artística. Los programas fuente son instrucciones, y los programas objeto lo son mucho más. La calidad de un software no se mide por su belleza en cuanto conjunto de instrucciones, sino por la eficacia de sus instrucciones y por la creatividad y expresión de los complejos procesos de conocimiento que incorpora. La industrial de desarrollo de software como hoy se conoce, le quita mucho del carácter artesanal con que se concebía en su tiempo. Ésta es otra de las razones de la ineficacia

d) El registro de software: el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886 establece la protección automática de las obras literarias, científicas y artísticas sin que sea necesario para el creador de la obra el cumplimiento de formalidad alguna, como puede ser su registro, de hecho muchos países establecen el requisito del registro a los fines de poder hacer plenamente efectivos los derechos reconocidos por su legislación interna.

Es el caso de nuestra ley N° 11723 que dispone que la falta de registro de la obra suspende el ejercicio de los derechos sobre la misma y de igual manera está dispuesto en el Decreto 165/1994, que regula el registro de software disponiendo, para el caso de depósito de una obra inédita, la solicitud de registro que debe incluir, bajo sobre lacrado y firmado, todas las expresiones de la obra que juzgue convenientes y suficientes para identificar su creación y garantizar la reserva de su información secreta. Bien se ha señalado que estas convenciones internacionales, en nuestro país, tienen jerarquía suprallegal, entonces este argumento no tendría sustento legal, si embargo un buen registro de software requiere de medidas de seguridad y de mantenimiento distintas de las que se necesitan para un registro de papeles; los bits requieren de condiciones ambientales completamente diferentes en cuanto a la intangibilidad de la información

e) El software es secreto: todas las empresas productoras de software saben perfectamente que la única manera de evitar que su código fuente sea difundido, copiado o comercializado deslealmente es mantenerlo en completo secreto, y que la mayoría de las veces, el proceso de desarrollo de software requiere de importantes inversiones por parte de las empresas. Esto evidencia que de alguna manera tienen que protegerse y lo hacen mediante la práctica de comercializar los programas de computación solamente en código objeto y de incluir en sus licencias la prohibición de examinar el código con el fin de obtener información vía ingeniería inversa.

f) Programa fuente y programa objeto: tanto los programas fuente como los programas objeto, son obras científicas, literarias y artísticas pero cumplen funciones completamente distintas, estas diferencias los hacen objetos intelectuales completamente distintos, por lo que no resulta aconsejable dar a ambos, por defecto, el mismo tratamiento. No obstante, a la hora de reconocerles protección legal, desde el punto de vista jurídico, no hay diferencia alguna entre ellos: los dos son formas en las que se expresa un programa de computación y los dos son asimilados a las obras literarias, por ejemplo una novela

g) El software y los derechos morales del autor: la forma industrial de producción de software hace que la persona del codificador sea irrelevante. Cientos de programadores trabajan distintas partes de un programa de computación para obtener el resultado de millones de líneas de código. Un software de esos que cualquier persona emplea hoy en día en su PC jamás podría ser escrito por un sólo ser humano.

Sin embargo, el régimen de derechos de autor tiene especialmente en cuenta la situación de la persona física que escribe el código de que se trata y le otorga derechos que nacen con la propia escritura, es decir, con la propia creación de la obra. Si bien hay sistemas eficaces y presunciones legales de traslación de los derechos patrimoniales de autor desde el desarrollador hacia la empresa que lo contrata, como es el caso de nuestra legislación, no se escapa que el derecho realiza ficciones jurídicas que omiten la consideración de la irrenunciabilidad de los derechos morales.

h) Interfaces, pantallas, ventanas, iconos, etc.: hacer un programa de computación implica actividades muy diversas y que el derecho de autor no da suficiente protección a las diversas etapas para la elaboración del software

Sin embargo, tales críticas, en algunos casos han sido respondidas: por ejemplo que la estética o belleza de la obra no es un elemento del Derecho de autor ya que es principio de éste que se protege la obra en sí misma sin entrar en la consideración de su valor estético o finalidad.

Igualmente, carece de toda trascendencia que la obra no sea susceptible de ser directamente percibida por los sentidos. Un CD o un disquette sólo pueden ser percibidos con la previa lectura de una máquina y no por ello se niega protección a la obra que contienen.

La cuestión de la duración de la protección, aún cuando atendible, no importa la exclusión de este régimen como inválido y basta con que se reduzca el plazo de tutela, sin necesidad de recurrir a un régimen jurídico diverso. En relación a la crítica referida a ausencia de protección de los pasos o procesos de elaboración del software se ha dicho que éstos pueden válidamente ser tutelados por el Derecho de Autor siempre que cada una de las etapas constituya en sí misma una obra. En cuanto al secreto industrial la protección de los programas de computación y el secreto industrial actúa en un terreno diverso, por el secreto industrial se protege la confidencialidad, en cambio en el Derecho de Patentes así como en el Derecho de Autor, lo protegido es la propiedad del titular de la obra, impidiendo su reproducción no autorizada por un tercero

## **2. La protección del software en el derecho comparado**

### **2.1. Estados Unidos de Norteamérica**

La protección jurídica del software no se hizo esperar y comenzó a tener desarrollo en los Estados Unidos, que fue el primer país en incorporar la cuestión a su legislación, aprobando, el 19 de octubre de 1976, el primer texto legal que, ocupándose del problema, lo direccionó hacia los derechos de autor. En 1980, en el marco de una reforma a las leyes de patentes y marcas, el software quedó definitivamente incorporado al Copyright Act Norteamericana, reconociendo la protección del software vía copyright, cuya traducción literal al español es derecho de copia. En consecuencia y a modo de síntesis nos encontramos con dos sistemas jurídicos en cuanto a la protección de los derechos de autor; sistema latino o continental, que protege básicamente los derechos patrimoniales y los derechos morales; y el sistema del common law, contiene al copyright, que es un sistema de protección en países como Gran Bretaña, Estados Unidos de Norteamérica, Australia, Israel, Canadá y otros países de la Commonwealth, cuyos regímenes jurídicos tienen la base en el derecho jurisprudencial, además, el derecho moral ha sido protegido de una manera más limitada, la protección del derecho patrimonial es totalmente regulada, y no abierta al público por disposición expresa del legislador bajo mínimos requisitos y el titular de este derecho en la mayoría de los casos puede ser una empresa editorial o un empresario de la industria cinematográfica, discográfica (NAVARRETE 2006)

En virtud de la aplicación del Copyright Act es que se fueron generando innumerables controversias planteadas y resueltas por los tribunales norteamericanos

En 1982 Apple demandó a Franklin, acusándola de violación de sus derechos de copyright sobre catorce sistemas operativos y solicitando una medida cautelar que restringiera a Franklin el uso, copia y venta de aquellos productos que violaban sus derechos. Apple presentó pruebas contundentes que los programas vendidos por Franklin eran virtualmente idénticos a aquellos catorce protegidos por copyright. Basándose en las reformas introducidas en la Copyright Act en 1976 y 1980, la Corte de Apelaciones concluyó que los programas, como creaciones, se protegen con independencia de la percepción que los seres humanos puedan tener de ellos, la distinción entre sistema operativo y aplicativos no condiciona el hecho de que ambos tipos de software puedan recibir protección. El software, ya sea en código objeto o código fuente, es una "obra artística o literaria", que lo que Apple buscaba no era la protección del método que instruía a la computadora a realizar sus funciones operativas, sino las instrucciones específicas, que los programas de esta empresa eran la expresión de una idea y, en consecuencia, protegibles por copyright; y que la protección de copyright estaba dada sólo a la "expresión de una idea", no a la idea en sí misma, pero los sistemas operativos de Apple como tales no era ideas sino la expresión de ideas, y la expresión adoptada por el programador era susceptible de protección por copyright<sup>2</sup>

Otro caso renombrado lo constituyó la controversia entre las empresas Jaslow y Whelan en 1986, la primera era el titular de un laboratorio odontológico y Whelan era la titular del copyright sobre un software llamado "Dentalab" que, bajo una relación contractual con Jaslow, había desarrollado para explotar en exclusividad, reconociéndole a esta empresa un porcentaje de lo producido. Posteriormente Jaslow había desarrollado, sobre la base del software de Whelan, otro software llamado "Dentcom" en un lenguaje de programación distinto para competir con la propia Whelan. Luego había dejado sin efecto el contrato con ésta y finalmente la demandó para que dejara de comercializar el Dentalab, entendiéndole que le correspondía la titularidad del mismo.

Ambos programas estaban escritos en diferentes lenguajes de programación por lo que, estrictamente hablando, no había copia de código. Los parecidos se encontraron exclusivamente en la estructura, secuencia y organización. Los elementos literales del software no habían sido copiados y las similitudes existentes se relacionaban con la secuencia, la estructura, el estilo y el look and feel de los programas.

La Corte entendió que el objeto de protección de la ley era la idea presente en el programa, la función o propósito perseguido con el programa que, en el caso concreto, era ayudar en el manejo del negocio de un laboratorio odontológico y que la estructura elegida para desarrollar esa idea, formaba parte

---

<sup>2</sup> Ver "Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Corp.", 30 de Agosto de 1983 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983); 70 A.L.R.Fed. 153, 219 U.S.P.Q. 113, 1983 Copr.L.Dec. P 25,565. La discusión se centró, entonces, en determinar si un sistema operativo comercializado en su versión objeto era o no susceptible de protección vía copyright. La enseñanza que dejó este caso es que los sistemas operativos, que son claramente funcionales, son protegibles vía copyright aun cuando sean distribuidos solamente en código objeto, cuyas propiedades expresivas son prácticamente nulas

de la particular manera en que esa idea estaba expresada, siendo, por ende, expresión protegible por copyright.<sup>3</sup>

Sin embargo la jurisprudencia no parece encontrar en el derecho de autor el marco adecuado para proteger determinados aspectos del software. En los Estados Unidos, fue paradigmático el caso de "Apple Computer Inc v Microsoft Corp", en el año 1982. La demandante exigía ser indemnizada por haberse sido violado sus derechos alegando que Microsoft había copiado la interfaz, superficie de contacto (en especial el uso de iconos) de su programa. La demanda fue rechazada<sup>4</sup>. El golpe de gracia lo dio, en el año 1995, el caso de "Lotus v. Borland" en donde se decidió que el menú de instrucciones del programa de Lotus no era protegido por el régimen de copyright, dejando en una posición extremadamente vulnerable a los programas de software.<sup>5</sup>

Frente a estas decisiones, y dado el significativo crecimiento de la industria del software, los creadores de programas de computación o que hacen uso de ellos, comenzaron a buscar un tipo de protección más fuerte: las patentes. En Estados Unidos, la Sección 101 del Estatuto de Patentes prohíbe patentar software, algoritmos y modelos de negocios, la United States Patent and Trademark Office (PTO) rechazó sistemáticamente las solicitudes basadas en que el software consistía en algoritmos matemáticos, los cuales fueron siempre considerados como "leyes de la naturaleza" o "puros pensamientos", ambos excluidos del ámbito de protección del régimen de las patentes.

No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron perfilando argumentos para utilizar el régimen de las patentes. Las rígidas políticas instrumentadas por la PTO comenzaron a distenderse, dando lugar a un criterio más flexible. La jurisprudencia no hizo más que confirmar el camino escogido en el leading case "Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks v. Diehr and Lutton", en 1981, en el que se involucraba una discusión que se dio entre dos empresas que buscaban una patente a un procedimiento de vulcanización del caucho sintético. La Corte Suprema de Estados Unidos admitió que se patentara no el software sino un procedimiento que con el uso de un software de por medio lograba un procedimiento industrial y aportaba elementos de innovación en el estado del arte en la industria y por eso

<sup>3</sup> Ver "Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc. et al.", 4 de Agosto de 1986 797 F.2d 1222; 1240 (3d Cir. 1986); 479 U.S. 1031 (1987). Esta sentencia muestra considerar al software como una obra literaria es incorrecto ya que le tuvo que dar una protección más amplia y diferente

<sup>4</sup> Ver "Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corporation" 35 F.3d 1435; 63 USLW 2259, 1994 Copr.L.Dec. P 27,301, 32 U.S.P.Q.2d 1086) Apple había acordado previamente la licencia de ciertas partes de su interfaz gráfica de usuario a Microsoft, para su uso en Windows 1.0. Cuando Microsoft hizo cambios en Windows 2.0y agregó ventanas superpuestas y otras características que se encuentran en la interfaz gráfica de usuario de Macintosh. Apple, al demandar a Microsoft hizo una lista de 189 elementos de la GUI propia (y la que había sido "copiada" por Microsoft), de las cuales el tribunal decidió que 179 de estos elementos habían sido licenciados a Microsoft Windows 1.0 en el acuerdo y la mayoría de los restantes 10 elementos no eran derechos de autor, ya que no eran ideas originales de Apple, o eran la única forma posible de expresar una idea en particular

<sup>5</sup> Ver "Lotus Development Corp. v. Borland International Inc." Corte de Apelaciones de EE.UU., Primer Circuito 09 de marzo 1995 49 F. 3d 807, 34 USPQ2d 1014 El presente caso es una limitación para la protección de los derechos de autor, implicó volver atrás, retroceder un poco y achicar su campo de aplicación Los comandos del menú (por ejemplo, "imprimir", son en gran parte de los procedimientos habituales que Lotus no ha inventado y son palabras comunes que Lotus no puede monopolizar

se admitió para ese caso específico el procedimiento que era controlado por una máquina.<sup>6</sup> En el caso de "Arrhythmia Research Technology, Inc. v. Corazonix Corporation", 1994, se determinó que lo que prevalecía no era el "proceso" sino el "resultado" del mismo que estaba asociado a un software.<sup>7</sup>

En el caso de "Computer Associates v. Altai" en 1992, directamente se sostuvo que el régimen de patentes podría ser la rama más apropiada para proteger la tecnología proveniente de las ciencias de computación.<sup>8</sup> Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en 1995, la United States Patent and Trademark Office anunció que no rechazaría más reclamos por el sólo hecho que este involucrado un programa de computación, sino que simplemente exigiría que se cumplieren con los requisitos tradicionales. Se estudiará únicamente si el invento es útil a las artes tecnológicas en el mundo real, por oposición a algo que no representa más que una idea o concepto, lo cual no sería patentable.

La puerta al patentamiento de estos 'inventos' fue dejada abierta por el famoso caso de "State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial", en el año 1998. En este caso, el tribunal determinó que un método financiero para gestionar fondos mediante una computadora constituye un modelo de negocios patentable. Lo interesante del caso radica en el nuevo tratamiento que se le dio a las excepciones que fueron utilizadas jurisprudencialmente para denegar el otorgamiento de patentes: la excepción del "algoritmo matemático" y la del "modelo de negocio".<sup>9</sup> Con relación a la primer excepción la Corte entendió que el algoritmo matemático, al ser una fórmula matemática no era patentable toda vez que no es más que una "idea abstracta".

Sin embargo, desde el momento en que el algoritmo tuviese una aplicación práctica, podríamos estar frente a un procedimiento patentable. En el caso State Street Bank, la computadora, a través de una serie de cálculos matemáticos, transforma datos que representan diversas cantidades de dólares en un precio final. Conforme lo sostenido por el tribunal, ello constituye una aplicación práctica de un algoritmo matemático toda vez que produce un resultado útil, concreto y tangible: un precio final aceptado por las autoridades y utilizado en subsiguientes transacciones.

<sup>6</sup> Ver "Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks v. Diehr and Lutton" United States Supreme Court. March 3, 1981 450 U.S. 175, 209 USPQ 1. This case is discussed in Legal Protection of Digital Information Chapter 5, Section I.F En este caso se abordó la cuestión de los métodos en los que se utilizaban fórmulas matemáticas, las cuales, al igual que las leyes naturales, no son per se patentables. El proceso global resultaba patentable en razón de la forma en que sus pasos adicionales integraban al mismo a la ecuación. Tales pasos adicionales transformaron el método en una aplicación inventiva de la fórmula.

<sup>7</sup> Ver "Arrhythmia Research Technology Inc. v. Corazonix Corp", 12 de Marzo de 1992. 958 F.2d 1053, 22 USPQ2d 1033 (Fed.Cir.1992), la transformación de las señales del electrocardiograma del latido del corazón de un paciente por una máquina con una serie de cálculos matemáticos constituyó un uso práctico de una idea abstracta (un algoritmo, una fórmula, o un cálculo matemática), porque correspondió a una condición útil, concreta o tangible de la cosa- del corazón de un paciente.

<sup>8</sup> Ver "Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc." 22 de Junio de 1992 982 F.2d 693; 119 A.L.R. Fed. 741; 61 USLW 2434, 37 Fed. R. Evid. Serv. 348 se sostuvo que no hay una única idea subyacente en un programa y que es conveniente utilizar un análisis de los programas en tres pasos, abstracción, filtrado y por último comparación con los restantes en programa protegido con el fin de determinar su similitud

<sup>9</sup> Ver "State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.", 23 de Julio de 1998 149 F.3d 1368 Este fue el primer caso de una patente otorgada a una invención en esta clase y abrió la posibilidad de obtener protección por vía de patente para una amplia gama de programas de computador y de invenciones siendo un tema muy actual relacionado con la patentabilidad del software en el entorno de Internet y el comercio electrónico

Respecto a la excepción de los "modelos de hacer negocios" se sostuvo que la misma debía ser cuestionada ya que se basaba en un principio legal obsoleto.<sup>10</sup>

En consecuencia, la Corte estableció que bastaba con que se cumpliera con los requisitos de novedad, no obviedad y aplicación industrial para ser acreedora de una patente.

## 2.2. Espacios Integrados

La tendencia mundialmente aceptada en cuanto a la protección del Software la marcó Estados Unidos, líder, en ese momento, indiscutido y absoluto de la industria del software. Tanto el Convenio de Berna, el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y su Anexo Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994, como los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor de Ginebra 1996 (ADPIC) también conocido por sus siglas en inglés, como TRIPS celebrado en el marco de la Ronda Uruguay del General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) la Directiva Europea N° 250/91 y 24/2009 y las legislaciones internas de los diferentes países consideran que la mejor forma de proteger el software es a través del régimen de derechos de autor en los mismos términos de las obras de dominio literario, pues posee las características para ser objeto de protección, tales como originalidad, se manifiesta por la materialización de un idea y puede ser reproducida y definida por cualquier medio conocido o por conocer.

### 2.2.1. Unión Europea

En lo que a la Comunidad Europea se refiere, hay que destacar la Directiva del Consejo 91/250/CEE, de 14 de abril de 1991, sobre programas de ordenador, que obliga a los Estados miembros a proteger los programas de computadora mediante derechos de autor, tratando de equiparar las diversas legislaciones nacionales en cuanto a los requisitos para la protección del software. Esta directiva se ha incorporado al Derecho español con la Ley 16/1993, que viene a completar lo recogido en la Ley 22/1987, de expresa aplicación a los programas de ordenador. Por su parte, la reforma de la *Loi de Droit d'Auteur* francesa de 1985, introdujo la mención del *logiciel* dentro de la lista de protección.

En 1988, el Reino Unido hizo una modificación sustancial a sus leyes sobre derechos de autor incluyendo los programas de computadora en la definición de obras literarias. Aunque la ley de derechos de autor de Alemania incluía los programas para procesamiento de datos en su lista de obras protegidas, la Corte Suprema de ese país ha limitado particularmente solo a los programas que sean creaciones intelectuales personales. Específicamente un programa creado mediante la aplicación de capacidad sobre promedio de programación es susceptible de protección por derecho de autor. La

---

<sup>10</sup> *Ibidem*

jurisprudencia holandesa interpreta que un programa debe considerarse una creación por un perito para ser objeto de protección de la ley holandesa de derecho de autor (RÍOS ESTAVILLO 1997)

En 1995, La Comisión de Comunidades Europeas presentó el Libro Verde sobre los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información resaltando que el éxito del proceso vinculado a la sociedad de la información depende que la mayoría de los servicios y productos nuevos que se crean puedan beneficiarse plenamente de las «autopistas de la información» y que se deberán adoptar normativas para responder a las nuevas exigencias que puedan surgir, planteando nuevos desafíos. Los esfuerzos creativos que dan lugar a las inversiones en los nuevos servicios sólo pueden realizarse y justificarse si, en este entorno digital, la protección conferida por los derechos de autor y los derechos afines a las obras y a las prestaciones resulta suficiente ya que una vez prestado el servicio en la red, es muy difícil, sin la adecuada protección, garantizar que la obra o la prestación no sea copiada, transformada o explotada sin el conocimiento de los titulares de los derechos y en su perjuicio. (COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS 1995)<sup>11</sup>

Por otra parte, la Directiva Europea 11979/1/2004 -7 de marzo del 2005, dispone que un programa de ordenador como tal no puede constituir una invención patentable. En consecuencia no se considerarán patentables las invenciones que utilizan programas informáticos, expresados en código fuente, código objeto o cualquier otra forma que no producen efectos técnicos En el año 2007, el Convenio sobre la Patente Europea de 1973 fue sustituido por el Convenio sobre la Patente Europea de 2000, conocido como el "CPE de 2000" y en su artículo 52.2 figura una lista no exhaustiva de creaciones que no se consideran invenciones, entre ellos, en el inciso c) expresamente menciona un programa informático

En Europa, contrariamente a los expresado en el párrafo anterior, el leading case de "Vicom/Computer-related invention" de 1987, adoptó el concepto de "contribución técnica" del invento al arte. La Junta de Apelación sostuvo que un invento que podría ser patentable de acuerdo con el criterio de patentabilidad convencional, y que no debería ser excluido de la protección por el sólo hecho de adoptar la forma de programas de computación. Así, para que un invento cuya novedad resida en el software utilizado reciba protección, debe cumplir dos requisitos, a saber: producir alguna contribución técnica y pasar el tradicional test que se le aplican a todos los inventos: novedad, es decir que sea novedoso, nivel inventivo y aplicabilidad industrial<sup>12</sup> En sentencia del Tribunal de Justicia Alemán, como principal antecedente jurisprudencial en Europa, respecto del caso Sohei, en 1994, atenúa la prohibición de la patentabilidad del software, aunque no regula expresamente dicha atenuación de tal prohibición,

<sup>11</sup> Para mayor información consultar Comisión de las Comunidades Europeas (1995) *Libro Verde. Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas COM (95) 382 final y la Síntesis

<sup>12</sup> Ver "Vicom/Computer-related inventions, T208/84 [1987] EPOR 74, 79 puede observarse cómo se alegó la transformación física para determinar el carácter técnico de una invención ya que si un método matemático se utiliza en un proceso técnico, el proceso se produce en una entidad física (que podría ser un objeto material pero también una imagen almacenada como señal eléctrica) a través de algún medio técnico que aplique el método, produce, como resultado, una cierta *transformación* en la entidad

estableciendo que si bien el software se protege vía derechos de autor, si se encuentra dentro de un elemento patentable, éste debe ser protegido vía patente<sup>13</sup>

De este modo, las rígidas políticas instrumentadas tanto por la PTO como por la European Patent Office comenzaron a distenderse, dando lugar a un criterio más flexible y autorizando, en ciertos casos, a patentar determinados software (BAKELS, HUGENHOLTZ 2002).

### 2.2.2. Comunidad Andina de Naciones

La Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena de 1993, Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos y la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena, Régimen Común de Propiedad Industrial establece que los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias y que dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a lo aplicativos ya sea en forma de código fuente o código objeto (AGUIRRE SORIANO 2011) A su vez, la Decisión Andina 344/1993, artículo 6 Literal d) establece una lista de elementos que no se consideran invenciones y entre ellos están los programas de ordenador o soporte lógico, para excluir de manera inmediata la patentabilidad del software.

Tanto Colombia por la Ley 23, 1982, como Bolivia y Perú protegen el software por el sistema de derechos de autor (GAMBA SEGOVIA, R; ESCOBAR MORA 2013).

### 2.2.3. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

El capítulo XVII, artículo 1705 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, North American Free Trade Agreement (conocido por sus siglas en inglés NAFTA) protege enfáticamente los programas de computación, apoyándose en la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 y sus revisiones, en especial París 1971 y en tanto que signifiquen o que incorporen una expresión original, son considerados obras literarias en el sentido propuesto por dicha convención. Sin embargo permite que uno de sus miembros, Estados Unidos se desligue de la obligatoriedad de reconocer el derecho moral de los programas al establecerse en el anexo 1701.3 facción 2 que ese tratado no confiere derechos de imponer obligaciones a Estados Unidos respecto del derecho moral del autor. Las disposiciones del tratado son generales y concede amplia libertad a sus miembros a legislar de acuerdo con sus intereses

Por su parte, en México, los inicios de la protección del software se remontan a 1984, cuando se permitió el registro e inscripción de los programas de computación por conducto de la Dirección General del Derecho de Autor y se equiparó a las obras literarias. Mas tarde, en 1991, se reformó la ley sobre

<sup>13</sup> Ver SOHEIR en T769/92, Boletín Oficial de la OEP 1995. Se destacó, en particular, que una invención que, por lo demás, podría ser legal no quedaría invalidada por implicar un método comercial. Sin embargo, no se consideró suficientemente técnico el software que se debía utilizar en la visualización de caracteres especiales

propiedad industrial y sobre derechos de autor y finalmente, en 1996, la Ley Federal del Derecho de Autor siguió la tendencia dominante equiparándolo a las obras literarias en cuanto a su protección (TÉLLEZ VALDEZ 1996).

### 3. Sistema Jurídico Argentino

La República Argentina es una de las naciones del hemisferio americano que con mayor constancia y entusiasmo afirmó la necesidad de proteger jurídicamente las creaciones de la inteligencia humana y más tempranamente se unió al esfuerzo internacional para crear una sombrilla legal que asegurara la tutela de los derechos de los autores fuera de las fronteras del país de origen de las obras.

#### 3.1. Constitución Nacional

La protección del derecho a la propiedad intelectual está expresamente prevista en el artículo 17 de nuestra Carta Magna de 1853 al establecer que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerda la ley. Esta norma constitucional, inspirada en la Constitución de los Estados Unidos, fue la que dio sustento a la posterior legislación nacional destinada a la protección de los derechos intelectuales

El concepto genérico de propiedad constitucional, que engloba todas sus formas posibles, ha sido acuñado por la jurisprudencia de la Corte al señalar que el término “propiedad” empleado en la constitución, comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad y que está complementado por el artículo 14 de la Constitución, que reconoce a todos los habitantes del país la potestad de usar y disponer de su propiedad conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (BADENI 2004)

La Propiedad intelectual comprende dos grandes subdivisiones reguladas por leyes diferentes: a) el derecho de autor y b) la propiedad industrial

a) el derecho del autor sobre una obra científica, literaria, artística, tiene como fundamento delógico indiscutible el producto de la inteligencia humana, de su arte, de su inspiración creadora, regulada por la ley 11.723 de 1933 con la inclusión expresa de los programas de computación dentro de las obras intelectuales protegidas, luego de las modificaciones de la Ley 25.036. Abarca, a título de ejemplo, las obras literarias, los programas de computación, las composiciones musicales y cinematográficas, las obras de dibujo o pintura, las esculturas, las obras de arte y arquitectura, los impresos y planos o mapas, las fotografías, los grabados, los fonogramas.

b) la propiedad industrial y comercial es el derecho sobre inventos, descubrimientos, patentes, marcas de fábrica, con un matiz económico acentuado, y, como especie de propiedad intelectual, recae sobre los inventos, descubrimientos, patentes, marcas de fábrica y de industria, diseños, dibujos y modelos

industriales y, en general, sobre toda obra de la inteligencia humana que no está comprendida en la ley 11.723. La ley 24.481, modificada por la ley 24.572, regula las patentes de invención y los certificados de modo de utilidad. Las patentes se otorgan respecto de invenciones de productos o procedimientos, siempre que sean novedosos, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

Para ambos casos, la constitución prevé una regulación legal distinta que la de otras formas de propiedad, anticipando la posibilidad de extinción del derecho por el transcurso del tiempo, y ello quizás se debe a que, en la propiedad intelectual, la creación del autor, sin perder el carácter personal a que hemos aludido, aprovecha necesariamente de la cultura que es patrimonio colectivo de la comunidad toda. (BIDART CAMPOS 1998)

Conforme BIDART CAMPOS (2010:125), el artículo 17 dice que “todo” autor o inventor es propietario “exclusivo”, entendemos que “toda” clase de obra, invento, descubrimiento, etc. debe quedar amparada por la propiedad intelectual o industrial, y que las exclusiones legales que impiden registrar esa propiedad son inconstitucionales, porque dejan desguarnecida esa misma propiedad y la titularidad del propietario. Hay hitos en el derecho judicial de la Corte de los que se infiere que la protección al derecho de autor abarca todas las producciones intelectuales de cualquier naturaleza o finalidad, porque tiende a tutelar la creación intelectual en sí misma, sin que importe el medio material que le da soporte.

Por su parte, la reforma de 1994 asigna ahora, en el artículo 75 inciso 19 párrafo primero, al Congreso la competencia de proveer a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento, y en el párrafo 4, establece que el Congreso sancionará leyes destinadas a proteger la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales, con lo que el panorama anterior del artículo 17 se amplía en su dimensión originaria.

Estamos frente a la denominada cláusula del nuevo progreso que complementa el viejo inciso alberdiano del progreso y abre un abanico de posibilidades para que el Congreso adquiera un rol protagónico en la legislación referida a Internet, bases de datos, informática, firma digital y todo lo referido a las TICs

En verdad, ha existido una interesante producción legislativa en los últimos años vinculados a esta temática. En lo que a este trabajo respecta podemos mencionar la ley 25.036, modificatoria de la ley 11.723, orientada a la protección de programas de computación; la ley 25.467, que impulsa la investigación científica y el desarrollo tecnológico; la ley 25.856/2004, que considera a la producción de software como actividad industrial y la ley 25.922, que promueve la citada industria del software, modificada por ley 26.692/2011

Por otra parte, todo sistema de derechos en un estado democrático debe abastecerse de dos fuentes: la interna, y la internacional; este principio ha quedado formalmente consagrado con el inciso 22 del artículo 75 en la constitución reformada en 1994, sentando, como principio general, la supralegalidad de los tratados internacionales de toda clase: los tratados prevalecen sobre las leyes, dando jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos que allí vienen

enumerados, dos declaraciones, ocho tratados, y un protocolo adicional y abriendo la posibilidad que otros de derechos humanos la adquieran en el futuro siempre que sean aprobados por el Congreso mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara

- 

- 3.2. Legislación Internacional

### 3.2.1. Tratados con Jerarquía Constitucional

Los derechos sobre la creación y la investigación científica, han sido conjuntamente protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre los que se destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos, que asegura, en su artículo 27, en primer lugar, que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, y en segundo toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas que sea autora. En igual sentido, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, donde se señala que los Estados partes tienen que garantizar que toda persona pueda beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas que sea autora.

### 3.2.2. Tratados con Jerarquía Supralegal

En 1994, en el marco de la Ronda Uruguay del GATT, se firmó el acuerdo constitutivo de la OMC, uno de cuyos anexos fue "Acuerdo Sobre los Aspectos de Los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio"(ADPIC) también conocido por sus siglas en inglés, TRIPS, el cual fue ratificado por el Congreso Nacional mediante ley 24.425, sancionada el 7 de diciembre de 1994

En virtud de dicho acuerdo, nuestro país al igual que los demás países signatarios, se comprometieron a respetar fielmente lo estipulado en el Convenio de París de 1967 y en el de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886 revisado en París 1971 y a proveer, teniendo en cuenta las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales, los medios eficaces y apropiados para hacer respetar los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. En el artículo 10 inciso 1º del ADPIC se contempla específicamente a los programas de computación y a las compilaciones de datos al establecer que los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna y en el inciso 2º que las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales no abarcando los datos o materiales en sí mismos (NAVARRETE 2006).

Asimismo, el artículo 11 del citado acuerdo estipula que con respecto a los programas de ordenador, los miembros conferirán a los autores y sus derechohabientes el derecho de autorizar o

prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras amparadas por el derecho de autor.

En su artículo 27 párrafo 1 atenúa la prohibición de patentar el software al disponer que es posible obtener derechos de patente, los cuales se podrán gozar sin discriminación del campo de la tecnología, incluyendo dentro de la materia patentable, los productos de tecnología como el software

Además es el primer texto jurídico que plasmó la diferencia entre mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificados y mercancías piratas que lesionan el derecho de autor entendiendo por estas últimas cualquier copia hecha sin el consentimiento del titular de derecho o de una persona debidamente autorizada por el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de una copia cuando ella constituye infracción del derecho de autor o de un derecho conexo

Finalmente, en el artículo 41 inciso 1º, se establece la obligación a los países miembros de asegurar que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces y recursos ágiles contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual, prevenir las infracciones y disuadir nuevas. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán proveer salvaguardas contra su abuso

En 1996, en la Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se concluyeron dos Tratados: Tratado de la OMPI de Derecho de Autor, en inglés WIPO Copyright Treaty, (WCT siglas en inglés o TODA en español) y del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, en inglés WIPO Performances and Phonograms Treaty, (siglas en inglés WPPT o TOIEF en español), denominados comúnmente como los Tratados de Internet disponiendo que los programas de computador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica al software, cualquiera que sea su modo o forma de expresión. El objetivo de los Tratados consiste en actualizar y completar los principales tratados de la OMPI sobre el derecho de autor y los derechos conexos: a saber, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, (La Convención de Roma), para adaptarse a los nuevos acontecimientos que se producen en el mercado y a la evolución de las tecnologías. (LIPSZYC 2004) Desde que se aprobaron el Convenio de Berna y la Convención de Roma, o fueron revisados por última vez hace más de 30 años, han surgido nuevos tipos de obras, nuevos mercados y nuevos métodos de utilización y divulgación. Entre otras cosas, tanto el WCT o TODA, como el WPPT o TOIEF intentan dar respuesta a los desafíos que plantean las tecnologías digitales actuales, en particular, la divulgación de material protegido por redes digitales como Internet. Por ello, con frecuencia reciben el nombre de "Tratados Internet". Asimismo, el WPPT o TOIEF ofrece una cobertura geográfica potencialmente más amplia que la Convención de Roma que, hasta la fecha, no ha recibido la adhesión de varios países, muy activos en el ámbito del derecho de autor.

El Programa Digital: La Aplicación de los Tratados de la OMPI de Derecho de Autor (WCT) y del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)” (OMPI 2002) señala que ambos Tratados de Internet fueron aprobados por consenso por más de 100 países, la mayoría de los cuales eran países en desarrollo y entraron en vigor en el año 2002.

Por consiguiente, reflejan un amplio acuerdo internacional acerca del modo en que deben abordarse el derecho de autor y los derechos conexos en el entorno actual, incluido el contexto de las tecnologías digitales. Esto se debe a que, durante el proceso de negociación, se tomaron en consideración las demandas de los países que deseaban obtener derechos más sólidos para los creadores y de aquellos que deseaban obtener mayores beneficios para los usuarios. Las salvaguardias relativas al interés público y la flexibilidad correspondiente a las opciones de política se dejaron a criterio de las legislaciones nacionales. La opinión generalizada es que el resultado final es equilibrado y justo. El WCT o TODA protege las obras literarias y artísticas, tales como los libros, los programas informáticos, la música, la fotografía, la pintura, la escultura y las películas cinematográficas. El WPPT o TOIEF protege los derechos de los productores de fonogramas o grabaciones sonoras (por ej. discos, casetes, discos compactos), así como los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas interpretaciones o ejecuciones se fijan en grabaciones sonoras. Ambos tratados exigen a los países que formulen un marco de derechos básicos que permita a los creadores ejercer un control y/o percibir una remuneración por las distintas formas en que se usan y disfrutan sus creaciones. Pero el factor más importante a principios de este nuevo milenio es la protección adecuada y eficaz que dichos tratados seguirán garantizando a los titulares de esos derechos cuando sus obras se difundan gracias a las nuevas tecnologías y a sistemas de comunicaciones tales como Internet.

Además, los tratados aclaran pues, en primer lugar, que el derecho tradicional de reproducción sigue aplicándose en el entorno digital, también en lo que respecta al almacenamiento de material en formato digital en un medio electrónico.

En segundo lugar, ponen en claro que los titulares de los derechos pueden verificar si los distintos consumidores tienen acceso en línea a sus creaciones y de qué modo, en el momento y lugar que determinen los consumidores, por ejemplo, desde sus domicilios a través de Internet.

Para mantener un equilibrio justo de intereses entre los titulares de los derechos y los consumidores, los tratados especifican además que los países gozan de una gran flexibilidad para fijar excepciones o limitaciones a los derechos en el entorno digital. En determinados casos, los países pueden permitir excepciones para usos considerados de interés público, al igual que para fines educativos y de investigación sin afán lucrativo. (OMPI 2002)

Los dos nuevos tratados constituyen asimismo una innovación al exigir a los países que establezcan no sólo los derechos propiamente dichos, sino también dos tipos de auxiliares tecnológicos para esos derechos que tienen por objeto garantizar a los titulares de derechos el uso eficaz de la tecnología para proteger sus derechos y conceder licencias sobre sus obras en línea. La primera estipulación, conocida como “disposición contra la elusión” aborda el problema de la “piratería”: exige a

los países que prevean una protección jurídica adecuada y recursos eficaces contra la elusión de medidas tecnológicas (como el cifrado) utilizados por los titulares para proteger sus derechos y preservar la copia cuando sus creaciones se difunden por Internet. El segundo tipo de auxiliar tecnológico protege la fiabilidad e integridad del mercado en línea al exigir a los países que prohíban la alteración o supresión deliberada de "información electrónica sobre gestión de derechos", es decir, la información adjunta a todo material protegido disponible en línea que identifica la obra, su creador, artista intérprete o ejecutante, o propietario, y las condiciones de su uso. (FERNÁNDEZ DELPECH 2006) Ambos tratados abordan también otras cuestiones, no exclusivas del entorno digital, como los derechos de distribución y de alquiler, el derecho a percibir remuneraciones por determinadas formas de radiodifusión o comunicación al público. Asimismo introducen la obligación para los países de prever medidas adecuadas y eficaces que permitan a los titulares hacer valer sus derechos contra toda infracción.

### 3.3. Legislación interna

En la Argentina el software encuentra protección específica y propia en el Derecho de autor, conforme a la tendencia mundial y en cumplimiento de lo dispuesto por los Tratados de Internet de la OMPI

Comenzamos, conforme la clasificación de diversos autores (MOISSET DE ESPANÉS, HIRUELA DE FERNÁNDEZ 2002) en una primera etapa, con una protección genérica en la cual no encontramos un texto legal que expresamente refiera al software pero no importó la privación de tutela jurídica a los primeros programas de computación por aplicación de la Ley 11.723 referida a las obras científicas, literarias y artísticas. En esta época, lejos se estaba de contemplar la protección jurídica del software, ya que tales programas no existían. No obstante ello con la revolución de la industria informática, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia local consideró que los programas y las compilaciones de datos, pese a no estar expresamente mencionados en la ley, estaban comprendidos entre las obras protegidas. Por otra parte, la vía de protección del software mediante la Ley de Patentes vigente en esa época, había sido rechazada por la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, quien impidió el patentamiento del software en virtud de las Resoluciones 10/64 y 15/75

Pasamos a una segunda etapa, a partir de 1994, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 165/94 incluyendo al software en la enumeración de obras amparadas por la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, estableciendo también el procedimiento de registro en la Dirección Nacional de Derecho de Autor

La doctrina y la jurisprudencia reconocieron plena validez a esta normativa sólo en cuanto al procedimiento de registración y a la tutela civil del software, empero le negaron todo valor en lo relativo a la tipificación penal, con fundamento en que el Poder Ejecutivo carece de facultades para, por vía reglamentaria, crear nuevos tipos penales, por cuanto el software es una obra intelectual sui generis que requiere de una protección específica.

A partir del fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal en los autos "Autodesk, Inc." que confirmó el sobreseimiento por inexistencia de delito, en un caso de reproducción de un programa de

computación sin autorización del titular del derecho de propiedad intelectual por considerar al artículo 72 de la ley 11.723 como un tipo penal cerrado. Interpretó el tribunal que el Decreto 165/94 no resultaba complementario de la Ley de Propiedad Intelectual y que sólo reglaba instancias administrativas de registración de software o bien afirmaba la protección civil del mismo, por lo que carecía de la capacidad para definir conductas penalmente reprimidas<sup>14</sup>.

Que contra ese pronunciamiento, los querellantes Antonio Millé y Oscar Pellicori en representación de Autodesk Inc, Word Perfect Corporation, Microsoft Corporation y Lotus Development Corporation interpusieron recurso extraordinario cuya denegación dio origen al recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicho Tribunal, el 23 de diciembre de 1997 en los autos "Recurso de hecho deducido por Autodesk Inc. en la causa Pellicori, Oscar y otros s/ denuncia por defraudación" reafirmó la tendencia jurisprudencial anterior al entender que los programas de computación son obras de arte "sui generis", cuya reproducción ilícita lesiona el derecho de propiedad y, por ende, es posible solicitar la reparación en sede civil, pero que dicha conducta escapa al tipo penal previsto en la ley 11.723.<sup>15</sup>

Finalmente, una tercera etapa, la Ley N° 25.036, reformando la ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual en lo que se refiere a derechos de autor sobre programas de computación y bases de datos, viene a introducir en la estructura de nuestra legislación una protección específica para este género de obras que constituyen una novedad legislativa modificando cuatro artículos e incorporando el artículo 55 bis.

Esta nueva normativa, conocida como la Ley del Software, adopta para nuestro país el sistema predominante en los acuerdos internacionales suscriptos por la República Argentina, en cuanto brinda protección al software mediante la legislación de derechos de autor.

En su modificación al artículo 1° que en su actual texto enumera entre las obras protegidas, a los programas de computación fuente y objeto, y las compilaciones de datos o de otros materiales su almacenamiento, procesamiento y recuperación mediante técnicas y sistemas informáticos. Es importante aclarar que si bien un programa fuente puede ser ejecutado por un computador, esto requiere el uso de un software que interprete las instrucciones escritas en el lenguaje superior de computación y las vierta al lenguaje de máquina que pueden manejar los procesadores. Como la operación de interpretación implica un proceso adicional para cada instrucción, resulta más eficiente obtener de una vez para siempre una versión condensada y expresada en lenguaje de máquina que pueda ejecutarse sin intermediarios por el computador. Esto se logra compilando el programa fuente para obtener como resultado el programa objeto, que contiene la misma lista de instrucciones pero expresada en otro código.

<sup>14</sup> Ver Fallo "Autodesk, Inc. (Dres. Antonio Millé y Oscar Pellicori) s/recurso de casación", Cámara Nacional de Casación Penal Sala 1 19/7/95 Suplemento de Informática Jurídica de la revista Jurisprudencia Argentina del 2 de abril de 1997, pág. 56/64.

<sup>15</sup> Para una ampliación del tema y los considerandos de la Corte Suprema ver CS, 23/12/97, "Pellicori, Oscar A y otros s/denuncia por defraudación. Causa N° 34.609 (P-772.XXXI - R.H.)

La última parte del citado artículo 1° fija un límite a la protección estableciendo que abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí, coincidiendo, de esta manera, con lo establecido en el artículo 10, inciso 2° del ADPIC

La modificación del artículo 4, incluye en el inciso e) entre los titulares del derecho de propiedad intelectual a aquellos que se vinculan con un software, expresando que en el caso del autor la tutela se dispone para toda su vida y para los herederos del autor se extiende hasta 70 años a contar del 1° de enero del año siguiente al de la muerte del autor.

A continuación el artículo en comentario establece que son también titulares del Derecho de autor las personas que con permiso del autor, la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan y las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario. Aquí se da un desplazamiento de la titularidad del derecho hacia la empresa pero no de la autoría, que sigue perteneciendo a quien realizó el programa.

Como vemos la ley ha establecido la titularidad a favor de la empresa de los derechos sobre programas producidos por un empleado encargado de elaborar un software siempre que el trabajo haya sido realizado por un dependiente, que el contrato de trabajo incluya entre las obligaciones del cargo la de elaborar, o contribuir a elaborar, programas de computación y que el programa creado haya sido en el desempeño de las funciones laborales del agente, en consecuencia no sería viable si el empleado crea el software en su tiempo libre y con sus propios recursos

En virtud que se trata de una relación contractual, el principio admite estipulación en contrario y finalmente cuando el empresario que realizó el encargo es una persona jurídica, el término de protección de la obra es de 50 años contados desde su publicación.

El autor de las obras goza básicamente dos tipos de derechos inherentes al derecho de autor: el derecho moral y los derechos patrimoniales

Los derechos morales tratan de garantizar el reconocimiento de la paternidad intelectual sobre la obra a su autor concediéndole además un poder exclusivo para decidir sobre el destino que vaya a darse a la obra. Debido al carácter personalísimo de tales derechos se los califica de irrenunciables e inalienables. En virtud de estos derechos el autor puede decidir si su obra es divulgada o no y en qué forma, tiene derecho a elegir si firmar su obra con su nombre o bajo seudónimo o anónimamente también posee el derecho de exigir el reconocimiento de su condición de autor y el respeto a la integridad de su obra. (LIPSZYC 1993)

Los derechos patrimoniales: la autoría de una obra atribuye su creador un derecho económico de explotación exclusiva de la misma salvo renuncia o cesión a terceros. Esto implica que a diferencia de los derechos morales los derechos económicos son negociables y se puede ceder lucrativa o gratuitamente y se puede realizar a través de cuatro tipos de actividades diferentes que dan lugar a otros tantos derechos independientes: reproducción distribución, comunicación pública y transformación

El artículo 3° de la norma en análisis, que incorpora un segundo párrafo al artículo 9° de la ley 11.723, establece un claro límite en lo que se refiere a la reproducción del software señalando que quien haya recibido de los autores o de sus derecho-habientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá producir una única copia de salvaguarda ("back up) de los ejemplares originales del mismo y añade que dicha copia debe estar debidamente identificada, con indicación del licenciado que la realizó y la fecha en que lo hizo. Por último, estipula que la copia de "back up" no puede ser realizada con otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original del programa de computación licenciado si este se pierde o se daña haciendo imposible su utilización.

Por su parte, el artículo 5° de la ley 25.036, modificatorio del artículo 57 de la Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723 establece la obligación para quien quiera lograr la protección que brinda la ley con respecto a los programas de computación de proceder al depósito de los elementos y de los documentos que determine la reglamentación.

Para el caso de obra inédita el registro del software se realizara por trámite personal o por apoderado o representante legal que requiere: un ejemplar de la obra (CD), el documento de identidad, CUIT de la empresa titular de los derechos y completar el formulario. El depósito o registro de obras inéditas tiene validez por 3 años y el ejemplar depositado debe entregarse dentro de un sobre cerrado y lacrado con firma de los autores o titulares. En el caso de obra publicada el registro del software se deberá depositar un ejemplar en sobre abierto y sin firma (CD y documentación técnica) y el pago de una tasa del 2 por mil sobre el precio de venta y la cantidad de obras editadas. La inscripción se realiza en la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) por medio de la Cámara de Empresas de Software y Servicios Informáticos (CESSI).

El certificado de depósito legal es el título que garantiza el ejercicio de los derechos de autor y prohíbe el uso o explotación del software por terceros sin la autorización

Se crea a favor de quien lo realiza las presunciones *iuris tantum* que lo depositado es una obra intelectual, que quien hizo el depósito de la obra es autor de ella, hace recaer la carga de la prueba sobre quien se oponga a los efectos de la inscripción, otorga fecha cierta a la obra y da certeza sobre su existencia.

La falta de inscripción trae como consecuencia la suspensión del derecho del autor hasta el momento en que la efectúe, recuperándose dichos derechos en el momento de la inscripción

Finalmente, el agregado artículo 55 bis dispone que la explotación de la propiedad intelectual sobre los programas de computación incluye, entre otras formas, los contratos de licencia de uso o reproducción, incorporando, de esta manera a las licencias dentro de los contratos autorizados por la ley 11723. Hay diferentes tipos de contratos de licencia que abarcan, desde los más restrictivos como software propietario o privativo hasta los free software o software libre donde se presentan los más arduos debates, sin embargo, su explicación excede este trabajo

La Ley N° 25.922 del 2004, prorrogada por Ley N° 126.692 del 2011 establece el Régimen de Promoción de la Industria del Software, conforme al artículo 4 las actividades comprendidas en el régimen

son la creación, diseño, desarrollo, producción e implementación y puesta a punto de los sistemas de software desarrollados y su documentación técnica asociada, tanto en su aspecto básico como aplicativo, quedando expresamente de dicho régimen la actividad de autodesarrollo del software. Los beneficios que ofrece el régimen son: estabilidad fiscal, reintegro de contribuciones patronales a través de un bono de crédito fiscal, no sujeción a retención o percepción del impuesto al valor agregado y reducción del 60% del impuesto a las ganancias. Se crea un Fondo Fiduciario de Promoción de la Industria del Software (Fonsoft).

Por su parte Ley N° 24.481 y su modificatoria Ley N° 24.572 regula las patentes de invención y modelos de utilidad. Antes de dicha ley, los inventos relacionados con software, comúnmente conocidos en inglés como "computer implemented inventions" CII, no estaban excluidos de la Ley de Patentes N° 111 derogada a fines de 1995. Con la finalidad de fijar su posición respecto de estos inventos, el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INPI) había emitido la Resolución N° 15/75 en la cual explicaba que, si bien la Ley N° 111 no mencionaba a los inventos relacionados con software, los mismos solamente serían patentados si la novedad radicaba en las funciones (el método) o en el aparato, hardware y únicamente si se establecía una clara descripción del hardware involucrado, quedando excluido todo lo relacionado con el programa. El conocido caso "IBM vs. La Nación" de 1984, en el cual la Corte Suprema falló a favor de la patentabilidad de un programa si el mismo se reivindicaba en combinación con una disposición, no modificó sustancialmente el estado de cosas ya que el INPI continuó con su postura restrictiva aun después de noviembre de 1995, año de la promulgación de la nueva Ley de Patentes. Al promulgarse en 1995 la nueva Ley de Patentes N° 24.481, el INPI se encontró con una nueva restricción a la patentabilidad de los inventos del tipo CII, ya que la nueva ley enuncia explícitamente en su artículo 6 que no se considerarán invenciones a los programas de computación. Ante esta limitación el INPI continuó concediendo algunas pocas patentes a disposiciones y métodos asociados con software, aplicando el concepto universal de patentabilidad que se basa en evaluar la aplicación industrial, la novedad y el mérito inventivo.

Varios años después, el 10 de diciembre del 2003, fue publicado por el INPI el documento titulado "Directrices sobre Patentamiento" que pretendió establecer los criterios de patentabilidad de los inventos en general y, en particular, de los inventos relacionados con software pudiendo ser patentado cuando "aporta una solución técnica a un problema técnico", la explicación de los términos "carácter técnico" y "contribución técnica" se lee en la Parte C Capítulo IV al referirse que un programa de computación reivindicado como tal no será patentable independientemente de su contenido. La situación no cambia cuando el programa de computación se carga en una computadora conocida.

A continuación se da a entender en el documento que un objeto reivindicado (es decir, un aparato, una disposición o un método) no será excluido prima facie de patentabilidad si aporta una contribución técnica al arte previo aun cuando intervenga un programa de computación en su implementación, y enumera casos como por ejemplo máquinas controladas por programas, manufactura

controlada por programas, procedimientos de control, programa de trabajo de control interno de una computadora conocida.

El documento también desarrolla el tema de la patentabilidad de los inventos del tipo CII. A partir del Anexo VII de la parte C se deducen que toda reivindicación cuyo objeto sea alguna de las materias o actividades pertenecientes a la lista de exclusiones del artículo 6 de la Ley N° 24.481 debe ser denegada, independientemente de los aparatos o métodos utilizados para obtener la materia o implementar la actividad y que si una reivindicación establece una condición ornamental, puramente económica o financiera, o del ámbito del intelecto artístico será rechazada.

## 5. Conclusiones

La protección jurídica del software es un tema polémico e inacabado tanto en los foros nacionales como internacionales ya que se trata de una tecnología que no se encuadra en los conceptos tradicionales de derecho de autor ni de propiedad intelectual. Tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial se demostró que todavía no se logró una regulación legal efectiva que abarque las innovaciones informáticas actuales y futuras dada la velocidad en los cambios de este tipo de tecnologías. Además la situación se vuelve más compleja debido a que las industrias productoras de software han invertido en recursos económicos y humanos para salvaguardar sus derechos y por la otra parte, el consumidor es un protagonista silencioso, no se lo escucha. La dificultad de la regulación está íntimamente relacionada con la misma tecnología involucrada que es sumamente fácil de reproducir y difícil de traducir en una ley.

Como ventajas de regular el software por el sistema de patentes se puede mencionar que su protección es fuerte, mucho más grande para los desarrolladores de software; ya que impide que otros utilicen lo patentado sin permiso, impiden a otros crear programas de software que lleven a cabo sus funciones, promueve que los empleados puedan desarrollar nuevas ideas, aumentando la valuación de la compañía en inversión, financiación, transacción de fusiones y adquisiciones y protege de modo único la inversión en investigación y desarrollo, pero como desventaja señalamos que la tramitación para la obtención de una patente es larga y costosa, muchas veces se requiere la intervención de un experto, y que ello no corresponde a la velocidad de desarrollo del mercado de software. El obstáculo fundamental que se erige contra la protección del software como un invento patentable radica en que un programa es un conjunto de instrucciones que al no involucrar manipulación de materia, determina que no pueda ser incluido dentro de los avances técnico-industriales que son el objeto central de protección del Régimen de Patentes.

Los argumentos mencionados llevaron a que se plantee la posibilidad de un tercer paradigma para la protección de los programas de computación, una nueva protección *sui generis*, fundamentalmente propuesta por la OMPI materializado en las "Disposiciones Tipo para la Protección del Soporte Lógico" 1978.

Estas disposiciones fueron elaboradas por la Oficina Internacional de dicho organismo luego de efectuar numerosas consultas con expertos gubernamentales y privados de los distintos países que adhirió al proyecto, entre ellos Argentina, y consisten en una serie de normas elaboradas específicamente para lograr una eficaz protección de los derechos intelectuales de los creadores de software. Se busca crear un sistema de protección que difiera de los dos sistemas tradicionales, los que se encuentran destinados no sólo a la protección de los derechos intelectuales de los creadores de programas de computación sino también de las obras científicas, artísticas y literarias (régimen del Derecho de Autor) y de los inventos patentables (Régimen de patentes). Se busca elaborar un régimen propio destinado exclusivamente a brindar resguardo jurídico a los programas a través de una normativa específica que contemple aquellas características propias de los programas y que no se encuentran presentes en las otras obras que son objeto de protección por aquellos sistemas. Estas disposiciones se basan esencialmente en un enfoque propio de la legislación sobre derecho de autor, aceptan como opción la tutela a través de ese derecho contemplando la adecuación de la normativa a las particularidades del soporte lógico. El articulado de las disposiciones tipo no contempla el depósito o registro previo como una condición para la protección, tema que deja librado a la decisión de los países que eventualmente llegaren a inspirarse en el proyecto comentado, pero tendría las ventajas de permitir conocer una manifestación del estado de la técnica en un campo dado, el software, y de aportar al depositante la prueba de la existencia de su creación en una fecha dada y cierta. Pero al lado de ello se hace mención de las dificultades a vencer en cuanto a sistematizar la información sobre los distintos programas confiados a la oficina encargada de los depósitos, y también en lo relativo a producir copias de programas redactados en gran variedad de lenguajes, y para ser alimentados a muy diferentes tipos de máquinas.

Sin embargo, estos proyectos no han recibido hasta la fecha consagración legislativa, constituyen un esquema teórico que no se ha visto plasmado en la realidad por lo cual no se puede todavía analizar su efectividad en la práctica, no obstante no estuvo exenta de críticas ya que constituye una reproducción de gran parte de las normativas ya existentes en las legislaciones nacionales de derecho de autor contribuyendo a la dispersión legislativa

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### I.- Libros

BADENI, G. (2004) *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, La Ley, 2006

BAKELS, R; HUGENHOLTZ, B. (2002) *Patentabilidad de programas de ordenador Debate en torno a la legislación de ámbito europeo en el campo de las patentes de software*. Luxemburgo, Parlamento Europeo Serie Asuntos Jurídicos, 2002

BIDART CAMPOS, G. (1998) *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires, Ediar, 2010

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1995) *Libro Verde. Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1995 COM (95) 382 final

DAVARA RODRÍGUEZ, M (1993) *Manual de Derecho Informático*. España, Thomson Aranzadi, 2008

GARCÍA BARRERA, M. (2011). *Derecho de las Nuevas Tecnologías*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011

LIPSZYC, D. (1993) *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, Zavalía, 1993

NAVARRETE, L (2006). *Derecho ¿de autor? El debate de hoy*. La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2006

OMPI (1980) *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ginebra, OMPI, 1980

RÍOS ESTAVILLO, J. (1997). *Derecho e Informática en México*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997

RODRÍGUEZ HAUSCHILDT, V. (2007) *Derecho Informático*. Buenos Aires, Aplicación Tributaria, 2007

TÉLLEZ VALDEZ, J. (1996). *Derecho Informático*. México McGraw-Hill, 1996

## II.- Revistas

AGUIRRE SORIANO, D (2011). “El Posible Impacto de las Patentes del Software en la Economía Colombiana” En *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, 2011, 6, 5-27

CARRANZA TORRES, M. (2008) “El Accidente Histórico de la Protección Jurídica del Software” En *Jurisprudencia Argentina*, 2008, II, 1178-1189

FERNÁNDEZ DELPECH, H (2006). “Medidas Tecnológicas de Protección de la Propiedad Intelectual en Internet. Los Actos de Elusión. La Protección Jurídica contra la Elusión” En *Congreso MERCOSUR de Derecho Informático*, Córdoba, 2006, 1-20

GAMBA SEGOVIA, R; ESCOBAR MORA, C (2013). “Tecnologías de la Información por medio de la Propiedad Intelectual” En *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, 2013, 9, 5-36

LIPSZYC, D. (2004) “Los Tratados de Internet en la OMPI” En *II Jornadas de Derecho de Autor en el Mundo Editorial*, 2004, 1-25

MOISSET DE ESPANÉS, L; HIRUELA FERNÁNDEZ, M (2002) "Protección Jurídica del Software" En Anuario de Derecho Civil, UCC, 2002, 7, 46-62

OMPI (2002). "El Programa Digital: La Aplicación de los Tratados de la OMPI de Derecho de Autor (WCT) y del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)". En *3º Sesión del Comité Permanente de Cooperación para el Desarrollo en materia de Propiedad Intelectual*, 2002, PCIPD/3/9

PÉREZ GÓMEZ, A (2013). "Hacia una Mundialización de la Explotación de Obras en Línea. Proposición de un Sistema Internacional de Administración Digital de Derechos de Autor" En *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, 2013,10, 5-30

PISANTY BARUCH, A (2007). "La Gobernanza de Internet y los Principios Multistakeholder de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información" En *Revista Mexicana de Política Exterior*, 2007, 79-80, 10-39

### III Jurisprudencia

Cámara Nacional de Casación Penal Sala 1 "Autodesk, Inc. (Dres. Antonio Millé y Oscar Pellicori) s/recurso de casación" 19 de Julio de 1995 Suplemento de Informática Jurídica de la revista Jurisprudencia Argentina del 2/4/ 1997, 56-64.

Corte de Apelaciones, Circuito Federal (Estados Unidos) "State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc." 23 de Julio de 1998 149 F.3d 1368

Corte de Apelaciones, Noveno Circuito (Estados Unidos) "Apple Computer, Inc. v Microsoft Corporation" 35 F.3d 1435; 63 USLW 2259, 1994 Copr.L.Dec. P 27,301, 32 U.S.P.Q.2d 1086

Corte de Apelaciones, Primer Circuito (Estados Unidos) "Lotus Development Corp. v Borland International Inc." 9 de Marzo 1995 49 F. 3d 807, 34 USPQ2d 1014

Corte de Apelaciones, Segundo Circuito (Estados Unidos) "Arrhythmia Research Technology Inc. v. Corazonix Corp" 12 de Marzo de 1992 958 F.2d 1053, 22 USPQ2d 1033 (Fed.Cir.1992)

Corte de Apelaciones, Segundo Circuito (Estados Unidos) "Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc" 22 de Junio de 1992 982 F.2d 693; 119 A.L.R. Fed. 741; 61 USLW 2434, 37 Fed. R. Evid. Serv. 348

Corte de Apelaciones, Tercer Circuito (Estados Unidos). "Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Corp.", 30 de Agosto de 1983 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983); 70 A.L.R.Fed. 153, 219 U.S.P.Q. 113, 1983 Copr.L.Dec. P 25,565.

Corte de Apelaciones, Tercer Circuito (Estados Unidos). "Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc." 4 de Agosto de 1986 797 F.2d 1222; 1240 (3d Cir. 1986); 479 U.S. 1031 (1987)

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) "Pellicori, Oscar A y otros s/denuncia por defraudación". Causa N° 34.609 23 de Diciembre de 1997 (P-772.XXXI - R.H.)

Corte Suprema de los Estados Unidos. "Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks v. Diehr and Lutton" 3 de Marzo de 1981. 450 U.S. 175, 209 USPQ 1.

Oficina Europea de Patentes, Sala de Recursos "Soheir" en T769/92, Boletín Oficial de la OEP 1995

Oficina Europea de Patentes, Sala de Recursos "Vicom/Computer-related inventions", T208/84 [1987] EPOR 74, 79

# UNA SEPARACIÓN: EL DRAMA DEL DIVORCIO MÁS ALLÁ DE FRONTERAS CULTURALES

Análisis socio jurídico de la Película *A separation*

Por Jenner Alonso Tobar Torres y Andrea Catalina Zota Bernal

## RESUMEN

El artículo recoge un análisis socio jurídico, principalmente desde los estudios de género y el derecho colombiano, de las situaciones presentadas en la película iraní *A separation* (2011) del director Asghar Farhadi. Luego de realizar una presentación del filme, se abordan dos temas principales: i) el divorcio sin causa y ii) la coparentalidad vinculada al cuidado compartido de los hijos e hijas. Estos temas resultan fundamentales en cualquier proceso de divorcio, independientemente del lugar en que este se produzca, no obstante el contexto histórico, cultural, socioeconómico y político, marcará enormes diferencias, muy interesantes para el análisis socio jurídico que se propone. Finalmente, el autor y la autora plantearán una serie de interrogantes jurídicos derivados del filme, para el análisis del/a lector/a.

## PALABRAS CLAVES

Cine y derecho, cine y estudios de género, cine iraní, coparentalidad, cuidado compartido, divorcio sin causa

# **A SEPARATION: THE DIVORCE DRAMA BEYOND CULTURAL BORDERS.**

## **Legal analysis of the Movie A separation**

**By Jenner Alonso Tobar Torres y Andrea Catalina Zota Bernal**

### **ABSTRACT**

The paper provides a legal analysis, mainly from the gender studies and the Colombian law, of some situations presented in the Iranian film A separation (2011) directed by Asghar Farhadi. After make a presentation of the film, addresses two main topics: the no-fault divorce and joint parenting and shared care of the children, two fundamental topics in any divorce process regardless of where this occurs. However the historical, cultural, socioeconomic and political context will mark huge differences, very interesting for the legal analysis proposed. Finally, the authors will proceed to raise a series of legal questions derived from the film for analysis of the reader.

### **KEY WORDS**

Film and law, Film and gender studies, Iranian film, joint parenting, shared care, no-fault divorce

# UNA SEPARACIÓN: EL DRAMA DEL DIVORCIO MÁS ALLÁ DE FRONTERAS CULTURALES

## Análisis socio jurídico de la Película *A separation*

Por Jenner Alonso Tobar Torres\* y Andrea Catalina Zota Bernal\*\*

### I. Introducción

Jodaeiye Nader az Simin (título original en persa), *A separation* (en inglés), Nader y Simín Una separación (en España), *La separación* (en México) y *Una Separación* (en Argentina) es una película iraní escrita, producida y dirigida por Asghar Farhadi, cuyo lanzamiento oficial se realizó el 9 de febrero de 2011 en el marco del 29º Festival Internacional de Cine de Fajr<sup>1</sup>, y que desde entonces no ha dejado de recibir buenas críticas y elogios por sus aciertos técnicos, argumentativos y actorales.

La película constituye un ejemplo de cómo con poco se puede hacer bastante, y es el fiel reflejo de que la inversión de recursos en un proyecto cinematográfico no necesariamente augura su éxito o fracaso. Particularmente este film contó con un presupuesto cercano a los 500.000 dólares para su elaboración y las ganancias que obtuvo se estiman en US \$19, 899,055<sup>2</sup>, lo cual la convirtió en un excelente negocio para su director y productor.

Sin embargo, la importancia de esta película está lejos de quedarse exclusivamente en las cifras de rentabilidad. *A Separation* ha recibido grandes elogios y reconocimientos, no en vano fue galardonada con el premio Oscar a mejor película extranjera en 2011, evento en el cual también fue nominada a Mejor Guion Original siendo vencida en esta categoría por el consagrado Woody Allen con *Midnight in Paris*, recibiendo además el Globo de Oro 2011 a Mejor película en lengua no inglesa, el Cesar 2011 a Mejor película extranjera, y siendo galardonada en 2011 con el Oso de Oro en el prestigioso Festival Internacional de Cine de Berlín, esto por mencionar solo algunos de los reconocimientos más importantes que la película recibió.<sup>3</sup>

Consecuente con su modesto presupuesto, la película no contó con locaciones extraordinarias – que atendiendo al guion tampoco requería-. La mayor parte de la película se graba en locaciones naturales,

---

\* Abogado y Magíster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente Universitario e investigador.

\*\* Abogada, estudiante de la Maestría en Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia y del Master en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid; docente e investigadora en el área de metodología de la investigación.

<sup>1</sup> Festival Internacional de Cine que se realiza en el mes de febrero de cada año en Teherán, que reúne las principales propuestas del cine iraní, por lo cual es considerado uno de los más importantes de la región. Puede consultarse su web oficial en <http://www.fajrfilmfestival.com/en/>

<sup>2</sup> Consultado online en <http://www.boxofficemojo.com/movies/default.htm?id=aseparation.htm> (consultado 23 de junio de 2013)

<sup>3</sup> En este sentido puede consultarse <http://www.filmaffinity.com/es/film291694.html>

excepto las escenas en el despacho del juez y en el tribunal, toda vez que -cuenta el director- no se autorizó rodar en un tribunal real y por ello se construyó un decorado en dos escuelas abandonadas.<sup>4</sup>

En cuanto al guion, éste es quizá el mayor acierto de la película. Escrito por Asghar Farhadi, la forma como de manera magistral se expone el drama de los/as protagonistas hace que durante el filme el/a espectador/a inevitablemente se coloque en el lugar de cada uno/a de ellos/as y se cuestione si la actitud tomada por uno/a u otro/a es justificada, de tal forma que se pregunte constantemente ¿Qué haría yo en ese caso?

En la historia no hay buenos/as ni malos/as, simplemente personas con diferentes pretensiones. Ello no impide, y de hecho provoca, que el/a espectador/a durante la película asuma posición en favor de uno/a u otro/a, pero esta es una posición provisional, pues a medida que avanza el filme no será extraño que el parecer del público cambie o se atenúe.

Farhadi ha señalado que la inspiración para su historia no nació de algún evento particular, sino que la idea llegó a su cabeza mientras trabajaba en otro proyecto, a partir de recuerdos de varios momentos de su vida, incluyendo lo que significó tomar el cuidado de su abuelo que sufría de Alzheimer.<sup>5</sup>

Finalmente, vale la pena presentar y resaltar el impecable trabajo de los actores y actrices. La película fue protagonizada por Peyman Moaadi (en el papel de Nader), Leila Hatami (Simin), Shahab Hosseini (Houjat), Sareh Bayat (Razié) y Sarina Farhadi (Termé) y resulta innegable que gran parte del éxito de la película radica justamente en las impecables actuaciones de estos/as cinco actores y actrices, quienes encuentran la manera de exponer de manera simple pero contundente el drama y las tribulaciones que atraviesa cada uno de sus personajes. De hecho, entre los tantos premios que la película recibió, varios de ellos corresponden a sus actores y actrices, destacando los Osos de Plata a mejor interpretación masculina y femenina otorgados al elenco en su conjunto.

Aunque en todos los carteles de la película, y de hecho desde el mismo título, se tiende a hacer creer que la historia gira alrededor de la separación de Nader (Peyman Moaadi) y Simin (Leila Hatami), lo cierto es que durante el desarrollo de la trama se deja en un segundo plano –o de trasfondo- este evento para centrar el hilo argumentativo en el conflicto que surge entre Nader, Houjat (Shahab Hosseini), y Razié (Sareh Bayat).

De este modo, el papel que Simin desarrolla en la historia, si bien no es secundario, es menos visible que el de Nader, Houjat y Razié. Sin embargo, suponemos que esto fue deliberadamente realizado pues es innegable que la calidad actoral de una actriz como Leila Hatami se convierte por si sola en una buena carta de presentación para cualquier cartel publicitario.

<sup>4</sup> Cfr. *Una entrevista con Asghar Farhadi* en <http://naderysiminunaseparacion.blogspot.com/2011/09/una-entrevista-con-asghar-farhadi.html>

<sup>5</sup> *Asghar Farhadi on A Separation Interview*, TimeOut Chicago, enero 25 de 2012. Disponible online en <http://www.timeoutchicago.com/arts-culture/film/15097275/asghar-farhadi-on-a-separation-interview>. Ver además, *A Separation: Interview with the Director Asghar Farhadi* – disponible online en <http://www.emmanuellevy.com/interview/a-separation-interview-with-the-director-asghar-farhadi/#sthash.krq4hrTL.dpuf>

A continuación se realizará una presentación del argumento de la película, recomendando ampliamente a quien aún no la ha visto, que en este punto deje la lectura del texto y conozca la historia a partir de la película, pues de lo contrario perderá la oportunidad de sorprenderse con su bien logrado guion y trama. Por demás, la presentación del argumento no pretende ser exhaustiva y solamente expondrá de manera general la historia, resaltando aspectos fácticos que se tendrán en cuenta para un acápite siguiente donde se presentará al lector algunos análisis socio jurídicos del film.

## II. Argumento de la película

*A Separation*, comienza en un juzgado de familia en donde Simin solicita su pedido de divorcio con Nader. Simin expone que ha obtenido visas para que junto con Nader y Termé (hija de Nader y Simin) puedan salir del país definitivamente, pero Nader ha decidido no viajar pues debe asumir el cuidado de su padre (interpretado por Ali-Asghar Shahbazi), un adulto mayor que padece un estado avanzado de alzheimer.

Por este motivo, y dado el deseo de Simin de salir de Irán para criar en el extranjero a Termé, aquella solicita al Juez conceder el Divorcio. Sin embargo, el juez le cuestiona: ¿le parece que los niños no tienen futuro en nuestro país?, No quiero que mi hija crezca en esta situación y creo tener derecho – responde Samin- ¿En qué situación? ¿Qué será mejor para ella? ¿Tener madre y padre aquí, o vivir sin padre en otro país?

El juez termina concluyendo frente al pedido de divorcio, que ante la inexistencia de una razón que lo amerite (como maltrato o embriaguez) este se debe dar por mutuo acuerdo. Nader señala que si Simin se quiere marchar no se opone, y en este punto surge la pregunta ¿y qué pasa con la hija? El juez se limita a indicar que al tener 11 años, la menor requiere autorización del padre para salir del país, lo cual no está dispuesto a conceder Nader, arguyendo entre otras cosas que Termé se quiere quedar con él.

Esta es la primera escena de *A Separation* que plantea desde su inicio una serie de interrogantes, algunos de los cuales serán retomados en el siguiente acápite.

Luego de la visita al juzgado Simin decide irse a vivir con su padre y su madre, por lo cual Nader debe contratar a una persona que se encargue del cuidado de su padre mientras él está trabajando. En este punto aparece Razié, una mujer que, recomendada por una amiga de Simin, se ofrece a realizar dicho trabajo, siempre acompañada de su pequeña hija de 7 años.

Razié se ve prontamente desbordada por la responsabilidad que ha adquirido, especialmente cuando observa que el adulto mayor que debe cuidar sufre de incontinencia. Razié se muestra reacia a limpiarle, limitándose a conducirlo al baño para que él se cambie. El anciano es incapaz de realizar esta labor, y en este punto Razié llama por teléfono a lo que suponemos es una autoridad religiosa, para preguntar si es pecado que ella desnude y limpie a un hombre estando sola en casa, desde el otro lado del teléfono le responden que es posible que realice la labor, y entonces le limpia. Este hecho devela desde ya el marcado carácter religioso de Razié que será determinante en el desenlace la película.

En una siguiente escena encontramos a Nader y Termé en una estación de gasolina. Termé se baja, llena el tanque, paga y deja propina, pero al regresar al vehículo Nader le pide regresar y reclamar el cambio que dejó como propina pues quien llenó el tanque fue Termé y no el empleado, ella así lo hace y al entregar el cambio a Nader él se lo regala a Termé. El reclamo entonces no es por el dinero en sí, sino por lo que él cree justo, esta escena anticipa a la audiencia el carácter de Nader, que será el mismo que lleve al desenlace de la historia.

Volviendo a casa, se desarrolla una escena que resultará vital para la historia: la maestra de Termé está esperándola y al llegar Termé con su padre, él entra en la cocina y mientras tanto en la sala Raizé dialoga con la maestra, contándole –por un comentario de su hija- que está embarazada. La maestra le da entonces el número de una ginecóloga.

En seguida, Raizé le dice a Nadir que no puede seguir con el trabajo pues por motivos religiosos no está bien que ella tenga que limpiar a un hombre, y posteriormente le recomienda para la labor a su esposo Houjat. Nadir y Houjat hacen un acuerdo, pero en la mañana en que Nadir espera a Houjat para trabajar nuevamente aparece Raizé explicando que Houjat fue preso en razón de sus deudas y que ella realizaría el trabajo.

Al otro día Nader y Termé regresan temprano a casa y encuentran al anciano amarrado a la cama e inconsciente, y Raizé no está en casa. Nader ayuda a su padre, y al poco tiempo llega Raizé con su hija y explica que tuvo que salir de urgencia. Nader muy enojado la saca de la casa, insinuándole previamente que ella había tomado un dinero que él guardaba en casa. Raizé discute con Nader, vuelve a entrar a la casa y Nader la empuja fuera de casa y cierra la puerta.

Lo que el/la espectador/a observa en ese momento es a las vecinas de Nader en la escalera auxiliando a Raizé quien se había caído, cosa que también observa Termé al asomarse a la puerta.

Posteriormente Simin se entera que Raizé tuvo un aborto y le cuenta a Nader. Raizé y Houjat denuncian a Nader acusándolo de provocar el aborto, el juez interroga a las partes y Nader explica el motivo de su proceder, resaltando que nunca tuvo conocimiento del embarazo de Raizé, que ella no cayó en las escaleras como consecuencia del empujón que él le dio a Raizé y que él solo quería sacarla de casa. Lo esencial en el debate es si Nader tenía o no conocimiento del embarazo de Raizé, pues de ser así podría ser condenado por homicidio con uno a tres años de prisión. Raizé señala que lo que más le ofende es que Nader la haya insinuado que le robó dinero.

Nader es encarcelado pero al otro día Simin paga la fianza y Nader sale libre. La maestra de Termé es citada a declarar. Ella cuenta al juez que cuando Raizé le contó de su embarazo Nader no estaba presente pues se encontraba en la cocina y por tanto no había escuchado la conversación.

Vale resaltar que durante toda la película Houjat se muestra como un hombre conflictivo y desesperado, que exige justicia por lo que él cree fue culpa de Nader. Por esta razón en varias ocasiones discute con Nader e incluso vigila a Termé a la salida del colegio y discute con la maestra de Termé en el propio colegio.

Simin cree que Nader si sabía del embarazo de Raizé pues cuando le contó del aborto Nader no se sorprendió, y se la cuenta a su hija Termé, quien le pregunta a su padre si sabía o no, ante lo cual él responde que lo que sucede es que Simin quiere ponerla en su contra.

Por medio de la pequeña hija de Raizé, Nader se entera que la mañana en que Raizé dejó amarrado a su padre, ella fue al médico. Nader recuerda que cuando la maestra hablaba con Raizé en su sala aquella le dio un número de una ginecóloga a Raizé, y por ello le pide a la maestra ese número a fin de buscar a la ginecóloga y verificar otra posible causa del aborto de Raizé, pero ¿si Nader no había escuchado la conversación entre la maestra y Raizé –como Nader sostenía- como era que sabía el detalle del número telefónico y no que Raizé estaba embarazada?

Es entonces cuando Termé descubre que realmente su padre si sabía del embarazo de Raizé, y cuando le pregunta Nader se explica diciendo que si él hubiese reconocido que sabía del embarazo iría a la cárcel. Al otro día la maestra cambia su declaración y señala que Nader si había escuchado la conversación, y cuando el juez cuestiona a Nader, él responde que se enteró del número de la ginecóloga por su hija Termé. Termé es interrogada y se ve obligada a mentir para que su padre no vaya a la cárcel.

Simin, cansada de la situación, busca a Houjat y le propone un arreglo económico. Él deja claro que lo que interesa no es el dinero sino que Nader reconozca su responsabilidad, pero llegan a un acuerdo. Cuando Simin cuenta esto a Nader él se opone a cualquier arreglo pues cree que eso implicaría reconocer una responsabilidad que él no tuvo. Sin embargo posteriormente cambia de opinión y acepta entregar unos cheques como pago.

Posteriormente se muestra a Raizé hablando con Simin. Raizé le confiesa a Simin que la noche anterior a los hechos ella fue golpeada por un auto y que tuvo bastantes dolores, y cree que es posible que esa haya sido la real causa del aborto. Por tanto, al tener dudas sobre la causa del aborto pide a Simin no pagar ningún dinero porque estaría pecando.

Simin no hace caso de la petición de Raizé, y en la siguiente escena se observa en la sala de una casa a Simin, Nader, Houjat y varias personas más que son los vecinos y acreedores de Houjat. El motivo del encuentro es que Nader va entregar los cheques a Houjat, pero antes pide llamar a Raizé y a Termé y en presencia de todos Nader pide a Raizé que jure ante el Corán que él fue responsable del aborto.

Raizé va a la cocina y allí le dice a Houjat que no puede jurar porque no está segura de la causa del aborto, y teme que algo le pase a su hija si peca al hacer un juramento vano. Houjat le pide a Raizé que jure y ante la negativa de ella, Houjat se desespera y sale del lugar furibundo, pues no soporta la humillación ante sus vecinos y acreedores. El dinero no se paga.

En una última escena se muestra a Nader y Simin nuevamente ante el juez de familia, allí Termé expondrá al juez con quien desea quedarse dado el divorcio de sus padres. Termé entre lágrimas dice al juez ya tener decidido con cuál de sus padres quiere vivir, pero no es capaz de manifestarlo. Por esta razón el juez pide a los padres que esperen afuera mientras Termé manifiesta su decisión. La película finaliza mostrando a Nader y Simin en los pasillos del juzgado esperando la decisión de Termé, la cual no es dada a conocer al/a espectador/a.

### III. Análisis socio jurídico de algunas situaciones planteadas en el filme.

Desde su inicio la película plantea interrogantes sociales, jurídicos y morales que no son resueltos durante la trama. En efecto, esta provocadora película nos plantea cuestiones que permiten desarrollar interesantes debates sociales en torno a la dicotomía, diferencias y coincidencias, entre los modelos de vida oriental-occidental; las relaciones de género de la sociedad iraní, representadas en el film y de manera articulada a ello, los derechos de las mujeres y su rol en medio oriente; las relaciones cambiantes y dinámicas de poder; la influencia de la religión en la vida de las personas y la doble moral, entre otras.

¿Qué condiciones llevan a que Simin desee irse de Irán para criar a Termé en el extranjero? ¿Es más deseable y apto para las/os niñas/os el modelo de vida occidental respecto al modelo de vida de un país como Irán? ¿Qué papel desarrollan las mujeres en la vida de los países musulmanes? ¿Realmente las mujeres en medio oriente son pasivas y de manera esencialista, víctimas de imposiciones y discriminaciones o por el contrario desempeñan roles activos y directos tanto en el ámbito público como privado? ¿Hasta qué punto la religión condiciona la autodeterminación y el ejercicio de los derechos por parte de hombres y mujeres creyentes? ¿Cuál es el valor actual del juramento tanto en la sociedad occidental como en el mundo oriental?

Frente a este último interrogante resulta interesante resaltar el amplio valor al juramento religioso de los personajes, al punto que Raizé prefiere incluso dejar de lado el arreglo ofrecido, con las consecuencias económicas y sociales que ello implica, antes que jurar en vano por el Corán. Se nota entonces una amplia interiorización de los preceptos religiosos en la vida de los personajes, siendo la palabra ofrecida en nombre del Corán la más sagrada e inviolable, cosa que en nuestro medio resulta algo extraño, en épocas en que la palabra de una persona ha perdido su valor.

Todos estos son interrogantes que pueden ser discutidos a partir de lo visto en *A Separation*. De hecho su director así lo reconoce; en una entrevista Farhadi señaló: *“No me parece importante que el público conozca mis intenciones. Prefiero que salga de la sala haciéndose preguntas. Creo que, actualmente, el mundo necesita hacerse más preguntas y no tener tantas respuestas. Las respuestas impiden plantear preguntas. Y me esforcé desde el principio en plantear las preguntas. La primera es si un niño o una niña iraní tienen más posibilidades en su país o en el extranjero. No hay una respuesta definitiva. Deseo que la película obligue al espectador a hacerse preguntas como esta.”*<sup>6</sup>

En lo que respecta al plano socio jurídico podemos identificar cuatro situaciones sobre las que se pueden realizar interesantes análisis: i) el proceso de divorcio; ii) la custodia de Termé; iii) el proceso penal de asesinato, como consecuencia de un aborto contra Nader; iv) el proceso penal por abandono contra Raizé, y el valor probatorio y judicial del juramento.

En este escrito nos vamos a detener particularmente en las cuestiones relativas al derecho de familia, haciendo uso de los estudios de género como referente teórico que acompañará la reflexión.

<sup>6</sup> Esta entrevista puede ser consultada en español <http://naderysiminunaseparacion.blogspot.com/2011/09/una-entrevista-con-asghar-farhadi.html>, en inglés se encuentra disponible en <http://www.emmanuellevy.com/interview/a-separation-interview-with-the-director-asghar-farhadi/>

Además, nos limitaremos en los temas de derecho penal a plantear preguntas generales, esperando que sea el/la lector/a quien continúe el desarrollo de los interrogantes propuestos, ampliándolos o formulando nuevas preguntas y respuestas.

### 3.1 El cine, los estudios de género y el derecho

La película *Una Separación* nos permite acercarnos a las representaciones de la sociedad iraní sobre los grupos familiares, el cuidado, la maternidad, los derechos y el acceso a la justicia. A través del film podemos ver como esas representaciones sociales interactúan con las instituciones y figuras jurídicas.

En este escrito abordaremos dichas representaciones sociales, instituciones y figuras jurídicas, desde los estudios de género, por lo que iniciaremos caracterizando estos estudios, así como algunos de sus postulados que resultan relevantes para el análisis socio jurídico del derecho de familia.

Los estudios de género, han postulado el denominado sistema sexo-género, como componente estructural de la sociedad. En dicho sistema, el sexo hace referencia a aquellos aspectos hormonales, genitales y fenotípicos que inscriben diferencias en los cuerpos y los asignan al colectivo de hombres o al de mujeres. Por otro lado, el género alude a las expectativas y roles que la sociedad determina para cada sexo, llenando de contenido, significados y jerarquías las diferencias sexuales.

De esa manera, se inicia la desnaturalización del proceso de división de la especie humana en hombres y mujeres, haciendo énfasis en que lo femenino y lo masculino en una sociedad, es producto de una construcción social.

Así las cosas, el género se plantea como categoría de análisis relacional de la sociedad, pues los estudios de género no son sinónimo de estudios sobre las mujeres o lo femenino en una sociedad. Esta categoría permite indagar sobre las relaciones entre lo femenino y lo masculino, en un contexto histórico, político, económico y cultural, específico (ARANGO, VIVEROS 2011)

En especial, la noción de género permite analizar como los procesos de construcción de lo femenino y lo masculino, generan distribuciones poco equitativas de poder, de los recursos y de los roles, entre hombres y mujeres.

En cuanto al Derecho<sup>7</sup>, los estudios de género, han puesto en evidencia los pilares androcéntricos y misóginos que han sustentado el diseño, la práctica y el estudio del mismo<sup>8</sup>. En especial por la falta de reconocimiento formal y material de derechos, libertades y garantías a las mujeres, constituyéndose en un instrumento que ha legitimado relaciones desiguales de poder en razón del género.

<sup>7</sup> Los estudios de género, han promovido la interdisciplinariedad como estrategia para analizar la realidad, al reconocer que las relaciones entre lo femenino y lo masculino atraviesan todas las esferas sociales y todas las disciplinas que las estudian.

<sup>8</sup> Consultar entre otros: JARAMILLO, I, 2000; LEMAITRE, J 2009; MACKINNON, C. 2006; WEST, R, 2003; BROWN, W, 2003.

No obstante, también se ha reconocido al Derecho como un discurso con potencial transformador de las representaciones de género en la sociedad y como un espacio estratégico para la reivindicación de la equidad entre hombres y mujeres<sup>9</sup>.

Los estudios de género han planteado reflexiones relevantes para el derecho de familia. En primer lugar, han hecho explícita la politización del ámbito privado y la familia, al poner de manifiesto como “*esa forzada esfera doméstica estaba atravesada de relaciones de poder opresivas encubiertas por relaciones de afecto* (MAFIA 2003: 7)

Además, estos estudios han enfatizado que no se puede hablar de “*la familia*” como un único modelo, en cambio proponen la noción de formas familiares<sup>10</sup> como construcciones sociales diversas, dinámicas y contextualizadas, no como unidades estáticas, generalizables y universales<sup>11</sup>.

Otro aporte de los estudios de género para el abordaje de las relaciones entre las/os integrantes de los grupos familiares, es el cuestionamiento a la perspectiva familista<sup>12</sup>, en cambio postula un enfoque diferencial de derechos para abordar las necesidades de los integrantes del grupo familiar.

Por lo anterior, consideramos los estudios de género, permiten analizar desde ángulos novedosos las relaciones sociales presentadas en el film e insertas en figuras jurídicas como la coparentalidad, el divorcio incausado, el aborto y el cuidado de adultos mayores.

### 3.2 El proceso de divorcio. ¿Debería permitirse el divorcio sin causa?

“*Lo que me dice no es razón suficiente para iniciar un trámite de divorcio*”. Esta es la frase con la que inicia *A Separation*, y es la respuesta que el juez da a Simin ante su pedido de divorcio.

Simin desea divorciarse para poder viajar al extranjero, pero si Nader no está de acuerdo con el divorcio no podría romper el vínculo matrimonial que los une. De esto se infiere claramente que el derecho iraní exige, como el derecho colombiano, la existencia de una causal de divorcio (que podría ser el mutuo acuerdo) para finalizar el contrato matrimonial.

En el derecho colombiano el artículo 154 del Código Civil consagra de manera taxativa las causales de divorcio, y el artículo 156 ejusdem señala que solamente podrá pedir el divorcio el/la cónyuge que no ha dado lugar a la causal que se alega. Esto nos lleva a que en situaciones como la de Simin, en la cual ella tiene un plan de vida distinto al de su pareja, el derecho se limite a responder que si no hay una causal de divorcio, no se puede finalizar el contrato matrimonial, salvo por mutuo acuerdo.

<sup>9</sup> Al respecto puede consultarse: ALVIAR, H 2004; CABAL, L 2004; FACIO, A, FRIES, L 1999; WEST, R 2000.

<sup>10</sup> “*el concepto de formas familiares para hacer referencia a una organización que, como sujeto histórico complejo, es receptor de cambios y de determinaciones sociales*” (PUYANA, Y, 2006: 6).

<sup>11</sup> “*La diversidad familiar debe legitimarse enfatizando en la naturaleza social, histórica y multicultural de la organización familiar en contraposición de aquellas imágenes que la condenan a constituirse en una unidad natural, sacramentada, permanente, universal, rígida e ideal*” (CICERCHIA, R, 1999)

<sup>12</sup> Este enfoque exalta el papel de la familia con división sexual del trabajo acentuada (hombres: proveeduría-mujeres: trabajo de cuidado) características patriarcales y sobrecarga de funciones a la familia cuya armonía y unidad debe defenderse por encima del bienestar, los derechos y las necesidades de las y los integrantes de un determinado grupo familiar (PUYANA 2007: 7).

Sobre las causales<sup>13</sup>, algunas de ellas son denominadas objetivas, es decir, que se relacionan con la ruptura de los lazos afectivos que motivan el matrimonio y no implican el incumplimiento de los deberes o culpa de alguno de los cónyuges (en la legislación colombiana sería el caso de los numerales 6,8, y 9 del art. 154 del C.C). Otras causales, por el contrario, implican el incumplimiento de los deberes por parte de algún cónyuge, al/a que se denomina culpable, y cuya gravedad motiva la ruptura del vínculo matrimonial.

Por su naturaleza, el contrato de matrimonio es uno de los que se denomina de tracto sucesivo. Si pensamos en otro contrato de tracto sucesivo, como los contratos de suministro o arrendamiento, observamos que si durante la ejecución del contrato una de las partes decide dar por finalizado el mismo, esto es posible, debiendo la parte que finaliza el contrato indemnizar en lo que corresponda a su contraparte. En el contrato de matrimonio el legislador no permitió tal posibilidad. Si una de las partes quiere finalizar el vínculo pero no se encuentra en alguna de las causales contempladas, deberá continuar desarrollando su papel de cónyuge.

Si partimos de que el matrimonio es un contrato que celebran dos personas con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente<sup>14</sup>, es claro que el consentimiento mutuo es esencial, como en cualquier contrato. Sin embargo, si dicho consentimiento desaparece durante el contrato matrimonial en uno/a de los cónyuges sin estar sujeto a una causal, el solo deseo no es suficiente para finalizar el contrato.

La Corte Constitucional colombiana ha señalado que *“Para la Corte la dignidad humana, el principio del libre desarrollo de la personalidad y la inalienabilidad de los derechos de la persona de los cónyuges, constituyen criterios de interpretación suficientes para afirmar que **no se les puede obligar a mantener el vínculo matrimonial en contra de su voluntad e interés, por las mismas razones por las cuales resulta imposible coaccionarlos para que lo contraigan**, aunadas con el imperativo constitucional de propender por la armonía familiar, necesariamente resquebrajada cuando un conflicto en la pareja conduce a uno de sus integrantes, o a ambos, a invocar su disolución.”*<sup>15</sup>

En este mismo sentido, la Corte ha resaltado: *“Si no es posible coaccionar a las personas para contraer matrimonio, pues por disposición constitucional y legal éste se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de*

<sup>13</sup> En el caso Colombiano el art. 154 del Código Civil señala:

*“ART. 154.—Modificado. L. 1ª/76, art. 4º. Modificado. L. 25/92, art. 6º. Son causales de divorcio:*

- 1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges.*
- 2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.*
- 3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.*
- 4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.*
- 5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.*
- 6. Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.*
- 7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.*
- 8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos (2) años.*
- 9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia”*

<sup>14</sup> Esta definición de matrimonio es nuestra, y deja claro desde ya que para nosotros no es de la esencia del contrato de matrimonio la diferencia de sexos o el deber de procrear. Sin embargo, al no ser este el debate que nos ocupa remitimos al lector al siguiente texto donde en anterior oportunidad planteamos nuestros argumentos al respecto: (TOBAR TORRES 2012: 373-404)

*los contrayentes, tampoco cabe obligarlas a mantener vigente el vínculo en contra de su voluntad, aun cuando una de las finalidades del matrimonio sea precisamente la convivencia. Interpretando el contenido del artículo 42 Superior, el libre consentimiento, consustancial al contrato matrimonial, no solo es exigible en el acto de constitución sino también durante su ejecución material y por el término que dure el matrimonio, por tratarse de un derecho subjetivo radicado en cabeza de cada uno de los esposos y ser una derivación de las garantías fundamentales a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad, a la intimidad y a la personalidad jurídica.”<sup>16</sup>*

Si bien la Corte Constitucional Colombiana ha reiterado que el consentimiento de ambas partes es elemento de existencia y validez del matrimonio, y que por ende no se puede obligar a los cónyuges a continuar unidos aún contra su voluntad, lo cierto es que en Colombia no se puede tramitar un divorcio sin alegar alguna de las causales contempladas para ello.

De este modo, el/la cónyuge que no desea convivir más con su pareja y dar por finalizado su contrato matrimonial debe lograr el consentimiento del/a otro/a cónyuge, o separarse de cuerpos durante al menos dos años, durante los cuales el vínculo matrimonial continuará vigente.

Si es una certeza que el ser humano es motivado en sus acciones por una infinidad de factores, ¿Por qué señalar que el solo deseo de uno/a de los cónyuges no es suficiente para permitir el divorcio?

El divorcio sin causa aparece entonces como una figura que daría respuesta efectiva a situaciones como la de Simin en *A separation*. Esta figura del divorcio sin causa, si bien es extraña en la mayoría de legislaciones, no es mucho menos novedosa y algunos países ya la incorporado o existen proyectos legislativos en ese sentido<sup>17</sup>, no sin la existencia de objeciones a la figura que lo asimilan a la figura bíblica del repudio.<sup>18</sup>

Nos desconocemos que el vínculo del matrimonio es distinto a cualquier otro vínculo contractual, pues se fundamenta sobre principios esenciales a cualquier sociedad como la solidaridad, el afecto, el respeto y apoyo mutuo, los cuales se convierten en verdaderas obligaciones adquiridas por la/el cónyuge al momento de casarse. Tampoco se desconoce que no en pocas ocasiones la decisión unilateral de uno/a de estos de finalizar dicho vínculo podría generar un daño moral al/a otro/a cónyuge cuando éste/a no propició de manera alguna la finalización del matrimonio.

Por eso, sería coherente y justo que, de manera semejante como sucede en el derecho contractual, el/la cónyuge que desee finalizar de manera unilateral el vínculo sin que medie una causal distinta a su voluntad tenga la obligación de indemnizar a su pareja por los perjuicios generados con su decisión, pero dicha indemnización debería surtir en proceso distinto al del divorcio, pues en este último el/la juez

<sup>15</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-660 de 2000.

<sup>16</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-821 de 2005.

<sup>17</sup> El divorcio unilateral o sin causa está consagrado el Código Civil del Distrito Federal de México, Cfr. [http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Divorcio%20sin%20causales%20\(30enero2009\).pdf](http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Divorcio%20sin%20causales%20(30enero2009).pdf), o en el Estado de Yucatán (México), existiendo proyectos en este sentido en Ecuador [http://www.lexis.com.ec/Webtools/Biblioteca\\_Silec/Documents/Lexis/DocsInvestJurid/Proyecto%20Ley%20Divorcio%20Unilateral.pdf](http://www.lexis.com.ec/Webtools/Biblioteca_Silec/Documents/Lexis/DocsInvestJurid/Proyecto%20Ley%20Divorcio%20Unilateral.pdf)

<sup>18</sup> En este sentido vid, CASTAÑEDA RIVAS, M 2012. Disponible online en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr4.pdf>

únicamente debe limitarse a disolver el vínculo contractual.<sup>19</sup> Esto sin perjuicio de la existencia de una eventual compensación económica sin carácter resarcitorio o alimenticio que la ley fije a cargo de quien unilateralmente finalice el matrimonio.

Adicionalmente, se resalta que en el caso de existir hijos/as menores de edad, cualquier proceso de divorcio debe asegurar previamente que se resuelva de fondo todo lo relativo a la custodia, cuidado, alimentación, y demás derechos de estas/os, indicándose claramente las obligaciones del padre y la madre.

De este modo, *A separation* plantea un primer problema jurídico alrededor del divorcio y la no necesidad de causales para el mismo, sobre el cual se han expuesto algunos argumentos.

El segundo problema que analizaremos será justamente el relativo a la custodia y cuidado de los/as hijas/os menores de edad, una vez decidido el divorcio del padre y la madre.

### 3.3 ¿Con quién se queda Termé? Hacia la coparentalidad y cuidado compartido de las hijas e hijos

La última escena de la película nos muestra la difícil situación en la que Termé se encuentra al tener que decidir con si vive con su padre o su madre al ser el divorcio una realidad. Esta es la clásica escena donde niñas/os y jóvenes quedan en medio de padres y madres que van a divorciarse, debiendo elegir uno/a u otro/a, y en los que indefectiblemente se verán lastimados/as por la separación independientemente de a quien se asigne su custodia.

Es común la idea que al darse el divorcio, el cuidado personal del/a niño/a o el/la joven (mal llamada tenencia), debe ser asignado al padre o la madre, correspondiéndole a éste/a la facultad de vigilancia, corrección y sanción, y al/a otro/a el derecho de visitas (en el derecho colombiano ello se puede inferir a partir de lo dispuesto en los artículos 256, 262 y 307 del Código Civil).

La figura de la coparentalidad o cuidado compartido de los/as hijos/as ha venido abriéndose campo en diversos foros judiciales. *“El cuidado compartido de los hijos – en sus múltiples variantes- es un sistema que consiste en el reconocimiento a ambos padres del derecho de tomar decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades, y características personales. Este sistema, por un lado, permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos, aun luego de la ruptura matrimonial. Por otro lado, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desavenencia conyugales.”* (GUIL DOMINGUEZ, FAMA, HERRERA 2001: 453).

<sup>19</sup> El deber de indemnizar y reparar los perjuicios es un principio común en el derecho contractual. Tratándose del matrimonio, el incumplimiento de los deberes de cónyuge puede dar lugar al divorcio, y el cónyuge “culpable” debe reconocer alimentos a quien no dio lugar al incumplimiento. En otro escenario expondremos nuestra posición en contra del llamado divorcio culpable y de la condena de alimentos. Defendemos la postura según la cual todo perjuicio que genere el incumplimiento de los deberes de los cónyuges debe ser indemnizado conforme a las reglas del lucro cesante y daño emergente, incluyendo el daño moral, siendo en todo caso el proceso de divorcio un escenario en que el cónyuge no tenga que demostrar el incumplimiento de su contraparte ni su perjuicio, sino que dicho debate se dé en otro escenario judicial en el cual se solicite la respectiva condena indemnizatoria.

La crianza y educación de los/as hijos/as es un derecho y deber que se encuentra en cabeza de padres y madres, y no por el hecho del divorcio, el desarrollo de las responsabilidades parentales debe variar. Aun divorciados, padres y madres deben participar activamente en las decisiones de crianza de su hija/o, y así mismo el/la niño/a tiene derecho a continuar la relación y fortalecer el vínculo que ha forjado con su padre y madre. No se trata de realizar una división tajante y matemática del tiempo a que se tenga derecho a compartir con las/os hijas/os, es decir pasar 3,5 días con el padre y 3,5 días con la madre, por el contrario, se trata de reconocer tanto a las madres como a los padres la facultad y legitimidad de tomar y concertar las decisiones y distribuir equitativamente los derechos y deberes (GUIL DOMINGUEZ, FAMA, HERRERA 2001: 454).

De ahí que la figura de la coparentalidad o cuidado compartido se haya venido consolidando en diversos foros judiciales a nivel internacional. En México el Código Civil señala el deber de buscar en lo posible el régimen de custodia compartida, en Francia se establece la posibilidad que el domicilio del/a menor de edad sea fijada en forma alternada en el domicilio de su padre y su madre, en España existe una preeminencia del cuidado compartido frente al cuidado unipersonal de los/as hijos/as tanto en la jurisprudencia como en la legislación comunitaria (GUIL DOMINGUEZ, FAMA, HERRERA 2001: 460-468)., incluso recientemente en Chile se promulgó una ley que regula la figura del cuidado compartido en caso de divorcio<sup>20</sup>.

En Argentina la custodia compartida se ha consolidado en la jurisprudencia como regla general. Un famoso fallo en este sentido es el fallo de 5 de diciembre de 2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en donde el Magistrado De Lazzari señaló *“Este supremo interés (el del menor) debe ser atendido y protegido por los progenitores a lo largo de la existencia del menor, entendiendo que las acciones y responsabilidades derivadas de la relación paterno-filial representan mucho más que el simple contacto físico derivado de la convivencia con el mismo. ¿Cualquiera de los padres? ¿el que tiene la guarda o el que no la conserva? puede desplegar una suerte de cuidados, protección y actividades en relación al hijo que no exigen necesariamente la vida en común. En este caso, se abre paso a una idea cardinal: compartir. En su significación implica participar en la vida de relación del hijo, colaborar, apoyar, sugerir e incluso decidir en conjunto ambos progenitores. De tal modo, se aventa el preconcepto existente en torno a que quien no tiene la tenencia de los hijos es un mero supervisor, un tercero ajeno a la relación que vigila si la tarea conferida se lleva a cabo adecuadamente. (...) Es así que, desde el prius de su supremo interés (art. 3 Convención cit.), las partes deben ajustar su cometido ejerciendo de modo efectivo y pleno los deberes que dimanen de su rol parental. Ya no podrá centrarse el eje de la disputa de los padres en la custodia de los hijos, sino en sobrellevar el hecho de la convivencia separada, procurando que las desavenencias del mundo adulto no se traduzcan en situaciones dañosas para la psiquis de quienes son los más desprotegidos.”*<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Al respecto cfr. UNICEF valoró promulgación de Ley que promueve cuidado compartido de los hijos, Disponible online en [http://www.unicef.org/lac/media\\_25668.htm](http://www.unicef.org/lac/media_25668.htm)

<sup>21</sup> Fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (votos de los Dres. De Lazzari, Genoud y Pettigiani), del 5/12/2007, en la causa C. 87.970, "B., G. S. contra M.G., R. A. Incidente de modificación de régimen de visitas", Disponible online en [http://www.apadeshi.org.ar/fallo\\_tenencia\\_comp\\_la\\_plata.htm](http://www.apadeshi.org.ar/fallo_tenencia_comp_la_plata.htm)

Así pues, la custodia compartida y coparentalidad es una figura que fortalece el reconocimiento a ambos progenitores de su función de padre y madre no excluyente y por el contrario llamada a ser conjunta; además protege el interés de las/os menores de edad, al permitirles mantener una relación fluida y permanente con su madre y padre, haciendo menos difícil el proceso de adaptación a la nueva realidad que le impone el divorcio de estos.

La coparentalidad se constituye en una figura que puede promover la redistribución de roles de cuidado, tradicionalmente asignados a las mujeres. Al establecer que el cuidado de hijas e hijos depende de padres y madres, se fortalecen las transformaciones actuales de la paternidad, que impone la participación en el trabajo de cuidado y vínculos cercanos, fuertes y afectuosos con hijas e hijos.

A su vez esta figura facilita un reparto equitativo de los deberes que la maternidad y la paternidad imponen, permitiendo también una conciliación entre familia, trabajo y otras esferas, más fluida.

Por otro lado, en casos como el de Termé, se resalta entonces la necesidad de evitar a niñas/os y adolescentes, una decisión tan difícil como la de elegir entre su madre y su padre, siendo la coparentalidad y cuidado compartido una excelente herramienta para ello.

### 3.4 El aborto de Raizé.

Gran parte de la trama de la película gira en torno al desarrollo del proceso penal contra Nader por el aborto de Raizé, de tal forma que en un análisis socio jurídico de *A separation* es ineludible analizar el transcurso del proceso allí expuesto.

A Nader se le acusa de homicidio. Vale señalar que en el ordenamiento penal colombiano Nader enfrentaría un proceso por el tipo penal de aborto sin consentimiento dispuesto en el artículo 123 del Código Penal, tipo penal que no tiene modalidad culposa.<sup>22</sup> Bajo este tipo penal es indispensable demostrar que el feto estaba vivo al momento de Nader dar el empujón a Raizé, y así mismo es necesario demostrar el dolo de Nader (en alguna de sus modalidades, como dolo eventual, por ejemplo) pues este tipo penal no tiene modalidad culposa en nuestro ordenamiento. De no demostrarse alguno de estos dos elementos, la responsabilidad penal de Nader estaría limitada, si acaso, al delito de lesiones personales.

A través de este proceso por homicidio, la película *A separation* nos abre las puertas a una noción de maternidad como manifestación de las expectativas o roles que se han asignado a las mujeres en razón de su condición biológica y su construcción de género. A través de la ecuación mujer igual madre, se naturalizan e imponen como criterio de identidad y afirmación femenina, la maternidad. En el film vemos como esta idea se encuentra presente y se ha difundido a través de los medios de comunicación, los procesos de socialización, la educación, los grupos familiares y por supuesto los discursos religiosos que además la vinculan a valores como el sacrificio y la abnegación, que permiten a las mujeres llegar a ser

<sup>22</sup> ARTICULO 123. ABORTO SIN CONSENTIMIENTO. < Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses.

buenas madres. En el proceso por asesinato, esta noción de maternidad, acompaña todo el procedimiento y las intervenciones del juez, la víctima –Raizé– y su pareja, éste último la vincula incluso a su honor.

La película nos permite ver como mediante el concepto de vida se humaniza al feto otorgándole los derechos de una persona. Es gracias a esa humanización que el proceso judicial que se adelanta es sobre homicidio y no sobre aborto sin consentimiento. Esto lleva a que la argumentación de la acusación y del juicio intente establecer que las acciones de Nader no tuvieron como consecuencia interrumpir un proceso de gestación si no matar a una persona –no un feto–.

Otro elemento discursivo reiterado en el desarrollo del proceso y de toda la trama de la película, es llenar de carga emotiva los sucesos, al denominar madre del bebe fallecido por las acciones de Nader a la mujer gestante, Raizé, y padre a su pareja (DAILEN 2011). Así las cosas, desde nuestra lectura existen fuertes consideraciones para la defensa de Nader. Algo que se resalta es que la película no muestra en ningún momento que la caída de Raizé en las escaleras haya sido consecuencia directa del empujón que Nader le propinó, existiendo sería duda del motivo de la caída de Raizé, entre otras cosas porque dado el ángulo de la puerta y la forma del empujón es poco probable que Raizé haya caído en la parte de la escalera que cayó.

Asimismo, la confesión de Raizé al señalar que el día anterior había sido golpeada por un auto, que como consecuencia tuvo fuertes dolores toda la noche, y que en la mañana había dejado de sentir el bebé y por eso acudió a una ginecóloga, abandonando al anciano, es otro elemento de defensa para Nader. Sería una prueba muy importante el testimonio de la médica que visitada por Raizé la mañana de los hechos.

Es claro que Nader tenía conocimiento del estado de embarazo de Raizé, pero que no deseaba causar daño alguno a Raizé más que lograr que saliera de su casa, pero dadas estas circunstancias ¿se podría hablar de la presencia de un dolo eventual? ¿Podría pensarse en otro tipo penal que cubra la actuación de Nader? Dejamos la respuesta de esta pregunta a nuestros/as lectores/as penalistas.

### 3.5 Proceso por el abandono al padre de Nader

En lo que respecta a la conducta de Raizé de abandonar al padre de Nader dejándolo amarrado a la cama, Raizé podría ser acusada conforme al ordenamiento colombiano del delito de abandono dispuesto en el artículo 127 y 131 del Código Penal.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> ARTICULO 127. ABANDONO. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que abandone a un menor de doce (12) años o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

<Jurisprudencia Vigencia>

Si la conducta descrita en el inciso anterior se cometiere en lugar despoblado o solitario, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte.

ARTICULO 130. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 41 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Si de las conductas descritas en los artículos anteriores se siguiere para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte.

Si el abandono se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro se constituirá la tentativa de homicidio y si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103 de la presente ley.

Acá es importante resaltar que a diferencia de lo que se plantea en el filme sobre la trascendencia de que existan lesiones en el abandonado para que proceda la acción penal, en el ordenamiento colombiano la existencia de lesiones como resultado del abandono es un agravante, de tal forma que si no hay lesiones, en todo caso procederá el tipo penal.

Ahora bien la pregunta que nos surge es ¿tenía Raizé el deber legal de cuidar al padre de Nader? Y en este sentido tendríamos que cuestionarnos ¿de conformidad con el numeral 1 del artículo 25 del Código Penal Colombiano, Raizé estaba en posición de garante respecto al adulto mayor? Creemos que dado el compromiso que Raizé adquirió voluntariamente para cuidar al padre de Nader, Raizé se encontraba en posición de garante frente al anciano y por ende tenía el deber legal de velar por él.

Ahora bien, toda vez que el abandono se produjo ante la alarma de Raizé por no sentir a su bebé en el vientre ¿podríamos considerar que Raizé se encuentra cubierta por una causal de ausencia de responsabilidad como la contenida en el numeral 7 del art 32 del Código Penal?<sup>24</sup>

En principio, no se le podía exigir a Raizé que ante el dolor que padecía en su vientre y el peligro para su salud en general y la continuidad de su embarazo en particular, permaneciera en casa de Nader cuidando a su padre, sin acudir a atención médica. Al visitar de urgencia a la médica ginecóloga, abandonando al anciano, Raizé estaba intentando proteger su derecho a la salud y el derecho a la vida del *nasciturus*.

Sin embargo, ¿podría catalogarse como imprudencia de Raizé que al mantener dolores toda la noche anterior como consecuencia del golpe que recibió, haya optado por ir a trabajar a casa de Nader y no dirigirse los servicios médicos en primera instancia? de ser ello una imprudencia, ¿podría decirse que el dolor que motivó a Raizé abandonar al anciano fue causado por su imprudencia? ¿Se mantendría incólume ante ello la causal eximente de responsabilidad? Nuevamente estas son preguntas que esperamos que aquellos amantes del derecho penal nos ayuden a resolver.

### 3.6 Colofón

Tomando como base de análisis la trama de una excelente película como *A separation* se han realizado una serie de consideraciones en torno a la institución del matrimonio, el divorcio, la custodia y cuidado de hijas e hijos, en menor medida se han planteado una serie de interrogantes en torno a las cuestiones penales observadas por nosotros.

Esto no quiere decir que en estos temas se agote la trama de la película, simplemente se han dado una muestra de cómo a partir de una buena historia el derecho puede emerger en diversas facetas y campos.

<sup>24</sup> ARTICULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando (...)

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

La invitación es entonces a que el/la lector/a realice su propio análisis de *A separation* no solo desde la perspectiva jurídica, sino desde una óptica social y política e incluso desde su propio campo de conocimiento. En un plano más amplio, se invita a incorporar el cine y la literatura como verdaderos vehículos repletos de contenidos y situaciones aptas para ser aprovechadas en el análisis jurídico y sociológico a partir de un enfoque interdisciplinar, tan necesario hoy por hoy en el estudio y aprendizaje del derecho.

Herramientas como la literatura y el cine son excelentes marcos para identificar relaciones con el derecho que, según el marco de estudio adoptado, resaltarán elementos jurídicos en el contexto social que fue escrita la obra, en la historia misma que desarrolla, o puede la obra ser utilizada para ejemplificar problemas jurídicos y proponer soluciones a los mismos, sea de manera diacrónica o sincrónica. En este sentido, el cine y la literatura son excelentes escenarios para abogadas y abogados, e investigadoras/es jurídicos, principalmente para quienes se dedican al estudio de la filosofía e historia del derecho.<sup>25</sup>

### Bibliografía

ALVIAR, H, (2004). "Crítica feminista al derecho." En *Género, Justicia y Derecho*. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2004.

CABAL, L (2004). "Algunas reflexiones sobre cuerpo y derecho". En *Género, Justicia y Derecho*. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2004.

ARANGO, L, VIVEROS, M. (2011). *El género: una categoría útil para las ciencias sociales*. Bogotá, Universidad nacional de Colombia, 2011.

BOTERO BERNAL, A. (2009). "El Quijote y el Derecho: Las relaciones entre la disciplina jurídica y la obra literaria". En *Revista Jurídica: Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, 2009, No. 20, 2009.

BROWN, W, WILLIAMS, P, (2003). *La crítica de los derechos*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores. 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-660 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-821 de 2005.

CASTAÑEDA RIVAS, M. (2012). "El divorcio sin causa rompe la organización de la familia y desprotege a sus miembros". En *Revista de Derecho Privado, Universidad Autónoma de México*, 2012, Edición especial.

CICERCHIA, R, (1999). Alianzas, Redes y estrategias: el encanto y la crisis de las formas familiares" En: *Revista Nómadas* No. 11. 1999 Universidad Central. Bogotá.

<sup>25</sup> En este sentido Cfr. BOTERO BERNAL 2009: 37-65

DALEN, A, (2011). *El aborto en Colombia. Cambios legales y transformaciones sociales*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.

FACIO, A, FRIES, L (1999). *Género y Derecho*. Santiago de Chile, Ed. La Morada/Lom/American University, 1999.

GIL DOMINGUEZ, A, FAMA, M, HERRERA, M. (2011). *Matrimonio Igualitario y derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2011.

JARAMILLO, I, (2000). "La crítica feminista al derecho". En: *Género y Teoría del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.

LEMAITRE, J (2009). *El derecho como conjuro, Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del Hombre Editores. 2009

MAC KINNON, C. (2006). "Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría del derecho feminista". En M. García, I. C. Jaramillo, & E. Restrepo, *Crítica Jurídica, Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos* (págs. 193-221). Bogotá, Ediciones Uniandes y Universidad Nacional de Colombia, 2006.

MAFIA, D, 2003. "Participación política de la mujer". Conferencia dictada Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

PUYANA, Y, (2006) *Familias, cambios y estrategias*, Ed Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2006.

TOBAR TORRES, J. (2012) "El matrimonio igualitario en Colombia. El camino de la sociedad colombiana hacia el reconocimiento pleno de los derechos de las parejas del mismo sexo". En *Derecho de Familia: revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2012, Abeledo Perrot, Mayo, Vol. 54.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (votos de los Dres. De Lázzari, Genoud y Pettigiani), del 5/12/2007, en la causa C. 87.970, "B., G. S. contra M.G., R. A. Incidente de modificación de régimen de visitas

WEST, R, (2003), *Género y Teoría del Derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.

#### Sitios web consultados

<http://www.fajrfilmfestival.com/en/>

<http://www.boxofficemojo.com/movies/default.htm?id=aseparation.htm>

<http://www.filmaffinity.com/es/film291694.html>

<http://naderysiminunaseparacion.blogspot.com/2011/09/una-entrevista-con-asghar-farhadi.html>

<http://www.timeoutchicago.com/arts-culture/film/15097275/asghar-farhadi-on-a-separation-interview>.

<http://www.emmanuellevy.com/interview/a-separation-interview-with-the-director-asghar-farhadi/#sthash.krq4hrTL.dpuf>

<http://nadersiminunaseparacion.blogspot.com/2011/09/una-entrevista-con-asghar-farhadi.html>

<http://www.emmanuellevy.com/interview/a-separation-interview-with-the-director-asghar-farhadi/>

[http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Divorcio%20sin%20causales%20\(30enero2009\).pdf](http://stj.col.gob.mx/STJ/material%20conferencias/2009/Divorcio%20sin%20causales%20(30enero2009).pdf)

[http://www.lexis.com.ec/Webtools/Biblioteca\\_Silec/Documentos/Lexis/DocsInvestJurid/Proyecto%20Ley%20Divorcio%20Unilateral.pdf](http://www.lexis.com.ec/Webtools/Biblioteca_Silec/Documentos/Lexis/DocsInvestJurid/Proyecto%20Ley%20Divorcio%20Unilateral.pdf).

[http://www.unicef.org/lac/media\\_25668.htm](http://www.unicef.org/lac/media_25668.htm)

[http://www.apadeshi.org.ar/fallo\\_tenencia\\_comp\\_la\\_plata.htm](http://www.apadeshi.org.ar/fallo_tenencia_comp_la_plata.htm)

# RELECTURAS POLÍTICAS DE LA LEGALIDAD EN EL MARCO REGIONAL

Por Nora Wolfzun

## RESUMEN

Este trabajo propone un rastreo exploratorio en los niveles cognitivos gestados en ocasión de los debates parlamentarios acerca de la emergencia e institucionalización del MERCOSUR. En el marco de las posibles articulaciones entre derecho y política, se trata de reflexionar en torno al impacto (transformador, continuista) del proceso mercosureño en la dimensión semántica de las categorías de nación y de integración. Detectar cuáles son los usos nativos de ambos términos en los discursos parlamentarios de cada uno de los países miembros (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) constituye un intento de hacer explícitas ciertas conexiones entre el nivel de las prácticas discursivas nacionales y la acción regional, siendo que ésta es inseparable de los niveles simbólicos y cognitivos que la engendran.

La hipótesis que motiva este trabajo sostiene que los escollos con que se enfrenta la región MERCOSUR, además de los estrictamente económicos o comerciales, provienen de trabas o disensos no explicitados que se alojan en el nivel discursivo de sus operadores. Captar las creencias, valores e intereses que subyacen a la letra del derecho formal mercosureño mejoraría la comprensión de sus estrategias, al mismo tiempo que acentúa el hecho de que los periplos regionales no son anónimos ni autosuficientes en su racionalidad económica, sino que se insertan en estructuras ideológico-políticas y jurídicas que los enmarcan y completan su sentido.

## PALABRAS CLAVES

Estado-nación, integración, Mercosur, discurso, narración

# POLITICAL RE-READINGS OF THE LEGALITY IN THE REGIONAL FRAMEWORK

By Nora Wolfzum

## ABSTRACT

This paper proposes an exploratory work tracking cognitive levels of parliamentary debates on occasion of the legal emergence and institutionalization of MERCOSUR. In the framework of possible articulations between law and politics, we propose to reflect on the impact (transformation, continuity) of the process 'MERCOSUR' in the semantic dimension of nation and integration categories. The task of underlining the native uses of both terms in the speeches of parliamentarians from Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay is an attempt to make explicit certain connections between the level of national discourse practices and regional action, being that action is inseparable from the symbolic and cognitive levels that engender it.

The hypothesis that motivates this work affirms that the pitfalls facing MERCOSUR region, besides the strictly economic or commercial ones, come from the obstacles that are hosted on the discursive level of its operators. A better comprehension of the beliefs, values and interests that underlie MERCOSUR's formal law would improve our understanding of its regional strategies, at the same time that emphasizes the fact that regional integration is not an anonymous process nor self-sufficient in its economic rationality, but is inserted into ideological, political and legal structures that frame it and complete its meaning.

## KEY WORDS

Nation-state, integration, MERCOSUR, discourse, narration

# RELECTURAS POLÍTICAS DE LA LEGALIDAD EN EL MARCO REGIONAL

Por Nora Wolfzum\*

## El derecho entre la nación y la región

Una obra no transmite ninguna clase de información, aunque la contenga; abre a la experiencia de un mundo. Antoine Berman, La traducción y la letra o el albergue de lo lejano

Las creencias poseen la cualidad performativa de generar y motorizar acciones humanas. En una interdependencia tan fructífera como misteriosa con el nivel imaginario, nuestro mundo de creencias cristaliza algunas de nuestras ideas e imágenes a través de las redes del lenguaje. Las palabras fijan las imágenes y en este sentido, la literalidad es salvadora de imágenes en fuga. Las creencias integran el archivo intersubjetivo con el que ordenamos, clasificamos y rotulamos la realidad social, para tornarla inteligible.

Este trabajo propone un rastreo exploratorio en los niveles imaginarios y cognitivos gestados en ocasión de los debates parlamentarios en torno al derecho regional, específicamente referido a la emergencia e institucionalización del MERCOSUR<sup>1</sup>. En el marco de las posibles articulaciones entre derecho y política, se trata de reflexionar acerca del impacto transformador del proceso mercosureño en la dimensión semántica de las categorías de *nación* y de *integración*. Detectar cuáles son los usos nativos de ambos términos en los discursos parlamentarios de cada uno de los países miembros (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) constituye un intento de hacer explícitas ciertas conexiones significativas entre el nivel de las prácticas discursivas nacionales y las acciones políticas y económicas regionales, siendo que éstas son inseparables de los niveles simbólicos y cognitivos que las engendran.

---

\* Abogada. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Maestra en Ciencia Política. Universidad Nacional de General San Martín. Tesis aprobada (1998). Doctoranda UBA. Profesora Adjunta de Teoría General de Derecho. Integrante de equipos de investigación de Proyectos UBACyT. Autora y coautora de trabajos de su especialidad.

<sup>1</sup> El esqueleto jurídico-normativo del MERCOSUR está constituido por lo que denominamos derecho originario: el Tratado de Asunción (26/3/1991) define los criterios generales de integración; el Protocolo de Brasilia (17/12/1991) plantea un mecanismo para la resolución de controversias, con un sistema de arbitraje ad hoc como instancia máxima; el Protocolo de Ouro Preto (17/12/1994) establece los cuerpos definitivos del MERCOSUR, transformándolo en sujeto de derecho internacional. Existe, además, el derecho derivado, integrado por las decisiones del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo Mercado Común y las directivas de la Comisión de Comercio, órganos institucionalizados por la región en el Protocolo de Ouro Preto.

La hipótesis que motiva este trabajo sostiene que los escollos con que se enfrenta la región MERCOSUR, además de los estrictamente económicos o comerciales, provienen de trabas o disensos no explicitados que se alojan en el nivel discursivo de sus operadores (específicamente sus cúpulas). Dichas opacidades, contradicciones y ambigüedades condicionan la inteligibilidad de sus propuestas y estrategias e impregnan de dificultades el accionar regional<sup>2</sup>. Dicho de otra manera: captar la intencionalidad, motivaciones, creencias, valores e intereses que subyacen a la letra del derecho formal, mejoraría la comprensión de los sentidos diversos que se generan en los nuevos espacios regionales, al mismo tiempo que acentúa el hecho de que los periplos regionales no son anónimos ni autosuficientes en su racionalidad económica, sino que se insertan en estructuras ideológico-políticas y jurídicas que los enmarcan y completan su sentido<sup>3</sup>.

### **Mercosur: ¿discurso de la hermandad?**

En las márgenes de la modernidad, en los extremos insuperables de la narración, encontramos la cuestión de la diferencia cultural como la perplejidad de vivir y escribir la nación. Homi Bhabha, *Diseminación*.

El MERCOSUR emerge en marzo de 1991 como proceso político-económico de corte integrador, liderado por las cúpulas gubernamentales de sus cuatro estados miembros. Este nuevo bloque regional (al igual que Nafta, Alca, Unión Europea) se inserta en el cruce de dos tendencias antagónicas que disputan el

---

<sup>2</sup> Este trabajo propone, como campo de relevancia, el análisis discursivo de los debates parlamentarios fundacionales (1985-1994) de los cuatro países miembros, y su posterior contraste con discursos cupulares (presidentes y cancilleres, entre 2001 y 2005) en torno a los tratados, protocolos, actas y Cumbres que precedieron, crearon y organizaron el MERCOSUR. El soporte material utilizado para el desarrollo de la investigación es el siguiente: a) debates parlamentarios argentinos del Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo con la República Federativa del Brasil, del 29/11/88, debatido en agosto de 1989, y del Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, del 26/3/1991 (Tratado de Asunción), debatido en julio del mismo año; b) debates parlamentarios uruguayos sobre el Tratado de Asunción, de mayo y julio de 1991; c) debates parlamentarios brasileños sobre: el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo entre Argentina y Brasil, debatido en agosto de 1989 en ambas cámaras; el Tratado de Asunción, debatido entre abril y septiembre de 1991; el Tratado para el establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales brasileño-argentinas, firmado en julio de 1991 y debatido en octubre del mismo año; el Protocolo de Ouro Preto, protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur, firmado en diciembre de 1994 y discutido en mayo de 1995; d) debates parlamentarios paraguayos sobre el Tratado de Asunción discutido en el mes de mayo en ambas cámaras y el Protocolo de Ouro Preto, debatido al año siguiente; e) entrevistas y discursos de presidentes y cancilleres en Cumbres de Jefes de Estado, entre 2001 y 2005.

<sup>3</sup> De Sierra (2001: 42) describe al menos dos hechos "duros" que ayudan a sostener el enfoque predominantemente economicista de este fenómeno multidimensional: por un lado, el peso estratégico de los procesos económicos, así como la mayor disponibilidad de información pública y privada sobre lo económico y comercial; por otro lado, la gran capacidad de lobby comunicacional de los actores económicos y técnico-económicos, que en su gran mayoría son instancias gubernamentales o grandes grupos empresariales. Más allá de su finalidad económica avaluada por "hechos duros" incuestionables, el MERCOSUR es para el autor una verdadera revolución geopolítica para la región, con fuertes compromisos políticos, sociales y culturales.

protagonismo de la nueva escena mundial: una tendencia de gran escala hacia la transnacionalización (peligros ambientales, armamentismo, comunicaciones, intereses económicos, etc.) y un resurgimiento y revitalización de raíces culturales, étnicas, históricas, a escala local<sup>4</sup>. Estos movimientos centrípetos y centrífugos plantean importantes desafíos a la idea clásica de estado-nación soberano y las dos ficciones modernas que lo abonan: el contrato social y el sujeto de derecho. Y es en este sentido que las primeras interrogaciones en esta etapa de gestación regional son del siguiente tenor: ¿qué ficciones se crean, recrean, modifican o extinguen, por ejemplo, cuando el estado-nación confronta hoy con un nivel supra-nacional con el cual negociar sentidos? ¿Cómo imbrican las unidades estado-nación en el nuevo proceso de integración regional? ¿Intactas, modificadas, y en este último caso, qué modifican?

En el marco de las respuestas tentativas a estos interrogantes, las cúpulas gubernamentales ocupan una posición estratégica como voceras privilegiadas del nuevo bloque regional. Ellas responden a una lógica bifronte, en la medida en que ésta enlaza permanentemente lo nacional con lo supranacional, lo local con lo regional. En las negociaciones de sentido que las cúpulas despliegan alrededor de la factura de un tratado, protocolo, reglamento o acta, se van resignificando conceptos como *nación, región, integración, fronteras*, al ritmo de los nuevos desafíos que la integración regional plantea.

A partir de 1985, Argentina y Brasil deciden desmontar sus hipótesis de conflicto para rearmar un nuevo escenario en un clima de restauración democrática más propicio para el diálogo y el acuerdo<sup>5</sup>. Invitados Uruguay y Paraguay a participar de este nuevo proceso, se cristaliza finalmente la voluntad

---

<sup>4</sup> A fines de los cincuenta, sobreviene en América Latina un período marcado por el impulso hacia la modernización de los países en vías de desarrollo. En el marco de la dialéctica desarrollo-subdesarrollo, surge en 1960 la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) que propone un sistema generalizado de comercio intrarregional. La falta de un liderazgo fuerte, una cultura de la desconfianza, antiguas rivalidades, insuficiencia de recursos, asimetrías socioeconómicas, negligencia en la integración de aspectos extraeconómicos, son algunos de los factores que condicionan su fracaso (Abinzano, 1993: 40-41). La ALALC se extingue dando paso a la creación del Área Latinoamericana de Integración (ALADI). Es creada en 1981 en Montevideo, con la idea de formar un mercado común latinoamericano gradual y progresivo, sin plazos fijos ni compromisos cuantitativos más allá de los que se fueron fijando tanto en acuerdos bilaterales (ahora permitidos) como en mecanismos de alcance regional. Es el encuadre normativo de ALADI el que da lugar al actual proceso de integración. Efectivamente, la posibilidad de acuerdos de distintas características (de alcance parcial y regional) permite la firma de tratados como el de Argentina y Brasil de 1990, el antecedente más significativo del MERCOSUR. Hasta mediados de los ochenta, los países que fundarían el MERCOSUR no dan ningún paso significativo hacia el estrechamiento de algún contacto físico o comercial entre ellos, más volcados hacia los centros mundiales de mayor desarrollo. Sin embargo, a mediados de los ochenta un conjunto de factores va cambiando de rumbo dicho aislamiento y distancia. Entre ellos, las nuevas condiciones políticas son medulares para el comienzo del periplo integrador. Los cuatro países viven su transición hacia la democracia y por lo tanto, la región constituye una garantía para evitar recaídas autoritarias y retomar la capacidad de desmontar viejos conflictos intra e inter-nación (Schvarser, 2001: 24).

<sup>5</sup> La relación Argentina-Brasil se inicia con la Declaración de Iguazú de noviembre de 1985 entre los presidentes Sarney y Alfonsín y va complementándose con diversos acuerdos orientados hacia la integración, entre ellos el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo de 1988 (acuerdo bilateral de alcance parcial en el marco de ALADI); el Acta de Buenos Aires de 1990 que adapta los objetivos de dicho tratado a las políticas de apertura económica tomadas por ambos países; el acuerdo conocido como ACE 14, que constituye el instrumento de los anteriores y enriquece su procedimiento. Entre sus medidas, el establecimiento de 10 subgrupos técnicos para la coordinación y armonización de las políticas macroeconómicas y sectoriales permite a Uruguay y Paraguay participar en ellos a través de sus representantes.

integradora de los cuatro presidentes en la firma del Tratado de Asunción. Es decir que en un primer momento, el MERCOSUR es un proyecto de ejecutivos que da forma a un 'discurso de hermandad'.

*"Ampliar las actuales dimensiones de los mercados nacionales"; "acelerar los procesos de desarrollo económico"; "avanzar en una integración latinoamericana más amplia"... "reafirmando una unión cada vez más estrecha entre los pueblos"; "promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes"; "mejorar las condiciones de vida de sus habitantes"; ser una "respuesta adecuada" a "los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos":* éstas son algunas de las ideas centrales de la letra formal del derecho mercosureño, vertidas en los considerandos del Tratado de Asunción.

Para formar parte del ordenamiento jurídico nacional de cada país, el tratado debe ser ratificado por los parlamentos respectivos, es decir, debe ser internalizado. Su ratificación por el congreso significa un debate del tratado en su conjunto y de cada una de sus cláusulas, proceso argumentativo que puede leerse de dos maneras. Por un lado, se trata de un mero formalismo, ya que podrá ser discutido pero no alterado en su contenido (González-Oldekop, 1997: 226). Una lectura temática y literal de los debates legislativos alrededor del derecho mercosureño probablemente dé cuenta del discurso formal acerca de la hermandad de los pueblos, de una historia latinoamericana común, de miras compartidas en el pasado y presente, de las ventajas de la integración en el marco de una vecindad geográfica natural. Por otro lado, los debates parlamentarios en torno a la normativa mercosureña pueden abordarse discursivamente. El análisis crítico del discurso pone la mira en un inter-juego argumentativo que nos permite escapar de la literalidad o del mero rastreo de la tópica para poder indagar en la diversidad de las creencias, intereses, estrategias, valores, que constituyen la otra cara de la literalidad, lo que Koselleck (1997: 79) llama 'el indispensable secreto de lo público'.

"Por análisis "crítico" del discurso, entendemos un análisis que apunta a explorar de un modo sistemático, las relaciones...entre a) acontecimientos, textos y prácticas discursivas y b) estructuras, relaciones y procesos sociales y culturales más amplios; "... a explorar de qué manera la opacidad de esas relaciones entre el discurso y la sociedad es, en sí misma, un factor que asegura el poder y la hegemonía" (van Dijk, 2000: 266). En palabras de Eliseo Verón, el discurso registra las "huellas" (valorativas, ideológicas, culturales) que las condiciones sociales de su producción dejan en su textualidad. La lectura de las huellas discursivas representa lo que el autor llama la "gramática" de los procesos de producción de sentido. "Analizando los productos, apuntamos a procesos" dice el autor (2007:124). El contexto se inscribe en el texto, pasa a ser un dato interior del mismo, mostrándonos en qué medida el contexto suministra recursos para la producción del tipo de significado que ese discurso nos proporciona<sup>6</sup>.

<sup>6</sup>Desde otro lugar pero en la misma idea, Paul Ricoeur (1999: 31) marca la importancia del contexto para "tamizar la polisemia de nuestras palabras y reducir la pluralidad de posibles interpretaciones". Esta función tamizadora del contexto se corresponde, en términos de Umberto Eco, con la posibilidad de tener algunas lecturas posibles de un texto pero no todas, combatiendo la idea de una semiosis ilimitada a partir de la incidencia del condicionamiento contextual. Según este autor: "Decidir de qué se está hablando es una especie de apuesta interpretativa. Pero el contexto nos permite hacer esta apuesta de manera menos aleatoria que una apuesta sobre el rojo o el negro en la ruleta" (Eco, 2002: 75).

Este abordaje nos permite, por un lado, hacer un punteo temático, es decir, el 'qué' se debate. La categoría del 'enunciado' posibilita el relevo de las temáticas discutidas en cada parlamento, lo que Van Dijk llama el macronivel del sentido del discurso, que define su unidad global (2000: 33). En cambio, la categoría discursiva de la 'enunciación' permite identificar al enunciador, su propuesta y su destinatario. Categoría medular para el análisis del discurso, la 'enunciación' da cuenta de la relación del orador con lo que dice, relación que no sólo expone una determinada propuesta o estrategia, sino que a través de la misma el enunciador diseña el lugar desde donde enuncia, moldeando su propia imagen y también la de su destinatario -positivo o negativo, genérico o específico- según los casos (Verón, 1986: 20). Es decir, pone en foco el qué, cómo, quién y a quién se dice lo que se dice<sup>7</sup>.

Captar el inter-juego discursivo nos permite observar las relaciones entre enunciadores y destinatarios, detectar los núcleos duros y las distancias que construyen en sus negociaciones de sentido, negociaciones que dan cuenta de diversas configuraciones imaginarias, simbólicas y cognitivas de la realidad mercosureña. La acción social emergería, entonces, de este marco significativo con el cual está inexorablemente co-implicada. Tal vez exista cierta ingenuidad en pensar que la acción pueda desligarse de los mecanismos imaginarios y simbólicos que la invisten de sentido.

La segunda tarea metodológica de este abordaje consiste en 'narrativizar', esto es, construir lo que llamamos 'relatos de la nación'. Los relatos son construcciones de segundo grado (Schutz, 1995: 80) elaboradas con el material (creencias, valores, estrategias, intereses, imágenes) obtenido en los debates parlamentarios.

La hermenéutica moderna a través de Paul Ricœur, uno de sus representantes más conspicuos, nos aporta valiosas categorías para legitimar nuestra herramienta metodológica. Para Ricœur, la cualidad común de la experiencia humana plasmada en el acto de relatar es su carácter temporal (2001: 15-36). Todo lo que relatamos ocurre en el tiempo y por lo tanto, todo lo que transcurre temporalmente puede ser relatado. Si el relato da cuenta de una experiencia temporal, es necesario buscar alguna noción que cumpla con el requisito de ordenamiento y explicitación de la misma. De Aristóteles, Ricœur toma el concepto de 'intriga', que consiste principalmente en la selección y combinación de acontecimientos y acciones dispersos dentro de una secuencia coherente, que deviene en una historia completa con comienzo, medio y fin (Ricœur, 2001: 17). Para ello, Ricœur parte de un enfoque dialéctico entre 'episodio' y 'configuración'. La dimensión episódica de un relato conforma su aspecto referencial y alude a una serie deshilvanada y heterogénea de hechos, acontecimientos, situaciones, agentes (Klein, 2007: 98). El aspecto configurativo apunta al carácter dinámico de la elaboración de una trama o puesta en intriga, a través de un inicio, un tiempo medio y un final, que la torna inteligible (Ricœur, 2001: 19). El carácter inteligible de la intriga la convierte en una forma de la comprensión, alejando al relato de una noción meramente ingenua o episódica. Existe, entonces, un nivel mimético, constatativo o descriptivo por el cual la forma

---

<sup>7</sup> La enunciación presenta componentes de diversa índole: descriptivos, didácticos, prescriptivos, programáticos (Braga, 1999: 228).

relato registra lo dicho o lo hecho y otro nivel de elaboración del material dado, nivel simbólico, performativo, de significación<sup>8</sup>. Finalmente, como bien dice la jurista Beatriz Espinosa Pérez (Cárcova, 2007: 182): "El que cuenta, 'da cuenta' de una sociedad".

Resumiendo, el relato como construcción de segundo grado combina de manera inescindible el acontecer y su interpretación, en una secuencia coherente con miras a un final. Analizar críticamente las prácticas discursivas de las cúpulas mercosureñas implica interpretar los rastros o las huellas que sus marcos contextuales dejan en su entramado cognitivo. Los distintos 'relatos de la nación' exponen un determinado diseño de lo nacional frente al emergente periplo regional, su 'otro' discursivo. La narrativización de las creencias cupulares mercosureñas y el análisis comparativo de los relatos intra e inter-nación nos permite captar ciertas sedimentaciones culturales, políticas e históricas, que abonan importantes diferencias en el modo en que los cuatro países mercosureños abordan la articulación nación-región y cuya opacidad y no explicitación, creemos, contribuye a la persistencia de los obstáculos en el proceso de integración.

### Clausuras y aperturas entre nación y región

En cada una de estas 'ficciones fundacionales' los orígenes de las tradiciones nacionales se vuelven tanto actos de afiliación y establecimiento así como momentos de desaprobación, desplazamiento, exclusión y contienda cultural. Homi Bhabha, *Narrando la nación*.

En tanto tarea interpretativa que se nutre de la imposibilidad de una correspondencia entre lo acontecido y lo relatado, este abordaje permite desacralizar la búsqueda de "el" sentido inequívoco o dogmático, para orientarse hacia la construcción de aquellas interpretaciones que resultan más plausibles, más viables o que respondan a criterios de coherencia narrativa. El derecho formal ostenta su dimensión canónica o literal, pero también y al mismo tiempo se nutre de las imperfecciones del quehacer social, los conflictos, las desigualdades, en definitiva, el desorden periférico, generando orden y desorden, necesidades de estabilidad y de cambio. Desde la "cocina ideológica" de los debates parlamentarios, se abordan las categorías de *nación* y de *integración*, dos palabras claves en este trabajo.

Lejos de ser una formación natural a la manera de Lord Acton y otros (Balakrishnan, 1996: 3) la nación es un objeto de escrutinio, una forma de identidad ficticia o discursivamente construida, una comunidad imaginada, en la expresión de Benedict Anderson (1993: 23-25). "Las naciones no existen

<sup>8</sup>Van Roermund (1997: 30) marca enfáticamente, en su hipótesis de la doble interceptación de la referencia, que en todo relato no hay acontecer (ni 'realidad en bruto') que no sea al mismo tiempo interpretación. El final moralizante de la narración le da consistencia 'retroactiva' a los acontecimientos que lo preceden a modo de conformar un todo orgánico y coherente. El flujo lineal de los acontecimientos es mera ilusión en la medida que en cualquier punto de la narración, las cosas podrían haber tomado otra dirección y producir finales distintos (Zizek, 2000: 121-122).

independientemente de las creencias que la gente tenga de ellas, cómo se conciben a sí mismas", dice David Miller (Elías Palti, 2003: 67). Por su parte, Anthony Smith enfatiza el carácter mítico de la nación, superpuesto a sus realidades objetivas, como una "interpretación dramática, que es ampliamente aceptada y que, mientras refiere a hechos pasados, sirve a propósitos presentes o metas futuras" (Balakrishnan, 1996: 192). Es decir, la argamasa conceptual de la nación combina al mismo tiempo procesos materiales objetivos sostenidos por modos de conciencia subjetiva. Este doble registro resuena en la antinomia que plantea Habermas entre *ethnos* y *demos*, en la brecha conceptual que existe en la construcción del estado (*demos*, norma) que es llenada por la nación (*ethnos*, facticidad). Ésta se instala en esa brecha y es la condición de posibilidad del *demos*. Dicho de otra manera, el plus de la nación permite que el estado borre todo residuo de facticidad (violencia, heterogeneidad) que impediría a la nación imaginarse como comunidad. Pero este doble exceso explica también la amenaza de fisura siempre latente, lo que muestra su núcleo inasible de irracionalidad constitutiva. Deja al descubierto la radical contingencia de sus fundamentos, un residuo ineliminable de inexplicabilidad.

En los debates parlamentarios, la imagen de nación resulta interpelada por el marco de la integración, que funciona como su horizonte de posicionamiento. Este posicionamiento (como veremos más adelante) en algunos casos implica reforzamiento del diseño nacional, en términos de posturas defensivas y cerradas sobre sí mismas; en otros casos, diseños nacionales de corte abierto, orientados hacia fuera; otras veces, resulta el reforzamiento de la escala local y hasta de subregiones o de zonas de frontera.

Significante central del discurso cupular, la idea de integración también padece lo que Abélès (1996:129) denomina un "exceso de significación" y es este plus el que marca su riqueza conceptual y su sentido básicamente inasible y al mismo tiempo resignificable en un abanico de posibles contenidos semánticos. A la manera de un significante vacío (en términos de Laclau), la integración funciona como un espacio simbólico de sentido en el que diversas narrativas pugnan por apropiarse del "verdadero" sentido integrador.

Conflicto o armonía; asimilación o interacción; conformación de un todo o fragmentación; homogeneidad o diferencia; positividad o pérdida: son algunos de los pares que conforman su complejo entramado de significados. Veamos algunas de las versiones nativas de la idea de integración en los debates parlamentarios abordados: un 'MERCOSUR apertura' (Partido Nacional uruguayo); un MERCOSUR como una "*nación en grande*" (relato dominante argentino); un 'MERCOSUR invasor' (Frente Amplio uruguayo); un 'MERCOSUR salvador' (relato de 'la verticalidad salvadora' paraguayo); un 'proceso político-económico a liderar' (relato dominante brasileño); un 'MERCOSUR como negación de la nación' (Frente Amplio del No uruguayo); un 'MERCOSUR de la pérdida' (relato paraguayo de la 'horizontalidad productiva').

Captar la idea de integración en su propio movimiento complejo y contradictorio produce un corrimiento significativo respecto de algunas naturalizaciones que se retroalimentan en este tema: por un lado, la idea de integración como armonía y discurso de la hermandad y por otro, la faceta economicista como única ordenadora de este proceso, efectos que atentan contra un distanciamiento crítico y cristalizan

ciertos standards como los únicos posibles. En este sentido, son siempre vigentes las palabras de Roland Barthes: "el enemigo siempre es el signo cuando se muestra como neutral".

La realidad mercosureña, como veremos, se "irrealiza" en discursos que generan su propia verdad desde dentro de su universo. En ella, niveles locales, nacionales y regionales, centros y periferias, se interceptan, cruzan, combinan y confrontan para producir sentidos diversos en torno a las categorías de nación e integración, en el marco de un abordaje crítico, constructivista e interdisciplinario.

### Qué dicen cuando dicen 'nación' e 'integración'

La lengua es una experiencia más que un instrumento. Inútil considerarla desde afuera... Uno está siempre adentro, sumergido inexorablemente en sus aguas turbias. François Ost, Traduire.

Los cuatro países mercosureños conforman una vecindad geográfica natural, si bien el diseño de sus límites políticos es producto de controversias, rivalidades, conflictos, guerras, acuerdos y ayudas mutuas que a partir de sus historias de independencia fueron conformando su actual perfil. La armonía no es característica "natural" de su diseño (la guerra de la Triple Alianza es uno de los ejemplos emblemáticos de la conexión entre estos países). Podríamos decir que cada uno de ellos ha padecido o padece al mismo tiempo que se beneficia de la vecindad del otro, según las épocas.

El desarrollo sucinto de los relatos de la nación urdidos en el inter-juego discursivo de los debates parlamentarios fundacionales (período 1991-1994) da cuenta de que en ningún debate nacional hay un solo relato que ocupa toda la escena discursiva, puesto que cada discurso es *con* otro, su 'exterior constitutivo'. Cada discusión parlamentaria presenta por lo menos dos narraciones en pugna, legitimando distintos pasados y con diversas proyecciones a futuro.

#### 1. Período 1991-1994: la "cocina ideológica" del periplo regional

##### "Una nación en grande"

El debate parlamentario argentino de 1991, en su versión dominante, ofrece insumos para la construcción de un relato único, homogéneo y sin fisuras<sup>9</sup>. Esto es: la macroestructura semántica que lo sostiene apunta a combatir la heterogeneidad como dato de la realidad, soslayando el intercambio y la confrontación de ideas en torno a un presente y un futuro más inciertos y discutibles. La diversidad no es vista

<sup>9</sup> Soporte material utilizado: debates parlamentarios del Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo con la República Federativa del Brasil, del 29/11/88, debatido en agosto de 1989, y del Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, del 26/3/1991 (Tratado de Asunción), debatido en julio del mismo año.

como un ingrediente que merezca ser "comprendido" sino como peligro a combatir, lo cual sustituye una posible relación horizontal entre relatos diversos por una relación jerárquica que busca eliminar la alteridad. Otro relato, subordinado discursivamente al anterior, procedente de la provincia de Misiones, procurará poner en escena las fisuras cognitivas que la narración dominante soslaya.

Estos relatos se co-implican en la medida que las características a las que alude el primero: homogeneidad, armonía, soslayan las hipótesis de conflicto, la presencia de centros y periferias y de 'otros' adversos, que denuncia el relato misionero. Es decir que el primero alude a una homogeneidad natural esencialista y al mismo tiempo elude la heterogeneidad, el registro histórico y los juegos de poder.

*"Todos los factores que hacen a la integración de una nación en chico están presentes en la integración de una nación en grande" (senador León, Chaco, 1989, pág. 1665).*

Esta narración, que llamamos 'de las continuidades armoniosas', propone la construcción de un estado-región ("una nación en grande") como un espacio homogéneo (mito del no conflicto) legitimado por un pasado armonioso desde los orígenes ("América nace de un solo color") que proyecta un espacio de factura exclusivamente económica, desprovisto de ataduras políticas.

*"Creo que la unidad de los pueblos latinoamericanos es el más antiguo ideal político de nuestro continente. Asomó esta vocación de unidad en los escritos de los precursores de la independencia. De hecho, se practicó en los ejércitos multinacionales que nos dieron la libertad: se prestaban los soldados entre sí" (senador León, Chaco, 1991, pág. 1282).*

*"Se trata de una continuidad de un proceso que viene desde lejos: parte de San Martín y de Bolívar. Esto determina que hoy en la Argentina estemos encontrando en estos temas un punto de unión donde no hay disidencias" (diputado Corcbuelo Blasco, Chubut, 1991, pág. 2423).*

La región mercosureña, como "nación en grande", produce un impacto benéfico sobre el marco del estado-nación, enfrentándolo con una alternativa de hierro, integración o dependencia:

*"Hay que integrarse para sobrevivir. (...) Dijo Bolívar: 'ahora que nos independizamos, debemos unirnos porque sólo así daremos sentido a la emancipación de nuestras naciones'" (diputado Caputo, Capital, 1991, pág. 2428).*

Abordar el mito del no conflicto por lo que el mismo *elude*, implica reflexionar en torno a los miedos y temores que quedaron ocultos durante el inter-juego discursivo. Si entendemos el miedo como "la percepción de una amenaza tanto real como imaginaria" (Lechner, 1992: 26) y lo clasificamos (Garretón, 1992: 14) según sea un miedo a lo desconocido ("el cuarto oscuro") o a lo conocido ("el perro que muerde"), diríamos que el temor que encubre el relato dominante pertenece a una combinación de ambos, es decir, se trata de viejos temores que toman nuevas formas, de desplazamientos de sentido que se resignifican de acuerdo con los nuevos desafíos de la naciente formación regional.

Estos temores alimentan las denuncias de la provincia de Misiones, narración que hemos llamado 'de las continuidades conflictivas'. La fuerte presencia de lo local-geográfico en este relato, permite su abordaje desde las categorías de "hábitat de significado" (Hannerz, 1996:50) y de "lugar" (Paasi, 1991: 248), según las cuales lo local no es autónomo ni tiene consistencia per se, sino que manifiesta una fuerte conexión con la

dimensión geográfica y biográfica y con otras escalas locales, nacionales y regionales. La siguiente cita de "quien vivió 25 años a la vera del río Uruguay", es elocuente al respecto:

*"Posiblemente sin la integración no podamos subir al tren del desarrollo, pero debemos tener cuidado para que los que suban no sean sólo quienes no están en la frontera. Tenemos la obligación de decir "aquí estamos" porque si las cosas no se hacen bien, este esquema puede quedar reducido a un gran puente entre las regiones más desarrolladas de la Argentina y las más desarrolladas de otros países. En este caso, los hombres de frontera, los que soportamos una vida muy difícil, podemos quedar debajo de ese puente, viendo pasar la pelota y sin poder tocarla" (diputado Dalmau, 1991, pág. 2436).*

El relato misionero denuncia la prolongación de un pasado de relaciones asimétricas con Brasil (asimetrías comerciales, hídricas, lingüísticas, demográficas), producto de una historia de rivalidades.

*"Tenemos que hablar con los brasileños, tenemos que hacerles reflexionar sobre el hecho de que no puede ser que los argentinos suframos la dependencia hídrica que estamos padeciendo ahora (...) Brasil se quedó con las aguas, ya que maneja la cuenca del Paraná" (diputado Dalmau, 1989, pág. 1762).*

*"También tendríamos que lograr que los alumnos de mi escuela -argentinos- aprendan a hablar el castellano. Son chicos que están cuatro horas en la escuela y el resto del día lo pasan en su casa hablando portugués. Para entenderlos, los maestros tenemos que hablarles en un idioma que en la zona de frontera llamamos 'portuñol'" (diputado Dalmau, 1991, pág. 2435).*

Una creencia madre, *América Latina nace de un solo color*, exhibe los valores esenciales de una unidad regional nacida una y armónica y constituye el relato de 'la verdad'. De esta lectura rescatamos la existencia de dos registros temporales: una temporalidad *a-histórica*, correspondiente a la región, y otra *histórica*, correspondiente a la nación. El pasaje de una a otra implica una ruptura de lógicas.

Lo natural, es decir, la armonía esencial de los orígenes, pertenece al ámbito de la región.

Lo artificial, o sea el disenso, pertenece al ámbito de la nación. El relato de 'la verdad', del orden de lo que es y siempre fue *natural*, reconoce algunos conflictos en tiempos intersticiales, que por pertenecer al orden de lo *artificial*, son obstáculos a remover para volver a reimplantar lo que *siempre estuvo allí*.

En este modelo dominante, se instaura entonces, *un único contrato de creencia* cuyos contratantes (los legisladores) son enunciadores segundos de la palabra consagrada (San Martín, Bolívar, Artigas). Esta palabra es argamasa estructural, invariable, que reaparece toda vez que el conflicto (es decir, lo artificial nacional) se diluye.

De esta creencia madre surgen, en nuestra lectura, algunos efectos importantes que queremos destacar.

1) El rescate de una sola creencia, cierta, plena, le quita historicidad concreta al devenir regional, colocando a éste en un nivel pre-político, donde no hay choque de fuerzas ni disenso posible. Por lo tanto, produce un *vaciamiento del campo político a nivel regional*, atrincherándolo exclusivamente, y como obstáculo a superar, en el *nivel nacional*.

2) En consecuencia, al haber eliminado la posibilidad de que distintas creencias igualmente legítimas se enfrenten y contrapongan, se ha eliminado la alteridad. El contrato único impone una totalidad que sólo puede enfrentarse con una alteridad de tipo formal, despojada de contenido. El 'otro' se reduce, en definitiva, a un principio abstracto de oposición, solamente rescatable si se ingresa al campo de la política. Como dice Jacques Rancière: "La actividad política es la que desplaza a un cuerpo del lugar que le estaba asignado o cambia el

destino de un lugar; hace ver lo que no tenía razón para ser visto, hace escuchar un discurso allí donde sólo el ruido tenía lugar, hace escuchar como discurso lo que no era escuchado más que como ruido" (1996: 45)

3) La eliminación discursiva del campo político habilita la instalación plena del orden económico, sin otro freno o límite que su propio desarrollo autosuficiente. Se consagra, así, la primacía del mercado, sin ataduras ni condicionamientos.

En síntesis, en la superposición de los registros temporales de región y nación, el primero se impone "por derrame", a partir de su *potencialidad totalizadora* que se instala finalmente en el lugar del Poder.

"Brasil crece un Uruguay por año"

*"Los logros y los riesgos del MERCOSUR dependen de nosotros mismos, de los uruguayos, del Estado uruguayo, de los partidos políticos uruguayos, del pueblo entero" (diputado Couriel, F A, Montevideo, 9/7/91, pág. 132); "de los uruguayos productores rurales, de los uruguayos industriales, de los uruguayos comerciantes, de los uruguayos asalariados, de los uruguayos que estudian: es sencillamente, de los uruguayos" (diputado Rodríguez Camusso, F A, Montevideo, 9/7/91, pág. 119)<sup>10</sup>.*

El espectro narrativo uruguayo es amplio y marcado por diferentes entradas político-partidarias. En este sentido, muchos MERCOSUR, es decir, muchas nociones de 'integración', se disputan el protagonismo en el escenario oriental. El MERCOSUR de la esperanza; del desafío; de la ampliación de mercados; el amenazante; el invasor; el que aniquila el estado-nación: una paleta colorida y elocuente de las diversas hipótesis sociopolíticas puestas en juego para fijar el contenido del nuevo bloque regional. Lejos de hilvanar un discurso compacto y unívoco, los legisladores confrontan sus creencias y sus valores. La heterogeneidad discursiva desde lo político-partidario contrasta con el diseño de un único contrato de creencia que, en los debates argentinos, se erige como relato de 'la verdad'.

Sin embargo, como argamasa de la diversidad, puede recuperarse en estos debates una matriz cognitiva común, que articula: un trauma de origen, un presente dilemático y un final en términos de reconocimiento de un MERCOSUR restringido.

A partir de una inserción tardía del Uruguay al imperio borbónico en calidad de zona fronteriza de disputas imperiales (imperios portugués y español), este relato abona hoy un temor compartido por repetir su trauma de origen en este nuevo proceso regional, es decir, miedo a repetir la historia de país-frontera, cautivo y tardío<sup>11</sup>. La diputada Rodríguez de Gutiérrez (PN, Montevideo, 11/7/91, pág. 278) da cuenta del

<sup>10</sup> Soporte material utilizado: debates parlamentarios sobre el Tratado de Asunción, de mayo y julio de 199. Referencias: Frente Amplio-FA; Partido Colorado-PC; Partido Nacional-PN; Por el Gobierno del Pueblo-Por el Gob. del Pueblo.

<sup>11</sup> La imagen de país cautivo es basal, si bien hay otras que la complementan. Así por ejemplo, el Partido Colorado sugiere "salir del país del empate" (carácter de sociedad amortiguadora) como freno al cambio. Por su parte el Frente Amplio sostiene replantear los viejos mitos uruguayos, como "la Suiza de América" en busca de nuevos horizontes de sentido. Para el Partido por el Gobierno del Pueblo la imagen de base es "un país que se vacía": su ciudadano culto se trasladaría a los nuevos polos de desarrollo.

temor por la repetición de “*un ciclo de tanteo*” en el cual Uruguay fue, alternativamente, “*Banda Oriental, Provincia Cisplatina y Uruguay inglés*”. Plantea la necesidad imperiosa de ser otro Uruguay para la nueva región: “*No podemos ser ninguna de las posibilidades anteriores. Debemos ser una posibilidad nueva*”.

Su presente no se plantea en términos de integración, sino de inserción (dilemática) dentro de un pacto político-económico ya formado (por Argentina y Brasil, sus “socios mayores”).

*“Vamos a entrar, ahora, a insertar la realidad del Uruguay en el esquema del Tratado, así como a definir cómo, económica, política y comercialmente, la situación planteada nos ha llevado de la mano en forma casi imperativa a incorporar al Tratado de Asunción” (Abreu, miembro informante ante la Cámara de Senadores, 7/5/91, pág. 242).*

*“Nuestro gran socio en este tema, el Brasil, tiene algunas cifras que, con franqueza, asustan. En materia de población, el Brasil crece un Uruguay por año (...) En el Anuario de 1988, había 20.000.000 millones de personas empleadas, que no llegaban a lo que ellos llaman “un piso salarial” (...) La presión demográfica indica que en los Estados del sur -como Río Grande, que tiene 280.000 kilómetros cuadrados-, es el doble de la uruguaya, es decir, 9.000.000 de habitantes (...) cómo arbitrar los mecanismos para que no nos arrastre ese modelo de concentración, al participar de una misma zona económica, para que no suframos las consecuencias inevitables de la presión demográfica, del alto número de informales que tiene el mercado laboral brasileño y de los bajos salarios que paga en muchos de sus sectores” (diputado Atchugarry, P.C., Montevideo, 11/7/91, pág. 261).*

Dado que el tiempo “fuerte” para este relato es el tiempo del estado-nación, la inserción operaría solamente como medio o herramienta para consolidar un proyecto estratégico de país abierto al mundo.

*“La participación en el mercado común debe convertirse en un medio de aumentar la competitividad extrarregional de nuestra oferta exportable. (...) Volvemos a insistir en que la inserción en un esquema regional es un elemento de tránsito que conduce a la oferta exportable de un país hacia la región y hacia el mundo” (senador Abreu, PN, 7/5/91, págs. 243-245).*

Su propuesta narrativa final consiste en la conformación de un bloque restringido, en términos de mera zona de libre comercio de bienes y servicios. Esto significa que el relato uruguayo propone, desde un principio, una modificación sustancial de las premisas básicas del Tratado de Asunción: éstas determinan la creación no sólo de dicho primer nivel de integración, sino también la conformación de una unión aduanera, acompañada de la armonización de políticas macroeconómicas y de las respectivas legislaciones. En cambio, la concepción parlamentaria de la región como medio (y no como fin) nos habla de una nación más en contacto con el mundo que con sus vecinos regionales.

Ante la necesidad de dar nuevo sentido al lugar oriental dentro del MERCOSUR, es sugerente la propuesta de ser

*“el Uruguay del nexo. Es decir que sea a la vez Banda Oriental y Provincia Cisplatina. Tenemos que sumirnos con ambas posibilidades históricas juntas.” (Diputada Rodríguez de Gutiérrez, PN, Montevideo, 11/7/91, pág. 278).*

El *Uruguay del nexo* nos invita a reflexionar en torno a los sentidos e imágenes que se negocian en este recinto. Si por definición, nexo es nudo, unión, lazo, el 'Uruguay nexo' implicaría gestionar la vinculación entre los socios mayores, dejando de operar como un tapón separador. Pero ¿este reposicionamiento no implicaría convertirse nuevamente en carretera, o en otras palabras, en el país de los

servicios que el discurso parlamentario quiere revertir? ¿Servir de nexo es tal vez unir a dos protagonistas y ubicarse *por fuera* del juego regional? ¿Tratar de rehacer la historia de un país que hoy pretende ser a *la vez* Banda Oriental (Argentina) y Provincia Cisplatina (Brasil) significaría perder la especificidad oriental? ¿Hasta qué punto no estaría reeditando la condición de país-frontera de los orígenes que se intenta superar?

“Tres contra uno”

En los relatos parlamentarios paraguayos acerca del MERCOSUR, historias invisibles van replicándose como ecos de una historia primordial: la de un país que no se piensa como tal, la de un estado que no existe, como si faltara una suerte de sutura que le otorgue unidad político-existencial<sup>12</sup>.

Estos debates tienen lugar en plena época de instauración democrática. Si bien éste es el contexto histórico-político real e inmediato, hay otro marco contextual, discursivo, que condiciona e imprime sus huellas cognitivas en la escena parlamentaria. Nos remite a un pasado nacional de larga duración que se inicia en el año 1814. Una extensa e ininterrumpida cadena de formas autoritarias de gobierno, ausencia de modelos cívicos, recambios violentos de autoridades y guerras civiles, jalonan la historia política paraguaya. (Paraguay es el único país de América Latina que nace a la independencia bajo una dictadura "perpetua", la de Gaspar Rodríguez de Francia (1814-1840), seguida por las autocracias de Carlos Antonio López (1842-1862) y Francisco Solano López (1862-1870))<sup>13</sup>. La última dictadura (Alfredo Stroessner) en el siglo XX se prolonga hasta 1989, dos años antes de la ratificación legislativa del Tratado de Asunción.

1991, año de los debates, marca los comienzos de una esperanza democrática. En ese año, tienen lugar dos elecciones, una para intendentes (mayo) y otra para convencionales constituyentes (diciembre) bajo nuevas reglas de juego (código electoral de 1990 del gobierno de Andrés Rodríguez), lo que posibilita la redacción de un nuevo contrato social, la Constitución de 1992, con aires más claramente democráticos y republicanos.

Como para dar una pincelada del clima ideológico-político en que se desarrollan los debates paraguayos, transcribimos:

*"Esta mañana cuando leemos los diarios encontramos que la ciudadanía paraguaya se encontraba inmersa en una gran euforia. Habían asumido una gran cantidad de intendentes de todos los partidos políticos, todos triunfadores legítimos de las últimas elecciones. Hay una sensación de euforia en la Nación paraguaya, por la conquista por la democracia, y eso hace, señor Presidente, que ningún periódico,*

<sup>12</sup>El corpus de este capítulo está conformado por los debates parlamentarios paraguayos, en ambas cámaras, de mayo de 1991 en torno al Tratado de Asunción y de 1995 sobre el Protocolo de Ouro Preto.

<sup>13</sup> Es interesante constatar que los héroes de la independencia paraguaya, los terratenientes militares Cabañas y Yegros, quienes vencieron a Belgrano en Paraguari y Tacuarí, son nombres poco recordados y poco nombrados en la historia oficial. Desde 1887 y siguiendo la trayectoria de las cúpulas políticas paraguayas, la alternancia de los dos partidos tradicionales Colorado y Liberal jamás se dirime pacíficamente en las urnas, sino a través de las llamadas revoluciones (cambios de gobierno por golpes de estado, revueltas intestinas, guerras civiles). Dos guerras internacionales (Triple Alianza 1865-1870 y Guerra del Chaco 1932-1935) diezman significativamente su población. Después de las dictaduras del general Franco, héroe de la guerra del Chaco, y de Morínigo, y como consecuencia de una de las más violentas guerras civiles, se impone a partir de 1947, una ecuación perdurable en el devenir paraguayo:

*ninguna radio, muy poco la televisión, pudo poner en los titulares: "Hoy se trata el Tratado de Asunción" (diputado Fernández Estigarribia, Partido Liberal, DSD de mayo 1991, pág. 31).*

Un aspecto imposible de soslayar: los tiempos políticos que corren para los debates argentinos, brasileños y uruguayos, en relación con los paraguayos, son marcadamente distintos. Mientras la Argentina, Brasil y Uruguay debaten su integración regional ocho, seis y siete años después de sus respectivas restauraciones democráticas, en el Paraguay, en cambio, son tiempos de *instauración* democrática. La flamante iniciación paraguaya en las nuevas prácticas cívicas es de vital importancia para comprender el trasfondo de sus relatos nacionales.

Dos relatos antagónicos disputan la escena discursiva parlamentaria, si bien ambos parten de una matriz significativa común: la de un país que 'no existe' o que no se piensa como tal. El primero de ellos, que llamaremos relato de la 'verticalidad salvadora', diseña su trama a partir de una historia nacional de autoritarismo y de aislamiento (geográfico, histórico y político), historia que teme repetir. Propone la refundación del estado-nación Paraguay, que se encuentra en estado evanescente, a través de la instancia mercosureña supranacional.

*"Vivimos en una etapa pre-industrial todavía" (senador Vera, Partido Revolucionario Febrerista, DSS de mayo de 1991, pág. 33).*

Se espera que esta nueva instancia, por "derrame", proveerá de instituciones nacionales para la creación de un estado de derecho y de un nuevo modelo de moralidad pública, proceso que el país no puede construir por sí mismo.

*"El Pacto significa no conflicto, democracia, y una tercera cuestión, señor Presidente, honestidad en nuestro comercio internacional, lo que va a significar probablemente a la corta una mayor y profunda mejoría de la sociedad paraguaya en el manejo de sus valores éticos. Eso también es importante, porque no se puede lograr solos, nacionalmente" (diputado Fernández Estigarribia, Partido Liberal, DSD de mayo 1991, págs. 31-32).*

La petición de supranacionalidad de esta narración significa, sustancialmente, la nivelación del campo de juego entre países altamente asimétricos, nivelación que evite decisiones unilaterales en perjuicio de los países más pequeños, como Paraguay.

En contraste, el relato llamado de la 'horizontalidad productiva' diseña su trama en términos de reglas de juego informales y de vías de hecho (contrabando y reexportación de mercaderías), en desmedro de un sistema normativo formal. Para esta narración, un estado de derecho presente y ordenador sólo significaría la pérdida del orden poroso y flexible que este relato legitima. Su desenlace apunta a mantener el espacio de la nación como frontera, vía o pasaje, que el marco mercosureño pondría fin.

*"Muchas de nuestras actividades comerciales van a perder la ventaja que tienen en el momento presente de importar artículos manufacturados, a un arancel mucho más bajo que el de los países vecinos y que permite entonces al Paraguay re-exportar esos productos, principalmente al Brasil y a la Argentina. Se ha dicho que, en resumidas cuentas, ése es un negocio ilegal de comercio de exportación que el Paraguay hace principalmente en Pedro Juan Caballero, Ciudad del Este, Encarnación, etc., pero el hecho económico es que las ventajas comerciales que deriven de las diferencias tarifarias, al ser*

---

partido Colorado-gobierno-fuerzas armadas. Entre 1947 y 1954 se suceden siete presidentes, camino que continúa abonando el desplazamiento de la lógica de la política por la lógica de la guerra interna.

*eliminadas por el arancel externo común será negativo para este comercio tan floreciente de nuestras zonas fronterizas"* (senador Fernando Vera, Partido Revolucionario Febrerista, DSS de mayo 1991, pág. 31).

Una creencia derivada de la historia paraguaya define los contornos de un aislamiento fundante: se trata de la reproducción imaginaria y discursiva de la guerra de la Triple Alianza<sup>14</sup>. Este episodio bélico, en el que Paraguay resultó el gran perdedor frente a sus tres vecinos (Argentina, Brasil y Uruguay), previene contra un MERCOSUR redefinido en términos de *tres contra uno*:

*"Cuando se concibió en la región este proyecto del Mercosur, el Paraguay registraba el rechazo de sus pares (...) Recuerdo que un político de entonces criticó a los Acuerdos de Integración entre Argentina y Brasil, al cual se adhería el Uruguay, como el Nuevo Tratado de la Triple Alianza. (...) Hoy ese Tratado no es contra el Paraguay sino con el Paraguay. (...) Ahora, somos aceptados"* (diputado Fernández Estigarribia, Partido Liberal, DSD de mayo 1991, pág. 31).

La necesidad de *"jugar el partido en la cancha"* funciona como antídoto contra este marco cognitivo del 'tres contra uno':

*"Hay una expresión vulgar, pero que a los que nos gusta el fútbol la solemos utilizar, "hay que jugar el partido en la cancha y no detrás de la alambrada""* (diputado Fernández Estigarribia, pág. 32).

La resignificación discursiva de la Triple Alianza conlleva un reclamo: saldar una deuda desde el lugar simbólico de la víctima de guerra que no obtuvo resarcimiento:

*"Somos de los cuatro países integrados en el MERCOSUR el que más perjuicio tuvo en el pasado por hechos bélicos, que tampoco tenemos que dejar de recordar. Hay una suerte de hipoteca y de deuda de nuestros países hermanos sobre nuestro país."* (Diputado Frutos, Partido Colorado, DSD de mayo 1991, pág. 40).

En síntesis, el 'relato paraguayo de la verticalidad salvadora' revela una singularidad respecto de los argentinos, brasileños y uruguayos: es el que solicita al significante MERCOSUR un anclaje supranacional como argamasa vinculante "desde arriba" que provea e institucionalice "hacia abajo".

El 'relato paraguayo de la horizontalidad productiva', en tanto piensa al país como frontera o pasaje, visualiza al MERCOSUR en términos de pérdida. Ambos discursos se construyen dentro del marco que ofrece un *estado evanescente*.

"El portaestandarte de la región"

En el desarrollo de la teoría de sistemas autopoieticos, Niklas Luhmann diseña un movimiento paradójico por el cual el sistema, que se autorreproduce, autoorganiza, autoobserva y

<sup>14</sup>Tanto el aislamiento "interno" con fines de autoabastecimiento determinado por el dictador Francia como el aislamiento "externo" provocado por la Guerra de la Triple Alianza (Brasil, Argentina y Uruguay contra Paraguay, 1865-1870) refuerzan la imagen basal del discurso paraguayo.

autodescribe, es a la vez abierto y cerrado a su entorno. Se cierra para su autoconservación, y se abre al entorno para receptar información que pueda ser internalizada significativamente a través de una clave binaria que él mismo construye. Desde esta perspectiva, la clave binaria que construye el 'sistema Brasil' para seleccionar información del 'entorno MERCOSUR' se expresa en términos de Poder Ejecutivo (nivel nacional) - Poder Legislativo (nivel local) y sus resignificaciones. Con esto queremos decir: las interferencias o resonancias producidas por el entorno mercosureño se retraducen al interior del sistema Brasil desde una perspectiva bifronte que resalta una tensión contradictoria al mismo tiempo que complementaria. En el marco de esta tensión, el relato dominante brasileño (=un poder ejecutivo nacional que se erige en líder del proceso de integración regional) busca desprenderse del incómodo seguimiento de un legislativo nacional que insiste en poner en foco las diversidades, conflictos y contradicciones de lo social<sup>15</sup>.

Gigante de estructura compleja, a distintas velocidades, Brasil construye sus estrategias de integración reciclando en primera instancia sus propios insumos internos, su propia dinámica sistémico-institucional para luego abordar selectivamente las resonancias de un entorno regional del cual es faro y locomotora. Brasil se piensa, entonces, en términos de frontera y horizonte del sentido mercosureño, y es al interior de su propio espacio político que se plantean discursivamente las tensiones de un líder cuyas incógnitas domésticas son eje de sus debates parlamentarios.

La pregunta central de los debates brasileños: ¿quién conduce la integración mercosureña? tiene una sola e inequívoca respuesta: Brasil. La verdadera intriga o trama del relato está planteada, entonces, por una segunda pregunta: ¿Quién conduce la integración regional *dentro* de Brasil? Y es esta tensión institucional (entre los poderes ejecutivo y legislativo) la que relanza la puja entre distintas significaciones que van diseñando el curso de los relatos brasileños en el marco del debate regional.

La macroestructura semántica que abona, entonces, los dos relatos brasileños, que llamaremos *nacional* y *local*, respectivamente, sostiene la imagen del Brasil como único líder del proceso de integración.

*"El Brasil, como locomotora del proceso, precisa dar respuestas seguras a contradicciones internas"* (senador Wedekin, PDT, Santa Catarina, Diario de Sesiones de octubre de 1991, pág. 7565).

El llamado 'relato nacional' representa los intereses del sudeste industrial (San Pablo, Minas Gerais y Río de Janeiro). Evoca una historia reciente (a partir de 1985) y anti esencialista

<sup>15</sup> El análisis de los debates parlamentarios brasileños tiene como soporte material: el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo entre Argentina y Brasil, firmado en noviembre de 1988 y debatido en agosto de 1989 en ambas cámaras; el Tratado de Asunción, firmado en marzo de 1991 y debatido entre abril y septiembre del mismo año; el Tratado para el establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales brasileño-argentinas, firmado en julio de 1991 y debatido en octubre del mismo año; el Protocolo de Ouro Preto, firmado en diciembre de 1994 y discutido en mayo de 1995. Las citas mencionarán la calidad de diputado o senador y su nombre, partido político al que pertenece, estado que representa, tratado del que se trate, fecha y página. (La traducción de las citas me pertenece).

entre Argentina y Brasil. Su trama designa al Poder Ejecutivo como único líder del proceso de integración, acompañado de un congreso homologador de sus decisiones. Este relato tiene un efecto transnacionalizador en la medida que proyecta discursivamente su estrategia regional más allá de las fronteras nacionales, hacia un marco latinoamericano y mundial (global trader).

Por el contrario, el 'relato local', que representa el sur agrícola (Rio Grande do Sul, Paraná y Santa Catarina), produce un giro discursivo hacia la revitalización de raíces políticas, históricas, culturales, a escala local. Rescata la identidad gaúcha (patronímico de los habitantes de Rio Grande do Sul), desde la cual reivindica el rol de un congreso fiscalizador y co-conductor del proceso.

*"La propia sociedad civil, a través de los productores y trabajadores de Rio Grande do Sul, de Santa Catarina y de Paraná que estarán directamente involucrados, y en muchos casos, penalizados, ni siquiera fue llamada para elaborar este tratado. Por eso entendemos que las observaciones extremadamente pertinentes del diputado Fetter Junior deben ser acatadas por esta Casa...procuran rescatar la tarea del Legislativo de discutir con profundidad temas de esta naturaleza"* (diputado Fortunati, PT, Rio Grande do Sul, Tratado de Asunción, Diario de Sesiones, pág. 16175).

El relato local plantea otra alternativa: el MERCOSUR es un proceso económico dudoso en cuanto a sus ventajas productivas, pero de aceptarlo el Poder Ejecutivo deberá codirigirlo con un Poder Legislativo participativo y fiscalizador.

*"A nuestro entender, la experiencia de cuatro años de proceso de integración, que tuvo como base el Tratado de Asunción, exige que el papel del Poder Legislativo no se resuma en un papel homologatorio de los Poderes Ejecutivos... La posición del Parlamento es mucho mayor que una subalterna y sumisa posición a las iniciativas del Poder Ejecutivo"* (diputado Rossetto, PT, Rio Grande do Sul, Protocolo de Ouro Preto, Diario de Sesiones de mayo de 1995, pág. 9764).

La tensión institucional entre cúpulas ejecutivas y legislativas nos permite construir una matriz de larga duración para Brasil, a partir de las siguientes antinomias: sur-sudeste (geográfica); agricultura-industria (económico-productiva) y gaúchos-brasileños (cultural). Esta argamasa estructural nos permite visualizar dos posibles efectos de signo opuesto: un movimiento de transnacionalización (relato nacional) y otro de relocalización (relato local). Para el relato nacional, el MERCOSUR es una oportunidad para ampliar la capacidad de liderazgo de Brasil más allá de sus fronteras nacionales. Este movimiento centrífugo del ejecutivo encuentra un contrapeso en el movimiento centrípeta que persigue el relato local, poniendo el acento en algunas singularidades subnacionales que pugnan por proteger sus demandas y necesidades específicas de cara a la región.

En síntesis, en esta primera etapa fundacional (1991-1994) que da cuenta de la 'cocina ideológica' del proceso mercosureño, se pone en evidencia la diversidad semántica a la hora de dar contenido a las categorías de nación e integración. La nación en clave defensiva; abierta al mundo; imágenes basales de país cautivo o de país aislado; inserción en sentido restringido; integración como sinónimo de supranacionalidad o en términos de invasión o de pérdida, son sólo algunas de

las lecturas que subyacen a la letra formal de la ley. El análisis discursivo devela esta trama compleja en creencias, valores, horizontes de sentido, que dan cuenta de los hilos visibles e invisibles que tensan el tejido dinámico y nunca autoevidente de la integración regional.

## 2. Período 2001-2005: continuidades y rupturas<sup>16</sup>

¿Qué hacemos en un mundo donde aun cuando existe una resolución del sentido, existe el problema de su performatividad? ¿Una indeterminación que es también la condición de su ser histórico? ¿Una contingencia que es también la posibilidad de una traducción cultural? Homi Bhabha, *El lugar de la cultura*.

En los años siguientes a la etapa 'fundacional', movimientos de diástole y sístole han ido marcando el ríspido camino de la integración para los cuatro países, al ritmo y bajo el 'tiempo fuerte' de cada espacio nacional. Podemos afirmar que para el 2005 el estado-nación sigue conservando centralidad dentro del marco discursivo de la nueva región mercosureña, sin perder de vista el hecho que el proceso regional impone, simultáneamente, su propio tiempo y espacio en un rediseño de contornos que no siempre ni necesariamente coincide con los límites de la nación. Es probable que estemos en presencia de lo que Étienne Balibar llama "umbral de irreversibilidad"<sup>17</sup>: la región ha venido para quedarse e interpela al estado-nación en demanda de nuevas negociaciones de sentido. La elección del año 2005 como corte analítico del trabajo responde, desde nuestra perspectiva, a una idea de cierre de lo que podría considerarse el período de gestación del MERCOSUR. Entendemos que, a partir del 2005, comienza a producirse un cambio cualitativo en términos de profundización institucional. En agosto de 2004, se crea en Asunción el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR y unos años después, en noviembre de 2007, el Parlamento del MERCOSUR<sup>18</sup>. Se espera que la creación del Parlasur pueda vehicular y conectar de manera creciente las distintas demandas de la "sociedad civil mercosureña", cubriendo un déficit democrático importante por ser el MERCOSUR un acuerdo de cúpulas, es decir, de gobiernos y empresas.

Este tramo de la aventura discursiva mercosureña (2001-2005) muestra, por un lado, cambios semánticos importantes: los debates argentinos y uruguayos resemantizan sus ideas de nación en un nuevo posicionamiento respecto de la región. Al mismo tiempo, Brasil y Paraguay

<sup>16</sup> El soporte material de este apartado está constituido por entrevistas y discursos cupulares (presidentes y cancilleres) entre 2001 y 2005.

<sup>17</sup> Étienne Balibar, en *Raza, nación, clase* (escrito en 1988 con Immanuel Wallerstein) utiliza este sintagma para referirse al proceso de transición y transformación de aparatos de estado no nacionales en un sistema de estados soberanos.

<sup>18</sup> El Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR es creado el 18 de febrero de 2002 y comienza a funcionar en agosto de 2004. Está integrado por cinco miembros y atiende los reclamos efectuados contra los estados que integran la región por incumplimiento de la normativa mercosureña. Puede también emitir opiniones consultivas. El Parlasur, con sede en Montevideo, estuvo constituido originalmente por 18 legisladores por cada parte, proponiéndose en el anteproyecto de su protocolo constitutivo el sistema de la proporcionalidad atenuada. A partir del 2010, sus integrantes son elegidos por sufragio directo, universal y secreto.

dan cuenta del afianzamiento y profundización de ciertas tendencias discursivas ya registradas en el tramo fundacional.

### Al rescate de lo político

La refundación política del MERCOSUR es la nueva trama que organiza la discusión parlamentaria argentina, en abierto contraste con la idea de vaciamiento de lo político y falta de alteridad discursiva de las narraciones 1991-1994.

*"Debemos reforzar el Mercosur político (...). El Mercosur, a nuestro entender, implica reformular las relaciones entre el Estado, la sociedad y el mercado"* (presidente Néstor Kirchner, Cumbre de Jefes de Estado del Mercosur, Bolivia y Chile, Montevideo, diciembre de 2003).

*"Es fundamental la integración política, es fundamental que desde la verdad relativa de cada país que integra el Mercosur podamos construir las nuevas síntesis que la región necesita"* (presidente Kirchner, comida ofrecida en honor del presidente de la República Federativa del Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, 18/10/03).

Este renacimiento político de la región coincide con la intencionalidad cupular de refundar el estado-nación argentino después de las convulsiones políticas de diciembre de 2001. En paralelo, empatiza con un proceso novedoso en Brasil, como es el acceso a la presidencia nacional del líder del Partido de los Trabajadores, Luis Inácio Lula da Silva, proceso en el cual también se aloja una perspectiva de tipo fundacional.<sup>19</sup> Es decir que en ambas instancias, nacional y regional, subyace la idea de barajar y dar de nuevo, reforzado por la simultaneidad de nuevos procesos políticos en los dos estados que componen, respectivamente, la locomotora y el primer vagón del nuevo tren integrador. Podemos conjeturar que la coyuntura política a escala nacional es co-constitutiva de la nueva coyuntura mercosureña.

El rescate de 'lo político' como organizador del relato argentino constituye un giro importante respecto del contenido semántico de los debates de 1991, donde los juegos de poder y la heterogeneidad eran desplazados por la naturalización de un pensamiento único y esencialista alrededor de una región económica, sin fronteras políticas ni ideológicas. En esta nueva etapa, la carga semántica de lo político se condensa básicamente en dos sentidos: como malla necesaria de contención del mercado, por un lado, y como disenso y confrontación, por el otro.

A partir de este cambio de perspectiva, viejos términos cobran nuevos significados. Así, 'integración', 'inserción' y 'tiempo nuevo' operan los cambios más significativos. El término 'integración' apunta a un proceso hacia el interior del MERCOSUR que pondera la heterogeneidad como dato principal. Sin embargo, frente a terceros, se habla de 'inserción' y de 'homogeneidad':

<sup>19</sup> El Partido de los Trabajadores (PT) es un partido construido 'desde abajo', a diferencia del resto de los partidos brasileños, de matriz estatal. Lanzado en 1979, gana las primeras elecciones presidenciales a fines del 2002.

*"...nuestra inserción en el comercio mundial para poder consolidar una imagen homogénea ante terceros en defensa de nuestros intereses comunes" (presidente Kirchner, Cumbre de Jefes de Estado del Mercosur, Bolivia y Chile, Montevideo, diciembre de 2003).*

Es decir que en este 'tiempo nuevo' de co-construcción de la empresa regional, se 'integra' entre diversos, al mismo tiempo que se 'inserta' internacionalmente, frente a terceros, como un bloque homogéneo con una sola voz.

### Corralito versus oportunidad

El análisis del debate uruguayo descubre un corte semiológico importante, parteaguas que podemos ubicar entre los años 2002 y 2003. Hasta el 2002, el MERCOSUR es una *"unidad de desiguales"* que funciona a pérdida para el Uruguay, a la manera de un *"corralito"*.

*"Lo que es un factor de crecimiento se transformó, utilizando una palabra argentina, en un "corralito", porque bajamos las exportaciones y tampoco podíamos salir a buscar afuera ningún mercado porque estábamos limitados por el Mervosur. Cuando nos incorporamos al Mercosur, deseosos de participar (...) desmantelamos la industria porque en la competencia con los industriales argentinos y brasileños, el que sobrevivió estaba muy apto para sobrevivir. Hemos perdido en los últimos años el 50% de las exportaciones al mercado brasileño y las perspectivas de la Argentina hasta el día de hoy señalan una disminución quizás aún mayor" (presidente Jorge Batlle, Conferencia de Prensa en la Embajada uruguayo en Brasilia, 3/4/02).*

Dentro de este marco semántico, se pondera la dimensión de lo económico sobre lo político, debiendo éste último adaptarse a las leyes del mercado, como así también resalta las ventajas de las relaciones bilaterales, en las que Chile funciona como modelo a imitar.

Para el 2003, en cambio, el MERCOSUR se convierte en una herramienta que se debe vigorizar y usar a plenitud.

*"El Mervosur es un instrumento que debe ser usado a plenitud" (canciller Didier Operti, entrevista a cargo de Emiliano Cotelo, Programa "En Perspectiva", en ocasión de la primera visita oficial del presidente Jorge Batlle a Lula da Silva, 14/5/03).*

En esta propuesta de renacimiento regional se pone un especial énfasis en la dimensión jurídica comunitaria para poner freno a conductas unilaterales (refiriéndose específicamente a conductas comerciales inconsultas por parte de Brasil).

Son dos los disparadores centrales del pasaje de un MERCOSUR de la pérdida hacia un MERCOSUR posible: el impacto de los procesos electorales en Argentina y Brasil (asunciones presidenciales de Kirchner y Lula), por un lado, y las dificultades del Uruguay en las negociaciones internacionales, por el otro. La voluntad de relanzamiento del MERCOSUR por parte de los 'socios mayores' coincide temporalmente con el reconocimiento por parte del Uruguay de importantes dificultades en las negociaciones internacionales, tanto las derivadas de Doha en la Organización Mundial del Comercio (OMC) como las relacionadas con Estados

Unidos. Es decir que los disparadores de este cambio discursivo corresponden a situaciones coyunturales externas al Uruguay. El proceso de regionalización de un país pequeño como Uruguay resulta fuertemente marcado y condicionado por irritaciones producidas desde el medio externo. Esto apunta a una diferencia importante con Brasil y Argentina, donde la coyuntura interna (cambios presidenciales en ambos casos) rediseña con más peso el devenir del nuevo entorno regional. Es decir que el nuevo contenido de la región MERCOSUR para Uruguay 2003-2005 queda discursivamente marcado por las inflexiones de la dinámica del contexto internacional.

### La supranacionalidad salvadora

En los debates paraguayos (gobiernos de González Macchi y Duarte Frutos) el relato de la 'verticalidad salvadora' va ganando cada vez más peso en la escena parlamentaria, poniendo énfasis en el relanzamiento del MERCOSUR político y económico, circunstancia que acompaña los nuevos tiempos de cambios presidenciales en Argentina (Néstor Kirchner) y Brasil (Lula da Silva).

*"Si la región no se integra, seremos fagocitados. Necesitamos un Mercosur mucho más político. No tenemos otra opción, otro futuro" (presidente Duarte Frutos, reportaje realizado por Clarín, diario argentino, agosto de 2003).*

La centralidad de formalizar el relanzamiento del MERCOSUR político constituye la estrategia indispensable para la supervivencia del Paraguay como estado-nación y sus posibilidades de aprovechar los potenciales o reales beneficios derivados de pertenecer a la nueva región.

*"No podemos concebir un proceso de integración cada vez más amplio pero que por otro lado carezca de organismos comunitarios que garanticen la concreción de sus proyectos" (presidente González Macchi, XIX Cumbre de Jefes de Estado del Mercado Común del Sur, Florianópolis, Brasil, 15/12/2000).*

Esta postura cupular arrincona discursivamente al relato de la 'horizontalidad productiva' y su facticidad porosa e informal.

*"Paraguay hoy presenta, no sólo un nuevo gobierno sino una nueva acción, de lucha decidida para que nuestro país tenga el respeto y la admiración por su vocación de superar la ilegalidad, la informalidad y sustituir esta realidad que fue lamentable por un estado de derecho, por el imperio de la legalidad. Estamos decididos a enfrentar a los falsificadores, al contrabando; pero así también necesitamos de un trato preferencial en el Mercosur" (presidente Duarte Frutos, firma del memorando bilateral entre Paraguay y Brasil, Brasilia, octubre de 2003).*

El fenómeno de la asimetría cobra máxima relevancia en la narrativa paraguaya. La cara visible de esta desigualdad lo constituye el desfase económico del doble arancel. La discusión acerca de esta barrera arancelaria se puede decodificar en términos simbólicos y cognitivos, ya que este trabajo no encara, ni

podría hacerlo, un análisis económico de la cuestión arancelaria, sino solamente una exploración en los niveles discursivos que co-constituyen la perspectiva economicista. Siguiendo esta línea, bajar o subir el arancel significa, entre otras cosas, producir transformaciones en las fronteras. Es un problema de fronteras que delimitan espacios. Bajar el arancel, respecto del oficial, es conformar una segunda frontera más flexible en torno al territorio paraguayo exclusivamente; es delimitar un espacio geográfico y económico diferente dentro de otro espacio mayor, conformado por los otros tres países. Esta frontera "blanda" se despega del espacio mercosureño al mismo tiempo que se abre a un mercado más amplio, y está en línea con ciertos aspectos más informales del 'relato de la horizontalidad productiva'.

Subir el arancel es conformar una frontera más "dura" que abarca la totalidad del mapa MERCOSUR; es la frontera de la "ley".

### Vocación geopolítica

Los debates brasileños de este tramo refuerzan y consolidan los ejes discursivos de los debates de origen, es decir: hegemonía indiscutida de Brasil dentro del MERCOSUR y reafirmación de una vocación geopolítica más amplia. En cuanto a la tensión nodal entre los Poderes Ejecutivo (relato nacional) y Legislativo (relato local), para el 2005 esta polaridad cede a favor de la consolidación del rol presidencial.

*"Hay un ansia por el liderazgo en el mundo. Y el presidente Lula corresponde un poco a una imagen de algo que está faltando" (entrevista al ministro Celso Amorim, concedida al diario Gazeta Mercantil, Brasilia, 7/2/03).*

La elección de Lula da Silva como líder nacional y regional indiscutido es avalado por el resto de los discursos mercosureños. En esta línea de profundización del liderazgo regional, nuevos destinatarios discursivos aparecen en la escena brasileña. Un destinatario negativo, o al menos amenazante, hace su entrada: se trata del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que se decodifica como sinónimo de Estados Unidos de Norte América.<sup>20</sup> La emergencia de esta nueva región de libre comercio nos permite rescatar discursivamente algunos de los atributos que definen la imagen del país Brasil frente a su nuevo interlocutor, como por ejemplo: la especialidad de Brasil en el concierto americano, la negociación entre iguales con Estados Unidos y la asunción de su responsabilidad directa en los acuerdos inter-regionales.

*"En su calidad de economía más grande de América del Sur, el Brasil tiene no solamente el derecho sino la obligación de ayudar a definir un proyecto de ALCA favorable a todos los países" (presidente Lula da Silva, Sesión de Apertura del "Encuentro Parlamentario sobre el Área de Libre Comercio de las Américas: el papel de los legisladores en el ALCA"; Cámara de Diputados, 20/10/03).*

---

<sup>20</sup> El ALCA se inicia en diciembre de 1994 en Miami con una cumbre de los 34 presidentes del continente (sin Cuba). La iniciativa de Estados Unidos tiene por objetivo crear una zona de libre comercio a partir de enero de 2005

Dentro de este marco semántico, adherir o no al ALCA constituye para el relato brasileño una falsa antinomia.

En síntesis, cambios y continuidades marcan el movimiento discursivo de un periplo regional en constante resignificación. La nación y la región (su exterioridad constitutiva) renuevan o sedimentan sus sentidos al ritmo de causas diversas, algunas veces de raíz endógena, y otras veces son los disparadores externos que impactan en su entramado. En este segundo período (2001-2005), previo a la institucionalización y profundización del MERCOSUR, hay dos líneas narrativas que reafirman sus relatos precedentes, pertenecientes a Paraguay y a Brasil. En el primer caso, se cristaliza la necesidad de la instancia supranacional para actuar "por derrame" en la precaria institucionalización del estado paraguayo, permitiendo a un Paraguay evanescente sortear su dimensión más informal de reglas difusas que habilitan actividades extra-legales. Por otro lado, la supranacionalidad, para países pequeños como Paraguay (y también Uruguay) significa nivelar un campo de fuerzas claramente desigual en sus orígenes. Brasil, por su parte, profundiza su línea hacia un fuerte presidencialismo, lo que da preeminencia al relato nacional y a su vocación de líder no sólo regional sino global.

Respecto de algunas rupturas de sentido con narrativas anteriores, el caso de Uruguay muestra a las claras cómo un país pequeño va rediseñando sus estrategias de cara a los cambios operados por acontecimientos externos a él, específicamente referidos a sus dos vecinos, los "socios mayores" de la región. La idea de integración oscila discursivamente entre ser un "corralito" del cual hay que desprenderse o una herramienta necesaria y eficiente, para usar a plenitud. Por su parte, Argentina produce un corte narrativo importante: frente a la necesidad de gestar la homogeneidad discursiva correspondiente al período 1991-1994, para el 2001-2005 la política deviene eje de organización de una empresa regional que tiene la heterogeneidad como signo nodal. Se produce así un deslizamiento de sentido, desde el repliegue de la política a las márgenes hacia una idea de lo político como juego de consensos y de disensos.

La empresa regional se va perfilando con viejos y nuevos sentidos que abonan sus estrategias económicas. La nación y la región oscilan entre sedimentar sentidos y barajar y dar de nuevo, y estos cambios semánticos marcan, impactan y reformulan el sinuoso devenir económico de esta joven empresa.

---

desde Tierra del Fuego hasta Alaska. Existen áreas muy sensibles para el MERCOSUR dentro de este nuevo marco regional. Las principales son: propiedad intelectual, inversiones, servicios, compras gubernamentales.

## El derecho mercosureño y sus relecturas

La traducción está implicada formal y pragmáticamente en cada acto de comunicación, en la emisión y en la recepción de todas y cada una de las modalidades del significado, ya sea en el sentido semiótico más amplio o en los intercambios verbales más específicos. Entender es descifrar. Atender al significado es traducir. George Steiner, Después de Babel.

Para el 2003, hay un reconocimiento indiscutido del liderazgo de Brasil en el marco regional. Este país se convierte en el "portaestandarte" de la región:

*"Brasil aparece hoy día posicionado en el terreno internacional como un país de porte universal, por lo tanto hay que reconocerlo así (...). La región necesita tener un portaestandarte" (canciller uruguayo Didier Operti, entrevista a cargo de Emiliano Coteló, Programa "En Perspectiva", en ocasión de la primera visita oficial del presidente Jorge Batlle a Lula da Silva, 14/5/03).*

Frente a este liderazgo, la dimensión jurídica cobra protagonismo en su posibilidad de limitar conductas individuales, igualar el campo de juego regional, nivelar asimetrías y proponer una nueva identidad político-jurídica: la región como sujeto de derecho comunitario. La prioridad de la escala comunitaria por sobre la nacional es punto conflictivo entre Brasil, por un lado, y Argentina, Uruguay y Paraguay, por el otro, aunque cada uno por distintas razones. Para los cuatro países fundadores, la dimensión normativa se convierte en tópico de disenso y confrontación en los intercambios discursivos de este período.

Dos sistemas compiten en la posible definición de las reglas de juego que norman las negociaciones regionales. Uno de ellos, el llamado 'legal oriented', exige la sanción de reglas claras, precisas y objetivas como malla normativa para enmarcar la discusión entre pares e igualar asimetrías. El otro, llamado 'bargain oriented', prescinde del marco jurídico explícito para poder flexibilizar los intercambios (Lavagna, 1997: 17). Brasil sostiene una actitud soberanista de negociar con flexibilidad para cada caso puntual y conflictivo que se presente (Furian Ardenghy, 1997: 58). En este sentido se expresa Lula da Silva ante el XIV Consejo Presidencial Andino (junio de 2003):

*"Debemos reafirmar la importancia de asegurar la vigencia del derecho internacional y privilegiar el ejercicio de la diplomacia".*

El ejercicio de la diplomacia que menciona la cita hace referencia a la idea de un sistema intergubernamental y no supranacional, éste último con efectos erga omnes.

Argentina pone énfasis en el sistema 'legal oriented', cuyo propósito es lograr un marco jurídico que limite actitudes individualistas e incentive conductas consensuadas y obligatorias en la región. En este sentido, la reforma constitucional de 1994 (art. 74, inc.22 y 24), establece la

incorporación inmediata (sin necesidad de discusión parlamentaria) del derecho comunitario y con el mismo nivel jerárquico que la Constitución Nacional.

*"Debe subrayarse la iniciativa de impulsar un procedimiento ágil para la aplicación inmediata de la normativa Mercosur que no requiere tratamiento parlamentario" (presidente Kirchner, Cumbre de Jefes de Estado del Mercosur, Bolivia y Chile, Montevideo, diciembre de 2003).*

La ponderación de la dimensión jurídica en el debate uruguayo se convierte en herramienta de control de cualquier planteo de discrecionalidad unilateral. El canciller Operti aclara que el reconocimiento del liderazgo brasileño *"no es un cheque en blanco, no es una aprobación infinita"*. El riesgo que se corre sin una contención de tipo jurídica es que Uruguay se convierta en *"provincia cisplatina"* (canciller Didier Operti, entrevista al Semanario Crónicas, 26/12/03).

El caso de la compra brasileña de arroz subsidiado a los Estados Unidos en el que Brasil no monitoreó la oferta de arroz disponible de sus vecinos regionales, es puesto como ejemplo de actitud individual y no consensuada que dispara la necesidad de una malla normativa común:

*"Lo que hizo Brasil se puede hacer. Estamos en terreno no legislado. No hay norma que lo prohíba (...). El Mercosur no tiene todavía adentro un elemento vinculante obligatorio que imponga a los países el deber de no adquirir oferta subsidiada" (canciller Didier Operti, entrevista a cargo de Emiliano Coteló, 14/5/03).*

Pasar de una *"apuesta puramente retórica a una apuesta real"* implica para Uruguay lograr una unificación normativa que garantice la equidad en el comportamiento comunitario. Pero no sólo eso: el pedido del canciller es *"limpiar el pasado"*, esto es, lograr la aplicación inmediata del derecho comunitario, sin necesidad de su ratificación por parte de los poderes legislativos nacionales,

*"que es lo que explica que menos del 50% de las normas del Mercosur hayan sido incorporadas por los Estados parte, y por lo tanto no tienen efecto obligatorio" (Operti).*

En última instancia, el relato uruguayo sólo puede sortear sus temores alrededor de su génesis traumática a través de la nivelación y previsibilidad que una malla jurídica formal puede ofrecer a sus miembros:

*"que un país chico se sienta capaz de sentarse en la mesa de las razones con la fuerza del mayor (...). Los países no son grandes o chicos a la hora de reglamentar sus derechos" (canciller Didier Operti, inauguración del "Centro para el estudio y la divulgación de los aspectos jurídicos de la integración del área fronteriza", 30/4/04).*

Si pensamos simultáneamente en los tres subsistemas económico, político y jurídico y en las prestaciones que intercambian, podemos afirmar que tanto el relato argentino como el uruguayo y paraguayo de este período, proyectan un timón de corte político para monitorear el mercado, al mismo tiempo que construyen una malla de contención jurídica (sistema 'legal oriented') para frenar arbitrariedades en el sistema político. Mientras el campo jurídico nivela a sus integrantes, el político intenta controlar y contrapesar el sistema económico. La búsqueda de simetría e igualdad se torna imprescindible, y es en las dimensiones política y jurídica donde se vislumbra el logro de cierta equiparación en el marco de un MERCOSUR económico.

## Lo visible y lo oculto en el proceso regional

Siempre es el contexto el que, como suele decirse, decide el sentido que ha tomado la palabra en determinada circunstancia del discurso; a partir de allí, las disputas sobre las palabras pueden ser interminables: ¿Qué quiso decir? Y es en el juego de la pregunta y la respuesta donde las cosas se precisan o se confunden. Pues no sólo hay contextos evidentes; hay también contextos ocultos y lo que llamamos las connotaciones, que no siempre son intelectuales, a veces son afectivas; no todas son públicas, a veces son propias de un medio, de una clase, de un grupo, incluso de un círculo secreto. Existe el margen disimulado por la censura, lo prohibido, el margen de lo no dicho, surcado por la figura de lo oculto. Paul Ricoeur, Sobre la traducción.

Los diseños discursivos de la nación y de la región son un intento hermenéutico de captar los claroscuros de una empresa en constante construcción. En tanto instancias de producción de sentido, los sentidos de lo nacional y lo regional se asientan sobre un sustrato paradójico, en un doble registro al mismo tiempo alusivo y elusivo. Aluden a ideas de armonía y homogeneidad al mismo tiempo que eluden las profundas asimetrías, desigualdades y conflictos de todo proceso social. Sus dos polos, homogeneidad y asimetría, aportan una dinámica vital donde lo que se muestra, coexiste con lo que no se muestra, siendo ambas instancias co-constitutivas de lo real. En otras palabras, la homogeneidad formal y la desigualdad real de cada espacio político funcionan al mismo tiempo en planos de visibilidad e invisibilidad. A título de ejemplo, el relato paraguayo de la supranacionalidad reclama visibilidad en la integración, mientras que su antagónico solicita la invisibilidad para continuar siendo una frontera porosa informal. Son dos narraciones intranacionales con miras opuestas, cuyas estructuras se sostienen sobre la base de lo que eluden.

Resumiendo, entonces, nuestra preocupación nodal es mejorar la inteligibilidad en el diálogo entre culturas políticas diferentes en el marco de un proyecto común de integración. Inteligibilidad en el diálogo significa profundizar y tornar explícitas tanto las diferencias como las concordancias entre lógicas nacionales diversas, para el logro de acuerdos de cara a los nuevos procesos comunitarios latinoamericanos. En segunda instancia, se trata de comprender cómo las prácticas institucionales del periplo mercosureño producen y reproducen consensos, legitimidad, poder, ideología (Cárcova, 2007: 189).

La integración desde las diferencias reales y desde la igualdad formal conforma una estructura inestable, cuya imposibilidad resolutoria es garantía de supervivencia y de la posibilidad de nuevas narraciones. Sólo las realidades canónicas y no narrativas pueden leerse y releerse a sí mismas. No creemos que éste sea el destino de la dimensión discursiva aplicada a los procesos de integración regional.

## Bibliografía

- Abélès, Marc (1996) *En attente d'Europe*. Hachette, París.
- Abínzano, Roberto (1993) *Mercosur: un modelo de integración*. Editorial Universitaria (Universidad Nacional de Misiones), Misiones.
- Anderson, Benedict, (1993) *Comunidades imaginadas*. FCE, Buenos Aires.
- Arditi, Benjamín, (1994) "Cálculo y contingencia en las transiciones a la democracia". En L. Bareiro, T. Escobar y S. Sosnowski (comp.) *Hacia una cultura para la democracia en el Paraguay*, Dirección de Cultura de la Municipalidad de Asunción, Universidad de Maryland y CDE, Asunción.
- Balakrishnan, Gopal (1996) (comp) *Mapping the Nation*. Verso, Londres.
- Bhaba, Homi (2002) *El lugar de la cultura*. Manantial, Buenos Aires.
- Balze, Felipe de la, (2000) "El destino del Mercosur. Entre la unión aduanera y la 'integración imperfecta'". En Felipe de la Balze, comp.) *El futuro del Mercosur. Entre la retórica y el realismo*. ABA, Buenos Aires.
- Bareiro, Line, (1994) "Hilos enredados", en *Hacia una cultura para la democracia en el Paraguay*. En L. Bareiro, T. Escobar y S. Sosnowski (comp.) Dirección de Cultura de la Municipalidad de Asunción, Universidad de Maryland y CDE, Asunción.
- Braga, María Laura, (1999) "La teoría semiológica de Verón". En V. Zecchetto (coord.), *Seis semiólogos en busca del lector*. Ciccus La Crujía, Buenos Aires.
- Caetano, G. y Rilla, J., (1998) *Historia contemporánea del Uruguay. De la Colonia al Mercosur*, Colección Clae. Montevideo.
- Campbell, Jorge/Rozemberg, Ricardo/ Svarzman, Gustavo (1999) "Argentina-Brasil en los '80: Entre la cornisa y la integración". En Campbell, Jorge (editor). *Mercosur. Entre la realidad y la utopía*. Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires.
- Cárcova, Carlos María. (2007) *Teorías Jurídicas Post Positivistas*, LexisNexis, Buenos Aires.
- (1998) *La opacidad del derecho*, editorial Trotta, Madrid.
- Carvalho, José Murilo de (1995) *Desenvolvimento de la ciudadanía en Brasil*. Fondo de Cultura Económica, Méjico.
- CEPAG, (1991) *El precio de la paz*. Imprenta Salesiana, Asunción.
- Charaudeau, Patrick y Maingueneau, Dominique (dir.) (2005) *Diccionario de análisis del discurso*. Amorrortu, Buenos Aires.
- Costa Lima, Marcos. (2001) "A dinamica espacial do Mercosul: assimetrias em regiões brasileiras". En Sierra, Gerónimo de (comp.) *Los rostros del Mercosur. El difícil camino de lo comercial a lo societal*. Clacso, Buenos Aires.

- De Riz, Liliana. (1989) "Política y partidos. Ejercicio de análisis comparado: Argentina, Chile, Brasil y Uruguay". En Cavarozzi, Marcelo y Garretón, Manuel Antonio (editores) *Muerte y Resurrección. Los partidos políticos en el autoritarismo y las transiciones en el Cono Sur*. Flacso, Chile.
- De Sierra, Gerónimo (2001) (comp.) *Los rostros del MERCOSUR. El difícil camino de lo comercial a lo societal*. Clacso, Buenos Aires.
- Díaz Labrano, Roberto Ruiz (1997) "Supranacionalidad en el Mercosur". En *Temas del Mercosur, No. 3. Seguridad jurídica y estructura institucional*. Fundación Andina, Buenos Aires.
- Eco, Umberto (2002) *Interpretación y sobreinterpretación*. Cambridge University Press, España.
- Entelman, Ricardo (2006) "Discurso normativo y organización del poder". En Enrique Marí y Carlos Cárcova, *Materiales para una teoría Crítica del Derecho*. LexisNexis, Buenos Aires.
- Escalante Gonzalbo, Fernando (1995) *Ciudadanos imaginarios*, El Colegio de Méjico, Méjico.
- Ferrer, Aldo y Jaguaribe, Helio (2001) *Argentina y Brasil en la globalización. ¿Mercosur o Alca?* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- Freud, Sigmund, (1994) "El porvenir de una ilusión". En *Obras completas*, volumen 21. Buenos Aires, Amorrortu.
- Furian Ardenghy, Roberto (1997) "La supranacionalidad en las instituciones jurídicas del Mercosur". En *Temas del Mercosur, No. 3. Seguridad jurídica y estructura institucional*. Fundación Andina, Buenos Aires.
- Gil Kinzo, María D'Alva (1992) "La cuestión partidaria en Brasil". En Garretón, Manuel Antonio (comp.). *Los partidos políticos en los noventa. Seis casos latinoamericanos*. Flacso, Chile, 1992.
- Gonzalez Oldekop, Florencia (1997) *La integración y sus instituciones*. Ciudad Argentina, Buenos Aires.
- Grimson, Alejandro (2003) *La nación en sus límites. Contrabandistas y exiliados en la frontera Argentina-Brasil*. Gedisa, Barcelona.
- Guilhon Albuquerque, José Augusto (2000) "La nueva geometría del poder mundial en las visiones argentina y brasileña". En Balze, Felipe de la (comp.). *El futuro del Mercosur. Entre la retórica y el realismo*. ABA, Buenos Aires.
- Hannerz, Ulf (1996) "Lo local y lo global: continuidad y cambio". En *Conexiones transnacionales, cultura, gente y lugares*, Capítulo 2, Frónesis Cátedra Universitat de Valencia, Valencia.
- Iglésias, Francisco (1995) *Historia contemporánea del Brasil*. Fondo de Cultura Económica, Méjico.
- Jelin, Elizabeth (2003) (comp) *Más allá de la nación: las escalas múltiples de los movimientos sociales*. Libros del Zorzal, Buenos Aires.
- Jelin, Elizabeth, (1999) "Introducción", en *Estado y sociedad civil: el acuerdo formal y el cambio en el marco interpretativo para los actores*. International Social Science Journal, No. 159.
- Laclau, Ernesto (1996) *Emancipación y diferencia*. Ariel. Buenos Aires.
- Klein, Irene (2007) *La narración*. EUDEBA, Buenos Aires.

Kosellek, Reinhart (1997) "Historia y hermenéutica". En Kosellek, R. y Gadamer, Hans-Georg, *Historia y hermenéutica*, Paidós, Barcelona.

Lafer, Celso (2002) *La identidad internacional de Brasil*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

Lavagna, Roberto (1998) *Argentina, Brasil y Mercosur. Una decisión estratégica*. Ciudad Argentina, Buenos Aires.

Llenderozas, Elsa (2001) "Las percepciones estratégicas en un contexto de integración regional: los casos de Argentina y Brasil". En Pinto, Julio (comp.). *Argentina entre dos siglos. La política que viene*. Eudeba, Buenos Aires.

Malamud, Andrés (2001) "Democracias presidencialistas y procesos de integración. Hacia un enfoque comparativo del Mercosur". En Pinto, Julio (comp.). *Argentina entre dos siglos. La política que viene*. Eudeba, Buenos Aires.

Martínez García, Jesús (1992) *La imaginación jurídica*, Editorial Debate, Madrid.

Oliven, Ruben George (1999) *Nación y modernidad. La reinención de la identidad gaúcha en el Brasil*. Eudeba, Buenos Aires.

Olivieri Alberti, Alicia (2001) "Sistemas de partidos y consolidación democrática: una mirada al caso Brasil desde Argentina". En Pinto, Julio (comp.). *Argentina entre dos siglos. La política que viene*. Eudeba, Buenos Aires.

Paasi, A. (1991) "Deconstructing regions: notes on the scales of spatial life". En *Environment and Planning*, vol. 23.

Palti, Elías (2003) *La nación como problema. Los historiadores y la "cuestión nacional"*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

Recondo, Gregorio (comp.) (1998) *Mercosur. La dimensión cultural de la integración*. Ciccus, Buenos Aires.

Rial, Juan, (1989) "Continuidad y cambio en las organizaciones partidarias en el Uruguay: 1973-1984". En Cavarozzi, M. y Garretón, M. A. (coord.), *Muerte y resurrección. Los partidos políticos en el autoritarismo y las transiciones del Cono Sur*, Flacso, Chile.

Ricœur, Paul (1999) *Teoría de la interpretación*, Siglo Veintiuno, España.

(2001) *Del texto a la acción*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

Rodriguez, José Carlos (1994) "Gobernar la utopía: de la alucinación a la imaginación democrática". En L. Bareiro, T. Escobar y S. Sosnowski (comp.) *Hacia una cultura para la democracia en el Paraguay*, Asunción, Dirección de Cultura de la Municipalidad de Asunción, Universidad de Maryland y CDE.

Rodriguez Alcalá, Guido, (1994) "Temas del autoritarismo". L. Bareiro, T. Escobar y S. Sosnowski (comp.) En *Hacia una cultura para la democracia en el Paraguay*, Asunción, Dirección de Cultura de la Municipalidad de Asunción, Universidad de Maryland y CDE.

Rousseau, Dominique (2007) *Le droit dérobé*. Montchrestien. Paris.

Ruiz, Alicia (2001) *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*. Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

- Schutz, Alfred (1995) *El problema de la realidad social*. Amorrortu. Buenos Aires.
- Schvarser, Jorge (2001) "El Mercosur: un bloque económico con objetivos a precisar". En Sierra, Gerónimo de (comp.) *Los rostros del Mercosur. El difícil camino de lo comercial a lo societal*. Clacso, Buenos Aires.
- Serna, Miguel (2001) "Desarrollo desigual e integración: las múltiples "asimetrías" del Mercosur". En Sierra, Gerónimo de (comp.). *Los rostros del Mercosur. El difícil camino de lo comercial a lo societal*. Clacso, Buenos Aires.
- Sigal, Silvia y Verón, Eliseo (1986) *Perón o muerte*, Buenos Aires, Legasa.
- Todorov, Tzevan (1991) *Nosotros y los otros*. Méjico, Siglo Veintiuno.
- Vanossi, Jorge (1997) "Perfil jurídico-institucional del fenómeno de la integración latinoamericana". En *Temas del Mercosur, No. 3. Seguridad jurídica y estructura institucional*. Fundación Andina, Buenos Aires.
- Van Dijk, Teun A. (comp.) (2000) *El discurso como interacción social*; Gedisa, Barcelona.
- Van Roermund, Bert, (1997) *Derecho, relato y realidad*, Tecnos, Madrid.
- Verón, Eliseo (2004) *La semiosis social*, Méjico, Gedisa.
- White, Hayden, (1992) *El contenido de la forma*, Paidós, Barcelona.
- Wolfzun, Nora Inés (2001) *En qué creen los que creen. Conversaciones acerca del Mercosur*, Cuadernos para el debate No. 13, IDES, Buenos Aires.
- Žižek, Slavoj (2000) *Mirando al sesgo*, Paidós, Buenos Aires.

## RESEÑA

### **Daniel Feierstein (2012) *Memorias y Representaciones. Sobre la elaboración del genocidio*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 209 pp.**

**Por Guido Leonardo Croxatto\***

Sostiene Stanley Cohen, profesor de la London School of Economics (LSE), en su libro *Estados de Negación, Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, (discusión sobre la Memoria y la Historia en la que la Argentina tiene un papel preponderante por su presente y por su pasado), que “Los enigmas de las negaciones y la mala fe están codificados dentro del lenguaje que utilizamos para conversar con los demás y con nosotros mismos acerca de las atrocidades y el sufrimiento” (COHEN 1993, 140). El lenguaje que hablamos no es inocente, puro ni neutral, determina nuestro presente. El lenguaje mismo que hablamos (el lenguaje que habla la ciencia, el lenguaje que habla y construye el Derecho) y que utilizamos para pensar el pasado, es a su vez parte de ese pasado-presente que queremos estudiar, pero también sobre el presente en que actuamos. El lenguaje no es nunca pues un mero instrumento aislado, un inocente vehículo de transmisión de ideas inofensivas y abstractas, un instrumento o técnica que se puede pulir como si tuviera poco que ver con aquellos fenómenos que enuncia: es una parte inescindible de ellos (HEIDEGGER 1947). Los que vencen no solo escriben la Historia. También imponen su lenguaje, sus palabras, sus categorías: sus prismas condicionan todo análisis. También suelen escribir el Derecho y determinan, más aun, el lenguaje que se impone –para hablar, para pensar, para proyectar, para dialogar, para cuestionar incluso- en una cultura. Por eso es difícil llegar a ver aquello que quienes escriben la Historia –y el Derecho- no quieren que sea vea ni se diga. Aquello que no se pronuncia, aquello que queda negado en la Historia desaparece de la palabra misma: se torna un “imposible” del lenguaje mismo, que apenas si puede ser “salvado”, como dice Heidegger, por la poesía, (morada de todo el Saber, cuyo guardián último no es el científico, es el poeta) o como afirma Hayden White, por la creación/ficción como parte de una “reconstrucción” que es, a pesar de eso, a pesar del recurso a las ficciones para llenar vacíos, huecos (desapariciones); una narración que alcanza a mostrar, a pesar del recurso a ficciones, un hecho real. La Memoria lucha así contra la desaparición en y de –y desde- la palabra. Esta es la primera gran particularidad del libro de Feierstein, pensar la memoria pensando los debates más acuciantes de la filosofía contemporánea y de la filosofía del lenguaje, pensar la conciencia<sup>1</sup> –y pensar al Sujeto, a los

---

\* UBA-CONICET.

<sup>1</sup> En los debates (de filosofía y antropología filosófica, en torno del estructuralismo post-humanista) de Levi-Strauss con Sartre en Francia sobre el sentido del humanismo y los conceptos centrales de las ciencias sociales, como los

sujetos- pensando el lenguaje. Eso que la memoria es: lenguaje y acción. Palabras que buscan objetivos concretos. En el caso argentino: terminar con la impunidad, generar una reparación histórica, acceso a la justicia pero también acceso a la palabra: la memoria no es nunca, como advertía Duhalde, el mero “recuerdo”. Es –como todo saber de la ciencia social- un trabajo de elaboración y narración eminentemente político y crítico. Nunca “imparcial”. Nunca “neutral”. Nunca “puro”. La memoria –a diferencia de las ciencias y de la Historia- se “embarra” con la “parcialidad” de las víctimas. Con sus recuerdos, ficciones: con su dolor.

El lenguaje conforma nuestra identidad y nuestra memoria. El lenguaje conforma nuestro presente y nuestro pasado. Por eso la memoria se vincula a la democracia. Porque la memoria construye de muchas maneras la conciencia del sujeto. Feierstein comprendió de manera inmejorable este proceso (donde historia, cultura, Derecho y psicología social se imbrican mutuamente) y quiere establecer, a través de este escrito valioso, las condiciones de un diálogo pendiente de la democracia argentina. Por eso se pregunta sobre el final del trabajo de qué modo la memoria puede dar forma a un legado. Esa preocupación cruza Memoria y Derecho. Pensamiento y acción. La memoria interroga la forma en que se forman también hoy los abogados, pensar la memoria sirve también para pensar cómo se enseña el Derecho en Argentina: con qué objetivos se forman abogados y jueces. A través de este libro vemos cómo la memoria forma –y el olvido deforma, y reprime- a la sociedad.

“La tortura busca algo más que la renuncia de la voluntad de combate. La tortura busca la renuncia de la propia identidad”, dice Feierstein en las primeras páginas del libro. “Vale la pena observar los rostros de

---

conceptos de Hecho Histórico, de Intención, de Hombre, de Voluntad, de Determinación, de Verdad, de Conciencia, se debate el sentido mismo del lenguaje que emplea el Derecho; el lenguaje mismo que se estudia en las facultades y se emplea en las sentencias judiciales es impugnado severamente por el estructuralismo. El lenguaje del Derecho (y la subjetividad jurídica) es producto directo de la modernidad y del humanismo. Los debates del estructuralismo con el humanismo en Francia tienen pues una implicancia directa en la filosofía jurídica, en ese debate se juega el sentido de los conceptos (y marcos teóricos) medulares que aún hoy emplea –de manera no siempre feliz, un “lenguaje” cartesiano que fuera y todavía hoy es impugnado por distintas corrientes (el feminismo, el marxismo, etc.)- el Derecho. El Derecho –la filosofía legal- no puede permanecer ajeno a estos debates, tampoco a los cruciales debates de la antropología filosófica y a su abandono (central para la subjetividad moderna) del dualismo cartesiano. La Antropología filosófica discute –en su paso del dualismo cartesiano al monismo- nada menos que el lugar que las ciencias sociales le otorgan a la corporalidad: se discute el status de “sujeto”, de allí las discusiones sobre los derechos de los animales o de naturaleza, porque ya no tienen derecho solo los sujetos dotados (como las personas humanas) de razón.

También la memoria se centra en el “status” que el Saber le otorga –le ha otorgado, también en tiempos oscuros- a los “cuerpos”, a la corporalidad negada/desaparecida. La discusión sobre el valor del cuerpo (de las emociones, de la “sensibilidad” puesta frente a la Razón, de lo “concreto” frente a lo abstracto) es acaso la discusión más importante que enfrenta hoy la filosofía contemporánea y sus implicancias sobre el derecho (penal y civil) son directas. El “auge” de la Memoria (otros hablan de “abuso”) –vinculada a la recuperación de los cuerpos –restos- desaparecidos- se inscribe en este marco teórico de debates sobre la corporalidad y la historia de “negación” de los cuerpos que trae consigo el Saber. El paso del dualismo al monismo en la antropología también es parte de la reivindicación de la corporalidad (presente y pasada) desaparecida de la Historia. Es un “cuerpo” (cuerpos) que pujan por aparecer, por hacerse oír, por ser vistos. La discusión sobre el valor (auge, “abuso”) de la Memoria (frente al sentido de la Historia) se inscribe en esta discusión sobre el valor y el sentido de la corporalidad, sobre los cuerpos que “desaparecieron” de –dejados sin- la Historia –fueron negados- pero “aparecen” (reaparecen, “hablan”) con la Memoria, que es un tipo de Saber diferente y más comprometido (menos “imparcial”, más “corporal”, más “político”, más “sensible”, con más “emociones”, con más “cuerpo”) que la Historia con sus historiadores “profesionales”, académicos (presentados muchas veces como profesionales neutrales y “apolíticos”: la Memoria entiende o asume que la escritura de la Historia no puede ser nunca apolítica; esto es: sin intereses sobre el presente).

familiares y sobrevivientes de las víctimas cuando los jueces leyeron el fragmento de la sentencia que menciona que la condena se realiza por crímenes contra la humanidad cometidos en el marco de un genocidio. Quizás la observación de dichos rostros pueda dar otra pauta para entender las consecuencias de ciertas “verdades jurídicas” en las posibilidades de elaboración. Este primer volumen se propone como un aporte, entre otras cosas, para comprender el origen y el sentido de dichas expresiones.” Feierstein es uno de los científicos sociales referentes en la discusión latinoamericana sobre la memoria histórica y fue el principal promotor del empleo del término genocidio para pensar tanto la realidad pasada de las dictaduras que vivió la región en los 70, como así también prácticas actuales (prácticas genocidas, como las denomina el autor) que se viven en la región.<sup>2</sup>

Este libro de Daniel Feierstein (profesor e investigador del CONICET-UBA, Presidente de la International Association for Genocide Scholars; IAGS y Director del Centro de Estudios sobre Genocidio, de la Universidad Nacional Tres de Febrero) es un aporte sensible para un país que viene haciendo de la memoria y los juicios de lesa humanidad (donde se redescubre un pasado que no se quería ver, se escuchan verdades que no se querían escuchar, que fueron largo tiempo negadas) el eje esencial para pensar la democracia<sup>3</sup>.

Sostiene el autor que éste es el primer volumen de un proyecto de trilogía que, con el objetivo de analizar crítica y rigurosamente las diversas consecuencias de las *prácticas sociales genocidas* (un término sobre el que el autor solía discutir con Eduardo Luis Duhalde, que prefería hablar de *Terrorismo de Estado*; DUHALDE, 1984), abordará en una primera etapa los procesos de memoria y representación. Esto es lo que promete Feierstein en este libro. Reinterpreta e interroga el lugar de la memoria en la sociedad argentina. Pero el libro va más allá de una descripción en diversos escenarios de los derroteros de la memoria (neurociencias, filosofía, teoría política, categorizaciones); el propio libro lleva al autor, en más de un momento, a hacerse preguntas complejas, que no obtienen siempre respuesta. Así, por ejemplo, el autor interroga la relación entre Memoria y Realidad, adentrándose en complejos debates sobre la constitución de los recuerdos, interrogando, desde allí, el lugar de la conciencia en el ser humano. El status de la conciencia es un debate complejo en la filosofía legal y en el derecho penal. De allí dependen conceptos tales como libre albedrío, voluntad, hechos concretos, acción humana, intención. Historia. Este

<sup>2</sup> El Prof. Zaffaroni sostiene que en la región se vive un “genocidio por goteo”, similar al Holocausto, producto de las víctimas torturadas, asesinadas y desaparecidas a diario por las fuerzas de seguridad en países de Centro y Sud América, pasando por los falsos positivos de Colombia a los miles de jóvenes asesinados o torturados en cárceles de Guatemala, Honduras, Paraguay o Brasil. La violencia institucional –e institucionalizada- es uno de los mayores riesgos que enfrentan los países de la región. La discusión sobre las “prácticas sociales genocidas” que promueve activamente Daniel Feierstein aporta un prisma para pensar un “pasado” (genocida) que pervive de muchos modos en el presente, un pasado genocida que no ha “acabado”, sino que pervive (y este es el objetivo “político” de la Memoria, lo que la Memoria, en tanto constitución de un Saber diferente, pretende mostrar, hacer evidente) en la forma de “prácticas” sociales, de estructuras que las dictaduras han logrado instalar mucho más allá de sí mismas, por ejemplo, en las fuerzas de seguridad, en los lenguajes, en las culturas, en las formas de pensar y transmitir el Conocimiento, etc.

<sup>3</sup> Algunos autores –como el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti- mencionan incluso a estos juicios de derechos humanos como parte de un nuevo contrato social –democrático, civil, republicano, capaz de dar basamento a toda la República- de todos los argentinos. Como un nuevo contrato ético, constitutivo de toda la democracia. (LORENZETTI, R. y KRAUT, A. 2013)

cuerpo de conceptos son los emergentes de la modernidad y el humanismo, en la cual se construyen categorías tan esenciales –para el Derecho- como la noción de Sujeto. Cuando Levi-Strauss impugna, desde el estructuralismo francés (LEVI-SRAUSS 1962), categorías tales como “hecho histórico”, “verdad”, “hombre”, voluntad, intención, conciencia, (no en vano llamado “anti-humanista”) está impugnando la base misma –el lenguaje humanista- sobre la que se edificó el Derecho liberal, que es un producto de la modernidad y del humanismo. La crisis de la modernidad –la crisis del humanismo, la crisis de todo el “saber”, como afirma Adorno (ADORNO, 1931)- no es una crisis ajena a las categorías jurídicas esenciales, las categorías que emplea el Poder Judicial en sus sentencias y razonamientos, con sus modelos sobre lo “humano”. La crisis de la modernidad es una crisis para el lenguaje mismo que emplea el Derecho. Una crisis de sus construcciones y metáforas<sup>4</sup>. El auge (Todorov diría el “abuso”) de la Memoria se inscribe en esta encrucijada teórica que atraviesan las ciencias sociales.

El autor explica que este libro es el primero de una trilogía que proyecta plasmar. Este primer volumen se centra en las memorias y representaciones del horror, con eje histórico en la experiencia argentina. El segundo volumen trabajará las problemáticas del juicio, entendidas tanto en su sentido filosófico (la capacidad de juzgar como parte de los mecanismos de la consciencia y el sujeto, muy problematizados en la filosofía contemporánea, sobre todo a partir del debate del humanismo con el estructuralismo en Francia) como en la materialidad de los procesos judiciales librados en nuestro país. El tercer volumen, sostiene, se abocará a un análisis crítico de los distintos niveles de las responsabilidades, también centrándose en el caso argentino. “Y en los tres volúmenes –memorias, juicios, responsabilidades, las preguntas buscarán articularse con los posibles trabajos de elaboración de las marcas dejadas en las subjetividades y en el tejido social por las prácticas sociales genocidas”. Esos trabajos de elaboración se vinculan a una visión de la memoria heredada de Henry Bergson, que trasciende la distinción presente-pasado. Lo que importa es que a través de la memoria los hombres actúan. Hay una actuación concreta. En la acción humana se desdibuja la línea tajante que fija la Historia entre el presente y el pasado. Se difumina esa frontera que traza el historiador.

<sup>4</sup> Cuando Martha Nussbaum –profesora de ética en la Universidad de Chicago y autora de libros esenciales para el Derecho –la filosofía ética y la filosofía legal- como *Justicia Poética* o *La Fragilidad del Bien-* apela –como otros autores- a la literatura para repensar el Derecho está buscando en la literatura –en la poesía, en los poetas, en los novelistas, en el teatro incluso- una forma de “humanizar”, de volver a humanizar, de volver más “humano”(a los ojos de la sociedad, o del mal llamado –desde la eminencia del propio Derecho con sus doctrinas, rituales y lenguajes, estrados elevados- “hombre común”), de volver a dotar de Palabra, lo que el siglo XX había deshumanizado y arrastrado al silencio: también el Derecho ha perdido “palabra”, ha perdido “referencias” comunes, (como afirma Carlos Monsivais en su ensayo *Las Alusiones perdidas*, un lenguaje y una cultura que ha perdido “alusión”, que con la especialización y la tecnificación, ha perdido “alusiones”, espacios comunes –políticos- para la participación plural, el diálogo y el intercambio, todo lo cual es –o fue- la base del humanismo occidental y también de nuestro Derecho, MONSIVAIS 2007) se ha tecnificado-deshumanizado, en el sentido que también advertía, paradójicamente, el propio Martín Heidegger en Alemania. Humanizar al Derecho –impedir que el Derecho quede reducido a ser una mera técnica formal y “vacía” (apta para cualquier régimen, totalitario o no), con los peligros a que queda expuesto ese Derecho tecnificado y deshumanizado, lograr que el Derecho vuelva a hablar, a tener Voz, a tener Palabra- es devolverle sentido a sus categorías esenciales, primarias (producto de la modernidad y el humanismo) es humanizar su lenguaje, volverlo abierto, accesible, más transparente, menos cerrado, menos “profesional”. De este modo, se puede y se busca (con la alusión a la poesía en Nussbaum, a las “alusiones” comunes “perdidas” en Monsivais)

Desde las primeras líneas, Feierstein pone en cuestión una asignatura pendiente de muchas disciplinas sociales, de la que no está exento el Derecho: la interdisciplinariedad. La interdisciplinariedad se vincula a la memoria. La memoria rompe, justamente, los marcos establecidos de cada “disciplina” cerrada. La memoria es un espacio que –como decía Adorno- no emerge de un sistema completo de saber. Es la consecuencia, por el contrario, de la anulación (en los campos de exterminio) de todos los saberes “científicos” y de todos los sistemas puros que el hombre había elevado. La memoria es la consecuencia de una crisis del Saber. El Derecho está sumergido también en esa crisis. La memoria interroga al Derecho, le ha hecho preguntas nuevas e incómodas al Derecho. Esa es la tarea de la memoria: preguntar. Interpelar. Inquirir. Abrir lo que no pudo ser pensado. (SCHERER 2005)

La memoria acaba también con la neutralidad de los saberes<sup>5</sup>. Destruye este postulado moderno del saber “apolítico”. Hay en verdad una revolución epistemológica a partir de la memoria (lo que algunos llaman con equivocación un “abuso”, Feierstein también cuestiona al ensayista búlgaro radicado en París – referente por sus análisis literarios- por sus apresuradas conclusiones sobre las Políticas de la Memoria al visitar un par de días Argentina, TODOROV 2010) Tal vez por eso el diálogo entre disciplinas que menciona el autor es aún tan pobre. Porque el entrecruzamiento (la interdisciplinariedad) supone también de algún modo el abandono de un presupuesto que fuera decisivo: el de la neutralidad (apoliticidad, “pureza”) –contracara de la “completitud”- del saber. (Esa ambición primaria de neutralidad – completitud, formalidad, totalidad, pureza- respondía a su vez a la ambición de la modernidad de que se podía construir un “saber completo”, un saber “neutral-puro” es un saber que no depende de otra cosa más que de sí mismo para ser completo, la neutralidad sería así, en ese esquema, una garantía de “completitud” y “progreso”, el “recorte” sería una “politización” que “rebaja” el saber de los científicos cuya meta es la Verdad “sin banderías”) Este fue un presupuesto falso sobre el que se edificó durante

---

impedir que los abogados se conviertan en meros “tecnócratas” o burócratas de escritorio, con los riesgos que esta tecnificación entraña para la sociedad y el Derecho.

<sup>5</sup> El siglo XX nos mostró de manera dramática con sus campos de exterminio (sus fábricas de la muerte, para usar la expresión de Horkheimer, sus jaulas de hierro, como dijo Weber) que el saber no es nunca apolítico. Ni neutral. Que las Universidades –como fábricas, y como jaulas- no están nunca en una burbuja, y que el conocimiento gestado en ellas no es nunca “puro”. Que los científicos, profesores, estudiantes, que conforman una comunidad universitaria, disponen de un saber que no es neutral jamás.

La Historia (la visión dominante o imperante en la Academia, en la cual autores como Hayden V. White también son críticos marginales) se presenta como una disciplina científica, el historiador es un “científico” que “narra” el pasado “por encima” y “objetivamente”; hace hablar a los hechos, neutralmente, imparcialmente, sin mezclar sus objetivos personales, intereses subjetivos, en la narración. Contra esta visión de la Historia académica (a-política, “completa”, pura) se presenta o postula la Memoria. Los hechos no hablan solos. Los historiadores están allí para hacerlos “hablar” y la forma o los métodos con que proceden para que éstos hechos “hablen” no son inocentes, casuales, ni neutrales, ni puros, ni carentes de objetivos políticos. Las categorías no caen del cielo. La memoria es un saber subjetivo, reivindica la parcialidad, el “relato”, la crítica, el margen, la subjetividad, el dolor, lo “incompleto”, las emociones, el pasado, el deseo. También hay un saber allí. (No vertical, no académico, no sistemático, no profesional, no completo, no puro) La memoria puede ser parte de un proyecto distinto para el Saber, que combata justamente lo que Martha Nussbaum denomina el “proyecto del Derecho anti-emoción” (propio del positivismo jurídico, con su visión maquinal de lo humano, del rol maquinal de los jueces), un derecho técnico, deshumanizado e indiferente al dolor ajeno, un Derecho del todo incapaz de sentir empatía, que niega la vulnerabilidad humana y que fue funcional (por eso mismo, por su grado de tecnificación, de indiferencia, de falta de sensibilidad a la otredad) a la barbarie. Un Derecho que niega conceptualmente la importancia –también para la administración de Justicia- de las emociones es un Derecho que pronto niega a las personas. (NUSSBAUM, 1997)

largo tiempo el conocimiento y la ciencia, con este presupuesto como norte los científicos nazis podían hacer “ciencia” en los campos de exterminio sin inmutarse: hacían avanzar el “saber”, actuaban conforme a su “método”, no manchaban sus guardapolvos puros con “política”, no tenían nada que ver (esto es lo que desmiente Bauman, por eso la Memoria reconstruye, a la luz de estas tragedias del siglo XX, otro tipo de “saber”, de conocimiento parcial, “manchado”, con subjetividades, con emociones, con cuerpos largo tiempo negados-desaparecidos, la Memoria contrasta y desmiente un “Saber” que negaba los cuerpos en la práctica y en la teoría, un saber que ya no es “puro”, que ya no es un “Sistema”) con los exterminados. Durante mucho tiempo este presupuesto fue la base del “saber” científico. Es sobre estos postulados que disciplinas como el Derecho –que hoy sí se cruzan con la literatura, la economía, la sociología, el psicoanálisis<sup>6</sup>, etc.- no se querían “mezclar”, buscaban mantenerse “puras”. El resultado remoto de esa falsedad –de este postulado del positivismo, también en el plano de la historiografía, como destaca Feierstein- fueron los campos de exterminio con científicos “neutrales” y objetivos que trabajaban, sin remordimiento alguno, avalados por la Ciencia, al lado de los cuerpos muertos (asesinados) separados por la blancura científica de sus guardapolvos. La neutralidad del saber supone el aislamiento ético-humano en más de un sentido. La generación de objetos. De un *dominio* para el Saber. La neutralidad (la anti-política) es aislamiento hacia adentro y hacia fuera y supone una falsa completitud, donde cada saber es un saber aislado, cerrado sobre sí, que no dialoga; la auto-suficiencia del saber puro –donde cada disciplina era vista como un saber completo-cerrado, positivo- era el postulado de la anti-politicidad del saber, (si el saber es en sí mismo y por sí solo “completo”, ya no necesitaría de nada más, mucho menos de ningún “compromiso” político, que lo contaminaría en sus metas “objetivas” y supondría, en esa visión, un innecesario recorte, una “parcialidad”) percibida como amenaza a esta pureza científica “sin compromisos”. La interdisciplinariedad –también la Memoria- rompe con la “apoliticidad” del saber<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Estos cruces (Law and Literature, Law and Economics, Law and Society, etc.) se dan actualmente precisamente porque el Derecho (en la posmodernidad, podría agregarse) abandonó estos presupuestos de completitud/neutralidad formal (precisamente la epistemología del siglo XX cuestionada por autores como Z. Bauman y T. Adorno), que generaban un saber “cerrado” (“imparcial”, “puro”, “completo”, técnico, infalible, formal, cerrado, “objetivo”). Esta vieja epistemología del positivismo (que suponía dicotomías hoy superadas en el plano de la antropología filosófica, como las dicotomías formales, también cuestionada por el feminismo, alma-cuerpo, razón-emoción, hombres-mujeres), también imperante, durante mucho tiempo, en la Historia académica, fue superada en ambos campos: tanto la Historia como el Derecho superaron el positivismo. Es en medio de esta discusión epistemológica –en medio de esta crítica a la epistemología funcional al Holocausto, funcional al Proceso en Argentina, etc., todo un “saber” académico y “científico” que fue “funcional” al horror, como afirma Bauman en *Modernidad y Holocausto* (Bauman, 1989)- donde el “auge” de la Memoria (con sus precariedades, debilidades, fallas, márgenes, subjetividades, “emociones”, con todos sus “cuerpos”, con la presencia del “cuerpo” que es en sí mismo, como recuerda Marta Nussbaum, el lugar de la emoción, esto es: de lo que viene siendo –también en el plano del Derecho- históricamente “negado”) juega un rol –también en el plano de la epistemología, también en el plano de la filosofía de las ciencias- determinante. La Memoria supone entonces una crítica a los distintos presupuestos (en apariencia formales) sobre los que durante largo tiempo –y también durante más de una tragedia- se edificó el conocimiento.

<sup>7</sup> Defender la apoliticidad del saber es defender la apoliticidad del lenguaje. La memoria rompe esa doble apoliticidad, la pone al desnudo. El lenguaje no es nunca neutral ni puro. El lenguaje es un producto directo de la historia con sus políticas, con sus guerras, tensiones, muertes, violaciones, desapariciones, llagas, heridas y silencios. El lenguaje encarna y nos trae todo “eso” en la forma misma en que (inadvertidamente muchas veces) hablamos. Por eso no lo vemos. Porque la Historia es en rigor nuestra Identidad misma: nuestra conciencia, nuestras categorías, nuestro lenguaje. Por eso no se puede hablar desde la neutralidad. La neutralidad del saber no existe porque ninguna palabra

(frontera vacía y estéril que el saber se trazó durante largo tiempo, ser “neutral”, ser “objetivo”, ser “científico”, ser “independiente”, ser “puro”) Dicho de otro modo: (la memoria) supone visitar y cuestionar la tan mentada relación de las disciplinas (de la ciencia, y también el derecho) con la política. De saber (duro o “blando”, de disciplinas como la física o disciplinas como la economía o el Derecho) y política. Eso es lo que trae la memoria. Este es el gran aporte crítico de este libro de Feierstein: problematizar campos sociales que no querían (aún) ser problematizados, que no querían “problemas”. El derecho es uno. Acaso el primero<sup>8</sup>.

Durante largo tiempo el Derecho se pensó y se presentó como un sistema jurídico de normas incontaminadas y puras, separadas (no casualmente el positivismo –cuya visión de la memoria Feierstein cuestiona en este libro- fue también la filosofía que justificó el sistema jurídico nazi por ser “válido”). La memoria viene, con su reconstrucción crítica, a poner en tela de juicio esa neutralidad del saber, del conocimiento, del Derecho; viene a cuestionar la neutralidad de la historia, viene a asumir un compromiso concreto con el pasado, con el presente, única manera auténtica, podríamos agregar, después de los horrores del siglo pasado, de sus campos, de saber, de aprender “a saber” algo (de atreverse a saber, como decía Kant, lo que no podía ser sabido) Y allí la memoria (la verdad, la justicia) involucra y pone en juego la supuesta “neutralidad” del saber. Exige algo más: (también del profesor, del abogado, del científico) un compromiso.

A través de la memoria vemos que ya no hay, ya no quedan, saberes neutrales, ya no hay neutralidad posible en el “saber” aislado, objetivo, la neutralidad del conocimiento terminó en los campos de exterminio, la neutralidad del saber arrasó con la vida.

A su vez la no neutralidad supone, por paradójico que parezca en un comienzo, la renuncia a detentar un “saber completo”. (El saber completo es una cara del saber “puro”, de esas dos maneras, en tanto “puro” y “completo” es que es neutral, porque no hace falta, en la completitud, tomar “posiciones”, toda posición política es vista como una reducción, “parcial”) La neutralidad pendía de esa fantasía de la modernidad, de constituir un saber absoluto, total, (que no necesitaba, en consecuencia, ser “comprometido”, el compromiso era sinónimo de parcialidad y anteojeras, ahora es exactamente al revés, esto es lo que nos revela la memoria, aunque muchos profesores de derecho aún no lo sepan, no lo asuman, no lo comprendan) por oposición al cual muchos han acusado y acusan hoy a la memoria por ser

---

empleada es neutral, ajena a la Historia. Incluso los lenguajes “técnicos” (depurados..., “imparciales”) que se construyen en las disciplinas son productos concretos de una época, de una lógica y de una cultura, de procesos económicos, sociales, culturales determinados. Esos procesos quedan “dichos” (presupuestos) en esos lenguajes, se los valida de modo acrítico. Por eso Heidegger reivindica un lenguaje poético donde la palabra deje de ser eso que suele ser en la ciencia: mero –pero también falso- instrumento. Mercancía.

<sup>8</sup> No casualmente en los campos de exterminio (como en Sachsenhausen, Alemania) la llamada “zona neutral” era la zona –próxima a los alambres- donde se disparaba sin aviso. (“Neutrale Zone”)

<sup>9</sup> Radbruch afirmó críticamente en la Alemania de posguerra que el positivismo jurídico había vuelto aceptables “leyes injustas y crueles”. Que el positivismo había dejado “indefensos a los abogados” alemanes con la pantalla de que el sistema legal nazi era un sistema jurídico “válido”, que tenía su “validez”. (“Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung »Gesetz ist Gesetz« den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen”). (RADBRUCH, 1946)

“incompleta” y “parcial” (“abusiva”, “subjetiva”, es decir, ser política, nacer del escombros, y del dolor, de la no academia, del no sistema profesional del Saber, un saber crítico, de resistencia). Pero la “no neutralidad” –el abandono de la fantasía del saber absoluto, completo, moderno- que asume la “incompletitud” del saber como rasgo distintivo, asume al mismo tiempo, con ese mismo movimiento, el carácter necesariamente político-comprometido de todo saber, de todo proyecto de conocimiento *incompleto* como parte de un modelo social vinculado a la vida, a la práctica cotidiana y a las voces que quedaron ausentes –del saber-, sin ser dichas<sup>10</sup> (El mismo Feierstein asume desde un comienzo el carácter “eminente político” de su libro). Esto es lo que se esconde detrás de la reivindicación de la memoria. Esta reivindicación tiene también un costado epistemológico que redefine el lugar del saber (por eso la memoria es un concepto en auge; lo que Todorov llama equivocadamente un “abuso” de la memoria se vincula en rigor a todo el cambio epistemológico, no solo cultural o político, que la “reivindicación” de la memoria como reconfiguración del saber –de todo saber- supone o implica, trae consigo) La neutralidad supone un afuera de la historia que (ya) no existe. Nadie está por encima o por afuera de la Historia como para poder construir un saber puro. Tampoco el historiador. Nadie ni nada habla un lenguaje puro. No manchado. A nadie le es dado ponerse por encima de ese pasado que nos habla de muy diversas maneras y que nos impregna a todos por igual, porque todos estamos involucrados –atravesados, hablados- de distintos modos en él. Nadie tiene la última palabra. Ni siquiera la Justicia. La objetividad del “historiador” también era un postulado de “neutralidad” moderna que servía para disimular las propias responsabilidades (o irresponsabilidades) morales con etapas oscuras en la que los propios “historiadores” –como personas que son parte de los hechos que luego narran- vieron como otros profesores, estudiantes (por ejemplo de la carrera de Historia<sup>11</sup>) desaparecían de las aulas, eran torturados, delatados (por ellos mismos), desaparecidos. Con ellos no desaparecían solo personas, desaparecían palabras, métodos, marcos, sistemas de pensamiento histórico. Formas de construir y pensar la Historia como disciplina.

Feierstein advierte que “La ausencia de diálogo interdisciplinario ha generado muchas veces cierta pobreza en el intento de comprender los efectos del terror generalizado.” (FEIERSTEIN 2012) Las carencias de las disciplinas que abarcan la memoria y el terror pasado terminan siendo una carencia para la acción presente (una carencia que se observa o se hace presente en el lenguaje, en la palabra), que le den

<sup>10</sup> Los muertos que quedaron en el camino del saber-conocimiento, como parte de sistemas de dominio cultural-económico, que lograron su hegemonía –lograron imponerse- a través de las armas, las “conquistas” (de “desiertos”), las dictaduras en la región y en el mundo: estas historias de sangre y fuego, colonización y dependencia, pueblos arrasados por la conquista o la expropiación económica, también forman parte de la historia “científica”, de la historia de esto que llamamos “Saber”, “conocimiento”. No hay una Academia “pura”, no existe el científico “no involucrado” con las tragedias y dramas (nada “neutrales”) sobre las que se edifica el Saber.

<sup>11</sup> Laura Carlotto, por ejemplo, hija de Estela B. Carlotto, Presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo, secuestrada embarazada y asesinada durante la dictadura, era estudiante de la carrera de Historia. Con estas desapariciones también se construye una visión (sobre estudiantes y profesores torturados, desaparecidos, cuerpos negados, pero también una forma de pensar el Saber que a su vez se desapareció, se persiguió y se negó) de la Historia, un “método” de “trabajo” con sus formas de alcanzar-construir el Saber. Formas de decir y de no decir dentro de la historia “profesional”, que selecciona muy bien a sus “profesionales” y que descarta (tortura, persigue, deja morir,

forma a un legado, a una palabra que abarque lo que pasó y nos lo devuelva. La Memoria es un saber para la acción política: en ese sentido establece puentes entre campos del saber que –de otro modo- no se cruzan ni se cruzarían. Viven aislados. No se comunican. Es la acción la que obliga a los saberes a entrecruzarse y dialogar entre sí. Un saber que tiene como norte la acción no puede vivir aislado manteniendo en la práctica –en la acción política- los rígidos y formales (separados) “campos” (“disciplinas”) en que divide el Saber –por motivos no siempre claros, pero que hoy están siendo cuestionados- la Academia. Un saber que tiene como norte la acción (más que la disquisición académica, más en campos como el Derecho) es un saber que depende de la interrelación y el diálogo continuo entre todos los campos del “saber” que durante mucho tiempo se mantuvieron separados y ajenos. Es un saber “humanizado” que demanda no especialistas ni tecnócratas sino intelectuales (humanistas) capaces de aportar –discutir- una visión de “conjunto” sobre las implicancias sociales y políticas de su propio trabajo, por “neutral” que éste parezca. La discusión historiográfica sobre la importancia de la Memoria evidencia este punto. La Memoria aporta, en los albores del siglo XXI, teniendo como telón de fondo las experiencias dramáticas y traumáticas del siglo pasado, (también en la Argentina) una forma distinta de pensar, construir y divulgar el Saber.

Feierstein nos presenta el trabajo de elaboración –de la Memoria- como proceso histórico-social. Trasciende la visión de la memoria como mero almacenamiento. Se la piensa como reconstrucción colectiva, creativa, subjetiva, lo cual no invalida el recuerdo. Si se piensa al trabajo de elaboración de las experiencias traumáticas como un proceso histórico social, no se puede escapar que ocurre en el propio territorio de ejercicio de la acción social, esto es, en las relaciones de poder. El trabajo de elaboración se vincula fuertemente a una lucha por restablecer un mayor nivel de autodeterminación, en el sentido originario del término autonomía, como “auto-nomos”, la posibilidad de “darnos la ley”. La Memoria se vincula así a la identidad como derecho, y en tal sentido, a la autonomía y la palabra. A través de la Memoria el Derecho recupera lo que había perdido: un lenguaje y una visión alejado(s) de la “especialización” y de la “técnica”: un lenguaje más “humano”, más “accesible”, más comprensible (y claro) fuera del círculo de “profesionales” del propio Derecho. La Memoria empodera, de este modo, (e incluye, visibiliza, “nomina”, dice) a todos los que habían sido desposeídos y desaparecidos, expulsados del lenguaje mismo que hablan los tribunales, la Justicia: la Ley.

Así como Bauman en su trabajo *Modernidad y Holocausto*, Feierstein no toma al Holocausto nazi ni al genocidio perpetrado en Argentina por la dictadura cívico-militar, como dos hechos “excepcionales”, como “interrupciones” o catástrofes “accidentales”, en el camino del “progreso” y la civilización de Occidente. Más bien al contrario: toma tales masacres –tales genocidios- como “prácticas” no excepcionales, sino corolarios necesarios y representativos, productos (otros autores dirán hoy, prácticas “excepcionales” que se van –como la tortura, “normalizando”, dejando de ser “excepciones” pasando a ser “reglas”, prácticas “excepcionales” que poco a poco –erosionando el principio de la legalidad

desaparece) a otros eventuales jóvenes nuevos historiadores con visiones diferentes-críticas sobre ese “saber”. Sobre su misión o su sentido, su objeto. Sus métodos y procedimientos de reconstrucción del “pasado”.

moderna- se van convirtiendo en estados “normales”) de determinadas organizaciones sociales y determinadas tecnologías de producción y de saberes (ADORNO y HORKHEIMER 1944). El “hecho” puede ser “excepcional”: la práctica no. Por eso la diferencia, aunque sutil entre ambos términos, es decisiva. Por eso no hay “prácticas excepcionales” (contradicción en los términos), sino “prácticas sociales”. Y plantear que existen “prácticas sociales genocidas” (que el genocidio más que en un “hecho” se convierte o ha convertido en una “práctica”), como hace el autor, es hacer un llamado de advertencia sobre los caminos que transita el Saber en la modernidad, es plantear que los genocidios, lejos de ser “excepciones” (caídas de la Historia), se “normalizan”. Más que “hechos”, son “prácticas” sociales. Como consecuencias naturales, necesarias, estructurales, de esto que llamamos “progreso” (e incluso como consecuencia de esto que llamamos Saber, Ciencia, “Conocimiento”, “modernidad”). No como “desviaciones” (FEIERSTEIN 2008). Y esto sirve precisamente para comprender la utilidad de esta mirada crítica también respecto del presente y las prácticas sociales genocidas que hoy también, en nuestra región, se siguen cometiendo. En este sentido, el concepto de “prácticas sociales genocidas” tiene un costado de “regularidad”, diferente del carácter de excepción que tienen los hechos puntuales (Holocausto, dictadura); la “práctica” en cambio revela formaciones, tecnologías y comportamientos que no son puntuales, sino que se difuminan y se terminan volviendo, poco a poco, el estado “normal” de cosas. No ya hechos “históricos” puntuales excepcionales “catastróficos”; sino meras “prácticas” sociales que pueden volver en cualquier momento –y de hecho vuelven- (no siempre bajo la misma forma, con el mismo discurso, pero siempre con el mismo resultado: los crímenes de masa) porque son el producto de determinada organización de la sociedad, de los sujetos y del Saber: la modernidad. Este es aporte esencial del autor. Hablar de Estado terrorista, como hacía Duhalde, tenía el mérito de mostrar que el “terrorismo” puede provenir de diferentes estructuras, también de aquellas que –como los Estados- proclaman que su función es combatir aquello mismo que practican (el terrorismo<sup>12</sup>), pero no servía para profundizar en la sociedad misma la evolución –generación- de las *prácticas sociales* que luego se tornan *genocidas*. Las prácticas sociales –como las denomina el autor- están presentes continuamente. Y en ese sentido, el genocidio –Zaffaroni habla de “crímenes de masa”- estará siempre latente mientras subsistan los factores sociales-culturales y económicos (las formas de entender-construir conocimiento, “disciplinas”) que permiten que los genocidios se generen y se hagan posibles: chivos expiatorios, lenguajes totalitarios (Hobsbawm), deshumanización de los otros (Arendt, Nussbaum), pérdida de sentido de comunidad y pertenencia (Lyotard), desdibujando el sentido de responsabilidad frente a los demás (Levinas). Las “prácticas sociales genocidas” en consecuencia son el producto –la consecuencia, no ya la “causa” catastrófica “excepcional- de factores culturales, psicológicos, económicos y políticos permanentes, estructurales, sociológicos, que deben ser interrogados en aras a prevenir las masacres. Y ese vendría a ser, precisamente, el rol –la misión misma- de todo el Derecho. Evitar, como afirma Zaffaroni, que una nueva masacre se produzca. El Derecho también se hace esta pregunta, en el plano penal, que se realiza lúcidamente el autor: cómo prevenir genocidios. (ZAFFARONI 2010) Y la respuesta sería: pensando las prácticas que nos conducen

<sup>12</sup> En esta línea se inscriben los trabajos de autores como Noam Chomsky.

allí, en lugar de pensar cada genocidio como un hecho aislado de la Historia, como excepción más que como producto-práctica social. Como algo “pasado” que no puede volver a “pasar”, ya que Hitler sería “irrepetible”, una encarnación del “mal absoluto”<sup>13</sup>. Esa debería ser la misión esencial de todo Saber: que Auschwitz, como dijo Adorno, no se repita. Esa es la única misión de esto que llamamos “conocimiento”. Prevenir los exterminios que hoy se siguen cometiendo, con otros nombres, con otras máscaras, con otras “racionalizaciones” y otras excusas. Las “prácticas” siguen. Porque siguen sus factores detonantes, estructurales. Por eso hablamos de prácticas sociales y no de “tragedias”. En ese sentido, ni Auschwitz ni la ESMA son una excepción. No son excepciones (FRANKENBERG 2010). No son un “hecho histórico” (gravísimo). Son y encarnan más bien una “práctica” social. Una estructura. Una práctica que se sigue cometiendo porque es parte de nuestra cultura<sup>14</sup>. En este sentido no son “hechos”, no son “puntos de inflexión” aislados graves a partir de los cuales rearmar una “memoria” cristalizada. Son prácticas que así como se evidenciaron allí, se siguen evidenciando en otras muchas masacres aun hoy. Porque las prácticas sociales genocidas son consecuencias y no causas.

Si, como suele decirse, la historia la escriben los vencedores, esto supone y quiere decir que hay – detrás de la Historia- otra historia, que no es perfecta, ni lineal, ni clara, sin contradicciones, una historia que es ajena al sistema de los historiadores con sus métodos y complicidades. Esta es la “otra historia” – negada- que pretenden sacar a la luz las víctimas del terrorismo de Estado (de las “prácticas sociales genocidas” de ayer y de hoy) que se niegan a ser silenciadas o desaparecidas. La Memoria le da la palabra, pues, a esa “otra historia” negada, marginal, la historia de los que fueron anulados, vencidos, silenciados, dejados sin voz (NIETZSCHE 1876). La historia de los negados por el “Saber”<sup>15</sup>. El trabajo de

<sup>13</sup> También en este sentido debe pensarse la expresión de Hannah Arendt, cuando habla de la “banalidad del mal”, del mal de un “burócrata”, de un “técnico” de escritorio, de un soldado inocente que solo “obedece” instrucciones (como en el célebre experimento de Milgram) sin hacerse mayores preguntas ni cuestionamientos, también el científico “neutral” es (o era) así: este es el saber “especializado”, recortado y puro (inocente en tanto se plantea como mero “saber”) de la modernidad. Pero una vez que se asume que el Saber también es –una forma de- acción, la neutralidad (la apoliticidad del Saber, del conocimiento) ya no es posible. La pérdida del “sentido común” se refiere a este campo de especializaciones (de deshumanización de saberes convertidos en “técnicas”, de tecnócratas especializados incapaces de alzar la mirada para ver el “conjunto” de lo que hacen, de la materia sobre la que trabajan sin hacerse cuestionamientos) donde ya nadie “domina” un saber “humano” completo, un “sentido” (político conciente). Esta “especialización” esconde o pretende esconder el carácter político del conocimiento y también del trabajo del tecnócrata y del especialista. (MONSIVAIS 2007) La despersonalización que esconde la especialización (la división por partes, en “campos”) permite a su vez que muy pocos tomen las decisiones sobre el (saber del) “conjunto”. La especialización supone entonces una “concentración” del saber también en este segundo sentido. Una “concentración” de las decisiones sobre ese saber que ya nadie domina en su totalidad, alejándolo de este modo de toda discusión política. La discusión solo es posible allí donde existen alusiones comunes: intercambios. La crisis del “humanismo” es hija de este proceso de especialización-tecnificación (“apoliticidad”) del Saber presentado (después del “fin de la Historia”, del fin de las ideologías, etc.) como mera y pura “técnica”. Y a sus ejecutores como apolíticos “técnicos”, como si ya no hubiera –no quedarán- discusiones “políticas”. Como si éstas –las discusiones políticas, ideológicas- fueran un anacronismo después de que fuera anunciado el “fin de la historia”. (FUKUYAMA 1992) La memoria desmiente este “fin” de la Historia. Supone un resurgimiento crítico de la política, (las voces que surgen del fondo de la noche) de la parcialidad, de la “macula” que supone la “política” en los campos del impoluto “saber”.

<sup>14</sup> La pregunta entonces, es si además de hablarse de “prácticas” (sociales genocidas) puede hablarse de “culturas” genocidas o con elementos que propenden al genocidio, a la deshumanización/estigmatización de unos “otro” (s) enemigo (s), cosificado (s), empleado (s) como chivo expiatorio para constituir, frente a ese “otro”, la propiedad identidad de “uno”.

<sup>15</sup> “Nuestras clases dominantes han procurado siempre que los trabajadores no tengan historia...” (WALSH 1968)

recuperación de esas voces desaparecidas (también las voces de estudiantes, de profesores, incluso de profesores y estudiantes de Historia, que también fueron torturados y desaparecidos en tanto que “historiadores” con otra visión crítica y más comprometida de la Historia de la Academia) no es un trabajo pensado para el pasado: es un trabajo (eminentemente político) de acción sobre el presente. Esta parece ser la primera y mejor conclusión –y a la vez el primer postulado- de este primer volumen del autor: que el Derecho –la Justicia, la Historia- incluso cuando juzgan, no trabajan nunca con el pasado. Porque en tanto la memoria es, como dice Henry Bergson, una forma de acción, el juzgamiento –del historiador, del juez- miran siempre al presente y al futuro. Construyen. No son neutrales. Actúan.

En síntesis, estamos ante un valioso trabajo en el que Feierstein –protagonista en el diálogo y los debates sobre la Memoria y el genocidio en Argentina- cuestiona no solo la forma en que se piensa y se escribe la Historia, sino también la forma en que se piensa y se escribe y se piensa y enseña en el país el Derecho, repensando la forma en que ambas disciplinas “juzgan”, escuchan, y construyen sus “relatos” y su Verdad. Piensan sus métodos y sus formas de narrar –nominar- sucesos.

### Bibliografía

- ADORNO, T. (1931) “La actualidad de la filosofía” en *Actualidad de la filosofía*, Barcelona, Ed. Atalaya. 1999.
- ADORNO, T. y HORKHEIMER, M. (1944) “Concepto de Ilustración” en *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, Madrid, Trotta, 1994.
- BAUMAN, Z. (1989) *Modernidad y Holocausto*. Ed. Sequitur. Madrid. 2010.
- COHEN, S. (1993) *Estados de negación. Ensayos sobre atrocidades y sufrimiento*. Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires. Buenos Aires. 2005.
- DUHALDE, E. L. (1984) *El Estado Terrorista Argentino*. Buenos Aires. Eudeba. 1998.
- FEIERSTEIN, D. (2008) *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina. Hacia un análisis del aniquilamiento como reorganizador de las relaciones sociales*. Buenos Aires. FCE. 2008.
- FRANKENBERG, G. (2010) *Técnica Estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el Estado de Excepción*. Ed. Calzoni-Rubinzabal. Buenos Aires. 2014.
- FUKUYAMA, F. (1992) *El fin de la historia y el último hombre*. Ed. Planeta. Buenos Aires. 1992.
- HEIDEGGER, M. (1947) *Carta sobre un humanismo*. Ed. Losada. Buenos Aires. 1998.
- LE GOFF, J. (1991) *El orden de la memoria: el tiempo como imaginario*. Ed. Paidós. Madrid. 1991.
- LEVI-SRAUSS, C. (1962) *El pensamiento salvaje*. FCE, México, 1997.
- LORENZETTI, R. y KRAUT, A. (2013) *Derechos Humanos: Justicia y Reparación*. Buenos Aires.

---

Esto es inescindible del hecho de que esos sectores “sin historia”, eran sectores “sin derechos”. Sin memoria, sin voz. Grupos sin identidad, sin habla y sin pasado-presente. Sin capacidad de acción –en consecuencia- sobre el presente, como quiere Bergson. Sin conciencia social. Sin capacidad de pertenencia. Sin identidad política.

Sudamericana. 2013.

MONSIVAIS, C. (2007) *Las Alusiones perdidas*. Ed. Anagrama. Madrid. 2007.

NIETZSCHE, F. (1876) *De la utilidad y los perjuicios de la Historia para la vida*. Alianza. Madrid. 2004.

NUSSBAUM; M. (1996) *Justicia Poética. La imaginación literaria y la vida pública*. Ed. Andrés Bello. Bogotá. 1997.

OLSEN, F. (1990) "El sexo del Derecho", en David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990), pp. 452-467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis.

RADBRUCH, G. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht"; en *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946. pp. 105-108

SCHERER, J. G. (2005) *El perdón imposible: no solo Pinochet*. Ed. FCE; España, 2005.

TODOROV, T. "Los riesgos de una memoria incompleta", en *Diario La Nación*, Buenos Aires, Miércoles 8 de diciembre de 2010.

TODOROV, T. "Un viaje a la Argentina", en *Diario El País*, Madrid, 7 de diciembre de 2010.

WALSH, R. (1968) *Quién mató a Rosendo?* Ed. 451 EDITORES. Buenos Aires. 2010.

White, H. (1980) "The Value of Narrativity in the Representation of Reality", en *Critical Inquiry*. Vol. 7, No. 1. 1980, The University of Chicago Press. pp. 5-27.

ZAFFARONI, E. R. (2010) *Crímenes de Masa*. Ed. Madres de Plaza de Mayo. Buenos Aires. 2010

ZEA, L. (1943) *El positivismo en México. Nacimiento, apogeo y decadencia*. FCE., México, 2005.

## RESEÑA

**María Rosario Polotto; Thorsten Keiser y Thomas Duve (eds.)  
(2015) *Derecho Privado y Modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del Siglo XX*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 315 páginas.**

Por Leticia Vita\*

Pensar el derecho desde la experiencia latinoamericana implica, entre otras cosas, cuestionar ciertos sentidos comunes y presupuestos con los que históricamente se ha manejado la academia jurídica. En efecto, algo que tienen en común los diversos campos del pensamiento jurídico latinoamericano es “un cierto ángulo de visión, una perspectiva de análisis que reconstruye y refuerza el lugar de América Latina como ‘contexto de recepción’ de normas, teorías y doctrinas provenientes de los ‘contextos de producción’ del Norte global, en general, y de los Estados Unidos, en particular” (GARAVITO 2011:13). De esa manera, no sólo la historiografía de las ideas en América Latina se encontraría desde sus orígenes organizada en torno de la búsqueda y definición de las “distorsiones” producidas por el traslado a nuestra región de ideas liberales que resultarían incompatibles con la cultura y tradiciones heredadas (PALTI 2007), sino que se trataría de una visión bastante frecuente aún hoy en concepciones del derecho latinoamericano desde las que se investiga o se enseña en América Latina.

Pero a diferencia de lo que ha pasado en otras disciplinas, en la jurídica y en particular en la historia del derecho, todavía no es frecuente encontrar miradas críticas hacia aquellas perspectivas que ven en el “insuficiente” o “deficiente” proceso de modernización en América Latina el origen del supuesto atraso en la región. El libro que aquí se reseña, *Derecho Privado y Modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del Siglo XX*, se propone contribuir a esta discusión. Desde una mirada interdisciplinaria los distintos trabajos que lo componen intentan responder a las pregunta sobre el significado del discurso modernizador para las elites latinoamericanas.

La publicación es una iniciativa del Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo de Frankfurt am Main y el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Argentina. Los trabajos que lo componen fueron presentados en el Seminario «Derecho Privado y Modernización en América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX» que se celebró en Buenos Aires del 4 al 6 de julio de

---

\* Profesora Adjunta de Teoría del Estado, Facultad de Derecho (UBA), Doctora en Derecho (UBA). Investigadora Adscripta al Instituto de Investigaciones A. L. Gioja, Facultad de Derecho (UBA). Becaria postdoctoral del

2012. Este volumen forma parte de la serie "Global Perspectives on Legal History" (Perspectivas globales en Historia del Derecho) que edita el Instituto Max Planck de Historia del Derecho en Frankfurt y que tiene como objetivo el de enriquecer la historia del derecho europeo con la reflexión sobre sus conexiones globales. Su primer volumen *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches* (Entrelazamientos en la Historia del Derecho: aproximaciones conceptuales) inició esta serie de publicaciones, todas en open access y con impresiones papel "on-demand" (<http://global.rg.mpg.de>), que promete en sus próximos números contribuir al debate desde una perspectiva global.

Es posible identificar tres ejes en torno a los cuales giran las producciones que integran este volumen: (i) el que indaga la cuestión del flujo de conceptos entre Europa y América Latina y las redes académicas e intelectuales que se fueron formando en estos espacios, (ii) el que explora las tensiones desatadas por la convivencia o pervivencia de lo "tradicional" y lo "moderno" en el ámbito latinoamericano y (iii) el que ahonda en la discusión teórica acerca de las "ideas fuera de lugar".

En torno al primer eje argumentan los trabajos de Alfons ARAGONESES, Mario LOSANO y María Rosa PUGLIESE. En "Crisis del derecho privado y legislación especial en Francia y en Argentina" ARAGONESES analiza la circulación de ideas y las redes académicas que se establecieron entre Francia y Argentina y cómo impactaron en la sanción de la ley argentina de accidentes de trabajo N° 9688 de 1915. Allí advierte sobre la importancia de tener presente que el estudio del derecho europeo de esa época "debe tener en cuenta sus aspectos culturales y también sus aspectos políticos, pues todo proyecto jurídico contiene también un proyecto político" (p. 148). De esa manera, destaca cómo la evolución del derecho privado en Europa "seguía la vía de la socialización y de la superación del individualismo del código francés" y que esa tendencia fue receptada en Sudamérica. Sin embargo, en esa "recepción" la terminología es idéntica, pero no lo es la semántica: "se importan instituciones que permiten la intervención del Estado, pero precisamente para mantener un statu quo, el liberal, que está amenazado por los conflictos provocados por la industrialización" (p. 147).

Mario LOSANO se ocupa, por su parte, de la circulación de ideas jurídicas entre Italia y Uruguay de la mano de los nombres de Eduardo Couture y Piero Calamandrei, quienes colaboraron con la construcción de una red de académicos que emigraron a Sudamérica en el contexto de la guerra. Su investigación rescata el valor que tiene para esta tarea el Archivo privado de Eduardo Couture en la ciudad de Montevideo. María Rosa PUGLIESE trabaja en esa misma línea en su artículo "La denominada «crisis del derecho» desde la perspectiva argentina durante el periodo de entre guerras mundiales (1920–1940)". Allí se ocupa de la circulación de ideas en Argentina en torno a lo que se conceptualizó como "crisis del derecho", que acarrió nuevas concepciones sobre el derecho, el rol del Estado, el papel de los juristas y promovió reformas legislativas. La autora destaca como la "realidad social había adoptado la calidad de un poder transformador que actuaba sobre el derecho y también con más hondura sobre la jurisprudencia" (p. 111). Así, identifica como una de las áreas más importantes de esta transformación, la del rol

---

Ministerio de Educación de Argentina y el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Investigadora visitante en el Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo, Frankfurt am Main.

protagónico que pasaron a tener los jueces en la interpretación del derecho. En sus decisiones ya no tenía tanta importancia realizar una interpretación “auténtica” sino una interpretación “justa” del derecho vigente. Las revistas jurídicas de la época dan cuenta de esta transformación como así también de la circulación de “conceptos” que identifican a esta época.

Por su parte, la tensión entre lo “tradicional” y lo “nuevo”, lo “moderno” conforma el eje que recorre los trabajos de Alfredo de FLORES, Agustina GENTILI, Yolanda de Paz TRUEBA, Daniela MARINO y María Rosario POLOTTO. FLORES analiza el caso de Brasil a partir de analizar las distintas ediciones de la *Consolidação das leis civis* de Augusto Teixeira de Freitas, destacando la pervivencia de elementos tradicionales en los procedimientos judiciales de la República. GENTILI se ocupa del caso de los juzgados de menores en Córdoba, durante la primera mitad del siglo XX. La autora analiza, a partir de proyectos parlamentarios, leyes, decretos y resoluciones de dependencias públicas, las instituciones cordobesas que entre 1930 y los primeros años de la década de los sesenta se ocuparon de la “infancia abandonada y delincuente”. Desde allí identifica las dificultades a las que se enfrentó el diseño de instituciones y demuestra la existencia de una convergencia de las políticas provinciales hacia Buenos Aires y de estas hacia las naciones “modernas”. En la misma línea, Yolanda de PAZ TRUEBA se ocupa del rol que tuvieron los asilos para huérfanas que eran administrados por las Sociedades Damas de Caridad del Sagrado Corazón de Jesús. En particular, indaga sobre el espacio de intervención de esta institución en el ámbito privado familiar atendiendo a la llamada “niñez en peligro” y comprueba la existencia de prácticas de corte “tradicional” que conviven en contradicción con las nuevas normas del Código Civil argentino.

La reforma agraria revolucionaria y la Constitución mexicana de 1917 son el principal objeto del texto de MARINO. La llamada Constitución de Querétaro reconocía la propiedad privada como garantía individual pero al mismo tiempo destacaba que la tierra se encontraba desigualmente distribuida y que el Estado debía actuar para cambiar esta realidad. Así, el artículo 27 de la Constitución sostenía que la propiedad del suelo y del subsuelo correspondía originariamente a la Nación, habilitándose la intervención estatal en defensa del interés social. Sin embargo, el cambio de la estructura agraria no fue sencillo y “tomó más de una década formar una nueva generación de juristas y abogados que supliera el antiguo personal liberal-positivista y ocupara posiciones en la cátedra, la cámara de diputados, los tribunales y la Suprema Corte para hacer realidad los elevados principios sociales de la revolución, plasmados en la Constitución de 1917” (p. 176-77). En el mismo sentido POLOTTO identifica las tensiones y los obstáculos a los que se enfrentó el proceso codificador en Argentina. El Código aparecía como un medio de la “modernización” que se enfrentó a una realidad mucho más compleja y lejana a ese mundo como la del “desierto” argentino. La autora analiza esto sirviéndose de la discusión en torno a la propiedad del ganado en el discurso académico de la primera mitad del siglo XX y concluye que tanto los intereses corporativos de los hacendados como el federalismo argentino representaron “obstáculos” para la concreción de algún tipo de uniformidad legislativa.

Por último, tres trabajos abordan la dimensión más conceptual del debate sobre las ideas “modernas” y su impacto y circulación en América Latina. El aporte de Marcelo NEVES vuelve sobre el debate en torno a la introducción de concepciones jurídico-políticas de corte liberal en el Brasil de finales del siglo XIX. El autor se ocupa de la función y el significado que tuvo el constitucionalismo liberal de 1891 y la codificación civil de 1916 en el desarrollo de las ideas y las instituciones brasileras, retomando la discusión iniciada por SCHWARZ en torno a las “ideas fuera de lugar”. NEVES entiende que esta expresión debería dejarse de lado para el debate latinoamericano, ya que las ideas liberales tuvieron una función específica en la región, particularmente en Brasil y pertenecieron una particular carga semántica de los conceptos que circularon en esa sociedad (p. 76).

En el caso de Gustavo SILVEIRA SIQUEIRA, el análisis también se centra en el contexto de creación y aplicación normativa del Brasil de principios del siglo XX, pero en esta oportunidad, su objeto es la huelga ferroviaria de 1906. Este hecho le permite demostrar cómo el proceso de creación de un derecho no es para nada lineal, sino que contiene numerosas contradicciones, retrocesos y percances. Por último y en la misma línea, Alessandro SOMMA cuestiona en su trabajo las visiones que presentan al derecho latinoamericano como dependiente de la experiencia europea o norteamericana y como mero “receptor” del derecho de los centros “modernos” y reflexiona sobre el caso de la “esperienza giuridica indigena” en América Latina.

El balance general del volumen editado por el Instituto Max Planck de Historia del Derecho es muy positivo. El texto logra, mediante distinto tipo de aproximaciones, realizar un real aporte a una visión más compleja que la predominante en la historia del derecho sobre la modernización y el derecho en América Latina. Es un buen ejemplo del tipo de investigaciones iushistóricas que en ese sentido contribuyen desde el estudio de casos particulares. Sin embargo, es posible que para quien no se encuentre familiarizado con la línea de trabajo que se fomenta desde el Instituto Max Planck sea más difícil encontrar, más allá de la introducción, herramientas para definir lo que se entiende –y lo que los/as autores/ras del libro entienden– por “circulación de ideas”, “recepción”, “traducción”, etc. Tal vez una posible clave de lectura sea la de recurrir al primer volumen de la serie (*Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*) en la que especialmente los textos de Thomas DUVE y de George Rodrigo BANDEIRA GALINDO definen conceptualmente y metodológicamente algunos de estos problemas.

### **Bibliografía:**

- PALTI, E. (2007) El tiempo de la política, *Lenguaje e historia en el siglo XIX*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- GARAVITO, C. (coord.) (2011) El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, Buenos Aires, Siglo XXI.