

Revista Electrónica

Año III – N° 4 - 2009

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"

Año III – N° 4 - 2009

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) – 1er. Piso
Horario de Atención: Lunes a Viernes de 9 a 20 horas.
Teléfono: 054 –1-4-809-5629/32
URL: www.derecho.uba.ar/revistagioja
e-Mail: revistagioja@derecho.uba.aa



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

EDITOR RESPONSABLE

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"
(Av. Figueroa Alcorta 2263, primer piso, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina)

DIRECTOR

Carlos María Cárcova

COMISIÓN DE REDACCIÓN

Martín Aldao
Juan Carlos Frontera
Luciana B. Scotti

COMITÉ CIENTÍFICO

Atilio A. Alterini
David Baigún
José Osvaldo Casás
Sara L. Feldstein de Cárdenas
Bartolomé Clavero
Cecilia P. Grosman
Hortensia D. T. Gutiérrez Posse
Abelardo Levaggi
Mario Losano
Julio Maier
Guillermo R. Moncayo
Tulio E. Ortiz

ÁRBITROS

Mary Beloff
Griselda Capaldo
Aníbal D´Auria
Lidia Garrido Cordobera
Laura Pautassi
Isabel Seoane

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Federico José Lago

Sumario

EDITORIAL

- | | Pag. |
|------------------------|------|
| • CARLOS MARÍA CÁRCOVA | 6 |

INVESTIGACIONES

- | | Pag. |
|--|------|
| • Mauro Benente - <i>CARTOGRAFÍAS DEL PENSAMIENTO POLÍTICO DE THOMAS HOBBS</i> | 9 |
| • Carlos María Cárcova - <i>¿HAY UNA TRADUCCIÓN CORRECTA DE LAS NORMAS?</i> | 33 |
| • Eduardo Conesa - <i>LOS EMPRESARIOS FRENTE A LA ESTRATEGIA DE DESARROLLO ECONOMICO DE LA ARGENTINA</i> | 43 |
| • Abelardo Levaggi - <i>TOMÁS JOFRÉ, INTRODUCTOR DE GIUSEPPE CHIOVENDA EN EL DERECHO ARGENTINO</i> | 98 |
| • Tulio Ortiz, Eduardo Barbarosch y Verónica Lescano Galardi - <i>CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO ARGENTINO Y LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA. (1880-1916)</i> | 107 |
| • Marco Aurelio Peri Guedes - <i>OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS DOCUMENTOS CONSTITUCIONAIS ALEMÃES DE 1850 A 1871</i> | 125 |
| • Silvina Zimmerman, Facundo Capurro Robles y Mishkila Rojas - <i>EL TRATAMIENTO JUDICIAL DE LOS RECLAMOS INDÍGENAS: EL ROL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN</i> | 139 |
| • André Karam Trindade y Roberta Magalhães Gubert - <i>DERECHO Y LITERATURA. ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO</i> | 164 |

MISCELÁNEAS

- | | Pag. |
|--|------|
| • COMISION DEL BICENTENARIO. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. ACTIVIDADES DEL AÑO 2009 | 215 |
| • Verónica Lescano Galardi- <i>E-REVISTAS</i> | 220 |
| • Juan Carlos Frontera- <i>EROSIÓN DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO</i> | 221 |
| • PRIMERAS JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: SOCIEDAD, DERECHO Y | 225 |

ESTADO EN CUESTIÓN

- Alicia Noemí Farinati- *RESEÑA BIBLIOGRÁFICA. Contratación electrónica internacional. Sobre la revolución en la comunicación. A partir del Derecho Internacional Privado, por Sara Feldstein de Cárdenas y otras* 231

EDITORIAL

Con esta entrega, alcanzamos la edición del cuarto número de la Revista Electrónica del Instituto Gioja. Se trata, sin dudas, de un importante cometido académico, cuyos mayores méritos corresponden a los integrantes de la Comisión de Redacción y a quienes colaboran con sus trabajos, ensayos y artículos para darle contenidos de interés y calidad.

La Revista preserva celosamente la pluralidad conceptual y temática de sus contenidos. Por esa misma razón, a la vez que es garante de la idoneidad intelectual de las mismas, se manifiesta ajena y neutral respecto de opiniones, ideologías y presupuestos que ellos expresan.

En esta oportunidad el sumario da cuenta del intento de mantener lo que el pensamiento sistémico denominaría "variabilidad requerida". De tal modo que, por ejemplo, el ensayo historiográfico, convive con el análisis dogmático, la teoría política y los enlaces entre narratividad y derecho.

Deseamos haber preservado y, de ser factible, acrecentado la relevancia de los aportes ofrecidos y esperamos los comentarios de nuestros lectores, para enmendar lo necesario y recoger inquietudes y sugerencias.

Carlos M. Cárcova.
Diciembre de 2009.



INVESTIGACIONES

CARTOGRAFÍAS DEL PENSAMIENTO POLÍTICO DE THOMAS HOBBS

Por Mauro Benente

RESUMEN

En este trabajo se realizará un abordaje sobre el pensamiento político de Thomas Hobbes y se analizarán categorías claves dentro su obra: estado de naturaleza, pacto, poder soberano y sociedad civil. Además de presentar mis lecturas sobre la obra de Hobbes, también esbozaré otras lecturas que se han efectuado sobre la obra del pensador inglés.

PALABRAS CLAVE

Estado de naturaleza- pacto- poder soberano

CARTOGRAPHIES OF THOMAS HOBBS POLITICAL THOUGHT

By Mauro Benente

ABSTRACT

The following piece of work hopes to present an approach to the political thought of Thomas Hobbes and to analyze the most important categories in his work: state of nature, pact, sovereign power and civil society. As well as putting forward my views on Hobbes' work, I will delineate others that have already been given on the work of the English political philosopher.

KEYWORDS

State of nature- pact- sovereign power

CARTOGRAFÍAS DEL PENSAMIENTO POLÍTICO DE THOMAS HOBBS

Por Mauro Benente*

I- Introducción

Realizar un mapeo de la teoría política de Hobbes presentado sus ejes más importantes, es uno de los objetivos de este trabajo. No obstante, este breve escrito se titula cartografías y no mapeo. La cartografía es una disciplina que se dedica a la confección de mapas, pero también a su estudio. Bajo el título de cartografías, pues, me permito no sólo realizar un mapeo de la teoría política de Thomas Hobbes, sino también estudiar, o más bien reseñar, el mapeo que determinados autores han realizado sobre su obra. Asimismo, y en otros pasajes del trabajo, me permitiré presentar mapas que, sin abordar específicamente la obra de Hobbes, puede que se erijan como nuevos trazos para, en un futuro, crear nuevos mapas y nuevas cartografías

II- Hobbes como pensador moderno

Antes de ubicar a Hobbes como un pensador moderno, tal vez sea conveniente trazar un párrafo introductorio a los ejes centrales de su teoría política. Un buen resumen de la articulación que Hobbes hace de conceptos centrales de su obra como Estado de Naturaleza, Pacto, Poder Soberano y Sociedad Civil, podría encontrarse en el prefacio mismo de *De Cive*, obra escrita en 1642 en Francia, lugar donde en su anterior estadía había trabajado sobre el famoso texto *Meditaciones* de René Descartes. El análisis del estado de naturaleza cobra importancia, según Hobbes, porque nos permitirá comprender los derechos de los Estados y los deberes de los súbditos (HOBBS, 1642, 43)¹. Es en este marco que enuncia su pesimismo antropológico, según el cual, a menos que exista el temor de ser reprimidos por un poder coercitivo, cada hombre desconfiará y temerá de sus prójimos, y por derecho natural, tendrá que hacer uso de la fuerza para lograr su preservación (HOBBS, 1642, 43-44). Teniendo en cuenta lo anterior, Hobbes dirá que el estado de naturaleza no es otra cosa que la guerra de todos contra todos, y para evitar tal

* Abogado (UBA); Estudiante de Ciencia Política (UBA); Becario UBACyT categoría estímulo; Auxiliar docente de "Teoría del Estado", "Elementos de Derecho Constitucional" y "Sociología del Derecho" (Facultad de Derecho de la UBA); Miembro de la Revista "Derecho y Barbarie".

¹ Esta propuesta teórica de necesidad de comprender el estado de naturaleza, para entender cabalmente el poder del Estado, es algo que se repetirá en la obra de John Locke [1632-1704]. Así, en las primeras líneas del capítulo II del *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, dirá que "para entender el poder político correctamente, y para deducirlo de lo que fue su origen, hemos de considerar cuál es el estado en que los hombres se hallan por naturaleza" (LOCKE, 1764, 36)

sufrimiento es que los hombres pactarán renunciando el derecho a todas las cosas (HOBBS, 1642, 45-46). Este pacto será constitutivo de la sociedad civil y, a la vez del poder soberano, supremo².

Es interesante destacar que Hobbes apela a ciertos ejemplos para demostrar este estado de permanente desconfianza. Más allá de que los ejemplos puedan ser objetables –uno podría decir que los ejemplos de fronteras armadas no sirven para demostrar el estado de naturaleza, porque su existencia podría denotar, justamente, la existencia de una sociedad civil-, lo interesante es remarcar la apelación a la *demonstración*, pero fundamentalmente a la *razón* como instancias para abordar –y luego legitimar- sus postulados políticos.

La idea de demostración a través de la experiencia histórica, en el ámbito de las reflexiones políticas puede que tenga un referente en el florentino Maquiavelo [1469-1527], con quien también se abandona el patrón confesional en las reflexiones políticas (ABAL MEDINA (h)– NEJAMKIS, 2003, 193). Así, en la dedicatoria de *El príncipe*, sostiene que “por mi parte, queriendo presentar a Vuestra Magnificencia alguna ofrenda o regalo que pudiera demostraros mi rendido acatamiento, no he hallado, entre las cosas que poseo, ninguna que me sea más cara, ni que tenga en más, que mi conocimiento de los mayores y mejores gobernantes que han existido. Tal conocimiento sólo lo he adquirido gracias a una *dilatada experiencia* de las horrendas vicisitudes políticas de nuestra edad, y merced de una continuada *lectura de las antiguas historias*” (MAQUIAVELO, 1513, 7)³

Como destaca Wolin, en Hobbes la filosofía política puede conducirnos hacia la paz y la verdad, y para ello es elemental salir del atraso que tenía la filosofía política y adecuarse a los parámetros de racionalidad que tendría la *ciencia* (WOLIN, 1960, 262-263). Existía en Hobbes, pues, una intención de ubicar a la filosofía moral y política sobre una base científica (BERNS, 1987, 377). Incluso, Wolin destaca que en el proyecto hobbesiano había un ímpetu de obtener en la filosofía política verdades tan seguras como las de la geometría, para lo cual no alcanzaba con apelar a la historia –tal como lo había intentado Maquiavelo- sino que era menester acudir a la *razón* (WOLIN, 1960, 266-275).

Hay que aclarar que el apego a la racionalidad no es una creación de la filosofía política hobbesiana, pero sí existe una intensificación en este apego. Asimismo, puede que no se hayan iniciado con Maquiavelo las reflexiones políticas ajenas a los parámetros religiosos. No obstante, el que estos autores hayan sido relevantes, que hayan trascendido, marca un cambio en la articulación de las relaciones de poder. Mientras en algún momento los espacios de reflexión política adheridos a la racionalidad y la historia eran muy escasos y hasta perseguidos, en el surgimiento de la modernidad estos espacios se multiplicarían. Esther Díaz describe este proceso de ruptura, que no sólo se desarrollaba en el ámbito de las reflexiones políticas, afirmando que “cuando históricamente el poder está de parte de la iglesia, lo importante es saber interpretar las Escrituras; en cambio, cuando el poder comienza a cambiar de manos y va pasando del lado de la ciencia como institución, lo importante será saber leer el lenguaje con el que

² A diferencia de Hobbes, Locke dirá que no son lo mismo el estado de naturaleza y el estado de guerra. Mientras en este último reina la enemistad y la destrucción, en el primero hay un estado de paz, pero sin un poder terrenal (LOCKE, 1764, 46-49), algo que sería imposible para Hobbes.

Dios escribió en la naturaleza, es decir, los números.” (DÍAZ, 2000, 28)⁴. Este apego científicista no será irrelevante, ya que a los ojos de iluminismo aquello que no se adapte al criterio del cálculo será sospechoso (ENTEL- LENARDUZZI- GERZOVICH, 2000, 81).

Ahora bien, esta idea de racionalizar las reflexiones sobre la política no es patrimonio de los autores legitimantes de la autoridad estatal –algo más claro en Hobbes que en Maquiavelo-. En este sentido cabe destacar que la preocupación por el atraso de la filosofía política y la necesidad de subirse a los adelantos de la ciencia será contemplada, dos siglos después, por Proudhon, el primer autor autodenominado anarquista (PROUDHON, 1840, 19-27). La idea de racionalización se erige dentro de un marco, el de la modernidad, en el cual el método comienza a ser garantía del conocimiento verdadero. Entre los supuestos de la modernidad “se destaca la reducción de la ciencia al método. Reducción que manifiesta consecuencias diversas, entre ellas el reconocimiento de que es el cumplimiento riguroso de los pasos del método previamente establecido aquello que otorga cientificidad a un saber. Encontramos también una fuerte idealización del método, que se desvincula de las prácticas y circunstancias concretas en la que es producido. Método que, por su parte, es puesto en marcha por un sujeto universal, ahistórico, *res cogitans* o subjetividad trascendental” (RIVERA, 2003, 65).

Que acudiendo la razón se pueda tanto legitimar al Estado como impugnarlo, es una muestra de que el disciplinamiento de los saberes otrora concentrado en el contenido, a partir de la modernidad comienza a prestar atención a su modo de producción. Foucault detecta que hacia el s. XVIII se produjo un disciplinamiento de los saberes a partir de cuatro operaciones desarrolladas por el Estado: la *selección*, mediante la cual ciertos saberes fueron eliminados o descalificados como tales; la *normalización* de ciertos saberes entre sí, lo que permitirá la comunicación entre ellos; la *jerarquización* de los diferentes saberes; la *centralización* piramidal, que permite el control y la transmisión de los saberes. Realizadas estas operaciones es que surgirá una disciplina global, que no es otra cosa que la ciencia. Todo esto, al decir de Foucault produjo un cambio en la forma de dogmatismo, desplazándose el control de los enunciados hacia un control de la regularidad de las enunciaciones. “Desde el momento en que se produce una forma de control en el mecanismo, y por lo tanto en la disciplina interna de los saberes, mediante un aparato destinado a ella, a partir de ese momento, como comprenderán, se puede renunciar perfectamente a algo que podría denominarse la ortodoxia de los enunciados. Ortodoxia costosa, porque esta vieja ortodoxia, este principio que actuaba como modo de funcionamiento religioso, eclesiástico de control sobre el saber, tenía que entrañar la condena, la exclusión de cierto número de enunciados que eran científicamente

³ El resaltado fue agregado.

⁴ Sin perjuicio de lo relatado, es importante destacar que con la modernidad no hay una génesis, pero sí una intensificación, de la reflexión política en clave matemática –como a veces se insinúa desde malas interpretaciones que se hacen del discurso posmoderno- ya que esto puede ser advertido en la obra de Platón. Así, en el diálogo *Las Leyes* se lee que “El legislador debe adoptar el principio general de que las subdivisiones y complicaciones numéricas poseen utilidad universal (...) Todo debe ser tenido en cuenta por el legislador en su mandato a todos los ciudadanos, que nunca deben faltar, mientras puedan evitarlo, a esta uniformización numérica. Porque tanto en la vida doméstica y pública como en todas las artes y oficios, ninguna rama de la educación tiene, por sí sola, tal poderosa eficacia como la teoría de los números.” Citado en (WOLIN, 1960, 59)

verdaderos y fecundos. La disciplina, la disciplinarización interna de los saberes que se introduce en el siglo XVIII va a sustituir esa ortodoxia –que recaía sobre los enunciados mismos y seleccionaba los que eran conformes y los que no lo eran, los aceptables y los inaceptables- por otra cosa: un control que no se ejerce sobre el contenido de los enunciados, su conformidad o no a cierta verdad, sino sobre la regularidad de las enunciaciones. El problema consistirá en saber quién ha hablado y si estaba capacitado para hacerlo, en qué nivel se sitúa ese enunciado, en qué conjunto podemos volver a ubicarlo, en qué sentido y medida está de acuerdo con otras formas y otras tipologías de saber.” (FOUCAULT, 1997, 171-172).

Este pasaje del control sobre el enunciado al control sobre la enunciación, produjo un desbloqueo epistemológico que brindó una notable velocidad en la renovación de los enunciados (FOUCAULT, 1997, 172), y tal vez esto sea lo que permitió que el apego cientificista permitiese tanto legitimar como impugnar al Estado.

Dentro de un esquema de pensamiento moderno debe insertarse la figura del Leviatán como máquina. En el texto del Leviatán, la evocación a esta figura bíblica de agua aparece en tres oportunidades, evocando, no siempre de modo simultáneo, “Dios”, “hombre”, “animal” y “máquina” (SCHMITT, 1938, 18-19). Dentro de estas acepciones, la máquina está construida por hombres y se encuentra al servicio de ellos: los hombres crean una máquina que les brinda seguridad. Como destaca Schmitt, “Hobbes, en pleno siglo XVII, supo concebir ya con suficiente claridad, llegando hasta sus últimas consecuencias, la idea de un Estado creado por la razón de los individuos humanos. El paso decisivo está dado cuando se concibe al Estado como un producto artificial del cálculo humano. Todo lo demás: el proceso que va del aparato de relojería a la máquina de vapor, al electromotor, hasta el proceso químico-biológico, viene dado por sí mismo en el desarrollo ulterior de la técnica y de las ciencias naturales y no exige una nueva decisión metafísica” (SCHMITT, 1938, 37).

Esta confianza en el potencial de la creación humana, y el ligamen entre maquinismo y progreso, tal como sucedía con la confianza en la razón, no era patrimonio exclusivo de aquellos autores que podríamos considerar como legitimantes de la autoridad estatal. En este sentido, en *La conquista del pan*, obra publicada en París en 1892, el geógrafo anarquista ruso Piotr Kropotkin instaba por un maquinismo aplicado al bienestar general, para lo cual sería menester que las máquinas no estuviesen en manos privadas. Con la colectivización de la maquinaria todos podrían gozar de alimentos, vestido y vivienda (KROPOTKIN, 1892, 63-97). Incluso, la colectivización y un fuerte desarrollo en la maquinaria transformaría en agradable el trabajo y permitiría la emancipación de la mujer de las tareas domésticas (KROPOTKIN, 1892, 121-128)⁵.

El apego a la razón, la confianza en el potencial creativo humano, el ligamen entre razón y progreso ubican a Hobbes dentro del paradigma de la modernidad, paradigma que será compartido no

⁵ No obstante lo anterior, es menester aclarar que la emancipación de la mujer resulta bastante acotada. Así, Kropotkin postula que “(e)mancipar a la mujer no es abrir para ella las puertas de la universidad, del foro y del Parlamento. Es siempre sobre otra mujer que la mujer liberada descarga el peso de los trabajos domésticos. Emancipar a la mujer es liberarla del trabajo embrutecedor de la cocina y del lavado: es organizarse de modo que le

solamente por los autores que podrían considerarse como legitimantes de los procesos socio-políticos que se estaban produciendo.

III- El Estado de naturaleza

Hobbes niega la idea de asociación natural de los hombres y sostiene que ésta se produce por la búsqueda de beneficios, no por el amor al prójimo sino por el amor a nosotros mismos y, por sobre todo, por el miedo mutuo existente en el estado de naturaleza. En el capítulo XIII del *Leviatán*, Hobbes sostiene que en algunos sectores de América –recordemos que el trabajo data de 1651-, a excepción del régimen de pequeñas familias, se vivía bajo el estado de naturaleza (HOBBS: 1651, 104). No obstante el mismo Hobbes aclara que nunca ha existido un estado de naturaleza a escala planetaria (HOBBS, 1651, 10), algo que debiera tomarse como una hipótesis de la razón (BOBBIO, 1979, 57). Asimismo, para Wolin sería equívoco enmarcar al estado de naturaleza dentro de un período histórico. No pertenece ni al pasado ni al presente, sería una posibilidad siempre presente (WOLIN, 1960, 282).

De acuerdo con Hobbes, este miedo mutuo proviene de la igualdad natural entre los hombres y de la voluntad del daño mutuo (HOBBS, 1642, 58). Si bien la igualdad y el deseo de daño ya aparece explicada en *De Cive*, es en el capítulo XIII de su *Leviatán* donde esta concepción aparece con claridad cuando se afirma que “si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos, y en el camino que conduce al fin [...] tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno a otro” (HOBBS, 1651, 101). Será también en el *Leviatán*, donde Hobbes enuncie a la competencia, la desconfianza y la gloria como las causales de la discordia entre los hombres (HOBBS, 1651, 102). En este estado de naturaleza, impera pues, la guerra de todos contra todos. “Durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos.” (HOBBS, 1651, 102).

Ahora bien, del mismo modo en que suele relativizarse la existencia de un estado de naturaleza, también podría hacerse lo propio con la existencia de una guerra de todos contra todos. Foucault entiende que la guerra propuesta por Hobbes es una guerra producto de la igualdad o de diferencias insuficientes entre los hombres, ya que de haber diferencias marcadas entre los hombres podrían suceder dos cosas: que el fuerte triunfe sobre el débil y la guerra total no se produzca o que el débil, conociendo su situación respecto del fuerte, renuncie al enfrentamiento y la guerra total tampoco se produzca. En este sentido, entonces, “si hubiera diferencias naturales marcadas, no habría guerra; en efecto, la relación de fuerzas quedaría fijada por anticipado mediante una guerra inicial que excluiría su propia continuación, o bien, al contrario, esa relación de fuerzas se mantendría en la virtualidad debido a la timidez misma de los débiles.” (FOUCAULT, 1997, 88).

En este plano de igualdad o de diferencias insuficientes, quien desee evitar la guerra debe mostrar que está dispuesto a hacerla y no tiene intención de renunciar a ella. Asimismo, para mostrar que no tiene

permita, si le parece, criar y educar a sus hijos, conservando tiempo libre para tomar parte en la vida social.” (KROPOTKIN, 1892, 128)

intención de renunciar, deberá actuar de modo tal que al otro que está en pie de guerra le susciten dudas respecto de su propia fuerza, y por ello se detenga. Ahora bien, esta detención depende de que el primero muestre que no tiene intención de renuncia. En este sentido, Foucault advierte que en la guerra primitiva de Hobbes no hay batallas, no hay puños, no hay armas, no hay sangre, no hay cadáveres. Lo que se suscita es una relación de fuerzas que surge del juego de tres elementos: las *representaciones calculadas*, de acuerdo con las cuales yo me imagino la fuerza del otro y el otro se imagina mi fuerza; las *manifestaciones enfáticas de voluntad*, ya que se muestra que uno quiere la guerra y no está dispuesto a renunciar a ella y; las *tácticas de intimidación entrecruzadas*, según las cuales se intenta que el otro tema tanto como yo –o aun más– el hacer la guerra. De esto se trata guerra primitiva hobbesiana, o mejor dicho, el *estado de guerra*, en el cual “(h)ay representaciones, manifestaciones, signos, expresiones enfáticas, astutas, mentirosas; hay señuelos, voluntades que se disfrazan de lo contrario, inquietudes que se camuflan de certidumbres. Nos encontramos en el teatro de las representaciones intercambiadas, en una relación de temor que es una relación temporalmente indefinida; no estamos realmente en la guerra.” (FOUCAULT, 1997, 89).

Continuando con la descripción de este estado de naturaleza, vale destacar que en éste no había justicia ni derecho de propiedad (HOBBS, 1651, 104). Es importante resaltar esto último, ya que como destaca Wolin, la idea de propiedad común, propia del estado de naturaleza, era contraria a los ideales económicos de la época (WOLIN, 1960, 281). En este sentido, y haciendo patente una situación disímil a los ideales de la época, Hobbes dirá que en el estado de naturaleza, “no existe oportunidad para la industria, ya que su fruto es incierto; por consiguiente no hay cultivo de la tierra, ni navegación, ni uso de los artículos que pueden ser importados por mar, ni construcciones confortables, ni instrumentos para mover y remover las cosas que requieran mucha fuerza, ni conocimiento de la faz de la tierra, ni cómputo del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad” (HOBBS, 1651, 103).

Parecería ser, tal como enuncia Berns, que lo único bueno del estado de naturaleza es la posibilidad de abandonarlo (BERNS, 1987, 381). Será posible tal abandono mediante, la que dirá Hobbes, es la primera ley de la naturaleza. Las leyes de la naturaleza son los dictados de la recta razón, respecto de las cosas que debemos hacer para conservar nuestras vidas y, la primera de estas leyes, es buscar la paz allí donde pueda encontrarse y; cuando ello no es posible, proveernos de medios para hacer la guerra (HOBBS, 1642, 68)⁶. Asimismo, de esta ley fundamental, de esta primera ley de la naturaleza, surge que el derecho de los hombres a todas las cosas no puede ser retenido, sino que algunos deben renunciarse y/o transferirse. Esta obligación de buscar la paz –recordemos que a diferencia de los derechos de la naturaleza, las leyes de la naturaleza son obligaciones de hacer u omitir- y de ceder derechos, fundamentalmente el de dar muerte al prójimo, es lo que permitirá el pasaje del estado de naturaleza a la sociedad civil.

⁶ En el mismo sentido, en el *Leviatán*, Hobbes definirá a la ley de la naturaleza como “un precepto o una norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien, omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada” (HOBBS, 1651, 106).

Llegados a este sitio, es interesante destacar un contrapunto no predominante en las lecturas sobre Hobbes, y en especial sobre esta contraposición entre estado de naturaleza y sociedad civil. Cuando Etienne Balibar analiza una famosa obra de Leo Strauss sobre el pensamiento de Hobbes –*The political philosophy of Hobbes*–, destaca que dado que el miedo a la muerte no se extingue durante la sociedad civil, la diferencia entre ésta y el estado de naturaleza queda relativizada. Así, para el profesor de la Universidad de Paris X Nanterre, “el miedo a la muerte que reina en el *status naturalis*, no cesa de dominar en el comportamiento y la condición de los hombres en el *status civilis*. Es su fundamento común, que aun se puede interpretar como un <<primado>> del estado de naturaleza que se perpetúa en el seno del estado civil. El pasaje de uno a otro no quiere decir que los hombres *se liberan* del temor a la muerte violenta, sino que lo *desplazan*, o lo *difieren*, al hacer del poder político el único objeto de ese temor, como si, para descartar la amenaza mortal que representan unos a otros, demandaran al Estado *que los aterrorice a ellos mismos*. Es necesario, entonces, a la vez de *plantear* la distinción entre los dos estados y, de inmediato, *relativizarla*, puesto que el miedo a la muerte violenta reina de una punta a la otra” (BALIBAR, 2002, 126).

Por un camino distinto al escogido por Balibar, Foucault también sugiere cierta continuidad entre el estado de naturaleza y la sociedad civil. Recordando que los ejemplos que Hobbes sugiere de guerra permanente –el más citado el del viajero que no olvida cerrar con llave por temor a los robos– refieren a situaciones de la sociedad civil y no del estado de naturaleza, Foucault entiende que la guerra de todos contra todos no está únicamente en el origen del Estado, sino que seguirá presente una vez constituido éste (FOUCAULT, 1997, 87). Teniendo en mente esta sugerencia de continuidad y sumando la postura que Foucault ensaya respecto del *estado de guerra*, es posible afirmar que “se advierte con claridad por qué y cómo ese estado –que no es la batalla, el enfrentamiento directo de las fuerzas, sino cierto estado de los juegos de representaciones recíprocamente enfrentadas– no es una fase que el hombre abandona definitivamente el día que nace el Estado; se trata, en realidad, de una especie de fondo permanente que no puede no funcionar, con sus artimañas elaboradas, sus cálculos enmarañados, desde el momento en que algo no da seguridad, no fija la diferencia y no sitúa la fuerza, por fin, de cierto lado.” (FOUCAULT, 1997, 90).

Además de aquella ley que permite el pasaje (relativo) del estado de naturaleza a la sociedad civil, en *De Cive*, Hobbes enunciará otras diecinueve leyes de la naturaleza (HOBBS, 1642, 81-94) y se empeñará en demostrar que lo mandado por estas disposiciones tiene sustento en las sagradas escrituras (HOBBS, 1642, 101). Es interesante destacar, tal como lo hace Berns, que todas las leyes de la naturaleza enunciadas por Hobbes tienden a reducir al mínimo la fricción entre los hombres (BERNS, 1987, 384). En el mismo sentido, cuando en el *Leviatán* se ocupa de describir la misión del soberano, sostiene que consiste en procurar la seguridad del pueblo a través de la promulgación y sanción de buenas leyes (HOBBS, 1651, 275). En el empleo de estas leyes, también subyace un objetivo de evasión de posibles fricciones. Así, nuestro autor destaca que “el uso de las leyes (que no son sino normas autorizadas) no se hace para obligar al pueblo, limitando sus acciones voluntarias, sino para dirigirle y llevarlo a ciertos

movimientos que no les hagan chocar con los demás, por razón de sus propios deseos impetuosos, su precipitación o su indiscreción" (HOBBS, 1651, 285).

IV- Lo que Hobbes quería evitar (I)

Numerosas lecturas de la obra de Hobbes, sugieren que la búsqueda de paz y seguridad, que será el fundamento y el objetivo de la instauración de un poder supremo, debe entenderse en el contexto una guerra civil motivada por conflictos religiosos en Inglaterra, y tal vez sea esto lo que nos permita afirmar que hay un objetivo hobbesiano de despegar al Estado de las presiones del clero (JANINE RIBEIRO, 2000, 17) y un intento de poner fin a la tutela del clero sobre los gobernantes y ciudadanos (JANINE RIBEIRO, 2000, 32)⁷. Así Carl Schmitt, en una obra de profundos análisis sobre la carga simbólica de las figuras hobbesianas, señala que el Behemoth –esta figura bíblica de tierra que imperaría de no existir el Leviatán- sería un símbolo de la anarquía producida por el sectarismo y el fanatismo religioso (SCHMITT, 1938, 20).

De acuerdo con determinadas lecturas, la obra de Hobbes es un embate a los poderes indirectos, o intermedios, que tenían, especialmente, ciertos sectores de la Iglesia⁸. Hobbes quería evitar interferencias religiosas en el poder estatal (JANINE RIBEIRO, 2000). Con esta clave de lectura es que, según entiendo, resulta fructífera la tercera parte de *De Cive*. Allí se advierte un esfuerzo teórico por compatibilizar la autoridad civil con la divina, hacer de ellas una sola autoridad: la civil. Es en este marco en el cual Hobbes sostiene que el soberano tiene el derecho de establecer cuáles serán las formas de culto hacia Dios, e incluso tiene el derecho de interpretar las sagradas escrituras (HOBBS, 1642, 264-267)⁹. Es más, Hobbes dilucidará de las mismas sagradas escrituras que el poder civil es el facultado para su interpretación. En este sentido, en cuanto a lo relatado en la antigua alianza –antiguo testamento- mostrará que la facultad de interpretar la palabra de Dios no estaba desligada del poder civil (HOBBS, 1642, 290), y respecto de lo narrado en la nueva alianza –nuevo testamento-, dirá que quien tiene el poder sobre la ciudad tiene poder sobre la Iglesia, porque en definitiva, ciudad e iglesia se tratan de una misma cosa (HOBBS, 1642, 332).

Respecto de la unificación por parte del soberano en materia de culto, aparece en la obra de Hobbes un razonamiento consecuencialista según el cual se evitarían conflictos en tales manifestaciones. Así, pues, "si cada hombre siguiera su propia razón en lo referente al *culto* de Dios, entre una variedad tan

⁷ No por nada, por ejemplo, el poder supremo tiene el derecho a juzgar qué opiniones y doctrinas son enemigas de la paz, así como prohibir su enseñanza (HOBBS, 1642, 128-129).

⁸ Es interesante resaltar que para Carl Schmitt, el parlamentarismo permitió que estos sectores frente a los cuales se erigió el Leviatán lograran subordinarlo. Así el jurista destaca que "(e)l pensamiento de Hobbes penetra y actúa eficazmente en el Estado legal positivista del siglo XIX, pero sólo se realiza en forma que podríamos llamar apócrifa. Los antiguos adversarios, los poderes <<indirectos>> de la Iglesia y de las organizaciones de interés, vuelven a entrar en escena transfigurados, como partidos políticos, sindicatos, asociaciones sociales; en una palabra, como <<podere de la sociedad>>. A través del Parlamento lograron apoderarse de la legislación y del Estado legal y hasta pudieron llegar a creer que habían conseguido enganchar al Leviatán a su carruaje." (SCHMITT, 1938, 76).

⁹ Así como la necesidad de un definidor en materia de lenguaje se expresa en clave consecuencialista, ya que se erige como una herramienta para acceder a otro valor, en materia de culto también habría una necesidad de un gran definidor. Para analizar el soberano como gran definidor en materia de lenguaje, ver D´AURIA (1999, 47) y WOLIN (1960, 284-290)

grande de adoraciones siempre alguno juzgaría irrespetuoso e impío el modo de adorar de otro, y a ninguno le parecería que el otro estaba honrando a Dios" (HOBBS, 1642, 266). Ante este cuadro de situación, Hobbes entiende que los súbditos tienen que transferir al soberano, el derecho de juzgar el modo de expresar su culto a Dios. Es por esto, entonces, que "la *interpretación* de todas las leyes, tanto *sagradas* como *seculares* (cuando Dios gobierna por vía *natural* solamente), depende de la autoridad de la ciudad, es decir, del hombre o la asamblea a quienes se les ha encomendado el poder soberano" (HOBBS, 1642, 266-267).

Si en la tercera parte de *De Cive* encontramos el esfuerzo teórico de compatibilizar la autoridad civil con la divina, también en la tercera parte del *Leviatán* se encuentran los capítulos dedicados a la materia religiosa, aunque ya en el capítulo XXVI titulado *De las leyes civiles* y perteneciente a la segunda parte, se encuentran referencias sobre los milagros, asunto que es tratado con más intensidad en los caps. XXXVII y XLII. De acuerdo con la lectura que hace Schmitt, Hobbes es agnóstico en materia de milagros y sólo el Estado puede determinar qué es un milagro y qué no (Schmitt, 1938, 52-53). Hobbes define al milagro como "*una obra de Dios (aporte de su operación por vía natural, ordenada en la creación) realizada para hacer manifiesto a su elegida la misión de un enviado extraordinario para su salvación*" (HOBBS, 1651, 365). Ahora bien, dado que entiende que lo que parece un milagro para un hombre, pueda no serlo para otro, es menester que exista un definidor que determine qué es un milagro. Es en este contexto que Hobbes separa una razón privada, ámbito en el cual cada hombre puede definir qué es un milagro, y una razón pública, ámbito donde será la autoridad quien defina cuando estamos en presencia de un milagro¹⁰.

Para Schmitt, la escisión entre razón pública y privada perfiló ciertos caracteres del Estado moderno. Así puede decirse que "(l)a distinción de lo privado y lo público, entre la fe y la confesión, *fides* y *confessio*, *faith* y *confesión*, ha calado tan hondo, que de ella se han derivado consecuentemente en el curso de los siglos posteriores el Estado de derecho y el Estado constitucional liberal. De aquí, es decir, del agnosticismo, no de la religiosidad de los sectores protestantes, arranca el Estado moderno <<neutral>>." (SCHMITT, 1938, 55). Sobre esta la temática razón pública y privada, Schmitt realiza una comparación con el *Tratado teológico-político* de Baruch Spinoza, obra publicada en 1670 en Holanda de forma anónima y con un pie de imprenta falso. Según entiendo, esta comparación debe tomarse con cierto cuidado.

Schmitt sugiere que la separación entre fuero interno y externo que en la obra de Hobbes aparece de modo germinal, surge con claridad en la obra de Spinoza. Sobre este asunto, entiendo, no pueden

¹⁰ En este sentido, Hobbes sostiene que "(l)a cuestión ya no es si lo que nosotros vemos realizado es un milagro, si el milagro que oímos o leemos fue un acto real y no una creación de la lengua o de la pluma, sino, en definitiva, si el relato es verdadero o falso. En esta cuestión no hemos de inquirir nuestra propia razón o conciencia privada, sino la razón pública, esto es, la razón del supremo representante de Dios, que actúa como juez suyo; en efecto, lo haremos juzgar siempre, puesto que le hemos dado un poder soberano, a fin de que haga todo lo necesario para nuestra paz y defensa. Un hombre particular (puesto que el pensamiento es libre) tiene siempre la libertad de creer o no creer íntimamente ciertos actos que han sido presentados como milagros, considerando, según su propio testimonio, qué beneficio puede derivar, de la creencia de los hombres, para aquellos que lo reconocen o lo combaten, y conjeturar a base de ello si son milagros o mentiras. Pero cuando se llega a la confesión de esta fe, la razón privada debe someterse a la pública, es decir, al representante de Dios." (HOBBS, 1651, 369).

realizarse mayores objeciones al jurista alemán, pero sí, creo que merece ser revisada la idea, según la cual, en Spinoza, la libertad individual aparece como principio configurador. Así, Schmitt nos dice que "(e)s bien notoria la estrecha dependencia entre el Tratado de Spinoza y Hobbes, pero el inglés, al dejar sentada esa reserva fundamental, no se proponía salirse de la fe de su pueblo, sino todo lo contrario: permanecer en ella. En cambio, el filósofo judío viene a parar desde fuera a la religión de Estado y su reserva viene también de fuera. En Hobbes siempre están en primer plano la paz pública y el derecho del poder soberano; la libertad de conciencia es sólo una última reserva oculta en el trasfondo. Pero es que ahora la libertad individual de pensamiento se convierte en un principio configurador, mientras que los imperativos y el derecho del poder estatal se han transformado en simples reservas" (SCHMITT, 1938, 56-57).

Es claro, tal como relata Schmitt, que en la obra de Hobbes, la paz y la seguridad están en el primer plano. La paz y la seguridad, en la obra de Hobbes actúan como variables independientes y la necesidad de un gran definidor en materia de culto, en el ámbito de la razón externa, se presenta como una variable interviniente para lograr aquel fin. Para realizar sus aseveraciones sobre la obra de Spinoza, Schmitt trabaja con los capítulos XIX y XX del *Tratado*, capítulos en los cuales, según creo, la seguridad y la paz también funcionan como variables independientes, e incluso puede intuirse un ligamen entre Estado y paz¹¹. Asimismo, tampoco parece correcta esta supuesta posición de reserva del derecho del poder estatal, ya que, tal como veremos, sólo con el poder estatal los mandatos religiosos adquirirían cierta obligatoriedad.

En el primero de los capítulos mencionados –titulado *Se demuestra que el derecho sobre las cosas sagradas reside íntegramente en las supremas potestades y que el culto religioso externo debe adaptarse a la paz del Estado, si queremos obedecer rectamente a Dios*– Spinoza se esfuerza por demostrar, tal como él mismo dice, que "la religión solo alcanza fuerza de derecho por decisión de aquellos que detentan el poder estatal y que Dios no ejerce ningún reinado especial sobre los hombres, sino a través de quienes tienen el poder del Estado; y que, además, además el culto religioso y el ejercicio de la piedad deben adaptarse a la paz y a la utilidad del Estado, y que, por lo mismo, solo deben ser determinados por las supremas potestades, las cuales, por tanto, deben ser también sus intérpretes" (SPINOZA, 1670, 397).

Respecto del primer asunto, esto es, que los mandatos religiosos adquieren juridicidad con el Estado, Spinoza dirá que entre los hebreos, la religión sólo adquirió fuerza jurídica con el derecho estatal (SPINOZA, 1670, 399-401). Respecto del segundo asunto, para Spinoza si el Estado pierde la autoridad sobre cosas sagradas, la consecuencia son las disputas y discordias (SPINOZA, 1670, 406). Al igual que en la obra de Hobbes, la paz se erige como una variable independiente y la autoridad estatal sobre los asuntos sagrados se propone como una variable interviniente a tales efectos. Lo mismo sucede con la libertad individual de pensamiento, que Schmitt pretende elevar como "principio configurador".

Es real que en la obra de Spinoza hay una importante defensa de la libertad de pensamiento, algo que no se encuentra en la obra de Hobbes. No obstante, esta defensa, Spinoza la construye porque

¹¹ Así, para Spinoza, "(s)uprimido el Estado, en efecto, nada bueno puede subsistir, todo corre peligro y, en medio del pavor general, sólo reinan la ira y la impiedad" (SPINOZA, 1670, 402).

entiende que es necesaria para garantizar la paz. Para Spinoza la libertad individual de conciencia no es importante *per se* tal como parece intuir Schmitt, sino sólo en la medida en que es más probable preservar la paz, si la autoridad estatal protege esta libertad individual en lugar de intentar imponer un modelo de pensamiento. En el capítulo XX de su *Tratado* –titulado *Se demuestra que en un estado libre está permitido que cada uno piense lo que quiera y que diga lo que piensa*–, el pulidor de lentes dirá que es imposible que la autoridad estatal logre controlar la opinión de los hombres, que nadie puede renunciar a su libertad de opinar, etc. Asimismo sugiere que garantizar la libertad de opinión puede traer inconvenientes, pero mayores problemas ocasionaría establecer un control sobre las opiniones: “(l)os hombres son, por lo general, de tal índole que nada soportan con menos paciencia que el que se tenga por un crimen opiniones que ellos creen verdaderas, y que se les atribuya como maldad lo que a ellos les mueve a la piedad con Dios y con los hombres. De ahí que detesten las leyes y se atrevan a todo contra los magistrados, y que no les parezca vergonzoso, sino muy digno, incitar por esto a la sedición y planear cualquier fechoría” (SPINOZA, 1670, 319).

En el mismo orden de ideas, Spinoza afirmará que para un mejor mantenimiento del poder era recomendable otorgar a los hombres libertad de juicio¹² y dentro de los elementos que cree haber demostrado al finalizar el capítulo, dirá que esta libertad de los hombres de decir lo que quieran, siempre que se deje a salvo la paz del Estado, “no sólo puede ser concedida sin perjuicio para la paz del Estado, la piedad y el derecho de las supremas potestades, sino que debe ser concedida para que todo esto sea conservado” (SPINOZA, 1670, 423)¹³.

Más allá de estas lecturas que hacen hincapié en la búsqueda de paz como contrapartida de un conflicto religioso, pareciera que esta suerte de ligamen entre Estado y la búsqueda y preservación de la paz y la seguridad, era una conciencia de época. Así, en el marco del curso dictado los miércoles entre enero y abril de 1978 en el *Collège de France*, Michel Foucault rescata a Giovanni Antonio Palazzo, para quien, en una obra escrita aparentemente en 1604, la razón de estado sería una regla o arte que nos permitiría conocer los medios para alcanzar la integridad, la tranquilidad y la paz (FOUCAULT, 2004a, 296)¹⁴.

¹² Así, afirma que “para que se aprecie la fidelidad y no la adulación y para que las supremas potestades mantengan mejor el poder, sin que tengan que ceder a los sediciosos, es necesario conceder a los hombres la libertad de juicio y gobernarlos de tal suerte que, aunque piensen abiertamente cosas distintas y opuestas, vivan en paz” (SPINOZA, 1670, 421).

¹³ Si bien no es motivo de este trabajo realizar un exhaustivo abordaje de la obra de Spinoza, no está demás aclarar que dentro de su concepción, la idea de libertad no refiere a una elección contingente entre alternativas contingentes, sino que “es la manifestación espontánea y necesaria de la fuerza o potencia interna de la esencia de la sustancia (en el caso de Dios) y de la potencia interna de la esencia de los modos finitos (en el caso de los humanos)” (CHAUI, 2000, 117). La obra de Spinoza, es de destacar, no pivotea sobre las oposiciones naturaleza/voluntad; necesidad/libertad.

¹⁴ En una brillante conferencia pronunciada en Vermont, Foucault rastrea otros discursos del siglo XVII sobre la razón de Estado y afirma que esta expresión fue asociada con el ateísmo. Para Foucault, de la fuerza material de los escritos que recoge, puede extraerse que “la razón de estado no es un arte de gobernar según leyes divinas, naturales o humanas. No necesita respetar el orden general del mundo. Se trata de un gobierno en consonancia con la potencia del Estado. Es un gobierno cuya meta consiste en aumentar esta potencia en un marco extensivo y competitivo” (FOUCAULT, 1981,127).

V- El pacto

Retomando la temática de las leyes de la naturaleza, éstas –veinte en total– sólo obligan en nuestro fuero interno, ante el tribunal de la conciencia (HOBBS, 1642, 95). Hobbes entiende que podríamos acordar en juntarnos para defendernos, pero hasta tanto no acordemos en los medios para hacerlo, no lograremos la ansiada paz. El remedio para esta situación, sería el establecimiento de un acuerdo por el cual sometamos nuestra voluntad a un tercero. Hobbes sostiene que “se requiere que en aquellos asuntos necesarios que se refieren a la paz y a la autodefensa haya una sola voluntad entre los hombres. Pero esto no puede lograrse, a menos que cada hombre someta su voluntad a la de otro, ya sea este otro un individuo o un consejo; y que cualquiera que sea la voluntad de éste en asuntos necesarios para la paz común, sea aceptado por las voluntades de todos los hombres en general, y de cada uno en particular” (HOBBS, 1642, 117). Veamos ahora cómo es este sometimiento.

Dentro del contractualismo suelen destacarse dos pactos: el de asociación –*pactum societatis*– y el sujeción –*pactum subiectionis*–, y mientras con el primer pacto se constituiría la sociedad, con el segunda ésta quedaría sujeta a alguna autoridad (MATTEUCCI, 1976, 366). Así, mientras para Locke estos momentos estarían diferenciados, y el segundo pacto vendría a dotar de autoridad las leyes que surgen en el marco –o a partir del– primer pacto (LOCKE, 1764)¹⁵, en Hobbes hay un pacto hacia un tercero, hacia el soberano, que de modo simultáneo es un pacto de asociación y de sumisión: “un pacto de asociación porque los contrayentes son los individuos singulares entre ellos y no el *populus* por un lado y el futuro *princeps* por el otro; un pacto de sujeción porque aquello sobre lo que los individuos se ponen de acuerdo es la institución de un poder al que desean someterse” (BOBBIO, 1979, 79). Para Hobbes, esta sumisión de la voluntad de todos los hombres hacia la voluntad de un solo hombre, o de un consejo, se denomina *unión* y cuando hay unidad entre la voluntad del súbdito y del soberano, la unión recibe el nombre de *ciudad, sociedad civil, o persona civil* (HOBBS, 1642, 118). En este sentido, cuando en el *Leviatán* refiere a la generación del Estado –sin aun distinguir entre Estado por *institución* y Estado por *adquisición*– propone que “es algo más que un

Es en el curso del año siguiente al citado, donde Foucault clarifica aun más la noción de razón de Estado. Así, refiriéndose al curso de 1978, sostuvo que “la razón de Estado es justamente una práctica o, mejor, la racionalización de una práctica que va a situarse entre un Estado presentado como un dato y un Estado presentado como algo por construir y levantar. El arte de gobernar debe fijar entonces sus reglas y racionalizar sus maneras de obrar, proponiéndose en cierto modo como objetivo transformar en ser en el deber ser del Estado. El deber hacer del gobierno tiene que identificarse con el deber ser del Estado (...) Gobernar, según el principio de la razón de Estado, es actuar de tal modo que el Estado pueda llegar a ser sólido y permanente, pueda llegar a ser rico, pueda llegar a ser fuerte frente a todo lo que amenaza con destruirlo” (FOUCAULT, 2004b, 19). En este orden de ideas, Foucault dirá que el mercantilismo, la organización urbana –Estado de policía– y el ejército y la diplomacia permanente –balanza europea–, se erigen como el cuerpo concreto del arte de gobernar ajustado al principio de razón de Estado (FOUCAULT, 2004b, 21)

Por otro lado, es real que para Wolin, el supremo no sólo garantiza la paz y la seguridad, sino que también era un medio para crear un universo político de significado unívoco (WOLIN, 1960, 277). No obstante, y según entiendo, la creación de este significado unívoco sería una herramienta para lograr la mentada seguridad. Esto también parece sugerir el mismo Wolin, cuando afirma que “la verdad política no era una cualidad intrínseca, sino una función de las exigencias de paz y orden” (WOLIN, 1960, 278).

consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instruida por pacto de cada uno de los hombres con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: *autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho a gobernarme a mi mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizareis todos sus actos de la misma manera*. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina ESTADO, en latín, CIVITAS. Esta es la generación de aquél gran LEVIATÁN, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel *dios mortal*, al cual debemos, bajo el *Dios inmortal*, nuestra paz y nuestra defensa” (HOBBS, 1651, 141).

Para Hobbes, pues, la creación de la comunidad política desde la nada (el estado de naturaleza) sería producto del accionar humano¹⁶: el pacto, que es constitutivo, simultáneamente, de la sociedad civil y del poder supremo.

Como bien destaca Gargarella, el contractualismo responde de modo atractivo a la pregunta por la obediencia de ciertas reglas, ya que “sostiene que la razón por la cual debemos obedecer ciertas reglas es la de que nos hemos comprometido a ello” (GARGARELLA, 1999, 31)¹⁷. Ahora bien, aun asumiendo que nuestro compromiso es fuente de obligaciones, y descartando entonces ciertas paradojas que podrían sobrevenir si reflexionamos sobre la obligatoriedad de lo obligatorio, la pregunta es: ¿nos hemos comprometido? Cuando Enrique Marí analiza el pacto hobbesiano como justificante del poder, sostiene que “esta justificación final obedece a un determinado procedimiento técnico: dar a un ficción, del tipo y naturaleza de las que siglos más tarde tratará y sistematizará Hans Vaihnger en *Die Philosophie des, als ob*”, el carácter de una ficción fundadora. Si no existen evidencias históricas del pacto social, para entender la sociedad, en el caso para comprender el poder absoluto, debo proceder <<como-si>> se hubiera suscripto un pacto en que los hombres ceden en absoluto la libertad de que disfrutaban para recibir en contraprestación la paz y la seguridad, o sea por cálculos de la razón” (MARÍ, 1986, 106).

Como recuerda Marí en otro de sus escritos, “una ficción es un arbitrario desvío de la realidad, un punto de transición para la mente, un lugar temporario de detención del pensamiento. Lo que distingue básicamente a una ficción es el expreso reconocimiento de su carácter de tal, la ausencia de cualquier reclamo de realidad” (MARÍ, 2002, 305). Si bien es complejo abordar el asunto cuando se descrea de las diferencias entre verdades y ficciones –y aquí tal vez recoja una tradición iniciada por Nietzsche¹⁸– o se

¹⁵ Especialmente dotar de autoridad los mandatos que hacen a la protección de la propiedad privada (LOCKE, 1764, 133-135). Recordemos que si para Hobbes no había propiedad antes del establecimiento del Gobierno Civil, para Locke aquella era anterior a éste (LOCKE, 1764, 55-75).

¹⁶ Como destaca Wolin, “la filosofía política de Hobbes incorporaba la idea clásica de creatividad política, uniéndola con una versión secularizada del Dios agustiniano. La abolición del estado de naturaleza sería un acto de tipo divino, una <<creación por el ingenio humano, a partir de la nada>>” (WOLIN, 1960, 265)

¹⁷ Sin lugar a dudas la temática de la obediencia, de los deberes, atraviesa gran parte de la obra de Hobbes. En este sentido, en el prefacio de *De Cive*, nuestro autor enuncia que “en este libro encontrarás brevemente descritos los deberes de los hombres, primero, como hombres; después como súbditos; y, por último, como cristianos” (HOBBS, 1642, 39).

¹⁸ Cuando Foucault analiza una obra póstuma de Nietzsche publicada bajo el título de *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, sostiene que cuando Nietzsche postula que el conocimiento fue inventado, lo hace para oponerse a una idea de origen del conocimiento. Según Foucault, “para Nietzsche, la invención –*Erfindung*– es, por una parte, una ruptura y, por otra, algo que posee un comienzo pequeño, bajo, mezquino, inconfesable. Este es el punto crucial de la *Erfindung*. Fue debido a oscuras relaciones de poder que se inventó la poesía. Igualmente, fue debido a oscuras

sospeche de su capacidad explicativa, entiendo que dentro de un discurso predominante que distingue entre ambas –y como bien explica Germán Sucar, Marí lo hacía (SUCAR, 2003)-, el contractualismo se ha sedimentado de modo tal, que parece haber abandonado el *status* de ficción y parece erigirse como un suceso verdadero. Esto no es un dato menor, ya que como sostiene Gonzalo Aguirre, aunque dentro de otro marco teórico, el contractualismo legitima a través del propio golpeado los golpes que recibe. En este mismo trabajo, que tiene una fuerte impronta deleuzeana, Aguirre intuye que ante la problemática de encontrarnos, necesariamente, ante una autoridad no autorizada o ante la paradoja de elevar la cadena de autoridad al infinito, el discurso de la representación contractual “dobla la cadena y la vuelve sobre sí misma, tratando de generar un círculo virtuoso, similar al que construirían la designación, la manifestación y la significación de una proposición” (AGUIRRE, 2005, 72).

Situados en el momento de la generación del Estado, una vez distinguida la génesis por *institución* y la génesis por *adquisición*, será posible asimilarlas y proponer una segunda perspectiva de lo que Hobbes quería evitar.

VI- Lo que Hobbes quería evitar (II)

En *De Cive* Hobbes distingue dos clases de ciudades –entendiendo por ciudad a la sociedad civil-: la ciudad *natural* y la ciudad *institutiva*. En la primera de estas, el poder soberano se erige como tal a partir de cierto temor a un soberano ya instituido, y es el caso de los vencidos en la guerra que temen ser ejecutados. Por otra parte, en la ciudad *institutiva*, los ciudadanos por voluntad propia eligen a un señor para que rija sobre ellos (HOBBS, 1642, 119-120).

En el mismo orden de ideas, en el *Leviatán* se lee un interesante párrafo que merece ser citado: “(s)e alcanza este poder soberano por dos conductos. Uno por la fuerza natural, como cuando un hombre hace que sus hijos le estén sometidos, siendo capaz de destruirlos si se niegan a ello; o que por actos de guerra somete a sus enemigos a su voluntad, concediéndoles la vida a cargo de su sumisión. Ocurre el otro procedimiento cuando los hombres se ponen de acuerdo entre sí, para someterse a algún hombre o asamblea de hombres voluntariamente, en la confianza de ser protegidos por ellos contra todos los demás. En este último caso puede hablarse de Estado político, o Estado por *institución*, y en el primero de Estado por *adquisición*” (HOBBS, 1651, 141).

De esta distinción que hace Hobbes, surgen las similitudes. En ambos casos el temor es fundante: el temor al soberano mismo en el Estado por *adquisición* y el temor mutuo en el gobierno por *institución*. Pero además hay igualdad de legitimidad. “(l)a validez del contrato no se ve afectada en modo alguno por el hecho de que fuese sucrita o no bajo presión, temor a la muerte y a la violencia (...) no hay diferencia, en lo que concierne al derecho, entre la fundación por conquista y la fundación por institución. En la

relaciones de poder que se inventó la religión. Villanía, por tanto, de todos estos comienzos cuando se los opone a la solemnidad del origen tal como es visto por los filósofos. El historiador no debe temer a las mezquindades pues fue de mezquindad en mezquindad, de pequeñez en pequeñez, que finalmente se construyeron las grandes cosas” (FOUCAULT, 1978, 20).

adquisición de la soberanía por conquista, no hay diferencia si la guerra fue una guerra justa o si no lo fue” (BERNS, 1987, 386). Pero no sólo el temor es fundante.

Lo curioso es que en ambos tipos de soberanía, la voluntad es fundante. No sólo en la república por institución los hombres manifiestan la voluntad de someterse a un tercero que los represente, sino que en la república por adquisición, la voluntad está presente en el deseo del prisionero, de ser sometido, por a quien le teme, por quien lo capturó. Hay una voluntad ligada al miedo que funda la soberanía y esta tríada –voluntad, miedo, soberanía- está presente ya sea que se trate de una soberanía precedida por un acuerdo, una batalla o una relación entre padres e hijos. Con todo esto, pareciera que Hobbes quería eliminar la guerra como fundante de la soberanía. Como intuye Foucault, “todo sucede como si Hobbes, lejos de ser teórico de las relaciones entre la guerra y el poder político, hubiera querido eliminar la guerra como realidad histórica, como si hubiera querido eliminarla de la génesis de la soberanía (...) Hobbes hace que la guerra, su existencia, la relación de fuerzas efectivamente manifiesta en ella sean indiferentes a la constitución de la soberanía. La constitución de la soberanía ignora la guerra. Y ya haya guerra o no, esa constitución se produce de la misma manera” (FOUCAULT, 1997, 93).

Al decir de Foucault, la insistencia de Hobbes en restarle importancia a la guerra en la constitución de la soberanía, estaba orientada a desterrar no un adversario teórico, sino estratégico: cierto empleo del discurso de la guerra, un discurso que marcaba ciertas líneas de continuidad entre las conductas de la guerra y las leyes e instituciones que regulaban el poder¹⁹. En especial, el adversario del Leviatán es el problema de la conquista. Para Foucault la conquista normanda de Guillermo en 1066 había marcado la memoria histórica de las rebeliones. Esta marca se traducía en un modo de codificar las oposiciones entre sectores sociales bajo las formas de la conquista y la dominación de una raza sobre la otra. Sin ser la excepción, los conflictos políticos y sociales contemporáneos a Hobbes, tales como la lucha entre la burguesía por una parte y la aristocracia y la monarquía por el otra, se expresaron en un vocabulario de lucha racial –vocabulario que no era patrimonio de ningún sector, sino que era empleado por los monárquicos, los parlamentaristas y hasta por los niveladores (*levellers*) y los cavadores (*diggers*)-. Los monárquicos justificaban el colonialismo inglés sobre la base de la conquista normanda, los parlamentarios sostenían que el basamento jurídico de la nueva república que querían instaurar ya había sido reconocido por los conquistadores normandos y, finalmente, los *levellers* aducían que el hecho de la conquista implicaba una ausencia de derecho que invalidaba la legislación y diferenciación social posterior a la conquista, que marcaba a la aristocracia, al régimen de propiedad, entre otros (FOUCAULT, 1997, 97-107).

Tal vez, si confiamos en esta perspectiva trabajada por Foucault, es posible encontrar una pista para relativizar las diferencias entre verdad y ficción.

¹⁹ Así, Foucault afirma que “(e)l contrincante estratégico del Leviatán es, creo, la utilización política, en las luchas contemporáneas, de cierto saber histórico concerniente a las guerras, las invasiones, los saqueos, los despojos, las confiscaciones, las rapiñas, las exacciones y los efectos de todo eso, los efectos de todas esas conductas de guerra, de todos los hechos de batalla y de las luchas reales en las leyes e instituciones que aparentemente regulan el poder” (FOUCAULT, 1997, 94).

La recreación de la conquista normanda, su presencia en la articulación de los discursos políticos, la codificación de los conflictos en términos de oposición de razas se inscribe dentro de un discurso histórico que sitúa a la guerra como rasgo constante de las relaciones sociales y como trama secreta de las instituciones políticas. Contra este discurso histórico se erige el *Leviatán*, Hobbes quiere evitar este discurso, el empleo de este discurso. En el empeño de Hobbes por suprimir la importancia de la guerra como fundante de la soberanía, estaba la intención de eliminar el sombrío problema, tanto histórico como jurídico, de la conquista normanda. “Había que evitar ese problema de la conquista, alrededor del cual se habían dispersado en definitiva todos los discursos y todos los programas políticos de la primera mitad del siglo XVII. Eso era lo que había que eliminar; y en términos más generales y a más largo plazo, había que suprimir lo que yo llamaría *historicismo político*, es decir, esa especie de discurso que vemos perfilarse a través de las discusiones que mencioné, que se formula en algunas de las fases más radicales y consiste en decir lo siguiente: desde el momento en que estamos frente a relaciones de poder, no estamos en el derecho ni en la soberanía; estamos en la dominación, en esa relación históricamente indefinida, indefinidamente densa y múltiple de la dominación” (FOUCAULT, 1997, 108).

El discurso filosófico jurídico quería evitar, quería silenciar este historicismo político que manchaba de sangre todo producto normativo-institucional²⁰.

VII- Derechos y deberes del supremo

Tal como adelantáramos, y en cumplimiento de la primera y fundamental ley de la razón, el sometimiento hacia la autoridad del soberano se realiza en miras a buscar y preservar la paz y la seguridad y, los derechos de quien ejerza el poder supremo surgirán de tales objetivos. Más allá de la enumeración exhaustiva de los derechos del supremo, lo importante es reiterar que estos tienen su origen en el objetivo de preservar la paz y la seguridad. Además, y esto es muy importante subrayarlo dado el objetivo político de compatibilizar los mandatos confesionales con el poder civil, Hobbes mostrará que estos derechos concuerdan con los enunciados de las sagradas escrituras (HOBBS, 2000:189-194). En lugar de enunciar cada uno de los derechos, preferiré detenerme brevemente en el derecho de castigar.

Los primeros derechos enunciados son los denominados *espada de la guerra* y *espada de la justicia* y dentro de estos, el primer derecho del soberano de Hobbes, siempre en vistas a preservar tal seguridad, es el de la imposición de castigos. Así destaca que “para obtener esta seguridad, no basta con que cada uno de los que están formando una ciudad establezca un convenio con los demás [...] hemos de procurarnos nuestra seguridad no mediante contratos, sino recurriendo a los castigos” (HOBBS, 1642, 124-125)²¹. Es

²⁰ Si bien durante varios pasajes del curso *Defender la sociedad* Foucault insistirá en la línea de continuidad entre violencia y derecho, ésta ya había sido detectada por Walter Benjamin en los inicios de la década de 1920 (BENJAMIN, 1921).

²¹ Más adelante, Hobbes dirá que no sólo es importante la existencia de tales castigos, sino que es menester que éstos sean efectivamente aplicados por los jueces. Así, sostiene que “si los jueces, corrompidos por regalos, favores, o incluso, por la compasión misma, dejan con frecuencia sin ejecutar las penas que prescribe la ley, y hacen así que los malvados tengan esperanza de cometer sus crímenes sin sufrir castigo alguno, los súbditos honestos tendrán que

notable, respecto del castigo, el paralelismo que uno puede trazar con la obra de Locke. Si de acuerdo con Hobbes, para proteger la seguridad, el soberano tiene que imponer castigos, para Locke, el gobierno civil tiene que imponer castigos en vistas de proteger la propiedad privada. Así, para el autor nacido en Wrington, los inconvenientes de los hombres en el estado de naturaleza “(inconvenientes que provienen del poder que tiene cada hombre de castigar las transgresiones de los otros) los llevan a buscar protección bajo las leyes establecidas del gobierno, a fin de procurar la conservación de su propiedad. Esto es lo que los hace estar tan deseosos de renunciar al poder de castigar que tiene cada uno, y de entregárselo a una sola persona para que lo ejerza entre ellos” (LOCKE, 1764, 135)²².

Sin lugar a dudas lo esbozado en el párrafo anterior no es casual, sino que durante el surgimiento y la consolidación de lo que conocemos como Estado moderno, éste se apropió del conflicto entre los ciudadanos y monopolizó la facultad de aplicar castigos, sirviendo esto, justamente, a su consolidación como Estados modernos (ANITUA, 2005, 15-23). En este sentido, en una conferencia dictada en Río del Janeiro en mayo de 1973, Foucault reseña cómo, mientras hacia la Alta Edad Media la resolución de conflictos se llevaba cabo con una disputa entre los implicados –éste era el modelo germánico-, a partir de allí el conflicto es apropiado por un tercero –algún aparato burocrático de la administración- y aparecerá la noción de infracción, que ya no implicará un daño a la víctima sino la ofensa hacia el soberano (FOUCAULT, 1978, 81). Este supuesta ofensa que los delitos tendrían hacia el Estado, aparece en el *Leviatán*, cuando Hobbes enuncia que el soberano tiene derecho de “castigar con penas corporales o pecuniarias, o con la ignominia, a cualquier súbdito, de acuerdo con la ley que él previamente estableció; o si no existe ley, de acuerdo con lo que el soberano considera más conducente para estimular los hombres a que sirvan al Estado, o para apartarlos de *cualquier acto contrario al mismo*” (HOBBS, 1651, 147-148).²³

En el discurso de Hobbes, pues, el derecho de castigar aparece asociado con la noción de soberanía, aptitud también reclamada por los incipientes Estados modernos. Así en *Elements of Law* dirá que “(e)n primer lugar, es una marca infalible de soberanía absoluta en un hombre o en una asamblea, que ninguna otra persona natural o civil tenga el derecho a castigar a este hombre o a disolver esta asamblea (...) Porque, para castigar y disolver, siempre se requiere un poder mayor que el de los que son castigados o disueltos; y no se puede llamar soberano al poder del que existe uno mayor”²⁴. Incluso, uno podría aventurarse a sostener que dentro del esquema de Hobbes, el castigo se encuentra necesaria y exclusivamente ligado al Estado. Como recuerda Yves Charles Zarka, los individuos no han podido transmitir al soberano su derecho a castigar porque ellos no lo poseían en el estado de naturaleza ya que “si en el estado de naturaleza tenemos el derecho, en función del contexto relacional que en él se

vivir codo a codo con asesinos, ladrones y bellacos; y no tendrán la libertad de conversar si reservas entre sí, ni de aventurarse a salir a la calle sin riesgo” (HOBBS, 1642, 224)

²² Paréntesis en el original

²³ Las cursivas fueron agregadas

²⁴ Citado en ZARKA (1995, 255). Además, y también respecto de la estrecha relación entre soberanía y derecho de castigar, vale destacar que según una lectura que hace Zarka, por momentos pareciera que Hobbes funda el derecho de castigar en la renuncia al derecho de resistencia. Para un análisis sobre el asunto, ver ZARKA (1997:246-270)

establece, de matar a otro hombre, no se trata de un castigo: no existe la instancia que pueda presentar una acusación o establecer una culpabilidad" (ZARKA, 1995, 258).

Es también muy interesante destacar que en el discurso hobbesiano, el castigo se erige más como una manifestación de poder que como un reproche hacia un acto. Así, respecto del castigo que impone Dios, Hobbes relata que "siempre que Dios castiga o mata a un hombre pecador, aunque lo castiga porque ha pecado, no podemos decir que no podría haberlo castigado o matado con justicia, aunque el hombre en cuestión no hubiera pecado. Asimismo, aunque Dios quiera castigar a alguien con referencia a algún pecado precedente, no se sigue de ello que el derecho divino de castigar dependa de los *pecados de los hombres*, pues sólo depende del poder *divino* mismo" (HOBBS, 1642, 253). Asimismo, esta manifestación de poder debe encuadrarse dentro de la soberanía del soberano hobbesiano, quien no es parte de la sociedad ni del contrato, sino que se sitúa por fuera de ella –que no es más que un agrupamiento con débiles conexiones internas- (WOLIN, 1960, 293-294).

Dentro del capítulo de los derechos de los soberanos por institución del *Leviatán*, en los sumarios marginales, se lee que "el poder y el honor se desvanecen de los súbditos en presencia del poder soberano" (HOBBS, 1651, 149). Para Janine Ribeiro, a diferencia de otros autores como Locke, sería difícil encasillar a Hobbes como un portador de intereses determinados²⁵. No obstante, es de destacar que en la medida en que el ciudadano hobbesiano se reduce a la categoría de súbdito, y todos y cada uno de los ciudadanos son súbditos, se eliminan los privilegios feudales, reclamo burgués por excelencia, y algo necesario para la constitución de Estados centralizados sin centros de poder intermedios. Respecto de la igualdad de los súbditos se lee en Hobbes que "como el poder, también con el honor del soberano debe ser mayor que el de cualquiera o el de todos los súbditos: porque en la soberanía está la fuente de todo honor. Las dignidades de lord, conde, duque y príncipe son creaciones suyas. Y como en presencia del dueño todos los sirvientes son iguales y sin honor alguno, así lo son también los súbditos en presencia del soberano" (HOBBS, 1651, 149-150)

Ahora bien, el soberano de Hobbes, no sólo posee derechos sino que también carga con deberes.

Hobbes dirá que el deber principal del soberano es el de actuar de acuerdo con los dictados de la *recta razón*, esto es, procurar el resguardo de la seguridad de la ciudad, entendiendo por ello, la vida feliz de los súbditos (HOBBS, 1642, 212). Así, para cumplir este principal deber, el soberano tendrá que estar avisado y prevenido de posibles ataques, para lo cual deberá contratar espías y estar armado antes de que el eventual conflicto se inicie (HOBBS, 1642, 214-215). Forzando la aplicación de ciertas categorías, uno podría decir que en tanto Hobbes intenta subordinar los poderes religiosos al gobierno civil, y en tanto

²⁵ Así, afirma que "En otros pensadores, como por ejemplo su sucesor Locke, se puede ver que expresaron bastante bien una posición social, política y partidaria. Su voz proviene de un solo claramente identificable. Esta idea del pensador como portavoz de intereses fue bastante explorada, y con razón, por varias vertientes de estudiosos, especialmente por los marxistas (...) Sugiero que en vez de tratar de descubrir el lugar desde donde ellos hablaban, aceptemos que fueron en verdad filósofos situados fuera del centro: pensadores que por diversas razones radicalizaron a tal punto la crítica efectuada a su tiempo, que hizo imposible que fueran recibidos como *insiders*. Y de aquí resulta lo mejor de la filosofía política: una serie de destellos de lucidez que la hacen ser más que y diferente a

legítima la creación de fuerzas armadas profesionales, estaría instando la alianza entre el jefe militar, el sacerdote y el juez romano, alianza constitutiva, de acuerdo con Kropotkin, de los Estados modernos (KROPOTKIN, 1897, 23).

Más allá de los derechos y deberes, hay que resaltar que lo característico del poder soberano de Hobbes es que no está limitado. Además, es de destacar que en toda ciudad debe haber un poder absoluto y que ningún súbdito puede quedar desobligado del pacto por el cual se instituyó tal poder. El soberano no está limitado porque no es parte del contrato, está fuera de él. Así, para Hobbes “quienes poseen el *mando supremo* no se obligan contractualmente a ningún hombre, de ello se sigue necesariamente que no pueden hacer *injuria* a los súbditos. Pues una *injuria* (...) no es otra cosa que un incumplimiento de contrato; y por lo tanto, allí donde los contratos no entran en juego, no puede haber injuria.” (HOBBS, 1642, 149). Ahora bien, esta situación da lugar a una interpretación de la obra hobbesiana con una fuerte carga simbólica, interpretación según la cual “(p)uede sostenerse que Leviatán, el soberano, siempre se encuentra <<en el estado de naturaleza>> con respecto a los sujetos, lo que quiere decir, con claridad, que es naturalmente tanto su <<enemigo>> como su <<protector>> (más aún: es su enemigo *en tanto los protege*)” (BALIBAR, 2002, 128).

VIII- La mejor clase de gobierno

Hobbes no sólo se encarga de mostrar el carácter de supremo del soberano, sino que también propone demostrar cuál es la mejor clase de gobierno, utilizando para ello “razonamientos sólidos” (HOBBS, 1642, 176). De acuerdo con Hobbes, entre la democracia, la aristocracia y de monarquía es preferible esta última ya que mientras en la aristocracia y la democracia las reuniones y decisiones de gobierno se adoptan periódicamente, con la monarquía el ejercicio del gobierno es constante. “El *monarca*, que es uno por naturaleza, en todo momento está capacitado para ejercer su autoridad” (HOBBS, 1642, 149). Incluso, dentro de las monarquías, Hobbes será partidario de las que posean carácter hereditario, ya que éstas serían las que mejor evitarían la disolución de la ciudad luego de la muerte del monarca (HOBBS, 1642, 151). Hobbes, no sólo compara las clases de gobierno de acuerdo con los beneficios, sino también respecto de sus inconvenientes, y aquí me detendré sobre los del sistema democrático.

Tal vez el inconveniente más radical que observa Hobbes del sistema democrático –casi con seguridad concebido en la perspectiva de democracia directa-, es la existencia de “tantos Nerones como oradores que sepan adular al pueblo” (HOBBS, 1642, 180). Para Hobbes, en las grandes asambleas hay muchos hombres con ansias de ser alabados, son pocos quienes realmente están preparados para administrar los asuntos públicos. Además, en estas grandes asambleas, los oradores no exponen de acuerdo con los postulados de la razón sino que intentan despertar las pasiones del auditorio y, el mayor peligro tal vez sea –como consecuencia y en concordancia con lo anterior- “que de las asambleas surgen *facciones* en un Estado; y de las *facciones* provienen las sediciones y la guerra civil” (HOBBS, 1642, 184). Lo

una justificación ideológica de los poderes existentes y de las creencias de los dominantes (JANINE RIBEIRO, 2000, 36).

interesante, y preocupante, es que nuestro andamiaje institucional se nutre en gran parte de este tipo de argumentaciones. Me permitiré, pues, terminar este trabajo con una reseña de esto último.

En el marco del proceso de aprobación de la Constitución de Filadelfia de 1787, aparecieron unas (luego) famosas publicaciones realizadas en tres periódicos de la ciudad de Nueva York bajo el seudónimo "Publio", posteriormente compiladas bajo el nombre de *El Federalista*. En estas publicaciones, James Madison, Alexander Hamilton y John Jay, intentaban convencer sobre los beneficios que traería aprobación por parte de los Estados, del sistema constitucional diseñado en Filadelfia. En uno de estos artículos, Madison sostuvo que una de las ventajas de la república –entiéndase democracia representativa– respecto de la democracia –entiéndase democracia directa– consiste en que "afina y amplía la opinión pública por el tamiz de un grupo escogido de ciudadanos, cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés de su país" (MADISON, 1788, 39). Esta necesidad de quitar las decisiones de la población y encargarlas a un "grupo escogido" las reitera Madison cuando afirma que "es sabido que cuanto más numerosa es una asamblea, sean las que fueren las personas que las compongan, más fuerte ha de ser el ascendiente de la pasión sobre la razón. En segundo lugar, cuanto mayor es el número, más grande será la proporción de miembros poco instruidos y de capacidad limitada" (MADISON, 1788, 249). Este tipo de concepciones es lo que llevó a los constituyentes estadounidenses –y luego a los argentinos–, a diseñar un Senado aristocrático, un Presidente con importantes atribuciones –entre ellas el veto de normas sancionadas por el Parlamento–, el control de constitucionalidad en manos de personas no elegidas popularmente ni responsables ante el electorado (GARGARELLA, 1995, 2000).

El elitismo en la participación política, también parecería estar presente en la obra de Juan Bautista Alberdi –quien, no está demás aclarar, no fue convencional constituyente–. Así, como destaca Natalio Botana, a Alberdi le preocupaba cómo hacer de un pueblo, a su entender sumergido en la pobreza y la ignorancia, una colectividad apta para el ejercicio de un gobierno republicano. Al decir de Botana, Alberdi programó, simultáneamente, una "república abierta" y una "república restrictiva". La "república abierta" estaría caracterizada por amplias libertades civiles otorgadas a todos los habitantes sin distinción de nacionalidad y; la "república restrictiva", que sería temporal, provisoria, se caracterizaría por una participación política circunscripta a un pequeño número de ciudadanos (BOTANA, 1977, 50-54).

IX- Bibliografía citada

- ABAL MEDINA (h), J. M., NEJAMKIS, F. P. (2003) "El Estado". En PINTO, J. (comp.), *Introducción a la Ciencia Política*, Bs. As., Eudeba, 2003.
- AGUIRRE, G. (2005) "En busca del yacimiento perdido. La paradoja de sentido por los niveles proposicionales y los efectos de sentido por la membrana acontecimental". En *Revista Zettel* n° 5/6, Bs. As, 2005.
- ANITUA, G. I. (2005) *Historias de los pensamientos criminológicos*. Bs. As., Editores del Puerto, 2006.

- BALIBAR, E. (2002) "El Hobbes de Schmitt, el Schmitt de Hobbes" (trad. de Horacio Corti y Paula Viturro). En BERGALLI, R. y MARTYNIUK, C. (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*. Bs. As.; Ed. Prometeo, 2003.
- BENJAMIN, W. (1921) *Para una crítica de la violencia* (trad. del inglés de Héctor A. Murena). Bs. As., Ed. Leviatán, 1995.
- BERNS, L. (1987); "Thomas Hobbes (1588-1679)". En STRAUSS, L., CROPSEY, J., *Historia de la filosofía política*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BOBBIO, N. (1979) "El modelo iusnaturalista". En BOBBIO, N., BOVERO, M., *Sociedad y Estado en la filosofía política moderna* (trad. de José F. Fernández Santillan). Bs. As, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2000.
- BOTANA, N. (1977) *El Orden Conservador. La política argentina entre 1880 y 1916*. Bs. As., Ed. Sudamericana, 1977.
- CHAUI, M. (2000) "Spinoza: poder y libertad". En BORÓN, A. (comp.) *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Bs. As., Clacso, 2000.
- D´AURIA, A. A. (1999) *El pensamiento político. Mirada retrospectiva, proyección y disgresiones*. Bs. As., Ed. Depalma, 1999.
- DÍAZ, E. (2000) *El conocimiento como tecnología del poder*. En DÍAZ, E. (ed.) *La posciencia*. Bs. As., Ed. Biblos, 2000.
- ENTEL, A., LENARDUZZI, V., GERZOVICH, D. (2000) *Escuela de Frankfurt. Razón, arte y libertad*. Bs. As., Eudeba, 2000.
- FOUCAULT, M. (1978), *La verdad y las formas jurídicas* (trad. de Enrique Lynch). Barcelona, Ed. Gedisa, 2003.
- (1981) "*Omnes et singulatium: Hacia una crítica de la <<razón política>>*". En *Tecnologías del yo* (trad. de Mercedes Allendesalazar). Barcelona, Ed. Paidós, 1990.
- (1997) *Defender la sociedad* (trad. de Horacio Pons). Bs. As., Ed. Fondo de Cultura Económica, 2000.
- (2004a) *Seguridad, Territorio, Población* (trad. de Horacio Pons). Bs. As, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2006.
- (2004b) *Nacimiento de la biopolítica* (trad. de Horacio Pons). Bs. As, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2007.
- GARGARELLA, R. (1995) "Crisis de representación y constituciones contramayoritarias". En *Revista Isonomía* n° 2, México D.F, 1995.
- (1999) *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona, Ed. Paidós, 1999.
- HOBBS, T. (1642) *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano* (trad. de Carlos Mellizo). Madrid, Ed. Alianza, 2000.

- (1651) *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (trad. de Manuel Sánchez Sarto). México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1980.
- JANINE RIBEIRO, R. (2000) "Thomas Hobbes o la paz contra el clero". En BORÓN, A. (comp.) *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Bs. As., Clacso, 2000.
- KROPOTKIN, P. A. (1897) *El Estado*. Biblioteca digital de la CGT de España, <http://www.cgt.es/biblioteca.html>
- (1892) *La conquista del pan*. Bs. As., Ed. Libros anarres, 2005.
- LOCKE, J. (1764) *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil* (trad. de Carlos Mellizo). Bs. As., Ed. Alianza, 1993.
- MADISON, J., HAMILTON, A., JAY, J. (1788) *El Federalista* (trad. de Gustavo Velasco). México D.F.; Ed. Fondo de Cultura Económica, 2000.
- MAQUIAVELO, N. (1513) *El príncipe*. Bs. As., Ed. Agebe, 2005.
- MARÍ, E. E. (1986) "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden". En *Revista Doxa* n°3, Alicante, 1986.
- (2002) *La teoría de las ficciones*. Bs. As., Eudeba, 2002.
- MATTEUCCI, N. (1976) "Contractualismo". En BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G. *Diccionario de Ciencia Política*. México D.F., Siglo XXI Editores, 1988.
- PROUDHON, P. J. (1840) *¿Qué es la propiedad?* (trad. de A. Gómez Padilla). Bs. As., Libros de anarres, 2007.
- RIVERA, S. (2003) "La epistemología y sus formas cambiantes". En BERGALLI, R. y MARTYNIUK, C. (comps.) *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*. Bs. As., Ed. Prometeo, 2003.
- SCHMITT, C. (1938) *El Leviathan. En la teoría del Estado de Thomas Hobbes* (trad. de Javier Conde). Bs. As., Ed. Struhart, 1990.
- SPINOZA, B. (1670) *Tratado teológico-político* (trad. de Atilano Domínguez). Madrid, Ed. Alianza, 2003.
- SUCAR, G. (2003) "Verdad y Ficción". En BERGALLI, R. y MARTYNIUK, C. (comps.) *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*. Bs. As., Ed. Prometeo, 2003.
- WOLIN, S. (1960) *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental* (trad. de Ariel Bignami). Bs. As., Ed. Amorrortu, 1974.
- ZARKA, Y. C. (1995) *Hobbes y el pensamiento político moderno* (trad. de Luisa Medrano). Barcelona, Ed. Herder, 1997.

¿HAY UNA TRADUCCIÓN CORRECTA DE LAS NORMAS?

Por Carlos María Cárcova

RESUMEN

El lenguaje ocupa el centro de la escena intelectual desde mediados del siglo pasado; la lingüística moderna que nace con Saussure y con Pierce hace casi cien años, ha venido evolucionando constantemente a través de multiplicidad de escuelas y tendencias, cada una de las cuales ha realizado aportes que, aunque no siempre consistentes resultaron, de todos modos, de singular importancia: Bajtin, Benveniste, Jakobson, Barthes, Todorov, Greimas, Eco, Kristeva, Morris, Austin, por citar sólo algunos nombres de una lista interminable. Sus especulaciones y las de otros grandes autores ocupados en disciplinas próximas: la hermenéutica, la teoría del discurso, la teoría de la comunicación, el constructivismo lingüístico, el fenómeno de la narratividad, han tenido un impacto trascendente en la teoría del derecho y en la filosofía jurídica y han comenzado a proveer insumos de nuevo tipo para reanimar la reflexión jusfilosófica, como no podía ser de otro modo, dado que la materia prima fundamental que constituye el objeto al cual ellas refieren es el lenguaje y más genéricamente, el sentido y la comunicación.

Pero estas cuestiones llegan apenas balbuceantes y asordadas a la práctica de jueces y abogados. Por tal razón, preguntarnos acerca de cómo "traducir", "transcribir", aplicar el derecho, debe ser entendida, hoy por hoy, como una cuestión de estratégica importancia y de abismal complejidad.

PALABRAS CLAVE

Derecho – Filosofía jurídica – Lingüística – Interpretación

IS THERE ONLY ONE APPROPRIATE TRANSLATION OF NORMS?

By Carlos María Cárcova

ABSTRACT

Since 1950's language has been in the focus of intellectual scene. Modern linguistics, which borns with Saussure and Pierce almost a century ago, has been evolving through a multiplicity of schools and traditions, not always consistent between them, although all of them of singular relevance. The works of Bajtin, Benveniste, Jakobson, Barthes, Todorov, Greimas, Eco, Kristeva, Morris, and Austin among others, and those of authors from neighbor disciplines as hermeneutics, discourse theory, communication theory, linguistic constructivism and narrative, had a deep impact on both legal theory and philosophy, providing them with new theoretical tools. These had revived legal thought, since language, meaning and communication are it's primary objects. However, these achievements rarely came through to everyday legal practice. At this point we ask ourselves how the act of "translating", "transcribing", and apply law should be understood.

KEYWORDS

Law – Legal Philosophy – Linguistics – Interpretation

¿HAY UNA TRADUCCIÓN CORRECTA DE LAS NORMAS?

Por Carlos María Cárcova*

1. Introducción.

Es relativamente curioso que los juristas o mejor, los operadores jurídicos en general, salvando muy contadas y honrosas excepciones, sigan trabajando con instrumentos y herramientas conceptuales que ya tienen siglos. Algo así como si los médicos curaran aun, con pócimas preparadas por ellos mismos en precarias retortas, basadas en la mezcla de yuyos y malezas, cortezas de árboles y patas de renacuajos; o si quienes explotan la tierra abrieran surcos con arados de troncos, tirados por bueyes y conducidos por manos fuertes y callosas de unos individuos mitad siervos de la gleba y mitad peones rurales.

Ciertamente la modernidad y la posmodernidad han entrado en los escritorios de abogacía y en los despachos judiciales. Pero, por lo general, bajo la forma de computadoras, bibliotecas virtuales, programas de gestión y control administrativo y otros asuntos de esa índole.

Sin embargo, cómo explicarse que, por lo común, en el ámbito del derecho se encuentre tanta desinformación referida a asuntos que han ocupado de manera significativa a las ciencias sociales y a las humanidades, a las denominadas nuevas ciencias, a la epistemología contemporánea y a la filosofía? Me refiero, para decirlo reductiva pero claramente, al tipo de cuestiones involucradas en el llamado "giro lingüístico".

El lenguaje ocupa el centro de la escena intelectual desde mediados del siglo pasado; la lingüística moderna que nace con Saussure y con Pierce hace casi cien años, ha venido evolucionando constantemente a través de multiplicidad de escuelas y tendencias, cada una de las cuales ha realizado aportes que, aunque no siempre consistentes resultaron, de todos modos, de singular importancia: Bajtin, Benveniste, Jakobson, Barthes, Todorov, Greimas, Eco, Kristeva, Morris, Austin, por citar sólo algunos nombres de una lista interminable. Sus especulaciones y las de otros grandes autores ocupados en disciplinas próximas: la hermenéutica, la teoría del discurso, la teoría de la comunicación, el constructivismo lingüístico, el fenómeno de la narratividad, han tenido un impacto trascendente en la teoría del derecho y en la filosofía jurídica y han comenzado a proveer insumos de nuevo tipo para reanimar la reflexión jusfilosófica, como no podía ser de otro modo, dado que la materia prima fundamental que constituye el objeto al cual ellas refieren es el lenguaje y más genéricamente, el sentido y la comunicación.

*Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Titular de Teoría del Derecho y de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director y miembro permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Director de Proyectos UBACyT.

Pero estas cuestiones llegan apenas balbuceantes y asordinadas a la práctica de jueces y abogados. Por tal razón, preguntarnos acerca de cómo “traducir”, “transcribir”, aplicar el derecho, debe ser entendida, hoy por hoy, como una cuestión de estratégica importancia y de abismal complejidad.

Las respuestas canónicas a esa pregunta, vigentes hasta hace unos treinta años, por poner alguna fecha arbitraria, merodeaban alrededor de una concepción de ciencia objetivista, heredera del legado cartesiano-newtoniano y del positivismo filosófico y jurídico. Y así como la forma de ser de lo natural, estaba inscripta en procesos causales, mecánicos y ajenos a cualquier clase de subjetividad o intencionalidad, aplicar la ley era cuestión de lectura y deducción lógica. En la medida de lo posible, había que entender los textos de la manera y con el sentido con que ellos habían sido sancionados oportunamente y en caso de dudas, aplicar el método interpretativo “correcto”, que no sería otro que aquel que condujera a desentrañar la “verdad” de la o las normas aplicables, partiendo además de la premisa de que saber en cada caso cuál era la norma aplicable o el set de normas, resultaba una cuestión naturalmente obvia. Kelsen que se animó a afirmar tempranamente, que el acto de adjudicación no era sólo un acto de conocimiento, sino también de voluntad, escandalizó a la Academia y tuvo, en los hechos, esto es, en los Tribunales, poca influencia. Más allá de su innegable talento, él mismo no es ajeno al reproche. Fue precisamente su concepción acerca de la pureza metódica del derecho, lo que aisló la teoría jurídica de la teoría social y de las humanidades, artificiosa y arbitrariamente, de modo que esta última llega tarde al encuentro de problemáticas que tienen larga historia en disciplinas como la filosofía, la historia o la antropología.

Cossio, para los años 60 mostró, con gran agudeza, que los llamados métodos de interpretación de la ley no eran recursos de naturaleza cognitiva como se pretendía, sino de naturaleza ideológica que sirvieron, con la llegada de la burguesía al poder, para operar en la reproducción y consolidación del proyecto de dominación social que encarnó en la modernidad. A pesar de su esclarecedor aporte, todavía encontramos numerosas referencias en los fallos de los más altos tribunales de todo el mundo occidental, a las virtudes esclarecedoras de aquellos viejos métodos (Aut. Cit., 108, 1088 y ss.).

Unos años más tarde Hart y la corriente del análisis del lenguaje natural, acercaron al campo del derecho las reflexiones del primer Wittgenstein y tematizaron un importante campo problemático que en una ya célebre polémica entre Carrió y Soler, pasó a denominarse como el de “las palabras de la ley”. Sobrevino entonces una muy útil teorización acerca de las incertidumbres del lenguaje o mejor sería decir de las palabras que integran los lenguajes naturales, todas ellas portadoras de ambigüedad, vaguedad y textura abierta. Se abría así un panorama extraordinariamente interesante y prometedor para la jusfilosofía. Sin embargo, el positivismo analítico derivó hacia otros problemas: el de las lógicas deónticas, es decir, el de los lenguajes artificiales y, abandonando la ruta que había abierto, no prestó atención al segundo Wittgenstein y su preocupación por los usos del lenguaje y la pragmática de la comunicación y con ello olvidó o ignoró de intento, que los problemas del lenguaje se alojaban también en unidades de sentido más complejas que las palabras; de forma particular aunque no excluyente en lo que al derecho concierne, en los textos. Y los textos ofrecen además de los problemas ya conocidos otros, de los que se ocupan numerosas disciplinas que, por cierto, no se enseñan en las Escuelas de Derecho, salvo raras excepciones. Por citar sólo algunas a la manera

de ejemplo: a) *la autoreferencialidad del lenguaje*: con palabras hablamos entre otras cosas de palabras, construimos textos que tienen por objeto de reflexión otros textos, lo cual obliga a distinguir niveles del lenguaje y hacerse cargo de problemas que la lingüística estudia, pero el derecho no, como son los de intertextualidad, paratextualidad, contextualidad, etc. b) el sentido circula al interior de los textos bajo la forma de *tropos del lenguaje*, esto es, metáforas, sinécdoques y metonimias. Cada acto de lectura, aun el que el mismo sujeto pueda realizar en forma más o menos sucesiva, reaviva el sentido lo que lo torna potencialmente diferente, porque el sujeto no es el mismo sujeto, en cada nuevo acto de lectura y porque los contextos y los paratextos pueden venir a jugar su misión rearticuladora.

Las teorías postpositivistas advirtieron estas cuestiones, pero por lo general no las tematizaron. Al menos cabe decir esto, con certeza, en relación con sus primeras manifestaciones. El Movimiento de los Los Critical Legal Studies, las Escuelas críticas europeas y latinoamericanas, pusieron especial énfasis en impugnar el modelo que iba camino a su cenit, en el marco de sus limitaciones epistemológicas y en el de sus ocultamientos y complicidades políticas e ideológicas. Las corrientes neo kantianas o realistas (uso denominaciones simplificadoras) denunciaron también las insuficiencias epistémicas, los reduccionismos fiscalistas, pero dieron especial preeminencia a la necesidad de rearticular la relación derecho/moral o derecho/justicia, sobre presupuestos no metafísicos, ni transhistóricos.

En un segundo momento se produjo un cambio cualitativo y emergieron las cuestiones hasta entonces preteridas, con una fuerza y una potencialidad ejemplares. Tan ejemplares como la riqueza y la complejidad que vienen ahora a aportar a los análisis contemporáneos de la jusfilosofía.

Estas páginas, que tienen propósito meramente divulgatorio, poseen obvias limitaciones de escala. En perspectiva esquemática, aludiré brevemente a sólo tres de las múltiples cuestiones que pueden ser abordadas en la línea de los aportes señalados. De todos modos ellas me permiten proponer una respuesta **prudentemente** negativa al título de estas notas.

Me explico: en mi opinión no existen criterios de naturaleza algorítmica que autoricen a extraer de un texto, ni siquiera de una secuencia o de una palabra, un sentido unívoco. ¿Cómo traducir entonces fidedignamente, esto es, sin caer en arbitrariedad, decisionismo, despotismo, el contenido de las normas aplicables a un caso? Por de pronto: a) mediante el reemplazo de los instrumentos conceptuales de los que las tradiciones del derecho occidental se han valido durante gran parte del siglo XX; b) receptando las elaboraciones de la nueva epistemología y los que provienen de la semiótica, de la teoría del discurso y de la teoría de la comunicación; c) ello en perspectiva crítica, para no perder de vista el papel social del derecho y su entramado con la reproducción y/o transformación de las relaciones sociales de producción de la vida. La compleja combinación de estos elementos y muchos otros no mencionados, permitirá comprender al derecho como un fenómeno público, social e histórico. También permitirá apreciar, y por ello la respuesta es prudentemente negativa que, aunque innumerables razones abren la posibilidad de poner en juego variados criterios de traducción de las normas, tampoco faltan los que constituyen "tecnologías del acotamiento", limitaciones, marcos más o menos precisos que obstan al capricho y al escándalo. Probablemente, el de mayor eficacia consista en advertir, que traducir, esto es interpretar, es siempre una operación de naturaleza social

que adquiere sentido y legitimación, en el contexto de una cultura y de un conjunto dado de producción e intercambios simbólicos.

He sostenido en otro texto, que una visión del proceso y por ende de la adjudicación, que desmonta ficticias seguridades al no presentarlo ya como el resultado de prolijos y aceitados mecanismos lógicos y nos lo devuelve, en cambio, como compleja construcción discursiva, problemática y azarosa, no escapa, sin embargo, a los marcos de sutiles entramados de racionalidad y razonabilidad, que la cultura occidental ha construido por siglos. Siglos de refinamiento de las tecnologías jurídicas, siglos de socialización producida por las escuelas de derecho, siglos de un saber especializado, siglos de una cultura "tribunalcia". Las actuales perspectivas teóricas, no implican irracionalidad, sino otra racionalidad, al colocar en distinto marco conceptual el análisis de algunas problemáticas tradicionales e inducen a explotar el enorme desarrollo de la lingüística contemporánea, de la teoría del discurso, de la socio-semiótica, para el desarrollo de jusfilosofía de nuestro tiempo (CÁRCOVA, 2007).

2 Acerca de "realidad" y "objetividad".

Como es sabido la epistemología del siglo XX, discurrió en el marco de la confrontación de dos grandes modelos, el explicativismo (Descartes, Newton, causalismo, fisicalismo, empirismo, positivismo, neopositivismo) y su concepción monista del método por una parte, y el comprensivismo por la otra, vinculado en particular a las ciencias humanas, que postulaba una perspectiva metódica pluralista (Dhiltrey, Weber, Schutz, Winch, Gadamer, Ricoeur) y privilegiaba la empatía, los procesos de socialización y la interpretación, como claves para comprender/conocer la conducta humana.

Pero el advenimiento de las llamadas nuevas ciencias (teoría de sistemas, cibernética, neurociencias, autopoiesis) vino a proponer una nueva perspectiva epistemológica, denominada por lo general como "constructivismo radical" (Von Glaserfeld, 2002, 91 y ss). El conocimiento deja de ser entendido ahora como una representación mental de la realidad y la conciencia como un "espejo de la naturaleza". Dado que toda realidad no inefable es "realidad comunicada", es preciso entender que lo que está afuera de la conciencia de los sujetos, es algo más que pura externalidad, es también comunicación, esto es, construcción de sentido. Lo que está "afuera", lo "real", lo "objetivo", adquiere esa condición, en un proceso de intercambio comunicativo que lo constituye como real, porque resulta mediado por palabras, por significaciones, por historias previas, por símbolos, por valoraciones, por acuerdos, por precomprensiones del mundo.

A partir del lenguaje y de la comunicación como fenómenos inherentes a la interacción social, la subjetividad o mejor la intersubjetividad, queda restituida en un lugar de especial significación en el proceso de producción de sentido y de aprehensión del mundo.

Desde una tal epistemología, resulta claro que la perspectiva de una traducción unívoca, aparece como ingenua o ideológica. La traducción unívoca remite al formalismo, al mecanicismo, al universalismo, es decir, a todo aquello que la nueva epistemología y la crítica jurídica han venido a poner en cuestión.

3. Semiósis, semiología, semiótica.

La adquisición del conocimiento en general y también del conocimiento jurídico implica el tratamiento de los procesos de significación. De allí que la semiótica resulte imprescindible a los fines de su producción e interpretación controladas, sin que por ello su papel sea menos relevante en las situaciones en las que se lidia con las cualidades sensibles de los objetos y de los individuos, que ponen también en discurso sus pasiones. (ATORRESI, 1996).

Como afirmaba Luis Prieto, la semiología no se muestra como una atomización de conocimientos dispersos, sino como una relación coherente de los sistemas de comunicación y de sus consiguientes usos sociales (Aut. Cit., 1977)

Umberto Eco en su *Tratado de Semiótica General*, ha realizado un enorme esfuerzo por sintetizar las tradiciones relativamente divergentes representadas por Saussure y sus seguidores (semiología) y por Pierce y los suyos (semiótica), a partir de entender la producción de signos como una fuerza social en sí misma, capaz de desencadenar otras fuerzas sociales. Para el talentoso autor que menciono, una teoría de los códigos (de significación) exhibe las conexiones secretas y ocultas de un sistema cultural determinado. El cambio en los estados del mundo –sostiene- no podría materializarse si tales estados no son concebidos como sistemas semánticos, pues transformarlos requiere nombrarlos y organizarlos. La producción de signos produce ideología y también crítica de la ideología. Por ello, la semiótica constituye una forma de crítica social, es decir, una manifestación de la praxis. (ECO, 1981, 457).

Dado que el derecho puede concebirse como la más importante estructura de comunicación y de interacción social del mundo que nace con la modernidad, parece claro que entender su específica forma de organización, su carácter textual y no textual, la manera en que operan al interior del discurso que le es propio, las nociones de código, mensaje, recepción, demandan estudios de semiótica general y de semiótica jurídica, tal como tempranamente lo advirtiera Luis Warat. La complejidad de esta problemática, al mismo tiempo filosófica, epistémica y disciplinaria, también recusa la posibilidad de una traducibilidad pacífica, ineludible y transparente de los textos normativos.

4. La teoría del discurso.

Los estudios del discurso han resultado de enorme interés para las ciencias sociales contemporáneas y aunque reconstruir una noción precisa resulte una empresa compleja por la extrema multivocidad del término, es posible desde una perspectiva digamos “técnica”, entender al discurso como un *acontecimiento comunicacional, interacción verbal o proceso social de producción de sentido*. Se trata del análisis de *quién* utiliza el lenguaje, *cómo* lo utiliza, *para qué* y *cuándo*, de modo de poder formular una teoría sobre las relaciones entre el uso del lenguaje y las creencias, en el marco de la interacción social.

Con ese alcance, abarca los textos tanto escritos como hablados y estudia fenómenos de homóloga interlocución, tanto en los primeros como en los segundos, puesto que el lenguaje escrito tiene

también destinatarios/receptores, cuyo papel dista de ser pasivo en la constitución del sentido, como tampoco lo es el conjunto de circunstancias y situaciones que rodean al acto de recepción. Luego, puede afirmarse que la teoría del discurso comprende la comunicación verbal, los textos y los contextos.

Desde un punto de vista estructural el discurso consiste en una secuencia proposicional, dispuesta en un cierto orden. Gestos, movimientos, posturas, volumen elocucional, completan el sentido de la interacción verbal; cuando la interacción es textual, la intertextualidad y la contextualidad, cumplen igual misión. Finalmente el sentido alude siempre a ciertas representaciones semánticas.

Algunos autores, como Herbert Greace, destacan que la comunicación demanda cooperación; por parte del emisor, administrando de manera adecuada la cantidad de información, la cadencia y la forma en que es transmitida, por el lado del receptor con disposición para la escucha. Cuando el proceso falla, el sentido queda finalmente constituido por operaciones del polo receptivo, a partir de lo que el autor denomina *implicaturas*, para distinguirlas de las implicaciones lógicas; las primeras son interpretaciones basadas en mensajes no satisfactorios y por tanto reconstructivas de su sentido. En esta tesis, como en las de Wolfgang Iser, se pone énfasis en la estética de la recepción como dato constitutivo del mensaje, privilegiándose de tal modo el papel del receptor/lector en la concreción del sentido.

El análisis del discurso atiende, además de las reglas semánticas y sintácticas, las formas deliberadas o no, con las que los usuarios se comunican a través de procesos estratégicos. Las representaciones mentales que provienen de la lectura de un texto o de la escucha, no constituyen reproducciones mentales mecánicas, esto es, no copian sentidos portados en los mensajes, sino que deconstruyen y reconstruyen sentido, utilizando elementos conversacionales, textuales y contextuales, conjuntamente con el conjunto de creencias que los usuarios ya poseen antes de iniciar la comunicación. Y así como el contexto influye en el discurso, éste puede modificar el contexto. Como explica con acierto Teun A. Van Dijk, cuyas ideas parafraseamos "*...en todos los niveles del discurso encontramos huellas de un contexto en el que las características sociales de los participantes desempeñan un papel fundamental, se trate del género, la clase, la filiación étnica, la edad, el origen, la posición u otros rasgos que determinan su pertenencia a un grupo*". (Aut. Cit, 2000, 43 y ss)

Hace ya muchos años intentamos, con apoyo en estas y otras categorías teóricas, reconstruir una noción discursiva para el derecho. Lo caracterizamos (hablo aquí en plural porque fue una tarea colectiva en la que Alicia E. C. Ruiz y Ricardo Entelman pergeñaron las ideas fundamentales) como una práctica social específica, de naturaleza discursiva, que expresaba los niveles de acuerdo y conflicto en una formación social determinada. Su especificidad, sosteníamos, provenía de la posibilidad de distinguirla de otras prácticas (políticas, económicas, morales, etc); se trataba de un discurso, en tanto proceso de producción de sentido, que albergaba tres niveles, el de las normas, el de las interpretaciones de las normas producidas por los operadores jurídicos -de modo particular en el proceso de adjudicación- y el que operaba en el imaginario de la sociedad, bajo la forma de creencias, informaciones, lugares comunes, mitos e ideologías, referidas al derecho. Esos niveles eran distinguibles sólo analíticamente, en la práctica se articulaban y rearticulaban recíprocamente, en un juego incesante de circulación de sentido que coagulaba,

precipitaba, circunstancialmente, en un producto legislativo o en una decisión judicial, para pasar de inmediato a formar parte nuevamente del proceso. El sentido incorporado a las normas por el legislador se aloja en un texto que es mudo, como dice José Calvo González; para hacerlo hablar se necesita de los lectores, pues es sabido, no hay texto sin lector. De modo que aparece así el aporte de los diversos lectores, abogados, escribanos, practicantes, amateurs y jueces, estos últimos los lectores/interpretes paradigmáticos. Pero la actividad del Juez, su lectura/interpretación de las normas debe acoplarse, ecualizarse, con muchas otras interpretaciones, las de las partes, los testigos, los documentos, los peritajes y ese complejo proceso, que toma en cuenta la jurisprudencia vigente y la doctrina actualizada, no deja de lado tampoco las experiencias existenciales que constituyen a los magistrados como seres sociales situados. En este aspecto es que el imaginario de la sociedad, el sistema de representaciones sociales (el contexto) cumple su papel operativo. El resultado será el que produzca la intercepción articulada de los textos (normas), las interpretaciones acerca de los textos y las representaciones sociales vigentes. Estas ideas, fatalmente jibarizadas para esta ocasión, que comenzamos a divulgar en los tempranos 70 con menos información, pero seguramente mayor intuición de la que ahora disponemos, se encuentra bastante próxima a un divulgado trabajo de F. Ost, en el que juega con la metáfora del derecho de la posmodernidad, como encarnado por Hermes, el dios mensajero, modesto intermediario en la circulación incesante del sentido y en la construcción de los juegos del discurso. (Aut. Cit., *Doxa*, N°15).

Una percepción similar puede encontrarse en la propuesta de Jack M Balkin y Sanford Levinson (AA. Cit. *The Yale Journal*, vol.18, p. 155 y ss.), cuando comparan al derecho con las denominadas *performing arts*, o artes performativas. En ese registro ubican, por ejemplo, a los guiones cinematográficos, a las obras teatrales, a las partituras musicales y a las Constituciones. Para actualizar cualquiera de estas estructuras de sentido se necesita, claro está, de los creadores (guionistas, autores teatrales, músicos y legisladores); también de los intérpretes (directores de cine o teatro, actores, ejecutantes musicales, operadores jurídicos, en especial jueces) y por último y quizás de manera principal, de una audiencia, que interactivamente disciplina a los intérpretes mediante aplausos, abucheos, críticas, reprobaciones, etc. Los autores que cito, piensan la "audiencia" como constituida no sólo por individuos, sino también por redes sociales que producen y reproducen retóricas de persuasión, en la tarea social de generar sentido.

Llegado a este punto, es mi deber dejar en claro que estas ideas no son totalmente originales. Con gran profundidad y fina reflexión, las aprendimos hace ya algunos años, expuestas en los trabajos sobre Interpretación del Derecho que produjera el Prof. Eros Roberto Grau, al definir al derecho como arte alográfica y al insistir en que no son sólo las normas las que se interpretan, sino también los hechos (GRAU, 2002).

Traducir, es decir, interpretar las normas es un proceso complejo, heurístico, hermenéutico, político y cultural, carente de resultados unívocos. No hay verdad en las sentencias, sino verosimilitud.

La idea de un única respuesta correcta, si se tratara de la deriva dworkiana, no implica mucho más que una justificación política acerca de una cultura jurídica particular, que el omnipotente juez Hércules, es

capaz de encontrar, en una moral difusa, implícita y de suyo conflictual, sin más reglas que las de la intuición y las de una fantasmática "integridad o integración" del derecho, en la simbiosis de principios y normas.

Estas notas deben concluir aquí, pues ya han excedido la extensión prevista. No puedo dejar de señalar que he intentado de los múltiples aspectos a considerar, comenzar por los de rango más general: epistemología, semiótica, discurso. Sin embargo, quedan pendientes de tratamiento cuestiones de gran importancia: el impacto producido por el denominado "Law and Literature Movement" (TRINDADE Y GUBERT, 2008), en particular por los desarrollos actuales de las teorías narrativas; la originalidad de muchas de las tesis expuestas en una pequeña gran obra, transformada ya en un clásico, *"La fábrica de historias"* de Jerome Brunner y la vastísima literatura existente sobre las cuestiones de la interpretación (Gadamer, Ricoeur, Iser, Davidson y además nuestro calificado colega el Prof. Lenio Streck, entre otros). Soy conciente que esta enumeración de cosas por hacer no es exhaustiva y que, a poco que se reflexione, otras líneas argumentales vendrán a reclamar su propio espacio. Soy también conciente que no seré yo quien pueda cumplir con tales desarrollos. Formulo votos para que los que se involucren de seguido en la tarea, lo hagan con resultados menos precarios que los que aquí se han podido alcanzar.

BIBLIOGRAFÍA

- ATORRESI, Ana (1996), *"Los estudios semióticos"*, Ed. Conicet, Montevideo.
- CARCOVA, Carlos M. (2007), *Ficción y verdad en la escena del proceso*, en "Las Teorías Jurídicas post positivistas", Lexis Nexis, Buenos Aires.
- COSSIO, Carlos (1962), *"La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época"*, La Ley, Tº 108, pag.1088 y ss.
- ECO, Umberto, (1981) *Tratado de Semiótica General*, Barcelona, Lumen.
- GRAU, Eros (2002), *Ensayo y discurso sobre la interpretación /aplicación del derecho*, Malheiros Edit., Sao Paulo.
- OST, François. *Tres modelos de jueces y de derecho*, DOXA, Alicante, Nº15.
- PRIETO, Luis (1977) *"Semiología de la Connotación"*, en Pertinencia y práctica, Barcelona, G.Gilli.
- SANFOR Y LEVINSON, *El derecho y las humanidades: un relación incomoda*, The Yale Journal, Vol. 18, p.155 y ss.
- TRINDADE, André Karam y GUBERT, Roberta Magalhaes, (2008), *Derecho y Literatura: acercamientos y perspectivas para repensar el derecho*, Livraria do Advogado, Porto Alegre.
- VAN DIJK, Teun A. (2000), *El estudio del discurso*, en El discurso como estructura y proceso, Gedisa, Barcelona, p.43 ss.
- VON GLASERFELD, Ernst, (2002), *"La Construcción del conocimiento"* en "Nuevos Paradigmas, Cultura y Subjetividad", Paidós, Bs.As., p. 91 y ss.

LOS EMPRESARIOS FRENTE A LA ESTRATEGIA DE DESARROLLO ECONOMICO DE LA ARGENTINA

Por Eduardo Conesa

RESUMEN

En este ensayo nos concentraremos en el drama que viven las empresas del país con el comportamiento de dos variables centrales del entorno macroeconómico. Se trata de dos factores clave que las ayudan en su expansión, o por el contrario, las empujan a su achicamiento o a su desaparición. Nos referiremos al tipo de cambio y la tasa de interés, particularmente con referencia a la Argentina, pero también con relación a otros países cuando sea necesario para entender el comportamiento de esas variables en el caso argentino.

PALABRAS CLAVE

Empresas – Argentina – Tipo de cambio – Tasa de interés

BUSSINESMEN AND THE ECONOMIC DEVELOPMENT STRATEGY IN ARGENTINA

By Eduardo Conesa

ABSTRACT

In this paper we will analyze the problems faced by local enterprises in relation to two fundamental macroeconomic variables. These two key factors determine either their growth or their disappearance. We will refer to the exchange rate and the interest rate, mainly in Argentina, although we will refer to other countries when necessary.

KEYWORDS

Enterprises – Argentine – Exchange Rate – Interest Rate

LOS EMPRESARIOS FRENTE A LA ESTRATEGIA DE DESARROLLO ECONOMICO DE LA ARGENTINA

Por Eduardo Conesa*

1.-Introducción

En este ensayo nos concentraremos en el drama que viven las empresas del país con el comportamiento de dos variables centrales del entorno macroeconómico. Se trata de dos factores clave que las ayudan en su expansión, o por el contrario, las empujan a su achicamiento o a su desaparición. Nos referiremos al tipo de cambio y la tasa de interés, particularmente con referencia a la Argentina, pero también con relación a otros países cuando sea necesario para entender el comportamiento de esas variables en el caso argentino. Se trata del estudio de los dos precios macroeconómicos fundamentales en toda economía nacional. Si estos precios son los consistentes con el crecimiento económico del país, las empresas reciben una mágica ayuda exterior que apoya sus expansiones y sus éxitos. Si estos grandes precios macroeconómicos están "mal fijados", las empresas verán obstaculizado el camino de su expansión. Gran parte del problema consiste en que estos precios no pueden ser fijados ambos por el mercado libre, ni por el mero juego de la oferta y la demanda. Las políticas gubernamentales quierase o no, directa o indirectamente, juegan un papel fundamental en el "fijado" de uno de estos grandes precios, y luego, indirectamente, en el "fijado" del otro. Todo lo anterior, por supuesto, no implica que no existan empresas y empresarios que sean particularmente aptos para desarrollarse en circunstancias adversas, pero en tales casos, seguramente, la empresa o el empresario habrá sabido anticipar los movimientos de nuestros dos precios fundamentales para cubrirse.

2.-Empresas productoras de bienes transables y de no transables internacionalmente

El impacto de los dos grandes precios macroeconómicos sobre la empresa será distinto según la empresa sea productora de bienes comercializables internacionalmente, o simplemente se trate de una empresa generadora de servicios o de bienes que solo puedan venderse en el mercado local. Las empresas que producen bienes comercializables internacionalmente están expuestas a los mayores riesgos que impone la competencia internacional y son las que pertenecen a los sectores agropecuarios, industrial manufacturero o minero. En el caso de la gran mayoría de las empresas que están situadas en los demás

* Doctor (Ph.D.) University of Pennsylvania, U.S.A., 1982. Master en Economía, University of Pennsylvania, U.S.A., 1971. Master en Desarrollo Económico, Williams College, Williamstown, Massachusetts, U.S.A., 1969. Abogado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1963. Contador Público, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1960. Investigador permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A. L. Gioja" y profesor de Economía y Finanzas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Departamento de Ciencias Sociales de la misma casa de altos estudios. Es autor y coautor de diversos libros y trabajos de su especialidad.

sectores, como los de los servicios y la construcción, su producción no se puede, en la práctica, vender al exterior, ni exportar ni importar y por consiguiente no están expuestas a los rigores de la competencia internacional. Es como si tuvieran el amparo de una tarifa de importación altísima que las defendiera de la competencia de las importaciones. Una casa no se puede exportar ni importar. Sería interesante trasladar mi departamento de Buenos Aires y venderlo en la isla de *Manhattan* en pleno *New York* donde valdría 10 veces más en dólares. Lamentablemente no lo puedo hacer porque las casas y los departamentos, y en general el "output" de la industria de la construcción, no se puede exportar ni importar. Lo mismo pasa con el servicio de un peluquero. Tiene que venderse en el barrio. Sería interesante también para un peluquero que reside en Buenos Aires donde cobra 15 pesos por un corte de pelo, que pueda trasladarse de día a *New York* donde lo podría cobrar 45 dólares y a la noche volver a dormir en su casa de Buenos Aires. Pero esto no es factible. Alrededor del 70% de la producción de un país está constituida por bienes y servicios "no transables" internacionalmente y solamente un 30% por bienes "transables". ¿Por qué es importante la distinción entre bienes transables y no transables? Porque los precios de los bienes transables internacionalmente están establecidos en los mercados mundiales, no en el mercado interno de los países. Esos precios internacionalmente fijados luego se traducen al mercado interno por la vía del tipo de cambio. Por el contrario, los precios de los bienes no transables están determinados por su oferta interna y su demanda interna en el mercado nacional de los países y su precio no guarda relación alguna con el internacional. Por eso es que un departamento en *Manhattan* vale 10 o 20 veces más que un departamento igual en Buenos Aires y un corte de pelo vale de 6 a 9 veces más caro en *New York* que en BA. Simplemente los precios locales de los bienes no transables internacionalmente giran en otra dimensión, en un ámbito distinto. Para estar seguros, la distinción en transables y no transables no siempre es tajante. Además, la globalización ha desdibujado bastante las fronteras y clasificaciones. Por ejemplo hay gente que viaja a la Argentina para operaciones estéticas o personas que sirven vigilando por cámaras de video a instalaciones que están en otros países, sin contar los servicios de los *call centers*. De cualquier manera sigue siendo cierto que cuando se produce la devaluación de la moneda de un país, solamente aumentan de precio *pari passu* con la devaluación los precios de los bienes "transables" de la economía, que constituyen la minoría. No los "no transables" que son mayoría. Por ello es que la tasa de devaluación del tipo de cambio es una mala predictora de la tasa de inflación general en un país. En nuestro país a comienzos del 2002 hubo una devaluación del 200% pero la tasa de inflación en el índice de precios al consumidor en el 2002 no llegó al 26%. En el Cuadro 1 mostramos la tasa de devaluación de algunos países en un año determinado y la tasa de inflación en los 12 meses subsiguientes.

CUADRO 1 : DEVALUACION E INFLACION EN 13 PAISES

	DEPRECIACION%	INFLACION IPC%
BRASIL 1999	57	5
INDONESIA 1997	235	39
MALASIA 1997	38	5
FILIPINAS 1997	52	7
SINGAPUR 1997	10	1
COREA 1997	50	9
TAIWAN 1997	19	3
TAILANDIA 1997	48	10
INGLATERRA 1992	17	2
ITALIA 1992	16	4
ESPAÑA 1992	25	4
USA 1985	35	1
ARGENTINA 1991-	CERO	62

01

3.-La tasa de interés: entre el pleno empleo y la inflación

La tasa de interés es sin duda un precio macroeconómico fundamental. Es el precio por el uso del dinero. Su nivel está determinado por la cantidad de dinero en relación a la cantidad de bienes y servicios disponibles en la economía, según la teoría de la preferencia por la liquidez. Esta teoría fue formulada por el gran economista inglés John Maynard Keynes quien fuera galardonado por sus contribuciones a la ciencia con el título de Lord y barón de Tilton a comienzos del decenio de 1940 por el gobierno inglés, pues en aquellos tiempos no existía el premio Nóbel para los economistas científicos meritorios. Si aumenta la cantidad de dinero en una economía, disminuye su precio, es decir la tasa de interés. Si disminuye la cantidad de dinero, aumenta la tasa de interés. Si aumenta la cantidad de bienes y servicios de que dispone la economía y no aumenta la cantidad de dinero, también aumenta la tasa de interés. Como la cantidad de dinero existente en una economía determinada está fijada por su Banco Central, el mismo Banco Central indirectamente fija la tasa de interés. Para un país normal, sin inflación, la cantidad de dinero entendida como la suma de billetes y monedas y depósitos a la vista en manos del público debe estar alrededor del 20% del PBI. En nuestro país alcanza a la mitad de ese porcentaje lo cual implica que nuestra tasa de interés es muy alta, o la inflación muy alta, signos ambos de torpeza en la conducción macroeconómica y monetaria. Las altas tasas de interés y la inflación limitan enormemente la expansión de las empresas ya que en esas condiciones, el crédito bancario es escaso: en nuestro país el crédito bancario como porcentaje del PBI es del 12% cuando en España es del 100%, en Chile del 60% y en Estados Unidos del 90%.

La tasa de interés es un precio muy especial. Es un precio que tiene efectos distintos de los que tienen los demás precios de otros bienes y servicios de una economía. En términos generales, si aumenta el precio de las manzanas o de automóviles, se induce un aumento de la oferta de manzanas o automóviles. En el caso del dinero, un aumento de su precio, es decir de la tasa de interés, no solamente no induce la producción de más dinero, sino que frena la producción de las empresas y el incremento de la oferta de todos los demás bienes de la economía. Y más importante aún, hace bajar el tipo de cambio y daña a las empresas exportadoras, como veremos en detalle más adelante. Por eso es que una política monetaria restrictiva de la cantidad de dinero que favorece la usura y el aumento artificial de las tasas de interés, es una de las acciones más antisociales y autodestructivas en que pueda incurrir un Banco Central. Sin embargo, la política monetaria restrictiva se justifica ampliamente en un sólo caso: cuando la economía está en situación de pleno empleo y de pleno uso de su capacidad productiva instalada. En este caso un aumento de la cantidad de dinero no incentiva la producción y el empleo, sino meramente causa un mal terrible: la inflación. De ahí lo difícil del arte de la política monetaria: inyectar en la economía bastante dinero como para que las tasas de interés sean bajas, se fomente el pleno empleo, una alta inversión y un alto crecimiento, pero no tanto como para generar inflación. En la Odisea de Homero se nos hablaba de algo parecido: de lo difícil que era en aquellos tiempos hacer pasar los navíos por el estrecho que separa Italia de Sicilia. O los navíos eran arrastrados a estrellarse contra el peñón de Caribdis, o las aguas arremolinadas los hacían chocar con el de Scilla.

4.-La inflación y las empresas

Las causas de la inflación son básicamente dos. Primero la continua emisión monetaria, luego de que la economía alcanza el pleno empleo¹. En tal sentido se destaca la emisión monetaria para financiar al gobierno. Cuando un gobierno designa funcionarios ineptos para recaudar impuestos debe recurrir luego al Banco Central en busca del dinero que no supo recaudar por la vía impositiva. Cuando el clientelismo en las designaciones de funcionarios se generaliza, el gasto público se expande y el despilfarro cunde. Cuando las instituciones están contaminadas por el clientelismo es probable que el Banco Central pierda su independencia y ceda ante los requerimientos de fondos por parte del Ejecutivo. Esto ocurrió en nuestro país particularmente en el decenio de los 80 y culminó en 1989 cuando la inflación llegó al 4982% anual debido a una emisión de dinero descontrolada por parte de nuestro Banco Central cuyo Presidente era el Dr. José Luis Machinea. La segunda gran causa de la inflación es el aumento de los salarios por encima del crecimiento de la productividad. Esto es lo que ha venido ocurriendo en los últimos años durante las dos presidencias del matrimonio Kirchner. Los gremios presionaban y obtenían aumentos de salarios del 30% todos los años, pero la economía crecía solamente al 9% anual y la fuerza de trabajo al 2% anual. En consecuencia, la productividad crecía al 7% anual (es decir, $9\% - 2\% = 7\%$). El

¹ En términos de la conocida teoría cuantitativa de la moneda, $MV=PY$, cuando la demanda efectiva MV tiende a superar a la oferta agregada en términos reales Y , tienen que subir los precios P

resultado fue la tasa de inflación del 23% anual (23% o sea, =30%-7%) que fue la que nuestro país sufrió en los últimos años y que el gobierno trató de ocultar interviniendo al INDEC y tergiversando las estadísticas². La alta inflación es altamente perjudicial para las empresas porque dificulta el cálculo económico certero, genera una gran incertidumbre sobre el futuro rumbo de la economía y de las propias empresas, distorsiona la asignación de los recursos y casi siempre, según enseña la experiencia histórica de casi todos los países y especialmente la del nuestro, termina, en catástrofe con alta desocupación y quiebra de empresas. La única inflación admisible es la del uno o dos por ciento anual que es la que experimentan países avanzados como Estados Unidos o Alemania. Este grado muy bajo de inflación estimula la actividad económica sin causar disrupciones ni catástrofes. La inflación más alta trae grandes distorsiones en los precios. Nunca es pareja. Todos los precios no crecen al 20% cuando la inflación promedio alcanza ese nivel. Algunos precios crecen al 40% mientras que otros crecen al cero por ciento. Por ejemplo, en los últimos años en nuestro país, mientras la inflación en el índice del costo de la vida alcanzaba el 20-30% anual, el tipo de cambio y las tarifas de los servicios públicos permanecían constantes, es decir con cero por ciento de inflación. Esto desalentaba a las empresas exportadoras y de servicios públicos y promovía a las importadoras y al uso excesivo de los servicios ofrecidos por las empresas productoras de gas y electricidad por ejemplo, con lo cual se gestaba lentamente la crisis económica que ahora comenzamos a vivir en el 2009. Mientras tanto la tasa de interés interna del país en pesos era 25% anual. Un marco macroeconómico así invitaba la venida de empresas de capital especulativo usurario del exterior para ganar el 25% de interés "en dólares" pues si bien la tasa de interés se devengaba en pesos, al mantenerse clavado el tipo de cambio, estas empresas tenían la casi certeza de poder vender los pesos mas el interés a cambio de dólares al mismo tipo de cambio del ingreso al país de los mismos. En el 2008, aprovechándose del peso ya excesivamente sobrevaluado, se fugaron del país unos 23 mil millones de dólares. Fue cuando las empresas, especialmente bancos y financieras, empezaron a anticiparse a la futura depreciación del peso en nuestro mercado de cambios.

5.-La tasa de interés real y las empresas

Dentro de los múltiples males que causa la inflación está la destrucción del mercado de capitales. En efecto, si la empresa prestamista, piensa que la tasa de inflación será del 20% anual, difícilmente aceptará prestar su dinero a una tasa menor del 20% pues de lo contrario significaría que disminuiría su verdadero capital: después del año, su capital, incluyendo los intereses, valdría menos. Si la tasa de interés fuera menor que la tasa de inflación, la empresa deudora se vería beneficiada porque devolvería, en términos reales una suma menor de la que recibió. Si la tasa de interés es menor que la tasa de inflación, la demanda de préstamos sería infinita ante el regalo que implica un préstamo. Por ello es que la tasa de interés siempre deberá estar por encima de la tasa de inflación prevista. El problema consiste en que

² Esta teoría de la inflación se deduce directamente de la teoría de la productividad marginal del trabajo como fuente la demanda de trabajo. Para detalles ver mi obra *Macroeconomía y política macroeconómica*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, cuarta edición, Capítulo 52.

cuando la inflación es alta, ninguna empresa incluso las asesoradas por los mejores economistas, saben a ciencia cierta cual será la verdadera inflación futura. Puede ser del 40% en cuyo caso el préstamo en cuestión al 20% puede significar la ruina para la empresa acreedora y un gran negocio para la deudora. O puede ser que la inflación resulte del 10% en cuyo caso se perjudica la deudora y se beneficia enormemente la acreedora. En conclusión, cuando la tasa de inflación es alta, es también imprevisible, en cuyo caso es muy riesgoso tanto para la empresa acreedora conceder, como para la deudora tomar préstamos. Ambas restringirán sus operaciones en el mercado de capitales, y por lo tanto, la inversión disminuirá su actividad con perjuicio para toda la economía. Es lo que ocurre en nuestra economía donde, como observamos antes, la cantidad de crédito bancario es ridículamente baja en relación al PBI. No cabe duda que la falta de crédito es uno de los factores que frenan el desarrollo de nuestras empresas que tienen que descansar principalmente en la reinversión de utilidades y amortizaciones del capital fijo como fuente de financiamiento. Las empresas de capital extranjero no tienen esta limitación pues cuentan con líneas de crédito de las casas matrices del exterior. Esta discusión nos lleva de lleno a una de las tantas posibles soluciones al problema de la escasez de crédito que podría ser la indexación del capital a prestar, y a pactar los contratos de mutuo con la tasa de interés real, solución que en la actualidad está obstaculizada por nuestras leyes, aunque la utilice el Estado en sus bonos. Queda la opción de pactar los contratos de mutuo en dólares, lo cual conlleva enormes riesgos, por las grandes fluctuaciones del valor de esa moneda en nuestro país.

La tasa de interés real R es igual a la tasa de interés nominal "i" menos la tasa de inflación π :

$$R=i-\pi$$

Un problema que genera el pacto de tasa de interés real³ en los contratos y con la indexación del capital es que existen distintos índices de precios y estos suelen arrojar resultados diametralmente diferentes. ¿Cual de ellos elegir? ¿Cual de ellos respetará en mayor medida el *sinlagma* del contrato y la justicia conmutativa? Los riesgos de sorpresas son enormes. El índice de precios al consumidor refleja, en teoría, el promedio de los precios de la canasta de bienes y servicios de consumo de una familia obrera tipo con esposa y dos hijos. Decimos en teoría, porque en los dos últimos años este índice ha estado sujeto a fraudes insólitos cometidos desde nuestro propio gobierno con apoyo desde el más alto nivel. Pero además, aunque no hubiera fraudes estatales, este índice suele diferir enormemente del índice de precios mayoristas, que refleja los precios de una gran cantidad de materias primas industriales y agrícolas. Las oficinas de estadísticas de los países publican una gran cantidad de índices, los cuales suelen diferir considerablemente entre sí, especialmente en tiempos de alta inflación. Por ello la mejor manera de crear

³ O con mayor precisión, especialmente para casos de alta inflación, la tasa de interés real se define matemáticamente como la tasa de interés nominal "i" menos la tasa de inflación π y esa resta dividida a su vez por uno mas la tasa de inflación π : o sea $R=(i-\pi)/(1+\pi)$

previsibilidad en una economía es con la estabilidad de precios. Pero aclaremos, cuando existe estabilidad en el nivel general de precios, los precios relativos de los distintos bienes y servicios varían igualmente, y a veces fuertemente, pero lo hacen sobre la base de razones micro-económicas que los empresarios entienden y prevén mejor porque se trata de su propia especialidad.

En algunas raras circunstancias los países no enfrentan problemas con la inflación sino con la deflación. Tales fueron los casos de la Argentina en el decenio de 1890, Alemania e Inglaterra en el decenio de 1920 y Estados Unidos en el de 1930. Y la Argentina nuevamente en el decenio de 1992 y hasta el 2001. La deflación general de precios es igualmente dañina para las empresas pues el público, ante la perspectiva de una baja de precios, posterga las compras y en consecuencia las empresas no venden y deben reducir personal lo cual achica el poder adquisitivo de la población y empeora más aun la recesión. En este caso la tasa de interés real que pagan las empresas suele ser muy alta pues la tasa de interés nominal se debe sumar, no restar, a la tasa de inflación negativa. La alta tasa de interés real refrena a toda la economía. Esta situación la vivió con particular virulencia nuestro país en el decenio de 1890 con motivo de la ley de creación de la Caja de Conversión que congeló la emisión fiduciaria y trató de hacer bajar el tipo de cambio desde el nivel de 3 pesos papel = 1 peso oro sellado a uno por uno. En su momento esta ley mereció fuertes críticas particularmente del economista argentino-alemán Silvio Gesell, cuyas numerosas publicaciones llegaron a las autoridades por la vía del banquero Ernesto Tornquist. Finalmente, hacia 1898, el Presidente de la República General Julio Argentino Roca propuso al Congreso una paridad muy devaluada de 2.27 pesos papel por cada peso oro sellado. Esta paridad cambiaria devaluada permitió salir de la deflación, bajar las tasas de interés, tanto las nominales como las reales, alcanzar la estabilidad monetaria, dar un fuerte impulso a las empresas del sector agropecuario y otras vinculadas a las exportaciones y a toda la producción nacional. Fue así que la Argentina hacia 1914 tenía más oro en su caja de conversión que el mismo Banco de Inglaterra, cuando este país estaba en la cúspide de su apogeo. Como consecuencia de la acertada política económica de aquellos tiempos, las empresas argentinas podían brindar a los habitantes del país, muchos de los cuales eran inmigrantes, un nivel de vida promedio similar al de Francia y Alemania, algo inferior al de Inglaterra, Estados Unidos y Australia, pero igualmente con un excelente ranking número 7 entre todos los países del orbe. Mantuvimos ese ranking hasta comienzos del decenio de los años 40. Hoy hemos retrocedido treinta puestos en ese ranking

6.-Problemas con el tipo de cambio real: Inglaterra 1919-1931

Bajo la *Pax Británica* y hasta 1914, año de comienzo de la primera guerra mundial, los países del orbe no prestaron atención al concepto, confuso en ese entonces, del tipo de cambio real. El tipo de cambio real compara el tipo de cambio nominal contra el índice de precios internos de un país. Así Inglaterra después de la primera guerra mundial se empeñó en mantener el tipo de cambio a razón de 4.86 dólares por libra esterlina vigente hasta 1914 a pesar de que durante esa guerra, desde 1914 hasta

1919, el país sufrió un aumento en los precios internos de su economía del 200%. En el decenio de los años veinte los precios y salarios en Inglaterra eran muy caros y el dólar muy barato. La libra estaba sobrevaluada. Los economistas de la época, excepto John Maynard Keynes, estaban convencidos de que el concepto del tipo de cambio real era irrelevante porque restringiendo la cantidad de dinero, los precios internos debían bajar inmediatamente al nivel de 1914 con lo cual se podría hacer una devaluación por izquierda, poco dolorosa, simplemente por deflación de precios internos. En otras palabras, devaluar por deflación, en la imaginación de los economistas de la escuela clásica vigente en esa época, sólo ocasionaría un problema transitorio y fácilmente solucionable. Lo cierto es que Inglaterra en 1925 restableció la convertibilidad formal de preguerra con el oro y el dólar al tipo de cambio de 1914 e intentó devaluar por deflación de precios internos durante todo el decenio de 1920 y lo único que obtuvo fueron altas de interés, una larga depresión económica, quiebra de empresas especialmente en los sectores del carbón y del acero, y el comienzo imparable de la desmembración de su imperio. Desde el punto de vista argentino, la sobre-valoración de la libra esterlina frente al dólar y el oro implicó la devaluación en términos reales del peso argentino frente a la libra e incluso frente al dólar en el decenio de 1920, pues durante 1914-1919 nuestro país experimentó una inflación interna de solamente el 70% frente al 200% de Inglaterra y el 100% de Estados Unidos. Nuestra menor inflación, unida al mantenimiento de los tipos de cambio nominales entre el dólar y la libra, implicó una devaluación fortuita en términos reales para nuestro país que facilitó enormemente el crecimiento de nuestras empresas y la pujanza de nuestra economía en ese decenio.

7.-Problemas con el tipo de cambio real: Alemania 1923-1932

Después de la hiperinflación de 1923, Alemania supo estabilizar su economía y reducir su inflación a cero casi instantáneamente a partir del 20 de noviembre de aquel año. Lo hizo reduciendo en un 35% su gasto público y prohibiendo drásticamente la emisión de moneda para financiar al gobierno. Adicionalmente el país fijó el tipo de cambio al nivel de 1914 multiplicándolo por la tasa de inflación del índice de precios al por mayor desde 1914 hasta 1923 y quitándole luego cualquier cantidad de ceros. En otras palabras el tipo de cambio real tenido en cuenta fue:

$$TCR=TCN/IPM$$

Esta fórmula implica que el tipo de cambio real sería igual al tipo de cambio nominal (TCN) dividido por el índice de precios mayoristas (IPM). La fórmula es defectuosa por cuanto el IPM depende a su vez del tipo de cambio nominal TCN, como explicamos antes en el punto 2.-, y por lo tanto condujo a adoptar, en 1923, un tipo de cambio real muy bajo. La moneda alemana era muy fuerte. El marco sobrevaluado y el dólar barato. Tanto el propio dólar como el oro tenían escaso poder adquisitivo dentro de este país. El error técnico de la sobrevaluación cambiaria alemana tuvo enormes consecuencias históricas. Alemania debía pagar importantes reparaciones de guerra emergentes de los tratados de

Versailles y Locarno. Esas reparaciones debían hacerse en dólares o en oro. No podían pagarse en moneda alemana. Pero la moneda sobrevaluada le generaba al país déficits en su balanza de pagos externos. Las empresas alemanas no exportaban lo suficiente. No aparecían los tan ansiados superávits con los cuales hubieran podido obtenerse las divisas para pagar la deuda externa. Para generar superávits había que devaluar la moneda lo cual estaba prohibido por los aliados. El tipo de cambio nominal no se podía tocar. La única manera de devaluar era hacerlo por izquierda, es decir bajando los precios internos. Pero para bajarlos era necesario reducir los salarios, lo cual no era aceptado por los trabajadores alemanes. La única manera de ablandarlos era generando altas tasas de interés y hacer que las empresas despidan trabajadores. La desocupación y la humillación del pago de las reparaciones de guerra fueron el caldo de cultivo de un partido opositor, el nacional socialista, y la ruina de los oficialistas social demócratas. Así fue que el jefe del partido nazi Adolfo Hitler ganó las elecciones de 1932 y fue nombrado canciller. Lo demás es historia conocida: la segunda guerra mundial con 40 millones de muertos. Todo causado por un "minúsculo" problema de tipo de cambio real. A raíz de estos problemas en 1944 se creó en *Bretton Woods* el Fondo Monetario Internacional, organismo que tenía la misión primera y principal de vigilar los tipos de cambios reales de los países para evitar desequilibrios internacionales comerciales y de deuda externa que pudieran llevar a otra conflagración mundial. En 1945 el economista profesor de Harvard, Gottfried von Haberler reconocía en un artículo⁴ publicado en la *American Economic Review* que el tipo de cambio real debía calcularse dividiendo el tipo de cambio nominal por el índice del costo de vida y no por el índice de precios al por mayor⁵.

8-Problemas con el tipo de cambio real: EEUU 1920-1940

El concepto del tipo de cambio real también permite explicar la gran depresión estadounidense de 1930. La historia es como sigue: en el decenio de 1920 la economía del país recibió el gran empujón del tipo de cambio real alto en relación a Gran Bretaña y Alemania por las razones explicadas precedentemente: básicamente a causa de su menor inflación en 1914-1919. Esto significaba un gran aliento a sus exportaciones y una fuerte protección a su industria contra la importación. La gran competitividad de las empresas norteamericanas era además proverbial por las innovaciones tecnológicas en la industria del automóvil y otras, así como las importantes economías de escala resultantes del gran tamaño de su mercado interno. Pero en 1928 la tasa de desocupación era solamente del 2%. La economía se estaba recalentando por el exceso de demanda agregada. El paso siguiente hubiera sido una moderada inflación interna en Estados Unidos que hubiera revaluado al dólar en términos reales frente a la moneda alemana y a la libra esterlina. Ello hubiera implicado una devaluación en términos reales de estos dos últimos países. Nuestro peso se hubiera revaluado también frente a la esterlina y el marco pero se hubiera

⁴ Ver Haberler, Gottfried von, *The Choice of Exchange Rates after the War*, American Economic Review, Junio de 1945. Ver también Nurkse, Ragnar, *International Currency experience*, League of Nations, Ginebra, 1944, Capítulo 5

⁵ La fórmula precisa para el cálculo del tipo de cambio real a partir de ese entonces consistió en dividir el tipo de cambio nominal de un país por su índice de precios internos y actualizarlo por la inflación en la moneda internacional (IPM USA): $TCR = (TCN/IPC) * IPM \text{ USA}$

devaluado en términos reales frente al dólar americano. Esta eventual recomposición de los tipos de cambio reales hubiera evitado la gran depresión americana de los años treinta debido a que la tasa de interés negativa hubiera alentado a las empresas americanas a invertir. El tipo de cambio real alto hubiera reanimado las economías inglesa y alemana y al hacerlo hubiese prevenido el surgimiento del nazismo y la segunda guerra mundial con sus secuelas. Sin embargo, el Presidente de la Reserva Federal estadounidense decidió que aun una suave inflación con tasas de interés reales negativas era intolerable, y que la inflación, aunque moderada, iba contra la carta orgánica del organismo que presidía. En consecuencia, Mr. Benjamin Strong aplicó el freno monetario y subió la tasa de descuento, lo cual provocó luego la caída de Wall Street, caída que a su vez provocó la caída de la inversión de las empresas privadas que se financiaban con la emisión de acciones, lo cual determinó una caída de la actividad económica, lo cual hizo disminuir la recaudación fiscal por lo cual el gobierno disminuyó el gasto público y aumentó los impuestos, todo lo cual tuvo un efecto multiplicador negativo adicional sobre la actividad económica. Por arriba de lo anterior, el Congreso sancionó la ley Hawley-Smoot aumentando la protección aduanera a favor de las empresas industriales y agrícolas estadounidenses, pero esta acción hizo que los demás países aplicaran represalias aumentando su vez sus tarifas aduaneras e incrementando el proteccionismo a sus propias empresas. Estados Unidos importó menos pero también exportó menos con lo cual la medida no sirvió para alentar las empresas estadounidenses, sino para que el gran país del norte contagiara su depresión económica al resto del mundo. A todo esto, como las empresas estadounidenses no vendían no podían tampoco repagar sus préstamos bancarios. El público alarmado por la situación de los bancos corrió a retirar sus depósitos, lo cual hizo que 9000 bancos tuvieran que cerrar sus puertas. A todo esto, hacia 1932, los precios internos habían caído en un 25%. En lugar de una suave inflación de un 25% que hubiera ocurrido si Mr. Strong dejaba expandir la economía en 1928, Estados Unidos se encontró con una deflación de signo contrario que, además, significó una caída de la producción de un 30 % y una desocupación similar. Ante el desastre económico a la vista, el presidente incumbente, el republicano Hebert Hoover fue derrotado en noviembre de 1932 en su intento de reelección a manos del demócrata Franklin Delano Roosevelt. El punto de nuestro argumento es que Estados Unidos y el mundo necesitaban una revaluó en términos reales del dólar, y ante la incomprensión del problema del tipo de cambio real por parte de las autoridades, la macroeconomía les respondió con una terrible depresión económica de la que solamente se salió debido al estallido de la segunda guerra mundial en 1939.

9.-La primera apreciación artificial del peso argentino y las empresas: 1948-1954

A esta altura de nuestro relato sobre las empresas frente al tipo de cambio real y la tasa de interés real, conviene volver sobre nuestro país, en donde estas variables tuvieron una importancia arrolladora y un comportamiento demoledor del desarrollo económico. Si bien en el decenio de 1920, por un golpe de suerte, el tipo de cambio real quedó muy devaluado, en el decenio de 1930 el gobierno siguió una política deliberada de tipo de cambio real alto para permitir la salida de nuestras exportaciones y mantener la rentabilidad del sector agropecuario. Se puede afirmar sin temor a equivocarse que las empresas del sector

agropecuario fueron las que mas influyeron en la macroeconomía argentina hasta 1945. Todo ello sin perjuicio de que a partir de 1930 y hasta 1945 se inició un activa política de industrialización inducida por la escasez de divisas, el control de cambios y la crisis mundial. Sin embargo, a partir de 1945, por la fuerte presión de los sindicatos en nuestra vida política, tuvo lugar una política de aumento de los salarios nominales no acompañada del respectivo aumento de la productividad. Y por supuesto, es una ley de hierro de la economía que la tasa de inflación será igual a la diferencia entre el aumento de los salarios y el incremento de la productividad del trabajo⁶. Pues bien, la inflación interna resultante de esta política fue carcomiendo el tipo de cambio real alto de 1945 y la Argentina vivió un largo período de sobre-valoración cambiaria desde 1948 hasta 1955. Durante este período los salarios reales dieron un salto entre 1945 y 1948 pero luego se estancaron, como la economía toda. La Argentina vivió un período de distribución progresiva del ingreso lo cual es muy saludable, pues el trabajador bien vale su salario, y el mejoramiento del salario debe ser el norte de toda buena política económica, pero ello no debe hacerse a costa del crecimiento de toda la economía y de los futuros aumentos en los salarios reales. Desde 1945 hasta 1954, las empresas que tuvieron mayor influencia en la política macroeconómica fueron las industriales livianas, e intensivas en el uso de mano de obra. Ellas estaban vinculadas a la de sustitución de importaciones para el mercado interno. Pero la fuerte protección a la industria local para un mercado interno pequeño como el nuestro nos jugó en contra. No pudimos usufructuar las economías de escala y el fuerte crecimiento en la productividad que genera la industria de exportación. Francia y Alemania, que hacia 1945 tenían un nivel de vida claramente inferior al argentino, nos sobrepasaron raudamente hacia 1952⁷. En definitiva, la insatisfacción de las clases medias con el estancamiento económico del país tuvo mucho que ver con la caída del régimen peronista en 1955. En 1937 el eminente economista ingles Colin Clark vaticinó que en los cincuentas y sesentas la Argentina iba a tener el nivel de vida más alto del mundo, superior incluso al de Estados Unidos, pero el trágico error cambiario y muchos otros relacionados frustraron ese bello augurio. En 1955 el nuevo gobierno pidió un dictamen al eminente economista argentino Raúl Prebisch, a la sazón Secretario Ejecutivo de la CEPAL, sobre las causas de nuestro estancamiento en la posguerra y Prebisch dijo:

Hay que dar incentivos para que la actividad privada produzca más y mejor. La inflación ha contribuido poderosamente a destruir esos incentivos. El funesto propósito de reprimir sus consecuencias mediante el tipo de cambio artificialmente bajo ha privado de estímulo a la producción agropecuaria llevándola a una grave postración. Para elevar los precios rurales, ha sido inevitable reconocer la devaluación

⁶ Es la formula de Sydney Weintraub la que se basa en una función Cobb-Douglas y la ley de la productividad marginal del trabajo igual a la demanda de trabajo. El desarrollo matemático puede verse en mi libro *Macroeconomía y Política Macroeconómica*, 4 edición, editorial La Ley, Capitulo 52

⁷ El crecimiento económico del país en 1946-54 fue casi nulo medido en dólares de 1990 de Geary-Khamis, ya que el PBI per capita pasó de 4939 en 1946 a 5268 en 1954 implicando una tasa de crecimiento interanual cercana a cero. Ver Maddison, Angus, Groningen University, *La Economía de Occidente y la del Resto del Mundo: Una Perspectiva Milenaria*, Universidad Carlos III de Madrid, www.theworldeconomy.org –2005-. Ver también Ferreres Orlando, *Das Siglos de Economía Argentina*, Fundación Norte Sur, 2005 –Buenos Aires

esperada en la moneda ... asimismo, el estímulo del cambio libre dará impulso a las actividades industriales y mineras. Con mayores exportaciones, tendremos más divisas para adquirir materias primas, aliviando progresivamente la escasez que ahora oprime a la industria...Juntamente con el acrecentamiento de las exportaciones, deberá seguirse una activa política de sustitución de importaciones en todo aquello que sea económicamente factible, especialmente en el plano industrial; lograremos así un pronto mejoramiento del balance de pagos y reduciremos la vulnerabilidad económica exterior del país, que ha llegado a un punto máximo por la desacertada política económica del último decenio.⁸

Para captar mejor las implicancias de la afirmación de Prebisch en el gráfico adjunto presentamos el tipo de cambio real de nuestro país desde 1913 hasta el 2008. Surge claramente del mismo que nuestro país tuvo cuatro períodos de fuerte apreciación cambiaria, esto es de dólar barato. El primero desde 1948 a 1954 que Prebisch señalara en la cita anterior. El segundo desde 1978 hasta 1981. El tercero desde 1990 hasta el 2001. Y el cuarto durante 2007-2008.

La toma de consciencia acerca de nuestro estancamiento relativo indujo el nacimiento de ideas desarrollistas entre nuestros políticos y llevó a revalorizar la influencia del sector agropecuario en la política económica desde 1955 hasta 1973. Esta vez los gobiernos buscaron un balance entre los intereses de las empresas agropecuarias y las industriales. Fue así que se hizo un gran esfuerzo para desarrollar la industria siderúrgica, la petroquímica, la petrolera, la gasífera y la de bienes de capital, a la vez que el agro.

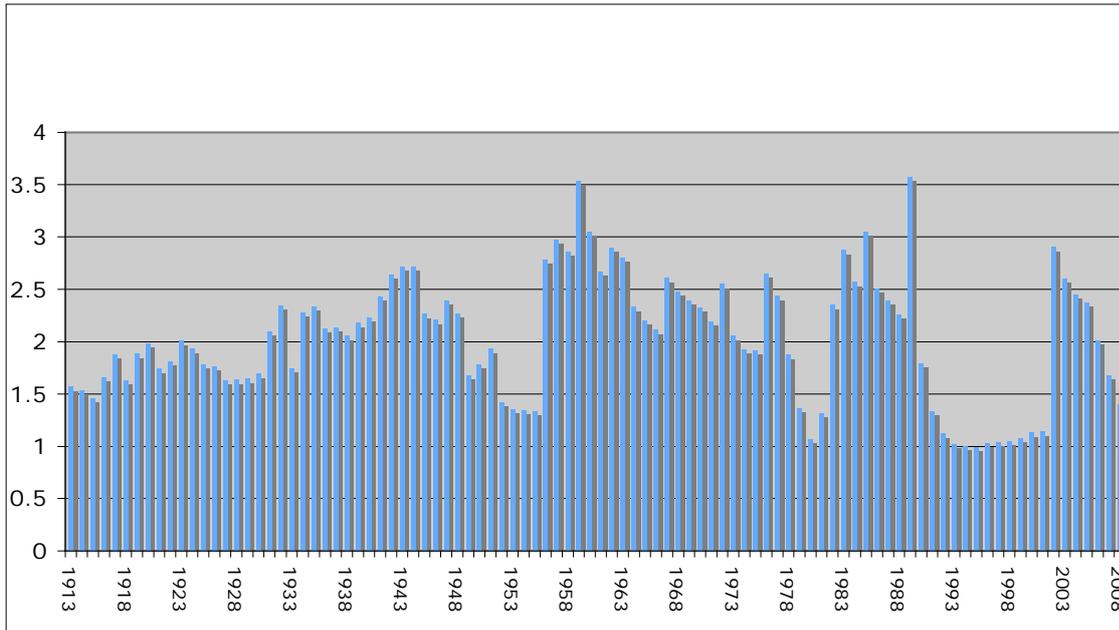
10.-La segunda apreciación artificial del peso argentino y las empresas: 1976-1981

Desde 1955 hasta 1976 la Argentina registró un tipo de cambio real alto favorable a la exportación y a la vitalidad de las empresas y sin embargo el crecimiento económico *per cápita* fue solamente del orden del 2% acumulativo anual, pero crecimiento al fin. El crecimiento no fue más alto debido a la inestabilidad política del período. Después de septiembre de 1955 hasta 1976 hubo 12 Presidentes en 21 años. A su vez, cada presidente tuvo varios ministros de Economía cada uno con sus propias reglas de juego. En definitiva, el crecimiento *per cápita* del 2% anual resultó alto teniendo en consideración la trágica inestabilidad política que asoló al país después de la caída de Perón en 1955⁹.

⁸ Prebisch Raul, "Plan de Restablecimiento Económico", Puntos 2, 4 y 7. Buenos Aires, Enero de 1956. -

⁹ En dólares de Geary-Khamis constantes de 1990 el PBI per capita pasó de 5536 en 1955 a 8186 en 1975. Ver Maddison Op.Cit

ARGENTINA: TIPO DE CAMBIO REAL HISTORICO DESDE 1913 HASTA EL 2008.



Las apreciaciones del peso de Cereijo 1948-54, Martínez de Hoz 1978-81, Cavallo 1991-01 y Kirchner 2008, con base 1995 igual a uno

En 1976, ante el fracaso y el caos del gobierno de Isabel Martínez de Perón, irrumpieron en la política nuevamente las Fuerzas Armadas en un contexto internacional agravado por la fuerte tensión proveniente de la guerra fría. El golpe contó con el beneplácito de Washington, tal como claramente fue el caso del golpe del general Pinochet en Chile en 1973 y el de los generales brasileños en 1964-84. La conexión de las fuerzas armadas argentinas con EEUU era, sin embargo, más débil que la de Pinochet o los generales brasileños. Las Fuerzas Armadas procedieron rápidamente a aniquilar a los guerrilleros del “Ejército montonero” y del “Ejército Revolucionario del Pueblo”, ambos respaldados por la ex Unión Soviética y Cuba en una pequeña pero cruel y despiadada guerra que dejó nueve mil bajas entre los pro soviético-cubanos y 1200 entre los pro gobierno militar y el capitalismo. Lamentablemente, como en todas las guerras, muchos de los muertos eran inocentes que poco tenían que ver con uno y otro bando. Sin embargo, para poner en perspectiva este desastre debe decirse que en la Argentina actual, por falta de autopistas, y de una adecuada regulación del tránsito, perecen una cantidad igual de personas por año, sin que se tomen medidas. Otro tanto ocurre con los crímenes de la delincuencia común, los que se triplicaron desde aquella época al presente.

El Gobierno del General Videla puso el Ministerio de Economía en manos de un prestigioso empresario. Tal era el poder, el prestigio y la confianza que inspiraba el Ministro que en círculos empresarios se hablaba de “Martínez Dios” y se descontaba su seguro éxito en la estabilización de la economía y la promoción de su crecimiento. Ese éxito futuro descontado lo convertía en un potente candidato a Presidente constitucional de la República al concluir el mandato del Presidente Videla. El

Ministro procedió a liberalizar completamente las tasas de interés dentro de un sistema financiero donde había una total garantía del Banco Central para los depósitos a la vista y a plazo fijo en los bancos y compañías financieras. En el afán de atraer depositantes, todas las entidades financieras comenzaron a competir entre sí ofreciendo mayores tasas. Los depositantes no eran inducidos a investigar la solvencia del banco o la financiera pues de todas maneras el Banco Central, con su poder ilimitado de emisión, respondía por todos los depósitos del sistema. Así nació la hojita "Ambito Financiero" con el propósito de informar al público inversor sobre las tasas de interés a pagar por las distintas financieras y bancos por los depósitos. Luego esta hoja se convirtió en un importante periódico. Se vivió un frenesí de tasas de interés muy elevadas. Las financieras más irresponsables subieron entonces las tasas pasivas a límites astronómicos. Sin embargo, tenían que prestar a empresas productivas asfixiadas que se arriesgaban a pagar tasas activas altísimas con tal de sobrevivir un tiempo más. Al final, en 1979, todo este "sistema" llevó a la quiebra de cientos de financieras y también del llamado "Banco de Intercambio Regional", todo lo cual le costó literalmente miles de millones al Banco Central que debía responder ante los depositantes por las entidades quebradas.

Concomitantemente con esta política financiera se implementó una política monetaria restrictiva para frenar la inflación en medio de un fuerte déficit fiscal. Esto hizo subir las tasas de interés que superaron en 1977 y 1978 el 100% en términos reales y terminaron provocando una fuerte recesión en 1978, mientras la inflación seguía imperturbable su curso al 5% mensual. Ante el fracaso del monetarismo en la lucha anti-inflacionaria, el Ministerio de Economía decidió cambiar de método: implementó "la tablita" que consistía en un anuncio público de la tasa de devaluación que iba a tener vigencia en cada uno de los meses venideros. La tasa de devaluación preanunciada para cada mes era inferior a la del mes anterior. Esta devaluación preanunciada por escalones decrecientes, presumiblemente, iba a inducir un acompañamiento también decreciente de la tasa de inflación. Pero es sabido que la tasa de devaluación determina solamente la tasa de inflación de los bienes transables internacionalmente. Nunca la tasa de inflación del índice del costo de la vida, que es la relevante, y que refleja principalmente el precio de los bienes y servicios no transables internacionalmente. Esta política fue un fracaso. El dólar barato provocó una avalancha de importaciones que destruyó a muchas empresas industriales nacionales y fundió al campo. Y como si todo esto fuera poco, para mantener el dólar barato hubo que ofrecer dólares en el mercado, lo cual se hizo endeudando enormemente al país. La deuda externa que en 1976 era de 9 mil millones de dólares, en 1983 terminó en 45 mil millones, es decir que se multiplicó por cinco. En lugar de propiciar un tipo de cambio real alto con retenciones moderadas, una tasa de interés real baja y fuerte superávit fiscal, consecuencia de las retenciones e inductor de la estabilidad de precios, el Ministro hizo lo contrario: tipo de cambio real bajo, tasas de interés reales altas y déficit fiscal. Todo hacía preveer que por su carácter dual de productor agropecuario e industrial a la vez, el Ministro iba a ser capaz de encontrar una feliz conjugación de ambos sectores para el desarrollo nacional. El apoyo de las Fuerzas Armadas era muy fuerte y tenía una sola condición: el pleno empleo como factor de la lucha para desbaratar al terrorismo. Pero el Ministro otorgó total prioridad a los intereses de las empresas bancarias y financieras

en el manejo de la macroeconomía nacional Y así perdió la Presidencia constitucional de la República y el papel de prócer re-fundador para el que parecía singularmente predestinado ¹⁰

11.-La apreciación artificial del dólar de Ronald Reagan en los ochentas: impacto de depreciación del peso en la Argentina

En el decenio de 1980, las altísimas tasas de interés provocadas por la Reserva Federal de los Estados Unidos mediante la política monetaria extremadamente restrictiva seguida por su Presidente Paul Volcker, y las políticas de expansión del gasto militar y de reducción de impuestos del Presidente de los Estados Unidos Ronald Reagan, determinaron una muy fuerte apreciación en términos reales del dólar y, como contrapartida, una devaluación en términos reales de las demás monedas, particularmente la de nuestro peso, lo cual puede observarse en el Gráfico 1. El dólar caro en la Argentina fue en realidad una buena noticia para nuestro país. Por ejemplo, Chile y Corea crecieron de manera formidable después de 1983, no obstante las altas tasas de interés internacionales, beneficiadas con tipo de cambio devaluado determinado a su vez por la apreciación del dólar. Pero estos países acompañaron el cambio devaluado con superávit fiscal. Le tocó al Presidente Raúl Alfonsín convivir con un tipo de cambio real alto, el que tiene la ventaja de reactivar la economía y generar superávit comercial. Pero para que el tipo de cambio alto no recaliente la economía se requiere ineludiblemente, como en los casos de Chile y Corea, de un fuerte superávit fiscal, tanto más por cuanto que el Presidente Alfonsín voluntariamente eligió pagar la deuda externa heredada del Proceso Militar. Sin embargo, el clientelismo, los nombramientos de favor y los créditos hipotecarios sin indexar a favor de los afiliados partidarios llevaron a un fuerte déficit fiscal en la Argentina que se piramidó con el superávit comercial y la enorme deuda externa, llevando a una hiperinflación de 4982% en 1989. Por encima de lo anterior, el gobierno tuvo una oportunidad única para desconocer gran parte de la deuda heredada del Proceso Militar pues ella no había sido aprobada por el Congreso, ni había resultado en obras para beneficio del país. Esto hubiera sido consistente con el enjuiciamiento de las Juntas militares. Pero el gobierno, por una parte, reconoció la deuda externa del Proceso militar, y por la otra, encarceló a las Juntas que la contrataron¹¹. Los errores fueron más dramáticos todavía. En efecto, nuestro país había logrado adelantos tecnológicos autónomos importantes hacia 1983 en materia de enriquecimiento de uranio, los cuales nos permitían eventualmente fabricar la bomba atómica. Sin embargo, el Club de Londres formado por los países que ya la tienen, se opone a que otros también tengan esa arma letal para evitar la proliferación y de paso consolidar su poder. Estos adelantos tecnológicos nos dieron un enorme poder de negociación y provocaron la posibilidad concreta

¹⁰ Como resultado de estas políticas el PBI per capita en dólares de 1990 de Geary-Khamis fue de 8059 en 1976 y de 7552 en 1982, implicando una caída de del 6% en todo el período y una tasa de crecimiento interanual negativa del 1%. Ver Maddison Op.Cit

¹¹ En dólares de 1990 de Geary-Khamis el PBI per capita de 1983 fue de 7751 y el de 1989 de 6816, un hecho inédito en la historia del desarrollo económico mundial implicando una caída interanual del 2.1% que consolidó definitivamente el atraso argentino. Ver Maddison Op.Cit

de firmar un acuerdo internacional aceptando los controles nucleares del Club de Londres a cambio de la soberanía sobre las Malvinas, o a cambio de la remisión de la deuda externa. Hacia finales del gobierno militar hubo un comienzo de negociaciones sobre el punto entre la Comisión Nacional de Energía Atómica y el gobierno de Estados Unidos. Pero luego el gobierno del Dr. Alfonsín entregó los controles, quizá sin saberlo. Agradecido, el Presidente Reagan ofreció una cena de gala en la Casa Blanca al Presidente argentino¹². Hoy es posible comprobar la enorme magnitud de este regalo argentino observando por los periódicos las difíciles negociaciones del Club de Londres con Irán y con Corea del Norte por el mismo asunto del enriquecimiento del uranio. En el caso de la Presidencia de Alfonsín no se detectan influencias decisivas de las empresas en la conducción de su gobierno. El caso de la Comisión Nacional de Energía Atómica revela sin embargo, un trágico enfrentamiento y falta de comunicación entre los cuadros de la administración pública tradicional y el sector político, explicable dado que el objetivo de éste último era el copiamiento de todos los cargos públicos por los afiliados partidarios.

12.-La tercera apreciación artificial del peso argentino y las empresas: 1991-2001

Llegamos así, dentro del Grafico 1, al decenio de 1990 que presenta la apreciación del peso más larga y profunda de toda nuestra historia económica. ¿Como se llegó a esta política económica? Debe tenerse presente que en 1990-91 el mayor problema de la economía argentina era la hiperinflación heredada del gobierno de Alfonsín que no pudo ser dominada por Menem en su primer año y medio de gobierno ya que en todo el año 1990 la inflación llegó al 1344% anual.

Toda hiperinflación en sus fases finales se caracteriza porque los precios corren más de prisa que la emisión monetaria, y cuando la hiperinflación finalmente disminuye, la escasez de moneda en relación al elevado nivel de precios, es causante de altísimas tasas de interés. Las altas tasas de interés atraen al capital internacional especulativo y la oferta de dólares en el mercado libre de cambios determina una apreciación del peso. Esta se verificó durante el transcurso de 1990. El remedio contra el peso sobrevaluado consiste en que el Banco Central compre los dólares a un precio fijo elevado y emita pesos con respaldo. Esto es precisamente la convertibilidad. Para que la emisión monetaria no produzca inflación debe hacerse contra compra de dólares por parte del Banco Central, engrosando sus reservas y generando confianza en el respaldo de nuestra moneda. Cuando Domingo Cavallo asumió el cargo de Ministro de Economía en enero de 1991, tuvo a la vista la experiencia de 1990 con el tipo de cambio libre y flotante. Esa experiencia fue traumática. Entonces, a pesar de haber sido un ardiente partidario de flotar la moneda con el tipo de cambio alto en su libro "*Volver a Crecer*" de 1984, resolvió acotar las fluctuaciones del dólar con un piso de 8.000 y un techo de 10.000 australes. Esta flotación en banda implicó una devaluación en términos nominales del 84% en un mes. O sea que el ex Ministro devaluó en un 84%. Quiso ser fiel a su libro del año 1984, donde propiciaba un tipo de cambio alto para apuntalar el crecimiento de las exportaciones. Sin embargo, la devaluación nominal de enero de 1991 no estuvo acompañada de ninguna

¹² La cena de gala tuvo lugar el 19 de marzo de 1985 y el autor de este artículo tuvo oportunidad de participar en ella invitado especialmente por el Presidente Ronald Reagan.

reducción del gasto público. Ni de amortización de deuda pública en pesos, ni de ninguna de las medidas que aconseja la doctrina para que una devaluación no se traslade a los precios. Para colmo de males estuvo acompañada de un aumento del impuesto a los activos y de un impuesto a los débitos bancarios. Dos impuestos contraindicados. No supo inspirar confianza y fracasó: la inflación de enero de 1991 fue del 9%, la de febrero del 27% y la de marzo del 11%. A comienzos de marzo de 1991, ante lo crítico de la situación, un asesor le llevó a Cavallo la idea de la convertibilidad. El Ministro encontró entonces su tabla de salvación. Además en ese momento, al tipo de cambio de 10.000 australes, las reservas del Banco Central igualaban exactamente a la base monetaria. Esta era una cuestión totalmente intrascendente desde el punto de vista de la teoría y de la historia monetaria comparada. Pero no importó, pues desde el punto de vista psicológico le otorgó cierto halo de magia a la idea. Sin embargo, había un gran problema. Debido a la inflación de febrero y primera semana de marzo de 1991, el austral había quedado groseramente sobrevaluado nuevamente. La teoría y la experiencia histórica de las convertibilidades en el mundo era claramente contraria al tipo de cambio bajo y fijo para siempre. Pero, una de dos, o Cavallo ignoraba la historia económica, o más probablemente, pensó para sus adentros que pedir al Presidente Menem una segunda devaluación en marzo, a dos meses de la primera de enero, significaba reconocer abiertamente un fracaso. En tal caso existía la posibilidad de que el Presidente le solicite la renuncia, dado que su gobierno enfrentaba una elección en septiembre y otra en octubre de ese año. Lo cierto es que ante el fracaso de su devaluación de enero de 1991, el ex ministro sacó finalmente la conclusión errónea de que devaluar es inútil. Cambio su postura original y abrazó al *ofertismo*, una teoría económica para charlas de café que sostiene que la "causa" de la inflación es la devaluación y que toda devaluación produce una inflación de exactamente igual tamaño que la borra completamente. El bajo precio del dólar generó un exceso de demanda de dólares. Todo ello por aplicación de las dos leyes elementales y básicas de la economía: la oferta y la demanda. Si el precio de un bien es bajo, habrá exceso de demanda, y si el precio de ese bien es muy alto, habrá exceso de oferta. El precio de equilibrio es simplemente aquél donde la cantidad ofrecida iguala a la cantidad demandada. Las autoridades cometieron el error de fijar un precio para el dólar igual a la mitad de su precio de equilibrio. Ello generó, en promedio, durante los 11 años de la convertibilidad un exceso de demanda de dólares por sobre la oferta de unos 10 mil millones de dólares por año. Como sostuvimos antes, las autoridades habían advertido el error de la sobrevaluación, pero pensaron que era necesario ganar las elecciones de septiembre y octubre de 1991 merced a una estabilidad económica aparente. La idea era corregir esta situación después de las elecciones. Sin embargo, hacia fines de 1991, la convertibilidad funcionaba tan bien que sus autores se enamoraron de ella, y decidieron mantenerla. Es que el sistema había conseguido domar el salvaje potro de la inflación, la que se redujo drásticamente para gloria del Dr. Cavallo. Así fue que el prestigio del Dr. Cavallo en el sector empresario igualó y superó al del Dr. Martínez de Hoz en su momento inicial. El Dr. Cavallo pintaba a todas luces ante la opinión empresaria como el sucesor constitucional del Presidente Menem. Una vez fortalecido por la gloria inmensa de haber dominado a la inflación, el Ministro fue capaz de imponer muchas de las políticas de la época presionando con su renuncia. Y por momentos parecía un verdadero constructor de

instituciones. Un conocido periodista lo comparó con San Martín y Belgrano en un artículo publicado en un diario de gran circulación, y vaticinó incluso que en la historia argentina, el Ministro iba a tener un lugar similar al de estos dos próceres. Lo cierto es que para mantener la convertibilidad en el tiempo, se requería organizar una oferta artificial de dólares en el mercado de cambios equivalente al exceso de demanda. Si este exceso de demanda era de 10 mil millones de dólares por año, había que satisfacerlo mediante una oferta adicional y artificial de una suma equivalente. Fue así que desde el Gobierno se montó un programa de endeudamiento externo y "privatizaciones", que en promedio, brindó esa artificial oferta de divisas. El gobierno nacional recibía dólares prestados y los entregaba al Banco Central a cambio de 10 mil millones de pesos. Acto seguido, por una parte, el Gobierno nacional gastaba los 10 mil millones de pesos por año incurriendo en un fuerte déficit fiscal que reactivaba la economía, y, por otra parte, el Banco Central vendía los 10 mil millones de dólares recibidos del Gobierno en el mercado de cambios para satisfacer el exceso de demanda de dólares por importaciones sobre exportaciones referido al comienzo. El sistema funcionó bastante bien hasta 1993.

En 1994 se produjo la crisis mejicana por causa de una apreciación cambiaria similar, y ello proyectó una gran desconfianza en el caso argentino: así fue que la convertibilidad estuvo a punto de estallar en 1995. Pero en 1994, la apreciación cambiaria del Plan Real brasileño salvó milagrosamente a la convertibilidad argentina porque implicó una devaluación implícita del peso argentino, limitada exclusivamente al mercado brasileño que absorbía gran parte de nuestras exportaciones, y ello permitió afrontar la crisis. También en esos tiempos, una fuerte alza del precio internacional de los granos tuvo efectos similares a una devaluación, permitiendo un incremento de las exportaciones agropecuarias. Sin embargo todo esto resultó transitorio. Los precios de los granos volvieron a caer. En 1998, en un vano esfuerzo para engañar a los mercados y atraer capitales hacia la Argentina, el director gerente del FMI, Michel Camdessus, invitó al Presidente Menem a lanzar un discurso propagandístico de la convertibilidad en la Asamblea Anual de ese organismo, acto insólito y contrario al derecho pues dicha Asamblea es formal y por protocolo una reunión de Ministros de Economía y no de Jefes de Estado. Pero en enero de 1999 la economía brasileña no aguantó más la apreciación artificial del real, y Brasil se vio obligado a devaluar su moneda para que recuperase su valor histórico anterior a 1994. Esto implicó una revaluación del peso, y enfrentó al Gobierno argentino nuevamente con el vicio original del peso sobrevaluado de 1991. Mientras tanto, en 1999–2000 continuaba el endeudamiento, y hacia el año 2001, los acreedores externos de la Argentina se preguntaban hasta cuando era posible seguir prestando a nuestro país. Evidentemente nuestra capacidad crediticia se estaba agotando día a día.

Fue así que por culpa del peso artificialmente caro, o lo que es lo mismo, el dólar excesivamente barato, nuestro país padeció en el 2001 la mayor crisis económica de su historia. El PBI cayó fuertemente en los dos últimos trimestres del 2001, aunque se estabilizó en el primer trimestre de 2002. Sin embargo, cuando se calcula la tasa de crecimiento de año a año aparece una caída del 10.5% en el 2002, después de haber caído un 5% en el 2001 contra el año 2000. La tasa de caída anual de 2002 es engañosa pues la verdadera caída se produjo en el 2001 durante la vigencia de la convertibilidad y la gestión del Dr. Cavallo

como Ministro. Por otra parte el desempleo y el subempleo sumados superaron largamente el 40%, y el país quedó al borde de la desintegración nacional. Lo que en su momento pareció un milagro macroeconómico de resurgimiento en los noventas, terminó en un desastre.

En resumen, dos graves e imperdonables errores de política económica se cometieron en el decenio de los noventas. El mayor consistió en establecer un tipo de cambio fijado por ley donde un peso valía un dólar, cuando, en realidad, la paridad histórica era de más de dos pesos por dólar. El segundo error fue permitir los depósitos bancarios en dólares¹³. Es sabido que los bancos, por el conocido mecanismo de los préstamos y los depósitos sucesivos son capaces de multiplicar los depósitos. La multiplicación de los depósitos es práctica corriente en todos los sistemas bancarios modernos, en tanto y en cuanto exista un prestamista de última instancia que pueda emitir la moneda en que se efectúan los depósitos para prestar a los bancos, en caso de corridas bancarias y retiro masivo de los depósitos por parte de sus titulares. Lamentablemente, tanto las autoridades del Ministerio de Economía como las del Banco Central, e incluso las de los mismos bancos privados, cometieron un error mayúsculo al permitir esta proliferación de depósitos en dólares en nuestro país cuando era obvio que el Banco Central de la República Argentina no podía emitir dólares, y, por consiguiente, no podía actuar como prestamista de última instancia en caso de corridas bancarias. El prestamista de última instancia es esencial en todos los sistemas bancarios modernos. Baste recordar que el conocido manual de Economía de Paul Samuelson, con más de 10 millones de copias vendidas en todo el mundo, comienza el capítulo sobre banca central con una conocida frase: *"En la historia de la humanidad hubo tres grandes inventos: el fuego, la rueda y la banca central"*.

La sobre-valoración del peso, por una parte, y la falta de prestamista de última instancia, por la otra, se convirtieron en los dos grandes fallas insalvables del régimen monetario de la Convertibilidad, que se repotenciaron mutuamente. Ello ocurrió cuando nuestro país agotó su capacidad crediticia y no pudo conseguir los 10 mil millones del crédito adicionales del año 2001, ni los del 2002. El mega-canje de bonos de junio de 2001 se mostró como un operativo destinado a extraerle al Estado 150 millones de dólares de comisiones, dado que no sirvió para nada habida cuenta que en noviembre de ese año hubo que hacer una reestructuración, esta vez forzosa de toda la deuda, incluida la del mega-canje de 5 meses antes. A finales de ese noviembre, el FMI denegó un desembolso de 1290 millones de dólares y dio la señal de alarma. En ese momento, el mercado advirtió que faltaban dólares y que la razón era su bajo precio. Cuando las expectativas del mercado apuntan a la depreciación, la tasa de interés interna tiene que subir para igualar al menos la tasa esperada de devaluación. Si se espera que dentro del mes se produzca una depreciación del 100%, la tasa de interés mensual tendrá que estar a un poco mas de ese nivel. Toda empresa prestamista tendrá posibilidad de comprar dólares antes que prestar, y así hacer un mejor negocio que prestar a una tasa inferior al 100%. Y toda empresa prestataria de pesos comprará dólares para ganar

¹³ Como resultado de estos dos gruesos errores el PBI per cápita en dólares de 1990 según el método Geary Khamis era de 7205 en 1991 y de 7391 en el 2002, lo cual implicó un crecimiento interanual prácticamente nulo y una "década perdida" para el desarrollo. Ver Maddison Op.Cit

el 100%, tasa de ganancia que no podrá obtener en su propia actividad. Pero una tasa de interés mensual del 100% llevada al nivel anual supera el 4000%. Ninguna economía aguanta semejante tasa de interés. La depreciación del peso se tornó inevitable. Fue así que la crisis de la deuda externa determinó una crisis bancaria, puesto que el público, ante la evidencia de la escasez de dólares, quiso retirar sus depósitos.

Una vez constatada la escasez de dólares, el mercado, por su cuenta, procedió a depreciar el peso. En el mercado de Montevideo, ya a fines del 2001 el dólar cotizaba entre 2 y 3 pesos. La depreciación del peso era inexorable y estaba determinada por las leyes de la oferta y la demanda. Más exactamente por el exceso de demanda, y la inexistencia de oferta al precio de uno a uno. Estas dos leyes de la economía operaron como un terremoto que las autoridades no pudieron conjurar pese al arsenal de triquiñuelas y malabarismos monetarios que utilizaron, tales como el "corralito", los canjes de deuda, o la ley sobre la "intangibilidad de los depósitos". Así los sueños presidenciales del Dr. Cavallo quedaron sepultados por el tipo de cambio real bajo y su secuela de tasas de interés altas, endeudamiento externo impagable y una desocupación que sumada a la subocupación alcanzaba al 40%. El gobierno que siguió, no quiso devaluar pero se vio obligado a reconocer la existencia de la tempestad. Su primer Ministro de Economía, Jorge Remes Lenicov, se había pronunciado públicamente un mes antes, cuando todavía no detentaba ese cargo, categóricamente contra la devaluación. Pero ya como Ministro tuvo que reconocer que el precio de un dólar igual a un peso era totalmente ficticio. Quedó claro, en consecuencia, que la depreciación de nuestro peso operó al final como un fenómeno telúrico inevitable, como lo es un huracán o un terremoto. Quedamos así extremadamente endeudados en cesación de pagos y con una deuda acumulada impagable. Sin embargo, la Argentina no cayó en esta deuda enorme por su sola culpa. Como Martínez de Hoz, Cavallo hizo alianza con las empresas del sector financiero para mantenerse en el cargo y conducir la economía argentina. Como dijo el Washington Post el 3 de agosto de 2003:

“Las firmas vendedoras de bonos de Argentina se llevaron casi 1000 millones de dólares en comisiones por vender y recomendar bonos de la Argentina en la década 1991-2001. Estas firmas de comisionistas fueron las que generaron los más optimistas e influyentes informes sobre el país. Similares conflictos de interés salieron a la luz en algunos casos como los de la Enron Corporation y World Com Inc. En el caso de Argentina, sin embargo, los perjuicios no fueron solamente para un grupo de tenedores de títulos, sino para todo el segundo país más grande de Sudamérica”

Aunque hemos comentado el nivel del tipo de cambio real de la Argentina relacionado con el de otros países en distintas épocas y bajo distintas políticas económicas, debe enfatizarse que el tipo de cambio real es una variable interdependiente con los demás tipos de cambio reales de los otros países. Si la Argentina revalúa, los demás países que comercian con Argentina revalúan y viceversa. Si todos los países devaluaran a la misma tasa al mismo tiempo, ninguno devaluaría en términos reales.

13.-La cuarta apreciación artificial del peso argentino y las empresas: 2007-2009

Este cuarto fenómeno de apreciación puede observarse claramente a la derecha del Gráfico 1. Después del devastador efecto del tipo de cambio bajo de 1978-81, y sobre todo el de 1990-2001, finalmente, hacia el 2002-2006, nuestra dirigencia política parecía haber aprendido las ventajas del tipo de cambio competitivo. También parecía haber aprendido acerca de la peligrosidad que reviste la financiación de los déficits del Estado con emisión monetaria como en el decenio de los ochenta, o con deuda externa como en el decenio de los noventa. Le tocó al Presidente Duhalde, asesorado por su ministro Lavagna, enderezar el rumbo y poner un poco de orden en la nave del Estado mediante el tipo de cambio real alto, superávit fiscal, fuerte crecimiento del empleo privado y preparar así el arreglo de gran parte de la deuda externa. Sin embargo, el Gráfico 1 sobre el tipo de cambio real desde 1913 hasta 2008, indica que en los años 2007 y 2008 nos acercamos nueva y peligrosamente al peso artificialmente sobrevaluado de 1978-81 y al de 1990-2001. ¿Qué ha pasado? En realidad parece que todavía no aprendimos las abrumadoras lecciones de la historia. Como en 1945-1948, el Ministro de Trabajo de Kirchner, el Lic. Tomada, homologó convenios colectivos de salarios con aumentos superiores al incremento en la productividad *promedio* de la economía. Durante 2006, 2007 y 2008 los incrementos salariales fueron del orden del 30% por año. Como el PBI per capita creció al 7%, la inflación anual de cada uno de esos años fue del 23% (30%-7%). Como ya había ocurrido con la experiencia histórica de 1945-48, la tasa de inflación carcomió al tipo de cambio real alto de 2002-2006 y desembocamos en la clásica sobre-valoración cambiaria argentina que arruinó nuestro proceso de crecimiento tantas veces en nuestra historia sin que nuestros gobernantes aprendan la lección. Si el desarrollo económico se consiguiera aumentando los salarios por resoluciones ministeriales como cree el matrimonio presidencial Kirchner y su ministro Tomada, no habría países subdesarrollados¹⁴. Todo sería muy fácil. Si los gobiernos quieren forzar un aumento del salario real de los trabajadores, lo cual es muy loable, lo deben hacer racionalmente, pues de lo contrario los resultados serán contraproducentes. Deben fomentar el crecimiento de la productividad, lo cual se logra entrenando a la fuerza de trabajo, creando escuelas técnicas, mejorando la educación pública, mejorando la salud y los hospitales públicos, brindando una mayor seguridad pública, fomentando la inversión de capital privado y la demanda de trabajo, ofreciendo un mejor transporte y servicios públicos y sancionando un sistema impositivo más progresivo que descansa más en la recaudación del impuesto a la renta, a la tierra libre de mejoras, a las retenciones bajo el supuesto de un tipo de cambio real muy alto y a los recursos naturales, y mucho menos en el IVA. Se debe reformar al Estado para que sea más eficiente y para que impulse el crecimiento de la productividad de la economía con lo cual aumentarían los salarios

¹⁴ Usualmente la ciencia económica representa el proceso productivo matemáticamente con la función exponencial de producción Cobb -Douglas de cuyas derivadas surgen las llamadas productividades marginales decrecientes, las que nos indican que los trabajadores más se benefician cuando hay más capital invertido en el proceso de producción. Y que los empresarios más se benefician cuando hay más trabajadores empleados. En otras palabras, ciencia prescribe que el proceso productivo debe ser eminentemente cooperativo para beneficio de ambas partes, y nunca agonal: los trabajadores deberían exigir que los empresarios inviertan más para obtener mejores salarios y los empresarios demandar más mano de obra para aumentar sus beneficios. Para detalles de las matemáticas ver Conesa Eduardo, *Macroeconomía y Política Macroeconómica*, 4 edición, La Ley, capítulo 6

reales, y sobre todo así se impulsará la mejora del salario indirecto, que proviene de los servicios públicos de alta calidad prestados por el Estado, pero nunca mediante el infantil e irrisorio método de aumentar los salarios sucesivamente gremio por gremio mas allá del incremento en la productividad de la economía toda¹⁵.

En lugar de conceder aumentos nominales sucesivos gremio por gremio del 30% que luego terminan en una crisis económica con recesión e inflación y caída libre del salario real nuevamente, se podrían conceder incrementos sustentables en los salarios reales anuales iguales al incremento de la productividad *promedio*. Al cabo de 10 años de crecer al 7% anual en términos reales los salarios reales habrán crecido a la tasa de interés compuesto del 97%, es decir que prácticamente se habrán duplicado. Eso sería desarrollo en serio y no la venta de espejitos de colores a los trabajadores. Además reitero que los incrementos salariales no debieran otorgarse sobre la base de los incrementos en la productividad específica de los distintos sectores, sino sobre la base de la aumento de la productividad *promedio* de toda la economía. Es decir sobre la base del incremento en el PBI per cápita. De esta manera las actividades y sectores que tuvieron un incremento más alto en la productividad podrán generar mayores ganancias a las empresas respectivas, las que entonces podrán invertir y expandirse más rápidamente. Por otra parte, los sectores con un incremento de la productividad menor que el promedio, tendrán que otorgar aumentos salariales iguales al promedio. Estas empresas no generarán grandes excedentes y por lo tanto invertirán menos y se expandirán menos. La consecuencia de esta política será que se expandirán y crecerán mas velozmente las empresas con mayor crecimiento en la productividad, y los sectores y empresas con menor crecimiento en la productividad quedarán rezagados. Esto ayudará a que el crecimiento de la productividad *promedio* crezca más rápidamente aun.

Con este sistema se podrían mantener tasas "chinas" de crecimiento económico por muchos y largos años y así sacar a nuestro país del pozo de los subdesarrollados. En lugar de hacer lo conducente al verdadero incremento de la productividad, el gobierno fomentó al Estado *clientelista* con nombramientos de favor a diestra y siniestra y un aumento indiscriminado y arbitrario del gasto y los salarios del sector público en un 50% en el año 2007, un año electoral. El enorme peso muerto de un Estado inútil que no brinda seguridad, ni salud, ni educación, ni defensa, ni justicia, opera como una fuerza en detrimento para nuestro desarrollo económico y de caída de los salarios reales que se revelará fatídicamente en el 2009 y años siguientes. Lamentablemente el gobierno del matrimonio Kirchner se convirtió en un demoleedor de instituciones lo cual jugará en detrimento de nuestro crecimiento económico a largo plazo. Destruyeron la estabilidad de precios que tanto costó lograr. Destruyeron el INDEC. Avasallaron el Poder Judicial con la politización del Consejo de la Magistratura. Demolieron las instituciones armadas. Destruyeron la

¹⁵ La estrategia sencilla y contundente de luchar contra el engaño infantil de los aumentos sucesivos de salarios gremio por gremio consiste en establecer por ley del Congreso un Consejo Económico y Social donde la participación conjunta de todos los gremios con los empresarios y el Estado permita una actualización racional y simultánea de todas las remuneraciones. Todo ello acompañado de una política de Estado de *crawling peg* para mantener alto el tipo de cambio real.

jubilación privada en lugar de mejorarla. Y van por el camino de la destrucción del agro, de la industria y del empleo con el tipo de cambio bajo.

En el caso del agro, recordemos que están también de por medio las retenciones a las exportaciones, que con el actual tipo de cambio aniquilan la rentabilidad de las empresas agropecuarias y que en el caso de la soja llegan al 35%. Y además está de por medio la devaluación brasileña del 2008 del orden del 40% que implica un revalúo adicional del peso, y también está de por medio el revalúo del dólar frente al euro, ocurrido en el 2008, que implica otro revalúo del peso frente al euro. En las condiciones actuales de tipo de cambio real bajo, el país se dirige, con un año de retraso, hacia un déficit comercial en el 2009 y el 2010, si se mantiene el mismo tipo de cambio real. Al mismo tiempo, la política fiscal de fuerte énfasis en el aumento de los impuestos lleva a un superávit fiscal. Pero el déficit comercial acompañado del superávit fiscal representa, sumando a ambos, una combinación provocadora de recesión para toda la macroeconomía.

La pregunta que surge es ¿A qué sector empresarial beneficia esta política? El sector bancario estaba fundido en el 2002-2003: el patrimonio neto del sector era negativo. Hoy está recapitalizado y floreciente. Si miramos la página final del último número de la revista *The Economist* de Londres donde se publica semanalmente un cuadro que contiene las tasas de interés de los 43 países mas importantes del planeta, podremos observar que el país con tasas de interés mas altas es ...la Republica Argentina. Por otra parte, nuestro Banco Central emite letras y notas de tesorería (LEBAC y NOBAC) para restringir la oferta monetaria y hacer subir la tasa de interés en pesos. Si tenemos en cuenta la quietud del dólar en nuestro mercado de cambios durante los últimos 5 años, descubriremos que la tasa de interés por fondos colocados en pesos argentinos, pero luego convertidos a dólares constituye uno de los negocios más rentables del mundo. La Argentina es el país con la tasa de interés real más alta del globo...en dólares. Esta devoción por la tasa de interés alta en dólares para beneficio del capital financiero especulativo nacional e internacional, explica la fuerte oposición de nuestro Banco Central para emular la depreciación cambiaria del Brasil de forma tal de defender a la industria argentina, a nuestro agro y al empleo de nuestros trabajadores de la crisis internacional y de sus efectos recesivos en la Argentina.

14.-La sinergia del tipo de cambio real alto y las empresas

A esta altura de nuestro análisis debemos preguntarnos por qué causa el tipo de cambio real es una variable tan fundamental para las economías de las empresas. Hay doce razones al menos, todas ellas interrelacionadas. La primera, el nivel del tipo de cambio real alto determina un saldo favorable en la balanza de comercio exterior de un país. La segunda, ese superávit permite acumular reservas en el Banco Central. La tercera, la acumulación citada a su vez permite la emisión monetaria con respaldo, que no es inflacionaria. La cuarta consiste en que esa emisión a su vez permite bajar las tasas de interés nominales que pagan las empresas. No paran allí los beneficios del tipo de cambio real alto. La quinta razón consiste en que el mismo el nivel alto del tipo de cambio real determina una tasa de interés real baja. La sexta, a su vez el nivel bajo de la tasa de interés real determina un alto nivel de inversión empresaria- La séptima, este

alto nivel de inversión influye a favor de un alto nivel de crecimiento de toda la economía. La octava, el fuerte crecimiento de la producción determina la baja del desempleo, el aumento de la demanda de trabajo y un creciente nivel salarial. Como si todo ello fuera poco, la novena ventaja consiste además en que el alto nivel del tipo de cambio real permite a la economía crecer sin endeudamiento externo, e incluso reducir el endeudamiento externo. La décima razón, consiste en que el alto nivel del tipo de cambio real determina altas ganancias en las empresas del sector productor de los bienes transables internacionalmente. Estas ganancias se reinvierten en las empresas y aseguran un alto crecimiento que refluye y arrastra a la economía toda. Esto es fundamental porque está probado que el crecimiento de la productividad¹⁶ es más alto en el sector de los bienes comercializables internacionalmente, o sea principalmente en la industria manufacturera y en la agricultura, por oposición al sector de los no comercializables internacionalmente, que son los servicios en general. La undécima razón consiste en que con el tipo de cambio real alto el costo de los servicios del Estado medidos en dólares disminuye drásticamente. Esta undécima razón es muy importante en países como el nuestro, donde los servicios estatales se caracterizan por su extremada ineficiencia y su constante empeoramiento. La duodécima razón consiste en que el tipo de cambio real alto, protege uniformemente a las industrias, permitiendo que las empresas más eficientes crezcan más en comparación con una protección aduanera desigual, o por la vía de permisos de cambio, donde usualmente sacan ventaja las empresas con mayor capacidad de lobby, aunque sean técnica y económicamente ineficientes.

Volviendo a la quinta razón, tanto el tipo de cambio real alto como la tasa de interés real baja están íntimamente unidos al superávit fiscal. Si el gobierno propugna tipo de cambio real alto y déficit fiscal, la inconsistencia de estas dos políticas lleva a la hiperinflación como fue el caso bajo la presidencia del Dr. Alfonsín en el decenio de los ochentas. Si el gobierno propugna tipo de cambio real bajo y superávit o equilibrio fiscal, la economía responde con la hiper-recesión como ocurrió en la Presidencia del Dr. De la Rúa bajo la conducción de sus Ministros Machinea y Cavallo en 1999-2001. Si el gobierno propicia una política de tipo de cambio bajo y déficit fiscal, esta política puede durar un tiempo, e incluso mantener una apariencia de éxito en el corto plazo, pero a la larga lleva a un fuerte endeudamiento externo del país y de las empresas que termina mal para todos. Y con fuerte desocupación y caída de los salarios reales como en 1981 y 1998-2001. Estas consideraciones nos obligan a profundizar las razones técnico-económicas de nuestras conclusiones, tratando siempre de mantener al mínimo las matemáticas y al máximo la claridad conceptual.

15.-La relación inversa entre el tipo de cambio y la tasa de interés

Al comienzo de este ensayo anticipamos la existencia de una relación muy importante entre la tasa de interés y el tipo de cambio. A una tasa de interés alta corresponde un tipo de cambio bajo y a una baja tasa, un tipo de cambio alto. Esto es completamente consistente con la estructura de la balanza de pagos. Un tipo de cambio real alto genera una cuenta corriente positiva y por ende una cuenta de capitales

¹⁶ Conesa Eduardo, Macroeconomía y Política Macroeconómica, 4 Edición, La Ley, 2008, Capítulos 9 a 1

negativa. Por el contrario, un tipo de interés interno alto genera una cuenta de capitales de la balanza de pagos positiva, es decir que vienen capitales, hay más endeudamiento y/o venta de activos al extranjero, y por lo tanto una cuenta corriente negativa. Existe una evidente contradicción entonces entre una cuenta corriente negativa y una cuenta de capital igual. Y entre una cuenta corriente positiva y una cuenta de capital también positiva. La única manera de resolver la contradicción se da si el tipo de cambio real, principal determinante de la cuenta corriente, y la tasa de interés real, principal determinante de la cuenta de capital, están negativamente correlacionados. Esto es lo que sostiene la demostración que sigue a continuación sobre la paridad de interés cubierta. Se trata simplemente de la aplicación de la ley del precio único. Esta ley se aplica a todos los bienes transables internacionalmente. Su precio tiende a igualarse a través de fronteras de los países, precisamente porque son comercializables internacionalmente. Y el dinero es precisamente el bien comercializable por excelencia. Por lo tanto el precio por su uso, es decir, la tasa de interés, debe tender a ser igual cruzando las fronteras nacionales, excepto por el riesgo del cambio en el tipo de cambio. Si estoy en la Argentina y existe una absoluta certeza de que la paridad entre el peso y el dólar se mantendrá uno a uno durante el próximo mes, la ganancia en tasa de interés mensual de invertir en títulos americanos o argentinos debería tender a ser la misma. Después de un mes, un peso se le convierte al inversor en $1+i$, donde i es la tasa de interés mensual en la Argentina. De la misma manera, en Estados Unidos nuestro inversor tendría al cabo del mes, $1+i^*$, donde i^* es la tasa de interés mensual americana. Ambos montos deben ser iguales porque de lo contrario el inversor correría a invertir donde la tasa de interés sea mayor, a igualdad de riesgo. El precio del dinero, esto es la tasa de interés, tiende a ser único, luego tenemos la ecuación siguiente: $1+i=1+i^*$. Sin embargo, si para invertir en dólares en Estados Unidos primero tengo que comprar dólares, debo dividir la expresión $1+i^*$ por el precio del dólar en términos de pesos argentinos $E1$, o sea que tengo la expresión $(1+i^*)/E1$. Luego al término del mes debo comprar pesos con el producido del dólar más el interés en dólares, o sea que debo multiplicar por $E2$, el tipo de cambio dentro de un mes. Si dentro del mes, debido a una devaluación, o a una flotación cambiaria, el cambio fuera de dos pesos por dólar, y este fuera un resultado esperado por el mercado, tendríamos que:

$$1+i=(1/E1)(1+i^*)E2$$

donde $E1$ es el tipo de cambio nominal actual y $E2$ es el tipo de cambio nominal esperado futuro o sea 2. Si suponemos que la tasa de interés nominal extranjera es del 6% anual o lo que es equivalente 0.005 mensual, se sigue que la tasa de interés mensual en pesos deberá ser muy alta e igual a $=(1+0.005)^2=2.010$, lo cual implica que la tasa de interés mensual en nuestro país ante la inminencia de una devaluación del 100% será del 101% mensual, o equivalentemente, a 4347% anual. Una tasa inaguantable para las empresas prestatarias. A esta tasa no hay crédito a largo plazo. Los préstamos deberían hacerse por días, o a lo sumo por un mes. La cifra del 100% de interés mensual puede parecer exagerada, pero es típica de las situaciones donde el mercado anticipa una fuerte devaluación. La plaza se

seca por escasez de crédito, y el perjuicio para las empresas locales es tan grande que el gobierno termina devaluando, o provocando una considerable emisión monetaria que hace que la devaluación se torne inevitable. En párrafos anteriores analizamos el drama de noviembre y diciembre de 2001 en nuestro país y pudimos ver la aplicación de esta teoría en una circunstancia concreta. Pero ante la expectativa de devaluación se viven situaciones parecidas en todos los países. Así por ejemplo con motivo de la crisis monetaria europea del 16-17 de septiembre de 1992, Suecia subió su tasa de interés diaria al 500% anual. Similares valores en Irlanda y otros países¹⁷. La fórmula de la paridad de interés con el tipo de cambio puede ser simplificada para tasas de devaluación menores del 15 ó 20%. En este caso la tasa de interés local es igual a la suma de la tasa de interés externa más la tasa de depreciación de la propia moneda:

$$i \sim i^* + (E_2 - E_1) / E_1.$$

Supongamos, por ejemplo, que tenemos oportunidad de adquirir letras de tesorería americanas o alemanas. Si la tasa de interés en Estados Unidos es 6% y en Alemania 4%, todavía puede ser interesante comprar letras alemanas si la moneda alemana se apreciara por ejemplo en un 3% en relación al dólar americano. Otra aplicación es la siguiente: con motivo de la campaña electoral argentina de octubre de 2001, los candidatos oficialistas, declaraban muy orondos que gracias a la nueva política recientemente inaugurada del “déficit cero” en las cuentas del Estado, iban a bajar las tasas de interés en la Argentina, y ello iba a permitir reactivar la economía y otorgar abundante crédito a las PYMES. Esta afirmación era parte de la propaganda electoral, pues sabemos que con el cambio sobrevaluado, la segunda parte de la última ecuación dada por la expectativa de depreciación de nuestro peso, necesariamente obligaba a tener tasas de interés locales muy elevadas, y todo eventual descenso de la tasa de interés proveniente del no uso del crédito por parte del Estado, iba a ser utilizada como una muy buena razón por los operadores del mercado para comprar dólares y fugarlos, lo cual secaría la plaza local. Es por ello que con el peso sobrevaluado, la tasa de interés interna en pesos estaba condenada a ser irremisiblemente elevada.

La paridad de interés cubierta rige en términos nominales, como hemos visto hasta ahora, pero también en términos reales, lo cual es más importante aun. Para arribar algebraicamente a la paridad de interés cubierta en términos reales no tenemos más que recordar las fórmulas de la tasa de interés real, despejar la tasa de interés nominal de la misma y sustituirla en la fórmula de la paridad de interés cubierta¹⁸. Si el tipo de cambio está desalineado y sobrevaluado, y, por lo tanto, hay expectativas de

¹⁷ La ecuación de la paridad de interés cubierta puede escribirse algebraicamente también como dependiente de uno más la tasa de interés externa multiplicada por uno más la tasa de depreciación de la propia moneda: $1+i = (1+i^*) (1+(E_2-E_1)/E_1)$.

¹⁸ Como vimos al comienzo, la tasa de interés real r es: $1+r = (1+i) / (1+\pi)$ donde π es la tasa de inflación o también $1+r = (1+i) * IPC1 / IPC2$ donde $IPC1$ es el nivel de precios del período presente y $IPC2$ el nivel de precios esperado en el período futuro. Es evidente que $IPC2 / IPC1$ es igual a uno más la tasa de inflación esperada, $1+\pi$. Esta última fórmula es la que sustituimos en la paridad de interés cubierta. Además, teniendo en cuenta que el tipo de cambio

devaluación, para poder mantener esta igualdad, el tipo de cambio real esperado futuro, TCR2, será mayor que TCR1, el tipo de cambio real actual, y por lo tanto la tasa de interés local "r" será muy superior a la internacional "r*". Esta ecuación obedece a razones de estricta lógica, pues si no hubiesen posibilidades de devaluación en términos reales, los arbitadores tomarían dinero prestado donde es barato y lo prestarían donde es caro, haciendo subir la tasa donde está baja y bajar donde está alta. Esta ecuación, repito, es una mera expresión monetaria de la venerable ley del precio único que analizamos al comienzo, y, según la cual, las empresas comerciales en general compran mercaderías donde los precios están baratos y las venden donde los precios están caros, lo cual hace subir los precios donde están baratos y bajar donde están caros. La tasa de interés, como precio, está sujeta a la ley del precio único a ultranza, como que el dinero es un bien transable por excelencia. En términos reales, es decir eliminando la inflación, esta ecuación de la paridad de interés cubierta nos confirma la relación inversa que debe existir "a priori", entre la tasa de interés local y el tipo de cambio. Cuando el tipo de cambio real es bajo, tiende a generarse un déficit en la cuenta corriente de la balanza de pagos, el que tiende a su vez a ser financiado por la venida de capitales de corto plazo, atraídos a su turno por la alta tasa de interés real que el mismo tipo de cambio real sobrevaluado provoca¹⁹.

La teoría detrás de estas fórmulas explica las bruscas oscilaciones cambiarias que siguen a fuertes cambios en la política monetaria, y también las fuertes caídas en la tasa de interés que suelen ocurrir después de una depreciación cambiaria, así como las tasas de interés astronómicas que tienen vigencia en un país cuando una devaluación es inminente en ese país. Así, por ejemplo, si se espera una devaluación de un 50% en términos reales dentro de un mes y la tasa de interés mensual internacional es del 1%, la tasa de real interés mensual interna tendrá que ser del 51.5%:

$$1+r=(1.01)*(1+(1.5-1)/1)=1.01*(1+0.5)=1.515$$

$$r=1.515-1.=51.5\%$$

real es $TCR1 = E1(IPC1^*/IPC1)$, el resultado es: $(1+r) = TCR2/TCR1 (1+r^*)$. En las fórmulas anteriores TCR1 es el tipo de cambio real presente y TCR2 el tipo de cambio real esperado futuro. El asterisco se refiere al nivel de precios extranjero (IPC^*) y a la tasa de interés real extranjera (r^*).

¹⁹ La fórmula de la paridad de interés cubierta en términos reales, puede ser algebraicamente escrita como la multiplicación de uno más la tasa de interés real extranjera por una parte, por uno más la tasa de crecimiento en el tipo de cambio real, por la otra $1+r=(1+r^*)(1+(TCR2-TCR1)/TCR1)$ que es similar a una fórmula anterior que dedujimos, pero la presente lo es en términos reales y simplificando, esta misma fórmula puede ser aproximada, para valores de devaluación en términos reales menores del 20%, por la suma de la tasa de interés real extranjera más la tasa de depreciación en términos reales, $r \sim r^* + ((TCR2-TCR1)/TCR1)$ que es similar a su equivalente en términos nominales

Como pocos estarán dispuestos a dar o tomar dinero prestado a esta tasa, el crédito se seca. Las empresas para las cuales el crédito es como el agua sufren y si la situación se mantiene, van a la quiebra. La presión porque se flote o devalúe la moneda es tal que las autoridades no tendrán más alternativa que ceder. De la misma manera, si las autoridades monetarias deciden que durante los próximos 4 años, las tasas de interés reales internas serán 2 puntos inferiores a las internacionales, automáticamente se inducirá una brusca depreciación real de la moneda de alrededor del 8%, la cual permitirá revaluar durante cuatro años a la tasa del 2% anual. Este revalúo, a su vez, haría posible cumplir con la lógica de nuestras fórmulas. Por ello la oscilación inicial del tipo de cambio real es mucho mayor que la de la tasa de interés real. Cuando la tasa de interés real cae por debajo de la tasa internacional, el tipo de cambio real pega un fuerte salto inicial hacia arriba y luego declina linealmente hasta que la tasa de interés interna coincide con la internacional. Debe aclararse que este razonamiento es válido en tanto y en cuanto no intervengan otros factores que hacen al llamado riesgo país, y que pueden alterar en la práctica la linealidad de la idea. De la misma manera, ante un aumento fuerte de la tasa de interés interna por razones de política monetaria restrictiva, cabe esperar un fuerte golpe inicial de valorización de la propia divisa. En otras palabras, existe una típica *sobre-reacción* del tipo de cambio a la política monetaria. Como ejemplo típico de la relación inversa entre el tipo de cambio y la tasa de interés está la Argentina de los noventa, cuando las altas tasas de interés activas promedio triplicaron las internacionales. Sin embargo, los bancos comerciales internacionales eran renuentes a tomar prestado a la tasa LIBOR del 5% anual del mercado inter-bancario de Londres, y con ello inundar el mercado de crédito argentino de tasas activas altísimas. Con esta oferta hubieran podido hacer bajar las tasas y al mismo tiempo realizar suculentas ganancias con su intermediación, lo cual es a fin de cuentas su propio negocio. Si no lo hicieron, era simplemente porque el riesgo de devaluación nominal, o real, era muy grande. Otro ejemplo vivo del decenio de los noventa ocurrió a causa de una fuerte controversia entre el Presidente de la República y el economista Dr. Roberto Alemann. El economista rectificó públicamente al Presidente de la República cuando en un reportaje radial, Menem culpó a los bancos por las altas tasas de interés que padecía la Argentina²⁰. Para el Dr. Alemann no eran los bancos los malos de la película, sino el público desconfiado que no traía unos supuestos 60 mil millones de dólares que tendría en el exterior para venderlos al Banco Central, lo cual le permitiría a la institución rectora de nuestras finanzas emitir pesos con respaldo, monetizar la economía y bajar las tasas de interés. La verdad era que lamentablemente las tasas de interés no se podían reducir en nuestro país porque teníamos la moneda mas sobrevaluada del planeta y el riesgo de devaluación del peso era muy grande por lo cual el público compraba dólares, la mercancía más barata, y los enviaba al exterior, lo cual obligaba por la ley de la paridad de interés con el tipo de cambio, a tener tasa de interés muy altas. Los malos de la película no eran los Bancos como afirmaba Menem, ni el público como sostenía Alemann, sino la propia política económica oficial de tipo de cambio real bajo, la que forzaba, por contrapartida, las tasas de interés reales extremadamente altas.

²⁰ Alemann Roberto T., *Bancos: ¿Los malos de la película?*, La Nación, 15 de enero de 1996.

16.-En nuestro país, el tipo de cambio real alto requiere retenciones moderadas

El tipo de cambio alto en términos reales requiere de superávit fiscal. La forma más sencilla de alcanzar ese superávit se obtiene mediante retenciones moderadas a las exportaciones tradicionales. Estos impuestos no pesan sobre el sector agropecuario en tanto y en cuanto normalmente el tipo de cambio real alto implican una devaluación en términos reales del 50% por lo menos, en tanto que las retenciones recomendadas por la ciencia económica no pasan del 20%. La ciencia económica²¹, por la vía de la teoría de la tarifa óptima, nos prescribe que si el tipo de cambio es alto, a la Argentina le conviene establecer retenciones moderadas para evitar que en el largo plazo se deterioren sus términos de intercambio lo cual ocurriría si el país exportara por ejemplo 200 millones de toneladas de granos y 3 millones de toneladas de carne vacuna, cifras perfectamente factibles para nuestro país después de varios años continuados de tipo de cambio real muy alto sin retenciones. Incluso las retenciones moderadas viabilizan políticamente al tipo de cambio real alto frente al electorado mayoritario que es urbano y consumidor de las *commodities* de exportación argentinas como el trigo, el maíz y la carne vacuna, aunque no de la soja. Las retenciones sin embargo son contraproducentes y altamente dañinas para toda nuestra economía con tipo de cambio real bajo como en el 2008 y el 2009. Por lo demás, debe tenerse presente que el tipo de cambio real bajo de 1978-81 y de 1991-2001 fue equivalente a establecer retenciones implícitas del 60%. Por ello es que el tema de las retenciones debe analizarse en forma conjunta con el tipo de cambio real. Lo importante es asegurar una alta rentabilidad de largo plazo, tanto a la producción agropecuaria como a la industrial, por la vía cambiaria real.

17.-El tipo de cambio real causa déficit externo si es bajo, o superávit si es alto

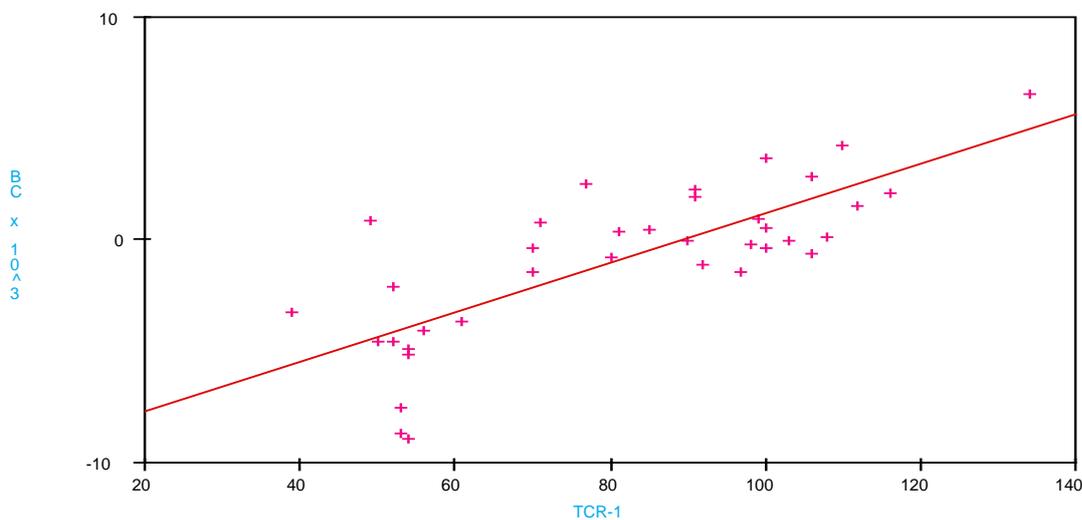
Ello ocurre por simple aplicación de las dos leyes básicas de la economía: la oferta y la demanda. Si el precio de un bien es muy bajo, habrá exceso de demanda, y si el precio de ese bien es muy alto, habrá exceso de oferta. El precio de equilibrio es simplemente aquél donde la cantidad ofrecida iguala a la cantidad demandada. Y el tipo de cambio real es un precio que orienta el comportamiento de las empresas: si es alto, las empresas en general les conviene exportar y si es bajo, les conviene importar. En algún punto los incentivos para exportar e importar son similares. En ese punto el déficit de la cuenta corriente de la balanza de pagos tiende a ser de alrededor de cero. Allí está el tipo de cambio real de equilibrio. Este punto se determina teóricamente por las curvas de oferta y demanda de exportaciones e importaciones. Y se determina práctica y estadísticamente por una simple ecuación de regresión entre el tipo de cambio real del año anterior como variable independiente que en el Gráfico 2 aparece en el eje horizontal, por una parte, y el resultado de la balanza de comercio por la otra, como variable dependiente, que en el Gráfico 2 esta en el eje vertical. Debe enfatizarse que el Gráfico 2 es consecuencia directa de las leyes de la oferta y la demanda, ya que en el eje vertical simplemente hemos representado año por año la

²¹ Para una demostración rigurosa de estos asertos ver Conesa Eduardo, *Macroeconomía y Política macroeconómica*, 4 edición, La Ley, 2008, Capítulos 23 y 26

diferencia entre la oferta y demanda de divisas de cada año, esto es los déficits o superávits resultantes de restar exportaciones menos importaciones desde 1963 hasta 2000, medidas ambas en dólares de valor constante. Y el eje horizontal, el tipo de cambio real con base 1986= 100. En otras palabras en el eje horizontal representamos el precio de la divisa para el año anterior de cada uno de esos años. El Gráfico 2 con sus pequeñas cruces muestra claramente que cuando el tipo de cambio del año anterior fue muy bajo como en 1980 y en 1992-2000 tienden a generarse enormes déficits comerciales hacia la izquierda y hacia abajo del gráfico. Cuando, por el contrario, el tipo de cambio es alto como en 1963, 1967, 1968, y 1983-89 aparecen fuertes superávits comerciales hacia arriba y hacia la derecha. A veces la tendencia al superávit del tipo de cambio real alto es rebajada por el alto crecimiento del PBI, y a veces el tipo de cambio real alto acompañado de caída del PBI produce enormes superávits como en 1983-89. Cuando el tipo de cambio es bajo y la tasa de crecimiento alta, como en 1992-94 y en 1996-97, el déficit externo resulta enorme. Cuando la tasa de crecimiento del PBI es negativa como en 1995 y 1999 y 2000, el déficit externo determinado el tipo de cambio real bajo es comprimido por la caída del PBI. En el período 2003-2007, no mostrado en el gráfico, el tipo de cambio real alto y los altos precios de nuestras *commodities* de exportación permitieron mantener fuertes superávits externos, no obstante la alta tasa de crecimiento de nuestra economía del orden del 8-9% anual.

GRAFICO 2

TCR EN EL EJE HORIZONTAL Y EN EL VERTICAL LA BALANZA DE COMERCIO



El

menor tipo de cambio real a la izquierda del gráfico genera el déficit. Sobre la derecha el mayor tipo de cambio genera superávit.

Una importante confirmación empírica que analizaremos mas en detalle en el subtítulo que sigue, consiste en que el tipo de cambio bajo tiende estar acompañado de déficit fiscal y endeudamiento externo y el tipo de cambio alto de superávit fiscal y acumulación de reservas. Cuando una economía tiene fuerte déficit fiscal y alto superávit comercial, el impacto combinado y expansivo de ambos genera *hiper-inflación*

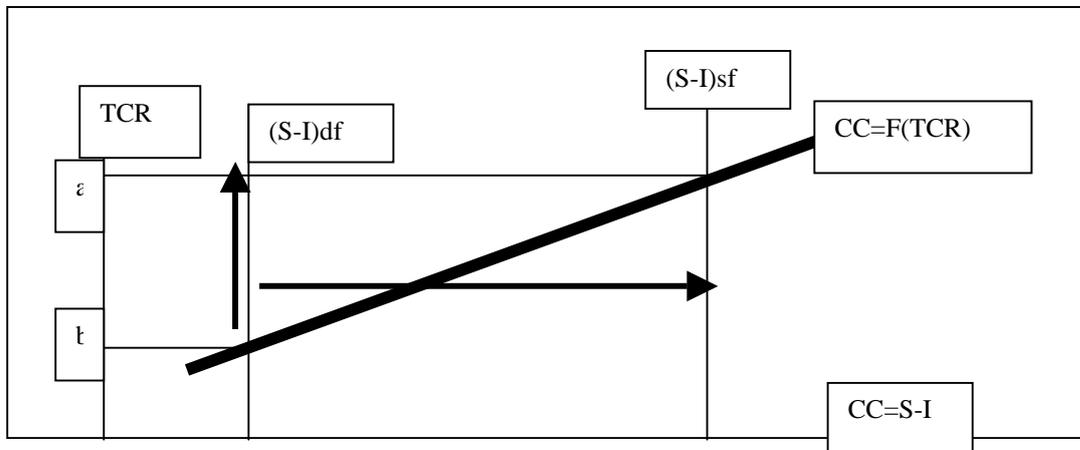
como en 1983-89. Y el impacto combinado de tipo de cambio bajo acompañado de "intentos" de superávit fiscal o "déficit cero" como en 2000-2001 genera *hiper-recesión*.

18.- Pero el superávit o déficit fiscal determinan la tasa de interés real

La anterior ecuación de comportamiento representada en el Gráfico 2 hace depender el saldo de las cuentas externas del nivel del tipo de cambio real o sea: $CC=f(TCR)$, en otras palabras, nos dice que el saldo de la cuenta corriente de la balanza de pagos es una función del tipo de cambio real. Esta relación emerge simplemente de la lógica del mismo comportamiento elemental de los operadores de la economía que tratan siempre de ganar dinero comprando donde el precio es bajo y vendiendo donde es alto. Sin embargo, por otra parte, las definiciones de las cuentas nacionales implican una relación entre la cuenta corriente de la balanza de pagos y el déficit o superávit fiscal²². Pareciera que, implícitamente, por lo establecido en la nota al pie anterior, el saldo de la balanza de pagos dependiera solamente de la situación fiscal. Lo que ocurre es que, cuando el gobierno tiene superávit amortiza deuda, es decir, recompra sus propios títulos de deuda, con lo cual hace bajar la tasa de interés. Y el bajar la tasa de interés, los capitales especulativos se alejan del país para lo cual compran dólares con lo cual aumenta el tipo de cambio según vimos al analizar la paridad de interés cubierta. Cuando el gobierno tiene déficit, emite letras de tesorería y títulos de deuda en la plaza local para hacerse de fondos para pagar, lo cual hace subir la tasa de interés local y alienta la venida al país de capitales especulativos que venden dólares para colocarse en pesos y ganar una mayor tasa de interés, con lo cual hacen bajar el tipo de cambio, según la misma ley de la paridad de interés cubierta. En otras palabras, la tasa de interés depende crucialmente de la política fiscal, *suponiendo que la cantidad de dinero en relación al PBI se mantiene constante*. O sea, es cierto que la política fiscal determina en buena medida el saldo de la cuenta corriente de la balanza de pagos, pero lo hace por la vía de la tasa de interés y ésta, a su vez, por la vía del tipo de cambio. O puesto de otra manera: la cuenta corriente es la contrapartida de la cuenta de capital de la balanza de pagos.

²² En efecto: 1) $Y=C+I+G+X-M-RD$. Esto significa que el producto bruto nacional o PBN (Y) es igual al consumo (C) más la inversión (I) más el gasto público (G) más las exportaciones de bienes y servicios (X) menos las importaciones de bienes y servicios (M) menos los pagos a los factores de producción extranjeros (RD) tales como los intereses de la deuda externa, dividendos de empresas extranjeras, regalías, etc, etc. La cuenta corriente de la balanza de pagos se define como: 2) $CC=X-M-RD$. De donde surge que el PBN es igual a: 3) $Y=C+I+G+CC$. Pero a su vez el ahorro nacional S es igual a: 4) $S=Y-C-G$. De donde se infiere que: 5) $S+C+G=C+I+G+CC$. De donde surge que: 6) $CC=S-I$. La última expresión implica que la cuenta corriente de la balanza de pagos CC es determinada meramente por el ahorro nacional S menos la inversión I. Parece haber una contradicción con en el subtítulo anterior donde establecimos que la cuenta corriente CC es una función del tipo de cambio real $CC=f(TCR)$. Analicemos mas en detalle los determinantes de ahorro nacional S teniendo en cuenta que el consumo es a su vez una función lineal del ingreso disponible, según Keynes: 7) $C=a+b(Y-T)$. El ingreso disponible Y-T es lo que queda para gastar a los ciudadanos después de pagar sus impuestos T. Luego el ahorro nacional S es igual a: 8) $S=Y-(a+b(Y-T))-G$. Esta última expresión puede volver a expresarse más claramente como 9) $S=Y(1-b)-a+(bT-G)$. 10) $(bT-G)$ es básicamente una expresión referente al déficit o superávit fiscal pues abarca los impuestos T menos el gasto público G. El coeficiente b es un número cercano a 1 (por ejemplo=0.80) llamado propensión marginal a consumir. 11) Luego $S=f(Y, T, G)$: la conclusión de esta cadena de razonamientos es que el ahorro depende del ingreso Y. Pero fundamentalmente también del déficit o superávit fiscal. La verdadera variable de control del ahorro es el déficit o el superávit fiscal: los impuestos y el gasto público. Si queremos aumentar el ahorro nacional tendremos que subir los impuestos o bajar el gasto público. O ambas acciones combinadamente. Si aumenta el gasto público disminuye

GRÁFICO 3
COMPATIBILIZACIÓN DE $CC=F(TCR)$ Y $CC=S-I$:



A mayor superávit fiscal hacia la derecha del gráfico, corresponde un tipo de cambio real más alto como en a. A la izquierda del gráfico, con déficit fiscal, un tipo de cambio real mas bajo como en b

La tasa de interés determina la entrada o salida de capitales y, en consecuencia, condiciona la cuenta de capitales, e indirectamente, por la vía del tipo de cambio, la cuenta corriente de mercaderías y servicios, que es su contrapartida. Pero la participación del tipo de cambio en la cuenta corriente es necesaria e insoslayable. Sea el tipo de fluctuante o fijo. La omisión de advertir el papel fundamental que juega el tipo de cambio fue el error de los encargados de nuestra macroeconomía en 1978-81 y en el decenio de los noventas hasta el 2001 y al parecer también la de los encargados del período 2008-2009. Esta interpretación equivocada de la cuenta corriente como determinada exclusivamente por el déficit o superávit fiscal fue sostenida con fervor casi religioso por los economistas de “la tablita” y de “la convertibilidad” porque olvidaban de considerar la ecuación de comportamiento donde $CC=f(TCR)$. Lamentablemente, y paradójicamente, los economistas “kirchneristas” en 2008-2009 cometen el mismo error de los por ellos denostados Dres. Cavallo y Martínez de Hoz. Decía el gran economista clásico Alfred Marshall, Profesor de Keynes, que, así como la tijera corta con sus dos hojas y no con una sola, era necesario considerar ambas ecuaciones, la de la oferta y la de la demanda, y compatibilizarlas, porque ambas operan al unísono. Del mismo modo, debe considerarse $CC=f(TCR)$ y $CC=S-I$ simultáneamente. Considerar la ecuación $CC=S-I$ solamente y olvidarse de $CC=f(TCR)$ es un pecado de lesa macroeconomía. Veamos pues en el Gráfico 3 cómo se compatibilizan $CC=f(TCR)$ y $CC=S-I$. En el eje vertical ponemos el tipo de cambio real, TCR. Y en el horizontal la cuenta corriente CC que siempre es igual a S-I. La ecuación de comportamiento del Gráfico 2 $CC=f(TCR)$, debe ser dibujada como una recta diagonal de sudoeste a noreste que represente la idea de que a mayor tipo de cambio real en el eje vertical,

el ahorro nacional. Si aumentan los impuestos aumenta el ahorro nacional. 12) Volvamos ahora a la expresión del punto 6), es decir $CC=S-I$. Aquí no aparece el tipo de cambio real (TCR).

corresponde un mayor superávit en cuenta corriente en el eje horizontal (o lo que es equivalente, un menor déficit externo). No olvidemos por otra parte que $(S-I)=f(\text{superávit fiscal ó déficit fiscal})$. Por lo demás, $S-I=f(\text{sf ó df})$ no depende del tipo de cambio real, por lo tanto $S-I$ será representada siempre por una recta vertical. Si hay déficit fiscal (df), la recta vertical $S-I$ arrancará a la izquierda del gráfico. Si hay superávit fiscal (sf), la recta vertical $S-I$ arrancará a la derecha del gráfico. Donde la recta vertical $S-I$ corte a la recta diagonal $CC=f(\text{TCR})$ se alcanzará el equilibrio y en el eje vertical podremos leer el tipo de cambio real. El punto "a" marca un tipo de cambio real alto. El punto "b" un tipo de cambio real bajo. Así resulta que $CC=f(\text{TCR})$ es una hoja de la tijera y $S-I=f(\text{sf ó df})$ es la otra. Como en la oferta y la demanda de Marshall.

La consecuencia de este modelo es que siempre que exista déficit fiscal, la economía tenderá a registrar tipo de real cambio bajo y déficit comercial. Y siempre que exista superávit fiscal la economía tenderá a registrar tipo de cambio real alto y superávit comercial. ¿Y si el tipo de cambio real es alto y por lo tanto hay superávit comercial y por otra parte el gobierno incurre en déficit fiscal? Ya lo advertimos. Esa fue la política de los gestores de nuestra economía Grinspun-Sourrouille-Machinea de 1983-89. En este caso la economía ajusta por hiperinflación. ¿Y si el gobierno busca el superávit fiscal o el déficit cero, cuando el tipo de cambio real es bajo y hay déficit comercial? También lo advertimos antes. Esta fue la política de Machinea-Cavallo en 1999-2001 y Kirchner en 2008-2009. En este caso la economía ajusta por hiper-recesión.

19.-Recapitulando: La incertidumbre empresaria y nuestra decadencia relativa

Argentina ha tenido un desempeño muy pobre en materia de crecimiento económico durante la segunda mitad del siglo XX. Hasta 1945 estábamos en el número 7 en todo el mundo en PBI per cápita. En la actualidad estamos en el número 35. En 1950 nos pasaron Alemania y Francia. En 1960 Italia. En 1970 España. En 1980 Japón, en 1990 Corea del Sur y en el 2000, Chile. El Cuadro II que sigue fue confeccionado tomando las cifras del monumental trabajo del economista holandés de la Universidad de Groningen, Angus Maddison, presenta las cifras en dólares constantes de 1990²³.

²³ Maddison, Angus, Groningen University, *La Economía de Occidente y la del Resto del Mundo: Una Perspectiva Milenaria*, Universidad Carlos III de Madrid, www.theworldeconomy.org –2005-. Ver también Ferreres Orlando, *Dos Siglos de Economía Argentina*, Fundación Norte Sur, 2005 –Buenos Aires

CUADRO II: PBI PER CAPITA COMPARADO EN 1900, 1920, 1940, 1960, 1980, 1990 Y 2003 DE ARGENTINA, BRASIL, CHILE, ESPAÑA, ITALIA, FRANCIA, INGLATERRA, ESTADOS UNIDOS, AUSTRALIA, ALEMANIA, JAPON Y COREA

	ARG E	BRAS L	CHI	ESPA	ITAL	FRAN	UK	EEUU	AUTL	ALEM	JAPO	CORE
1900	2.756	678	2.194	1.786	1.785	2.876	4.492	4.091	4.013	2.985	1.180	
1920	3.473	963	2.768	2.177	2.587	3.227	4.548	5.552	4.766	2.796	1.696	1.092
1940	4.161	1.250	3.236	2.080	3.505	4.042	6.856	7.010	6.166	5.403	2.874	1.600
1960	5.559	2.335	4.270	3.072	5.916	7.546	8.645	11.328	8.791	7.705	3.986	1.226
1980	8.206	5.198	5.680	9.203	13.149	15.106	12.931	18.577	14.412	14.114	#####	4.114
											#	
1990	6.436	4.923	6.402	12.055	16.313	18.093	16.430	23.201	17.106	15.929	#####	8.704
											#	
2003	7.666	5.563	10.950	17.021	19.150	21.861	21.310	29.037	23.287	19.144	#####	#####
											#	#

*La Argentina fue sobrepasada por todos los demás países, excepto Brasil,
en la segunda mitad del siglo XX*

Concomitantemente con nuestra decadencia relativa como país, pocas empresas en el planeta han sufrido tan fuertes reveses y tan frecuentes oscilaciones en el tipo de cambio real de su país como las empresas argentinas. Y pocas variables influyen tanto sobre el crecimiento de las empresas y de un país como el tipo de cambio real. La naturaleza errática de nuestra política cambiaria ha sido uno de los factores que más a contribuido al atraso de nuestro país en relación con los demás²⁴. Los países que más han crecido en la posguerra como Japón, Alemania Occidental, Corea del Sur, Taiwán Chile después de 1983 y China después de 1994 son países que pudieron mantener durante decenios el tipo de cambio real alto y correlativamente las tasa de interés reales bajas.

20.-El tipo de cambio real alto: cuestión de alta estrategia internacional

En efecto, no cabe duda alguna que de que el tipo de cambio alto y competitivo fue la clave del crecimiento acelerado de algunos países en la posguerra desde 1945 en adelante. Las exportaciones de Japón, por ejemplo, crecieron en términos reales desde 3 mil millones de dólares en 1950 hasta 70 mil millones en 1971. Las del Alemania occidental desde 8 mil millones de dólares en 1950 hasta 128 mil millones en 1971. No cabe duda de que las exportaciones fueron el motor del desarrollo económico

²⁴ Esto está demostrado teórica y empíricamente con un análisis de regresión que incorpora los casos de 100 países en mi libro *Macroeconomía y Política Macroeconómica*, La Ley, 4 edición, 2008, capítulos 9 a 17.

portentoso de estos países en ese período. Claro está que podría también aducirse que estos países crecieron ayudados por el elevado capital humano almacenado en los cerebros de sus científicos, ingenieros y técnicos que estos países conservaron intactos al finalizar la segunda guerra mundial. Este capital no había sido destruido como lo fueron sus fábricas durante esa guerra. El capital humano de esos países permaneció intacto y permitió una rápida recuperación de los países. Pero subsiste la pregunta por qué Alemania, con su inmenso capital humano, permaneció con alto desempleo y sumergida económicamente en el decenio de los años veinte, con las exportaciones muertas y el cambio sobrevaluado tal como analizamos antes. Este caso de estudio importante sugiere que con el capital humano solamente no basta. Además los casos de una gran cantidad de países del sudeste de Asia que empezaron su desarrollo con escaso capital humano sugiere que el comercio exterior es muy importante. Hoy se consideran los casos de Corea del Sur y Taiwán como los países paradigmas del modelo de crecimiento liderado por las exportaciones en la segunda posguerra, aunque éste mismo modelo en su versión agropecuaria, había sido seguido por la Argentina desde 1890 hasta 1914 y desde 1919 hasta 1930. Y en los países que rodean a Vietnam desde 1970 hasta 1997. Paradojalmente, este modelo lleva a una caída final de los precios de los bienes transables: después de muchos años de crecimiento en su producción y en su productividad, es tan grande la oferta de manufacturas y transables en general en estos países que sus precios deben caer. Y la terminación del modelo se da con una sobrevaluación cambiaria final y con altos precios a los servicios, cuando el país es ya desarrollado. Es el caso típico del Japón en el decenio de los noventa. Es decir que el modelo de crecimiento por la vía de las exportaciones tiene también su punto de agotamiento

A esta altura de nuestro análisis es imprescindible sin embargo, explicitar en detalle cuál es la "economía política" del modelo liderado por las exportaciones para contraponerlo a sus dos opuestos, el modelo de crecimiento por la vía de la sustitución de importaciones, y el modelo de crecimiento liderado por la deuda externa. Lo que primero debe llamar la atención de los estudiosos del crecimiento es el enorme crecimiento de los salarios, pero de los reales, no los nominales, a lo largo del proceso de crecimiento. Los salarios crecen porque crece la productividad del sector transable. Este crecimiento en la productividad empuja a los salarios hacia arriba de acuerdo a las leyes de la economía. Pero no solamente a los salarios que paga el sector transables, sino a todos los salarios de la economía. Es que en los países desarrollados hay un solo mercado de trabajo unificado, y, por el contrario, en los países pobres, existen dos mercados laborales. En los países en desarrollo, en el del sector moderno de la economía, que es predominantemente transable, los salarios, siendo bajos para los estándares de los países desarrollados, son si embargo, el triple de los que paga el sector tradicional del mismo país en desarrollo. Por otra parte está el mercado laboral del sector tradicional, que está constituido por los servicios y la agricultura de subsistencia, donde los salarios llegan a ser la tercera o la cuarta parte de los que paga el sector moderno de la economía del mismo país. Este último sector, reitero, está formado por la industria manufacturera, la agricultura comercial, la minería de exportación y algunos servicios públicos. En un 90% es transable. La consecuencia práctica de la diferencia en el crecimiento de la productividad entre los sectores

transables y los servicios no transables, radica en que si un país desea acelerar su proceso de desarrollo más allá de lo que su proceso de acumulación de capital físico y humano lo permite, debe asignar más recursos a la producción de bienes transables, para lo cual, si es un país pequeño, no le queda más remedio que tener el tipo de cambio alto. Excepcionalmente, si es un país grande como Estados Unidos o Alemania o en el siglo XIX, puede torcer los precios relativos a favor de los transables por la vía de la protección a su industria, como efectivamente lo hicieron los dos primeros y lo trata de hacer Brasil en la actualidad con una tarifa externa común alta para el Mercosur. La vía proteccionista, sin embargo, les está vedada a los países pequeños por la estrechez de su mercado interno. En estos casos, la vía rápida para asignar mayores recursos para el desarrollo es el tipo de cambio real alto en un contexto de estabilidad razonable de precios. Sin embargo, un grave problema sistémico aparece con esta recomendación. Todos los países no pueden devaluar en términos reales al mismo tiempo. Si algunos países tienen el tipo de cambio real alto, es porque otros lo tienen que tener bajo. Cada vez que un país devalúa en términos reales, es porque los demás revalúan sin remedio. Si Estados Unidos devalúa como en 1985-95 es porque el resto del mundo revalúa. Si Estados Unidos revalúa como en 1996-99, es porque el resto del mundo devalúa como efectivamente ocurrió con China, los países del sudeste asiático, Europa y Brasil. Una de las ventajas de ser un país pequeño como la Argentina, cuyo PBI es el medio por ciento del PBI estadounidense y la cuarta parte del PBI brasileño, es que la devaluación puede ser acomodada y tolerada más fácilmente por el resto del mundo. Cuando más desapercibida mejor. Pero es evidente que si todos los países del mundo quieren devaluar en términos reales simultáneamente, ninguno lo podrá hacer por una imposibilidad matemática.

21.-La necesaria selectividad de las devaluaciones reales

Por ello es que la recomendación del tipo de cambio real alto debe ser necesariamente "selectiva". Esto plantea un problema especial. ¿Quién determina qué países van a tener e tipo de cambio alto por 30 años y por lo tanto van a crecer más rápido que los demás? ¿Y quien determina qué países van a tener el tipo de cambio bajo en ese período y por lo tanto van a crecer más lentamente? Originariamente con la firma del tratado internacional de Bretton Woods de 1944, el organismo internacional encargado de supervisar los tipos de cambio de los distintos países era el Fondo Monetario Internacional. Esa era su principal función. Se estableció en aquella oportunidad que los países no podrían cambiar su paridad en más de un 10% sobre las existentes. Toda devaluación de más del 10% debía contar con la previa aprobación del FMI. Pero la sede del FMI está en Washington DC, la capital de los Estados Unidos. Aunque Estados Unidos tiene el 17% del poder de voto el FMI, su influencia es decisiva. Si bien el gran país del norte propone solamente al subdirector gerente del Fondo, y el director gerente, por costumbre, debe ser un europeo, la tradición también establece que el director gerente debe contar además con el visto bueno del país sede. En 1976 se cambió la carta orgánica del FMI y se permitieron sistemas cambiarios aparentemente más flexibles donde los países podían fijar paridades o dejar flotar sus monedas, pero en la realidad, la cuestión de las paridades es siempre influenciada, conversada y a veces manejada

desde Washington. Porque se reconoce, *sotto voce*, que se trata de una cuestión estratégica de primera magnitud.

Por ello, cuando terminó la segunda guerra mundial, y los Estados Unidos y la Unión Soviética entraron en una feroz competencia por la hegemonía mundial, la cuestión cambiaria y de precios relativos ocupó el lugar central que le corresponde en la puja estratégica. La existencia del armamento nuclear determinó que esa competencia no pudiera dirimirse por la vía de la tercera guerra mundial, porque ello hubiera significado la destrucción de la humanidad entera. Debía dirimirse entonces en el terreno económico y del bienestar. ¿Cuál de los dos sistemas económicos era el más apto para generar bienestar y pleno empleo para todos? ¿El capitalismo propuesto por los Estados Unidos? ¿O el socialismo propiciado por la Unión Soviética? En este empeño por mostrar cuál de los sistemas económicos era el mejor, las circunstancias históricas permitieron realizar un primer experimento de laboratorio, allá por 1948, con los tipos de cambio. El capitalismo de Alemania del Oeste contra el socialismo de Alemania del Este. Eran dos naciones con la misma raza, cultura, tradiciones religiosas, costumbres, y sobre todo con el mismo nivel de capital humano, es decir con un similar nivel de conocimientos científicos aplicables a la producción. La única diferencia radicaba en el sistema económico en vigencia.

Para asegurar la victoria del capitalismo, Alemania occidental inició su despegue en el decenio de los cincuenta con un tipo de cambio real y nominal altísimo de 4.2 marcos por dólar, acompañado de superávit fiscal, y lo mantuvo por más de veinte años hasta 1971. Esto determinó que sus sectores productores de bienes transables internacionalmente, principalmente la industria manufacturera, lideraran inicialmente el desarrollo. Las exportaciones alemanas crecieron espectacularmente en dólares de valor constante: se multiplicaron por catorce veces en ese lapso. Además en ese período de 1950-71, los salarios reales en Alemania occidental se multiplicaron por tres y por encima de ello, el país fue capaz de mantener el pleno empleo de su fuerza de trabajo. Una demostración parecida de las bondades del capitalismo se probó en Japón entre 1950 y 1971 con iguales o mejores resultados aun. Es que Japón limitaba con la Unión Soviética y tenía un equivalente valor estratégico en esta puja de los sistemas económicos. En 1971, sin embargo, Estados Unidos, acosado por el peso económico de la guerra de Vietnam, dió por terminado el subsidio inicial a Alemania y Japón devaluando el dólar, y forzando una correlativa revaluación del marco alemán y el yen japonés. Pero el "*milagro*" del veloz desarrollo capitalista en estos dos países ya estaba sustancialmente completado. Y la retribución y apoyo de estos dos países a la gran democracia del norte, era ya absolutamente seguro de cualquier manera.

Sin embargo, era necesario hacer otras demostraciones, esta vez con países en desarrollo, y volver a probar palmariamente la superioridad del capitalismo. Era necesario hacerlo con países de valor estratégico en la guerra fría. China nacionalista, conocida con el nombre de Taiwán, y Corea del Sur, eran los países ideales, puesto que podrían luego compararse con los socialismos de China continental y el de Corea del Norte respectivamente. Fue así que el jefe de Estado de Taiwán, el mariscal Chang Kai Shek, inició el despegue de su país en 1958 con un cambio en los precios relativos del 100% a favor de los transables y un sistema de meritocracia en la función pública que indujo fuertemente la formación de

capital humano, al movilizar a toda la educación pública en pos de la excelencia. Además, la exigencia de la calidad en los nombramientos de la administración pública puso un gran freno al crecimiento del gasto público y contribuyó así al equilibrio en las cuentas fiscales. Como si ello fuera poco, el estricto sistema de nombramientos por mérito en los cuadros del Estado inferiores a subsecretario, contribuyó decisivamente a la auténtica disminución de la corrupción. Por su parte, el Presidente de Corea del Sur, general Park Chung Hee, hizo lo propio en 1961. En ambos países, los resultados fueron espectaculares. En Corea del Sur, por ejemplo, las exportaciones crecieron desde un nivel de 33 millones de dólares solamente en 1960, hasta un nivel de 200 mil millones de dólares en la actualidad. En treinta años el salario real se multiplicó por diez veces, todo ello con pleno empleo. Mientras hoy, Corea del Norte, socialista, languidece en medio de unas hambrunas terribles. Es cierto que Corea tropezó en 1997. Pero ello no debilita nuestro argumento. En efecto. Una vez derrotado el comunismo en el mundo y probada a la faz de la tierra la falencia de su sistema económico, ¿Cuál es el valor estratégico de Corea ahora en 1999? Probablemente ya no tan alto.

Pero no termina aquí la historia. En los comienzos del decenio de los setentas, Vietnam del Norte tuvo el atrevimiento de infligir una derrota militar parcial a los Estados Unidos. La venganza fue terrible. Los dos secretos del desarrollo capitalista, es decir, el tipo de cambio real alto, por una parte, y los nombramientos y ascensos por mérito en la administración pública para favorecer la acumulación de capital humano todo ello acompañado de equilibrio fiscal por la otra, llegaron ambos a oídos de los gobernantes de Malasia, Singapur, Tailandia e Indonesia. Entonces, el Vietnam socialista pudo ver como perdía la batalla del desarrollo económico frente a sus vecinos capitalistas, que pasaron a ser los verdaderos *tigres del Asia* desde los setentas hasta 1994, aunque estos países parecen flaquear algo últimamente, lo cual confirma nuevamente nuestro argumento estratégico. En efecto, derrotado el comunismo, el valor estratégico de los países que bordean a China continental disminuye. Lo cierto es que no obstante su proeza militar de mediados de los sesentas y tempranos setentas, Vietnam se vio hasta hace poco tiempo como un país relativamente empobrecido y humillado en lo económico, como un simple *gatito rodeado de feroces tigres*.

Incluso se dió un caso interesante con Chile en 1983, país que luego del "atrevimiento" argentino en Malvinas de 1982, aumentó su valor estratégico para los Estados Unidos e Inglaterra en forma súbita. Es así que Chile devaluó en términos reales, acompañando con sanidad fiscal y un Estado de mérito. No es de extrañar que nuestro vecino allende los Andes sea hoy considerado también como un *tigre asiático*, con un crecimiento del PBI del 6% promedio anual desde esa fecha hasta la actualidad. Además este crecimiento generó empleos en abundancia. Hoy la tasa de desempleo en Chile está en el orden del 5%.

Más de uno cuestionará estas conclusiones y preguntará ¿Si es tan fácil porqué no hay más países que siguieron estas recetas del desarrollo de Alemania, Japón, Corea, Taiwán y los tigres del Asia? La respuesta consiste en que no es nada fácil establecer el sistema de mérito y carrera administrativa en los nombramientos del Estado, inductora del equilibrio y más aun del superávit fiscal y de la capitalización humana. Y de la disminución drástica de la corrupción. Además, reitero, en realidad, es matemáticamente

imposible para todos los países devaluar en términos reales al mismo tiempo. Si unos países tienen el tipo de cambio real alto, es porque otros lo tienen que tener necesariamente bajo. Estas recetas, que son las únicas para un desarrollo capitalista *acelerado*, son necesariamente de aplicación "selectiva"²⁵. Y dentro de este contexto ¿Qué deben hacer los centros de poder mundiales para controlar la tasa de crecimiento de los distintos países del orbe según sus designios estratégicos de hijos y entenados?

22.- La frustración de una esperanza reciente

Los consejos macroeconómicos dados por el FMI, la Secretaría del Tesoro, el Departamento de Estado y el Pentágono a los países de alto valor estratégico dentro del juego del poder mundial fueron desde 1947, obviamente, superávit fiscal, tipo de cambio real alto, tasas de interés bajas, sistema de mérito en los nombramientos del Estado acompañados por una rigurosa carrera administrativa con límites al crecimiento del gasto público implicado por el propio sistema, y por último seguir el principio del costo marginal en las tarifas de los servicios públicos. En estos casos, el poder mundial hizo alianza con los factores de poder local de la industria privada de los países y con su alta administración pública de mérito. Los países elegidos consiguieron tasas de crecimiento de largo plazo del 6-7% anual y más aun. Estas tasas de crecimiento llevaron a quintuplicar los salarios reales en el largo plazo, y en un país como Corea del sur, a su multiplicación por diez en 30 años. Estas políticas permitieron el triunfo final del capitalismo hacia 1989. Después de esa fecha, sin embargo, ante la falta de adversario, el sistema de poder mundial con sede en Estados Unidos parece haber entrado en entropía, ante la falta de competencia de un sistema alternativo. No se distinguió claramente entre el capitalismo industrial exitoso fundado en el desarrollo tecnológico, de los excesos del monetarismo y el capitalismo financiero. El capitalismo exitoso ha sido el de las empresas industriales, agropecuarias, comerciales, mineras y de servicios públicos, no el de las financieras. Los bancos y el sector financiero son muy importantes en el desarrollo, pero deben ser estrictamente regulados y vigilados por el Estado, y por lo tanto no conviene que gobiernen al propio Estado. Ya lo anticipaba Keynes, los banqueros no deben gobernar un país porque lamentablemente suelen incurrir en errores que demuestran que no entienden en profundidad la esencia de su propia mercadería, que es la moneda. De ahí la crisis financiera mundial del 2008-2009 y 2010.

A los países sin valor estratégico para los Estados Unidos, pero igualmente alineados con los principios de la libertad, las recomendaciones apuntaban más bien a la libertad de mercado, a la privatización de los servicios públicos con tarifas altas en dólares, a la no interferencia del Estado en la economía, al Estado débil, maleable, comprable, clientelista y sin burocracia de mérito, al monetarismo, a la dolarización de la economía, al endeudamiento externo y su correlato de déficit fiscal moderado y sobre todo, de tipo de cambio real bajo. En todos los casos, con fuerte apoyo a la inversión extranjera directa en la economía. En este caso el poder mundial tejía su alianza con el sector bancario y financiero de los países y con los gurús económicos que vendían y venden sus informes al sector empresario local que,

²⁵ El tratamiento exhaustivo de las relaciones entre tipo de cambio real y el crecimiento económico puede verse en mi libro *Macroeconomía y política macroeconómica*, Editorial La Ley, 2008

incauto, los compra, los lee y los escucha como si fueran música celestial. En este caso, el sector al comando de la economía, el financiero, tiene una obvia gran ventaja de corto y mediano plazo con esta política macroeconómica, pues la misma les genera enormes ganancias debido a las tasas de interés reales altas que son correlato del tipo de cambio real bajo. Los resultados de estas políticas son un crecimiento mediocre que en largo plazo puede llegar al 2 o 3% anual, y en un caso especial como el argentino donde estas políticas se aplicaron a rajatabla, tasas de crecimiento cero o negativas.

La rica experiencia de la posguerra con el desarrollo económico, fue tan variada con una razonable cantidad de países exitosos, con una gran mayoría de países con mediocres resultados y unos pocos como el nuestro, de total fracaso, que permitió a algunos países con dirigencia lúcida y estudiosa como China tomarle el tiempo a los "secretos del desarrollo"²⁶. Por ello es que en los últimos 20 años la alta burocracia meritocrática China fue capaz de seguir una buena política de desarrollo independiente de las presiones del FMI, fundada principalmente en el tipo de cambio real alto, tasas de interés reales bajas y superávit fiscal, con una amplia participación de la iniciativa privada y fuerte promoción estatal a la educación de calidad en todos los niveles, y al avance tecnológico. Los resultados fueron espectaculares con tasas de crecimiento sostenidas de más del 10% anual.

Nuestro país, después de tantos tropiezos, hacia el 2002 también parecía haberle tomado el tiempo a los secretos del desarrollo económico y empezó a crecer autónomamente e independientemente de los factores de poder mundial a tasas chinas. Lamentablemente en los años 2007 y 2008 todo ese esfuerzo se dilapidó. En el 2007 el gasto público improductivo aumentó en un 50%. Los aumentos masivos de salarios del 30% anual durante varios años no acompañados de incrementos similares en la productividad destruyeron el tipo de cambio real alto, como lo muestra el Gráfico 1. El clientelismo llevado a su máxima expresión, los nombramientos de favor, la utilización del sistema judicial para la persecución de los adversarios y enemigos políticos, la destrucción del sistema estadístico del país, el excesivo nivel de las retenciones a las exportaciones agropecuarias han terminado de destruir por completo las instituciones y al sistema económico exitoso que comenzó a conformarse trabajosamente en el 2002-2006. El país enfila nuevamente hacia una fuerte recesión en 2009 y 2010 dada las medidas macroeconómicas inadecuadas con que el matrimonio presidencial Kirchner ha respondido a la crisis financiera internacional de 2008-2009.

23.-La crisis financiera internacional actual y sus causas

La segunda mitad del siglo XX, presenció una batalla ideológica dentro del sistema capitalista entre dos posiciones antagónicas: por una parte, las teorías de John Maynard Keynes que en forma sofisticada preconizan la necesidad, que el Estado regule los dos grandes precios macroeconómicos por la vía de la política monetaria y fiscal para alcanzar el pleno empleo dentro del sistema, y por la otra parte, las teorías del viejo liberalismo del siglo XIX, ahora rejuvenecidas con nuevas y abundante matemáticas y ecuaciones diferenciales y en diferencia, que sostienen que los mercados se limpian por sí solos, que la

economía se auto-regula por sí misma y que el Estado debe abstenerse de regularla. La caída del imperio soviético en 1989 provocó una euforia imparable, desmedida e injustificada del *laissez faire, laissez passer* y una la confianza ilimitada en el poder mágico y sinérgico de los mercados libres de la intervención estatal. Se intentó volver a las ideas económicas pre-keynesianas olvidando que Keynes fue el auténtico salvador intelectual del sistema capitalista. Sus teorías fueron desafiadas en algunos países como por ejemplo en la Argentina de 1991-2001 con la implementación práctica de una versión criolla del viejo patrón oro, tan vituperado por Keynes.

Efectivamente existe una cierta magia de los mercados siempre que sean competitivos y existe también un efecto sinérgico sobre la economía por parte de ellos siempre y cuando los dos grandes precios macroeconómicos estén correctamente *fijados para el desarrollo económico*. Pero estos efectos sinérgicos operan solamente en los mercados de bienes y servicios reales, y ello siempre y cuando el gobierno y el banco central aseguren el pleno empleo mediante el uso de los altos resortes de la política monetaria y la política fiscal.

Los efectos mágicos del *laissez faire, laissez passer* no se aplican a los mercados financieros, ni existe una teoría económica sólida que demuestre que los mercados financieros tiendan al equilibrio, ni a reflejar el verdadero valor subyacente de los activos reales que representan. Sin embargo, lamentablemente existe una abundante literatura sosteniendo "*la tesis de la eficiencia de los mercados de capital*". Según esta teoría, los mercados de capital incorporan toda información existente en los precios de las acciones, precios que encerrarían dentro de sí una extraordinaria sabiduría. Todo lo que ocurre en una empresa se reflejaría en el precio de sus acciones en el mercado de valores en cuestión de segundos. Esta teoría es equivalente a afirmar que si yo encuentro un billete de 100 pesos tirado en el piso, en realidad, esto sería imposible porque ya antes alguien lo hubiera levantado primero. Tal es el grado y la rapidez con que los mercados financieros incorporarían la información existente en las cotizaciones de los valores. *Tanta sabiduría de los mercados financieros llevó a muchos economistas a creer que estos no necesitan regulación puesto que se auto-regulan por sí mismos, dada la poderosísima tendencia a difundirse que tiene toda información, y más aún en esta era de la informática*. Y esta es precisamente la causa de la crisis actual: la confianza exagerada en la auto-regulación del sector financiero y en sus bondades. Pero los operadores del sector financiero no son como el panadero o el zapatero de los cuales nos hablaba Adam Smith en *La Riqueza de las Naciones*. Cuando los zapateros, los plomeros o los panaderos buscan su propio beneficio y maximizar sus ganancias, contribuyen sin quererlo y sin saberlo al beneficio del conjunto social, lo cual no era su intención.²⁷ En el caso de los operadores de los mercados financieros no regulados, el agente busca su propio beneficio a veces en total contradicción con el bien del conjunto social. Estos excesos alcanzaron su máximo *maximorum* en el 2007. Así, la participación de las empresas del sector financiero en las ganancias empresarias totales de los Estados Unidos que era ya excesiva y del 10% en el decenio de los ochentas, subió al 40% en el 2007, aunque el

²⁶ Conesa Eduardo, *Los Secretos del Desarrollo*, Planeta, 1994

²⁷ *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* 1776, Edición de Oxford, Clarendon Press 1976, p. 199.

sector solamente proveyó en ese último año, un mero 5% de los puestos de trabajo²⁸. Vale la pena al respecto citar a un premio Nóbel en economía James Tobin quien afirmara ya en 1984:

Yo sospecho que estamos poniendo más y más de nuestros recursos, incluso la crema de nuestra juventud, en actividades financieras, lejos de la producción de bienes y servicios, en actividades que generan altas recompensas privadas que son desproporcionadas en relación con su productividad social... Yo tengo miedo que, como Keynes vio en su tiempo, las ventajas de la liquidez y negociabilidad de los instrumentos financieros vienen con el costo de facilitar un grado "n" de especulación que es miope e ineficiente²⁹.

24.-El error de la des-regulación de las empresas financieras y los derivados.

Alan Greenspan, el anterior Presidente de la Reserva Federal de los EEUU, expresó la siguiente opinión sobre el mercado de los derivados en el comité de bancos del Senado en el 2003:

"Nosotros hemos encontrado a través de los años que los derivados han sido un vehículo extraordinariamente útil para transferir el riesgo desde aquellos que no deberían tomarlo hacia aquellos otros que están deseosos de tomarlo y además son capaces de hacerlo. Nosotros pensamos que sería un error regular más profundamente estos contratos"

Una opinión importante y contraria es la del hombre más rico del mundo; Warren Buffet quien expresó también en el año 2003 lo siguiente:

"Los derivados son armas financieras de destrucción masiva que llevan consigo peligros que aunque ahora están latentes, son potencialmente letales"

Otra opinión al respecto es la de Félix Rohatyn, el financista que arregló la situación de insolvencia de la ciudad de Nueva York en los setentas:

"Los derivados son potenciales bombas de hidrógeno"

Después de estas frases se impone explicar qué son los derivados. Son contratos financieros que han sido creados para suavizar los riesgos de inversión. Algunos de estos contratos protegen a los titulares de crédito contra la insolvencia del deudor hipotecario. El nombre proviene de que su valor "deriva" de los activos subyacentes. Los activos subyacentes pueden ser reales o financieros. Pueden ser acciones, bonos, *commodities*, casas o créditos hipotecarios. El más común de los derivados es simplemente el seguro que la gente contrata sobre su casa. En el mundo de las finanzas, los derivados permiten que los

²⁸ *The Economist*, January 24th-30th 2009, Greed and Fear: a special report on the future of finance, p. 20

²⁹ *The Economist*, artículo de la cita anterior, p.22

bancos y las corporaciones asuman riesgos muy complejos que de otra manera evitarían. Debido a la existencia de derivados los bancos pueden emitir más y más hipotecas y pueden luego comercializar dichas hipotecas para hacerse de dinero y seguir prestando para nuevos préstamos hipotecarios. Esta forma de operar engendrando un activo de riesgo para luego venderlo, puede llegar a limitar el riesgo del prestamista, pero al mismo tiempo incrementa el número de personas expuestas al riesgo cuando se produce la caída del sistema. Quizás algunos ejemplos ayuden a entender mejor qué es lo que ha pasado con estos contratos financieros: en la época final de la Presidencia de Alan Greenspan en la Reserva Federal. A comienzos del milenio, se redujeron excesivamente y por un largo tiempo las tasas de interés. El banquero central estaba temeroso de que los Estados Unidos caiga en la trampa de liquidez en que cayó Japón en el decenio de 1990 y Estados Unidos en el de 1930. En rigor todas las naciones muy desarrolladas enfrentan una declinación secular en sus tasas de crecimiento y ellas no se pueden evitar con medidas exclusivamente monetarias porque en esas economías la mayor parte del empleo es provisto por servicios no transables internacionalmente donde la tasa de crecimiento de la productividad es muy baja³⁰. Los bancos, ante la caída de las tasas de interés vieron disminuir la rentabilidad de su negocio. La única manera de aumentar sus utilidades en un contexto de bajas tasas de interés se daba dando más y más préstamos, compensando de esta manera la baja tasa de interés con la cantidad de préstamos. Claro está que al otorgar más y más préstamos, los últimos implicaban un mayor riesgo. Así se otorgaron créditos hipotecarios para la compra de casas a personas insolventes. En EEUU en 2001-2007 se habló de préstamos a clientes *ninja*, lo cual significa *no income, no job, no assets*, o sea personas sin ingresos fijos, sin empleo y sin propiedades. Pero estos préstamos hipotecarios permitían a los operadores financieros de los bancos cobrar comisiones. Luego los bancos vendían los créditos hipotecarios para hacerse de dinero efectivo para hacer más préstamos hipotecarios aun. Además en el afán por colocar créditos hipotecarios, se asignaba a las casas o a los departamentos que compraba un *ninja*, un valor muy superior al del mercado en la confianza de que al año siguiente, el aumento de los valores de las casas permitiría que esa misma tuviera un mayor valor que el préstamo hipotecario en cuestión. Además muchas hipotecas estaban otorgadas a tasa variable que en esos años y hasta 2006 eran muy bajas. Se calcula que este tipo de hipotecas *ninja*, constituía el 7% de las hipotecas en el año 2001. Pero en 2004, 2005, 2006 pasaron a ser el 18% de los préstamos hipotecarios.

Por algunos años, los deudores pudieron pagar las cuotas hipotecarias mientras las tasas de interés se mantuvieran bajas y mientras el valor de las casas subiera. Muchos deudores además, con el exceso del valor del crédito hipotecario por sobre el de su casa compraron un automóvil y se fueron de vacaciones con su familia. Claro está que cuando los bancos multiplican los créditos hipotecarios de esta manera, se les acaba el dinero. En consecuencia decidieron vender las hipotecas a los *bancos de inversión* estadounidenses o a bancos extranjeros. Con el producido de las ventas de las hipotecas, se podían dar más préstamos hipotecarios aún y así los bancos aumentaban su activo con créditos hipotecarios, sin que

³⁰ El punto ha sido estudiado exhaustivamente en mi libro *Macroeconomía y Política Macroeconómica*³⁰ en los capítulos 9 a 16 y a ellos me remito

aumente su capital. De esta manera, el *apalancamiento*³¹ permitía aumentar considerablemente el tamaño de un activo y su rentabilidad sin aumentar el capital de riesgo.

En el esfuerzo por obtener más dinero para prestar a los *ninja*, los bancos recurrieron a la titulización de las hipotecas. Esto lo hacían muchas veces utilizando los servicios de los “Bancos de Inversión”. Estos bancos no son en rigor bancos sino intermediarios en la compra venta de acciones y bonos. Son meros comisionistas de bolsa glorificados, como por ejemplo Lehman Brothers, Merrill Lynch, Credit Suisse First Boston, Bear and Sterns, Goldman and Sachs, etc, etc. Supuestamente, estos “bancos” contaban con empleados de mucha materia gris y mucha más ansiedad por la riqueza fácil. Estos significaba que diversas hipotecas, algunas *prime* otras *subprime*, eran empaquetadas en *mortgage backed securities* (MBS), o sea en títulos garantizadas por hipotecas. Es decir que, por ejemplo, donde antes se tenían quinientos créditos hipotecarios en el activo, ahora se pasaba a tener diez paquetes de créditos hipotecarios de cincuenta hipotecas cada uno que se pasaban a los bancos de inversión para su reventa en el mercado financiero. En las MBS había créditos hipotecarios buenos, o *prime*, o malos, es decir, *subprime*. Los “bancos de inversión”, a su vez, podían vender las *mortgage backed securities* a fondos de inversión y a sociedades de capital de riesgo, los llamados *hedge funds*, compañías de seguro y sociedades financieras de todo el mundo, no solamente de los Estados Unidos. Sin embargo, para poder colocar las *mortgage backed securities* (MBS) en los fondos de inversión, *hedge funds*, aseguradoras, etc., era necesario que dichas *mortgage backed securities* sean calificadas por las agencias calificadoras de riesgo, por ejemplo: Standard and Poors, Moodys, Fitch Ratings etc, etc. Con las MBS calificadas con el grado de AAA o A o BBB o B o el que fuera, se les asignaba un el riesgo de cobro a las MBS. Las que tenían mejor calificación otorgaban menos intereses, las medianas, o las de alto riesgo, mayor interés. A su vez las MBS de baja calificación podían ser estructuradas en tramos ordenándolas de mayor a menor de manera tal de priorizar el pago a los créditos menos malos. De esta manera se reestructuraban, las MBS en paquetes divididos en tres *tranches*: uno relativamente bueno, otro regular y otro muy malo. Este sistema permitía recalificar a los préstamos malos y por lo menos mejorar la calificación de algunos de ellos. Así, una vez recalificadas, las MBS pasaban a denominarse *Collateralized Debt Obligations* u obligaciones de deuda colateralizada (CDO). Para asegurar la colocación de las CDO además, los financistas crearon otro contrato financiero importante: los *credit defaults swaps*, con la sigla CDS. Estos CDS eran necesarios para asegurar a los compradores de los CDO contra una eventual insolvencia. Con los CDO respaldados por los CDS se fabricaban los CDO sintéticos, que podían comprarse muy baratos y que daban rendimientos muy altos. El problema consistió en que toda esta construcción financiera artificial era un castillo de naipes, lo cual se puso de manifiesto cuando a principios del año 2007 los precios de las viviendas en los EEUU que respaldaban a

³¹ Parece haber acuerdo en la doctrina en el sentido de que al menos se debió haber puesto límites regulatorios al apalancamiento del capital, sobre todo a los Bancos de Inversión, en los cuales el cociente de los activos al capital superó las sesenta veces, creando grandes riesgos a todo el sistema. Esta es la opinión de dos economistas con ideas antagónicas con respecto a las regulaciones en la industria financiera por ejemplo, ver las opiniones vertidas en el debate entre dos premios Nobel, Myron Scholes y Joseph Stiglitz en www.economist.com/debates

los créditos originales empezaron a caer, y muchos de los propietarios *ninjas* decidieron abandonar sus casas a manos de los bancos.

Hacia el 2006 el Presidente de la Reserva Federal, Alan Greenspan fue sustituido por el economista Ben Bernanke, quien comenzó a subir las tasas de interés excesivamente bajas hasta entonces. Greenspan había durado en el cargo desde 1987 hasta el 2006, quizá demasiado. Parecía haberse anquilosado en la gloria del poder y en la idea del libre mercado. Cuando en 2006 los precios de las viviendas de los EEUU comenzaron a caer, muchos de los deudores *ninja* abandonaron sus casas porque valían menos que el crédito hipotecario. Ante la baja abrupta de los precios de las viviendas se cortó la cadena de la felicidad de los préstamos hipotecarios *ninja*, de las MBS, de los CDO, de los CDS y de los CDO sintéticos porque nadie los quería comprar. Toda esta alquimia financiera se hizo en gran medida *over the counter*, es decir con negociación directa entre las partes contratantes y no por la vía del mercado abierto electrónico. De manera que no se puede saber a ciencia cierta en qué cantidad de MBS, CDO, CDS está comprometido cada banco comercial. Los bancos de inversión que, por supuesto, fueron los grandes cerebros de toda esta operativa ya desaparecieron o tuvieron que convertirse en simples bancos comerciales para ser supervisados por la Reserva Federal. Pudieron realizar todas estas trapisondas porque estaban supervisados por la SEC, la *Securities and Exchange Commission* que, asustada por las fórmulas matemáticas y pseudo científicas de los aparentemente brillantes y jóvenes operadores de dichos bancos, omitió pedir explicaciones detalladas. La propia postura liberal anti-intervencionista de Alan Greenspan referida antes, ayudó a la construcción no supervisada del castillo de naipes. Los mismos bancos hoy no conocen su grado de compromiso con la estafa financiera de cada uno de ellos. Al haber sospechas de que el banco tal o cual puede estar en realidad en quiebra, cesan los préstamos interbancarios y las tasas de interés interbancarias a las cuales los bancos se prestan entre sí en el corto plazo se triplican o cuadruplican, debido al enorme riesgo existente. Esta situación determina que las altas tasas de interés *Libor* o *Euribor* reflejen el riesgo de *default* en que han caído todos los bancos del mundo desarrollado, y no solamente los bancos norteamericanos, porque muchos de estos últimos han cedido los MBS, los CDO y los CDO con los CDS y los CDO sintéticos a bancos europeos y asiáticos, con lo cual todo el sistema financiero mundial está contaminado por créditos tóxicos. Gran cantidad de bancos tienen entonces enorme cantidad de basura en su activo.

25.-La incertidumbre financiera como causante de la recesión económica 2008-09

Los bancos repentinamente se percataron de la gravedad de la situación después de la caída de Bear Stearns en agosto de 2007 y Lehman Brothers en septiembre de 2008. La caída se debía a su imprudencia con el uso y abuso de los derivados. El mercado de derivados alcanzó a 531 trillones de dólares en el año 2008, contra 106 trillones en el año 2002, es decir que se quintuplicó en cinco años. Se llegó a una situación donde nadie confía en el otro. La falta de transparencia en el mercado financiero no solamente impide los préstamos interbancarios, sino que los bancos se sientan sobre el dinero efectivo que tienen, y se niegan a dar crédito a las empresas. Por eso es que el banco de la Reserva Federal de los

EEUU se vio obligado a prestar directamente a las grandes empresas del país pasando por encima de los propios bancos y violando los principios de la banca central, según los cuales esta institución es banco de bancos y solamente presta a éstos, y jamás directamente a empresas. Estamos pues ante una crisis de confianza, de crédito. El crédito es como las arterias del cuerpo humano. Si no hay crédito la economía no funciona. Si las arterias están tapadas, la sangre no puede circular. El corazón no puede bombear a la sangre o tiene que hacer grandes esfuerzos para hacerlo. El organismo económico queda, pues, al borde de la muerte. Afortunadamente estaba en todas las bibliotecas la salvadora teoría macroeconómica keynesiana, y los banqueros centrales, ante la crisis, se acordaron nuevamente de ella. En la actualidad los banqueros centrales y los ministros de finanzas tienen en claro que en situaciones como la presente tienen que prestar casi ilimitadamente a bajas tasas y los gobiernos gastar sin pruritos. Por supuesto si es en obras publicas de alta tasa de retorno social, tanto mejor. Por ello es que, debido a la acción de los gobiernos y los bancos centrales del mundo, la crisis no va a llegar a desembocar en una depresión como en la de 1930, aunque sí en una recesión fuerte para todos los países desarrollados y en desarrollo. Un factor decisivo en este pronóstico es el llamado *efecto riqueza o quizá mejor efecto pobreza*: con motivo de la caída de todos los mercados de valores del mundo comenzando por los de Estados Unidos, el público tenedor de títulos y acciones de empresas que cotizan en bolsa se siente más pobre, y, en consecuencia, se vuelve mas ahorrativo. Gasta menos. Pero como el gasto de uno es el ingreso del otro, al gastar menos también se achican los ingresos, lo cual induce a la gente a gastar menos nuevamente. Estos efectos acumulativos son peligrosos y por ello es necesario que los gobiernos incrementen los gastos, disminuyan los impuestos y aumenten la cantidad de dinero para compensar la retracción del gasto privado. Lo están haciendo, pero aun así quizás lleve de dos a cinco años salir de esta recesión mundial. Esta crisis obliga a repensar y proponer una profunda reforma del sistema monetario³² y financiero internacional y nacional de los países con una reglamentación de los contratos financieros y derivados muy estricta que disminuya su proliferación y aumente su transparencia. Mientras tanto sorprende la reticencia del gobierno de los Estados Unidos, tanto del saliente de Bush como del entrante de Obama, a tomar el toro por las astas y atacar la causa misma del cáncer financiero. Sabemos de acuerdo a la explicación anterior que el origen del problema estuvo en las llamadas hipotecas *subprime* que los deudores hipotecarios no podían pagar, o no encontraban conveniente hacerlo. El remedio que atacaría directamente el mal sería una ley del Congreso norteamericano que prorrogue por 10 o 15 años los plazos de los préstamos hipotecarios, ya otorgados entre 2001 y 2007 y además que reduzca a un máximo a la tasa de interés de los mismos al 3%, por ejemplo. De esta forma se reducirían substancialmente los pagos mensuales que los deudores hipotecarios deben hacer, lo cual los induciría a pagar y poner fin así a una gran cantidad de ejecuciones hipotecarias. La reducción de las ejecuciones y ventas forzadas de casas tendería a estabilizar sus precios. Los bancos deberían obligatoriamente poner en sus balances las hipotecas al valor nominal pactado

³² Conesa Eduardo, *Macroeconomía*, Op.Cit. en el capítulo 39, pagina 403 y ss. se brinda una explicación del plan monetario internacional de Keynes de 1944 que aun hoy podría ser la base para una gran reforma del sistema monetario y financiero internacional.

originariamente. Los problemas emergentes de *cash flow* debieran ser afrontados con redescuentos del Banco de la Reserva Federal. Las entidades financieras compradoras y receptoras de los títulos emitidos con el respaldo de las hipotecas, los *mortgages backed securities (MBS)* y otros derivados a que nos referimos antes, deberán reevaluarlos de acuerdo a las nuevas condiciones financieras. Y así rebajarles el valor en sus balances. Las pérdidas consiguientes deben ser afrontadas con aportes de capital de los accionistas de los bancos y/o con devolución de las compensaciones fraudulentas que obtuvieron sus ejecutivos, bajo el apercibimiento de la aplicación de las leyes penales. Si aun así no alcanzara, o esto no fuera posible, el Estado debería hacer los aportes de capital a los bancos, aunque ello implique nacionalizar la banca. Algunos argumentarán con razón que esto es ineficiente porque los funcionarios públicos suelen ser malos banqueros. Pero tal vez sean mejores que muchos de los banqueros privados que, como Bernard Madoff, causaron este enorme fraude y el tremendo desprestigio de la economía capitalista norteamericana y mundial con la pérdida de cientos de billones de dólares a millones de inocentes ahorristas y pensionados. Por lo demás, algún jurista objetará que la legislación sobre hipotecas es civil y comercial, y en los Estados Unidos la materia pertenece a la jurisdicción estadual y no a la federal. Pero debe recordarse que, por otra parte, el poder de legislar sobre moneda en el gran país del norte, como en la Argentina, es eminentemente federal. Y por encima de lo anterior, debe tenerse presente el caso de Abraham Lincoln, Presidente puesto de moda por el Presidente Barack Obama recientemente al jurar sobre la vieja Biblia del prócer. Lincoln dijo que de nada vale respetar la letra de la Constitución si con ello desaparece la Nación. Si se salva la Nación, se salva la Constitución. O como dijera el Presidente Avellaneda en nuestro país, nada hay en la Nación superior a la Nación misma. O como decían los antiguos juristas romanos *Salus Populi Suprema Lex Est*.

26.-El impacto de la crisis financiera estadounidense sobre las empresas argentinas.

Como en la depresión de 1930, el impacto sobre la Argentina se inició con la caída de los precios de las materias primas de exportación de nuestro país. La caída de la soja de casi 600 dólares la tonelada a 350 es un hecho, lo mismo con el precio del trigo y el del maíz y el de las demás *commodities* agropecuarias. El petróleo bajó 145 dólares el barril en julio de 2008 a menos de 40 en enero de 2009. La caída de los precios de las materias primas unida a la retención del 35% sobre las exportaciones impuesta por el gobierno afectará fuertemente la rentabilidad agropecuaria. Cabe esperar una disminución del área sembrada y de la producción del trigo y el maíz del orden del 30%, y una disminución considerable de los volúmenes exportados. La soja registrará una caída del orden del 5%. Todo ello unido a una caída de los precios. Por lo tanto caerán las exportaciones agropecuarias en el 2009 en volumen y en ventas nominales.

También lo harán las exportaciones industriales debido a que el tipo de cambio real fijo de 3.50 pesos por dólar ha sufrido los embates de la inflación interna que fue del 25% en el año 2007 y del 20 % en este año del 2008. Todo ello determina a una caída del tipo de cambio real del 50% en un año y medio. Si sumamos la revaluación del dólar frente al euro y la fuerte devaluación del real brasileño superior al

30%, claramente surge que el sector industrial también está y estará en dificultades para exportar y para competir con las importaciones baratas de China y Brasil. Tanto más porque la caída del ingreso mundial achica la demanda en los mercados. Por otra parte, la promesa del gobierno de restringir las importaciones del extranjero seguramente determinará represalias sobre nuestras propias exportaciones. Si bien el gobierno planea un superávit en cuenta corriente de 8 mil millones de dólares, es muy posible que si se mantiene este tipo de cambio, el superávit externo se acerque a cero. Si al mismo tiempo el gobierno mantiene las retenciones sobre las exportaciones, ello significa que intenta mantener la recaudación y el superávit fiscal para pagar la deuda externa. De acuerdo a lo previsto en el proyecto de presupuesto para el año 2009 ese superávit es del orden de los 30.000 millones de pesos. Es decir también de más de 8 mil millones de dólares.

Pero el superávit fiscal, es bien sabido, tiene efectos depresivos sobre la economía y solamente puede ser mantenido si es contrarrestado por un fuerte superávit comercial que tiene efectos expansivos sobre la misma. En los últimos años, 2002-2007, el superávit comercial superó con sus efectos expansivos al superávit fiscal y ello permitió obtener una tasa de crecimiento importante para nuestra economía y además arreglar el pago de la deuda externa. Este esquema parece acabarse en el 2009 debido a la sobrevaluación cambiaria unida a las fuertes retenciones al agro y la voracidad fiscal del 2008 incluyendo en ello el manotazo sobre las AFJP. Las retenciones se justifican en tanto y en cuanto permitan materializar un tipo de cambio real alto. Pero son terriblemente destructivas, depresivas y distorsivas con un tipo de cambio real bajo como el actual. Incidentalmente, algunos abogan por la supresión de las retenciones y el mantenimiento del tipo de cambio bajo. El problema con esta postura consiste en que si bien aliviaría el campo, por el otro lado, acentuaría la recesión en las empresas industriales y la desocupación de la mano de obra en las ciudades. Y por encima de lo anterior, la eliminación de las retenciones, eliminaría también el superávit fiscal y la posibilidad de pagar los vencimientos de capital de la deuda externa. Aunque la reciente, imprevista y errática modificación de la política previsional eliminando por ley las AFJP permite a las autoridades tomar los activos de dichas entidades por valor de 94.000 millones de pesos. El gobierno puede creer que con este manotazo se ataja el impacto de la crisis financiera internacional sobre nuestro país. Pero no es así, pues estos activos están en su mayor parte en bonos del gobierno argentino que meramente disminuyen la deuda gubernamental interna por vía de la compensación. Solamente el 10 % de esos activos están denominados en dólares y son inversiones en el exterior. Con la caída de los valores en Wall Street, sin embargo, es probable que esa suma no supere los dos mil millones de dólares y además será embargada por los fondos buitres de nuestros acreedores. La gran ventaja del gobierno, con el manotazo sobre las AFJP, radica en el aumento de la recaudación anual en unos 15.000 mil millones de pesos anuales en conceptos de aportes de los trabajadores al sistema, por medio del 11% de sus salarios. Esta recaudación sin embargo se realiza en pesos y la principal limitación que enfrentará la economía argentina en el 2009 será la escasez de dólares. Es cierto que el Banco Central tiene 47.000 millones de dólares de reservas, pero buena parte de éstas están afectadas al pago de las letras de tesorería en pesos que el Banco Central emitió a favor del sistema bancario. Resulta claro a esta altura

del partido que el Banco Central no depreció nuestro peso *"pari passu"* con la depreciación brasileña de más del 30% de los últimos meses para proteger la industria, al agro y el empleo de trabajadores, como hubiera correspondido, simplemente para proteger el valor en dólares de sus deudas LEBAC y NOBAC (denominadas en pesos) de propiedad de empresas del sector financiero. Como en Estados Unidos en 2001-2008, en nuestro país, nuevamente aparece la prevalencia de las desmedidas presiones del sector financiero, ejercidas por intermedio del Banco Central, por sobre los de las empresas productivas, el pleno empleo de los trabajadores y el desarrollo nacional.

No cabe duda que la limitación externa, es decir la escasez de dólares será el factor limitante de la economía argentina en el 2009 y esa escasez estará determinada fundamentalmente por la política de tipo de cambio real bajo seguida en el 2007 y 2008, consecuencia de la inflación que sufrimos en esos años. Por eso, si queremos evitar la recesión, la desocupación y la fuga de capitales que nos amenazan nuevamente en el 2009, debemos dejar que se deprecie nuestra moneda, lo cual no sería inflacionario debido entre otras razones, a la baja de los precios de las materias primas y del petróleo en el mercado internacional. La eventual constitución de un Consejo Económico y Social por ley del Congreso permitiría conectar los incrementos de salarios nominales con los de la productividad y así dominar la inflación y dar prioridad al desarrollo nacional por sobre los intereses sectoriales. Ello permitiría además lograr conjuntamente un sexteto sinérgico consistente en, primero mejorar la rentabilidad del agro, segundo mantener el empleo y los salarios reales de los trabajadores, tercero mantener las retenciones al fisco y la solvencia fiscal, cuarto alentar la exportación industrial, quinto posibilitar el repago de la deuda externa, y sexto y lo mas importante, el mantenimiento de un buen ritmo de crecimiento económico para el país en medio de la recesión mundial.

27.-Conclusiones

A lo largo de este ensayo vimos que durante la primera mitad del siglo XX y hasta 1945, las empresas cuyos intereses prevalecían en las políticas macroeconómicas de los gobiernos argentinos fueron las agropecuarias exportadoras y el ingreso per cápita de nuestro país se mantuvo entre los primeros del mundo, en un nivel similar al de Francia y Alemania. Desde 1945 hasta 1954, las políticas macroeconómicas fueron consistentes con el interés de las organizaciones sindicales de trabajadores y las empresas de la industria liviana, intensiva en el uso de mano de obra. Pero nuestro ingreso per capita se estancó. En el periodo 1955-1973 prevalecieron los intereses de las empresas industriales capital-intensivas, de hidrocarburos, y también las agropecuarias exportadoras, todo ello en un equilibrio inestable y el ingreso per capita creció al 2% anual, a pesar de las fuertes alteraciones del orden constitucional. En el período 1976-1983 prevalecieron los intereses de las empresas del sector financiero y el ingreso per cápita cayó a la tasa del 1% anual. El período 1983-1989 fue caótico desde el punto de vista macroeconómico. Ningún sector empresario fue capaz de hacer prevalecer sus conveniencias. Fue una suerte de sálvese quien pueda, con una hiperinflación que alcanzó el 4982% anual en 1989 e hizo caer el ingreso per cápita real al 2% anual. Durante el periodo 1991-2001 prevalecieron los intereses del sector

financiero con altas tasas de interés en dólares y fuerte endeudamiento externo. El ingreso per capita tuvo una reacción inicial favorable, pero luego cayó fuertemente en 1998-2001. El balance en materia de crecimiento del ingreso per cápita real para todo el período 1991-2001 revela estancamiento. En el período 2002-2006 prevalecieron claramente los intereses empresariales del agro y de la industria exportadora y se registró una fuerte recuperación económica, con notable mejoramiento en el ingreso per cápita. Pero a partir de 2007 comenzaron a prevalecer en la política macroeconómica los intereses de corto plazo de las organizaciones sindicales de trabajadores, y los del sector financiero especulativo nacional e internacional de los capitales, también de corto plazo. Además las estadísticas se tornaron poco confiables y el pronóstico final de cómo termina esto, lamentablemente no es bueno.

En definitiva queda claro que las empresas argentinas sufrieron enormemente por el carácter errático y anti-estratégico de las políticas macroeconómicas gubernamentales en la segunda mitad del siglo XX y hasta el presente. Esas políticas errático-antiestratégicas de los gobiernos de turno han creado y todavía continúan creando enormes riesgos a las empresas. Estos riesgos dificultan su propio proceso de crecimiento y el mejoramiento del nivel de vida de todos los habitantes del país. La variable errática clave ha sido siempre el tipo de cambio real, el que ha experimentado cuatro fuertes apreciaciones en 60 años que han destruido nuestras posibilidades de progreso industrial, han dificultado enormemente nuestro desarrollo agropecuario y nos han endeudado hasta la coronilla. Como resultado, nuestro país, que estaba número 7 en el ranking mundial de ingreso per cápita en la primera mitad del siglo XX, fue cayendo en la segunda mitad y hoy está más atrás del número 30. No solamente la Argentina se estrelló 4 veces con su política cambiaria equivocada. Lo peor es que no aprende y no desarrolla políticas de Estado a largo plazo para prevenirlas. Tan importante es la cuestión cambiaria que Inglaterra perdió su imperio con motivo de apreciación de la libra en el decenio de los años veinte. La apreciación cambiaria alemana del mismo decenio produjo tal desocupación y humillación en aquel país que, por reacción popular, provocó el surgimiento del dictador Hitler y luego la segunda guerra mundial con 40 millones de muertos. La terrible depresión estadounidense de los años treinta también tuvo un origen cambiario. El Fondo Monetario Internacional en la posguerra surgió para evitar los desajustes en el tipo de cambio real, nada menos. Todos los países que crecieron velozmente en la posguerra siguieron una política de tipo de cambio real alto. El último caso paradigmático es el de China. En consecuencia, es hora de que la dirigencia argentina, tanto la empresarial como la política y la gremial despierte y saque conclusiones. Tipo de cambio real bajo implica tasas de interés reales altas y escasez de crédito. Se requieren políticas de Estado permanentes que reviertan nuestra decadencia relativa y que reconozcan el carácter estratégico del tipo de cambio real en el desarrollo económico. De ninguna manera mi insistencia con el tipo de cambio real significa caer en un reduccionismo simplista, pues el tipo de cambio real alto y estable como política de Estado, requiere de superávit fiscal, de tasas de interés reales bajas, y sobre todo del Estado organizado sobre la base del mérito, lo cual está conectado a su vez con la educación y la formación de capital humano. Un Estado compuesto por funcionarios competentes podrá planificar y materializar la infraestructura física e institucional que el desarrollo requiere. Muchas variables macroeconómicas e

institucionales están implicadas y complicadas con el mantenimiento tipo de cambio real alto y estable por muchos años. Obviamente el establecimiento de políticas de Estado tiene como primer prerequisite tener un Estado. Esto es, un conjunto importante y compacto de funcionarios de carrera estables y capaces seleccionados por mérito desde los grados más bajos del escalafón profesional y luego ascendidos de acuerdo a su desempeño en todos y cada uno de los Ministerios. En lugar de ello, tenemos un sistema de nombramientos de funcionarios a diestra y siniestra fundados en el amiguismo y el clientelismo político que ha hecho del Estado argentino simplemente una maquinaria de perpetuación y de enriquecimiento de los miembros del partido que consigue atrapar el poder. Estas camarillas son muy propensas a tener déficit fiscal y permeables a la influencia del sector financiero y a las consiguientes altas tasas de interés, las que necesariamente van acompañadas con el tipo de cambio real bajo y causan la ruina de las empresas genuinamente productivas. Estas camarillas solamente sueltan el poder en los casos de catástrofes macroeconómicas, las que entonces adquieren el papel de mecanismo para el recambio político. El costo para la sociedad en su conjunto de este sistema perverso es sideral, y se traduce en términos de pobreza, injusticia social y criminalidad rampante.

Tradicionalmente, los empresarios individuales toman la política macroeconómica como un dato y tratan de adaptarse lo mejor posible a ella para aprovecharla y así maximizar sus beneficios. No cuestionan la política macroeconómica sino que, por el contrario, buscan, de alguna manera, lucrar con ella. E incluso cortejan y alaban al político de turno. Pero ello no favorece al sector empresario en su conjunto, ni al país. La experiencia histórica indica que las políticas macroeconómicas de nuestros gobiernos suelen estar dominadas por el sector financiero, o por las organizaciones gremiales de trabajadores, o por ambos simultáneamente, como el caso actual. Estos sectores buscan típicamente ganancias en el muy corto plazo. Esta miopía es justificable en el caso de los gremios, pero no en el caso del sector financiero. La consecuencia es que las empresas productivas tienen que enfrentar un entorno macroeconómico desfavorable. Y el país todo también. A esta altura de nuestra experiencia histórica se impone recapitular y plantear una verdadera estrategia de desarrollo económico a largo plazo. Urge que el sector empresario unifique su postura, y dado que en definitiva financia al sector político, exija el establecimiento de un Estado fundado en el mérito y de un Consejo Económico y Social que discuta a fondo las políticas macroeconómicas, discusión que se intenta iniciar con este ensayo. Y que lo haga en conjunción con vastos sectores de clase media e intelectuales, así como a trabajadores preocupados por el futuro del país. Esta sería su gran contribución para inducir la vigencia de las largamente postergadas políticas de Estado conducentes al desarrollo económico del país todo, y por ende de las mismas empresas.

TOMÁS JOFRÉ, INTRODUCTOR DE GIUSEPPE CHIOVENDA EN EL DERECHO ARGENTINO

Por Abelardo Levaggi

RESUMEN

Cómo Jofré hizo conocer a Chiovenda en la Argentina y así inició la sustitución del viejo procedimentalismo por la moderna ciencia del Derecho procesal. Efecto que produjo en los juristas argentinos e importante desarrollo de ese Derecho.

PALABRAS CLAVE

Derecho procesal. Giuseppe Chiovenda. Tomás Jofré

TOMÁS JOFRÉ, INTRODUCER OF GIUSEPPE CHIOVENDA IN THE ARGENTINE LAW

By Abelardo Levaggi

ABSTRACT

How Jofre made to know Chiovenda in Argentina and therefore began the replacement of the old proceeding learning by the modern procedural law science. Effect that it took on argentine lawyers and important development of that law.

KEYWORDS

Procedural law. Giuseppe Chiovenda. Tomás Jofré

TOMÁS JOFRÉ, INTRODUCTOR DE GIUSEPPE CHIOVENDA EN EL DERECHO ARGENTINO

Por Abelardo Levaggi¹

1. Retrato físico e intelectual de Jofré

Tomás Jofré (San Luis, 1868-Buenos Aires, 1930), catedrático, codificador, político, es considerado el fundador de la ciencia del Derecho procesal en la Argentina por haber sido el primero en tomar contacto con la obra de Giuseppe Chiovenda y en haberla dado a conocer a través de sus citas. Fue, además, uno de los primeros –sino, también, el primero²- en Latinoamérica.

Nombrado profesor de Derecho Procesal en las Universidades de Buenos Aires y La Plata, ejerció la titularidad de ambas cátedras hasta que la enfermedad lo obligó a retirarse en 1926. Además de las obras de su especialidad, puso de manifiesto interés por la historia jurídica con la publicación del libro *Causas instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII* (Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1914), edición documental acompañada de un estudio sobre el tema.

Otro gran procesalista, David Lascano, perteneciente a una generación posterior, lo retrató así: “singular y simpática la figura de Tomás Jofré; singular y simpática, física y espiritualmente. No pasaba desapercibida su estampa de personaje rural endomingado. Oculto un ojo y con él un ángulo de la cara tras una venda que más parecía una vincha, tenía su rostro trigueño y engestado, el hosco aspecto de un soldado de montonera³.”

“Era, sin embargo, un hombre culto en la verdadera acepción de la palabra: por su educación y su ilustración humanística. Lector infatigable, estaba al tanto de la última novedad de librería; sólo que su desaliño temperamental le hacía reacio al orden y a la sistematización”⁴.

Contemporáneo de Jofré, Salvador Fornieles, eximio civilista, amplió la semblanza del modo siguiente: “poseía el Dr. Jofré una inteligencia viva y muy rápida, sin el reposo necesario para penetrar a fondo en los problemas jurídicos; algo del improvisador lúcido que capta con facilidad. Alguien dijo una vez que si se concentrara en el trabajo sosegado, podría ir muy lejos; yo le contesté que no lo creía, pues en mi opinión, por su idiosincrasia, era de esas personas que dan cuanto tienen que dar en la forma brillante y apresurada en que se desempeñan.

“Trabajaba preferentemente de noche, empezando muy tarde y siguiendo hasta la madrugada; por lo demás, le ayudaba un buen criterio jurídico innato en él, un desprecio por la rutina y un afán por inculcar nuevas ideas y hacer progresar la ciencia. Así se explica que haya sido uno de los primeros en descubrir a

¹ Investigador Superior del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas de la Argentina.

² LASCANO, D. (1950), 151.

³ Un gaucho analfabeto.

⁴ LASCANO, D. (1950), 149.

los procesalistas italianos. No quedaría completo el retrato si no agregase que era un hombre profundamente bueno y generoso, dispuesto a sacrificarse por <el amigo del amigo de un amigo>; y en las luchas políticas, tan enconadas como son a veces, jamás guardó un rencor ni usó de armas prohibidas. Había además en él cierto vaho de tristeza o, quizás mejor, de melancolía, que sólo percibían los muy allegados y que debió provenir de algo así como una repercusión en el espíritu del defecto físico en el rostro que todos le conocimos”⁵.

Completó el retrato de la figura evocada el procesalista Carlos A. Ayarragaray. Destacó en Jofré al reformador, “afirmación viviente de un espíritu que con la pasión de la acción despertó a la razón de su época y por ello sobrevive como un paradigma, por su lucha permanente e incesante en pro de la corrección de las instituciones”⁶.

2. Jofré descubre a Chiovenda

La puerta de acceso de Jofré a la escuela procesal moderna, superadora del antiguo procedimentalismo, para el que la enseñanza del procedimiento tenía sólo una finalidad práctica, fue el libro de Giuseppe Chiovenda titulado *Principii di diritto processuale civile*, cuya primera edición apareció en Nápoles en 1906. El ilustre profesor de la Universidad de Roma habló en el Prefacio de la segunda y tercera ediciones, fechado en 1923, de su interés en la revisión histórico-dogmática de las doctrinas procesales y la construcción de un sistema. La empresa le fue grandemente facilitada por el estudio de la rica literatura germánica del siglo XIX y el empleo de sus métodos y sus resultados. A partir de esa fuente llegó a formar sus propias ideas.

“Personal sobre todo –declaró– es mi concepto de acción, o, si así quiere decirse, la formulación dada por mí a aquel concepto de la autonomía de la acción, que la doctrina germánica puso a la luz con tanta eficacia. [...] El concepto de la acción, entendida como el poder jurídico autónomo de realizar por medio de los órganos jurisdiccionales la actuación de la ley en el propio favor, y el concepto de la relación jurídica procesal, o sea de aquella relación jurídica que nace entre las partes y los órganos jurisdiccionales por la demanda judicial, independientemente de ser ésta fundada o no, son las dos bases fundamentales de mi sistema”. Éste se divide en dos grandes partes: la doctrina de la acción y de sus condiciones, y la variedad de actuaciones a que la parte puede tener derecho⁷.

A las manos de Jofré llegó la edición original de los *Principii* antes que alumbrase la traducción al castellano⁸. Al publicar la segunda edición del *Manual de procedimiento (civil y penal)*, en el tomo primero, del año 1919, Jofré citó varias veces ésa y otras obras de Chiovenda, y lo volvió a hacer en los tomos posteriores. Es cierto que no fue el único autor citado, sino que también citó a varios otros -italianos,

⁵ Carta de Fornieles a Carlos A. Ayarragaray. AYARRAGARAY, C. A. (1950), 274, nota.

⁶ *Ibidem*, 273. El mismo Ayarragaray se extiende en los trabajos de Jofré como codificador penal en ps. 277-280. Rasgos biográficos suyos y su obra en Derecho procesal penal son expuestos, sin referencias a Chiovenda, por SOSA LOYOLA, G. (1944), 159-184.

⁷ CHIOVENDA, G. (1923), viii-ix.

⁸ La primera edición castellana es la siguiente: *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción española de la 3ª edición italiana. Prólogo y notas de José Casais y Santalló, Madrid, Reus, 1922-25, 2 vols.

franceses y españoles- de la vieja escuela procedimentalista, pero al catedrático de Roma lo distinguió entre todos llamándolo “el más ilustre de los procesalistas italianos modernos”⁹.

¿Cómo supo Jofré de la existencia de los libros de Chiovenda? Fornieles, en la antes mencionada carta a Ayarragaray, afirma haberle entregado un día “un tomo de Chiovenda –no me acuerdo cuál- que me había mandado mi librero y pocos meses después [...] me dijo que lo había leído y que era un gran libro”¹⁰. No está claro si el volumen que le prestó Fornieles fue el de los *Principii*, y constituyó la primera noticia que tuvo Jofré del maestro italiano, o si se trató de alguna obra posterior, como los *Saggi* o los *Nuovi saggi*, también citados en el *Manual*, en cuyo caso no podría decirse que Chiovenda le era desconocido, sino que ya lo había descubierto, y que sólo trataba de ampliar el conocimiento de su doctrina. Si la verdadera hipótesis fuera la segunda, subsistiría el interrogante acerca de cómo había sido el primer contacto.

El maestro de Roma supo de la recepción de sus ideas por Jofré. En una nota del Prefacio a la edición de los *Principii* de 1923 escribió que “el notable *Manual de procedimiento* del Dr. Tomás Jofré (Buenos Aires, 2ª ed. tres vols. 1919-1920) revela en cada página la familiaridad del autor con nuestra moderna literatura procesal”¹¹. Ignoro si llegaron a intercambiar alguna correspondencia.

3. Profundidad con que Chiovenda influyó en Jofré

Según Lascano, Jofré concibió al Derecho procesal como “una ciencia comprensiva de los principios que rigen el proceso y no sólo como el conjunto de reglas establecidas por la ley para regular el procedimiento”. Se adhirió a las directivas de la nueva escuela, aunque “sin profundizar mayormente su doctrina. Tal vez si no se hubiera terminado su vida cuando parecía estar en la plenitud de su inteligencia, habría llegado, si no a construir un < sistema >, al que su idiosincrasia podía mostrarse rebelde, por lo menos a una más acabada elaboración de sus ideas y a una más orgánica concepción del proceso [...]. Con todo, trazó rumbos, puso jalones, enunció ideas y conceptos nuevos para nuestro medio, señaló defectos de nuestras leyes y dio soluciones para corregirlas”¹².

El procesalista español Santiago Sentís Melendo, exiliado en la Argentina, agregó que fue el puente que unió “los dos territorios procesales argentinos”. Sin abandonar el viejo procedimentalismo, estudió y conoció el nuevo Derecho procesal. La senda que abrió y el puente que construyó se convirtieron en “camino amplio por el que circulase la caudalosa corriente del pensamiento procesal moderno”¹³.

La cátedra universitaria fue la tribuna desde la cual expuso sus ideas. Recordó Ayarragaray que quienes lo escuchaban se imbanaban con las “enseñanzas renovadoras que desparrama el reformador”. Fustigaba permanentemente los sistemas nacional y provinciales, en los órdenes procesales civil y criminal, donde campeaban las formas escritas, inquisitivas y secretas. Las contraponía a las bondades de las formas contrarias y sentía la necesidad de que se implantase el sistema oral, dispositivo y público. Paseó esa

⁹ JOFRÉ, T. (1919), I, 35.

¹⁰ AYARRAGARAY, C. (1950), 274.

¹¹ CHIOVENDA, G. (1923), xiv, nota 3.

¹² LASCANO, D. (1950), 150-151.

¹³ SENTÍS MELENDO, S. (1950), 192.

“bandera triunfante” ante sus alumnos, de entre los cuales saldría una pléyade de magistrados, funcionarios y abogados, algunos de ellos adheridos a sus ideas.

Ayarragaray fue uno de esos ex alumnos. El conocimiento directo que tuvo de él le permitió hablar de la “intimidación de la enseñanza del maestro sencillo y convincente. La enseñanza de Jofré es fluida, transparente, despojada de retórica, instructiva y realista: va a la fuente de las instituciones, a la historia, a la práctica y a la doctrina. Enseña, advierte, divulga y convence, y prueba que la cátedra y la práctica del Derecho son inseparables. Su apostura doctrinaria es practicista, mas busca nuevos horizontes y en su apoyo lee, investiga, escudriña sin desmayos”.

Aunque familiarizado Jofré con la obra de Chiovenda, consideró Ayarragaray que no le compenetraba la orientación del ilustre italiano, ni asimiló las teorías y sistemas construidos por aquél. Definía la acción según estilo de Chiovenda, pero no sacaba partido de ello. Las consecuencias técnicas y políticas de la idea chiovendiana se deslizaban en la definición de la acción y en la transcripción de párrafos del maestro italiano; aceptaba el concepto diferencial de preclusión frente al de cosa juzgada y la distinción de demandas introductivas e incidentales, mas sin que se vieran las consecuencias que derivaban para el doctrinario, la consideración de ser el Derecho procesal una rama del Derecho público. No vislumbraba la acción declarativa, ni sacaba puntada de la teoría de los derechos potestativos que Chiovenda divulgaba con maestría.

A juicio de Ayarragaray, eran dos personalidades con rasgos diferentes: “Jofré hace la poesía del sentido del procedimiento; Chiovenda es el artífice que ha disciplinado su vida, circundado su genio por las armas de la disciplina germana. Jofré es el tradicionalista del Derecho español; Chiovenda va a las fuentes germanas y admite la legislación austríaca sin aconsejar su aprobación. Jofré es campeón de la libertad del hombre, dentro de la sociedad y en el proceso; Chiovenda plantea la angustia del problema de la libertad frente a los poderes del juez; Jofré es un intuitivo de los problemas procesales y se apoya en la historia; Chiovenda es un reflexivo y recurre a los rasgos generales de la historia y a la monografía, y va al fondo en el estudio de las instituciones; Jofré fue un divulgador del Derecho procesal, con la palabra y principalmente con la acción; Chiovenda un expositor brillante y sistemático. Jofré dejó encima de su obra, códigos que funcionan y se aplican; Chiovenda careció de acción pública y no dejó códigos sancionados”.

Cuando lo citaba, lo hacía en su “avidez de encontrar apoyo para sus ideas y consecuencia de su perenne sed de lectura”. No veía en él más que “una fuente mansa que proporciona agua lustral para que abreve su sed”¹⁴.

Hugo Alsina, que se enorgullecía de haber estado “cerca de Jofré”, recibido sus enseñanzas, colaborado con él y sucedido en la cátedra, justificó la limitada penetración de la doctrina chiovendiana en Jofré. Se preguntó si, por los años en que Jofré, desde nuestra latitud geográfica y científica, descubrió a Chiovenda, se hallaba plenamente afirmada en Italia la conciencia y la mentalidad del nuevo Derecho procesal, si ya era Chiovenda un indiscutido, si podían estimarse totalmente superadas las escuelas

anteriores. Y la respuesta era negativa. No se le podía exigir a Jofré más de lo que aceptaba la mayoría de los propios procesalistas italianos.

Alsina conoció a Chioventa por medio de Jofré. Cuenta que “el ejemplar que él poseía de los *Principii* fue el primero que yo utilicé, en el cual, al margen, se hallaba la traducción hecha por Jofré de los más importantes conceptos, que con notas suyas ganaban en claridad, y que juntos examinábamos y criticábamos; y todavía el ejemplar que yo tengo, lleva unido un índice alfabético de materias que es copia del que Jofré había confeccionado para facilitarse la labor, ante la falta de este elemento en la edición original así como en la traducción española. A él debo, pues, las orientaciones necesarias que me permitieron entrar, sin las dificultades que entonces encerraba, en la doctrina de la nueva escuela; y por indicación de mi Maestro, redacté ya entonces un resumen de los *Principii*, que he continuado utilizando”¹⁵.

4. La escuela procesal italiana en la Argentina

Sentís Melendo observó y escribió que en la Argentina “se vive” de la escuela procesal italiana. Lo que aquí se estudiaba y se construía era, más que otra cosa, prolongación de esa escuela. El Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales, reunido en Córdoba en 1939¹⁶, puso de manifiesto que la nueva escuela y las grandes figuras de ella eran perfectamente conocidas de los estudiosos argentinos, que no sólo existían individualidades que estudiaban con un determinado sentido el Derecho procesal, sino que se había formado una verdadera corriente que marchaba en la misma dirección¹⁷.

El número V de la *Revista de Derecho Procesal*, publicado en 1947, fue dedicado “A la memoria de Giuseppe Chioventa en el décimo aniversario de su muerte” y en él colaboraron los principales procesalistas argentinos y varios extranjeros. Por orden alfabético, lo hicieron Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Hugo Alsina, Edwin M. Borchard, Piero Calamandrei, Eduardo B. Carlos, Carlos J. Colombo, Eduardo J. Couture, David Lascano, Enrico Tullio Liebman, Amílcar A. Mercader, J. Ramiro Podetti, Ricardo Reimunín, Leo Rosenberg y Alfredo Vélez Mariconde.

Alsina, el director de la *Revista*, afirmó que el movimiento científico moderno nos llegaba “reconstruido y reelaborado por Chioventa, que es, para nosotros, la cabeza visible del nuevo orden procesal, la exposición definida de una nueva ciencia”, y, tan cierto como aquello, Jofré era “el primer chiovendiano de la Argentina”.

Alsina creyó no equivocarse al personalizar en el maestro italiano el homenaje a la moderna ciencia del proceso: “él fue uno de sus más grandes creadores; pero fue, además, el que principalmente contribuyó a que nosotros pudiéramos conocerla y, una vez conocida, tratáramos de incorporarnos a ella, de modo que si hoy existe en la Argentina una corriente doctrinal y un grupo de estudiosos, se debe, sobre todo, a las

¹⁴AYARRAGARAY, C. (1950), 280-282 y 287.

¹⁵ ALSINA, H. (1947), 329-331.

¹⁶ *Primer Congreso...* (1939); y LEVAGGI, A. (1979), 313-315.

¹⁷ SENTÍS MELENDO, S. (1950), 198 y 202-203.

obras de Chiovenda". Con la misma sinceridad afirmó que, salvo excepciones muy raras, el nombre del maestro apareció por primera vez a los ojos de los abogados argentinos en el *Manual* de Jofré¹⁸.

Obra de madurez de nuestro procesalista fue el proyecto de código de procedimiento civil que redactó por resolución de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires con la colaboración de dos profesores y más de cien estudiantes del último año de la carrera de abogacía. Resultó ser la más fiel traducción normativa de la moderna doctrina procesal. Se constituyó en modelo en su género, seguido por la codificación posterior. "Tenemos la esperanza –consignó Jofré en el Prólogo, datado en agosto de 1926- de haber interpretado en este trabajo el sentimiento público que pide sin duda más justicia, y de habernos ajustado a las enseñanzas de la ciencia moderna y a los dictados de nuestra experiencia ya diuturna"¹⁹.

Entre 1941 y 1942 se sitúa lo que se llamó el año de oro del procesalismo rioplatense. En esos años produjo varios de sus más notables frutos. Alsina publicó el tomo primero de su *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*; Lascano, *Jurisdicción y competencia*; Podetti, *Teoría y técnica del proceso civil (Ensayo de una sistemática del Derecho procesal argentino)*, y el uruguayo Eduardo Couture, tan vinculado a los procesalistas argentinos, *Fundamentos del Derecho procesal civil*. Sólo un año después nació la notable *Revista de Derecho Procesal*, dirigida por Alsina²⁰. El cambio iniciado por Jofré fue definitivo.

Bibliografía

- ALSINA, HUGO (1947), "Influencia de las doctrinas de Chiovenda sobre los estudios procesales en la República Argentina", en *Revista de Derecho Procesal*, V, Buenos Aires.
- AYARRAGARAY, CARLOS A. (1950), "La orientación procesal de Tomás Jofré", en *Revista de Derecho Procesal*, VIII: 1-2, Buenos Aires.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE (1923), *Principii di diritto processuale civile (Le azioni. Il processo di cognizione)*, 3ª edizione riveduta e notevolmente aumentata, N. Jovene, Napoli.
- JOFRÉ, TOMÁS (1919), *Manual de procedimiento (civil y penal)*, I, Buenos Aires.
- JOFRÉ, TOMÁS (1926), *Proyecto de código de procedimiento civil*, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires.
- LASCANO, DAVID (1950), "Tres maestros del Derecho. Evocación de las figuras de los jurisconsultos Salvador de la Colina, Tomás Jofré y Máximo Castro" (conferencia), en *Revista de Derecho Procesal*, VIII: 3-4, Buenos Aires.
- LEVAGGI, ABELARDO (1979), "Desarrollo del Derecho Procesal argentino en la primera mitad del siglo XX", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene"*, 25, Buenos Aires.
- Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales. Discursos* (1939), Córdoba.

¹⁸ ALSINA, H. (1947), 318, 320, 329-331.

¹⁹ JOFRÉ, T. (1926), *Proyecto...*

²⁰ LEVAGGI, A. (1979), 315.

-SENTÍS MELENDO, SANTIAGO (1950), "La escuela procesal italiana. Su influencia sobre los estudios procesales argentinos", en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, CEDAM/Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova.

-SOSA LOYOLA, GILBERTO (1944), *La tradición jurídica de San Luis*, Instituto Cultural Joaquín V. González, Buenos Aires.

CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO ARGENTINO Y LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA.

(1880-1916)

Por Tulio Ortiz, Eduardo Barbarosch y Verónica Lescano Galardi

RESUMEN

Este artículo gira en torno a la hipótesis sobre la importancia que habría tenido la "intelligentsia" especialmente, la de la Facultad de Derecho (IBA) en la consolidación del Estado moderno argentino (1880-1916).

Legitimidad, educación y positivismo, tres tópicos articuladores del presente desarrollo.

PALABRAS CLAVES

Estado. Estado nación. Intelligentsia. Educación. Universidad. Facultad de Derecho (UBA). Contrato social. Libertad. Igualdad. Positivismo. Evolucionismo

UNIVERSITY EDUCATION AND THE CONSOLIDATION OF THE ARGENTINE STATE *(1880-1916)*

By **Tulio Ortiz, Eduardo Barbarosch and Verónica Lescano Galardi**

ABSTRACT

This paper deals with the supposition that the "intelligentsia", especially that of the Faculty of Law (UBA) had an important influence on the consolidation of the modern Argentine State" (1880-1916).

The three main topics of this work are: Legitimacy, Education and Positivism.

KEYWORDS

State. Nation. Intelligentsia. Education. University. Faculty of Law. Social contract. Freedom. Equality. Positivism. Evolutionism

CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO ARGENTINO Y LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA. (1880-1916)

Por **Tulio Ortiz***, **Eduardo Barbarosch**** y **Verónica Lescano Galardi*****

Prólogo

En este trabajo para la Revista electrónica los autores pretenden presentar un avance de sus investigaciones llevadas a cabo dentro del Proyecto UBACYT D008, titulado: Consolidación del Estado Nación Argentino. Rol de la intelligentsia de la época, en particular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Nuestra elaboración ha sido discutida en las reuniones periódicas y en el intercambio vía email, pero conservan su sesgo individual que es una de las características de los sucesivos proyectos de investigación que no descartan, inclusive, las controversias internas entendiéndolas ínsitas a la actividad científica y enriquecedoras del conjunto.

En la primera parte introductoria, que lleva por título aquel del proyecto de mención, llevamos al lector de la mano de toda la etiología de nuestro actual proyecto que continúa una línea inaugurada hace unos quince años. El principal eje está concentrado en la hipótesis de que el Estado moderno argentino es producto de condiciones externas e internas, una de las cuales fue la existencia de un grupo social al que calificamos de intelligentsia, en el sentido de intelectuales influyentes en el poder, que encontraron su espacio creador principal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

A través de sus estudiantes y profesores, la mayoría de los cuales eran egresados se fueron configurando elementos esenciales de la legitimación de sistema político consolidado en el año 1880, basados a su vez en un discurso histórico que encontraba las raíces de la validez normativa de la Constitución del 53 en los hechos que le precedieron.

Asimismo, esa legitimidad fue consolidada a través de su difusión por el sistema educativo implementado a través de la leyes como la 1420 y la Avellaneda referida a las Universidades, cuestión que analiza Verónica Lescano Galardi en el capítulo de su autoría llamado, *La educación como posible tópico*

* Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Director del Proyecto UBACYT D008. Doctor en Ciencias Políticas. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho. UBA.

** Profesor Consulto de Teoría y Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. UBA. Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho. UBA. Miembro Ubacyt D008.

*** Auxiliar docente en Teoría del Estado, Cátedra: Dr. Tulio Ortiz. En Sociología, Cátedra: Dres. Enrique Zuleta Puceiro-Enrique Del Percio. En historia del derecho: Cátedra: Dres. Maria Rosa Pugliese-Alberto D. Leiva. Doctoranda. Miembro adscripta al Instituto de investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio L. Gioja (FD.UBA). Miembro Ubacyt D008.

funcional al programa de Estado del período 1880-1920, donde afirma que "Desde un enfoque y análisis político la educación –especialmente, la universitaria- en Argentina durante el periodo comprendido entre los años 1890 y 1920 podría ser entendida como tópico funcional a un determinado programa de Estado cuyo fin último habría sido la consolidación de una particular unidad política, el estado nación", pormenorizando minuciosamente en varias páginas sus ideas centrales que rematan en párrafos conclusivos como aquel que considera que "fue aquí donde la educación en los diferentes niveles hace su rol más significante del momento en cuanto partiendo de un criterio de convivencia habría intentado trabajar las heterogeneidades propias de cada grupo social residente para alcanzar un resultado último cual la conformación de una Nación conteste a un Estado moderno, tal la propuesta para Argentina de la clase dirigente de esa época. Terminando su desarrollo al sostener que "Creemos que los diferentes movimientos y escuelas de pensamiento intelectual y científico que se plasmaron en Argentina están neta y profundamente vinculados a esa funcionalidad política -que destacamos- habría tenido la educación y particularmente la Universidad en nuestro país".

Finalmente Eduardo Barbarosch en el capítulo titulado: "*Algunas ideas preliminares para la investigación sobre la "cultura científica" de los años 1880 hasta 1916 y su influencia en la vida cultural y política del país*", aborda con certeza la ideas políticas predominante en aquellos años, sosteniendo que "Mi hipótesis central que enmarca este trabajo y que es continuación de dos anteriores, presupone la ausencia de un contrato social en la Nación Argentina, más allá de las normas constitucionales y legales que nos rigen, que permitiera un consenso superpuesto de doctrinas y concepciones políticas, morales y filosóficas, que conciliara el conflicto divisivo entre dos ideales igualmente relevantes como los de libertad e igualdad.

El eje principal de sus reflexiones son las ideas de Comte y Spencer que enmarcan el Positivismo de entonces (tan vigente como difícil de definir dada la maleabilidad del concepto). Bien afirma que "Entiendo que el sustento ideológico que daban ambas doctrinas, aunque no las únicas, permite, en parte, esclarecer aspectos relevantes de los desarrollos teóricos y decisiones prácticas de la elite dirigente de la generación del 80 hasta el centenario que me propongo desarrollar en el curso de esta investigación.

De tal modo quedan presentadas las páginas que siguen y puestas a consideración de la comunidad académica a fin de su debate, comentarios y observaciones que sin duda mejorarán nuestro aporte.

Tulio Ortiz, agosto de 2009.

Director Ubacyt D008.

Instituto de investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio L. Gioja.

Facultad de Derecho.

Universidad de Buenos Aires.

Consolidación del Estado nación argentino. Rol de la intelligentsia de la época, en particular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

I. Objetivos e hipótesis de la investigación.

A partir de 1993, desde cinco proyectos diferentes venimos estudiando el fenómeno de la Globalización en función de distintas perspectivas y áreas. Así el proyecto individual (1993/94) y luego los proyectos UBACYT DE025 (1995/1997) Análisis de la Revista Argentina de Ciencias Políticas y de la Revista de Filosofía, Ciencias, Cultura y Educación, al cual siguió el proyecto de investigación UBACYT TD05 (1998-2000) Globalización e Internet. Impactos multidisciplinares fueron muestra de ambas experiencias. El siguiente (2000/2003) titulado Origen del estado argentino a la luz de la época del Centenario y de la Globalización: una visión multidisciplinar que corresponde a la programación UBACYT D014, y el anterior D005 titulado Globalización y estado posmoderno. Transformación del Estado nación argentino.

Estos proyectos transitaron por un doble marco conceptual: el del estado nación y en el de la Globalización. Cuando abordamos en el primer proyecto (DE025) al Estado nación lo hicimos desde el punto de vista de la perspectiva que un sector de la clase dirigente tenía del proceso iniciado en 1880 con la consolidación del Estado argentino. Para eso analizamos a dos hitos de la cultura argentina, como los llamamos en aquella oportunidad. Las dos publicaciones precedentemente referidas aparecieron (y cesaron) prácticamente en la misma época y cual espejo de la intelectualidad de entonces, el menos de una parte importante, nos permitió llegar a conclusiones referentes a la relevancia que en el proyecto estadual de entonces tenía la situación mundial. En ese mundo en el que nuestro país se insertó sobresalían aspectos económicos, políticos y culturales en donde claramente estaba fijada una inserción en el modelo eurocéntrico, por entonces predominante.

En el segundo proyecto (TD005), siguiendo la misma línea de investigación, nos propusimos el abordaje más profundizado del fenómeno de la Globalización que a nuestro entender merecía un análisis interdisciplinario para detectar los principales impactos que había producido aquel fenómeno en donde, nuevamente, detectábamos claramente la distinción entre las esferas económicas, política y culturales. Por entonces habíamos comprendido que nuestro objetivo sería en lo sucesivo acotar el estudio de aquellos impactos a un terreno predominantemente político cultural. Por entonces habíamos detectado el esquema de análisis de Sklair que nos fue sumamente útil para ordenar los objetivos inmediatos y también los más lejanos, en función de futuros proyectos.

En el proyecto, (D014), siguiendo aquella tesitura fuimos en pos del impacto específico sobre el estado nacional argentino tomando dos épocas, la de la consolidación del Estado nación, conocida como época del Centenario, y el final del siglo XX, donde, en nuestra hipótesis la Globalización se encontraba en una etapa diferente de la anterior (a la cual Robertson- 1993- llama del despegue de la Globalización).

En el proyecto anterior, D005, hemos estudiado el impacto de la Globalización en los estados nacionales, en particular en el nuestro lo que nos ha permitido admitir como válida la hipótesis planteada en su presentación en cuanto a que ésta ha originado una serie de cambios profundos que nos permiten hablar de un estado moderno en vías de transformación o estado posmoderno, tal como lo denominamos.

En este nuevo proyecto nos proponemos analizar la actuación de la intelligentsia argentina en la consolidación del Estado moderno dentro del marco mundial de entonces que, al decir de autores como Bauman es similar en cuanto a sus efectos a la Globalización actual. Dentro de ese amplio espectro ceñiremos nuestro análisis a la intelectualidad emergente de la Universidad de Buenos Aires y en particular de la Facultad de Derecho de entonces.

Para ello partimos de varias hipótesis teóricas ya que consideramos que en todo trabajo de índole humanístico las mismas están sometidas a una continua revisión (Glaser y Strauss), esto es así en virtud de que el conocimiento o la teoría se va construyendo a medida que se avanza en el análisis de los datos. En realidad, nos movemos con categorías conceptuales y propiedades que pueden cambiar en el transcurso de la investigación. En consecuencia las hipótesis de las que se parte serán las siguientes.

Que nuestro estado moderno se origina hacia 1880 momento casi coincidente con la que se denomina fase de despegue de la globalización, o etapa internacional del capitalismo coincidente con la de la consolidación de las sociedades nacionales y a partir del cual se suceden diversas etapas que ya señalamos siguiendo a Pasquino,

Que la existencia del estado nacional moderno está sustentado en dos legitimidades. La histórica y la normativa.

Que existieron, sucesivamente, distintos estados premodernos a partir del momento de la independencia del sistema colonial.

Que este proceso está enmarcado en otro más general que sostiene que aquel es parte o está incluido dentro del sistema global que imperó a partir de principios del siglo XVI, como cajas chinas o subsistemas de un sistema que lo comprende.

Que en el proceso de legitimación el rol de la intelligentsia es fundamental.

Que, consecuentemente, dentro de tal concepto el rol de la intelligentsia universitaria es primordial.

Que dentro de la intelligentsia universitaria de la época, la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires tuvo un papel protagónico de suma importancia en cuanto a generar ideas y acciones tanto individuales como colectivas que contribuyeron a la consolidación del Estado Nacional.

Estado de avance del proyecto

Luego de la sanción de la Constitución de 1853 y la unificación final de la República Argentina en 1862, se consolida - alrededor de 1880- el estado moderno argentino (Crawley, 1987). Pasquino (1995), considera que los estados modernos siguen un típico desarrollo en cinco etapas: integración, identidad,

legitimidad, participación y distribución. Estos conceptos que adoptamos tienen la ventaja de simplificar, aunque no agotar, la realidad del desarrollo del proceso histórico. En la etapa de consolidación existen, tal como analizamos en nuestros anteriores proyectos, las dos legitimidades básicas del estado nación, es decir la legitimidad normativa y la legitimidad histórica. Lo que ocurre es que entre ambas legitimidades existe una suerte de interacción permanente. En el caso del Estado nación argentino esto se aprecia claramente. En nuestro concepto, existieron, al momento de la consolidación del Estado, dos legitimidades, la normativa, centrada en la Constitución de 1853, sus pactos y acuerdos anteriores y posteriores, y la legitimidad histórica, fundada en la historia oficial, que algunos denominan liberal. Cada una con sus propias esferas, pues desde el punto de vista ontológico son diferentes aunque, y esto nos parece importante aportarlo como reflexión, no solo coexistieron, sino que además interactuaban entre sí, lo que nos hace deducir que son partes de un sistema en donde, por definición la modificación de un elemento o componente modifica los demás. Veamos cómo interactuaban. En primer lugar, constatamos a la historia oficial que necesita de la legitimidad normativa. ¿Cómo es esto? Es muy simple y muy interesante. La legitimidad de la historia oficial dependía de la legitimidad de la clase política que la utilizaba como ideología o justificación de su poder. Esta clase política precisaba –sobremanera antes del proceso iniciado por Sáenz Peña –, de la Constitución de 1853 para ejercer el gobierno. Sin la Constitución del 53 no hubieran sido legítimas ni las denominadas presidencias nacionales (1862/80), ni el programa del 80, ni – extremando el análisis- la ley Sáenz Peña y la participación política inaugurada entonces. Pero esta legitimidad normativa que la Constitución del 53 le transmitía a la clase política, era retribuida por esta, confiriéndole legitimidad histórica a la Constitución del 53. El relato histórico, pues, puede lograr tanto un efecto como el otro, legitimar o deslegitimar. A la historia oficial no le bastaba con argumentar que la Constitución de 1853 era válida en función de los pactos preexistentes, o por haber sido sancionada por una Convención Constituyente. Eso era suficiente en el ámbito jurídico pero no en el ámbito histórico. Detrás de la Convención Constituyente y del Acuerdo de San Nicolás estaba la victoria de Caseros y a ella se la debía justificar. Si Caseros era el resultado del triunfo de la libertad sobre la tiranía, de la justicia histórica sobre la falla histórica, todo lo subsiguiente debía quedar justificado por consecuencia. De la legitimidad de Caseros dependía la legitimidad de la Constitución del 53 y de ella, a su turno, la justificación de la clase gobernante para, inclusive, construir la legitimación histórica. En este proceso de legitimación la intelligentsia cumple un rol fundamental. Como así también en la acción política, social y aun militar. Es aquí donde buscaremos detectar, específicamente, el rol de la intelectualidad que tenía como espacio la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, antes y después de 1880.

La educación como posible tópico funcional al programa de Estado del periodo 1880-1920.

Introducción

Desde un enfoque y análisis político, la educación –especialmente, la universitaria- en Argentina durante el período comprendido entre los años 1890 y 1920¹ podría ser entendida como tópico funcional a un determinado programa de Estado cuyo fin último habría sido la consolidación de una particular unidad política, el estado nación, conllevando esto, por consiguiente, a su interior tener que construir una Nación determinada. Es de tal modo que entendemos que lo acontecido -en cuanto a criterios de ideas adoptadas durante esos 30 años referidos, en la educación argentina- estaría netamente vinculado, políticamente, con el modo de percibir al otro, otro que en nuestro caso destacaremos en la figura del inmigrante².

Por lo expresado proponemos una suerte de somera reseña de particulares características y rasgos que fueron haciendo al contexto socio-político de la época en el campo educativo.

Desarrollo

Durante los treinta años puestos por nosotros a estudio se sucedieron a propósito de las diversas corrientes inmigratorias acontecidas en Argentina particularmente luego de 1870, un sinfín de formulaciones y re-formulaciones sobre la percepción del otro, en el caso, del extranjero-inmigrante y, su eventual, si se quiere, funcionalidad para y en, un determinado programa de Estado (refiriéndonos por tal al desarrollado por la Generación del '80), de tal suerte que dos conceptos advinieron, el de Nación y el de nacionalidad.

De la mano del primero existen diversas controversias en cuanto al momento en el que se encontraría consolidada, como en el caso que nos recuerda Santi³ sobre la posición de Levene cuya Historia argentina la hace culminar en 1860 incluyendo consiguientemente en ella la consolidación de la Nación.

¹ No obstante que el Proyecto Ubacyt D005 dentro del cual estamos trabajando centra su atención en la Argentina del 1900 a 1916 a los fines de descripción y exploración propios del presente acápite hemos extendido el universo de nuestro país al periodo que va desde 1890 a 1920, haciendo -en la parte correspondiente- incluso, alguna mención, en cuanto a los alcances de ciertos criterios educacionales, en tanto a sus consecuencias, hasta el año 1960.

² El presente trabajo es un adelanto de un estudio mayor que estamos realizando dentro del proyecto Ubacyt de mención, a propósito del contexto dentro del cual se fueron generando ciertas representaciones sociales con particulares consecuencias en el ámbito de la política, vinculando esto, al especial tipo de criterio de sociabilidad imperante en la época.

³ Santi, Isabel. *Algunos aspectos de la representación de los inmigrantes en Argentina*, Amerique Latine Histoire et Memoire. Les cahiers ALHIM, 4/2002. (en línea) 13 mayo 2005. URL: <http://alhim.revues.org/index474.html>. Consultado 18 de junio de 2009.

Para otros sería la Generación del 80 la que habría estado a cargo de la formulación y consolidación de aquella⁴.

Del lado de la nacionalidad la referencia inmediata que surge es el Preámbulo de la Constitución argentina de 1853 en cuanto a: "todo hombre de buena voluntad que quiera habitar el suelo argentino".

De lo mencionado podemos observar que abrir las puertas territoriales implicó una apertura al mundo pero no, cualquier modo de tal sino, antes bien, conllevó la precisión de un tipo de representación social cual la del inmigrante.

Así comenta Santi⁵:

"a fines del siglo XIX, llegan inmigrantes de origen casi exclusivamente europeo, con un tope en 1914, año en el que en Buenos Aires había mas extranjeros que argentinos. El balance neto de la migración (entre llegadas y retornos) entre fines del siglo XIX y 1970 fue evaluado en 5.300.000 personas, lo cual representa el 38 % de la inmigración neta recibida, en el mismo periodo, por el conjunto de América latina y Caribe". (Santi, 2002)

Lo citado nos lleva a pensar que el hecho de la apertura y recepción que hemos destacado implicó para el sujeto receptor -Argentina- un significativo planteamiento de convivencia social, cultural y política. Y, particular significado habría tenido en cuanto a la portación por parte de esos titulares inmigrantes de lenguas, creencias, costumbres, religiones, etc.... distintas y heterogéneas a las del lugar de llegada. (Observemos que los elementos que acabamos de reseñar son los que componen los elementos objetivos y subjetivos del concepto de Nación).

Así estos grupos sociales que arribaban no eran "tablas rasas" muy por el contrario, se trataba de portadores de ciertos tipos identitarios que en muchos de los casos, incluso, habrían constituido el motivo de persecución y correlativamente razón explicativa de su desembarco en estos territorios.

Lo expuesto nos lleva a sostener que para el período 1890-1920 el panorama poblacional en Argentina habría resultado en un complejo y variado grupo social no ya en la discurso sino en la articulación de su interacción socio-política. En este contexto es donde entendemos que la educación se torna no ya solamente uno de los pilares sustanciales en lo que a formación se refiere sino, antes bien, en la funcionalidad que adquirirá en relación a particulares programas de Estado moderno. Así la educación pensamos que habría entrado a circular como instrumento de "formateo" y las más de las veces de "re-formateo" social, cuyo fin habría sido llegar a una cierta homogeneidad del grupo social macro conformante de la sociedad de finales del siglo XIX y de las iniciales décadas del siglo XX.

Con este enfoque político lo que habría venido a suceder en nuestro país fue el desafío al que se enfrentó nuestra clase dirigente en cuanto a tornar con posibilidad de convivir diversas idiosincrasias colectivas, muchas de las veces, diametralmente opuestas a las conocidas en el ámbito local.

⁴ Ortiz-Lescano Galardi,(2006), *Hacia un Estado posmoderno? Transformación e identidad*, en Ortiz-Pardo (comp.), Estado posmoderno y globalización. Transformación del Estado nación argentino. Depto. Publicaciones. FD/UBA. Págs.3 y ss.

⁵ Santi, Isabel. Op.cit.

Se inicia, pues, un proceso en el mundo educativo que entendemos políticamente relevante -en cuanto a haber sido actos de fundación- de tres etapas:

- 1) 1884: la sanción de la ley 1420, de enseñanza primaria, laica, obligatoria, gratuita y común para todos lo que residían en nuestro suelo.
- 2) 1885: ley de universidades nacionales; y
- 3) 1918: la reforma universitaria en Córdoba.

Con ellas resultaron dos ejes viscerales en la consolidación tanto de la Nación como del Estado moderno argentinos. Por un lado la educación primaria con la que se pretendió bajar hasta hacer desaparecer la analfabetización. En este caso, el grupo social sobre el que recaía esta acción eran los menores de edad (si, tabulas rasas) y mayores que no sabían leer, escribir, etc...

Del otro lado nos encontramos con la apertura a que la mayor cantidad de personas pudieran, a su tiempo (y de modo muy gradual según se tratara del período hasta 1916 y su posterior), acceder a la profesionalización de sus conocimientos, aquí pues el rol principal de la Universidad.

¿Cuál era la idea que se amparaba al fondo de todo este enfoque educativo-formativo? La idea de progreso. Y esta idea venía de la mano de un criterio adoptado de explicar el mundo, cual el positivismo. Ya décadas antes del periodo que estamos analizando Sarmiento le había escrito a Francisco P. Moreno⁶:

"las ideas evolucionistas de Spencer que he proclamado abiertamente en materia social, dejando a usted y a Ameghino las darvinistas, si de ellas los convence el andar tras su ilustre huella. Con Spencer me entiendo, porque andamos el mismo camino". (Sarmiento,1900,322-3)

De tal forma que hasta llegados los años 20 las ideas de Darwin, Comte, Spencer, Lamarck, Hackel, Mendel, De Vries, Pearson, Galton, Reclus, Weissman, Wallace, Bateson, etc.. comenzaron, no ya a circular en nuestro ámbito local, sino a ser adoptadas y re-formuladas muchas de las veces para sostener y "renovar" el criterio de positivismo asumido por la clase dirigente, particularmente la roquista en la faz educativa-intelectual, consiguientemente de formación cultural, científica e incluso política.

En este sentido han sostenido Vallejo – Miranda⁷:

"Las nociones de evolución y revolución, como respuestas a la ampliación de derechos, condensaron alternativas conformadas en la interacción permanente en hipótesis que atravesaron tout court los campos biológico, político y social. Ellas quedaron inmersas en las polémicas desatadas por hipótesis emergentes de las ciencias naturales, sobre todo desde que la teoría de la selección y la variabilidad de Charles Darwin fuera ensamblada con el pensamiento sociológico de Herbert Spencer, para hacer de una originaria explicación naturalista un refuerzo científico a la positivista ley del progreso indefinido enunciada por los primeros teóricos del ultraliberalismo inglés." (Vallejo – Miranda:2000,409)

⁶ Sarmiento, Domingo. F., *Conflictos y armonías de las razas en América*, en Obras completas A,Belin Sarmiento BS.AS. 1900 Vol. XXXVIII pags.322.323, citado en Vallejo-Miranda (2004), *Evolución revolución: explicaciones biológicasde utopías sociales*, en Biagini – Roig, *El pensamiento alternativo en Argentina en el siglo XX*, pag 405.

⁷ Vallejo-Miranda, op. cit. pag. 409

Desde el campo netamente político la finalidad de esta recepción de ideas en nuestro fuero habría sido procurar dar respuesta a acontecimientos trascendentes como la III Internacional (relación de evolución-revolución) y la Reforma universitaria. Sobre esta última Vallejo Miranda afirman:

"La idea mutacionista de saltos en la evolución social tuvo como manifestación palpable en la inédita postura asumida en la Argentina por los jóvenes que protagonizaron la Reforma universitaria de 1918".(Vallejo – Miranda:2000,409)

A esto debe sumársele la significación alcanzada con la sanción de la Ley Saenz Peña de sufragio universal (aunque sólo incorporaba a los hombres mayores de edad).

Con lo expresado observamos que la conformación del contexto social va realizando un pasaje de Argentina en tanto Estado moderno de un modelo en el que los diversos actores sociales de pasivos (en sus diversas modalidades e intensidades de pasividad) en el decurso de las décadas, irían adquiriendo una actividad que generará como resultado operativizar el criterio de ciudadano.

Ahora bien, la propia dinámica de los diferentes grupos y actores sociales comportó una dialéctica que también le fue propia. Así pues y volviendo al ámbito educativo ante el positivismo imperante en tiempos de 1900-1910 surgieron, especialmente, dos enfoques de ideas: el antipositivismo por un lado y del otro el reformismo (cuyo momento de vigor habría sido entre el `10 y el `20). Sólo nombraremos el rol que jugó el criterio de la Escuela nueva o escolanovismo en el ámbito educativo tanto escolar como universitario, en donde las ideas de Dewey, Decroly, Montessori, etc.. fueron ganando cierto terreno en la escena local, especialmente, exploratorio⁸.

El último rasgo que nos interesa destacar es el atinente al dominio científico en nuestro país, que durante los años 1900-1925 se propuso como meta alcanzar el nivel científico internacional por lo que fue el periodo más fértil en cuanto a actos de fundación de la ciencia local, surgiendo los principales centros de investigación y desarrollo científico, particularmente en las ciencias naturales y las llamadas duras. Paradójicamente en este caso, la significación de convivencia fue la inversa a la expresada anteriormente en cuanto no fue preciso "formar" inmigrantes sino que estos en tanto relevantes científicos mundiales fueron contratados por Argentina para que prestaran su contribución en la gestión de creación y posterior consolidación científica⁹.

A modo de conclusión

La idea de este acápite, como ya habíamos expresado fue hacer una sucinta revisión de ciertos tópicos, conceptos e interacciones que nos permitieran reflexionar en torno al rol de la educación en Argentina durante el periodo 1900-1916, aunque a los fines prácticos nosotros lo extendimos entre los años 1890 y 1920.

⁸ Será recién en la década del 60 alcanzarán su apogeo estas ideas y entrarán a jugar en la formación de la docencia universitaria particularmente con la obra de Lourenco Filho

⁹ Recuérdese el caso del matrimonio Bose-Heiberg o de Gans entre tantos otros.

Como hemos tenido como enfoque analítico el político, partimos de creer que la política es cierto tipo de convivencia. Por consiguiente importa el uno y lo otro. En este estudio hemos trabajado al otro en cuanto a su percepción en la figura del inmigrante y lo hemos hecho interactuar en un marco de funcionalidad del rol de la educación como entendemos se presentaron las cosas al momento de la decisión de una clase dirigente (la del 80) de consolidar el Estado argentino, como un estado nación y/o eventualmente como estado en sentido moderno. Pensamos que el hecho de habernos abierto a receptor a todo hombre de buena voluntad comportó un modo de representación social del inmigrante en el discurso que posteriormente fue preciso trabajar en cómo hacerlo operativo.

Que fue aquí donde la educación en los diferentes niveles hace su rol más importante del momento en cuanto, partiendo de un criterio de convivencia, habría intentado trabajar las heterogeneidades propias de cada grupo social residente para alcanzar un resultado último cual la conformación de una Nación en consonancia con un Estado moderno, tal la propuesta para Argentina de la clase dirigente de esa época¹⁰.

Creemos que los diferentes movimientos y escuelas de pensamiento intelectual y científico que se plasmaron en Argentina están neta y profundamente vinculados a esa funcionalidad política que, destacamos, habría tenido la educación y, particularmente, la Universidad en nuestro país.

Finalmente, que el resultado que importó avances y retrocesos varios durante décadas no obstante, terminó por generar una idiosincrasia colectiva profesional y científica coherente, muchas veces más allá y, a partir de propios criterios ideológicos de los particulares individuos. No creemos que el trabajo esté acabado completamente, pues tampoco creemos que deba acabarse en sentido estricto y que justamente es el ámbito educativo, en el caso universitario, el llamado a ser fuente de recepción de la diversidad, por cuanto hemos considerado tan significativo la realidad de inmigración receptada por Argentina en el periodo de análisis contemplando no caer en la atomización ni social ni política ni cultural.

¹⁰ Justo es destacar que entre 1890 y 1920 en puridad se presentaron dos modelos de gobiernos y lo que se ha llamado de "repúblicas". Esto es, la restringida hasta el 16 y la participativa o popular a partir de ese año. No obstante desde los criterios que hemos sostenidos no vemos un cambio de modo tajante en materia educativa sino de largo decurso de "va et vient" lo que nos ha llevado a la composición discursiva que nos precede.

Algunas ideas preliminares para la investigación sobre la "cultura científica"¹¹ de los años 1880 hasta 1916 y su influencia en la vida cultural y política del país.

El contrato social ausente

Introducción.

Mi investigación actual dentro del proyecto D008 abarca el período que va de los años '80 del siglo XIX a unos años más allá del Centenario.¹² Mi hipótesis central que enmarca este trabajo y que es continuación de dos anteriores¹³, presupone la ausencia de un contrato social en la Nación Argentina, más allá de las normas constitucionales y legales que nos rigen, que permitiera un consenso superpuesto de doctrinas y concepciones políticas, morales y filosóficas, que conciliara el conflicto divisivo entre dos ideales igualmente relevantes como los de *libertad e igualdad*.

En el período en estudio, la influencia de las concepciones positivistas, evolucionistas y biólogos no podían contribuir desde el punto de vista filosófico, a superar el conflicto que dividía a la sociedad en torno a problemas centrales tales como las libertades políticas, las discriminaciones sociales de orden elitista, el avance del racismo y los problemas de justicia social básicas,

Halperín Donghi, en su trabajo "Un nuevo clima de ideas"¹⁴ propone ese mismo interrogante vinculado al mismo período: "Si es de veras posible la república verdadera, la que debe ser capaz de armonizar "*libertad e igualdad*" y poner a ambas en la base de una fórmula política eficaz y duradera" Para este autor sólo Sarmiento desde su vehemente campaña periodística se proponía apostar por esa conciliación, aunque en sus últimas épocas lo era con clara desesperanza y preocupación. Un nuevo núcleo de la clase media constituida por inmigrantes en la Capital, podría contribuir a la democratización de la política para equilibrar el predominio de una elite parasitaria del Estado. Contaba en ese aspecto Sarmiento con la extensión de una ampliada clase propietaria¹⁵ que podría tener un influjo necesario en una nueva política democrática. Sin embargo, esos ideales sostenidos en soledad en aquellos tiempos, ya en el ocaso de la vida de Sarmiento, no tuvieron eco frente a las nuevas ideas emergentes, cuyo origen no

¹¹ Tomo esta denominación prestada de la lúcida obra de Oscar Terán. "Vida intelectual en el Buenos Aires fin- de-siglo- (1880-1910) Derivas de la Cultura Científica", quien considera a la expresión mucho más inclusiva que la de "positivismo", la que se adecua a las ideas de los distintos protagonistas de la época que él trata en su obra y que son: Miguel Cané, José María Ramos Mejía, Carlos Octavio Bunge Ernesto Quesada y José Ingenieros.

¹² Como lo admiten Gustavo Ferrari y Ezequiel Gallo en "La Argentina del Ochenta al Centenario. El período que corre entre 1890 y 1910 (o 1914 o 1916) fueron considerados como de fundamental importancia en la consolidación de las instituciones que hoy nos rigen y en la configuración de la sociedad en la cual vivimos.

¹³ Barbarosch, Eduardo; El contrato social ausente en Estado posmoderno y globalización. Transformación del Estado Argentino, pp. 29 -50. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho/UBA.2006. La incidencia de la filosofía política del utilitarismo y otras ideas cosmopolitas en la formación del Estado-nación argentino y el contrato social ausente, en Desigualdades sociales y Estado. Un estudio multidisciplinar desde la posmodernidad. Departamento de publicaciones. Facultad de Derecho. UBA. 2008.

¹⁴ Cf., ob. cit, nota 2 p.23.

¹⁵ En estas ideas sarmientinas ya tan lejanas se pueden encontrar reverberaciones en las ideas de filósofos contemporáneos como las de Rawls, con su idea de una democracia de propietarios.

era necesariamente local, sino que eran parte del clima de ideas socioculturales y presuntamente científicas del mundo europeo.

La brecha que en la realidad divide la posibilidad de conciliar ambos ideales para dar el paso desde "la república posible a la república verdadera", es el escollo trágico de una nación que vive en conflicto permanente, dividida no entre adversarios que discrepan razonablemente, sino, por el contrario en un conflicto en el que siempre reverbera la antinomia imaginada por el teórico Carl Schmitt, entre amigo-enemigo¹⁶, que concluye con la extinción de uno de ellos como resolución de un conflicto visceral que puede tener su origen en un enfrentamiento religioso, moral, económico, étnico que se transforma en un enfrentamiento político si es lo bastante fuerte como para reagrupar efectivamente a los hombres en amigos y enemigos.¹⁷

El período del Centenario que consideraremos se iniciaba con una invocación de Roca, muy ilustrativa y poco proclive a darnos que pensar que este conflicto divisivo, nos permitiera dar el paso necesario hacia la república verdadera.

"Paz y administración" fue el lema con el cual el general Julio A. Roca iniciaba su período presidencial el 12 de octubre de 1880. Parecía que quedaban atrás las luchas intestinas, y se creía en ese momento, sin mayores objeciones o críticas, que la "eliminación" de la "presión india"¹⁸, permitiría pasar a un país diferente de paz y progreso.¹⁹

¿Cuál era el clima filosófico, científico, cultural, político, que se vivía en esa época; quiénes eran los principales protagonistas; de dónde provenían sus ideas, que participación tuvieron en la vida universitaria y en particular en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales? Las respuestas a estos interrogantes nos permitirán comprender los beneficios y las desventajas del Centenario. No se puede hablar de un balance negativo absoluto, por el contrario, sería reprochable no admitir las ventajas que en términos relativos se generaron en ese período. Sin embargo, debemos tener en cuenta el espíritu de la época, las ideas que prevalecían y que admiten críticas sustantivas, pues muchas de ellas condujeron, al país a la imposibilidad de concretar instituciones que mantuvieran vigencia permanente, y en el mundo entero al desencadenamiento progresivo de las dos grandes guerras mundiales que asolaron a la humanidad en el Siglo XX.

Considero indispensable, para ubicarnos en el espíritu de la época, comprender las ideas centrales de los protagonistas y en particular las de Carlos Octavio Bunge, quien se posiciona como un seguidor, aunque no siempre consecuente, de Comte y Spencer. Analizar y ubicar el pensamiento de estos últimos

¹⁶ Cf. Loris Zanatta: en *Del Estado liberal a la Nación católica. Iglesia y ejército en los orígenes del peronismo. 1930-1943*, p.16 Universidad Nacional de Quilmes. 1996. reimpr. 2002

¹⁷ Cf. Carl Schmitt, "El concepto de lo "político" Edición mexicana 1985 Folio Ediciones S.A.

¹⁸ Cf. Isidoro J. Ruiz Moreno "La primera presidencia del General Roca" en *La Argentina del Ochenta al Centenario*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1980

¹⁹ Compárese ese pensamiento de época, con el de la actualidad y lo dispuesto por el art. 75, inc.17 de la Constitución nacional. Parece que tardíamente se reconoce, casi sobre el Bicentenario, que la política militar llevada a cabo en aquél período no merecía ni la admiración ni el respeto que se le atribuyó en su momento.

autores merece, en consecuencia, un estudio preliminar para continuar con las hipótesis planteadas en este trabajo.

Algunas reflexiones vinculadas con la “filosofía positivista” de Augusto Comte y “evolucionista” de Herbert Spencer.

Existe una controversia en la que suele predominar la tesis de que Comte de ninguna manera puede ser considerado un positivista.²⁰ La segunda fase de su obra que fue caracterizada principalmente la “religión de la humanidad” no sería otra cosa que la consecuencia natural de toda la filosofía positiva construida anteriormente, una conclusión armoniosa más que una negación de la misma.

La ley de los tres estados es la parte de su teoría más conocida. La historia del espíritu humano habría pasado por tres etapas: el estado teológico, que progresa del fetichismo hasta el monoteísmo, pasando por el politeísmo, era el más primitivo de la vida social.

En ese período las preguntas del “¿por qué?” de los fenómenos, se contesta construyendo a su propia imagen divinidades que explican el mundo. Existía una concepción del mundo de naturaleza normativa, la culpa y el castigo dominaban la explicación que se daba de las relaciones fenoménicas entre los hechos. Afirma Comte, que este tipo de actitud que comienza con el fetichismo, es una manera de aproximarse al saber para descubrir las relaciones ocultas entre los hechos, como el movimiento de los astros y luego hacer cálculos para prever los movimientos futuros. El paso al monoteísmo que predomina en la Edad Media, no es un retroceso para Comte, pues la consideraba una fase necesaria del desarrollo intelectual de la especie humana.

Para él sin embargo, la etapa o fase metafísica genera una apertura en el desarrollo de la humanidad. Aquí no se intenta descubrir las causas de los acontecimientos fuera de la naturaleza. Se interroga siempre sobre la “naturaleza” de las cosas. No existe intervención de fuerzas sobrenaturales. Pero ese interrogante sobre la naturaleza, así planteado, “lleva a un monoteísmo profano que reúne la multiplicidad de las potencias escondidas en el único concepto general de “naturaleza” dotado del poder de explicar todos los hechos”²¹ El estado positivo, el último estadio, investiga como los fenómenos nacen y se desarrollan. La pregunta ya no es por la “naturaleza” del calor, ni por la “naturaleza” de la vida. Las descripciones sobre las leyes del “calor” se vinculan con regularidades cuantitativas; la elaboración de las leyes de la estructura de los organismos, no pretenden dar respuesta sobre la naturaleza de la vida. Se busca con mayor o menor grado de certeza descubrir leyes de naturaleza universal que incluyan a este tipo de fenómenos. La descripción de Newton, por ejemplo, de los fenómenos del movimiento y la atracción no intenta especular sobre la “esencia” del cuerpo y del movimiento.

Un aspecto fundamental de la teoría de Comte se vincula con la “sociología científica” Para él todas las teorías del contrato social se fundaban en una falsa filosofía individualista. El error residía en

²⁰ En este desarrollo sigo a Leszek Kolakowski en su obra: La filosofía positivista. Cátedra Teorema.1979.Madrid.

²¹ Leszek Kolakowski, ob.cit. p.75

acordar una realidad a los individuos humanos, mientras que se veía a la colectividad como un mecanismo arbitrariamente construido. Su sociología positiva partía de una idea contraria: los individuos son construcciones del intelecto y es la sociedad la que tiene la propiedad de ser real. De ahí deriva Comte que la vida social es tan natural como las funciones orgánicas de los seres humanos. Los individuos viven en sociedad no porque esperen una mejor vida en sociedad que la de vivir aislados. El sistema de cooperación social no es consensuado sino que es el resultado de la naturaleza de su especie. Por ende, se le ocurre que la división social en castas o clases es equivalente a la diferenciación de las funciones de los órganos de los seres vivos. Sigue con conclusiones que no se compadecen con una epistemología positivista. Así afirma, del mismo modo que el sistema solar, los astros y las especies biológicas son inmutables, también lo es el organismo social.²²

Las revoluciones sociales son incapaces de destruir las estructuras. Son momentos de desorden que cambian nada más que las formas de las sociedades. Las instituciones fundamentales de la sociedad se habrán de mantener y en particular la autoridad profana y la autoridad espiritual. Así, el principio que dividía la autoridad entre el Papa y el emperador, concluirá dividiéndose entre el sabio y los industriales. No hay un gobierno racional de la sociedad por los errores de la Ilustración. La propagación del saber positivo y la emancipación de la razón permitirán alcanzar, según las proposiciones de Comte, el espíritu positivo. Este espíritu positivo se transforma en la religión de la humanidad. La religión positiva reemplaza a la teológica. La autoridad eclesiástica más alta será el Papa positivo, quien compartirá el poder con las denominadas autoridades profanas.²³ El estado positivo era el último estado y de esa manera creía en el fin de la historia.

Está claro que la teoría de Comte se encuentra plagada de afirmaciones dogmáticas que no se compadecen con ninguna comprobación empírica. Su actitud aparentemente fenomenalista frente al mundo no se compadece con sus predicciones proféticas acerca de la sociedad futura. De ahí que se entienda que estaba ya implícita en el origen de su obra una doctrina de carácter mesiánico como la que culmina en una nueva religión para la humanidad.

Las ciencias biológicas influyeron notoriamente en las formulaciones del positivismo del siglo XIX. La teoría de la evolución, no siempre entendida de manera correcta, provocó en muchos pensadores ideas que se pensaron científicas y originales, cuando más bien se apartaban notoriamente de la metodología científica y eran huérfanas de comprobación empírica. En primer lugar, en el caso de Herbert Spencer dio lugar a una teoría que se denominó: "el positivismo evolucionista" Esta teoría predicaba una imagen del mundo en la que todos los aspectos de la existencia humana podían reducirse a aspectos biológicos. En tanto que todas las instituciones sociales pueden reducirse a mecanismo de supervivencia biológica.²⁴ Darwin entendía que ciertas mutaciones contingentes en organismos vivos, las cuales se revelaban más tarde, eran favorables o nocivas para la existencia. La existencia dependía, entonces, de esas

²² Ibid., p.83

²³ Ibid., p.84

²⁴ Ibid., p.112

adaptaciones contingentes, pero ningún fin o valor era intrínseco a ellas. Pero la noción de evolución aplicable a organismos biológicos implicó un salto cualitativo, pero erróneo de Spencer hacia su aplicación a la esfera social. Ahora, Spencer sin apoyatura científica supuso que ciertas regularidades biológicas podían ser aplicadas a todos los comportamientos e incluso las instituciones sociales configuradas por seres humanos. En verdad, la tesis de Spencer estaba orientada a sostener que el ideal del conocimiento requería una fórmula unificada que podría expresarse en un único lenguaje aunque de maneras múltiples. Todas las manifestaciones dadas en el mundo responderían a una sola causa. En el fondo, en su teoría subyacía una concepción metafísica del mundo. En un extenso desarrollo discursivo, sin corroboración científica, intentaba demostrar cómo partiendo de supuestas estructuras físicas homogéneas se pasaba a formas heterogéneas. Ese discurso incluía al sistema solar y a la especie humana. Su teoría admitía que la división en razas era el resultado necesario del paso de lo homogéneo a lo heterogéneo. La conformación de distintas sociedades humanas, que si habían sido homogéneas en algún momento, comenzaron a diferenciarse por la división del trabajo. Así se llegó a la diferenciación entre gobernantes y gobernados, autoridades religiosas y profanas, en castas y clases. La diferenciación era el producto de un dinamismo endógeno. La idea de Spencer sobre el progreso reside no en su carácter contingente, ni es obra de la voluntad humana. La necesidad de mutaciones produce este proceso que resulta favorable a la especie humana. Spencer llegó a imaginar una fisiología trascendental. Bajo esta influencia compara mecanismos biológicos con instituciones políticas y sociales. En aquellos aspectos vinculados a la economía en la sociedad esta teoría confluía en un apoyo a la economía de tipo capitalista; a la libre concurrencia; al libre juego de las fuerzas, con un fundamento en las teorías biológicas. Esa tesis biológica aplicada a la economía permitía explicar y justificar la superioridad de los más aptos, sobre aquellos que eran incapaces de sobrevivir en una economía de libre concurrencia por su propia ineptitud. La biología ahora se encontraba al servicio de la economía y el supuesto determinismo biológico podía explicar, sin ningún reparo, cuales eran las causas de la heterogeneidad que implicaba en términos reales la división entre individuos económicamente aventajados y aquellos que no lo eran. Marginación y pobreza eran el resultado de condiciones biológicas insuperables.

Entiendo que el sustento ideológico que daban ambas doctrinas, aunque no las únicas, permite, en parte, esclarecer aspectos relevantes de los desarrollos teóricos y decisiones prácticas de la elite dirigente de la generación del 80 hasta el centenario que me propongo desarrollar en el curso de esta investigación.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS DOCUMENTOS CONSTITUCIONAIS ALEMÃES DE 1850 A 1871

Por Marco Aurelio Peri Guedes

RESUMO

Processo histórico de luta e conquista dos direitos fundamentais de primeira geração (liberdade) nos Estados germânicos, ao longo do século XIX. Análise dos documentos políticos alemães do século XIX.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional - História política alemã - Direitos fundamentais - Documentos políticos alemães no século XIX.

FUNDAMENTAL RIGHTS IN GERMAN CONSTITUTIONAL DOCUMENTS: 1850 - 1871

By **Marco Aurelio Peri guedes**

ABSTRACT

Historical process on the struggle and conquest of the first generation's fundamental rights (freedom) on the german states, throughout the XIX century. Analysis of the political papers of the XIX century.

KEYWORDS

Constitutional Law - German political history - Fundamental rights - German political documents of the XIX century.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS DOCUMENTOS CONSTITUCIONAIS ALEMÃES DE 1850 A 1871

Por Marco Aurelio Peri Guedes*

1. Introdução.

O presente trabalho tem por objetivo estabelecer um quadro dos Direitos Fundamentais nos documentos constitucionais alemães de 1850 a 1871. Não foi nossa intenção elencar as principais teorias acerca destes direitos. Pelo contrário, optamos por adotar a metodologia descritiva como sendo a melhor maneira de propiciar ao leitor interessado pelo tema um panorama histórico-político dos Direitos Fundamentais nas Cartas constitucionais (documentos políticos outorgados pelos governantes) e Constituições alemãs (documentos políticos fundamentais de origem democrática, elaborados por representantes eleitos pelo povo).

Cada documento analisado reflete no rol dos Direitos Fundamentais os valores e princípios de suas épocas, o desenlace dos acontecimentos políticos e as relações de poder então existentes, a exemplo do que assinalara Ferdinand Lassale em obra clássica do direito constitucional (1988: 67).

Por serem os Direitos Fundamentais frutos de embates e conquistas históricas da nascente nação alemã desde o último quartel do século XVIII – com o *Preussisches Allgemeines Landrecht* de 1794 (leia-se Código geral prussiano) –, o trabalho não ficaria completo se omitida uma breve narrativa dos acontecimentos de natureza político-constitucional ocorridos nos Estados alemães desde o ano de 1817. Data dessa época o início de um sólido movimento pela constitucionalização na “Alemanha”. Note-se, de imediato, que para efeitos didáticos iremos nos referir constantemente a “alemães” e “Alemanha”, quando na verdade essas nomenclaturas só poderiam ser empregadas para o período posterior a 1870, quando os diversos Estados alemães se unificaram, dando origem então à nação alemã e ao Estado alemão.

Assim, inicialmente retrata-se a luta pelos Direitos Fundamentais naqueles Estados germânicos no século XIX. Esse trabalho engloba a Constituição alemã de 1849 – *Paulskirchenverfassung* (Constituição da Catedral de São Paulo, em Frankfurt-am-Main), a Carta prussiana de 1850 e a Carta bismarckiana de 1871. Com esse breve porém significativo histórico, é possível compreender a trajetória dos Direitos Fundamentais na Alemanha como o resultado de intensos e longos embates da nação alemã por limitar o poder monárquico e positivar em texto formal os Direitos de Liberdade.

* Advogado. Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RIO. Professor Assistente de Ciência Política e Direito Constitucional da UCAM/Centro. E-mail: marcoguedes3@gmail.com.

2. A Alemanha e os Direitos Fundamentais no século XIX.

2.1 Do Congresso de Viena – 1815 – à Assembléia de Frankfurt – 1848.

O século XIX na Europa é cenário de grandes acontecimentos político-militares. Em primeiro plano, as centenárias monarquias européias são sacudidas pela ameaça representada na Revolução Francesa de 1789 e a posterior ascensão de Napoleão Bonaparte ao trono francês. Os monarcas sentem a gravidade e o perigo que representam as idéias liberais francesas à sua ordem absolutista. A Revolução Francesa reflete muito, na história constitucional, a limitação do poder monárquico por um texto formal que doravante seria universalizado e conhecido como Constituição. Essa nova ordem induz também a uma significativa mudança na condição do indivíduo no relacionamento com o Estado, saindo da condição de súdito (subordinado ao poder estatal) para a de cidadão (titular de direitos em face do Estado).

Nos primeiros anos após a Revolução Francesa, são consagradas nos primeiros textos políticos as liberdades negativas, medidas de proteção do cidadão perante o Estado. Os primeiros passos na construção da primeira geração dos direitos fundamentais estavam sendo percorridos. No rastro das conquistas napoleônicas, essa cultura de liberdade seria levada pelos exércitos franceses aos demais povos europeus.

Contudo, com a derrota da França pelas forças do Duque de Wellington em Waterloo, termina o período conhecido como “Os cem dias” do retorno de Napoleão ao trono, chegando o momento de as monarquias absolutas reagirem à ameaça liberal e restaurarem o seu poder. É o período da Restauração.

Porém, mesmo com a França derrotada, as idéias dos revolucionários de 1789 permanecem vivas e sua influência é marcante em vários Estados europeus, em virtude da disseminação das idéias liberais provocada pelas conquistas napoleônicas. As idéias liberais continuariam a frutificar mesmo depois da vitória das potências absolutistas.

A Era da Restauração tem o seu marco em 1815, com o Congresso de Viena, em que as principais potências européias – Inglaterra, Áustria, Prússia e Rússia, vencedoras da França – reúnem-se para articular a reação contra os cada vez mais inquietantes movimentos liberais.

Destacando os Estados germânicos – Áustria e Prússia –, é possível afirmar que Viena, sede do Congresso, significou o renascimento do poder austríaco no território continental europeu, depois das derrotas militares austríacas nas campanhas napoleônicas. Do lado austríaco, o responsável político pela reação absolutista foi o Ministro das Relações Exteriores Klemens von Metternich. Com Metternich, a Áustria ressurgia do conflito europeu como o expoente máximo da reação absolutista, devido em grande parte à difícil situação de controlar dezenas de nacionalidades em constante desejo de revolta contra os Habsburgos.

Em Viena, no lugar do então ainda existente Sacro Império Romano Germânico, surge a Confederação Germânica (também sob forte influência austríaca), liga composta de 38 Estados alemães, incluindo a Prússia. Pelo estabelecido, os Estados da Confederação Germânica enviavam representantes a

uma Dieta sediada em Frankfurt-am-Main, cujo papel parlamentar era meramente formal e representativo, pois nada podia fazer contra o poder dos Habsburgos.¹

Data dessa época o gérmen da luta pela conquista de Direitos Fundamentais nos Estados alemães – à exceção da Áustria. Pouco depois do Congresso de Viena, Metternich, consciente do renascimento revolucionário liberal por direitos políticos de liberdade, montou poderoso sistema de repressão e informação para combater os subversivos da ordem monárquica. Este movimento liberal encontrava seu espaço nas Universidades, espaço de liberdade que permitia a estudantes e professores pensar e protestar constantemente.

A Áustria, embora mantendo essa situação sob controle, começaria a perder o comando dos acontecimentos em seu território por volta de 1835, por ocasião da morte de Friedrich I, Imperador austríaco. O seu sucessor, Fernando I, tem o seu poder entregue a um Conselho em que Metternich era figura de destaque. Sentidas as fraquezas do novo Imperador, começam a surgir demandas das várias nacionalidades do Império Habsburgo por mais concessões políticas no poder. A Áustria, ao contrário da Prússia, que fizera grande reforma burocrático-administrativa depois de 1820, não conseguia administrar os conflitos políticos internos. O descontentamento com a monarquia austríaca crescia.

Era chegado o momento de a Prússia despontar no cenário político, momento esse aguardado ansiosamente desde Friedrich Wilhelm I, rei da Prússia. O ano de 1848 marcou o retorno dos protestos e revoltas populares ocorridos em 1830. Mas agora o motivo alegado não era mais a fome, a razão de todas as revoluções até então. O espírito revolucionário francês renovou-se e espalhou-se rapidamente para os Estados alemães e a Áustria. Em Viena, as revoltas atingem grande repercussão. A crise sem precedentes assinala o fim da era Metternich, que não encontra uma saída política e decide deixar suas funções na chancelaria. Fernando I aceita a demissão de Metternich do cargo de Ministro das Relações Exteriores e, no sentido de controlar as rebeliões em território austríaco, resolve abolir a censura, o sistema repressor policial montado por Metternich, cria uma guarda nacional austríaca e promete uma Constituição.²

Nos Estados alemães, o liberalismo político e o absolutismo alemães chocam-se duramente. O liberalismo alemão, ao contrário do austríaco, era coeso e agregador, embora fraco perante as forças monárquicas. Na Prússia, o mais forte e bem organizado Estado alemão, o Rei Friedrich Wilhelm IV (no poder desde 1840), ao enfrentar os revoltosos, promete a elaboração de uma Constituição a seus súditos, para contornar a revolta.

A Constituição seria elaborada por representantes do povo alemão, eleitos em todos os Estados da Confederação Germânica, numa assembléia a se reunir em Frankfurt no ano de 1848. Escolhidos os

¹KOCH, H. W. (1992: 207 y 208): "O órgão representativo da Confederação germânica era sua dieta em Frankfurt-am-main, na qual os Habsburgos detinham a liderança. (...). Dos dois maiores poderes, Áustria e Prússia, somente partes de seus territórios eram membros da Confederação. (...). O principal objetivo da dieta era assegurar o princípio da legitimidade monárquica e opor-se às forças em favor da unidade alemã".

²KOCH, H. W. (1992: 207 y 208): "As raízes universalistas e tradições do velho Império ficaram gradativamente em desvantagem com o novo espírito da época. Metternich vislumbrou isto tudo claramente e atribuiu a si mesmo a tarefa de estancar a corrente. Sua última derrota era inevitável, mas é uma medida de sua habilidade em Ter conseguido sobreviver por tanto tempo até 1848".

representantes pelo povo, depois de todo um ano de trabalhos constituintes, enquanto a reação absolutista nos Estados alemães ainda não era coordenada, em 27 de dezembro de 1848, a Assembléia Nacional de Frankfurt enuncia uma série de direitos sob o título "Os Direitos Fundamentais do Povo alemão". Já nessa oportunidade, as bases para o processo de unificação haviam sido estabelecidas, com a escolha da solução pela "Pequena Alemanha", sem a presença da Áustria.

Entretanto, a Assembléia de Frankfurt estava distante da realidade, pois desde setembro de 1848 os seus trabalhos constituintes e seus objetivos liberalizantes já não representavam uma ameaça à monarquia, pelo enfraquecimento das revoltas liberais. Foi quando em 5 de dezembro do mesmo ano, na Prússia, a Dieta (prussiana) é dissolvida por Friedrich IV e uma Carta constitucional posteriormente outorgada (Carta prussiana de 1850). A Carta constitucional prussiana de 1850 deve-se muito à derrota dos revoltosos liberais austríacos, o que fortaleceu as monarquias alemã na repressão aos seus insurretos liberais. Sem a adesão da Prússia o projeto de unificação temporariamente havia fracassado.

Inobstante, diante desses novos eventos, na Assembléia Nacional de Frankfurt os trabalhos constituintes prosseguiram, e o texto final da Constituição foi aprovado em 27 de março de 1849. Com essa Constituição foi criado um Império federal, com um Parlamento nacional, a ser presidido por um Imperador hereditário dos alemães – Friedrich Wilhelm IV da Prússia (solução da "Pequena Alemanha", sem a Áustria). Friedrich IV, aclamado imperador pela Assembléia, posteriormente renunciaria à coroa que lhe havia de ser entregue, pois entendia que a origem de seu poder era divina e não democrática.

Carl Schmitt aponta que os Direitos Fundamentais, como esboçados no texto de março de 1849, englobavam "liberdade de residência e de locomoção, igualdade perante a Lei, liberdade da pessoa, de crenças e de consciência, liberdade de reunião e de associação, propriedade privada, direito ao juiz legal" SCHMITT, C. (1992: 166). Espelhavam, portanto, conquistas já estabelecidas pelos franceses em sua revolução.

A Constituição liberal de Frankfurt de 1849, entre os Direitos Fundamentais descritos na tabela abaixo, enunciou vários outros, como, por exemplo: § 150 – casamento civil, § 147 – criação de sociedades religiosas, § 153 – controle da educação pelo Estado, § 154 – Das escolas privadas, § 155 – Das escolas abertas, § 158 – Da liberdade de escolha profissional, § 169 – Direito à caça, § 170 – Do fideicomisso familiar, § 176 – Justiça sem privilégio de castas. Hodiernamente, podem parecer para o leitor extremamente simples, mas dado o grau de interferência do Estado na vida das pessoas à época, eles representavam uma grande conquista.

Naquele momento, cuidava-se de tentar positivar os Direitos Fundamentais de Liberdade, e assim o referencial para todo o elenco de Direitos Fundamentais da Constituição de Frankfurt de 1849 seria a liberdade. Os Direitos Fundamentais, enunciados há pouco, constituíam a base sobre a qual deveria erguer-se o Estado alemão, o natimorto Estado de Direito ou *Rechtstaat*. O trabalho desenvolvido pela Assembléia de Frankfurt foi o marco inicial da influência do liberalismo político alemão e da tentativa de construir um Estado burguês sobre as estruturas politicamente atrasadas e agrícola da Alemanha. Esse duelo de poder entre a burguesia nascente e a aristocracia rural alemã só iria terminar um século mais

tarde, com a derrota do militarismo alemão e o predomínio da cultura liberal burguesa assinalado na Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

Tratou-se pela primeira vez na Alemanha de limitar os poderes do soberano através da positivação em texto formal dos Direitos Fundamentais de liberdade do cidadão. Intentou-se construir um núcleo básico de liberdade individual, onde o Estado teria o seu poder de intervenção limitado, a exemplo do que fora feito na França em 1789 e tentado na Prússia desde 1817 com a promessa de uma Constituição por Friedrich Wilhelm III; a Assembléia Nacional de Frankfurt de 1848 foi a primeira tentativa concreta de consagrar Direitos Fundamentais de Liberdade em nível nacional.

2.2 A Carta prussiana de 1850.

Diante dos eventos já explicados, a Constituição de março de 1849 elaborada pela Assembléia de Frankfurt foi formalmente declarada nula pela Assembléia Federal de Frankfurt em 1851, muito depois de aquela ter sido desprezada (SCHMITT, 1992: 166). Na Prússia, surgiu a Carta prussiana de 1850, que, embora de natureza absolutista, inspirou-se na Constituição liberal belga de 7 de fevereiro de 1831, e muitos dos Direitos Fundamentais contidos em seu texto formal apresentam redação semelhante da Constituição de 1849, com as devidas restrições impostas (CURRIE, 1994: 1 a 7).

A Constituição de 1849 não chegou a vigor, pois muito antes disso havia esgotado a força do movimento revolucionário alemão, e a monarquia soube aproveitar esse momento. O liberalismo político alemão estava muito desorganizado para confrontar o poder soberano dos Hohenzollern (CARR, 1991: 1 a 31) dentro da Confederação Germânica.

A Carta constitucional prussiana refletiu a crença obstinada de Friedrich Wilhelm IV no poder da monarquia absoluta e trouxe em si as vibrações do romantismo alemão, estilo de época que cuidava de ufanar a nação alemã, bem característico do período de 1815 a 1840. Para aquele monarca, "... uma Constituição estava diretamente associada com o evento que ele mais odiava, a Revolução Francesa" (KOCH, 1992: 229). Assim, uma "Constituição", símbolo revolucionário, não poderia sobreviver. No seu entendimento, era imprescindível sufocar qualquer tentativa popular e democrática de limitar o poder absoluto. A Carta constitucional de 1850, com os seus enunciados de Direitos Fundamentais, representa para o constitucionalista alemão Koch (1992: 227 a 247) apenas uma mera concessão de certas liberdades do soberano aos seus súditos.

O que não impede inferir da Constituição de 1849 o caráter de primeiro texto constitucional a tentar positivar nos Estados alemães, fora da influência austríaca, Direitos Fundamentais e outros princípios do Estado de direito para toda a nação alemã; não como a Carta prussiana de 1850, que praticamente dispôs uma série de enunciados basicamente restritos aos prussianos. O sentimento de nacionalidade estava mais presente nos constituintes da *Paulskirchenverfassung* do que nos representantes da dieta (ou parlamento) prussiana.

A Constituição de 1849 assinalou o marco fundamental na luta por direitos históricos da nação alemã. A partir daquele momento, muitas das Constituições dos *Länder* alemães seguiriam esse caminho

histórico e positivariam suas *Bill of Rights*. Porém, somente com a Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919, os Direitos Fundamentais voltariam a encontrar sede constitucional nacional, a todos os alemães.

2.3 Estudo comparado dos documentos constitucionais alemães de 1849 e 1850.

A comparação desses dois documentos constitucionais alemães revela contrastes bastante interessantes. Em primeiro lugar, cabe assinalar que ambos foram os principais textos constitucionais alemães na primeira metade do século XIX; conquanto a Constituição da Igreja de São Paulo (*Paulskirchenverfassung*) de 28 de março de 1849 não tenha vigorado, ela almejou abranger a nação alemã em seu todo, e a Carta constitucional prussiana de 31 de janeiro de 1850 tenha sido aplicada apenas no reino da Prússia.

Sem dúvida alguma, a Revolução liberal alemã de 1848 e a reação conservadora em 1849 estão conexos com estes dois documentos constitucionais. O desenrolar dos eventos políticos no período de 1840 a 1850 é de fato muito complexo, com uma seqüência de marchas e contramarchas. Entretanto, mesmo com tendências e objetivos políticos diametralmente opostos, pode-se notar como, comparando-se com a Carta prussiana, esta sofre forte influência de princípios e valores da ideologia liberal consagrados na Constituição de 1849. Em alguns momentos, a influência chega a ser acintosa pela transcrição idêntica de parágrafos da Constituição de 1849. O ímpeto da revolução liberal reverberou assustadoramente e de modo tão profundo na aristocracia rural prussiana, que o mínimo de concessões em termos de Direitos Fundamentais de Liberdade acabou tendo que ser formalizado na Carta prussiana.

Como primeiro fator de comparação, pode ser apontado o processo de elaboração desses dois documentos. A Constituição de Frankfurt de 1849 é uma Constituição democrática, resultante da Revolução liberal alemã de 1848 sob liderança dos acadêmicos alemães (estudantes e professores), elaborada por constituintes eleitos democraticamente pelo povo alemão e posteriormente promulgada; enquanto a carta prussiana é originária da elite prussiana governante, que restaurou o poder conservador no Reino da Prússia e outorgou aquele documento.

A Constituição alemã de 1849 foi a primeira que em nível nacional tentou formalizar Direitos Fundamentais de liberdade, do mesmo modo que a Carta prussiana, como documento constitucional, foi a primeira a enunciar aqueles direitos – embora com restrições – em um patamar nunca antes verificado desde o Código Geral prussiano de 1794 (*Allgemeine Preussisches Landrecht*).

A Constituição alemã de 1849 dispôs sobre os Direitos Fundamentais somente na Seção VI, após determinar a estrutura e organização do Estado, mesmo sendo uma constituição democrática que primou pela defesa e garantia da liberdade individual; ao reverso da Carta prussiana, que, embora autoritária e garantidora do primado do Estado sobre o indivíduo, sistematizou os Direitos Fundamentais de liberdade logo nos primeiros dispositivos.

Passemos agora, então, ao cotejo dos dispositivos desses dois documentos políticos. Porém, note-se que a diferença básica está na amplitude da norma, que num caso referia-se a alemães e noutro a prussianos.

O artigo II, § 137, parte 3, da Constituição de 1849 e o artigo 4 da Carta prussiana dispõem sobre o Princípio da Isonomia, mas com amplitude distinta, pois enquanto na primeira fica assinalado “os alemães”, na Carta prussiana está escrito “Todos os prussianos”.

O artigo III, § 138, da Constituição alemã e o artigo 5 da Carta prussiana dispõem acerca da liberdade individual, de forma semelhante, embora a primeira tenha se utilizado da palavra “inviolável” e a segunda, “garantida”. Embora estas palavras tenham significados distintos, ao que parece foram utilizadas indistintamente como sinônimos. Mesmo porque, em muitos momentos, a Carta prussiana se utiliza do adjetivo “inviolável”, para em seguida elencar restrições, o que descaracterizaria uma suposta inviolabilidade. Na Constituição alemã, são previstos os procedimentos a serem obedecidos em caso de prisão, enquanto a Carta prussiana reserva à lei ordinária as condições e os procedimentos a serem observados para proteção e salvaguarda do direito de liberdade.

O artigo III, § 140, da Constituição alemã e o artigo 6 da Carta prussiana dispõem identicamente que “o domicílio é inviolável”. Contudo, a primeira elenca especificamente os casos e como devem ser feitas possíveis buscas domiciliares, ao passo que a Carta prussiana remete à lei ordinária o tratamento jurídico da busca domiciliar e apreensão de papéis e documentos.

O artigo V, § 144, da Constituição alemã e o artigo 12 da Carta prussiana dispõem similarmente sobre a liberdade de crença religiosa, sendo que a única diferença apontável estaria no emprego da primeira da expressão “todo alemão”, enquanto a prussiana escapa ao padrão estabelecido de indicar “os prussianos”.

O artigo VI, § 152, da Constituição alemã e o artigo 20 da Carta prussiana dispõem de modo idêntico sobre a liberdade de ensino.

O artigo IV, § 143, da Constituição alemã e o artigo 27 da Carta prussiana apresentam contrastes ao dispor da liberdade de expressão. A primeira utiliza-se da expressão “todo alemão”, enquanto a prussiana segue o padrão indicando “todo o prussiano”. Outra diferença resta em que na primeira a liberdade de imprensa “não pode em nenhuma circunstância e de nenhuma maneira ser restringida, suspensa ou abolida”, nem alegando razão de Estado; enquanto a Carta prussiana assegura a liberdade de imprensa, mas estabelece a possibilidade de restrições em virtude de lei.

O artigo VIII, § 161, da Constituição alemã e o artigo 29 da Carta prussiana dispõem sobre a liberdade de reunião. Mais uma vez o contraste entre ambas, com as expressões “Os alemães...” pela primeira, e “Todos os prussianos...” pela segunda. Na Constituição alemã, é permitido reunir-se a céu aberto, podendo haver restrições por motivo de ordem pública, enquanto na Carta prussiana a liberdade de reunião não se aplica a locais públicos, sem prévia permissão da autoridade competente e dentro dos casos previstos em lei.

O artigo VIII, § 162, da Constituição alemã e o artigo 30 da Carta prussiana dispõem sobre a liberdade de associação, mas com evidentes diferenças. Na primeira fica clara a possibilidade de serem criadas associações, garantidas contra qualquer restrição, enquanto na Carta prussiana a liberdade de

associação só é admitida se não contrariar a legislação penal, não admitindo-se a associação para fins políticos, e sendo possível estabelecer restrições em virtude de lei.

O artigo VII, § 159, da Constituição alemã e o artigo 32 da Carta prussiana dispõem sobre o Direito de Petição. Novamente a diferença entre ambas pelo emprego de "todo alemão" e "o direito de petição cabe a *todos os prussianos*". Na Constituição alemã de 1849, também é permitido ao cidadão peticionar coletivamente, bem como pelas forças armadas, desde que em conformidade com o regulamento disciplinar; possibilidade esta que não é contemplada pela Carta prussiana.

O artigo III, § 142, da Constituição alemã e o artigo 33 da Carta prussiana dispõem sobre o sigilo de correspondência, com a distinção entre a primeira, que afirma ser um direito "garantido", e a segunda, que se utilizou do adjetivo "inviolável". Porém, em ambas, há uma disposição idêntica acerca das restrições a este direito.

Finalmente, o artigo IX, § 164, da Constituição alemã e o artigo 9 da Carta prussiana dispõem identicamente sobre a propriedade, que é inviolável.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SÉCULO XIX

CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE 28 DE MARÇO DE 1849	CARTA CONSTITUCIONAL PRUSSIANA DE 31 DE JANEIRO DE 1850
Seção VI – Os Direitos Fundamentais do povo alemão	Título II – Dos direitos dos prussianos.
Artigo II § 137 (3) – Os alemães são iguais perante a lei.	Artigo 4º – Todos os prussianos são iguais perante a lei. (...)
Artigo III § 138 – A liberdade da pessoa é inviolável. (...)	Artigo 5º – A liberdade pessoal é garantida. (...)
Artigo III § 140 – O domicílio é inviolável. (...)	Artigo 6º – O domicílio é inviolável. (...)
Artigo V § 144 – Todo alemão tem completa liberdade de crença e consciência. Ninguém é obrigado a manifestar sua convicção religiosa.	Artigo 12 – A liberdade de crença religiosa, da associação de sociedades religiosas (Artigos 30 und 31) e do exercício religioso domiciliar coletivo e público são garantidos. (...)
Artigo VI § 152 – O conhecimento e seu ensino são livres.	Artigo 20 – O conhecimento e seu ensino são livres.
Artigo IV § 143 – Todo alemão tem o direito de externar livremente sua opinião, através da apresentação da palavra, escritos, impressos e cartazes. A liberdade de imprensa não pode em nenhuma circunstância e de nenhuma maneira ser restringida, suspensa ou abolida através de normas repressivas, especialmente censura, alegações de segurança, defesa do Estado, restrições dos impressos ou da proibição postal do comércio livreiro ou outras inibições do livre trânsito.	Artigo 27 – Todo prussiano tem o direito de externar livremente sua opinião, através da apresentação da palavra, escritos, impressos e cartazes. A censura não poderá ser introduzida; cada outra restrição da liberdade de imprensa somente através de legislação.

<p>Artigo VIII</p> <p>§ 161 – Os alemães têm o direito de se reunir pacificamente e sem armas, não sendo necessária uma autorização especial para isto. Reuniões populares a céu aberto podem ser proibidas por risco iminente para a segurança e ordem públicas.</p>	<p>Artigo 29 – Todos os prussianos são autorizados a se reunir pacificamente e sem armas em lugares fechados sem prévia permissão da autoridade. Esta determinação não se aplica às reuniões a céu aberto, as quais são submetidas quanto à autorização prévia em virtude de lei.</p>
<p>Artigo VIII</p> <p>§ 162 – Os alemães têm o direito de criar associações. Este direito não poderá ser restringido por nenhuma norma repressiva.</p>	<p>Artigo 30 – Todos os prussianos têm o direito de se unir em sociedades, para tantas finalidades as quais as leis penais não proibam. (...) Uniões políticas podem ser submetidas a restrições e proibições estabelecidas através de legislação.</p>
<p>Artigo VII</p> <p>§ 159 – Todo alemão tem o direito de dirigir-se aos órgãos públicos, representantes populares e ao Reichstag por pedidos e reclamações escritas. Este direito pode ser exercido tanto por indivíduos como por corporações e por grupos em associação, pelo exército e pela marinha de guerra, porém apenas pelo modo como previsto no regulamento disciplinar.</p>	<p>Artigo 32 – O direito de petição cabe a todos os prussianos. Petições sob listas coletivas são permitidas somente aos órgãos e corporações.</p>
<p>Artigo III</p> <p>§ 142 – O sigilo de correspondência é garantido. As restrições necessárias às buscas judiciais e em casos de guerra são indicadas através da legislação.</p>	<p>Artigo 33 – O sigilo de correspondência é inviolável. As restrições necessárias às buscas judiciais e em casos de guerra são indicadas através da legislação</p>
<p>Artigo IX</p> <p>§ 164 – A propriedade é inviolável. (...)</p>	<p>Artigo 9º – A propriedade é inviolável. (...)</p>

2.4 A Carta alemã de 1871.

Depois de 1850, não há alterações significativas na evolução do Direito Constitucional nos Estados alemães quanto aos Direitos Fundamentais. Mas, do ponto de vista histórico, um evento de grandes proporções estava tomando forma desde 1862 na Prússia. Tal evento daria aos demais Estados alemães, e à própria Europa continental, um rumo completamente inesperado. Era a marcha da unificação alemã que havia sido deflagrada.

Em 1862, sobe ao trono prussiano Wilhelm I, que reinaria até 1889. O Rei nomeia Otto von Bismarck, aristocrata prussiano, para o cargo de chanceler da Prússia, com o intento de pôr um fim aos avanços do liberalismo político na Dieta (ou Parlamento) prussiana. Em grande parte, as oposições na Dieta se originavam da resistência em aprovar o orçamento militar necessário às reformas tencionadas no Exército pelo seu Chefe de Estado Maior, Helmuth von Moltke.

Em 1864, após as reformas militares, tem início o processo de unificação alemã com a Guerra dos Ducados de Schleswig-Holstein. De um lado, a decadente Áustria, a forte Prússia e outros pequenos Estados alemães formam uma aliança militar e derrotam a Dinamarca. Os Ducados, segundo os Tratados firmados, seriam administrados conjuntamente pela Prússia e a Áustria, no episódio que ficou conhecido

como a Paz de Viena de 1864. A Áustria, que ficara com o Ducado de Holstein, pouco depois concluiu que o mesmo estava isolado dentro da zona econômico-política (o *Zollverein*) alemã. Esse isolamento seria o fruto da discórdia no movimento seguinte de Bismarck. Contra a Dinamarca, Bismarck lograra unir os Estados alemães do norte.

Unificado o norte da Alemanha, restava agora unir os Estados germânicos do sul. Em 1865, Bismarck tece alianças no sentido de garantir a neutralidade da França no conflito seguinte, a ser deflagrado entre a Prússia e a Áustria. O Imperador francês, Napoleão III, aceita a proposta de Bismarck pela neutralidade objetivando alcançar ganhos territoriais às custas da Áustria, se derrotada pelos prussianos. A Prússia então invade o Ducado de Holstein, provocando a reação austríaca. O recém reorganizado e moderno exército prussiano impõe a derrota à Áustria na Batalha de Sadowa, em 1866.

Após a unificação dos Estados do norte, foi criada a Confederação germânica do Norte – *Norddeutschen Bundes* –, cuja carta constitucional foi praticamente elaborada por Bismarck e outorgada à nova Confederação em 16 de abril de 1867. A Confederação foi concebida na forma de uma união federal, sendo o Rei da Prússia designado o comandante militar e Chefe do Poder Executivo. Os Estados confederados conservavam a sua autonomia administrativa, mas a condução da política exterior era feita pela Prússia. O Rei da Prússia “não era um monarca federal mas, um presidente do Bundesrat, simplesmente um *primus inter pares*” (KOCH, 1984: 107). Os Estados membros seriam representados no Bundesrat (Conselho Federal), onde a Prússia pleiteou 17 das 43 cadeiras. A Confederação significou a ascensão definitiva da influência prussiana nos Estados alemães (KOCH, 1994: 107). Teria início, assim, uma divergência histórica sobre o processo de unificação, envolvendo o dilema da germanização da Prússia ou a prussificação da Alemanha. Até 1949, é entendimento predominante que a Prússia efetivamente prussificou a Alemanha.

Com o norte e o sul unificados, era preciso agora uni-los e completar a unidade alemã. A oportunidade para Bismarck surge em 1870, com a sucessão da Coroa Espanhola. A candidatura de um nobre alemão da Dinastia Hohenzollern provoca fortes reações na França, que vê a possibilidade de ficar isolada entre dois estados governados pelos Hohenzollern. Nessa ocasião, ocorre o famoso incidente do Despacho de Amiens, quando Bismarck altera a redação de um telegrama do Rei prussiano ao Imperador francês, irritando os franceses. O objetivo de Bismarck é atingido, e na França fica decidido que os prussianos devem ser humilhados. A 19 de julho, as relações entre os dois Estados são rompidas. Pouco depois, os franceses são derrotados nas Batalhas de Sedan e Metz, e o II Reich (Império) alemão é fundado no Salão dos Espelhos do Palácio de Versailles.

Cabia, então, elaborar uma nova carta constitucional ao novo Estado alemão. Não houve um processo constituinte, mas tão-somente a revisão do texto da Carta constitucional da Confederação germânica do Norte de 1867. A revisão foi feita pela nova Dieta do Império (Reichstag ou Parlamento nacional), que se reuniu pela primeira vez em 21 de março de 1871. O trabalho foi encerrado em 14 de abril do mesmo ano, e sua aprovação foi rejeitada por apenas sete votos. A Carta constitucional de 1871 do recém fundado II Império alemão entrou em vigor no dia 4 de maio de 1871 (KOCH, 1984: 122). Pelo

papel desempenhado por Bismarck em sua elaboração, esta Carta constitucional é conhecida como “A Carta Bismarckiana de 1871”.

De fato, no que se refere aos Direitos Fundamentais, o seu texto formal não faz qualquer previsão de Direitos de liberdade. À primeira vista, isto indica que essa Carta teria revertido um compromisso histórico de conquista de liberdades fundamentais assumido, ainda que limitadamente, pela própria Carta prussiana de 1850. Mas esta observação não se apresenta totalmente correta. A explicação mais sensata vem novamente de Carl Schmitt, ao dizer que

na Alemanha malogrou o intento que a revolução de 1848 fez neste sentido. A Constituição bismarckiana de 1871 recebe seu **ethos** político – como disse com acerto Smend – dos Estados monárquicos que formavam a Federação. Estes tinham, em geral, um catálogo de “direitos fundamentais” em suas Constituições; assim que também desaparecia a finalidade prática de uma nova proclamação. (SCHMITT, 1992: 168; BRUNET, 1921: 222)

Koch descreve a trajetória dos Direitos Fundamentais em uma *Bill of Rights* nas Cartas constitucionais alemãs de 1867 e 1871, narrando que durante a apreciação do projeto constitucional de 1867 pelo Reichstag,

Hermann Schulze-Delitzsch do Partido Progressista requereu um catálogo de direitos fundamentais similar ao da Constituição de Frankfurt de 1849, (...). Bismarck se opôs a este pedido, não porque fosse contra tais direitos fundamentais, mas porque ele temia que o efeito unitário de tais direitos dentro da Confederação pudesse erodir princípio federal. Mesmo porque todos os Estados membros tinham constituições nas quais estes direitos já estavam garantidos. (KOCH, 1984: 112)

Assim, a Carta de 1871, por similar à Carta anterior de 1867, não enumerou em texto formal uma *Bill of Rights*, deixando esta incumbência às Constituições dos Länder. À guisa de curiosidade, esta Carta Bismarckiana de 1871 criou uma forma de Estado atípica: o Estado federal confederado, como registrado por Koch, em obra há pouco mencionada. Poderíamos hoje entendê-lo como um Estado regional, tendo os Estados componentes elevada autonomia. Em seu bojo, hierarquizava um Estado federal, com nítida preponderância político-militar da Prússia, e competências do Império e governo bem delimitadas, mas ao mesmo tempo, assegurava aos Estados membros competências amplas para legislar, não especificadas pela própria Carta – incluindo legislar sobre Direitos Fundamentais.

Na verdade, durante o processo de unificação, Bismarck teve que assumir esta posição política um tanto dúbia para conseguir um objetivo maior, a adesão de todos os Estados alemães à construção da unidade alemã. A federalização, ainda não seria possível em 1919, cuja Constituição de Weimar logo em seu primeiro artigo mantém a contradição terminológica ao afirmar que “O Império é uma República”. A federalização definitiva acontece em 1949, sem qualquer contradição em termos.

3. Conclusão.

Buscamos, neste trabalho, auxiliar o leitor e estudioso do assunto tanto na compreensão quanto na relevância do tema na História Constitucional alemã. Nosso objetivo foi destacar a importância desses Direitos sob o aspecto de sua evolução histórica. Para tanto, o recurso a textos constitucionais históricos mostrou-se imprescindível e extremamente valioso.

A abordagem do tema permite uma aproximação do processo gerador do Estado Social de Direito no Brasil, por força e influência do Direito Constitucional alemão. A partir dos documentos políticos do século XIX, foi elaborada a Constituição alemã de Weimar de 1919, documento que exerceu notável influência no Brasil, quando da elaboração da Constituição brasileira de 1934.

A análise desses documentos vai permitir também esboçar o estudo das Constituições alemãs elaboradas em 1919 (Weimar) e 1949 (Bonn). Neste ponto, fica assinalado que a Constituição de 1919 representou o marco do nascimento do Estado Social de Direito, pela fundamentalização dos Direitos Sociais na República de Weimar. A Constituição de 1949, por seu turno, prosseguiu no intento de instituir e manter um Estado Social de Direito como objetivo permanente do Estado, tendo havido nessa ocasião uma notável simbiose das ideologias socialista e liberal.

Bibliografia:

- *A Alemanha de hoje*. (1987), Gütersloh: Bertelsmann Lexikon Verlag.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. (1993), *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- BONAVIDES, P. (1994), *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros.
- BRUNET, R. (1921), *La Constitution allemande du 11 aout 1919*. Paris: Payot & Cie.
- CURRIE, D. P. (1994), *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Chicago: University of Chicago Press.
- *Deutsche Verfassungen*. (1985), Augsburg: Goldmann Verlag.
- KOCH, H. W. (1992), *A history of Prussia*. New York: Longman.
- KOCH, H. W. (1984), *A Constitutional History of Germany in the XIX and XX centuries*. New York: Longman.
- *Lei Fundamental de la Republica Federal de Alemania*. (1986), Ostfildern: Merkur-Druck Mayer GmbH.
- MIRANDA, J. (1980), *Textos Históricos de Direito Constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional.
- SCHMITT, C. (1992), *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- STUMM, R. D. (1995), *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- MÜLLER, F. (s.f.) *Concepções modernas e a interpretação dos Direitos Humanos*. Artigo apresentado na XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

EL TRATAMIENTO JUDICIAL DE LOS RECLAMOS INDÍGENAS: EL ROL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Por Silvina Zimmerman, Facundo Capurro Robles y Mishkila Rojas

RESUMEN

El Poder Judicial, como garante último de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos, tiene la tarea de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino. La legislación local y los instrumentos internacionales, con sus respectivas interpretaciones, reconocen a los pueblos indígenas el derecho a la libredeterminación. No obstante, la actividad de los tribunales de nuestro país demuestra la deficiencia que hay al respecto.

A través de este estudio se identifican las herramientas utilizadas por la judicatura y sus patrones de conducta. La inexistencia actual de un mecanismo jurídico específico para canalizar este tipo de reclamos deja librada a la discrecionalidad particular de los jueces la elección de la forma legal. De allí la importancia de revisar sus respuestas dado que, en síntesis, el Poder Judicial aún está lejos de adecuar sus prácticas a la letra de la ley.

PALABRAS CLAVE:

Pueblos indígenas – poder judicial – propiedad comunitaria – derecho internacional

JUDICIAL TREATMENT OF INDIGENOUS CLAIMS: THE SUPREME COURT ROLE

By **Silvina Zimmerman, Facundo Capurro Robles and Mishkila Rojas**

ABSTRACT

As the ultimate guarantee of fundamental rights, the Judiciary has to fulfill the international obligations assumed by Argentine. Local legislation and international documents and its interpretations, has recognized the self determination right for indigenous peoples. However, our courts activity shows that there are still deficiencies, considering that international standards are violated.

In this study we identify the different tools used by the judiciary and its patterns. The current absence of a specific legal mechanism to respond this type of claims leaves to a discretionary power of decision for judges, even on choosing the legal way. Hence the importance of reviewing their responses because the judiciary is still far from adapting their practices to the law.

KEYWORDS

Indigenous people – judiciary – collective property – international law

EL TRATAMIENTO JUDICIAL DE LOS RECLAMOS INDÍGENAS: EL ROL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Por **Silvina Simerman***, **Facundo Capurro Robles**** y **Mishkila Rojas*****

1. Introducción

El Poder Judicial está llamado a cumplir un rol institucional de suma trascendencia en tanto garante último de los derechos fundamentales de las personas y de los pueblos. Es, por otra parte, el órgano encargado de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino cuando los otros poderes estatales han brindado respuestas deficientes.

En la actualidad, la legislación local y los instrumentos internacionales reconocen a los pueblos indígenas¹ el derecho a vivir según sus costumbres y sus propias pautas culturales. Las aspiraciones, hoy en día, se centran en la instauración de Estados multiculturales con reconocimiento del pluralismo jurídico. Sin duda, este fenómeno ha tomado impulso en los últimos años debido a la mayor visibilidad que cobraron las luchas indígenas. No obstante, la actividad de los tribunales argentinos evidencia que las prácticas judiciales aún no se adecuan a la letra de la ley.

Este trabajo comienza con una breve descripción sobre las relaciones entre el derecho y los pueblos indígenas en de diferentes momentos históricos, para luego detenerse en las implicancias de la noción actual de los indígenas como sujetos autónomos. Seguidamente, se explica la postura que, a nuestro

* Profesora Adjunta Interina de la materia Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho, UBA. Doctorando en derecho internacional público. Becaria Tipo 1 del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

** Abogado con orientación en derecho internacional público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (egresado en el año 2006). Actualmente es abogado del área de de litigio y defensa legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), organización no gubernamental cuya misión es la promoción y protección de los derechos humanos. A su vez, se desempeña como Jefe de Trabajos Prácticos interino de la materia Derechos Humanos y Garantías, en la cátedra de la Dra. Susana Albanese.

*** Estudiante avanzada de abogacía en la UBA con orientación en derecho internacional público. Actualmente es la directora de la revista jurídica Lecciones y Ensayos y ayudante-alumna de la materia Derechos Humanos y Garantías, en la cátedra de la Dra. Susana Albanese, Facultad de Derecho, UBA. Asimismo, es asistente de investigación en la consultora Guillermo Jorge & Asociados, firma especializada en la prevención del lavado de activos y el control de la corrupción.

¹ En este trabajo se utilizan de manera indistinta los términos "originario" e "indígenas" respecto de los pueblos y "ancestral" y "tradicional" al referirnos a sus territorios. Si bien existen líneas interpretativas que pretenden limitar el concepto de territorio ancestral por oposición al tradicional al señalar que el primero se referiría a las tierras ocupadas por los ancestros de las comunidades indígenas actuales y sólo el "tradicional" tendría en cuenta los movimientos históricos de las comunidades, entendemos que toda interpretación que tienda a limitar el alcance de los derechos indígenas territoriales debe ser descartada.

criterio, debe adoptar el Estado argentino en consonancia con los principios del derecho internacional de los derechos humanos. En el mismo apartado se exponen las normas que se encuentran vigentes para nuestro país —tanto de naturaleza nacional como internacional— y los estándares internacionalmente reconocidos en la materia, contruidos principalmente a partir de casos tratados en el ámbito del Sistema Interamericano. De ellos se derivan todos los deberes que le corresponden al Estado como principal promotor y garante de los derechos a la posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas sobre sus territorios.

Posteriormente, se analiza el rol del Poder Judicial en la República Argentina mediante el estudio de las últimas causas judiciales resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores, procurando identificar las herramientas legales utilizadas por éstos y sus patrones de conducta. No obstante, debe aclararse que las razones que llevaron a la Corte a adoptar determinadas posturas en los casos es una cuestión que excede el objeto de estudio del presente trabajo. De todos modos, resulta fundamental esbozar algunas propuestas sobre la forma en que estos tribunales podrían haber resuelto las disputas, en miras a la real protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Debe tenerse en cuenta que las interpretaciones realizadas por la Corte Suprema trascienden los casos judiciales que ella decide, dada la aplicación que los tribunales inferiores hacen de aquéllas. Es entonces en las instancias inferiores donde, como se podrá apreciar, se manifiestan en mayor medida las consecuencias de las falencias y ausencias del Máximo Tribunal en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas. De este modo, se podrá observar que la falta de consideración de los derechos indígenas, al momento de decidir un caso, es una constante. Por ello, se analizará en qué medida los tribunales locales realizan todos sus esfuerzos para cumplir con los estándares nacionales e internacionales.

Finalmente, se exponen las conclusiones de este estudio referidas principalmente al papel de la Corte Suprema y a las consecuencias que puede acarrear para el Estado esta inobservancia de sus obligaciones internacionales.

2 Bases del derecho indígena

La situación de los grupos indígenas como sujetos de derechos ha experimentado una transformación importante en las últimas décadas, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Actualmente, los pueblos indígenas son titulares de los mismos derechos que el resto de las personas pero, además, de derechos específicos que les corresponden como grupo.

La forma, extensión e incluso los valores que están detrás de las legislaciones indígenas se encuentran indisolublemente ligados a la evolución que sufrieron las concepciones y construcciones sociales sobre estos grupos, así como al tratamiento que recibieron desde el Estado. Esta cuestión se reflejó en estrategias de distinta naturaleza. Desde políticas de segregación con pluralismo subordinado, pasando por modelos asimilacionistas e integracionistas, hasta llegar a nuestros días en que gran parte de la normativa pretende instituir el denominado "horizonte pluralista" (IRIGOYEN FAJARDO, 2006: 537-567).

En una primera aproximación, el proyecto colonial planteó la separación física y un régimen legal especial para los indígenas que fueron reducidos en pueblos de indios. Allí, sin embargo, todavía se permitió el ejercicio de algunos niveles de autonomía institucional, mediante el reconocimiento de autoridades indígenas que podían resolver conflictos comunitarios internos. Con las repúblicas latinoamericanas se proyectó la conversión de los "salvajes" en "ciudadanos", lo que implicó la desaparición casi completa de sus rasgos culturales. El siglo XX trajo consigo la internacionalización de la ética de los derechos humanos y, de la mano, se produjo un paulatino reconocimiento de derechos específicos para los pueblos indígenas. Las políticas y normas de esta época vieron al indígena como un sujeto pobre, atrasado, que necesitaba asistencia estatal para poder ejercer sus derechos en pie de igualdad con el resto de la sociedad. El indígena fue tratado más como integrante de una minoría que como un sujeto con autonomía pues, se admitía la existencia de algunas diferencias pero todavía en un Estado monocultural. Según Raquel Irigoyen Fajardo "la normativa especial y las políticas de integración indígena suponen una línea de continuidad histórica de más larga data, que hunde sus raíces en el hecho colonial: se establecen desde fuera del mundo indígena, con un marcado acento paternalista. En este sentido, reeditan la tutela colonial" (IRIGOYEN FAJARDO, 2006: 537-567).

El deber ser actual, en cambio, está orientado a la instauración del pluralismo jurídico, en pos de aceptar la existencia de autoridades indígenas y pueblos o comunidades que sean productores de sus propias normas de regulación, y del pluralismo cultural, que supone la aceptación, en un mismo Estado, de diferentes manifestaciones sociales (IRIGOYEN FAJARDO, 2006: 537-567).

Este nuevo paradigma proclama intensamente que "las diferencias étnicas y culturales son igualmente valiosas, de modo que no valen más, ni las creencias de una determinada sociedad, ni su sistema jurídico, ni tampoco sus formas familiares, ni las maneras para obtener económicamente el sustento, todas formas de pensar y vivir la vida buena según cada pueblo". (SÁNCHEZ BOTERO, 2004:86).

Resulta cuanto menos alentador el hecho de que, pese a la aplicación continuada de políticas que tendieron a la desaparición de las identidades indígenas, subsistan hoy grupos humanos que conservan su forma peculiar de vida². Como señala Esther Sánchez Botero "estos grupos que resistieron el modelo monocultural han vivido años, marcando diferencias por medio del uso de una lengua distinta, de creencias diferentes, de sistemas de organización y parentesco, y derechos propios, por lo que más que reclamar para conservar estos fenómenos que pueden cambiar en el tiempo o incluso ser comunes con otras sociedades, *se sienten distintos* y como distintos que son, por considerarse miembros integrales de un cuerpo muy particular, son reconocidos como sujetos de derecho y no pueden ser tratados aplicando los mismos raseros que para el sujeto individual" (SÁNCHEZ BOTERO, 2004: 84).

¿Cómo deben interpretarse las consecuencias de este pluralismo jurídico y cultural? ¿El Estado no debe entrometerse de ninguna forma para que los pueblos indígenas puedan desarrollar su proyecto de vida?

²Se utiliza el término conservar no en el sentido de preservación de antiguas y rígidas pautas culturales (pues éstas son dinámicas y se transforman a lo largo del tiempo) sino con la intención de resaltar que subsiste un estilo de vida distinto del propuesto por el modelo hegemónico.

Entendemos que no se trata de reivindicar un Estado ausente pues “el *multiculturalismo* así pensado oculta las desigualdades sociales, dejando intacta las instituciones y estructuras sociales que privilegian la cultura hegemónica. (...) Por el contrario, la *interculturalidad* (...) inquiera desarrollar interacciones equitativas entre pueblos, personas, conocimientos y prácticas culturalmente diferentes. Se trata de una interacción que parte del conflicto inherente a las asimetrías sociales, económicas, políticas y del poder” (SÁNCHEZ BOTERO, 2004: 99-100).

El derecho internacional de los derechos humanos justifica la incorporación de derechos de los pueblos indígenas en función de dos principios. En primer lugar, aquellas personas que se enfrentan con mayores dificultades que el resto de la sociedad a la hora de ejercer sus derechos (situación de vulnerabilidad social) o que han sido históricamente excluidas u objeto de prácticas discriminatorias, deben recibir *protección especial por parte del Estado*. En segundo lugar, como se adelantó, en el caso de estos pueblos, se impone otro principio de derecho internacional que es el *respeto de la diversidad cultural*. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “La Comisión” o “La Comisión Interamericana”) manifestó que: “la protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas, como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los Estados (CIDH, 1985, párr. 8) [...] El Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural” (CIDH, 1985, párr. 7).

En el mismo sentido: “la Organización de los Estados Americanos ha establecido como acción prioritaria para los países miembros, la preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos y la lucha en contra de la discriminación que invalida su potencial como seres humanos a través de la destrucción de su identidad cultural e individualidad como pueblos indígenas” (CIDH, 1985, párr. 10).

Las concepciones desarrolladas por los órganos internacionales impulsan la creación de nuevos arquetipos jurídicos, pues generan la obligación de completar el pasaje de políticas estatales tradicionalmente asimilacionistas o integracionistas hacia políticas de Estado que reconozcan al indígena como un sujeto diferente y que le permitan existir, y legar a las generaciones futuras, sus propias pautas de organización social y política, sus sistemas de subsistencia económica, de medicina tradicional, de resolución de conflictos. En definitiva, su propia cosmovisión del mundo y forma de vida. Como se ve, el Estado tiene ahora el deber jurídico concreto de adoptar medidas para que los pueblos indígenas puedan subsistir como portadores de una cultura diferente.

De ahí que las formas y pautas culturales de cada grupo se erijan como criterio rector, de consideración obligatoria a la hora de interpretar tanto los derechos generales como los derechos específicos de los pueblos indígenas.

Una última cuestión que resulta importante destacar es que los textos legales actuales que reconocen niveles de pluralismo jurídico y otorgan la posibilidad de ejercer jurisdicciones especiales indígenas, muchas, veces contienen limitaciones. Las restricciones al ejercicio de la jurisdicción se refieren, por lo

general, a la posibilidad de resolver conflictos, siempre que no impliquen violaciones a los derechos humanos. La aceptación de un verdadero Estado intercultural entrañaría presuponer que la imposición de limitaciones de esta naturaleza debe surgir del consenso de valores y cosmovisiones entre los diferentes pueblos, y no de la imposición de una cultura sobre la otra. "Considerando el principio de la igual dignidad de las culturas (...) lo coherente sería una definición intercultural de los derechos humanos donde los pueblos indígenas tuviesen igual poder de definición que otros pueblos" (IRIGOYEN FAJARDO, 2006, 20). Cada pueblo es, en definitiva, portador de su propia ética. Desde esta idea cardinal, el ejercicio del derecho a la libre determinación se convierte en condición necesaria para el ejercicio de otros derechos. "A partir de [la] construcción de la diferencia, se define como principal derecho de los pueblos indígenas el de la autonomía, que implica que un pueblo puede tomar las decisiones que sean vitales para su permanencia como grupo, es decir, que deben darse las condiciones para que estas decisiones puedan ser tomadas" (SÁNCHEZ BOTERO, 2004: 106).

3 La legislación indígena y el reconocimiento específico del derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras indígenas

Gracias al desarrollo progresivo del derecho internacional y a su interacción con el derecho interno de los Estados, actualmente son numerosas las normas y disposiciones que velan por los derechos de los pueblos indígenas.

El instrumento específico y más evolucionado en la materia es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante "el Convenio 169"), ratificado por nuestro país en el año 2000³, de jerarquía superior a las leyes nacionales. Además, el año pasado fue aprobado, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante "la Declaración de Naciones Unidas"), entre los que se incluye el voto afirmativo de la Argentina. Esta Declaración, aunque de carácter no vinculante para los Estados, constituye un nuevo paso hacia el efectivo reconocimiento y protección de los derechos y libertades de los pueblos indígenas. Estos dos instrumentos reafirman la necesidad de brindar las herramientas para que los pueblos indígenas puedan llevar a cabo su propio desarrollo político, económico, social, cultural y espiritual a través del control de sus instituciones y la plena expresión de sus formas de vida. Por tal motivo, se erigen como normas fundamentales para contribuir a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, en función de sus propias aspiraciones y necesidades.

Dentro del cuerpo de la Constitución Nacional argentina el nuevo art. 75, en su inc. 17 —enmendando el antiguo art. 67 inc. 15⁴— otorga un amplio reconocimiento a los pueblos indígenas, entre las funciones del Poder Legislativo. Éste debe "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e

³Aprobado por la ley 24.071.

intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Esta nueva disposición configura un cambio sustancial en la legislación argentina indígena pues contempla una visión que se acerca más a las políticas y concepciones actuales. Sin embargo, nuestra fórmula constitucional evidencia un relativo atraso frente a otras constituciones latinoamericanas ya que no reconoce expresamente la multiculturalidad del Estado ni contiene referencias de ninguna clase relativas al pluralismo jurídico⁵.

Por su parte, el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas encuentra específico amparo en el mencionado inciso 17 y también en instrumentos internacionales con distintos efectos jurídicos. Entre los que tienen jerarquía constitucional se puede mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17) perteneciente al orden de protección universal y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 21) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII) dentro del ámbito regional americano. Asimismo, el Convenio 169 referido, en su Parte II (artículos 13 a 19), da un concreto y extensivo tratamiento a este derecho. La Declaración de Naciones Unidas también se dedica a ello (artículos 25 a 30).

Los instrumentos internacionales en general y los de derechos humanos, en especial, resultan particularmente relevantes para el Estado argentino pues le imponen obligaciones concretas a los diferentes poderes, cuyo incumplimiento puede acarrear serias consecuencias internacionales.

Por un lado, el derecho consuetudinario internacional (plasmado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969) prescribe que los Estados deben cumplir de buena fe los compromisos asumidos ante la comunidad internacional y, en caso de violarlos, asumen la responsabilidad correspondiente (art. 26). A su vez, en virtud de lo dispuesto por esta Convención, los Estados tampoco pueden incumplir sus obligaciones basándose en disposiciones propias de su derecho interno (art. 27).

En nuestro país, la reforma de 1994 de la Constitución Nacional puso fin a las antiguas y sostenidas discusiones relativas a la aplicación interna de tratados internacionales y sobre su jerarquía dentro del

⁴ Que disponía: “Corresponde al Congreso (...) 15. Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. Este artículo se mantuvo vigente hasta la reforma constitucional de 1994.

⁵Cabe destacar que muchas de las reformas en las legislaciones indígenas latinoamericanas se produjeron al mismo tiempo en que los Estados adoptaron medidas para profundizar la liberalización de sus economías. En Argentina, por ejemplo, coincidió con políticas de flexibilización laboral, la promoción de los capitales llamados golondrina y un fuerte desaliento de la industria nacional. “Quizá el obstáculo más complejo para construir un Estado pluricultural se relacione con los modelos económicos neoliberales en los que estas ideas y discursos pretenden insertarse. El neoliberalismo rechaza drásticamente la idea de que haya islas de bienes de comercio o producción fuera del mercado (...) el concepto de territorio indígena no solo les da asco a los políticos por sugerir un Estado dentro del Estado (sugerencia completamente falsa) sino también por sugerir una pérdida considerable de oportunidades unilaterales de explotación económica de los recursos locales” (SÁNCHEZ BOTERO, 2004).

sistema normativo. El art. 75 de la CN enumera un conjunto de tratados de derechos humanos a los que les brinda jerarquía constitucional. Ellos, junto con la propia Constitución, componen las normas de mayor jerarquía en el orden jurídico argentino y conforman el denominado "bloque constitucional federal". Además, otros tratados internacionales que no posean esta jerarquía, se ubican por encima de las leyes, sin que éstas puedan contradecirlos. De este modo, ante la falta de cumplimiento de las obligaciones que emanan de estos instrumentos, el Estado argentino es responsable no sólo por el derecho internacional sino también por su propio derecho interno.

Finalmente, las obligaciones internacionales no sólo apuntan a los poderes ejecutivo y legislativo sino también al Poder Judicial, a quien le adjudican una tarea de gran trascendencia. Como se adelantó, este poder cumple una importante labor pues su misión central es garantizar los derechos fundamentales de las personas y de los pueblos.

4 Estándares internacionales del derecho a la propiedad comunitaria de las tierras tradicionales

La referencia a los "estándares internacionales de derechos humanos" pretende responder con qué alcance es entendido determinado derecho, cuáles son las formas que ha adoptado con el paso del tiempo y cuáles las conductas que se pueden esperar del Estado.

El sentido y alcance que los órganos internacionales de protección de los derechos humanos otorgan al derecho a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas ha evolucionado en los últimos años. El sistema de protección interamericano se erigió como un espacio de referencia indiscutido para comprender el contenido de este derecho pues, a las intervenciones de la Comisión Interamericana, se sumó la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "La Corte interamericana" o la "Corte IDH"). En el año 2001 este tribunal dictó sentencia en el caso de la "Comunidad Mayagna (*Sumo*) Awas Tingni vs. Nicaragua" que, a partir de allí, se convertiría en caso testigo en la materia. Desde entonces, la Corte ha emitido varias sentencias que ampliaron el entendimiento sobre las diversas formas de vida de los pueblos indígenas y, fundamentalmente, su derecho a existir según sus propias pautas culturales, lo que demanda el disfrute pleno y libre de sus tierras, territorios y recursos naturales.

La labor desarrollada por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos arrojó el siguiente resultado para el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras indígenas:

1. Reconocimiento normativo en el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

En el año 1997 la Comisión Interamericana manifestó que "el derecho a la propiedad privada previsto en el art. 21 de la Convención Americana (en adelante "CADH", "la Convención Americana") contiene un tipo especial de propiedad como lo es el derecho de posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente" (CIDH, 2002,

párr. 130)⁶. Luego, en el año 2001, la Corte Interamericana expresó que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal” (Corte IDH, 2001, párr. 148).

2. Interpretación a partir del vínculo creado con la tierra

Una de las cuestiones fundamentales que ha sido reiteradamente destacada, tanto por la Comisión como por la Corte Interamericanas, es que *los pueblos indígenas tienen un vínculo especial con la tierra que los determina como sujetos*⁷. La Corte IDH expresó que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Corte IDH, 2001, párr. 149)⁸.

Además, el art. 21 de la CADH protege los recursos naturales que se encuentran en el territorio “que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo” (Corte IDH, 2007, párr. 122)⁹.

Este vínculo especial con la tierra y sus recursos es el que deberá marcar toda la actuación estatal a la hora de llevar a la práctica el derecho de propiedad comunal. Porque las formas legales y las herramientas que elija, deberán asegurar siempre que las comunidades sobrevivan manteniendo la relación que han construido con la tierra.

3. Disfrute de derechos territoriales como condición para la supervivencia como pueblos diferentes

La Corte IDH puntualizó que, en muchos supuestos, desconocer el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus tierras, territorios y los recursos naturales pone en juego especialmente el derecho a la identidad cultural y el derecho a la vida porque implica un riesgo para la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros (Corte IDH, 2007, párr. 120 y 121). Es decir, el efectivo disfrute del derecho a la propiedad comunitaria está estrechamente relacionado con uno de los aspectos del derecho a la vida como lo es el derecho a una vida digna pues, para muchas comunidades indígenas, engloba la “posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como al uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia, alimentos y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades” (Corte IDH, 2007, párr.

⁶ Por su parte, el CERD, en su Recomendación General XXXIII, del 18 de agosto de 1997, sobre los pueblos indígenas exhortó a los Estados parte de la Convención contra el Racismo a “reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales”. Ver también art. 14 inc. 1 del Convenio 169 y art. 26 inc. 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

⁷ Art. 13 del Convenio 169 de la OIT.

⁸ Asimismo, en el caso de la “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” la Corte IDH manifestó: “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (Corte IDH, 2005, párr. 135).

168). “De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo” (Corte IDH, 2007, párr. 121).

4. *Prioridad del derecho a la propiedad comunal sobre el derecho de propiedad privada*

Los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente de propiedad que, como se explicó, está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura y para llevar a cabo sus planes de vida. Por lo tanto, desde el punto de vista de los criterios vigentes para reputar como válida la restricción a un derecho, la limitación “que se haga del derecho a la propiedad privada puede ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados” (Corte IDH, 2005, párr. 146 a 149)¹⁰.

A partir de estos criterios rectores se derivan un conjunto de deberes:

- El deber del Estado de *delimitar y demarcar* las tierras tradicionales como paso previo a la titulación (Corte IDH, 2001, párr. 153)¹¹;
- El deber de *titular* efectivamente las tierras (CIDH, 2002, punto 130);
- El deber de reconocer y conservar las *modalidades* propias de cada comunidad de relacionarse con las tierras y el territorio (CIDH, 2002, punto 130; CIDH, 2000, 115; Corte IDH, 2001, párr. 149)¹²;
- El deber de sancionar un *marco legal adecuado* a las pautas culturales de los pueblos indígenas para efectivizar el derecho a la propiedad comunitaria (Corte IDH, 2007, 30 y ss.);
- El deber de establecer un *procedimiento efectivo y adecuado* para la delimitación, demarcación y titulación (Corte IDH, 2001, párr. 37);

El deber de reconocer la *personería jurídica* (a través de consultas) como medida específica destinada a garantizar que los pueblos indígenas gocen de sus territorios, según sus tradiciones (Corte IDH, 2007, párr. 171-174);

⁹ Ver también el art. 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

¹⁰ Los destacados nos pertenecen. Ver también los arts. 16 incs. 4 y 5 del Convenio 169 de la OIT y art. 28 inc. 1 de la Declaración de Naciones Unidas.

¹¹ Sobre este asunto, la Relatora Especial de Naciones Unidas, Sra. Érica-Irene A. Daes ha afirmado que “El reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido o delimitado físicamente la propiedad” (DAES, 2000). Ver también art. 14 inc. 2 del Convenio 169.

¹² El art. 14.1 del Convenio 169 reza: “Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupados por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”. Ver también art. 13 inc. 1 del Convenio 169.

El deber de *devolución de las tierras* tradicionales, por lo tanto de adquirirlas cuando se encuentren en manos de terceros (CIDH, 2000, 121; CERD, 1997, párr. 5). El Estado sólo puede entregar una previa y justa indemnización a las comunidades indígena en aquellos casos en que sea imposible la restitución de las tierras y la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas” (Corte IDH, 2005, párr. 146-149);

- El deber de *proteger el hábitat indígena y asegurar que las comunidades puedan controlar efectivamente sus tierras*. El Estado no puede realizar ni tolerar actos que afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde viven y realizan sus actividades los miembros de las comunidades (Corte IDH, 2001, párr. 153; Corte IDH, 2007, párr. 115)¹³;
- El deber de garantizar la *seguridad, permanencia del control y uso de los recursos naturales* para que los pueblos indígenas puedan mantener su forma de vida (Corte IDH, 2007, párr. 122);
- El deber de asegurar que las *restricciones* que se efectúen al derecho a la tierra y los recursos naturales, además de respetar las garantías de legalidad, necesidad y proporcionalidad, no impliquen una *denegación de las tradiciones y costumbres que pongan en peligro la subsistencia como pueblo* (Corte IDH, 2007, párr. 128).
- El deber de brindar las *garantías* de consulta y participación efectiva¹⁴ frente a restricciones a los derechos de propiedad en relación con cualquier plan de desarrollo e inversión, de obtener beneficios compartidos de dichos proyectos y que se realicen estudios previos de impacto social y ambiental (Corte IDH, 2007, párr. 129);
- El deber de otorgar *protección judicial efectiva* que tome en cuenta las particularidades propias de las comunidades indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (Corte IDH, 2005, párr. 63; Corte IDH, 2007, párr. 178).
- El deber de *no trasladar*. El Estado tiene que esforzarse en evitar traslados de comunidades indígenas considerando que los vínculos especiales que éstas tienen con su tierra pueden afectar en forma grave a estas poblaciones (CIDH, 2000, párr. 128-129)¹⁵;
- El deber de *reparación*. El Estado debe compensar a las comunidades indígenas por la tardanza prolongada e injustificada en la delimitación, demarcación y titulación de la propiedad comunal ;
- El deber de *no modificar el título* de propiedad sin consentimiento de los grupos indígenas¹⁶;
- El deber de *garantizar la consulta y participación* de los Pueblos Indígenas en la determinación de medidas que afecten las tierras o territorios (CIDH, 2002, párr. 140-142):

¹³En este caso, el Estado había otorgado una concesión forestal a la compañía SOLCARSA sobre territorios reclamados por la comunidad y tal concesión fue reputada violatoria del art. 21 de la Convención.

¹⁴Art. 15 del Convenio 169 de la OIT.

¹⁵Ver también art. 16 inc. 1 del Convenio 169 de la OIT.

1. Requisitos de las consultas: deben realizarse de buena fe, en tiempo oportuno, mediante procedimientos culturalmente adecuados, tener como fin llegar a un acuerdo, se debe asegurar información suficiente y adecuada y, en especial, sobre posibles riesgos ambientales y de salubridad (Corte IDH, 2007, párr. 133),
2. Las comunidades indígenas deben poder participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en las tierras¹⁷ y obtener beneficios compartidos (como justa indemnización) de la implementación de cualquier proyecto de inversión o desarrollo (Corte IDH, 2007, párr. 138-140);
 - El deber de reconocer estos derechos a los *pueblos* indígenas y también a los *tribales* (Corte IDH, 2007, 24-25).

Como se ve, a nivel internacional se ha avanzado sustancialmente en la definición de lineamientos para guiar el cumplimiento de este derecho en el ámbito interno de los Estados.

5. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos que involucran los derechos de los pueblos indígenas

Como se ha expresado, el Poder Judicial desempeña un papel de garante último de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ello, en tanto representa el último remedio con el que éstos cuentan ante el avasallamiento de sus derechos por parte de los poderes constituidos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el órgano máximo del Poder Judicial en la Argentina y, por lo tanto, fija las líneas interpretativas a las que se ceñirán luego los demás tribunales inferiores (tanto nacionales como provinciales) en sus decisiones¹⁸. Por esta razón, resulta de capital importancia examinar cómo se ha comportado la Corte Suprema en los casos en que se encuentran en juego los derechos de los pueblos indígenas. Esto, a su vez, proporcionará un panorama de las debilidades, fortalezas y potencialidades que se pueden encontrar en las respuestas de los tribunales inferiores ante estos reclamos.

En el año 2005, la Corte tuvo oportunidad de fallar en el conflicto de la Asociación de Comunidades Lhaka Honhat -asociación que nuclea diferentes comunidades de las etnias WÍCHÍ (Mataco), YOWAJA (Chorote), NIWACLE (Chulupi), KOMLEK (Toba) y TAPY'Y (Tapieté)- con la Provincia de Salta por la realización de un referéndum. Mediante este mecanismo se supeditaba la decisión de la provincia de entregar las tierras ancestrales a sus "legítimos ocupantes" (es decir a las comunidades que allí se asientan desde tiempos inmemoriales) al voto de los habitantes de la zona. Ante esta situación, la Asociación Lhaka Honhat interpuso una acción para frenar la realización del referéndum, el cual consideraron ilegal en tanto sometía a la voluntad popular el goce de los derechos sobre sus tierras, cuando la obligación de entregarlas surgía nítidamente de los postulados de la Constitución Nacional.

¹⁶ Ídem.

¹⁷Tal como lo dispone el art. 15 inc. 1º del Convenio 169 de la OIT.

¹⁸Si bien en la Argentina los jueces inferiores no se encuentran obligados a acatar los precedentes de la Corte Suprema ya que no rige el sistema judicial del *stare decisis* (como en los sistemas anglosajones), lo cierto es que por

La mayoría de la Corte Suprema¹⁹ decidió rechazar la acción presentada por las comunidades por considerar que la cuestión no resultaba de su competencia, en tanto los actores habían intentado un recurso directo de competencia originaria de la Corte, y se trataba de una cuestión que debía ventilarse primero ante la justicia local, en este caso, la Provincia de Salta²⁰. Debe aclararse que la controversia sobre la competencia de la Corte ante cuestiones que involucren el incumplimiento por parte de una provincia de normas federales, el rol del Estado Federal como garante último de los derechos humanos y su posible responsabilidad ulterior ante los foros internacionales, no es una cuestión que esté exenta de controversia en la jurisprudencia sino que, por el contrario, se encuentra debatida. No obstante, la Corte se pronunció por su incompetencia, hecho que de por sí representa un obstáculo insalvable para el progreso de la acción. Sin embargo, algunas consideraciones realizadas en forma de *obiter dictum* -sin necesidad alguna pues la suerte de la acción ya estaba decidida- deben analizarse con detenimiento a fin de comprender en forma más acabada el tratamiento que el máximo tribunal ha otorgado a la cuestión indígena.

La Corte dijo que:

"(...) es necesario recalcar que la particular calidad y naturaleza de los derechos en juego, donde se cuestiona la legitimidad de la provincia de Salta para convocar a una consulta popular [...] impone examinar la cuestión con especial prudencia para tratar de evitar el bloqueo de una de las formas de democracia representativa y, con ello, silenciar la expresión de los diversos actores sociales afectados".

Ahora bien, es importante realizar algunas reflexiones sobre lo decidido por la Corte en este caso y, en particular, detenerse sobre la afirmación transcrita. En efecto, este caso resulta paradigmático por encontrarse en pugna derechos de igual rango, como son los derechos de los pueblos originarios sobre sus tierras de ocupación ancestral y el derecho al voto en una consulta popular. Debe recordarse que en supuestos de colisión de derechos de igual jerarquía, en caso de no ser posible armonizar ambas disposiciones, es deber del poder judicial decidir, de acuerdo a las circunstancias y hechos particulares involucrados, cuál de ellos deberá prevalecer (GIL DOMÍNGUEZ, 1997: 203-204).

Cabe destacar, como primera reflexión, que resulta llamativo el desconocimiento por parte del máximo Tribunal de la especial naturaleza de los derechos de los indígenas y de la protección debida por el Estado a este grupo, tal cual ha sido examinado en la primera parte de este trabajo. En este contexto, la "prudencia" que la Corte exige para el tratamiento de los derechos políticos de los ciudadanos, en ningún caso debe ser menor de la que debe otorgarse a la ponderación de los derechos contemplados en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución y de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. En este caso, estos derechos se encontraban claramente amenazados por la decisión del gobierno salteño

aplicación de determinados principios procesales (por ej. el de economía procesal), en aquellos casos en que corresponda, se suele seguir la doctrina de la Corte a fin de evitar un despliegue innecesario de la maquinaria judicial.

¹⁹ Con excepción del doctor Eugenio Zaffaroni, quien votó en disidencia (CSJN, 2005⁹).

²⁰ Vale aclarar que la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es una competencia de excepción.

de someter la entrega de las tierras de los indígenas a un referéndum. Además, como hemos remarcado anteriormente en este trabajo, la Corte Interamericana en el caso *Yakye Axa* ha sostenido que, si bien es necesario examinar cada caso en particular, en determinados supuestos puede ser necesario que el derecho de propiedad comunitaria de las comunidades indígenas prevalezca por sobre el derecho de propiedad individual, en razón de la vulneraciones a otros derechos que ello acarrea. Esta pauta interpretativa puede hacerse extensiva a situaciones de conflicto entre el derecho de propiedad comunitario y otros derechos de igual rango como son, en este caso, los derechos políticos.

Por otro lado, no puede pensarse que la acción presentada por las comunidades haya tenido como objetivo cercenar el ejercicio de los mecanismos de democracia semi directa, como parece sugerir la Corte Suprema, ya que el fin de la acción no es otro que la defensa de sus legítimos derechos sobre sus territorios ante una amenaza concreta e inminente. Es claro que la respuesta brindada aquí por el poder judicial está aún bastante lejos de comprender y respetar cabalmente los derechos indígenas. En este sentido, la afectación a los derechos territoriales acarrea –y así ha sido reconocido por la Corte Interamericana- la vulneración del derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, al bienestar de los indígenas y, en último término, constituye una afrenta a su supervivencia como pueblos. Esta situación coloca a los derechos de los pueblos indígenas en un plano especial, difícil de relegar para resolver una situación como la que se presentaba en este caso. Sin embargo, esto no fue objeto de consideración por parte de la Corte Suprema, ni siquiera como *obiter dictum*.

Entonces, lo resuelto por la Corte nos lleva no sólo a reflexionar sobre los límites de los mecanismos de participación popular sino que más importante aún, arroja dudas sobre la ponderación que hace el tribunal de los derechos de los pueblos originarios, sobre todo luego de lo decidido en el caso de las *Penitenciarías de Mendoza* que analizaremos seguidamente. Cabría preguntarse si la respuesta del Máximo Tribunal hubiese sido la misma en caso de ser llamado a decidir sobre la legitimidad de un referéndum en el cual se consultara a un grupo de personas si el Estado debe garantizar la vida, la libertad o la integridad física de una persona (CELS, 2005: 376-377). Todo indicaría que el tribunal no dudaría en proteger estos derechos más allá de la voluntad mayoritaria, ya que se trata de un presupuesto esencial en que se sustenta el Estado de Derecho.

Como se adelantó, la decisión tampoco parece razonable a la luz de un fallo posterior del Máximo Tribunal en el caso de las *Penitenciarías de Mendoza* (2006) (CSJN, 2007^a). Allí se discutía la afectación del derecho a la vida y la integridad física de los internos alojados en las tres unidades carcelarias de la provincia, ocasionada por la inacción del Estado a pesar de las sucesivas resoluciones y recomendaciones de la Corte y la Comisión Interamericanas relacionadas con las condiciones de alojamiento de estas unidades.

La Corte Suprema sostuvo aquí que:

“...sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre la competencia para entender en estas actuaciones por la vía prevista en el art. 127 de la Constitución Nacional, la Corte debe requerir informes al Estado Nacional y a

la Provincia de Mendoza, a fin de que pongan en conocimiento del Tribunal cuáles han sido las medidas concretas adoptadas en el marco de las "medidas provisionales" dispuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos";

y que

"la gravedad de la situación sucintamente descrita, y la advertencia de la Corte Interamericana sobre las consecuencias que puede traer aparejadas el desconocimiento del carácter obligatorio de las "medidas provisionales" adoptadas por ella, y el consiguiente incumplimiento, imponen a esta Corte la obligación de adoptar medidas conducentes, que, sin menoscabar las atribuciones de otros poderes, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional"

¿Que puede inferirse de lo resuelto por la Corte en este fallo y en la acción interpuesta por la Asociación Lhaka Honhat? En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el tipo de acción interpuesta por los actores en ambos casos —esto es, una acción declarativa de certeza de competencia originaria ante la Corte Suprema— es análoga. No obstante, la respuesta es diferente según el caso, ya que si bien en *Lhaka Honhat* la cuestión de competencia resulta óbice para detenerse sobre la vulneración a los derechos de los indígenas, no ocurre lo mismo en el caso de las *Penitenciarías*. Entonces, ¿podría pensarse que la respuesta del poder judicial varía según el sujeto involucrado y la naturaleza de los derechos que es llamado a proteger? Parecería que el hecho de que se traten de cuestiones que comprometen, amenazan o directamente restringen derechos fundamentales de los indígenas no resulta suficiente para lograr un pronunciamiento de la Corte, sino que además debe configurarse una situación de "gravedad". En este sentido, la "gravedad" estaría configurada por la clase de derechos que se alegan vulnerados. No cabe duda que esta gravedad está presente en la sumisión a la voluntad de terceros de los derechos territoriales de todo un colectivo de personas a las que el Estado se ha obligado a proteger de manera especial. Máxime, cuando a través de este mecanismo se ponen en juego el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales, como son el derecho a la vida, a la integridad física y la propia subsistencia como pueblo diferente.

En segundo lugar, podría pensarse que el hecho de que en el caso *Penitenciarías* haya mediado una intervención de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (la Corte y la Comisión) sería la causa de la inesperada respuesta de la Corte. Si así fuera, resultaría poco razonable dado que equivaldría a obligar a los indígenas a interponer acciones fuera de su país para recién luego reclamar sus derechos dentro de la República. No hace falta abundar en lo pernicioso que resultaría este mecanismo para el goce efectivo de sus derechos, amén de destacar que, en el caso particular de la Asociación Lhaka Honhat, su reclamo se encuentra bajo examen de la Comisión Interamericana ¡desde hace más de once años! (CIDH, 2006)²¹.

²¹En octubre del 2006 la Comisión Interamericana ha declarado la admisibilidad de la petición, paso previo para abocarse al tratamiento del fondo del asunto.

En el año 2007 la Corte Suprema resolvió una medida cautelar, en el marco de una acción de amparo, interpuesta por el Defensor del Pueblo de la Nación contra el Estado Nacional y la Provincia de Chaco en favor de las poblaciones indígenas ubicadas en los departamentos General Güemes y Libertador General San Martín de esa provincia (CSJN, 2007c). La acción buscaba que el Estado adopte las medidas necesarias con el fin de modificar las condiciones de vida de estos pueblos, quienes se encontraban -según palabras del propio Defensor del Pueblo- en una situación de “*exterminio silencioso, progresivo, sistemático e inexorable*”.

En este caso, la Corte Suprema ratificó la doctrina expuesta en *Penitenciarías* y decidió hacer lugar a la medida cautelar, ordenando al Estado Nacional y a la Provincia de Chaco garantizar la provisión de agua potable, alimentos y medios de transporte y comunicación hacia los centros sanitarios. A su vez, convocó a la Nación y a la Provincia a una audiencia pública y también les ordenó, en un plazo de 30 días, la producción de informes sobre las condiciones de vida de las comunidades de la zona. Al igual que en *Penitenciarías* y a diferencia de *Lhaka Honhat*, la Corte adoptó una “medida urgente” con el fin de salvaguardar derechos constitucionales afectados (CSJN, 2007c)²², sin detenerse en la cuestión de competencia. No obstante, debe decirse que tampoco se pronunció sobre la forma en que el Estado debería hacer efectivo el goce de los derechos indígenas, de manera de aportar argumentos sustanciales que apunten a modificar, en un plazo razonable, aquellas condiciones y factores estructurales que originaron la adopción de esta medida.

Sin embargo, lo que parecía un cambio jurisprudencial con perspectivas de consolidarse no fue sostenido. Las cuestiones jurídicas de índole formal también resultaron óbice para que la Corte se abocara al estudio del reclamo de las comunidades indígenas La Bendición y El Arenal (CSJN, 2007b). Este caso resultaba paradigmático, en tanto hacía foco en las tensiones, muy actuales, generadas por la implementación de proyectos de desarrollo económico en conflicto con derechos fundamentales de carácter colectivo, esto es, el derecho de las comunidades afectadas a vivir de acuerdo a sus propias pautas culturales y sociales. El reclamo se había iniciado por el comienzo de las obras tendientes a la construcción del gasoducto Pocitos-Campo Durán (en el departamento de San Martín, provincia de Salta) sobre terrenos pertenecientes a las comunidades de la zona. Si bien ya existía un antiguo gasoducto en dichos terrenos, las empresas Refinor S.A. y Conta S.R.L. emprendieron la construcción de un nuevo gasoducto sobre el existente. Estas obras se iniciaron sin solicitar el consentimiento de las comunidades, las cuales sólo habían acordado con las empresas un permiso para realizar estudios topográficos en determinadas parcelas de sus territorios. Por otro lado, las empresas tampoco habían confeccionado los estudios de impacto ambiental, social y de seguridad geodésica, necesarios a los fines de llevar adelante una obra de tal envergadura en zonas donde se localiza población. Lo concreto es que las empresas dispusieron la

²² “*Que la gravedad y urgencia de los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución*”

instalación de camiones, camionetas, máquinas retroexcavadoras y niveladoras, y alteraron sustancialmente las condiciones de vida en el territorio donde se asientan las comunidades.

Luego de un proceso judicial en el cual se acumularon diversas acciones interpuestas paralelamente por las comunidades (con el objeto de que se dispusiera la prohibición de continuar las obras iniciadas sobre sus terrenos) y por las empresas (con el fin de que se les permitiese continuar y finalizar las obras), y que las instancias inferiores hicieran lugar al reclamo de estas últimas, la cuestión llegó a conocimiento de la Corte por vía de recurso extraordinario. La mayoría del Tribunal, haciendo eco del dictamen de la Procuración General de la Nación, resolvió que el recurso era inadmisibile por no dirigirse contra una sentencia definitiva o un pronunciamiento equiparable a tal. Ello, en tanto la Cámara había considerado que la cuestión debía dilucidarse en el marco de un proceso ordinario que permitiese una mayor amplitud en el debate de las cuestiones controvertidas, y no de una acción de amparo como la presentada por las comunidades. Sin embargo, este razonamiento omitió recabar, como bien fue señalado en los votos en disidencia de los ministros Zaffaroni y Fayt, que la sentencia de Cámara había incurrido en lo que se denomina *reformatio in pejus*, en tanto resolvía sobre cuestiones que no habían sido solicitadas por las empresas. Es decir, la admisibilidad de la acción ya había sido resuelta y finiquitada en primera instancia. No obstante, la Cámara (con la posterior convalidación de la Corte) volvió sobre esa cuestión para fundar el rechazo de la acción. Nuevamente, resulta llamativo el celo con el que el Máximo Tribunal ponderó determinados principios y reglas del derecho y omitió otros de igual peso al momento de pronunciarse sobre un reclamo llevado adelante por comunidades indígenas. Pareciera que, nuevamente, la Corte no toma en cuenta la especial naturaleza de los derechos vulnerados ni las múltiples vulneraciones que la destrucción del territorio acarrea para los indígenas.

6 La actuación de los tribunales inferiores

En este apartado se examinarán algunas decisiones de los tribunales inferiores, ya que esto arrojará luz sobre las implicancias de esta falta de parámetros por parte de la Corte en materia de protección de los indígenas.

El caso Millapi (STJ Río Negro, 2007) decidido en febrero de 2007 por el Tribunal Superior de Río Negro, refleja en forma emblemática la conducta del Poder Judicial en los litigios indígenas. Se trata de una demanda de desalojo promovida por los titulares registrales de un sector del Paraje los Molles, el Sr. John Olgivie y su esposa, oriundos de Estados Unidos. La demanda fue entablada contra una comunidad mapuche que vivía en territorios que el Sr. Olgivie alegaba eran de su propiedad. El conflicto se suscitó a partir de que éste, en carácter de titular registral, denunciara el cese de la supuesta relación laboral que mantenía con Santiago Galván, miembro de la comunidad. El Sr. Galván además es hijo de una de las hermanas Millapi, quienes también se encuentran entre los demandados. Estas hermanas viven en aquél lugar desde hace más de 80 años y eran hijas de Juan Millapi, indígena que logró sobrevivir

Nacional (conf. causa L.733.XLII "Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza", pronunciamiento del 13 de febrero de 2007)".

milagrosamente a la Campaña del Desierto de fines del siglo XIX. Previo a la posesión del Sr. Olgivie, el predio había sido transferido numerosas veces, tiempo en el cual la comunidad continuó habitando esos terrenos.

Los jueces de primera y segunda instancia hicieron lugar al pedido del Sr. Olgivie y desalojaron a los miembros de la comunidad.

Si bien la decisión del Tribunal Superior fue favorable a los miembros de las comunidades indígenas, pues rechazó la acción de desalojo iniciada, lo cierto es que arribó a esta solución con escasos argumentos en materia de derecho indígena. La referencia a la especificidad de la protección indígena aparece en forma aislada en algún pasaje de los votos de los Dres. Lutz y Soderó Nievas, pero ésta no ha sido acabadamente desarrollada²³. Por el contrario, los argumentos de los magistrados se centran, casi exclusivamente, en cuestiones de derecho procesal general.

Los razonamientos principales se refirieron a la vulneración del principio de congruencia, del debido proceso y sobre el alcance de la acción de desalojo. En relación con el primero se puntualizó que en las instancias inferiores se había hecho lugar a la acción en base a un supuesto "mejor derecho" de los actores. En este tipo de acciones no puede discutirse ni el derecho ni la mejor posesión, porque para ello el sistema legal prevé acciones de otro tipo. Por lo tanto, al fallar de esta manera los jueces decidieron *extra petita* (más allá de los límites del litigio) en violación al principio de congruencia. Respecto de la violación del debido proceso y el derecho de defensa, se manifestó que la acción estuvo dirigida contra varias personas involucradas en el pleito (como las hermanas Millapi) pero que no se denunciaron oportunamente en la demanda. Esta omisión no puede considerarse cubierta con la mención genérica a "otros subinquilinos y ocupantes". Finalmente, se analizó que la acción de desalojo no procede contra quien es poseedor con *animus domini*, es decir, quien posee con ánimo de ser dueño, como ocurre en el caso de las comunidades indígenas en relación con sus territorios tradicionales.

Existe un conjunto de lineamientos internacionales que le indicaban al tribunal el razonamiento a seguir. La constatación del asentamiento con carácter tradicional en el territorio debió funcionar como razón suficiente para rechazar la acción de desalojo, de acuerdo a las normas nacionales e internacionales vigentes. En efecto, el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales indígenas significa que las comunidades que practican una forma de vida culturalmente diferenciada son dueñas de las tierras que poseen. Este derecho es reconocido como preexistente a la conformación de los propios Estados-Nación y, por esa razón, su efectivo disfrute no depende de la voluntad de aquéllos. Como se mencionó, el derecho internacional establece deberes a cargo de las autoridades públicas como la delimitación, demarcación y titulación de las tierras indígenas así como la sanción de procedimientos adecuados a esos fines. Estos criterios debieron ser remarcados por el tribunal con el objeto de

²³ Dos reflexiones merecen destacarse. La primera, del magistrado Lutz, en cuanto señala que en el juicio existen cuestiones complejas que involucran normas de orden público y cita normativa sobre la protección del territorio de los pueblos indígenas, incluso el Convenio 169 de la OIT. La segunda, del juez Soderó Nievas en tanto explicita que en las decisiones de instancias anteriores no se tuvo en cuenta que las personas a las que se dirigió la demanda revisten la condición de indígenas, lo que genera consecuencias particulares.

puntualizar que la omisión estatal no puede redundar en perjuicio de las comunidades indígenas. El Estado tiene prohibido desalojar a una comunidad si todavía no adoptó las medidas necesarias para verificar que el territorio en el que se asienta le corresponde en carácter de *tradicional*²⁴.

Además, tres criterios internacionales resultaban especialmente aplicables a este caso. En primer lugar, el *deber de devolver las tierras indígenas* cuando se encuentren en manos de terceros. Esta pauta toma en cuenta que, como producto de factores políticos, económicos e históricos, muchas tierras indígenas están a nombre de particulares. E indica que, en esos supuestos, se deben implementar herramientas eficaces para que las comunidades retomen la posesión y la propiedad y puedan disfrutar así, de hecho y de derecho, las tierras que les pertenecen. Esto se compadece con el criterio de interpretación establecido por la Corte Interamericana en el sentido que, en los casos de confrontación entre la propiedad individual y la propiedad colectiva indígena, debe prevalecer esta última en virtud de la relación especial que los indígenas mantienen con la tierra, que forma parte de su supervivencia como pueblos.

En segundo lugar, también debió darse especial relevancia al *deber de no trasladar* a las comunidades indígenas, que señala que los desplazamientos pueden poner gravemente en peligro la forma de vida indígena. En consecuencia, era también un motivo de importancia para frenar el desalojo de esta comunidad mapuche.

Finalmente, un estándar de relevancia para el caso es el relativo al *deber de protección y garantía del territorio indígena*, a fin de que las comunidades indígenas tengan un control efectivo sobre sus tierras. Uno de los aspectos de este criterio se encuentra desarrollado en el inciso 3 del art. 17 del Convenio 169, en cuanto expresa: "deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos".

La práctica de simular o desarrollar contratos de trabajo entre empresarios o particulares y miembros de comunidades indígenas como mecanismo para finalmente usurpar los territorios, tal como aconteció en este caso, es frecuente en la provincia de Río Negro. Por tal motivo, debió ser también considerado por el tribunal para evitar la violación manifiesta de la prohibición contenida en el Convenio.

Arribar a la decisión final por el camino de los estándares internacionales vigentes o reducir el asunto a una cuestión de derecho civil o procesal dice mucho acerca del lugar real en el que los jueces ubican a los indígenas en los litigios que se les presentan y sobre el limitado alcance que realizan del reconocimiento de los indígenas como sujetos de derechos con autonomía. ¿Qué hubiera ocurrido en este caso si la demanda hubiera sido formulada correctamente contra todos los ocupantes del terreno? ¿O si los jueces de las instancias anteriores no se hubieran referido al mejor derecho de los actores? ¿Es que en estos supuestos habría sido admisible la acción de desalojo contra las familias indígenas?

La utilización del derecho ordinario para resolver los conflictos indígenas es inadecuada dado que nunca llegará a abarcar la forma de vida de las comunidades. Su rígida aplicación conduce, muchas veces, a limitar los derechos indígenas y a vaciarlos de contenido. Desde este lugar, los estándares internacionales,

²⁴Esta cuestión es resultado de los deberes de garantizar y proteger los territorios indígenas.

además de ser obligatorios para los tribunales argentinos, por constituir la interpretación más avanzada en la materia, se convierten en una guía de acción insoslayable.

Por último, vale la pena hacer una breve referencia a la sentencia de la Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba en la causa Vera de Casih (C. Civ. Y Com, 2006). Si bien en este caso no se hallaban en juego derechos indígenas, sino una discusión relativa a la inembargabilidad de la vivienda única y la potestad de los gobiernos provinciales de regular esta materia, algunos argumentos vertidos por la Cámara en forma de obiter ponon de manifiesto el desconocimiento de la protección especial que el Estado debe otorgar a los indígenas, y cristalizan las consecuencias de la ausencia de jurisprudencia del máximo Tribunal sobre el tema. El Camarista Remigio sostuvo que:

“Asimismo, en el art. 75, inc. 17, CN.: Aparece aquí, al igual que en el art. 125, CN. el “desarrollo humano” como “competencia concurrente”. Se violaría flagrantemente el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN.), si se permitiera el embargo sobre las tierras de una persona y no sobre las de otra, por el solo hecho de que esta última es indígena y aquella no, ya que la ratio legis para establecer la inembargabilidad, no radica en la “etnia” del propietario de las tierras, sino en que, las mismas, son aptas y suficientes, para el desarrollo humano. Habría una discriminación, arbitraria, odiosa, injusta, irrazonable, etc. (art. 28, CN.) y, por ende, inconstitucional, en detrimento o en contra del “no indígena”. Ello así, ya que -necesariamente- la inembargabilidad de las tierras conlleva la de las viviendas sobre ellas construidas. (.....)”

y que:

“De tal guisa, la “vivienda” de los “indígenas”, en todo el territorio nacional, resulta “inembargable” y la “vivienda” de los “no indígenas” resultaría “embargable”, en violación palmaria y flagrante, no sólo al principio de igualdad (art. 16, CN.), sino que semejante actitud engastaría claramente en las prescripciones de la Ley Antidiscriminatoria 23592, cuyos arts. 1, 2, 3, concs. y corr. Sería un curioso caso, tal vez, por primera vez en la historia, de discriminación en contra del “no indígena” y en beneficio del “indígena”, cuando lo constitucional es que no exista discriminación ni desigualdad a favor, ni en contra de nadie.”

Estas afirmaciones reflejan la absoluta falta de entendimiento de las bases del derecho indígena. Si no se comprende que la inembargabilidad e inenajenabilidad de sus tierras es el corolario de las obligaciones de respeto y garantía de sus derechos y la consecuencia del reconocimiento de la especial relación que los indígenas mantienen con ella, mal puede entenderse en forma acabada la especificidad de la protección. Esta relación no puede, bajo ningún aspecto, ser equiparada a la de un no indígena con su vivienda, independientemente del carácter de las reglas que rijan el instituto de la vivienda única. Si bien, como dijimos anteriormente, en este caso no se encontraban en conflicto derechos indígenas, lo que resulta sumamente grave -además del pernicioso precedente ante futuros reclamos que allí puedan presentarse- es el patrón discursivo que una afirmación de este tipo, vertida por un Juez de Cámara, deja latente.

7. A modo de conclusión

Del análisis efectuado surge nítidamente una reflexión: la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a pesar de haber tenido bajo su estudio diversos casos que involucran los derechos de los pueblos indígenas, nunca se ha expedido sobre el fondo del conflicto y, por lo tanto, no ha fijado pautas claras sobre la especial protección a la que el Estado se ha obligado con respecto a este grupo. Esta situación acarrea una serie de consecuencias que afectan negativamente los derechos de los indígenas.

En primer lugar, como corolario de esta jurisprudencia oscilante y trunca, no existen desarrollos sobre el alcance y extensión de sus derechos. Debe tenerse en cuenta que el derecho a la propiedad comunal, el derecho a la participación y consulta y otros derechos reconocidos por la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales, son objeto de constantes reclamos en la actualidad. Los efectos de la ausencia de pautas claras sobre los derechos indígenas se agudizan si se comprende que los tribunales inferiores son quienes deben resolver en primer término estas demandas y que en raras ocasiones la cuestión llega a conocimiento de la Corte Suprema (sin que ello, como hemos visto, implique su efectiva protección). En no pocas ocasiones, los tribunales de distritos en los cuales suelen invocarse los reclamos indígenas exhiben un fuerte bagaje valorativo –debido tanto a factores históricos, políticos o económicos– que resulta a todas luces contrario a la protección de este grupo. Roberto Gargarella ha sostenido críticamente, en relación a la falta de criterios uniformes y perdurables por parte del Máximo Tribunal, que “la Corte puede hacer casi lo que quiere en el caso que tiene frente a sí, gracias a la enorme variedad de parámetros interpretativos a los que puede, indistintamente, apelar” y que estas dificultades “se muestran todavía más graves cuando comprobamos que problemas como los señalados se extienden, de modo obvio, desde la Corte Suprema hacia todas las instancias judiciales inferiores” (GARGARELLA, 2007: 6-8). Esta aseveración muestra la magnitud del problema.

Una segunda consecuencia de esta ausencia de parámetros claros por parte de la Corte Suprema, y estrechamente vinculada con la anterior, está dada por la eventual responsabilidad internacional del Estado argentino en virtud del incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de respeto, protección y garantía de los derechos de los pueblos originarios. Si bien esta cuestión no puede ser analizada en términos generales sino en el marco de una situación concreta, lo cierto es que la falta de certeza sobre las obligaciones del Estado deja siempre abierta la posibilidad de una condena en sede internacional.

Un tercer aspecto concierne al rol político que debe desempeñar la Corte, en tanto máximo órgano de uno de los tres poderes del Estado. Como se dijo, una de sus funciones es fijar las pautas interpretativas a las que los tribunales inferiores deberán ajustar su actuación. A su vez, también los otros poderes públicos deberán sujetarse a ellas cuando se discuta la formulación, implementación o control de políticas públicas. Es decir que la Corte debe fijar estándares, pisos mínimos referidos al reconocimiento, alcance o extensión de un derecho y, en consecuencia, de las obligaciones del Estado. Si se hace un brevísimos repaso de la historia del Máximo Tribunal a partir del reestablecimiento de la democracia, puede decirse que a un período de transición democrática (83'-89') le siguió una etapa donde primó una suerte de “oscurantismo”,

tanto jurídico como político e institucional (89'-03'). La actual Corte Suprema tiene la ineludible tarea de revertir las injusticias afianzadas en la década pasada, consolidar aquellas conquistas democráticas de antaño, fijar los marcos de actuación legítimos de los poderes públicos en un Estado de Derecho y, en especial, desarrollar y atender progresivamente las situaciones particulares de los colectivos históricamente relegados por el Estado. Como sabemos, la Corte goza de un cierto margen de discrecionalidad (siempre dentro del marco de los temas que son traídos a su conocimiento a través de casos) en la elección de las temáticas a abordar y, por lo tanto, de los derechos que van a ser objeto de su interpretación. Ello le ha permitido abarcar tópicos relativos a la protección de diversos sectores vulnerables, exhibiendo muchas veces criterios de vanguardia, en sintonía con los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos. Así, se ha ocupado de las condiciones de detención de las personas privadas de su libertad²⁵, de los derechos de los migrantes (CSJN, 2007d; CSJN, 2008), de las personas con discapacidades mentales (CSJN, 2005b; CSJN, 2008), y ha tomado siempre en consideración las decisiones y recomendaciones de los organismos internacionales, obligando de esa forma a los poderes públicos a volver la mirada sobre estas situaciones específicas. Sin embargo, los saludables destellos de esta suerte de "activismo judicial" no se han trasladado al tratamiento de los reclamos llevados adelante por los indígenas. En este campo, la Corte ha sido restrictiva por demás, al ir inclusive a contramano del camino trazado a nivel internacional²⁶.

Debe recordarse que en la Argentina, si bien no se cuenta con cifras oficiales, de acuerdo a estimaciones de organizaciones de la sociedad civil se calcula que actualmente viven más de 485 mil indígenas y los conflictos por sus demandas de autonomía son constantes (IWGIA, 2007: 226). El desafío actual en cuanto al respeto de los derechos de los pueblos originarios ha pasado a ser el de su efectiva concreción, luego del reconocimiento plasmado a nivel legislativo. El papel institucional de la Corte Suprema y el momento histórico del país exigen estar a la altura de esta etapa y brindar de una vez por todas respuestas acordes con este estadio, sin retaceos jurídicos de ningún tipo.

Bibliografía

- BARTOLOMÉ, M. A. (2006) *Procesos interculturales. Antropología Política del pluralismo cultural en América Latina*. México D. F., Siglo XXI, 2006.
- BENGUA, J. (2000) *La emergencia indígena en América Latina*. México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CELS (2005) *Derechos Humanos en Argentina, Informe 2005*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- CIDH (2000) *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 2000.
- DAES, I. (2000) *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2000/25, 2000.

²⁵ Como en el ya mencionado caso de las *Penitenciarías*.

²⁶ Plasmado en los últimos tiempos en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea de la ONU el año pasado.

- DÍAZ-POLANCO, H. (comp.) (1995) *Etnia y Nación en América Latina*. México D. F., Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1995
- GARGARELLA, R. (2007) "De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina". En *Jurisprudencia Argentina (JA)*, Fascículo 2, Buenos Aires, 2007.
- GIL DOMÍNGEZ, A. (1997) *En busca de una interpretación constitucional*. Buenos Aires, Ediar, 1997.
- IRIGOYEN FAJARDO, R. (2006). "Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino". En *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao, Universidad de Deusto, 537-567 (Consultado: mayo, 2008. <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>).
- IWGIA (2007). *El mundo indígena 2007*. La Paz, IWGIA, 2007.
- RAMÍREZ, S. (2006) "La experiencia en América Latina sobre la incorporación de los derechos indígenas en las nuevas constituciones", Buenos Aires, Mimeo.
- SÁNCHEZ BOTERO, E. (2004) "Pluralismo Jurídico, Interculturalidad y Derechos Humanos Indígenas". En *Constitución y Pluralismo Jurídico*. Quito: Corporación Editora Nacional. Instituto de Derecho Público Comparado, 2004.

Jurisprudencia

- C. Civ. y Com de Córdoba 7ª (2006), "Vera de Casih, Blanca S. v. Casih, Carlos E.", sentencia del 11 de septiembre de 2006.
- CCPR (1994), "Observación General N° 23. Derechos de las Minorías", 8 de abril de 1994.
- CERD (1997) "Recomendación general XXIII relativa a los derechos de las poblaciones indígenas", 51º período de sesiones, 1997.
- CIDH (1985) "Yanomami c. Brasil" en CIDH, Resolución N° 12/85, Caso N° 7615. OEA/Ser.P.AG/doc.305/73.
- CIDH (1999) "Exnet vs. Paraguay", Informe de solución amistosa N°90/99, Caso N° 11.713.
- CIDH (2000) "Informe sobre la situación de los Miskitos", citado en CIDH, La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas. OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62. 20 octubre 2000.
- CIDH (2002) "Caso Mary y Carrie Dann c. EEUU", Informe 75/02, 2002.
- CIDH (2006) "Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)", Petición N° 12.094, Informe N° 78/06, 21 de octubre de 2006.
- Corte IDH (2001) "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni", sentencia de 31 de agosto de 2001.
- Corte IDH (2005) "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", sentencia del 17 de junio de 2005.

- Corte IDH (2007) "Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname", sentencia del 28 de noviembre de 2007.
- CSJN (2005) "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Salta Provincia de y Otro s/ Acción Declarativa de Certeza", A. 1596. L.XLI, 27 de septiembre de 2005.
- CSJN (2005) "Tufano, Ricardo Alberto s/ internación." M C 1511. XL, sentencia del 27 de diciembre de 2005.
- CSJN (2007) "Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza", Causa L.733.XLII, Pronunciamiento del 13 de febrero de 2007.
- CSJN (2007) "Comunidades Indígenas La Bendición y El Arenal c/Refinería del Norte S.A. (Refinor) y Conta S.R.L. s/ amparo", C. 4418.XLI, sentencia del 30 de octubre de 2007.
- CSJN (2007) "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento", D. 587. XLIII, 18 de septiembre de 2007.
- CSJN (2007) "R. A.,D. c/ Estado Nacional. s/ Recurso de Hecho", R. 350. XLI, sentencia del 4 de septiembre de 2007.
- CSJNB (2008) "R.M.J. s/ Insania", C. 1195. L. XLII, sentencia del 19 de febrero de 2008.
- STJ Río Negro (2007) "OGILVIE, John G. y Otra c/GALVAN, Santiago y/u Ocupantes s/DESALOJO s/CASACION" (Expte. N° 20195/05-STJ-), sentencia del 7 de febrero de 2007.

Legislación

- Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en Países Independientes (Consultado mayo de 2008) www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Consultado mayo de 2008 www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html).

Abreviaturas

ONU	Naciones Unidas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CCPR	Comité de Derechos Humanos
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
C. Civ. y Com. Córdoba	Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba

DERECHO Y LITERATURA

ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO

Por

**André Karam Trindade y
Roberta Magalhães Gubert**

RESUMEN

Repensar el derecho, en este comienzo de siglo, es el desafío que se impone a los juristas. Y, entre las innumerables y variadas alternativas que se presentan, el estudio del *derecho y literatura* adquiere especial relevancia, entre otras razones, por la importancia que confiere a la interdisciplinaridad, pues supone un cruce de los caminos del derecho con los de otras áreas del conocimiento y construye un espacio crítico por excelencia, a través del cual resulta posible cuestionar presupuestos, fundamentos, legitimidades, funcionamientos, etc.

El presente trabajo tiene como finalidad i) examinar las relaciones que puedan establecerse entre los aludidos campos; ii) presentar el panorama histórico de tales estudios en el escenario internacional y iii) tematizar los modos a través de los cuales diversas orientaciones construyen la relación entre *derecho y literatura*.

PALABRAS CLAVE

Derecho – Literatura – Interdisciplina

LAW AND LITERATURE: APPROACHS AND VIEWS TO THINK ABOUT LAW IN A NEW WAY

By **André Karam Trindade** and
Roberta Magalhães Gubert

ABSTRACT

To question the ways we conceive law is, at the beginning of the new century, the challenge for jurists. Among the many alternatives at hand, the study of *law* and *literature* acquires singular relevance since its interdisciplinarity gave us the chance to enrich our work with the views of other disciplines. From this critical space we can, then, question its assumptions, foundation, functions and legitimacy.

This work aims to i) examine the links which can be established between both fields, ii) to show an historic view of the international achievements in these subjects, and iii) to question the ways in which these traditions build the links between *law* and *literature*.

KEYWORDS

Law – Literature – Interdiscipline

DERECHO Y LITERATURA

ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO*

Por André Karam Trindade** y

Roberta Magalhães Gubert***

Introducción.

Repensar el derecho, en este comienzo de siglo, es el desafío que se impone a los juristas. Y, entre las innumerables y variadas alternativas que se presentan, el estudio del *derecho y literatura*¹ adquiere especial relevancia, entre otras razones, por la importancia que confiere a la interdisciplinaridad, pues supone un cruce de los caminos del derecho con los de otras áreas del conocimiento y construye un espacio crítico por excelencia, a través del cual resulta posible cuestionar presupuestos, fundamentos, legitimidades, funcionamientos, etc.²

Pero, los estudios de *derecho y literatura* –sea del derecho contado en la literatura, sea del derecho entendido como narratividad– aún considerando el gran prestigio y trascendencia alcanzados a lo largo del siglo XX, en facultades, programas, cursos, centros e institutos de investigación estadounidenses y europeos³, es una práctica teórica poco desarrollada en la cultura (jurídica y literaria) brasileña –no

* Texto publicado, originalmente, en TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. (Org.). *Direito & Literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, v. 1. p. 11-66, aquí dedicado al amigo Profesor Dr. Carlos María Cárcova, quien siempre muy gentilmente nos ha visitado en Porto Alegre (Brasil).

** Doctorando en Teoría y Filosofía del Derecho (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE/ITALIA). Master en Derecho Público (UNISINOS/BRASIL). Consejero y Investigador del Instituto de Hermenéutica Jurídica (IHJ/BRASIL).

*** Master en Derecho Público (UNISINOS/BRASIL). Profesora de la Facultad de Derecho de la UNISINOS/BRASIL. Presidente y Investigadora del Instituto de Hermenéutica Jurídica (IHJ/BRASIL)

¹ A fin de evitar problemas de orden terminológico, Sansone aclara que “el término *derecho* es entendido, en el análisis del derecho y literatura, en el sentido más general (en la línea de *droit, law, recht*), eso e, como norma escrita y experiencia jurídica, derecho positivo y derecho natural. El mismo ocurre con el término *literatura*, que indica, predominantemente, la narrativa (ficción), aunque también se refiera a la épica, a la prosa y a la poesía (SANSONE, 2001: 3).

² Cf. CHUEIRI (2006: 233 a 235): “Derecho y Literatura es un nuevo campo de posibilidades para cuestiones formales y materiales que afligen tanto el Derecho cuanto la Literatura. Pero, en el campo de la crítica del Derecho, incorpora a las demandas políticas y éticas de reconstrucción de un mundo más igualitario y justo la sensibilidad estética del gusto literario.” En el mismo sentido, FREITAS, para quien “la relación entre el Derecho y Literatura, al nivel metodológico, que no al nivel sustancial, es no solamente concebible como también deseable, en una fase interparadigmática de búsqueda como la que se nos presenta en este momento. El Derecho nos presenta, hoy, desafíos cuya resolución ya no se basta con los modelos puramente legalistas, de la percepción del jurídico y también de la realidad social” (1990: 22 a 23).

³ Consultar sobre el tema, OST (2004: 49 y 59), JUNQUEIRA (1998: 21); SCHWARTZ (2006: 52), en que se destaca la importancia que el estudio del Derecho y Literatura viene asumiendo en Estados Unidos, donde actualmente integra el programa de más de 40% de las facultades de derecho, entre ellas la famosa *Harvard Law School*, y en Europa, especialmente en Francia, Bélgica, Italia, España y Portugal.

obstante todos los esfuerzos realizados en los últimos años⁴ y que llama la atención por la íntima relación que históricamente se observa entre la producción jurídica y la literaria⁵.

El presente trabajo tiene como finalidad i) examinar las relaciones que puedan establecerse entre los aludidos campos; ii) presentar el panorama histórico de tales estudios en el escenario internacional y iii) tematizar los modos a través de los cuales diversas orientaciones construyen la relación entre *derecho y literatura*.

1. La relación en cuestión.

La construcción de un puente entre el derecho y literatura, según los moldes propuestos por Enrique E. Marí, tiene como presupuesto la existencia de una conexión marcada, por la influencia recíproca entre ambas disciplinas⁶.

⁴ Se impone, sin embargo, reconocer la valiosa contribución de aquellos que, de algún modo, pueden ser considerados los precursores de esa iniciativa: Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, cuya tesis de maestría, defendida junto al CPGD/PUCSP (Curso de Posgrado en Derecho/Universidad Católica de San Pablo) se intituló *Derecho & Literatura – anatomía de un desencanto: desengaño jurídico en Monteiro Lobato*, Cristiano Paixão, cuyas investigaciones desarrolladas junto a la Facultad de Derecho y al Programa de Posgrado en Derecho de la UnB (Universidad de Brasilia) tiene como objeto justamente las relaciones entre derecho, cinema y literatura; Germano Schwartz, que viene se dedicando al estudio de los sistemas jurídicos y literarios, bajo la perspectiva de la matriz autopoietica; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por la coordinación del trabajo desarrollado junto al “Núcleo de Derecho y Psicoanálisis” – en el cual participan Albano Pepe, Alexandre Morais da Rosa, Agostinho Ramalho Marques Neto, entre otros –, cuyas últimas reuniones resultaran en las recientes publicaciones sobre Camus y Kafka; José Luis Bolzan de Morais y Lenio Luiz Sreck, que vienen participando, estimulando y enriqueciendo el proyecto “Derecho y Literatura: del hecho a la ficción”, desarrollado por el Instituto de Hermenéutica Jurídica (IHJ); Luis Alberto Warat, por presentar a la comunidad jurídica brasileña, a través de su obra *La ciencia jurídica y sus dos maridos*, un nuevo modo de se pensar el derecho y su enseñanza, rompiendo con la metodología tradicional y, así, superando el sentido común teórico que todavía hace rehén el pensamiento jurídico contemporáneo; Marcelo Campos Galupoo, quien tiene investigado las diversas facetas entre derecho y literatura a través de las investigaciones que conduce en el Programa de Posgrado en Derecho de la PUC/MG (Universidad Católica de Minas Gerais); Maritza Maffei da Silva, cuya tesis de doctorado, defendida junto al PPGD/UNISINOS (Programa Posgrado/Universidad do Vale do Rio dos Sinos), se intituló “*El mercader de Venecia*” de William Shakespeare: un encuentro en la encrucijada de la literatura, del derecho y de la filosofía; Vera Karam de Chueiri, que desarrolla importante trabajo junto a la Facultad de Derecho y al Programa de Posgrado en Derecho de la UFPR (Universidad Federal del Paraná), donde se dedica al estudio de las relaciones entre Derecho y Literatura; y, además, Vicente de Paulo Barreto, responsable por la publicación de la obra *Contar la ley*, de François Ost, en lengua portuguesa.

⁵ Hay que destacar que “buena parte de nuestros escritores eran licenciados en Derecho, y muchos de ellos ejercieron la abogacía, la fiscalía o la magistratura. Principalmente: Gregorio de Matos Guerra, Cláudio Manoel da Costa, Tomás Antonio Gonzaga, Gonçalves Dias, Álvares de Azevedo, Castro Alves, José de Alencar, Raul Pompéia, Raimundo Correia, Alphonsus de Guimaraens, Augusto dos Anjos, Graça Aranha, Godofredo Rangel, Oswald de Andrade, Alcântara Machado, José Lins do Rego, Clarice Lispector, Jorge Amado, Lygia Fagundes Telles y Monteiro Lobato” (GODOY, 2002: 27), y, en particular, José de Alencar, que desempeñó la función de Ministro de Justicia del Imperio, asimismo escribió, además de las novelas, notas y pareceres jurídicos principalmente acerca de “vacaciones de fiscales, vacaciones del Tribunal, jurisdicción, conmutación de penas, perdón de pena por Tribunal Militar, jurisdicción militar, pago y ejecución de multa impuesta a demandado esclavo, obligación de señor de esclavos de pagar pena de multa atribuida a esclavo suyo, entre otros”. (GODOY, 2002: 29 a 31).

⁶ Cf. MARI, para quien “ni el derecho, ni la literatura (o cualquier otra expresión de la estética), tienen la más mínima posibilidad de convertirse en campos sobre los que pueda construirse algo racional, asociando racional con empírico y lógico-metodológico. Si vinculamos ahora a nuestro autor Ludwig Wingenstein y su famoso punto 7 – *De lo que no se puede hablar mejor es callar* [Wovon man nicht sprechen kann, darüber mus man schweigen] – debemos concluir que el puente entre ambas disciplinas es algo de lo que hay que callar, ante la imposibilidad de hablar de él” (1998: 254 a 255).

En ese escenario, en el que la literatura asume gran importancia, parece conveniente profundizar en aspectos conectados 1.1) a su dimensión creadora y crítica, 1.2) a su dimensión lingüística y, por fin, 1.3) a las convergencias y divergencias que pueden establecerse entre derecho y literatura.

1.1 La dimensión creadora y crítica de la literatura

Cuando se considera el carácter deconstructivo y crítico de la obra literaria – al contrario de la obra jurídica – es preciso advertir que ella es una obra de arte, por cuanto se caracteriza por la maravilla del enigma y por su inquietante originalidad, que son capaces de suspender las evidencias, alejar lo que es dado, disolver las certezas y romper con las convenciones.

La obra de arte produce, mediante la imaginación, un desplazamiento en la mirada, cuya mayor virtud está en la ampliación y fusión de los horizontes, de modo que todo pasa como si, a través de ella, lo real posibilite el surgimiento de mundos y situaciones hasta entonces no pensados.

Con ella, las formas adquieren significaciones plenas que se manifiestan en un evento particular. Se trata de un gesto propio de la idea de *poiesis*, un sentido que adquiere forma. Ocurre que ese gesto surge espontáneamente y su sentido se revela original, lo que torna la expresión más segura de una libertad en acto. Y, de esa forma, la obra de arte puede ser entendida, en un primer análisis, como una libertad que se ejerce en un sentido que adquiere forma (OST, 2004: 32).

En tal contexto, Ost afirma que la obra de arte – en el caso, la narrativa literaria - atestigua, que lo real no es sino una modalidad de lo posible, esto es, si antes se decía que la obra de arte daba forma a lo posible; ahora, se ha percibido que ese posible constituye justamente la condición de lo real que surgió en su acontecimiento singular (OST, 2004: 34).

Por su parte, Gadamer refiere que la obra de arte es un juego que solamente se efectúa en el acogimiento que le reserva el espectador: entre el mundo del texto y el mundo del lector, ocurre una confrontación, a veces una fusión de horizontes, considerando que el intérprete no es una tabla rasa, pero sí, un ser ya envuelto en otras historias, un ser en busca de su propia identidad narrativa (GADAMER, 2003: 31 a 222; 2002).

Sin hablar que la realidad de la obra de arte y su fuerza declarativa no se dejan limitar por el horizonte originario, en que el creador de la obra y el contemplador eran efectivamente simultáneos.

Más que eso, Gadamer refiere que parece hacer parte de la experiencia artística el hecho de que (a) ella siempre tenga su propio presente, (b) ella mantenga en sí, pero solamente hasta cierto punto, su origen histórica y, especialmente, (c) ella sea expresión de una verdad, que, de algún modo, coincide con lo que el autor espiritual de la obra propiamente tenga figurado (GADAMER, 1996).

Todo converge, al final, para la enseñanza que puede extraerse de la obra de Gadamer, según, en el actual momento histórico, el significado filosófico del arte reside en el modo de pensar de la filosofía, de forma que cada recuerdo del arte es una corrección al carácter unilateral de la moderna orientación del mundo (GADAMER, 1996: 9); de Adorno, para quien la obra de arte es, antes de todo, resistencia (ADORNO, 1982); y, además, de Steiner, quien defiende la tesis de que la obra de arte siempre es una

contra-creación, o sea, ella representa, de un lado, el desafío al mundo heredado, a la naturaleza circundante, en fin, al legado cultural; y, de otro, la apuesta de que aún está por ser pensado algo esencial capaz de cambiar el mundo en algo nuevo (OST, 2004: 32 a 33).

Además, no puede olvidarse la *Lección* de Barthes, según la cual el poder se inscribe, desde siempre, en el lenguaje al que el hombre no escapa, pues en ella está inscripto⁷. Y, así, la lengua, entendida como desempeño de todo lenguaje – es fascista, en la medida que, cuando no impide de hablar, obliga a hacerlo (BARTHES, 1980: 10 a14).

En ese orden, si la ciencia es grosera, de un lado, pero la vida es sutil, de otro, la literatura se revela imprescindible para corregir esa distancia, pues el saber que ella moviliza nunca es completo, definitivo, último, pero tiene la capacidad de cambiar el mundo a través de la subversión de la lengua (BARTHES, 1980: 19 y 24).

Por eso, es preciso concordar con Barthes cuando afirma que, a aquellos que no son caballeros de la fé y tampoco súper-hombres, resta jugar con la lengua, pues solamente así puede escucharse la lengua fuera del poder, dar voz al recalcado, en el esplendor de una revolución permanente del lenguaje – esa trampa saludable, para Barthes, es lo que se llama *literatura* (BARTHES, 1980: 16).

A propósito, en ese sentido, no es sin razón la postura asumida por Barthes de que, si todas las disciplinas con excepción de una, debiesen ser expulsadas de la enseñanza, la disciplina a ser salvada, debería ser la literatura, en función de que todas las ciencias están presentes en el monumento literario (1980: 18).

De tal modo, teniendo por base las lecciones de Barthes, puede concluirse que la literatura asume, claramente, una función de subversión crítica, por cuanto se convierte en un modo privilegiado de reflexión filosófica – que excede el marco de las disciplinas científicas (sociología, antropología, psicología o economías jurídicas) que se ocupan de estudiar el derecho desde diversos ámbitos -, posibilitando, así, que se trate de problemas más primarios y, al mismo tiempo, más complejos de la historia del derecho (TALAVERA, 2006: 59).

⁷ En ese mismo sentido, ver también FOCALTA (2004), para quien (a) todavía en la Edad Media, el discurso verdadero al cual se tenía respeto y terror, aquello al que era preciso someterse, porque él reinaba, era el discurso pronunciado por quien de derecho y conforme el ritual requerido; era el discurso que pronunciaba la justicia y atribuía a cada cual su parte; era el discurso que, profesando el futuro, no solamente anunciaba lo que iba a pasar, sino que también contribuía para su realización, suscitaba la adhesión de los hombre y así se hacía el destino; un siglo más tarde, la verdad más elevada ya no reside no que *era* el discurso, o en que él *hacía*, pero sí en que él *dice*: ha llegado la época en que la verdad se ha desplazado del acto ritualizado, eficaz y justo, de enunciación, para el propio enunciado: para su sentido, su forma, su objeto, su relación a su referencia; (b) el discurso no es simplemente lo que manifiesta (o oculta) el deseo; es también, lo que es el objeto del deseo; el discurso no es simplemente lo que trae las luchas o los sistemas de dominación, pero aquello por lo que se lucha, el poder que queremos apoderarnos; (c) el poder está presente en los más diversos y sencillos mecanismos de intercambio social: no solamente en el Estado, en las clases, en los grupos, pero asimismo en las modas, en las opiniones corrientes, en los espectáculos, en los juegos, en las informaciones, en las relaciones familiares y privadas, y hasta en los impulsos liberadores que intentan contestarlo, incluyéndose las *ciencias* y, sobre todo, sus discursos.

A la literatura, por ende, se le atribuye la difícil misión de posibilitar la reconstrucción de los sitios del sentido, que en el derecho están dominados por el sentido común teórico⁸ que amputa, castra, dificulta las posibilidades interpretativas del jurista, al operar con un conjunto de preconceptos, creencias, ficciones, fetiches, hábitos, estereotipos, representaciones que, por intermedio de la dogmática jurídica y del discurso científico, disciplinan, anónimamente, la producción social de la subjetividad de los operadores de la ley y del saber del derecho, cuya tradición es en sentido de que “ningún hombre pronuncia legítimamente palabras de verdad si no es (reconocido) de una *comunidad científica*, o de un *monasterios de sabios*” (WARAT, 1995: 57 a 99).

Aguiar e Silva afirma que la literatura constituye una ventaja para los juristas, pues les posibilita la perspectiva de mundos que son alternativos al tradicional, permitiéndoles experimentar – de forma segura – la complejidad de la vida a través de la participación en las elecciones, decisiones y sentimientos de personajes que, en verdad, son auténticas predicciones, por lo que, concluye la autora lusitana, es preciso reconocer que la literatura torna los lectores personas más críticas, lo que es fundamental a la práctica del derecho (AGUIAR E SILVA, 2001: 122-123)⁹.

En igual sentido, Sansone refiere que la literatura orienta la visión del mundo, define normas y estilos de vida, entra en el espacio de los valores colectivos y conduce al lector – en el caso, los juristas – a otros mundos posibles, ampliando su horizonte de sentido¹⁰.

De modo, que el discurso literario, debe ser entendido como un medio privilegiado para dominar y manipular el lenguaje, pues la literatura tiene la vocación de resaltar, precisamente, las virtualidades del lenguaje, creando realidades paralelas y universos alternativos, en que el lector se ve inmerso en la dimensión que más le sea conveniente¹¹.

En otras palabras, aún con Freitas¹², la literatura aparece como un vehículo de creatividad en el derecho, por cuanto posibilita alargar los horizontes referenciales de los juristas, permitiéndoles construir soluciones a que no llegarían si se mantuviesen en los límites del derecho puesto. De tal modo, aunque el derecho y la literatura operen en universos distintos, ambas disciplinas se encuentran en potencial convergencia, pues tienen, inevitablemente, que tratar con la interpretación¹³.

⁸ Cf. WARAT, para quien el “sentido común teórico” debe ser entendido como “un sistema de producción de la subjetividad que pone a los juristas en la posición de meros consumidores de los modos instituidos de la semiotización jurídica” (1995: 68 y 96).

⁹ Todavía respecto del tema, consultar RÍOS, para quien “un buen libro de literatura u obra cinematográfica [ambas son narrativas] pueden sacudir nuestras creencias morales y dejar una profunda huella en nuestras vidas” (2005: 219).

¹⁰ Cf. SANSONE (2001: 142); y también, GARCÍA AMADO, para quien la literatura es, entre las ciencias humanas, una de las principales formas capaces de recuperar una perspectiva integral del ser humano, de su naturaleza, sus necesidades, sus voluntades, sus miedos, etc., a través de la literatura es posible valorar y criticar las insuficiencias y defectos del derecho, de su miope y cómplice punto de vista acerca de las opresiones sociales más diversas (2003: 366).

¹¹ Cf. FREITAS, donde la autora concluye que la literatura es “una forma de realización de varias aspiraciones del ser humano, como vehículo y fruto de sus propias construcciones y motivaciones, en una realidad que puede no ser la suya, que puede no ser a del Derecho” (1995: 5).

¹² Cf. FREITAS para quien “no existe nada peor para un jurista, además de una deficiente preparación técnica que la estrechez de horizontes. La literatura amplía los horizontes del jurista” (FREITAS, 1990: 22 a 23).

¹³ Y esa constatación, tan bien argumentada por Dworkin (2001: 217), ya puede decirse consenso entre los juristas. Consultar, por ejemplo, TRIBE, et. al, (2007: 107 y ss.).

En suma, el momento es todavía de superación del actual modo-de-producción del derecho y, por lo tanto, de repensar el derecho. Por tanto, especialmente en estos tiempos de pos-positivismo, la teoría literaria debe ser vista como una fuerte aliada, incluso porque, conforme lo explicitado por Shelley, en el remoto año de 1821, en su *The Defense of Poetry*, no hay como negar que *poets are the unacknowledged legislators of the world*¹⁴.

1.2. La dimensión del lenguaje y la intertextualidad

Al considerar las contribuciones que, desde el punto de vista del lenguaje, la producción y los estudios literarios pueden ofrecer al derecho, parece evidente que, en ninguna otra disciplina del conocimiento, se revela de forma tan clara – como ocurre en la literatura – que el hombre es formador del mundo, como afirma Heidegger (2003: cap. 6)¹⁵.

Con la muerte del positivismo, aplazada o no, es imposible dejar de reconocer la trascendencia que el lenguaje asume en el siglo XX, en especial, respecto a la comprensión y análisis de los fenómenos jurídicos. Toda vez que el derecho es constituido por el lenguaje; el derecho es una forma discursiva de modo que “comprenderlo y construirlo diariamente como tal, son tareas que implican desafíos que no pueden cerrar los ojos a los recientes avances de la filosofía del lenguaje y de la teoría de la literatura” (AGUIAR E SILVA, 2001: 130; FREITAS, 1990: 24).

Ocurre que toda la efervescencia doctrinal y jurisprudencial que se ha verificado en los últimos años debe ser considerada como una reacción al positivismo jurídico, esto es, a ese modelo normativista, marcado por un pensamiento excesivamente formal y abstracto, calcado en la racionalidad lógico-matemática (AGUIAR E SILVA, 2001: 125).

La necesidad de restablecer como materia pertinente el debate acerca de la legitimidad y de la autoridad y de imprimir, nuevamente, coherencia y estabilidad a la realidad jurídica, sobre nuevos puntos de partida impulsa el desarrollo de las teorías contemporáneas de naturaleza post positivista. Para esas nuevas orientaciones resulta estratégico el aporte de la teoría de la comunicación, la semiología y la narratividad.

¹⁴ Se destaca, por oportuno, que no es posible concordar con la paráfrasis invertida propuesta por Schwartz – “todo legislador y autoridad judicial serían poetas del mundo” (2006: 15) –, pues tal asertiva implicaría la normatización de la poesía y, consecuentemente, la pérdida de la libertad poética, la mayor virtud de la literatura. Menester resaltar, aquí, para el necesario cuidado – hermenéutico - que debe tenerse cuando de la apropiación de metáforas literarias para la aplicación en otros contextos, bajo sanción de desvirtuarles el sentido original y vaciarles de su carga poética.

¹⁵ Además, no puede dejarse de mencionar, aquí, la clásica afirmación heideggeriana: “El lenguaje es la casa del ser. En esa habitación del ser vive el hombre. Los pensadores y los poetas son guardias de esa habitación.” (1998: 31). Respecto del tema, consultar también ECO: “¿Qué nos revelan los poetas? Ellos no *afirman* el ser, buscan simplemente rivalizarlo: *ars imitatur naturam in sua operatione*. Los poetas asumen como tarea la sustancial ambigüedad del lenguaje y buscan explotarla para de ella hacer surgir, más allá que un exceso de ser, *un exceso de interpretación*. La sustancial multivocidad del ser impone un esfuerzo para dar forma a lo irregular. El poeta rivaliza con el ser proponiéndole nuevamente la viscosidad, buscando reconstituir el irregular originario, para inducirnos a prestar cuentas nuevamente con el ser. Pero no nos dice respecto del ser, proponiéndonos el *Ersatz* [sustituto], más que el ser nos dice o lo que le hacemos decir, eso es, muy poco” (1998: 36).

En ese escenario, la interpretación surge como una temática central, especialmente en razón de los aportes de la filosofía por el lenguaje¹⁶ y del desarrollo de la teoría literaria, que han influenciado y enriquecido “estudios semejantes desarrollados por los teóricos del derecho, que prontamente se dieron cuenta de las ventajas que habían en disfrutar de todo ese patrimonio acumulado” (AGUIAR E SILVA, 1990: 126).

Resulta necesario recordar que Aguiar e Silva refiere que, considerando el nuevo estatuto reconocido a la interpretación – especialmente en el derecho -, parece legítimo tomar conocimiento de los avances desarrollados por la teoría literaria, que lleva indudable ventaja en ese dominio – sea en su extensión, sea en su intensión – y viene, de larga data, enriqueciendo significativamente el panorama interpretativo (AGUIAR E SILVA, 1990: 63).

Además, hay una insistencia cada vez mayor en el reconocimiento de una racionalidad emocional y empática que cruza una parcela significativa de juicios en el campo jurídico. Se trata, en efecto, de la necesidad de “establecer formas alternativas de racionalidad práctica que posibiliten una más genuina y más justa resolución de los problemas que ese mismo pulsar involucra” (AGUIAR E SILVA, 1990: 129 a 130).

El estudio interdisciplinario del *Derecho y Literatura* parece lograr la más plena expresión y legitimidad cuando es encarado como una posibilidad capaz de producir el acceso a ese conocimiento empático del otro, a partir del fomento de esa identificación emocional con (la situación d) el otro. (AGUIAR E SILVA, 1990: 120 a 121).

White afirma que la ficción “estimula la capacidad del lector para imaginar otras personas, en otros universos” (en AGUIAR E SILVA, 1990: 120), reconociendo toda la potencialidad de que disponen los textos literarios respecto a la promoción de una inteligencia empática e imaginativa, que todavía es tan cara y fundamental a los juristas. Por ello, justamente, el reclamo de West en el sentido de una jurisprudencia narrativa, capaz de proporcionar la formación de panoramas morales que puedan ser operados como instancia crítica del derecho (1990: 121).

Eso todo porque, según señala Aguiar e Silva, sumergir en hábitos de la lectura y reflexionar acerca de las narrativas literarias puede contribuir decisivamente para que el jurista opere con estas formas alternativas de racionalidad, desarrollando tanto su capacidad imaginativa como también su inteligencia empática (1990: 130 a 131).

1.3. Entre convergencias y divergencias

Partiendo de la idea de que es preciso reconocer que, con la revolución de la filosofía a comienzos del siglo XX, el lenguaje ha perdido su carácter meramente instrumental y deja de ser considerado una tercera cosa que se interpone entre un sujeto cognoscente y un objeto a ser conocido y pasa a constituir la verdadera condición de posibilidad de todo proceso comprensivo, asumiendo una dimensión instituyente,

¹⁶ En el sentido descrito por STRECK (2007: 61 a 64).

puesto que en él - en el lenguaje - ocurre la mediación simbólica que establece la relación del hombre con el mundo¹⁷.

En ese escenario, en que se verifica la omnipresencia del lenguaje y la instalación del paradigma de la intersubjetividad, Ost afirma que, si es verdad que *a nadie es admitido ignorar la ley*, no puede olvidarse un presupuesto aún más fundamental, señalado por Valéry: *a nadie es admitido ignorar el lenguaje* (204: 22).

Y, una vez reconocido el lenguaje como instancia que funda a través de la palabra todo y cualquier discurso, parece imposible negar la existencia de elementos comunes entre el derecho y la literatura; su carácter textual y la observancia de los siete criterios de textualidad que los lingüistas suelen establecer: cohesión, coherencia, intencionalidad, aceptabilidad, informatividad, situacionalidad e intertextualidad (PÉREZ, 2006: 136).

Cabe destacar, para empezar, que el lenguaje preexiste a la realidad – incluso a la realidad jurídica¹⁸ – y, por lo tanto, a todo discurso que sobre ella incida, pues el pensamiento, vaya a la dirección que sea, siempre habrá que transitar por la palabra y, consecuentemente, “el mundo del derecho resulta un mundo traspasado por el poder de la palabra. Y, de la palabra mágica, fecunda, creadora” (AGUIAR E SILVA, 1990: 9 a 15).

De esta naturaleza es la relación establecida por Nussbaum al hablar de la necesaria vinculación entre literatura y contenido filosófico como parte esencial de la búsqueda por la verdad, considerando que algunas concepciones de mundo y de como debe vivirse en él, no pueden ser explicadas de manera completa y adecuada por el lenguaje de la prosa filosófica convencional, dependiendo en cambio, de la literatura, de su lenguaje y formas creativas, por sí mismas más complejas, más connotativas, que prestan mayor atención a los detalles (2005: 25 a 26).

Así, tanto el derecho como la literatura están íntimamente vinculados al lenguaje, pues trabajan fundamentalmente con la palabra, el texto, el discurso, la narración, en fin, con la comunicación¹⁹.

¹⁷ Ver, STRECK (2007) y en el mismo sentido, consultar AGUIAR E SILVA, para quien “es a través del lenguaje que el hombre se relaciona con el mundo exterior, con los otros, hasta consigo mismo. Es a través del lenguaje que el hombre piensa el mundo” (1990: 9 a 15).

¹⁸ En ese mismo sentido, ver SCHWARTZ, para quien “el mundo de las Leyes se compone primero de palabras que de leyes. A las Leyes preceden los verbos, las construcciones sintácticas, la morfología y la semántica que permitirá entender lo que pretende comunicarse. A las Leyes precede el texto” (2006: 63).

¹⁹ Todavía en ese contexto, pero bajo la perspectiva luhmaniana, Schwartz aduce que tanto el derecho como la literatura son comunicación en estado puro, o, más específicamente, comunicación a través del lenguaje, considerando que ambos operan con textos creados respecto de una realidad social semejante. La literatura es entendida como la diferencia entre la percepción y la comunicación: de un lado, el texto busca la percepción; de otro, la comunicación busca la unión de la unidad de la diferencia entre el texto y la percepción. Por eso, el texto es considerado el punto de partida para que se piense el no-escrito y todas sus implicaciones. La principal contribución de la teoría autopoietica para el estudio del Derecho y Literatura consistiría en percibir que es justamente en la conexión entre el sistema artístico, en que está la literatura, y el sistema social, en que se ubica el derecho, que ocurre una mutua irritación capaz de producir nuevas respuestas y operaciones. Dicho de otra forma, Schwartz sustenta que un observador de segundo grado, en los moldes exigidos por la teoría sistémica, puede percibir el derecho dentro de su lógica, pero utilizándose de parámetros literarios capaces de influir en la creación de un nuevo derecho, que de cuenta de los cambios del sistema social (SCHWARTZ, 2006; 2005).

O mejor, como enseña Kaufmann, “el derecho no es un *objeto* como los árboles y las casas. El derecho es, por el contrario, la estructura de las relaciones en que los hombres están un ante los otros y ante las cosas” (2002: 42).

Por otro lado, la literatura igualmente se encuentra ligada a esta misma *ontología de las relaciones* que comenta Kaufmann, pues las relaciones humanas también constituyen su objeto central, aunque privilegiando la estética. Como toda y cualquier expresión artística, la literatura es una transformación de lo real, es decir, la realidad recreada y retransmitida por la narrativa, a través de metáforas y metonimias. Así, de la misma forma como ocurre con el discurso jurídico – que pretende tratar de la realidad –, la narrativa, por más ficticia que sea, es producida inevitablemente a partir de lo que le es ofrecido por el mundo de la vida²⁰.

En ese sentido, Aguiar e Silva entiende que el estudio del *Derecho y Literatura* presenta dos aspectos comunes a ambas disciplinas: (a) tanto una cuanto la otra, aunque de forma y con finalidades distintas, trabajan con las relaciones humanas, lo que presupone un apurado conocimiento de la naturaleza/condición humana; (b) ambas atribuyen necesariamente un papel central a la palabra, lo que vincula la actividad de juristas y literatos a la interpretación de textos (1990: 73 a 74).

Todo eso no significa, sin embargo, que no haya diferencias importantes entre las disciplinas jurídica y literaria, aunque tales disciplinas no tengan, por supuesto, el don de cuestionar efectivamente la validez del estudio del *Derecho y Literatura*. Cinco son, por lo tanto, las principales diferencias que normalmente se establecen entre el derecho y la literatura:

(a) si, por un lado, el discurso jurídico codifica la realidad a través de formas y procedimientos, instituyéndola a través de una red de significaciones convenidas y de un sistema cerrado de obligaciones e interdicciones; por otro, la literatura carece de cualquier dimensión formal, así, liber(t)a las posibilidades, alterando el orden impuesto, en la medida que suspende las certezas instituidas, fulmina las categorías que encierran la realidad y rechaza las convenciones establecidas, desobstruyendo, de esa forma, el camino de la imaginación rumbo a utopías creadoras (OST, 2004: 13 a 14; TALAVERA, 2006: 56 a 57).²¹

²⁰ En ese exacto sentido, ver MARTÍNEZ, Faustino. Derecho común y literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, v. 17, p. 113-210, 2005, p. 113: “¿Existe algún aspecto de la vida que pueda quedar al margen del derecho?, ¿Existe algún otro campo de la vida que puede verse postergado por la literatura, que pueda quedar al margen de un proyecto literario cualquiera que sea su manifestación externa: teatro, ensayo, poesía, novela, cuento? Ambas disciplinas, artes o ciencias, según los casos y las visiones que se defiendan, extienden su influencia y su visión sobre la totalidad de las conductas humanas, lógico es pensar en las más que posibles interferencias que pueden darse entre ambas por el mero hecho de compartir campos comunes que se refieren indefectiblemente al humano actuar o al humano pensar”. Todavía en la misma línea, consultar FREITAS, *op. cit.*, p. 24: “El jurista como especialista del saber global (Baptista Machado): su formación pasa por un conocimiento tan vasto cuanto posible de la naturaleza humana. La literatura como espejo y manifestación de la misma; como vehículo de conocimiento de diferentes lenguajes y de mundos paralelos al, por veces circunscrito, mundo de los juristas, en el momento concreto de la aplicación del Derecho.”

²¹ Según Cortina, en el prólogo de la obra de Talavera, “el derecho nace de un cuerpo legislativo que parece ajeno al mundo de la vida, eso es, a ese mundo que se hace con las biografías y con las historias de los pueblos, mientras que la literatura trabaja con el universo de la creación libre, la tierra de la fantasía, el terreno poético, donde lo que importa, antes de todo, es sintonizarse con los lectores para llevarlos para más allá de sus vidas, a relatos de vidas ajenas con las cuales pueden comprender mejor las suyas. Ese es el continente de esa particular racionalidad que no

(b) si, de un lado, la función del derecho es estabilizar las expectativas sociales, en busca de la seguridad jurídica, lo que resulta en el congelamiento del tiempo, en el aprisionamiento de los sentidos y en el exterminio fálico de las emociones y de los afectos; de otro, la literatura tiene una función fundamentalmente heurística, dedicada a crear, innovar, criticar, sorprender, espantar, deslumbrar, perturbar, chocar, desorientar, en fin, emocionar (OST, 2004, 15 a 16).²²

(c) si, por un lado, del derecho se espera el comando, el orden, la medida, la decisión, etc.; por otro, de la literatura se espera la belleza, la imaginación, lo lúdico, la duda, la trasgresión, etc.²³

(d) si, de un lado, el derecho produce *sujetos de derecho*, brindándoles facultades y obligaciones establecidas, y diseña personas atribuyéndoles roles normatizados cuyo ejemplo debe servir como estatuto de las conductas y padrones esperados de los demás individuos en la vida en sociedad, al estilo del buen padre de familia, la mujer honesta, el competente leal, el profesional diligente, etc.; de otro, la literatura crea personajes, cuya naturaleza ambivalente combina con la ambigüedad de las situaciones singulares que le son atribuidas, de forma que su identidad es el resultado de su propia trayectoria experimental en búsqueda de sí mismo (OST, 2004: 16 a 18).

(e) si, por un lado, el derecho se inclina por la generalidad y abstracción, normalmente atribuidas a la ley; por otro, la literatura se ocupa de lo particular y concreto, considerando que toda historia se revela irreductiblemente singular (OST, 2004: 18).²⁴

Empero, esas diferencias, lejos de revelar una incompatibilidad entre las dos disciplinas, evidencian una relación dialéctica imprescindible. Es por ese motivo que Ost afirma que no puede limitarse a constatar un simple “diálogo de sordos entre un derecho codificado, instituido, instalado en su racionalidad y su efectividad, y una literatura rebelde a toda convención, celosa de su ficcionalidad y de su libertad”, cuando, en verdad, lo que hay “son préstamos recíprocos e intercambios implícitos”²⁵.

2. Desarrollo histórico.

El *Derecho y Literatura* puede ser considerado un movimiento cuyo desarrollo acompaña, prácticamente, la evolución de la historia del siglo XX. Resulta útil dividirlo en tres periodos bastante distintos, según sugiere Sansone (2001: 2), a fin de facilitar la comprensión: el *primer momento* es el punto de

se sostiene en silogismos, tampoco en raciocinios inductivos, sino en el argumento vivo de una narración” (2006 p. XIII).

²² Un buen ejemplo en ese caso – quizás lo más clásico de ellos – sea *Alicia en el país de las maravillas* (1865), de Lewis Carroll.

²³ Ver, para tanto, WHITE, cuya principal tesis es en sentido de que entre el imperativo jurídico *no debes* y el *todo es posible* de la narrativa literaria hay tanta interacción cuanto confrontación (2000). Todavía sobre el tema, consultar FERREIRA DA CUNHA (2007).

²⁴ Todavía en ese sentido, ver FREITAS, para quien: “No es el texto literario vinculante, aunque pueda tener una función normativa. El texto jurídico, a su vez, es, por definición, vinculante y, siempre, normativo. La normatividad de un texto no resulta necesariamente de su vinculatividad. La primera puede existir sin la segunda, siendo (como ocurre en el texto literario), en tal supuesto, una normatividad potencial. Cuando sea vinculante, como lo es el texto jurídico (la norma por antonomasia), será efectivamente normativo” (1990: 19 a 20).

²⁵ Cf. OST, *op. cit.*, p. 23.

partida, en el comienzo del siglo y hasta el fin de la década del 30, cuando surgen los primeros escritos propiamente sobre *Derecho y Literatura*, tanto en el escenario jurídico europeo cuanto en el estadounidense; el *segundo momento* es un período intermedio, en que se advierte la continuidad en la producción de las investigaciones, con la profundización y la difusión de sus estudios en especial en Europa, en las décadas del 40 y 50, y con el renacimiento estadounidense del movimiento *Law and Literature*, en la década del 70 (SANSONE, 2001: 18 a 43); y, por fin, el *tercer momento*, cuando ocurre el arraigo curricular del estudio del *Derecho y Literatura* en el interior de los departamentos universitarios y de los centros de investigación, a partir de la década de 80.

2.1. La fase inaugural

En Estados Unidos, el estudio del *Derecho y Literatura* empieza con la publicación, en 1908, del ensayo *A List of Legal Novels*,²⁶ de John Wigmore, orientado hacia el estudio del derecho **en la** literatura, en que son clasificados y catalogados innumerables relatos, especialmente narrativas anglosajonas modernas, en que emergen las más variadas temáticas jurídicas; y, en 1925, del ensayo *Law and Literature* (1925), del célebre juez Benjamin Cardozo, orientado hacia el estudio del derecho **como** literatura, en el que examina la cualidad literaria del derecho, proponiendo la lectura e interpretación de las sentencias judiciales como ejemplos de literatura (SANSONE, 2001: 15 a 18).

Por otro lado, en Europa, el punto de partida puede ser considerado la publicación, en 1931 y 1936, en Suiza, de los ensayos *Das Recht in der Dichtung* (FEHR, 1935: 580) y *Die Dichtung im Recht* (FEHR, 1936: 327), respectivamente, de Hans Fehr, en los que el derecho surge como un fenómeno cultural común a la educación de los juristas y de los literatos, mientras que la literatura, a su vez, aparece tanto como fuente para el conocimiento jurídico, como también un instrumento de crítica a las instituciones jurídicas²⁷; y, en 1936, en Italia, del ensayo *La letteratura e la vita del diritto* (FEHR, 1936: 327), de Antonio D'Amato, en el que la literatura es entendida como un intérprete auténtico de las necesidades y aspiraciones del pueblo, asumiendo, así, una función en la formación y evolución del derecho (1936).

Aun Gustav Radbruch no dejó de considerar la trascendencia del estudio del Derecho y Literatura, lo que se evidencia, en 1938, con la publicación de un ensayo intitulado *Psicología del sentimiento jurídico dei popoli* (1938), en el cual se apoya en la literatura para extraer la expresión del sentimiento de nación, poniendo énfasis en los ejemplos ruso, con Tolstoi; francés, con Flaubert; e inglés, con Dickens (2001: 12 a 13).

²⁶ Cf. WIGMORE (1908: 574 a 596). En el mismo sentido, ver LOESCH (1926: 109 a 146) en que el autor destaca la capacidad de la literatura para formar la conciencia ética social de los abogados.

²⁷ Ver, por lo tanto, SANSONE, que señala las siguientes temáticas jurídicas presentes en la literatura alemana, según Fehr: la *venganza* frecuente en las antiguas sagas alemanas, entendida como necesidad absoluta de reacción frente al derecho; la *fidelidad*, indicada como *Treueproblem*, equiparada al *Rechtsbruch*; la *paz*, o sea, la *Friedenssehnsucht*; el *proceso* en sus formas más variables; las *figuras institucionales* del emperador y del papa; el *Estado* y el *príncipe*, y el *príncipe* y el *pueblo*; el derecho de *familia*; algunos institutos y momentos del derecho *penal*; la *psicología* del derecho" (2001: 9 a 14).

2.2. La fase intermediaria

El crecimiento de la investigación alcanza una etapa fundamental entre los años 1940 y 1960, con la publicación de la obra de Ferruccio Pergolesi, cuya investigación se revela significativa respecto a la gran producción bibliográfica sobre el tema, atento al método adoptado por el autor y a la sistemática del análisis desarrollado sobre el complejo campo de las relaciones entre derecho y literatura (SANSONE, 2001: 21 a 22).

Según Pergolesi, la literatura, en sus más variados géneros – especialmente el narrativo y el dramático –, a medida en que refleja la vida a través del contenido de las tramas, no puede dejar de ser considerada en sí misma como un complejo material jurídico. Dicho de otra forma, la literatura de un pueblo contribuye, entre otras cosas, utilizada con prudencia, a conocer la historia de su derecho y, además, como actúa en la práctica, permitiendo comprender también aspectos relativos a la historia social en general (que llama historia civil) (PERGOLESI, 1927: 1277 a 1278).

Más adelante, en el auge de su producción teórica, Pergolesi abandona la noción de *historia civil* del derecho, asumiendo dos nuevas direcciones: a) la de la *sociología del derecho*, pues los literatos pueden ser utilizados por la sociología, para tratar con lo que puede llamarse el derecho como experiencia, derecho viviente, o, derecho efectivamente vigente en un determinado ámbito; b) del *sentimiento de la justicia natural*, considerado como la capacidad de la obra literaria de poner en discusión problemas éticos y también, de permanecer como documento que capta el *sentimiento jurídico* (1956).

De ese modo, optando por el método de investigación en que se analizan argumentos, institutos y ramas del derecho, a partir de una diferenciación de naturaleza jurídica objetiva, basada en las fuentes literarias, Pergolesi aborda temas relativos a la formación social del derecho, al derecho de familia y de las sucesiones, al derecho público, al derecho procesal, a la ejecución de las sentencias, a los tipos de magistrados y abogados. También algunos problemas referentes a la justicia, especialmente a partir de las obras de Molière, Beltramelli, Pirandello, Manzoni, entre otros (SANSONE, 2001: 25 a 31).

En la misma dirección, cabe mencionar las publicaciones, en 1949, del ensayo *Derecho y Literatura*, de Juan Ossorio Morales (1949), en el cual el catedrático español analiza, sobre la base de los clásicos de la literatura castellana, la praxis jurídica y social del Siglo de Oro; y en 1952, el ensayo *Antígone e Porzia*, de Tullio Ascarelli, en el que el catedrático italiano presenta, a partir del examen de los acontecimientos ligados a las dos figuras femeninas, la noción de derecho natural como criterio de justicia de la norma positiva (ASCARELLI, 1955: 756 a 766).

Por otro lado, entre otros autores de la tradición germánica – que en la década del 50 se dedica al análisis de la representación del proceso en las obras literarias y a la investigación en la problemática general del derecho penal, como, por ejemplo, los errores judiciales, el procedimiento criminal y el fundamento último de la pena, Hans Fehr reaparece, en 1950, con la publicación de un nuevo ensayo, intitulado *Die Dichtung des Mittelalters als Quelle des Rechts* (1950: 62 a 66), en que retoma los temas presentados anteriormente, profundizando el análisis de la literatura entendida como fuente para el aprendizaje y la reconstrucción de la historia del derecho (SANSONE, 2001: 32 a 34).

Por fin, en Estados Unidos, se produce un enriquecimiento de los estudios comenzados por Wigmore y Cardozo, con la publicación de una serie de textos y ensayos que resultan, posteriormente, en las décadas del 60 y 70, la base para la inclusión de la enseñanza del *Law and Literature* en las academias jurídicas estadounidenses.

Un buen ejemplo al respecto lo constituye la obra de Edmund Fuller (1947) *Law in Action*, publicada en 1947, bajo el pseudónimo de *Amicus Curiae*, en la que el autor presenta una significativa antología, reuniendo escritos de épocas diferentes y autores de las más distintas formaciones: la primera parte está en función de la noción de libertad, a partir de los *Evangelios* de Mateos, Marcos, Lucas y Juan, asimismo de las obras de Honoré de Balzac y Walter Scott; la segunda parte aborda la cuestión de la mora, con base en los *Evangelios* apócrifos; la tercera parte está dedicada a la justicia, considerando las obras de Plutarco, Graves, Rabelais, Cervantes, Swift, etc.; la cuarta y última parte trata de los crímenes y tiene como base los textos de Melville, Chéjov, Twain, Carroll.

Otro autor que merece ser destacado, en ese sentido, es Ephraim London (1960: vols. 1 y 2), quien publica, en 1960, la antología *The World of Law*, obra de gran organicidad y responsable por gran impacto en los pasillos de las academias estadounidenses, siendo considerada un manifiesto por la defensa de los principios orientadores de la realización del Estado de Derecho y de la garantía de las libertades fundamentales: el primer volumen, intitulado *Law in Literature* (derecho en la literatura), presenta la sección *Casos y Juicios*, desarrollada a partir de las narrativas literarias de Cervantes, Dickens, Carroll, Tchékhov, Pirandello, etc., y también la sección *Abogados, jueces, jurados y testigos*, en que se destacan las obras de Faulkner, Balzac, Scott, Rabelais, etc.; el segundo volumen, intitulado *Law as Literature* (derecho como literatura), presenta las secciones *Causas de notables y casos notorios*, *Testimonios y argumentos como literatura y juicios*, *Observaciones y reflexiones sobre el derecho*, en que son compilados escritos de jueces, fallos judiciales notorios, asimismo trechos abordados en las obras de James, Zola, Wilde, Camus, Melville, Swift, Montaigne, etc (SANSONE 2001: 37).

Con el creciente incremento de los escritos, discusiones y eventos, en especial en la década de 70, surge lo que hasta hoy es conocido como el renacimiento del *Law and Literature Enterprise* – a través del cual se abre el universo del análisis del fenómeno jurídico, a medida en que este deja de ser descriptivo, según exige el positivismo, y se torna narrativo y prescriptivo -, particularmente con la publicación del ensayo de James Boyd White, intitulado *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression* (1973), en el que están reunidos trechos de obras literarias, sentencias y decisiones judiciales y leyes, asimismo escritos del propio autor, que intenta, por intermedio de ellos, demostrar que el derecho es un sistema cultural en el que participan la imaginación y la creatividad literarias, como componentes de la racionalidad jurídica.

Se observa, consecuentemente, un progresivo y renovado suceso de los estudios e investigaciones que pasan a ser desarrollados a través del análisis de las obras literarias, de los valores humanísticos, lo que resulta, en los 80, en la afirmación definitiva del *Law and Literature Movement*²⁸.

2.3. La fase actual

Como se afirma, la efectiva consolidación del estudio del *derecho y literatura* ocurre solamente a partir de la década de 80, en especial en el ámbito académico, con el surgimiento de nuevos departamentos universitarios y la afirmación de una serie de instituciones que se orientan específicamente en relación con tales estudios.

2.3.1. *Diritto e Letteratura*

La retomada italiana de los estudios del *Diritto e Letteratura* – aunque también ocurra en los 80, siguiendo lo que se daba en otros países europeos-, se caracteriza por la publicación de una serie de nuevos ensayos, pero, en especial, por el surgimiento de innumerables voces, independientes y autónomas orientadas al estudio de la experiencia estadounidense (SANSONE, 2001: 43 a 55).

En ese contexto, es que sucede una renovación de la producción bibliográfica, se destacan las figuras de Mario Cattaneo (1985, 1987 y 1992), quien señala el trato frecuente en las obras literarias – especialmente de Goldoni y Manzoni – de reflexiones sobre el problema de la justicia y demás temáticas jurídicas correlativas, particularmente en el derecho penal; Giorgio Rebuffa (1992), quien dedica su ensayo al examen de la contribución de la narrativa realista de Balzac para los estudios de la sociología del derecho, especialmente en razón del importante relato que formula de las expectativas sociales de tipo revolucionario; Bruno Cavallone (1991), que analiza la teoría general del proceso, partiendo de *Alicia en el país de las maravillas*, de Carroll, proponiendo la revalorización del formalismo y del rito en la instrucción probatoria; y, por fin, Antonio Bevere (1996), que se propone demostrar las “connotaciones eternas” de la justicia, a través de imágenes literarias que cuidan de la praxis de los gobernantes y de los gobernados, en fin, de la manera como el público se relaciona, históricamente, con las instancias universales del derecho.

Dicho tránsito teórico empieza con Fabrizio Cosentino (1993: 622 a 670; 1996: 179 a 195), quien establece un panorama del campo de investigación italiano – cuya base es la clasificación articulada en el interior del *Law and Literature Movement*, a través de la cual se divide el estudio en las siguientes categorías: derecho *en la* literatura, derecho *como* literatura y derecho *de la* literatura-, considerándose tanto las obras literarias patrias convenientes al análisis jurídico, como también los estudios desarrollados respecto de la metateoría sobre *Diritto e Letteratura*.

En la misma orientación, Guido Alpa publica un ensayo titulado *Law & Literature: un inventario di questioni* (1997), en el cual subraya la trascendencia de los análisis interdisciplinarios y, luego de adoptar el

²⁸ Ver SANSONE (2001: 42); CHUEIRI (2006: 234); y, además, SCHWARTZ (2006: 51), para quien “el movimiento *Law and Literature*, con comienzo en los años 70, en Estados Unidos, y que se desarrolla en efecto

modelo americano tripartido de la investigación, profundiza la corriente del derecho *como* literatura, planteando cuestiones respecto a la forma, a la interpretación, etc.

Finalmente para este abordaje respecto del dialogo ítalo-americano, es necesario referir el ensayo de Lorenzo Cavalaglio – intitulado *Literature vs. Economics, ovvero Richard Posner e l'analisi giusletteraria* (1998)–, en el cual registra la más importante experiencia italiana del *Law and Literature Movement* – congreso realizado, en 1998, en la Facultad de Derecho de la Università degli Studio Roma Tre, en conjunto con la Italian Association of the Yale Law Schools y el Centro di Studi Americani –, además, evidentemente, de examinar las tesis desarrolladas por Richard Posner respecto del tema.

Sin embargo, es en la última década, en la que se ha verificado una notable evolución cualitativa del *Diritto e Letteratura*²⁹, tanto respecto de la realización de una gama de cursos y eventos – con destaque para las iniciativas de Emanuele Conto y Eligio Resta, entre otros –, como también en el ámbito de la producción científica, en la cual sobresalen las obras de Mittica (2004) y, especialmente, el excelente estudio de Sansone (2001), aquí adoptado como principal referencia teórica.

2.3.2. *Droit et Littérature*

La experiencia francesa respecto al *Droit et Littérature* también asume importancia en el escenario académico a lo largo de la década de 80, lo que se produce a partir de tres hechos concretos (SANSONE, 2001: 58 a 67).

Primero, la creación, en 1982, de un curso universitario sobre *Droit et Littérature*, bajo la coordinación de Régine Dhoquois, maestra de literatura, y Annie Prassoloff, profesora de derecho, realizado en la Université Paris Diderot, Paris VII.

Segundo, la organización, en 1984, de un congreso sobre el tema, cuyo resultado ha sido publicado en la revista *Actes: les cahiers d'action juridique*, en que la exposición de los temas y de las intervenciones ha sido distribuida de la siguiente forma: en la primera sección, la investigación respecto del derecho de autor – aquello que los estadounidenses llamarán de derecho *de la* literatura –, abordando desde la noción de personalidad de la creación literaria, basada sobre la convención jacobina hasta el funcionamiento de la *Société Civile des Auteurs Multimédia*; en la segunda sección, la representación del derecho en las obras literarias, con énfasis para las narrativas de Ésquilo, Goethe, Stendhal, Balzac, Proust, Kafka, entre otras; en la tercera sección, la elaboración de un conjunto de consideraciones interdisciplinarias entre derecho, literatura, filosofía, cultura y política.

Tercero, la publicación, en 1997, de la antología *Droit et Littérature*, de Philippe Malurie (1997) – con la cual se registra efectivamente la importancia que los estudiosos franceses atribuyen al estudio del tema – en que el civilista francés presenta las relaciones entre derecho y literatura a través de cuatro categorías y busca demostrar que la literatura contiene los fundamentos de la sociedad, sus bases jurídicas y los

durante los años 80 en aquel país, es una reacción a la no utilización de elementos literarios en el análisis del Derecho, siendo encabezado por autores como J. Boyd-White y Richard Weisberg”.

contenidos de las nociones constituyentes del ordenamiento jurídico, a partir de las ideas de derecho natural y derecho positivo (*Antífona*, de Sófocles), de medida, responsabilidad y libertad (*Orestéa*, de Ésquilo), de justicia y utopía (*Don Quijote*, de Cervantes), de honra (*El Cid*, de Corneille), de esperanza y clemencia (*El mercador de Venecia*, de Shakespeare), entre otros.

Sin embargo, todavía en el ámbito francófono, no puede dejar de mencionarse expresamente la importancia de la producción teórica llevada a cabo por François Ost, en Bélgica, cuyas traducciones para diversos idiomas ha posibilitado una gran difusión y repercusión del estudio del *Derecho y Literatura*, influyendo directamente en los avances de las investigaciones desarrolladas fundamentalmente en *terrae brasiliis*.

En su principal obra respecto del tema - *Contar la ley* (2004)-, en la cual defiende una teoría del derecho contado, Ost se propone analizar el comienzo de la ley, según el *Éxodo*, la invención de la justicia, según la *Orestéa*, de Ésquilo; la resistencia al poder, a partir de Antígona, de Sófocles; las fuentes de derecho, con base en *Robson Crusoé*, de Defoe, y de *Fausto*, de Goethe; y, por fin, los absurdos y las paradojas de la Ley, conforme *El proceso*, de Kafka.

2.3.3. *Recht und Literatur*

En el escenario cultural alemán, por otra parte, el estudio del *Recht und Literatur* pasa a ser definitivamente reconocido cuando la famosa *Neue Juristische Wochenschrift* empieza, en 1982, la publicación de *Themenhefte*, edición anual dedicada a los temas relativos al *Derecho y Literatura* (55 a 58).

Al mismo tiempo, se ha observado la intensificación de la producción de ensayos monográficos dedicados, en especial a la profundización de las relaciones entre literatura y criminología, entre los cuales se destacan los trabajos de Jörg Schönert, Hans-Jürgen Lüsebrink, Heinz Müller-Dietz y Klaus Lüderssen.

En diverso sentido, Peter Schneider publica *...ein einzig Volk von Brüdern: Recht und Staat in der Literatur* (1987), obra dedicada a la confrontación entre interpretación jurídica y literaria y, asimismo, al análisis de la problemática jurídica de las narrativas literarias, teniendo presente las siguientes perspectivas: *histórica*, a través de la cual se evidencia la validez de la literatura en la representación de la historia del derecho y de sus instituciones; *filosófica*, mediante la cual la literatura es considerada como registro de la historia de las ideas puestas como fundamento de los ordenamientos jurídicos; *psicológica*, según la cual se observa, de una parte, la fuerza persuasiva del derecho y, de otra, la capacidad de la literatura de generar un consenso respecto de las propias normas; y *pedagógica del derecho*, por la cual la literatura contribuye para la difusión y mediación de los conceptos jurídicos.

Por último, cumple referir que incluso Peter Häberle, en su artículo *Begegnungen von Staatsrechtslehre und Literatur* (1990), busca presentar un breve panorama de las obras, pertenecientes a la cultura de lengua tedesca, que tratan del *Recht und Literatur*.

²⁹ Hay que destacarse, aquí, la emblemática figura de Eligio Restá, cuyos estudios tienen como objeto la intersección entre el derecho, la literatura y el psicoanálisis.

2.3.4 *Derecho y literatura*

En el ámbito de la cultura jurídica española, el estudio del *Derecho y Literatura* asume igualmente importancia (SANSONE, 2001: 68), aunque su desarrollo todavía esté marcado, fundamentalmente, por la emergencia de ensayos monográficos.³⁰

En efecto, es solamente al final de los años 90 que empiezan a surgir publicaciones más significativas orientadas específicamente al estudio del *Derecho e Literatura*, como la obra *Derecho y narración*, de José Calvo González (1996), en la cual el profesor español busca abordar críticamente las decisiones judiciales y los problemas por ellas provocados – como, por ejemplo, el relativo a los precedentes-, desde una perspectiva narrativista, en función de que la concepción del derecho como narración constituye una importante herramienta respecto a la tarea interpretativa de los juristas.

En igual sentido, cumple apuntar la producción bibliográfica de Faustino Martínez Martínez (2005; 2003), orientada hacia la descripción y, principalmente, la crítica del derecho que surge en el ámbito de la literatura, más específicamente respecto a la difusión del sistema de un derecho común europeo durante la Edad Media, a partir de las narrativas literarias de Rabelais y de Lope de Vega.

Por último, merece destacarse la reciente publicación castellana de Pedro Talavera, titulada *Derecho y literatura* (2006), a través de la cual desarrolla en la línea de Ost, importante contribución a la corriente del derecho *en la* literatura, o entonces al estudio del *derecho contado*, en función de que, además de presentar el tema y las relaciones entre derecho y literatura, el autor se propone a analizar la elaboración dialógica de la ley, a partir del relato de *Alianza del Sinai*, del Antiguo Testamento; el carácter creador de la desobediencia civil, a partir de *Antígona*, de Sófocles; la importancia de los criterios interpretativos en la aplicación del derecho, con base en *El mercader de Venecia*, de Shakespeare; la falacia jurídica de la neutralidad, según *El proceso*, de Kafka; y, además, la fragilidad y manipulación del derecho cuando en las manos de quien detente el poder, conforme *Rebelión en la Granja*, de Orwell.

2.3.5 *Law and Literature Movement*

En Estados Unidos la definitiva afirmación del *Law and Literature Movement* es consecuencia directa de los siguientes acontecimientos: (a) la realización de conferencias y simposios universitarios sobre el tema; (b) la organización de revistas especializadas, como *The Yale Journal of Law & the Humanities* e *Cardozo Studies in Law and Literature*, (c) la creación de organizaciones y asociaciones, como es el caso de la creación de *Law and Humanities Section of the Association of American Law Schools* y de *Law and Humanities Institute*, (d) la institución de disciplinas universitarias dedicadas al *derecho y literatura*; (e) la publicación de innumerables monografías sobre el tema, con especial atención respecto de las de Weisberg, White y Posner (SANSONE, 2001: 68 a 70).

Se observa, así, que el estudio del *derecho y literatura* encuentra, en Estados Unidos, un desarrollo particular, del cual resulta la formación de una verdadera escuela, mientras que, en Europa, el citado estudio, aunque presente y vivo, puede ser definido más precisamente como un campo interdisciplinar, a

través del cual se profundiza mediante las obras literarias, temáticas que son por su naturaleza objeto de la filosofía y de la sociología del derecho (SANSONE, 2001: 71).

A propósito, es justamente con el crecimiento del interés por el *Law and Literature Movement* que ocurre no solamente el surgimiento de innumerables cursos sobre el tema, la inserción de tal disciplina en los programas universitarios y la inauguración de centros e institutos de investigación, sino también una gran difusión en otras áreas del conocimiento, con la creación de nuevos departamentos académicos, considerando que el objeto de estudio en relieve se mueve en un campo de investigación interdisciplinar, que trasciende los límites propios del derecho (CHUERI, 2006: 234).

2.3.5.1 *James Boyd White*

White es uno de los precusores del *Law and Literature Movement* y también un de los mayores autores sobre el tema, con una amplia producción bibliográfica.

Su pensamiento es reconocido por considerar que la conceptualización del derecho debe ser entendida como forma de retórica, de cultura compartida y de integración social, asimismo por su posición respecto de los conceptos de textos y de interpretación (SANSONE, 2001: 84 a 87).

White (1985) destaca la capacidad persuasiva de la retórica en la afirmación, manutención y transformación de la cultura y de la idea de comunidad, que conecta a todos aquellos que participan de la lectura y de la producción del derecho y de la literatura.

En ese mismo sentido, en el comienzo de los años 90, el autor se ha dedicado a la relación entre derecho y lenguaje, así como al tema de la traducción – considerada un proceso de *inventio* – y sustenta que el derecho, entendido como un acto lingüístico, es una acción en el mundo, en el sentido de las tesis de Wittgenstein (WHITE, 1990).

Según refiere Aguiar e Silva (2001: p. 19, n. 33), una de las tesis más importantes de White es justamente la de que el derecho es un arte de lectura y de escritura, atributo de una irrecusable herencia lingüística, que constituye, en cierta medida, una cultura de la argumentación, a través de la cual se opera, simultáneamente, la preservación y la transformación de los textos, de las ideas y de los valores jurídicos de una determinada comunidad.

Por ende, en lo que respecta a los conceptos de texto y de interpretación, White se presenta como un adversario del modelo literalista, entendiendo que la lectura de los textos jurídicos comporta – de la misma forma como ocurre con la lectura de los textos literarios – una actividad creativa e interactiva entre el texto y su lector (1982).

2.3.5.2 *Richard Weisberg*

Weisberg es considerado un de los principales protagonistas – junto con White y Posner – del *Law and Literature Movement* (WARD, 1994: 389).

³⁰ Ver, por ejemplo, BERMEJO CABRERO (1980) y, también, FINA SANGLAS (1993).

Su pensamiento también está caracterizado por una nítida ambición ética, desarrollándose mediante la afirmación de las nociones de libertad e igualdad, sobrentendidos en la realización de la justicia a través del derecho, y el análisis del uso del lenguaje por los juristas (SANSONE. 2001: 88 a 91).

A la literatura, en ese contexto, Weisberg atribuye la capacidad de radicar el derecho sobre fundamentos culturales y, también, de evidenciar la posibilidad que el jurista tiene de optar entre un uso lingüístico probo, idóneo, digno y honesto; o, de lo contrario deshonesto, distorsionando la realidad y manipulando leyes y situaciones en beneficio personal.³¹

Se observa, así, la importancia que Weisberg confiere al poder de la retórica, fundamentalmente respecto de los casos que muestran, lo que le hace llamar la atención sobre la necesidad de volver a atribuir a la actividad del jurista, la naturaleza de un servicio ético y público.

En ese contexto, la obra literaria asume un papel dominante en la comprensión de las problemáticas ético-jurídicas, pudiendo ser considerada una verdadera *potencial gold mine of knowledge about law* (WEISBERG, 1992: 34), en la medida en que es el campo propicio para fundar la ética jurídica, sobre la base de ideales de libertad e igualdad.

Dicho de otro modo, para Weisberg, la literatura constituye una excelente fuente de conocimiento del derecho, porque trata dimensiones del fenómeno jurídico que normalmente no son abordadas por los métodos tradicionales. Cuatro son los elementos básicos demostrados por las historias y eventos literarios: (a) cómo los juristas se comunican, esto es, se expresan y construyen sus discursos; (b) cómo los juristas se relacionan con los otros, especialmente a partir de las obras de Camus y Dostoiévski; (c) cómo los juristas estructuran sus argumentaciones y, finalmente, (d) cómo los juristas se sienten.³²

Por último, cumple señalar, que Weisberg, al paso en que desarrolla su punto de vista sobre el discurso ético, también refiere su preocupación por poner límites precisos a la actividad interpretativa, retomando la problemática de la objetividad del texto – identificándola con la propia justicia-, en discrepancia con las teorías que legitiman la incertidumbre de las normas y el arbitrio del intérprete³³.

2.3.5.3 Richard Posner

Posner es considerado, al lado de White y Weisberg, según ya se ha referido, uno de los principales protagonistas del *Law and Literature Movement*, principalmente en función de su posición crítica. Eso porque, además de Juez en la *United States Court of Appel for the Seventh Circuit* y de *Senior Lecturer* en la

³¹ Ver WEISBERG (1989), en que el autor, buscando demostrar el problema ético del uso del lenguaje, utiliza las obras de Camus, Kafka, Dostoiévski, Grass y Melville, todas marcadas por la existencia de un protagonista que distorsiona la realidad y sobre ella pasa a tener el dominio.

³² Cf. WEISBERG (1992: 35). Ver, también, SANSONE (2001: 90 a 91); y, todavía, SCHWARTZ (2006: 49 a 50).

³³ En ese sentido, ver AGUIAR E SILVA: "Hay naturalmente diferencias fundamentales entre el Derecho y la Literatura y, también, entre los discursos en que cada uno se sustenta. Mismo Richard Weisberg, uno de los nombres que más se ha destacado en la percepción del derecho como actividad literaria, no esconde que la tarea del jurista difiere de la del escritor, si no en la técnica o en el sistema de valores de que se vale, por lo menos en el poder coercitivo de que puede volverse vehículo" (2001: 69).

Chicago University Law School, es uno de los responsables por el surgimiento, en la década de 70, del *Law and Economics School*.³⁴

Su preocupación gira en torno del rápido crecimiento de las investigaciones en el campo conocido como *Law and Literature Movement*, más precisamente respecto a los intentos de sus representantes en el sentido de aplicar tanto los métodos de análisis legal a los textos literarios, como también emplear los métodos de análisis literario a los textos legales.

No obstante, Posner se ha asumido como partidario de los estudios interdisciplinarios, y, por tal razón, puede ser reconocido como un *constructor de puentes*, según refiere Marí (1998: 273), y no solamente como un inocente curioso o mero intruso intelectual.

De esa forma, en su obra *Law and Literature*, Posner busca desempeñar su tarea como un intento de registro y evaluación general del campo, tratando de sistematizarlo en la esfera de la discusión académica. Para tal fin, combina sus discusiones teóricas respecto de aspectos como la naturaleza y la perennidad de la literatura, la forma como la ley es tratada a través de las narrativas, el papel de las intenciones del autor en la interpretación de los textos jurídicos y literarios, el vínculo entre el derecho y la justicia, el lugar del estilo y de los valores en la literatura, cuestión en la que se detiene mediante la lectura y comentario acerca de las obras de Ésquilo, Sófocles, Shakespeare, Dickens, Dostoievski, Melville, Twain, Kafka, Camus, Yeats, entre otros. Además, expone la manera en que la literatura se aplica a las cuestiones jurídicas y, también, su influencia en la reflexión jurisprudencial; el modo como el criticismo es y debe ser informado por el conocimiento legal, la aplicación de la teoría y de la práctica literaria a los textos jurídicos; la regulación dada por el derecho a la literatura; y, asimismo, la defensa legal en los juicios criminales.

Según Posner, la literatura no puede ser interpretada como fuente para análisis jurídicos, especialmente porque, en el ámbito del derecho, la perspectiva realista es aquella de mayor interés para los juristas. No obstante, una vez excluido el valor de la literatura para el conocimiento de las normas jurídicas, Posner entiende que la trascendencia de la literatura para el estudio del derecho se limita a la representación de la condición humana, esto es, a la descripción de aquel conjunto de situaciones, sentimientos y pensamientos que posibilitan al jurista acercarse a la sabiduría y a la justicia. Eso porque la literatura, para el autor, propone una especie de *integridad estética* entre los valores morales (imparcialidad, empatía, equilibrio, etc.) y los valores estéticos (armonía, proporción, belleza, etc.).³⁵

Siguiendo en el mismo raciocinio, Posner señala que el estudio de la literatura transformado en escuela jurídica, está presente, en cambio, en las investigaciones y tesis elaboradas por autores como White

³⁴ Ver SANSONE (2001: 91 a 94), y, todavía, MARÍ, para quien Posner tendría una especie de doble personalidad, considerando que es un intelectual muy difícil de clasificarse: por un lado, es el jurista más acreditado de la escuela económica del derecho (*law and economics*); por otro, es el autor de uno de los libros más importantes sobre derecho y literatura (*law and literature*) (1998: 273 a 277).

³⁵ Se destaca la pertinente crítica de MARÍ, para quien "los economistas, mejor aún *los economicistas*, establecen, en efecto, una profunda brecha entre la razón y las emociones, dejando totalmente de lado la influencia que estas últimas tienen en la propia construcción de las teorías, no menos que en las creencias y los juicios, como, a la recíproca, la influencia que las creencias y los juicios ejercen, a su vez, sobre las emociones" (1998: 275).

y Nussbaum, evidenciando, por ejemplo, el modo cómo la evolución del *Law and Literature as Ethical Discourse* confirma la naturaleza humanística y ética de los estudios que vienen siendo desenvueltos.

Ocurre que, para Posner, la literatura no tiene la capacidad de transformar a los seres humanos en mejores o peores,³⁶ lo que también lo hace cuestionar – y contestar en forma negativa – la pregunta de si un elevado nivel de moralidad y dignidad, sería capaz de convertir a las personas en más capacitadas para el ejercicio de sus profesiones, sobretodo cuando se trata de una actividad compleja, que exige una considerable habilidad técnica e instrumental, como es el caso de la que despliegan los operadores del derecho (POSNER, 1998: 318; OST, 2004: 38).

En otras palabras, siguiendo las ideas de Marí, es posible presentar del siguiente modo, las dificultades y ventajas apuntadas por Posner respecto al estudio de la relación entre derecho y literatura.

De un lado, entre los innumerables obstáculos que ve en la relación derecho y literatura, Posner destaca que los escritos judiciales están llenos de ficciones legales, muchas veces bajo forma de metáforas, pero la semejanza con el uso literario de la metáfora es solamente superficial, sobretodo considerando que la ficción legal refleja el deseo de los Jueces de crear una apariencia de continuidad, cuando en realidad, están innovando.³⁷

De otro lado, sin embargo, reconoce la existencia de importantes enlaces entre las dos materias: (a) la existencia de un sorprendente número de obras literarias que tratan de procedimientos legales, cuestiones de justicia, problemas relacionados a la venganza, etc.; (b) el derecho brinda, no solamente en la novela más conocida de Kafka, pero en muchos relatos y fragmentos, aspectos relevantes sobre la actividad jurídica en general; (c) tanto la enseñanza legal como la literaria están directamente vinculadas con el significado de los textos, de forma que la interpretación figura como una cuestión central; (d) muchos textos legales, especialmente las decisiones judiciales, se parecen a los textos literarios en lo que respecta a la retórica; (e) la literatura es, tradicionalmente, materia de regulación legal y, eventualmente, objeto de litigios, como se percibe en las discusiones acerca de derechos autorales, difamación, obscenidad, etc (MARÍ, 1998: 280 a 281).

³⁶ Respecto del tema, ver el importante esclarecimiento de RÍOS: "La tradición estetizante está entretejida en tres vertientes fundamentales. La primera considera que la lectura de obras literarias no nos hace mejores personas o mejores ciudadanos, tampoco por supuesto mejores jueces – quizá se pueda hacer un catálogo bastante grande de obras con pretensiones edificantes, pero que no son en absoluto buenas piezas de literatura. En segundo lugar, habría que señalar la vertiente que defiende que no tendría porque ser descartada una obra abiertamente inmoral, aunque sus autores defendieran tales perspectivas. Los rasgos estéticos de una obra de literatura no pueden juzgarse en razón de su adecuación moral, hay obras que fomentan valores que suscribimos pero que son literariamente mediocres. La tercera vertiente plantea que las calidades morales del autor, no deberían afectar la evaluación que hacemos de su obra. Todas esas vertientes ponen un énfasis especial en la necesidad de la separación [...] La gente culta no necesariamente es moralmente superior al resto de la población. Estos argumentos conducen a Posner a pensar que la escuela didáctica edificante del derecho amenaza la división que tiene que existir entre la esfera pública y la privada. Al asignar a la literatura la función de promover valores éticos e incluso políticos, invita a la censura, al asociar el arte literario con una función pública. Esta aproximación contrae la esfera privada que debe permanecer intocada" (2005: 217 a 218).

³⁷ Cf. MARÍ, para quien todo indica que Posner no percibe que el papel que las ficciones cumplen en el derecho, (las ficciones incorporadas a los textos constitucionales o legales, como el principio de la igualdad ante la ley, la autoridad de la cosa juzgada, etc.) se basa en los estudios de la filosofía del *como si*, de Hans Vaihinger, desempeñando, así, una

Todavía entre las críticas de Posner al *Law and Literature Movement*, cumple referir la cuestión de la interpretación, a partir de la cual habría tres perspectivas muy distintas: (a) el *intencionalismo*, sustentando por Hirsch, quien privilegia la idea propia de los juristas de que la intención del legislador debe ser reconstruida, omitiéndose cuanto a la interpretación y aplicación de las normas en los casos difíciles, para los cuales no hay previsión legislativa expresa; (b) el *new criticism*, posición vinculada a la hermenéutica, con destaque especial para Dworkin, cuando se empieza a asignar al texto la naturaleza de un artefacto, único y coherente en sí mismo, que no requiere, para su comprensión, de ninguna investigación respecto de su autor y de las condiciones en las cuales fue creado; y, por fin, (c) el *deconstruivismo*, cuyo mayor representante es Fish, quien reconoce, en el texto, un conjunto de hipótesis y contradicciones que pueden ser resueltas a partir de la adopción de un punto de vista que le sea exterior (SANSONE, 2001: 109 a 110; TALAVERA, 2006: 35).

Pasa que, al revés de lo que se supone, Posner tampoco asume una posición claramente intencionalista, considerando que entiende que existe una diferencia indiscutible entre las intenciones literarias y jurídicas. Cuando un poeta crea una obra de arte, él busca realizar algo bello, quiere decir, estético y placentero; si lo alcanza, no importan sus intenciones, por más banales que hayan sido; si no lo logra, tampoco importan sus intenciones, por más nobles que fueran. Por otro lado, en el mundo jurídico, las normas contienen mandatos direccionados a los jueces y que deben necesariamente ser aplicados a los casos concretos. Eso significa decir que – a diferencia de lo que ocurre en el campo de la literatura – la voluntad (intención) del autor (legislador) de los textos (normas) es esencial e imperativa, independientemente del juicio de valor que puede merecer del intérprete (TALAVERA, 2006: 31).

Esa sustancial diferencia, no obstante, permite clasificar a Posner como un intencionalista cuando se refiere a la interpretación jurídica, pero no en un sentido excluyente – de que se debería solamente buscar la voluntad del legislador – sino en un sentido complementario, en el que sobresale la contextualización interpretativa, compartida plenamente en el ámbito literario, en virtud de su postura antifundacionalista (TALAVERA, 2006: 31 a 32).

O mejor, como refieren Marí y Talavera, Posner puede ser considerado un *intencionalista* en el derecho y un *nuevo crítico* en la literatura, al revés de Dworkin, que utilizaría, en realidad, *standards* filosóficos, y no literarios propiamente, en la interpretación de toda disposición jurídica, cuya búsqueda debe ser siempre en el sentido del *mejor enunciado posible de filosofía política*.³⁸

Eso porque, según Posner, Dworkin, puede ser considerado un nuevo crítico del derecho, pues propone su noción de *novela en cadena* y, así, pone una gama de incógnitas y problemas a su particular

función indispensable y enriquecedora, considerada sobretodo desde la necesidad de adaptar la conducta de los hombres a los intereses del sistema económico social vigente (1998: 279-280).

³⁸ Cf. MARÍ (1998: 285); y, también, TALAVERA: "El *intencionalismo* concede la primacía en la comprensión del significado de una obra literaria al autor (en el ámbito jurídico, sería el legislador); la *estética de la recepción* lo atribuye a la respuesta del lector o del crítico (en el derecho sería al juez o al jurista dogmático); la *nueva crítica* lo busca en la obra en sí misma o en su contexto (en el derecho, sería en el propio texto legal). Esa última posición es la que Posner atribuye a Dworkin, considerando que este considera que la interpretación no debe someterse al pequeño espacio de

propuesta hermenéutica.³⁹ Pasa que, al criticar la analogía del derecho con la literatura propuesta por Dworkin a través de la metáfora de la novela en cadena, Posner afirma que la regla a ser seguida no puede ser otra si no la letra de la ley – o de los contratos⁴⁰– y de la intención del legislador (TALAVERA, 2006: 34 a 36).

A propósito, con base en ese panorama, Posner critica la comparación entre las interpretaciones jurídica y literaria – sobrentendida tanto en la posición sustentada por Dworkin cuanto en la asumida por Fish – calificando el *Law and Literature* como una *falsa esperanza* que no toma en cuenta la diferencia existente entre las *funciones y ambiciones* particulares de cada uno de los dos procesos interpretativos (SANSONE, 2001: 109 a 110).

En suma, Posner aduce que la posición de subordinación del intérprete en relación al texto debe ser entendida como una *condición de legitimidad* de la interpretación jurídica, de modo que no es posible aplicar los modelos utilizados por la crítica literaria al campo del derecho (SANSONE, 2001: 109 a 110). Más que eso: Posner señala que un determinado discurso jurídico puede implicar consecuencias dramáticas, considerando la especificidad de las condiciones y funciones sociales que debe observar, alertando, de esa forma, respecto de la inadecuación de los métodos interpretativos de la teoría literaria⁴¹.

Se observa, así, que Posner pone una verdadera barrera contra cualquier dimensión hermenéutica relativa al estudio de las materias jurídica y literaria, no obstante eso no lo impida de reconocer que la interdisciplinaridad – tanto el conocimiento literario por parte de los juristas, como también el conocimiento jurídico por parte de los literarios – se revela extremadamente enriquecedora para ambos campos del saber (TALAVERA, 2006: 30).

Dicho de otra forma, entre las conexiones del derecho con la literatura, Posner considera significativas solamente aquellas de orden pedagógico, esto es, de naturaleza formativa. Empero, para el

la mente del autor, ni tampoco constituir un instrumento para que cada lector exprese su propia creatividad. Para Dworkin, lo importante es la obra y su contexto socio político” (1996: 35, nota 71).

³⁹ Sobre el tema, consultar MARÍ, donde queda claro el núcleo de la crítica hecha por Posner a Dworkin: “Lo que va a sostener su crítica, en última instancia, es que la cadena, como diría Lenin, *se rompe por el eslabón más débil*. Ante todo, el capítulo 1, en la evolución y la doctrina del derecho común, es altamente tentativo, operado como un prefacio o introducción. En segundo lugar, los autores de los capítulos subsiguientes no están obligados a adherirse a la dirección que les señala el autor del primero. Si la experiencia demuestra que el capítulo 1 tomó una dirección equivocada, los jueces pueden descartarlo. Un tercer punto es que las doctrinas del derecho común tienden a evolucionar en un largo período de tiempo, durante el cual las condiciones antecedentes están cambiando y los cambios habrán de influir en los últimos capítulos, incluso el resultado es hacerlos discordantes con los primeros. En síntesis: *The final ossity about Dworkin's analogy is that there are no good chain novels*. En buen romance, podría no existir ningún derecho constitucional bueno, si se construyera sobre la base de la analogía de la novela en cadena” (1998: 285 a 286).

⁴⁰ En ese sentido, Schwartz critica la posición – economicista – de Posner, según la cual la literatura puede solamente perfeccionar la técnica interpretativa, quedando limitada en la interpretación de las leyes y de los contratos: “resta incorrecto el hipótesis de que solamente la economía es capaz de ofrecer subsidios para la decisión judicial, visto que la Literatura es considerada fenómeno social” (SCHWARTZ, 2006: 66).

⁴¹ En contra de la tesis de Posner, a su vez, Aristodemou destaca justamente el hecho del acto interpretativo ser un elemento común tanto al derecho cuanto a la literatura, pues endémico a todos los usos lingüísticos, afirmando que “mientras intenta mostrar que los críticos literarios nada tienen para enseñar a los juristas, Posner ilustra la importancia política de la tarea: es porque los Jueces imponen sus perspectivas a los otros que es aún más importante para nosotros conocer la variedad posible de interpretaciones que a ellos están abiertas” (AGUIAR E SILVA: 2001: 71).

autor, eso no puede encubrir el peligroso resultado del amateurismo que está presente en toda actividad interdisciplinar: el jurista que escribe sobre literatura puede atraer otros abogados de la misma forma que el novelista que escribe sobre derecho puede encantar a otros literatos. Pero, eso ocurre solamente porque los deslumbrados no son especialistas en una materia que les es ajena y, como consecuencia, no están en condiciones de evaluar la cualidad de lo que se le es presentado (TALAVERA, 2006: 33).

De esa forma, la propuesta de Posner se orienta a la promoción - sea en los cursos de derecho sea en los cursos de letras -, de los estudios interdisciplinarios entre *Derecho y Literatura*, asimismo a la reflexión respecto del complejo problema respecto a la ley y a la justicia.⁴²

Eso porque, según refiere Chueiri (2006: 235), la literatura sirve, en la interpretación de Posner, más a la teoría del derecho – pues algunas obras literarias de Shakespeare, Dostoievski, Kafka y Camus, por ejemplo, pueden sustituir sencillamente diversos trabajos teóricos del campo del derecho –de que propiamente a la dogmática jurídica, acá considerada como ciencia del derecho y, por lo tanto, relacionada a los problemas de la interpretación y aplicación de las normas.

2.3.5.4 Ian Ward

Ward, a su vez, es uno de los autores que adhiere al *Law and Literature Movement* y, por lo tanto, se dedica, en especial en el ensayo *Law and Literature: Possibilities and Perspectives* (1995), a un análisis complejo de los resultados logrados por las investigaciones del *Derecho y Literatura* ante su potencialidad pedagógica (SANSONE, 2001: 94 a 95).

Se destaca, en ese sentido, que la perspectiva mayoritariamente válida del estudio del *Derecho y Literatura*, según Ward, es precisamente aquella educativa, visto que, a través de la literatura, es posible ampliar la investigación jurídica y, de esa forma, verificar la relación entre el derecho y sus destinatarios (1995: 26).

Así, Ward es un de los autores que atribuye especial trascendencia a la literatura infantil, precisamente porque ella posibilita una introducción, a través de un lenguaje no especializado, a los grandes temas del derecho. Según su raciocinio, si un niño logra extraer de la literatura determinadas lecciones, si la literatura contribuye para una mejor asimilación por parte del niño de ciertos problemas éticos, de la misma forma el adulto debe de ella aprovecharse, a fin de aprender, aunque con otros objetivos (AGUIAR E SILVA, 2001: 25, n. 51).

2.3.5.5 Robin West

West es una autora que se destaca en el ámbito del *Law and Literature Movement* en función de las posiciones que adopta respecto al papel de la literatura en la reconstitución política y ética de las comunidades (SANSONE, 2001: 95 a 98).

⁴² En ese sentido, consultar POSNER, donde son tratadas “las acusaciones literarias de las injusticias legales” (1998: cap. 5).

La comunidad, para ella, se forma a través de las más diversas interacciones con el otro: violencia, supresión, opresión, terrorismo, amor, educación, cuidado; en fin, el hombre necesita inevitablemente del otro en su vida.

Según West (1998), las comunidades que se crean a través de este proceso son *comunidades interactivas*. Y, también, la lectura de las narrativas literarias constituye un proceso interactivo, en la medida que el intérprete crea, critica y, así, participa del texto, siendo atraído por una forma que reconstituye la comunidad.

En efecto, los grupos minoritarios, entre los cuales figuran los esclavos, negros, mujeres, etc., son excluidos de la *comunidad textual*, siendo tratados como los que no hablan, aquellos que son objetos, aquellos que, porque objetos, no hablan y que, por no hablar, son excluidos de la comunidad (WEST, 1998: 140).

De esa manera, en lo que se refiere al papel que la literatura ejerce en el análisis de problemáticas jurídicas, West ejemplifica su tesis proponiendo la contraposición metafórica entre *el hombre económico y la mujer literaria* – lo que remite, inevitablemente, a las lecciones de Warat en *La ciencia jurídica y sus dos maridos* (2000)⁴³–, de modo que el primero se caracteriza por su actividad direccionada al análisis utilitarista de la ley, mientras la segunda esta orientada a lograr la comprensión de los problemas humanos, subentendidos en las reglamentaciones jurídicas, a través del sentimiento de empatía. Pues, así siendo, la sensibilidad literaria puede ser entendida como el instrumento por el cual es posible explotar la vida y conocer todo aquello que puede ser escondido por la racionalidad (WEST, 1988).

En suma, West sostiene que la literatura, como parte integrante de la formación del jurista tiene la capacidad, a través de la lectura de las narrativas, de suministrar una mejor comprensión de los otros y, consecuentemente, de tornar a los seres humanos mejores, más morales, en fin, más civilizados, considerando el condicionamiento de sus sentimientos, simpatías e imaginación (AGUIAR E SILVA, 2001: 121).

2.3.5.6 Martha Nussbaum

Nussbaum es otra personaje de gran importancia que participa del *Law and Literature Movement*, aunque no provenga del derecho ni de la literatura, pero sí de la filosofía, más específicamente de la filosofía aristotélica, según la cual el arte literario es *más filosófico* que la propia historia, a medida que ésta se limita a describir lo ocurrido, mientras que aquel narra también lo que podría ocurrir (SANSONE, 2001: 100 a 102).

Su pensamiento se basa en la idea de que la conexión entre el derecho y la literatura tiene como presupuesto fundamental la capacidad de la narrativa literaria de exhibir contenidos universales y, simultáneamente, evocar un sentimiento de afinidad a partir de los personajes e historias contadas.

Vinculándose, pues, a la perspectiva ética del derecho *en la* literatura – en la misma línea de lo que hace White –, Nussbaum busca enfocar, de un lado, el papel que ejerce la literatura respecto a la

comprensión y a la realización de la justicia y, de otro, las posibilidades e instrumentos de que la obra literaria dispone para desempeñar esa importante función (1996).

Para la autora, vivimos en una época muy rica para la filosofía moral, con una inigualable cantidad de producción teórica sobre el tema, que desde hace mucho no había. Las cuestiones relativas a la justicia, a la distribución de lo social, al realismo moral, a la naturaleza de la racionalidad, al concepto de persona o a la función de la riqueza en la vida humana están siendo estudiadas de forma entusiasmada bajo distintas perspectivas. Tales discusiones filosóficas se tornaron multidisciplinarias y dialogan con la sociología, la psicología, la economía, etc....Pero de todas esas áreas, es la literatura la que mejor proporciona una comprensión de todas esas cuestiones, eso porque lo hace de un modo que es inseparable de las formas literarias. Por ese motivo, también el derecho no puede dejar pasar de largo esa evolución del pensamiento, debiendo contribuir y recibir las contribuciones de ese debate transdisciplinar (NUSSBAUM, 1996: 310 a 311).

Así, Nussbaum sustenta la tesis de que la lectura de novelas no suministra respuestas para los problemas de la justicia social, pero puede ser entendida como una forma de alcanzar una idea de justicia, tanto como de su aplicación en el seno de la sociedad. Eso porque, para ella, la literatura interacciona con las cuestiones relacionadas a la justicia, a través de la imaginación y de las emociones que la obra literaria provoca en el lector (2005).

En otras palabras, Nussbaum aduce que la imaginación literaria posibilita el rescate de la singularidad y de los matices del mundo de la vida, pues ella acerca el sujeto de las situaciones de cualquier un que es diferente de sí, a medida en que el lector admite (re)conocer, a través una representación concreta, el valor de la dignidad humana y las necesidades de aquellos que con él viven. La imaginación literaria debe, así, ser entendida como "un componente esencial de una posición ética que nos exige la preocupación con el bien de las otras personas, cuyas vidas se encuentran lejanas de la nuestra".⁴⁴

No obstante, no puede olvidarse que el recorrido de la imaginación del lector es, a su vez, regido por las emociones que son sugeridas cuando de su participación en la narrativa literaria. La emoción – que no es exenta del control de racionalidad – es la que posibilita y determina, al fin y al cabo, un sentimiento de solidaridad social, suscitando la percepción de la humanidad común y, así, sugiriendo un comportamiento ético (NUSSBAUM, 2005).

2.3.5.7 Ronald Dworkin

Dworkin es uno de los juristas más reconocidos por los representantes del *Law and Literature Movement* en función, particularmente de su innovadora posición respecto a la teoría de la interpretación, a través de la cual sugiere, con fundamento en los presupuestos de la hermenéutica, una analogía entre las

⁴³ Y, asimismo, del mismo autor WARAT (2004 v. 1 y 2; 1988).

⁴⁴ Cf. NUSSBAUM, para quien la imaginación literaria ejerce un papel importantísimo, pues "una ética de respecto imparcial a la dignidad humana no lograría involucrar los seres humanos reales si no poniéndoles en grado de entrar con la imaginación en la vida de las personas y probar las emociones conexas con tales participaciones" (1996: 16 a 17).

competencias jurídica y literaria (SANSONE, 2001: 104 a 110; MARÍ, 1998: 270 a 273; TALAVERA, 2006: 17 a 19).

Para tanto, en su postura contra el positivismo jurídico, Dworkin propone el estudio del derecho *como* literatura, a través del análisis de las experiencias jurídica y literaria – específicamente respecto a la interpretación –, a partir de la metáfora de la *chain novel*, o *romance en cadena* (2001: cap. 6), con el intuito de combatir la discrecionalidad de los jueces en el momento de la aplicación del derecho (2002).

Eso porque, para Dworkin, no es posible afirmar – como lo hace Posner – que la interpretación de textos jurídicos y de textos literarios no ocurre de la misma forma. Bajo la perspectiva dworkiana – y acá surge claramente la influencia producida por la hermenéutica filosófica –, derecho y literatura recorren los mismos pasos respecto a la interpretación.⁴⁵

Es, pues, justamente a partir de la analogía con la literatura que Dworkin concibe la existencia de una gama mayor de posibilidades de interpretaciones de los textos jurídicos, reconociendo, sin embargo, la importancia de una lectura marcada por las nociones de coherencia e integridad. Eso porque, en el ámbito del derecho, el parámetro fundamental de valoración de los juicios interpretativos es la moralidad política de la comunidad y sus prácticas sociales (2003: caps. 2 y 6⁴⁶).

En ese contexto, volviendo al problema de la interpretación jurídica, Dworkin encara, de un lado, el objetivismo positivista y, de otro, el subjetivismo realista, buscando superar ambas las posiciones. Por lo tanto, su propuesta conocida como *novela en cadena* se basa en la idea de que la interpretación debe ser concebida como la extensión de una historia institucional que se desarrolla a partir de innumerables decisiones, estructuras, convenciones y prácticas.

Se trata, en efecto, de una novela que no es escrita solamente por un autor, pero sí, por varios, de modo que cada uno de ellos es responsable por la redacción de un capítulo separado, o sea, con excepción del primer autor, que será responsable por elaborar el primer capítulo, los demás deberán continuar la

⁴⁵ En ese sentido, ver TALAVERA, donde señala que Dworkin – fiel a la metodología de la *common law* anglosajona – se fundamenta en la hermenéutica de Gadamer y su análisis del *juego* en la obra de arte: los participantes en las prácticas jurídicas interpretativas siguen determinadas reglas que se van reformulando con continuidad por medio de interpretaciones que tratan de los grandes principios de la praxis jurídica y que resultan coherentes entre ellos (2006: 18).

⁴⁶ Todavía sobre los temas de la integridad del derecho y de la respuesta correcta, ver, obligatoriamente, STRECK (2007) y, asimismo, TALVERA, para quien la noción de *derecho como integridad* implica que los Jueces sean considerados como novelistas en cadena. Eso requiere que los Jueces remonten la historia del derecho, no para verificar, por ejemplo, la intención de los autores de la ley, pero sí para construir los principios operativos que posibilitan presentar la práctica jurídica como una práctica consistente en el tiempo. Un buen juez debe, pues, concebir las leyes y los precedentes correspondientes como un gran relato que, en principio, tiene que interpretar, para continuar después la trama, según su propio criterio, de la mejor manera posible y con la máxima coherencia hasta el resto del relato, pero no desde el punto de vista simplemente estético, pero sí desde el punto de vista de la moralidad política. Así, pues, la continuación de un relato jurídico en vías de configuración se realizará siempre en razón de dos parámetros: la coherencia formal y el valor sustancial. Ocurre que ante los *casos difíciles*, es común que surjan dos o más interpretaciones. Cuando eso ocurre, el juez debe interpretar y construir la respuesta correcta para el caso concreto, sin miedo de valerse de un juicio de valor extraído a partir de la tradición, en el caso, la moralidad política. Al revés de toda la gran tradición humeana, Dworkin no cree que las decisiones de los jueces traduzcan necesariamente sus valores subjetivos. Por eso rechaza, según la filosofía hermenéutica, la epistemología que distingue el sujeto y el objeto (conocer es interpretar y aplicar es interpretar), afirmando que existe una moralidad política o institucional cerrada y difundida a través de las tradiciones políticas y morales de una comunidad política, que es ajena al juez, pero que debe ser reconstruida por él a través de su interpretación (2006: 25).

elaboración de la novela a partir de donde el autor anterior paró. Los miembros de tal comunidad dejan que la suerte establezca quien habrá de escribir el primer capítulo y, una vez hecho eso, el escritor lo remite al siguiente, destacando, no obstante, que el próximo escritor irá a incorporar un nuevo capítulo a la historia ya conocida, y no simplemente empezar una nueva, y así sucesivamente.

Dworkin se preocupa en destacar que tal metáfora es especialmente adaptable al sistema del *common law* en que cada juez, al decidir un nuevo caso deberá analizar los precedentes, pero también fundamentar en qué medida su decisión es o no un nuevo caso y cual el precedente al cual él dará continuidad, o sea, al mismo tiempo que el juez debe ser consistente con los precedentes (capítulos anteriores de la novela), debe también crear una fundamentación nueva para su caso (capítulo que irá agregar). Empero, la asertiva más significativa de Dworkin es que no puede olvidarse el peligro de producir capítulos desconectados, completamente autónomos, sin cualquier referencia a los anteriores, que en el caso del derecho significaría la quiebra de su indispensable integridad (2001: 238 a 242).

Se observa, así, que cada escritor, con excepción del primero, tiene una doble responsabilidad: de interpretar, visto que a la historia ya escrita debe ser atribuido sentido, y de crear, pues la historia debe seguir, con la decisión de quienes son los personajes, cuales las razones que los mueven, cual el tema central hasta entonces desarrollado, cuales recursos literarios o figuras son capaces de contribuir para que la historia siga a una u otra dirección, etc.

De esa manera, como se puede percibir, lo que Dworkin intenta es presentar una teoría de la interpretación que no es puramente objetiva, dado que deja espacio para el desacuerdo del intérprete, y al mismo tiempo no sea absolutamente subjetiva, en la medida en que el intérprete no puede simplemente proceder según su conciencia, prescindiendo de la tradición que ciertas formas le imponen (MARÍ, 1998: 270 a 271).

En ese sentido, Marí destaca los siguientes presupuestos adoptados por Dworkin – en la obra *Una cuestión de principio* (2001: 217 a 266)–, a fin de esclarecer la base a partir de la que entiende el derecho como literatura: (a) si la interpretación tiene que formar la base de una teoría más plausible sobre las proposiciones del derecho, los juristas no pueden más considerarlas una actividad *sui generis* (teológica, jurídica, artística, etc.), sobretodo después de las formulaciones gadamerianas en el sentido de que la comprensión e interpretación no son dos cosas distintas; (b) la interpretación no debe orientarse hacia el modo cómo el autor ha utilizado una frase o una palabra, sino hacia el significado de una obra, vista como un todo; (c) las teorías relativas al arte no existen aisladas de la filosofía, de la psicología, de la sociología y de la cosmología; (d) la hipótesis estética tiene como consecuencia el hecho de que las teorías académicas de la interpretación no deben ser entendidas como a ellas les gustaría, esto es, como un análisis de la verdadera idea de interpretación, sino como candidatas a la mejor respuesta para las cuestiones sustanciales establecidas por la interpretación; (e) las limitaciones y los misterios del *intencionalismo* que privilegia el estado mental del autor de los textos poniéndole en el centro de la interpretación; (f) la interpretación literaria se propone a demostrar de que forma la obra puede ser entendida como la más valiosa, de que modo debe atender a los rasgos formales de identidad, coherencia e integridad, asimismo

las cuestiones sustantivas de valor artístico, lo que también vale para el derecho, aunque su preocupación no sea de naturaleza estética; (g) el derecho es una actividad política que opera con la coordinación de esfuerzos sociales e individuales; (h) derecho, arte y política están, de algún modo, unidos en la filosofía (MARÍ, 1998: 270 a 273; TALAVERA, 2006: 28 a 19).

El problema es que, aunque no se dedique propiamente a las discusiones sobre teoría literaria, Dworkin rechaza el *intencionalismo* (Hirsch), que privilegia el significado de una obra literaria a partir del punto de vista de su autor, que correspondería, en el plan del derecho, a la figura del legislador, desprecia la *estética de la recepción* (Iser, Marquard, Jauss), que deja el significado bajo tutela del lector, a medida en que a él cabe atribuir los sentidos, lo que equivaldría, en el campo jurídico, a la función del juez; y, por último, niega integrar el *new criticism* (Richards), el cual propone que la obra literaria debe ser valorizada en sí misma⁴⁷.

No obstante, eso no pone en duda el valor de su contribución en el ámbito del *Law and Literature Movement* y tampoco retira la importancia de su construcción teórica para el desarrollo de las discusiones ocurridas en los últimos años en el ámbito de la filosofía y de la teoría del derecho contemporáneo.

2.3.5.8 Stanley Fish

Fish es uno de los más importantes teóricos y literarios, ligado al deconstruccionismo, cuyas tesis antifundamentalistas también sirven para el desarrollo del *Law and Literature Movement* (SANSONE, 2001: 106 a 107). Su pensamiento se encuentra vinculado a una teoría de la subjetividad de la interpretación, a través de la cual pone al lector y a la recepción del texto por su parte, en el mismo plano en que se ubica el texto, de forma que el intérprete es, al fin, el creador del texto: "interpretar, para él, no es el arte de construcción, sino el arte de la creación"⁴⁸.

Se observa, por tanto, que el autor asume una posición en la cual el intérprete figura como protagonista, siendo el responsable por la creación de los sentidos, una vez que considera la *objetividad textual* una peligrosa ilusión. Contra las acusaciones de escepticismo, Fish usa prestada la idea de *comunidad interpretativa* (Bleich), cuya finalidad sería limitar la atribución de sentidos y, así, escapar de la pura subjetividad del lector. De ese modo, siempre que un jurista interprete un texto legal cualquiera, él lo hará en el interior de un conjunto de intereses y preocupaciones que lo vinculan a un determinado contexto.

2.3.5.9 Owen Fiss

Fiss, a su vez, atribuye al intérprete del derecho la posibilidad de lograr el *verdadero sentido de los valores constitucionales*, con base en la aplicación de las reglas compartidas por la comunidad interpretativa (1982). La tarea del intérprete del derecho – en el caso, los jueces – consiste, pues, en asumir "la

⁴⁷ Cf. MARÍ: "Es esta última [*New Criticism*], como vimos, la posición que Posner asigna a Dworkin, a la medida en que el autor de la *Law's Empire* juzga que la interpretación no debería ser puesta en el pequeño espacio de la mente autorial ni, en otro extremo, constituye un medio plástico en el que cada lector expresa su propia creatividad. Para Dworkin lo importante es la obra y su contexto socio-político" (1998: 285).

responsabilidad por la realidad práctica en consonancia con la Constitución" (SANSONE, 2001: 107 a 108).

Ocurre que, aunque reconozca la pluralidad significativa, Fiss niega la libertad absoluta del intérprete, sosteniendo una determinación objetiva de los textos, en oposición a la postura deconstructivista asumida por Fish⁴⁹. Su preocupación, así como aquella de Dworkin⁵⁰, está relacionada al problema del decisionismo judicial: los jueces no pueden decidir según su subjetividad, pues, si así lo hacen, la actividad judicial no sería más que el mero ejercicio de un poder arbitrario, aún, rehén de la filosofía de la conciencia.

Por ello, Fiss se apoya en la hermenéutica filosófica, que le posibilita determinar el sentido más adecuado entre aquellos que un texto ofrece, a partir de criterios que posibilitan refutar la arbitrariedad, sin que, para eso, tenga que negarse la participación activa del intérprete en la constitución de los sentidos⁵¹.

3. ENTRE DERECHO Y LITERATURA: TRES MODOS DE ARTICULACIÓN

Actualmente, el estudio del *derecho y literatura* abarca abordajes y perspectivas bastante distintas y, considerando tal diversidad, todos los que con él trabajan suelen adoptar tres categorías, a partir de

⁴⁸ Cf. FISH, para quien los intérpretes no hacen la decodificación de los poemas; ellos los hacen propiamente (1980: 43).

⁴⁹ En ese mismo sentido, ver, obligatoriamente, ECO, considerando su propuesta de rescate del valor del texto. Si, en el comienzo, Eco privilegia la autoridad del lector – decía “un texto no pasa de un picnic en que el autor trae las palabras y los lectores el sentido”-, actualmente se preocupa con los límites que el texto impone a la actividad interpretativa: entre la inaccesible intención del autor (*intentio auctoris*) y la discutible intención del lector (*intentio lectoris*), existe la intención transparente del texto (*intentio operis*) que rechaza una interpretación insostenible. Pues, el hecho de un texto permitir la realización de innumerables lecturas, ante su plurivocidad, no significa que se pueda admitir cualquier interpretación. Dicho de otro modo, es posible afirma que hay interpretaciones manifiestamente equivocadas y que no pueden imponerse, si se lleve en consideración la materialidad del texto: “Con frecuencia los textos dicen más de lo que sus autores pretendían decir, pero menos que a muchos lectores incontinentes les gustarían que ellos dijese”. (ECO, 1995: 81).

⁵⁰ Respecto de la influencia gadameriana en la teoría de Dworkin, ver MARÍ (1998: 265) y, sobretodo, AGUIAR E SILVA, para quien “la metáfora de la novela en cadena [*chain novel*], si, por un lado, permite destacar la faceta necesariamente creativa y constructiva de la interpretación jurídica, permite por otro lado identificar el pensamiento de Dworkin como lo de la hermenéutica jurídica, con el acercamiento entre la interpretación jurídica y la literaria, y la adecuación a ambas disciplinas de un modelo interpretativo histórico unitario. La interpretación en Dworkin se inscribe, tal como en Gadamer, en una cadena histórica de tradiciones, en que los sentidos consentidos por un texto están limitados por el pasado de ese texto y de su lector” (2001: 88 a 89).

⁵¹ Cf. AGUIAR E SILVA, para quien “la verdad es que, sin ser jurista, Gadamer se ha revelado un laborioso filósofo del Derecho, utilizando la práctica jurídica como palco de ensayos para su idea de hermenéutica como *applicatio*. Una idea de interpretación como aditamento de sentido, proporcionado por las necesidades prácticas, por las situaciones concretas, reales, carentes de soluciones. No es raro que use como su modelo ejemplar la interpretación y práctica jurídicas. Por otro lado, Gadamer insiste en la historicidad de todos los textos, y, por supuesto, en las limitaciones socio-históricas que obligatoriamente constreñirán autores e intérpretes. Esas limitaciones, que constituirán nomeadamente por parte del intérprete como una precomprensión, un conocimiento prepredicativo, irán determinar constitutivamente el propio resultado interpretativo. Acá se inserta la importancia de la tradición en toda la hermenéutica gadameriana: una lectura también no puede escapar a su propia historia, ubicándose, por el contrario, ella misma en una tradición interpretativa. El conjunto de lecturas, de diferentes interpretaciones, que a lo largo de los tiempos se acumula alrededor de un texto o de una obra, enriquece ese mismo texto, condicionando simultáneamente las futuras lecturas que del mismo vengan a hacerse. Eso permite, por otro lado, defender la posibilidad de existencia de un sentido, determinable interpretativamente, para cada texto. Un

presupuestos funcionales y no ontológicos-, que resultan en las siguientes corrientes (SANSONE, 2001; MALAURIE, 1997; POSNER, 1998; TALAVERA, 2006; CUEIRI, 2006):

(a) el derecho *en la literatura* (*law in literature*), corriente desarrollada principalmente en Europa y relacionada al contenido ético de la narrativa, a través de la cual se analizan aspectos singulares de la problemática y de la experiencia jurídica retratados por la literatura – como la justicia, la venganza, el funcionamiento de los tribunales, al orden instituida, etc.- entendida como obra literaria, esto es, como documento de aplicación del derecho y de la consciencia jurídica, a partir de la idea de que la virtualidad representada por la narrativa posibilite lograr una mejor comprensión del derecho y de sus fenómenos – sus discursos, sus instituciones, sus procedimientos, etc.- colaborando, de esa forma, con la formación de la cultura y de la comunidad jurídica (OST, 2004; SCHWARTZ, 2006; CHUEIRI: 2006).

(b) el derecho *como literatura* (*law as literature*), corriente dominante en Estados Unidos y relacionada a la dimensión hermenéutica, a la perspectiva retórica y a la forma de la narrativa⁵², por la cual se observa la cualidad literaria del derecho, pero, en especial, se analizan los textos y los discursos jurídicos a partir de análisis literarias, esto es, la extensión de la aplicación de los métodos de análisis y de interpretación, hechos por la crítica literaria, al análisis de la racionalidad de las construcciones efectuadas en el ámbito de las decisiones judiciales (OST, 2004: 51 a 55; SCHWARTZ, 2006: 57 a 60; CHUEIRI, 2006: 234).

(c) el derecho *de la literatura* (*law of literature*) – categoría que quizá no corresponda propiamente a una corriente relacionada a lo que se viene llamando *Derecho y Literatura*, pero configura un acercamiento transversal en la medida que se limita a reunir cuestiones específicas y de carácter eminentemente normativo -, por medio del cual se investiga la regulación jurídica atribuida a la literatura (POSNER, 1998: 381 a 412), esto es, las disciplinas de derecho privado, respecto de la propiedad intelectual, de derechos autorales, *copyrights*, etc.; de derecho penal, considerando los delitos de prensa y demás delitos practicados por los medios de comunicación, los delitos contra el honor, etc.; y de derecho constitucional, cuya materia está relacionada a la libertad de expresión, a la censura, etc., y, aún, de derecho administrativo, en lo que respecta a las regulaciones del ejercicio de la actividad profesional literaria, a las directrices de los programas escolares, a las reglamentaciones de las bibliotecas públicas, etc. (OST, 2004: 50 a 51; TALAVERA, 2006: 10, n. 8; SANSONE, 2001: 76 a 77; SCHWARTZ, 2006: 60 a 61; CHUEIRI (2006: 234).

Tal clasificación, sin embargo, no impide la lectura propuesta por Ward en el sentido de que las dos corrientes más importantes – derecho *en la literatura* y derecho *como literatura* – constituyen una

sentido que será necesariamente un sentido intersubjetivamente determinado, a medida en que dependiente de las relaciones intersubjetivas entre el lector y el texto y entre la propia comunidad de lectores” (2001: 87 a 88).

⁵² Según Talavera, siempre con base en Ost, sería equivocado pensar que solamente los jueces estadounidenses ostenten el monopolio de la perspectiva hermenéutica y/o narrativa. La jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* demuestra que los jueces continentales, inspirándose en el *patrimonio común, ideales y tradiciones políticas*, de que habla el preámbulo de la *Convención Europea de Derechos Humanos*, elaboraron también sentencias estructuradas en la forma de *relatos morales*, reelaboración imaginaria de los significados sociales instituyentes de la historia de la Europa democrática (2006: 46).

relación complementaria, una vez que *the two faces of Law and Literature tend to work very much as constituents of a whole* (WARD, 1994; SANSONE, 2001: 94), como se verá a continuación.

3.1 El derecho *en la literatura*

Esa es la corriente a través de la cual se analiza el derecho *a partir* de la literatura, partiendo de la premisa de que ciertos temas jurídicos se elucidan de mejor modo cuando son tematizados en las grandes obras literarias, que cuando lo son en tratados, manuales y compendios especializados⁵³.

En efecto, se trata del estudio de las maneras por las cuales, como refiere Schwartz, el derecho es representado en la literatura: "(a) recreaciones literarias de juicios jurídicos, (b) el modo de ser y el carácter de los juristas, (c) el uso simbólico del derecho y (d) el tratamiento que el Derecho y el Estado dispensan a las minorías o grupos oprimidos"⁵⁴.

Eso porque la literatura constituye una especie de repositorio privilegiado a través del cual se infieren informaciones y subsidios capaces de contribuir directamente en la comprensión de las relaciones humanas que componen el medio social, esto es, el caldo de cultura en el cual, al fin y al cabo, opera el derecho (GODOY, 2002: 16).

Según Talavera, la literatura se presenta como un rico manantial de fuentes para la reflexión crítica del derecho, a través del cual todavía es posible extraer las vendas utilizadas por el positivismo normativista para cegar incesantemente los juristas, a la medida en que el estudio del derecho a través de la literatura permite, justamente, el desvelamiento del sentido del derecho y de su conexión con la justicia⁵⁵.

Más que eso: la literatura puede servir como importante instrumento para el registro – histórico y temporal, por supuesto – de los valores de un determinado lugar o época – entre ellos, la representación del sistema jurídico, del poder, de la justicia, de las leyes, de las funciones jurisdiccionales, etc., - en el interior del imaginario colectivo y social (GODOY, 2002: 26).

No obstante, hay que destacar que no corresponde a la literatura la tarea de explicitar, propiamente, el derecho o cualquier otro campo de la actuación humana. Su contribución – aunque vinculada más claramente a una dimensión sociológica y antropológica – se da en cuanto posee la capacidad de auxiliar en la tarea de comprensión del derecho y sus fenómenos (GODOY, 2002: 35 a 36).

Según Talavera, el interés que suscita el conocimiento de la literatura para el derecho está en su singular capacidad de elucidación y reflexión crítica de cuestiones trascendentales que se tratan en el

⁵³ Ver SANSONE (2001: 77 a 79); RÍOS (2005: 218) y, también, OST (2004: 55). A propósito, quizás por esa razón, Ascarelli afirma que: "el problema del derecho es un problema que cada hombre se pone cotidianamente; quizá por eso, para lograr respuestas, antes que a los estudiosos convenga recurrir a los sabios, antes de estos, es mejor recurrir a los poetas" (TALAVERA, 2006: 7).

⁵⁴ Cf. SCHWARTZ (2006: 53-54) y, asimismo, MARÍ, para quien, efectivamente "la literatura se encuentra inundada de casos en que cuestiones legales cobran cuerpo. Existen ciertamente en las obras literarias múltiples y diversos temas relativos a la vida, la muerte, el crimen, la religión, la guerra, la familia y otras" (1998: 259).

⁵⁵ Cf. TALAVERA, donde el autor señala que, a partir de la adopción de un punto de vista interno, el derecho puede ser considerado el tema central de innumerables narraciones literarias que posibilitan la producción de valiosas reflexiones críticas respecto de la multiplicidad de sus postulados normativos, de sus orígenes, de su interpretación y aplicación, etc (2006, 5 y 10).

campo jurídico, conectando el esencial de sus raíces y orígenes a sus formulaciones más avanzadas (TALAVERA, 2001: 55).

En ese contexto, merece destacarse el hecho de que, normalmente, los juristas aprenden que “el derecho se origina en el hecho” (*ex facto ius oritur*), mientras que la reflexión propuesta por Ost, es justamente reformular tal aforismo: “del relato es que adviene el derecho” (*ex fabula ius oritur*).⁵⁶

Además de eso, no puede olvidarse que la fábula permite que el lector sea conducido – muchas veces sin apercibirse – de la narración a la norma (OST, 2004: 12), esto es, de una historia a la reflexión sobre un determinado precepto del mundo de la vida – acá entendido como verdadero *leitmotiv* del derecho.

De allí, la idea de que la ficción constituye una mina de sabidurías a las cuales las ciencias humanas – en especial el derecho – deberían obligatoriamente orientarse, conforme el alerta de Ost, para quien la prosa libre de la creación literaria posibilita no solamente una mayor aproximación a los más distintos conocimientos académicos, sino que también disuelve con frecuencia su complejidad: “esa *indisciplina* literaria que se insinúa en las omisiones de las disciplinas excesivamente bien instituidas realiza, de esa forma, un trabajo de interpelación de lo jurídico, debilitando los saberes positivos sobre los cuales el derecho intenta apoyar su propia positividad” (OST, 2004: 14 a 15).

Ost se vale de la *teoría de la triplete mimesis* de Ricoeur: el dato prefigura; el artista configura; el intérprete refigura –, según la cual es posible extraer tres conclusiones acerca del estudio del derecho en la literatura: (a) reduce el abismo abierto por el pensamiento analítico, desde Hume, entre los mundos del ser y del deber ser – o mejor entre hecho y derecho –, considerando que el ser siempre aparece ya interpretado; (b) la experiencia del contar constituye, precisamente, la mediación entre el describir y el prescribir; (c) la literatura deja de ser considerada una ornamentación, gratuita y exterior, pasando a ser entendida como “el modo más significativo de asumir esa estructura pre-narrativa de la experiencia común y sus evaluaciones implícitas” (OST, 2004: 36 a 37).

Es a partir de eso que Ost propone una *teoría del derecho contado*, en que los casos surgen en su singularidad, al revés de una *teoría del derecho analizado* (2004: 41) – originado a partir de fundamentos hipotéticos, articulado alrededor de pirámides de normas, marcado por la atemporalidad metafísica y, paradójicamente, cómplice de discrecionalidades-, aún sobresaliente en la enseñanza jurídica, cuyo carácter analítico, de inspiración legislativa y positivista, mantiene el jurista rehén del sentido común teórico (WARAT, 1994: 13 a 18; 1995: 57 a 99; 2004), sin que él logre apercibirse de la crisis de doble cara –

⁵⁶ Cf. OST, para quien: “todo ocurre como si, entre toda la gama de las variantes que la ficción imagina, la sociedad seleccionase una intriga tipo que ella normaliza a seguir bajo forma de regla imperativa acompañada de sanciones. Pero las cosas no paran ahí: tan luego establecidas, esas elecciones son discutidas, matizadas, cambiadas – en los bastidores judiciales en particular, que son como la antecámara de una legalidad más flexible. La intriga jurídica, luego que se estabiliza, vuelve a la fábula de que se origina: los personajes reales van más allá del papel convenionado de las personas jurídicas, al mismo tiempo en que peripecias imprevistas obligan al autor a cambiar el *script*” (2004: 24). En igual orientación, ver TALAVERA, donde afirma que no es absurdo pensar, pues, que el derecho y la literatura estén conectados ambos en el imaginario colectivo, de forma que un complicado juego de espejos (tradiciones, interpretaciones, historias, políticas...) hace difícil distinguir cual es el discurso de la ficción y cual es aquello de la realidad (2006: 9).

paradigma liberal y paradigma de la filosofía de la consciencia – en la cual el derecho está sumergido (STRECK, 2007).

Según Ost, no obstante las críticas que son regularmente hechas al *derecho contado* - a veces por los incentivadores del movimiento *Law and Literature*, a veces por los defensores del *derecho analizado* – es justamente en esa dialéctica reconstructiva de las narrativas, en la que puede encontrarse el mejor estudio del *Derecho y Literatura* (OST, 2004: 48).

En la misma línea, la posición asumida por Talavera, que adhiere a la corriente del *derecho en la literatura*, visto que su principal virtud es la de ofrecer, justamente, una aproximación con el derecho, bajo un enfoque crítico, propio de la filosofía del derecho, aportando, así, una reflexión plenamente radicada en las coordenadas reales de tradición jurídica continental (TALAVERA, 2006: 55 a 56).

Sin embargo, para el autor hispánico, la realidad continental aún se presenta bastante distinta de la anglosajona considerando el predominio de una concepción analítica del derecho si se compara a la poca expresión que tiene la concepción narrativa del derecho, en especial en las facultades y cursos de derecho europeos.

Así siendo, continúa Talavera, el desarrollo de una *teoría del derecho contado*, en los términos propuestos por Ost, todavía no pasa de un sueño en el actual escenario jurídico, lo que, en ese caso, refuerza aún más la necesidad de apuntar, de un lado, las limitaciones del derecho analizado y, de otro, las valiosas contribuciones de un derecho narrado.

Por eso, concluye Talavera, la necesidad de profundizar, en definitiva, el estudio de una concepción narrativa del derecho, a través de la cual sea posible rehabilitar la dimensión simbólica del derecho, potenciando el papel pedagógico que lo simbólico ejerce a través del derecho, a partir de la proclamación de su conexión con los valores expresados por la literatura (TALAVERA, 2006: 47 a 50).

Asimismo, en ese sentido Sansone refiere que el análisis de temas jurídicos retratados en el ámbito de las obras literarias responde a la pregunta respecto de la capacidad de la literatura contar – con eficacia – los valores del derecho, considerando (a) la naturaleza de la poesía – entendida como forma de conocer – y las nociones literarias de verdad y de universal; (b) la posibilidad del arte en promover la disponibilidad del lector de reflexionar sobre las mayores temáticas humanas, sociales y existenciales, donde están el nacimiento y la muerte, la paz y la guerra, la igualdad y la justicia, la distribución de los bienes y de los recursos; (c) el papel de las emociones – miedo, cólera, alegría, placer, compasión – en la persuasión del lector; (d) la fuerza del ejemplo, ofrecido por la representación literaria de los personajes entregues a la práctica y a los costumbres de lo justo (SANSONE, 2001: 141 a 142).

En ese contexto, pues, es posible analizar las más distintas cuestiones y temáticas jurídicas a partir de los textos literarios, a empezar por la propia Biblia, cuya función normativa se revela determinante en la evolución de la historia, considerando que ha desempeñado un papel fundamental en el desarrollo y consolidación de la más eficaz forma de control social: la Iglesia Católica.

Los ejemplos son interminables: la negociación de la ley y la metáfora de la alianza o del contrato social (Éxodo, del Antiguo Testamento), el problema de la legitimidad del derecho (*Antígona*, de Sófocles),

la relación entre venganza y justicia (*Oréstia*, de Ésquilo), la secularización ante los criterios morales de clasificación de los crímenes y sanciones correspondientes (*La divina comedia*, de Alighieri), la obligatoriedad de aplicación de la ley penal (*Medida por medida*, de Shakespeare), el problema de la interpretación jurídica (*El mercador de Venecia*, de Shakespeare), la búsqueda de una justicia idealizada y las adversidad inherentes a la realidad (*Don Quijote de la Mancha*, de Cervantes), el individuo y la fuente de derecho a él inherente (*Robison Crusoé*, de Defoe, y *Fausto*, de Goethe), las falacias de la argumentación jurídica (Los viajes de *Gulliver*, de Swift), las implicaciones de la amnistía (*El lector*, de Schlink), los efectos perversos que subyacen en las leyes más bien intencionadas (*El contrato de casamiento* y *La interdicción*, de Balzac), la complejidad psicológica de la culpa (*Crimen y castigo*, de Dostoievski), los descubrimientos y los avances de la criminología (*La resurrección*, de Tolstoi), la incoherencia de las formas y contenidos que el sistema jurídico establece (*El proceso*, de Kafka), el proceso de sumisión de los individuos a partir del control social ejercido por el régimen totalitario (*1984*, de Orwell, y *Admirable mundo nuevo*, Huxley), el absurdo del desprecio legal por la singularidad y subjetividad (*El extranjero*, de Camus), la ley como instrumento de interdicción (*El señor de las moscas*, de Golding), la cuestión del adulterio y de la construcción de la verdad (*Don Casmurro*, de Machado de Assis), la locura y el tratamiento jurídico a ella atribuido (*El alienista*, de Machado de Assis), los dilemas de la democracia y el papel del Estado (*Ensayo sobre la lucidez*, de Saramago), el caos y la barbarie en un mundo sin derecho (*Ensayo sobre la ceguera*, de Saramago), el control social y el poder ideológico ejercido por las dictaduras (*La fiesta del buey*, de Vargas Llosa), la decadencia de los valores y sus reflejos en el orden jurídico (*El hombre sin cualidades*, de Musil), la necesidad de humanización del sistema penal (*Los miserables*, de Victor Hugo), los dilemas del casamiento ante los intereses hereditarios (*Orgullo y prejuicio*, de Austen), el problema de las presunciones normativas (*Oliwer Twist*, de Dickens), entre otros tantos (SANSONE, 2001: 67; TALAVERA, 2006: 60; OST, 2004: 56 a 57).

Por fin, no puede olvidarse que, como refiere Sansone (2001: 77 a 79), el estudio del derecho *en* la literatura se desarrolla, posteriormente, en la dirección de la profundización del contenido ético – lo que en la tradición estadounidense resultará en el llamado *Law and Literature as etical discourse* –, destacando el papel de la literatura en la afirmación y críticas de los valores culturales y éticos de la sociedad y del derecho, a partir de la naturaleza axiológica de las elecciones morales sobreentendidas en las reglamentaciones jurídicas. Eso ocurre – y gana trascendencia – ante la capacidad de la obra literaria de incitar el sentimiento de empatía del lector respecto a los acontecimientos narrativos y a los personajes de las historias contadas, lo que le posibilita participar – de forma segura – de la vida de los otros, experimentar otras situaciones y, consecuentemente, reflexionar y posicionarse críticamente respecto de cuestiones fundamentales del mundo práctico (2001: 78).

3.2 El derecho como literatura

Esa, a su vez, es la corriente que *compara* el derecho a la literatura, más específicamente respecto de las siguientes perspectivas: (a) el papel de la retórica, a partir del *Law and Literature as Language*, (b) la

función de la narrativa, con base en el *Legal storytelling Movement*, y (c) la noción de interpretación correspondiente al *Legal texts as literary texts* (SANSONE, 2001: 79 a 83; OST, 2004: 51 a 55, TALAVERA, 2006: 10 a 38; SCHWARTZ, 2006: 57 a 60).

De cualquier modo, cumple referir, anteriormente al análisis de las perspectivas citadas, que el surgimiento y desarrollo del derecho *como* literatura se encuentra directamente relacionado con las críticas que intentan una superación del positivismo jurídico. Con el surgimiento de la *era de los principios*, ante el reconocimiento de la *textura abierta*⁵⁷ del derecho, **la decisión judicial va del paradigma de la subsunción al paradigma de la interpretación**. Eso significa decir, en otras palabras, que el neoconstitucionalismo se presenta como un campo fértil para que el derecho se acerque de la literatura, considerando que (a) los principios constituyen la referencia más inmediata al imaginario común de una sociedad y, por lo tanto, representan la dimensión literaria y mitológica del derecho; (b) la superioridad jerárquica de los principios ante las reglas obliga al juez a subordinar todas las leyes a ese filtro, lo que significa decir que el contenido de las resoluciones judiciales no ocurre a través de un mecanismo de subsunción, de forma que la aplicación de la ley adquiere un nuevo sentido en la medida en que se introduce en el derecho una importante dimensión narrativa; (c) el juego de los principios acentúa la tarea argumentativa que las partes en litigio deben realizar dentro del proceso, de forma que la praxis jurídica se acerque aún más a la estructura de un relato literario (TALAVERA, 2006: 42 a 55).

Bajo la *perspectiva de la retórica*, el lenguaje surge como un elemento común al derecho y a la literatura, en la medida en que ambas disciplinas operan a través del discurso, desde el simple uso persuasivo del lenguaje, orientado en dirección al convencimiento de lo que se intenta transmitir, hasta su compleja capacidad de afirmación de los valores e intereses de la sociedad.

En ese sentido, White sustenta que el derecho debe ser entendido como una forma retórica, pues procura, a través del uso persuasivo del lenguaje, promover la integración social a vía la comunicación de aquellos que participan de la producción cultural y, así, determinan los valores de la comunidad (1985; 1990).

Porque, de un lado, el derecho ha sido comprendido como un poderoso medio de comunicación e integración cultural, desempeñando, así, un papel equivalente al de la literatura; mientras, de otro, la literatura sigue siendo considerada un elemento esencial para la construcción de sentido en la interacción social, que la asocia inevitablemente a la función del derecho.

En esa misma dirección, Ost refiere que autores relacionados a una tradición comunitarista destacan el modo como es posible ligar una determinada comunidad política a un imaginario histórico compartido, bien como la forma como su identidad, memoria, cultura y capacidad de proyectar son deudoras de la visión del mundo que es producida a partir de algunas narrativas literarias fundadoras (OST, 2004: 28 a 29; TALAVERA, 2006: 44).

⁵⁷ Importa resaltar que la referida textura abierta del derecho, posibilitada por la era de los principios, no puede ser confundida con cualquier idea relativista o arbitraria. Con Lenio Streck, destacamos que los principios tienen la función de "cerrar" el derecho en el sentido de garantizar la integridad del mismo (STRECK, 2007).

Basta, para eso, observar que las Constituciones políticas pueden ser leídas, en su gran mayoría, como un verdadero e importante relato de la historia de los valores fundantes de una determinada comunidad.

Advierte Dominique Rousseau que las Constituciones pueden dar sentido a la vida individual y colectiva de los hombres cuando se entienden como un relato que cuenta sus historias: "las Constituciones son las mitologías de las sociedades modernas" (2001: 6). A propósito, es preciso reconocer expresamente la importancia de la temática levantada por Rousseau, a cuyo estudio todavía no se ha prestado la debida atención: el estudio del constitucionalismo – ilustrado con base en la idea de *palimpsesto*⁵⁸ – a partir de la sobreposición de los textos constitucionales y del sentido a ellos atribuidos.

La *perspectiva de la narrativa*, a su vez, se orienta hacia dos temáticas distintas: de un lado, el núcleo de la racionalidad jurídica y de la práctica legal, considerando la importancia que la noción de narrativa asume en las argumentaciones y fundamentaciones judiciales; de otro, la capacidad de la narrativa de dar voz a las minorías excluidas de la sociedad civil y política, posibilitando una interacción entre aquellos que participan de la producción de la cultura jurídica y de la literatura y aquellos que de ellas no participan.

Según Ost, la noción estadounidense de juzgamiento en diálogo con precedentes es uno de los factores determinantes para el desarrollo de la idea de un derecho construido a partir de sedimentaciones sucesivas y marcado por la fidelidad a la identidad narrativa del sistema jurídico (2004: 30).

Se trata, en efecto, de la idea que un caso jurídico es, fundamentalmente, un conjunto de relatos narrados ante un tribunal⁵⁹: el proceso empieza con el relato del autor, donde se presenta una historia, describiéndose detalladamente un hecho, protagonizado por un o más sujetos, que ha producido efectos en el *status quo* y, por eso, es atendido por el derecho. El proceso sigue con el relato del demandado, que presenta su historia sobre el mismo acontecimiento, buscando describir una versión alternativa de los hechos. La versión definitiva de esa historia jurídica – conjunto de relatos de las partes – es aquella que hace el juez en su sentencia. Se observa, no obstante, que el *carácter jurídico* de los relatos – sea de las partes, sea del magistrado – no resulta de la singularidad de los hechos narrados y tampoco de la referencia a enunciados normativos, sino del *carácter institucional* de quien los cuenta y de quien los escucha, esto es, los abogados y los jueces, respectivamente (TALAVERA, 2006: 50 a 51).⁶⁰

⁵⁸ Palabra de origen griego (*palimpsestos*) que significa *raspado nuevamente* y, pues, indica el antiguo material de escrita – especialmente el pergamino – que era usado algunas veces, por medio del raspado de los textos anteriores, considerando su escasez y su alto costo. Se trataría, en efecto, de un análisis del sentido del texto constitucional a través de lo que podría observarse, a partir de las bases de la hermenéutica, los sentidos de aquellos textos que le antecedieron. Eso porque la idea de *palimpsesto* se encuentra ligada a la noción de intertextualidad – a medida en que el raspado permite la sobreposición de aquello que se produce a aquello que ya se produjo – y, así, remite al punto de partida para el estudio del *Derecho y Literatura*, visto que ambos operan, fundamentalmente, con la palabra, el texto, el discurso, la narración, en fin, el lenguaje. (GENETTE, 1997).

⁵⁹ Según Ferreira da Cunha: "por lo menos desde Dworkin que se sabe como un juicio es al final una narrativa, hecha de varias narrativas adversas, y que la sentencia es la conclusión, el capítulo-epílogo (aunque el cuento permita continuación...o recursos)" (2007).

⁶⁰ Ver, para tanto, AGUIAR E SILVA: "Vitor Aguiar e Silva presenta los textos narrativos como aquellos en que los hombres *relatan secuencias de eventos en que fueron agentes y/o pacientes o de que tuvieron conocimiento como testigos presenciales o como lectores u oyentes de otros textos*, sugiriendo el carácter inderroablemente narrativo de cualquier texto que el hombre produzca en su vida cotidiana, sea en el ámbito personal, social o profesional" (2001: 18, n. 32). En la misma línea,

En lo que respecta a la perspectiva interpretativa, por último, merecen destacarse las tesis desarrolladas por Dworkin, en el ámbito del derecho, y, por Fish, en el ámbito de la literatura. Con el cambio lingüístico y la aceleración utilizada por las teorías de la interpretación literaria, que pasan a exaltar el papel subjetivo del intérprete⁶¹, busca hacerse una interpretación progresista de la norma, en oposición al modelo tradicional basado en la concepción legalista, que se concentraba en la objetividad de los textos y en la búsqueda de su sentido literal y filológico, a partir de una investigación orientada para la intención del legislador⁶².

Según Pérez, la relación entre derecho y literatura implica mucho más que una antología de historias sobre casos y temas jurídicos tratados por los escritores más famosos: el gran desarrollo hermenéutico registrado en el siglo XX ha generado nuevos caminos de exploración para los estudios jurídicos y literarios, de forma que la relación entre ambas disciplinas se ha fortalecido a partir de la naturaleza interpretativa por ellas compartida (PEREZ, 2006: 151; AGUIAR E SILVA, 2001: 61 a 65)⁶³.

Como es sabido, la teoría literaria puede ser dividida en tres etapas respecto a la historia moderna: el *Romanticismo*, cuya preocupación se orienta hacia el autor; el *New Criticism*, cuya cuestión central es el texto; y, en los últimos años, una revuelta en la que el lector asume el papel descollante, la *estética de la recepción*. Lo mismo puede decirse que ocurre en el ámbito de la teoría del derecho: aquellos para quien el proceso interpretativo equivale a la búsqueda de la intención del autor; aquellos que buscan encontrar en el texto todos los elementos necesarios para su interpretación; y, más contemporáneamente, aquellos que desplazan en dirección al intérprete la producción del sentido, atribuyéndole la función de co-autor (AGUIAR E SILVA, 2001: 80 a 81).

pero en el campo jurídico, Schwartz afirma que “no puede olvidarse que el Derecho es un contar de historias. Así como los antiguos repasaban el conocimiento a través de la oralidad, un juicio es, además de conocimiento (proceso de conocimiento), un conjunto de historias contrapuestas una a otra. Su lógica secuenciada permite al juez la comprensión del acontecimiento de los hechos, de la misma forma que una buena obra literaria reporta el lector al entendimiento lineal de su narración” (2006: 60).

⁶¹ Según Freitas “la verdad es que los métodos de textos literarios – por la flexibilidad que atribuyen al proceso interpretativo y por la relevancia que dan, en una lucidez pos-positivista notoria, al papel del sujeto de la producción y construcción del texto – podrán contribuir significativamente para una más abierta y fructífera visión del Derecho, como algo verdaderamente heraclitiano, moviéndose al sabor de los desafíos puestos por la sociedad a las estructuras de respuesta del jurídico, y debiendo corresponder a esos desafíos, estando siempre listo a reformular soluciones que ya no se adaptan al panorama vigente y a ofrecer a los sujetos la mejor conformación posible de sus intereses” (1990: 20).

⁶² En ese sentido, consultar, también, TALAVERA: “En principio, es importante subrayar que el nexo de unión entre la literatura y el derecho que a los juristas anglo-sajones interesa es, básicamente, de naturaleza hermenéutica. En otras palabras, la originalidad de esa conexión radica en presuponer que el problema fundamental que establece el derecho es hermenéutico, a saber: el proceso de interpretación de la ley que obligatoriamente deben hacer los magistrados (y la interpretación de la propia jurisprudencia que debe hacer tanto los Jueces como los juristas). De forma que, como apunta Dworkin, *podemos mejorar nuestros conocimientos del derecho si se compara la interpretación jurídica con la interpretación en otros campos del conocimiento; en particular, en la literatura*. El complejo problema de la interpretación de los textos jurídicos ha buscado, pues, una original vía de solución tratando de establecer un paralelismo o analogía con la hermenéutica literaria, siempre desde el presupuesto de que toda norma jurídica, en definitiva, no es sino un enunciado lingüístico (un relato) susceptible de ser sometido a las reglas interpretativas vigentes en el campo narrativo para determinar su sentido. Ronald Dworkin y Richard Posner son quien, desde posiciones distintas, han contribuido en mayor escala para materializar ese puente hermenéutico” (TALAVERA, 2006: 14 a 15).

⁶³ Cf. PÉREZ, *op. cit.*, p. 151; y, en el mismo sentido, AGUIAR E SILVA, *op. cit.*, p. 61-65.

Así, considerando la importancia que asume el lenguaje, Aguiar e Silva refiere que gran parte del actual discurso interpretativista pensado acerca del fenómeno jurídico resulta de la analogía entre derecho y literatura, cuyo mayor punto de contacto sería, precisamente, la cuestión de la interpretación, o mejor, de la experiencia hermenéutica.⁶⁴

En efecto, en el interior de la discusión hermenéutica, el debate sigue acerca de la (im)posibilidad de determinarse “el” sentido del texto y, por lo tanto, del papel atribuido a la interpretación entendida como mediación para la obtención de ese sentido. Partiendo de un origen filosófico común – la ontología fundamental de Heidegger – surgen dos teorías que, aunque afirmen la dependencia lingüística de toda y cualquier forma de comprensión humana, rivalizan y, por lo tanto, enriquecen el actual debate interpretativo llevado a cabo especialmente por sus representantes en el dominio de la literatura: de un lado, la hermenéutica filosófica, de Gadamer, de otro, el deconstruivismo, de Derrida. Ocurre que en las últimas décadas esa discusión ha sido reivindicada también por algunos juristas que han encontrado en el legado hermenéutico y deconstruivista una importante alternativa para superar el positivismo jurídico.⁶⁵

Bajo la perspectiva de la hermenéutica filosófica, Marí afirma que no es posible dejar de reconocer que las formulaciones de Gadamer se revelan imprescindibles a lo juristas y literatos que simpaticen con la construcción de un puente suficientemente sólido entre el derecho y la literatura.⁶⁶ Eso porque, entre las innumerables formulaciones filosóficas propuestas por Gadamer, tres se presentan esenciales para cualquier interpretación: (a) la interpretación no es un acto complementario y posterior a la comprensión, sino su forma explícita, de modo que interpretar es explicitar lo comprendido; (b) la aplicación no es un

⁶⁴ Cf. AGUIAR E SILVA: “Si la cultura jurídica anglosajona parece estar, decididamente, en rumbo del *interpretativismo*, siendo que los estudios imperativistas se evidencian en fuerte declive, el mismo no parece suceder, por lo menos no con tanta intensidad, en el mundo jurídico continental, donde los panoramas mentales generados por el positivismo legalista moldean todavía gran parte de la práctica judicial y mucho del labor doctrinal y académico. Sin embargo, actualmente, también los debates más calurosos de la doctrina continental se traban no entre esas dos facciones, interpretativista e imperativista, pero sí en percepciones de la crítica interpretativista” (2001: 78 a 80). En la misma orientación, consultar FREITAS, para quien ambas interpretaciones – tanto la jurídica como la literaria – implican elementos conexos al lenguaje, su sentido y alcance de sus construcciones: “En ambas esferas estamos ante textos que reclaman aclaración y esclarecimientos, que reclaman reflexión, asimismo ante sujetos, destinatarios de los textos, a quien compete investigar, para de ellos extraer sentido y *utilidad*, su alcance como objeto de análisis” (1990: 16 a 22). Todavía destacando la importancia de la interpretación, aunque a partir de otra perspectiva, consultar SCHWARTZ: “otro motivo para estudiarse el Derecho a partir de la Literatura reside en la interpretación. Como ambos son textos, Derecho y Literatura reclaman una actividad que apure el sentido de sus construcciones, evidenciando la relación entre el constructor/legislador y el destinatario/ciudadano de la norma jurídica. Ese es un momento de conexión entre ambos los sistemas” (2006: 50).

⁶⁵ En ese sentido, consultar CHUEIRI, para quien el movimiento del Derecho y Literatura recurre inevitablemente a la tradición hermenéutica inaugurada y desarrollada a lo largo del siglo XX. En ese contexto, Gadamer y Derrida se destacan como los filósofos que ofrecen soporte técnico – en algunos casos, todavía implícitamente – a las principales posiciones asumidas respecto a la comprensión del derecho y a su interpretación (CHUEIRI, 2006: 235). En la misma dirección, consultar AGUIAR E SILVA, donde la autora portuguesa acerca, de un lado, la posición de Fiss a la hermenéutica filosófica, de Gadamer; y la posición de Fish al deconstruivismo, de Derrida (2001: 82 y 92 a 93).

⁶⁶ Cf. MARÍ: “el examen del sentido en que el pensamiento de Gadamer funciona como referente común de los filósofos del derecho y los críticos de la literatura, el grado en que funciona como un foco de atracción – lo que no excluye las críticas –, nos ha permitido, al mismo tiempo, ir desarrollando algunas de las ideas que se centran en nuestro tema, el del puente de las dos disciplinas, puente *extraño* en el uso que Monsieur Dupin daba a esta palabra y más que puente, quizá, una simple pasarela. Para ver si se trata, en todo caso, de una pasarela sujeta a oscilación, con

procedimiento que ocurre por etapas (*subtilitas intelligendi, explicandi e applicandi*), sino que integra el proceso hermenéutico (*applicatio*), siendo tan esencial cuanto la comprensión y la interpretación, de modo que interpretar es aplicar; (c) la unidad se pone frente a la diversidad de los textos: la hermenéutica jurídica no es un caso especial y sí lo que permite la consciencia histórica de sus problemas y, por lo tanto, la reproducción de la vieja unidad del problema hermenéutico en que los juristas se encuentran con los teólogos y los filólogos.⁶⁷ Según Marí, es precisamente sobre la base en esos presupuestos aliados a la idea de que hermenéutica es filosofía - y no método(logia) – que los juristas y literatos aceptan hablar acerca del puente entre el derecho y la literatura (MARÍ, 1998: 263).

Por otro lado, Derrida propone que tanto el derecho cuanto la literatura – ante la imposibilidad de acceso total a sus textos y, consecuentemente, de la irreductible incompletud de la tarea interpretativa – deben ser desconstruidos. Para el filósofo francés, la deconstrucción hace que las palabras sean suspendidas en una ilimitada red de significados – permitiendo, así, innumerables lecturas legítimas – y de ese modo se mantiene crítica en la medida en que cuestiona la autoridad y revela demandas esenciales, implícitas en las prácticas de significación (DERRIDA, 1992; CHUEIRI, 2006: 234 a 235).

Chueiri esclarece que en la perspectiva de ese autor la literatura es el sitio en que se experimenta con el problema de la verdad, con la esencia y con el lenguaje. ¿Una vez que la experiencia literaria cuestiona, ella también perturba el ejercicio de la autoridad y la pertinencia de la cuestión acerca de la esencia, sea cual sea, aquella pregunta *lo que es...?* De esa forma, la importancia de la literatura para el Derecho y para la Justicia está, en principio, en esa forma perturbadora del lenguaje, en la que se cruzan las cuestiones de la esencia y de la verdad. Para el autor, el Derecho y la Literatura reparten la misma condición de posibilidad (significa que el origen del Derecho es también aquel de la Literatura – la palabra, el lenguaje -) que, en último análisis, es un no-origen, a medida en que se mantiene en suspensión y a ella no se puede acceder. Siendo esta la comprensión de aporía para Derrida (CHUEIRI, 2006: 234 a 235).

A MODO DE CONCLUSIÓN

Considerando que la pretensión del presente trabajo se limita a un primer acercamiento entre el derecho y la literatura y su finalidad es solamente llamar la atención de la comunidad jurídica, en especial de la brasileña, para la importancia de los estudios que vienen siendo desarrollados sobre la temática, especialmente en Estados Unidos y Europa, en el siglo XX, se revela innecesario retomar acá los puntos anteriormente tratados, siendo más provechoso apuntar algunas cuestiones que se mostrarán capaces de promover la curiosidad y la permanente reflexión.

riesgo de bambolearse a la más leve brizna teórica, de un puente sobre el río Kwai o de una estructura sólida” (1998: 261, 265 y 269).

⁶⁷ Ver, para tanto, GADAMER (2003: 378 a 414). En la misma orientación, ver MARÍ (1998: 261) e, igualmente, TALAVERA (2006: 15 a 16), para quien hablar de interpretación en los días actuales significa hablar de quien en la filosofía contemporánea ha sido su mayor exponente: Hans-Georg Gadamer, que establece, en su obra *Verdad y método* (2003: cap. 10), los tres presupuestos esenciales a interpretación: (a) comprender es siempre interpretar, siendo la interpretación la forma explícita de la comprensión; (b) comprender es aplicar, siendo la aplicación un momento

I. El estudio del derecho y literatura, en virtud de su amplitud, posibilita los más distintos abordajes, a medida en que dispone de diferentes perspectivas de análisis, conforme es sugerido por Sansone (2001: 111 a 138): (a) *bajo el punto de vista de la antropología jurídica*, la literatura asume importancia documental, pues en ella se encuentran los pensamientos y sentimientos humanos relacionados a la formación de la exigencia de regulación normativa de la convivencia social y política, relacionándose, de esa forma, al conocimiento de los orígenes de las nociones jurídicas y, por lo tanto, a la reconstrucción de los institutos normativos del pasado, de forma que puede ser considerada fuente de datos imprescindible para comprensión de las principales disciplinas jurídicas, como ocurre, por ejemplo, con los clásicos griegos (*Iliada*, de Homero, *Antígona*, de Sófocles, *Oréstia*, de Ésquilo) y latinos (*Eneida*, de Virgilio); (b) *bajo el punto de vista de la sociología jurídica*, la literatura – especialmente la moderna y la contemporánea – es considerada un terreno fértil, a partir del cual se puede investigar tanto las conductas sociales ante las normas singulares y al ordenamiento jurídico, como también la relación espontánea de la opinión pública con el derecho, o sea, el modo como lo actores sociales interaccionan con el derecho y con la exigencia de justicia por él puesta, como bien demuestran las obras, entre otros, de Balzac, Tolstoi, Flaubert, Austen y Dickens; (c) *bajo el punto de vista de la filosofía-política-jurídica*, la literatura adquiere el estatuto de instrumento esencial para la construcción de un sentido de comunidad, para la promoción de una solidaridad fundada sobre modelos lingüísticos, comportamentales y humanos comunes y, todavía, para la consolidación de una cultura y educación jurídicas fundadas sobre valores humanísticos; (d) *bajo el punto de vista de la teoría de la justicia*, la literatura también merece destacarse, visto que abre un nuevo campo para investigarse y afirmar el fundamento de la justicia, del derecho y de los principios jurídicos orientados a la concretización y a la tutela de los derechos del hombre, a medida en que abarca una multiplicidad de estudios – que van desde las narrativas literarias producidas en Grecia antigua hasta aquellas de los días de hoy – relacionados a la relatividad y a la incertidumbre de la justicia humana, frente a la tendencia natural del hombre orientada a una comprensión y realización de la justicia absoluta; a la reflexión respecto de la nostalgia por el aspecto sacro y simbólico del derecho, testimoniada por las tragedias griegas y por la jurisprudencia romana; a las nociones jurídicas universales, subentendidas a la convivencia social, con el deber y la promesa, por ejemplo; a los contenidos y valores de la ética jurídica; y, por fin, a los modelos de ordenamiento jurídico y a los principios jurídicos que admiten tutelar los referidos valores ético-jurídicos y, a partir de ellos, construir el derecho; (e) *bajo el punto de vista de la teoría del derecho*, la comparación entre los textos jurídico y literarios hace viable el análisis de la aplicación de los métodos e instrumentos desarrollados por la crítica literaria en el campo del derecho, tratando de cuestiones relacionadas a la *semiótica*, considerando la importancia que adquiere el lenguaje; a la *racionalidad*, frente a las diferencias que la noción de coherencia presenta en los discursos jurídicos y literario, sobretudo, en el ámbito de las decisiones judiciales; y, especialmente, a la *interpretación*, con base en las discusiones realizadas y posiciones

integrante del proceso hermenéutico; (c) la hermenéutica jurídica no es un caso especial, sí se encuadra dentro de la sustancial unidad del problema hermenéutico general con lo que se depara siempre el jurista, el teólogo y el filólogo.

asumidas por autores como Dworkin, Posner, Fish, Fiss, entre otros, a partir de los presupuestos filosóficos formulados por Gadamer y Derrida.

II. En efecto, la relación entre derecho y literatura todavía encuentra paradojas, obstáculos y particularidades: (a) no obstante juristas y literatos se encuentren bastante cercanos, desarrollando, desde la época clásica, muchas veces carreras paralelas, el estudio interdisciplinario del derecho y literatura surge solamente en el siglo XX y se afirma en definitiva solamente en sus últimas décadas; (b) si, por un lado, los juristas vienen auxiliándose del contenido y de la forma literaria en el intento de superar el desafío de repensar el derecho, los literatos no demuestran el mismo interés, aunque eventualmente se dediquen al análisis de otros tipos de textos; (c) sin embargo toda curiosidad que la literatura despierta en los juristas, se evidencia que estos – con raras excepciones – aún son extremadamente conservadores y, por lo tanto, no se encuentran preparados o no disponen de suficiente experiencia literaria – que incluye conocimiento y, sobretodo, sensibilidad – para tratar con seriedad la construcción y/o manutención de los posibles puentes entre derecho y literatura.

III. Según Marí (1998: 286 a 287), la construcción del puente entre derecho y literatura viene recibiendo las más distintas respuestas: (a) para Carnap, se trata de algo totalmente vedado, con base en el séptimo aforismo de Wittgenstein; (b) para Gadamer, puede hablarse en voz alta o, aún mejor, se debe hacerlo con un megáfono; (c) para los antifundacionistas, como Fish, y los miembros de la *Estética de la recepción*, muy probablemente puede hablarse; (d) para los intencionalistas, como Hirsch, muy probablemente no puede hablarse; (e) para Dworkin, que sigue en la línea de la hermenéutica filosófica, puede hablarse en voz alta; (f) para Posner, puede hablarse, pero en voz baja, de tal modo que la figura de una pasarela sería más adecuada que un puente; (g) para los hombres de las letras y los críticos literarios, no obstante su comprensible desconfianza con los *hombres de negro*, transitar en tal puente no sería difícil; (h) pero para aquellos que (con)forman la academia jurídica (positivista) costará mucho salir del estado de ceguera y de sordo-mudos en que se encontraban, de forma que no debe causar espanto si, al revés de un puente, prefieran un túnel subterráneo que los conduzca, por una vía única y expresa, de modo firme y seguro.

IV. Por último, caso todas las consideraciones hasta ahora presentadas no se muestren suficientes, es indubitable, de un lado, que el derecho surge históricamente como una forma de control – organización y limitación – del poder ejercido por el Estado moderno; y, de otro, que la literatura – así como las demás expresiones artísticas – puede constituir una importante forma de resistencia contra la violación de derechos fundamentales y de los ideales democráticos, visto que se caracteriza por denunciar todo y cualquier tipo de abuso de poder. Para tanto, basta ver las ficciones literarias y cinematográficas – se destaca que ambas son narrativas – que tratan de la cuestión (anti)democrática: la supresión de los derechos y garantías individuales no se muestra suficiente; es preciso también eliminar la literatura, con el

intuito de empobrecer sistemáticamente el lenguaje – y, con ella, el espíritu crítico-, visto que constituye todo y cualquier discurso. Eso es lo que se observa, por ejemplo, en *1984*, de Orwell, y *Admirable mundo nuevo*, de Huxley; o, asimismo, en *Fahrenheit 451*, película dirigida por Truffaut, pero basada en la novela homónima de Ray Bradbury, y *Zardoz*, película dirigida por John Boorman. El mismo se observa, a lo largo de la historia, en el plan de la realidad: todos los regímenes totalitarios – nazismo, fascismo, comunismo, fundamentalismo, por ejemplo – han prohibido la publicación de determinadas obras y han perseguido escritores, esto cuando no hicieron la quema de libros en plaza pública. La censura a la literatura, en esos casos, siempre se mostró imprescindible para el establecimiento del pretendido orden, visto que ella – la literatura – posibilita, de un lado, que se vea un bosque, al revés de un simple conjunto de árboles cualquiera y asimismo se contemple cada una de las especies que lo componen; y, de otro, también cuestiona, muchas veces, si lo que se está viendo es, en realidad, un bosque. Todo eso se expresa por la idea destacada en las palabras de Lenio Luiz Streck, según quien, conforme ha demostrado la historia, en todos los regímenes totalitarios vividos en la modernidad, dos figuras siempre estuvieron presentes: la del jurista (de guardia), que ha defendido la legitimidad del ordenamiento en vigor, y la del poeta, que en la clandestinidad o, aun en la cárcel, ha denunciado las injusticias y atrocidades del poder.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, T. W. (1982): *Teoría estética*. São Paulo: Martins Fontes.
- AGUIAR E SILVA, J. (2001): *A prática judiciária entre direito e literatura*. Coimbra: Almedina.
- ALPA, G. (1997): "Law & Literature: un inventario di questioni." *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Padova, n. 2, 1997.
- ASCARELLI, T. (1955): "Antigone e Porzia". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, v. XXXII, p. 756-766, 1955.
- BARTHES, R. (1980): *Aula*. São Paulo: Cultrix.
- BERMEJO CABRERO, J. L. (1980): *Derecho y pensamiento político en la literatura española*. Madrid.
- BEVERE, A. (1996): *La giustizia in prosa e in versi. Antologia ragionata*. Ancona: Nuove Ricerche.
- BRUNER, J. (2002) *La fabbrica delle storie: diritto, letteratura, vita*. Roma-Bari: Laterza.
- CALVO, J. (1996): *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*. Barcelona: Ariel.
- CARDOZO, B. (1925): "Law and Literature". *The Yale Review*, New Haven, n. 14, p. 699-706, jul. 1925.
- CATTANEO, M. (1985): *L'Illuminismo giuridico di Alessandro Manzoni*. Sassari: Università degli Studi di Sassari.
- CATTANEO, M. (1987): *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni. Illuminismo e Diritto Penale*. Milano: Giuffrè.
- CATTANEO, M. (1992): *Suggerimenti penalistiche in testi letterari*. Milano: Giuffrè.

- CAVALAGLIO, L. (1998): "Literature vs. Economics, ovvero Richard Posner e l'analisi giusletteraria". *Vita Notarile*, Palermo, v. 39, n. 1, p. 492-518, apr. 1998.
- CAVALLONE, B. (1991): "‘Non siete che um mazo di carte!’ . Lewis Carroll e la teoria del processo". En: CAVALLONE, B. (1991): *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova: Cedam.
- CHUEIRI, V. K. de. (2006): "Direito e literatura". En: BARRETTO, V. (Org.) (2006): *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, p. 233-235.
- COSENTINO, F. (1993): "Analisi giuridica della letteratura. L'esperienza italiana." Quadrimestre. *Rivista di Diritto Privato*, Milano, n. 3, p. 622- 670, 1993.
- COSENTINO, F. (1996): "Law and Literature: bagliori italiani". *Rivista Critica del Diritto Privato*, Bologna, n. 1, p. 179-195, 1996.
- COUTINHO, J. N. de M. (Org.) (2007): *Direito e psicanálise. Interseções a partir de "O processo" de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- COUTINHO, J. N. de M. (Org.) (2006): *Direito e psicanálise. Interseções a partir de "O estrangeiro" de Albert Camus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- D'AMATO, A. (1936): *La letteratura e la vita del diritto*. Milano: Ubezzi & Dones.
- DERRIDA, J. (1992): *Acts of literature*. New York-London: Routledge.
- DWORKIN, R. (2003): *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- DWORKIN, R. (2002): *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes.
- DWORKIN, R. (2001): *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes.
- ECO, U. (1995): *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva.
- ECO, U. (1998): *Kant e o ornitorrinco*. Rio de Janeiro: Record.
- FEHR, H. (1931): "Das Recht in der Dichtung". *Kunst und Recht*, Bern, n. 2, p. 580, 1931.
- FEHR, H. (1936): "Die Dichtung im Recht". *Kunst und Recht*, Bern, n. 3, p. 327, 1936.
- FEHR, H. (1950): "Die Dichtung des Mittelalters als Quelle des Rechts". En: BUSSMANN, Kurt; GRASS (Hrsg.) (1950): *Festschrift für Karl Hoff*. Innsbruck, p. 62-66.
- FERREIRA DA CUNHA, P. (2007): "Direito e literatura: introdução a um diálogo". *Themes Revue de la Bibliothèque de Philosophie Comparée*, Paris, v. I, avr. 2007.
- FINA SANGLAS, A. (1993): *Justicia y literatura*. Barcelona: Bosch.
- FISH, S. (1980): *Is There a Text a Text in This Class?The Authority of Interpretative Communities*. Cambridge: Harvard University Press.
- FISS, O. (1982): "Objectivity and Interpretation". *Stanford Law Review*, Stanford, v. 34, p. 739-763, 1982.
- FOCALUT, M. (2004): *A ordem do discurso*. 10. ed. São Paulo: Loyola.

- FREITAS, R. B. de. (1990): "Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações. Breve estudo sobre dimensões de criatividade em direito". *Working Paper 6/02*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
- FULLER, E. (1947): *Law in Action: An Anthology of the Law in Literature*. New York: Crown Publishers.
- GADAMER, H.-G. (2003): *Verdad y método I*. 10. ed. Salamanca: Sígueme.
- GADAMER, H.-G. (2002): *Verdad y método II*. 5. ed. Salamanca: Sígueme.
- GADAMER, H.-G. (1996): *Estética y Hermenéutica*. Madrid: Tecnos.
- GARAPON, A. (2007): *Del giudicare. Saggio sul rituale giuduzuario*. Milano: Cortina.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2003): "Breve introducción sobre derecho y literatura". En: GARCÍA AMADO, J. A. (2003): *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Temis, p. 361-371.
- GENETTE, G. (1997): *Palimpsesti: la letteratura al secondo grado*. Torino: Einaudi.
- GODOY, A. S. de M. (2002): *Direito & literatura. Anatomia de um desencanto: desilusão jurídica em Monteiro Lobato*. Curitiba: Juruá.
- HÄBERLE, P. (1990): "Begegnungen von Staatsrechtslehre und Literatur". *Archiv des öffentlichen Rechts*, Göttingen, v. 115, n. 1, p. 83-92, 1990.
- HEALD, P. (Ed.) (1998): *Literature and Legal Problem Solving: Law and Literature as Ethical Discourse*. Durham: Carolina Academic Press.
- HEALD, P. (1998): *A Guide to Law and Literature for Teachers, Students, and Researchers*. Durham: Carolina Academic Press.
- HEIDEGGER, M. (2005): *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta.
- HEIDEGGER, M. (2003): *Conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude e solidão*. Rio de Janeiro: Forense.
- HEIDEGGER, M. (1998): *Carta sobre o humanismo*. 5. ed. Lisboa: Guimarães Editores.
- JUNQUEIRA, E. B. (1998): *Literatura & direito: uma outra leitura do mundo das leis*. Rio de Janeiro: Letra Capital.
- KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (Orgs.) (2002): *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian.
- KOZICKI, K. (2006): "Linguagem e direito: problematizando a textura aberta dos enunciados jurídicos". En: FONSENCA, R. M. (2006) *Direito e discurso*. Florianópolis: Boiteux, p. 79-87.
- LOESCH, F. (1926): "Is acquaintance with Legal Novels Essential to a Lawyer?" *Illinois Law Review*, Champaign, n. 21, p. 109-146, abr. 1926.
- LONDON, E. (1960): *The World of Law. The World of Law: A Treasury of Great Writing about and in the Law, Short Stories, Plays, Essays, Accounts, Letters, Opinions, Pleas, Transcripts of Testimony*. New York: Simon & Schuster, v. 1 e 2.
- LUKÁCS, G. (s.d.) : *Teoria do romance*. Lisboa: Presença.

- MALAUIRE, P. (1997): *Droit et Littérature. Une Anthologie*. Paris: Cujas.
- MARI, E. (1998): "Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 251-287, 1998.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (2005): "Derecho común y literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII". *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, v. 17, p. 113-210, 2005.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (2003): "Derecho y literatura: Rabelais o la formulación literaria de un nuevo camino jurídico". *Quaderni Fiorentini*, Firenze, v. 32, p. 703-730, 2003.
- MITTICA, M. P. (2004): *Raccontando il possibile*. Milano, Giuffrè.
- NUSSBAUM, M. (2005): *Nascondere l'umanita. Il disgusto, la vergogna, la legge*. Roma: Carocci.
- NUSSBAUM, M. (2005):: *El conocimiento del amor: ensayos sobre filosofía y literatura*. Madrid: A. Machado Libros.
- NUSSBAUM, M. (1996): *Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile*. Milano: Feltrinelli.
- OSSORIO MORALES, J. (1949): *Derecho y literatura*. Granada: Universidad de Granada.
- OST, F. (2007): *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*. Bologna: il Mulino.
- OST, F. (2007) : *Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos.
- PÉREZ, C. (2006): "Derecho y literatura". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México, n. 24, p. 135-153, abr. 2006.
- PERGOLESI, F. (1927): "Il diritto nella letteratura". *Archivio giuridico*, Modena, v. XCVII, n. 1, 1927.
- PERGOLESI, F. (1956): *Diritto e giustizia nella letteratura moderna e teatrale*. 2. ed. Bologna: Zuffi.
- POSNER, R. (1998): *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press.
- RADBRUCH, G. (1938): "Psicología del sentimiento jurídico del popolo". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, n. 3, ano XVIII, p. 241-251, mag.-giu. 1938.
- REBUFFA, G. (1992): "Il Trionfo del Codice Civile della Testimonianza di Honoré de Balzac". *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, ano XXII, n. 1, giu. 1992.
- RÍOS, C. (2005): "La literatura y el cine como herramientas para la formación ética de los jueces". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Mexico, n. 22, p. 207-219, abr. 2005.
- ROUSSEAU, D. (2001) : "Questions de Constitution". En: COLLIARD, J.-C.; JEGOUZO, Y. et al. (2001) : *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*. Paris: Economica, p. 3-22.
- SANSONE, A. (2001) : *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*. Milano. Giuffrè.
- SCHNEIDER, P. (1987) *...ein einzig Volk von Brüdern: Recht und Staat in der Literatur*. Frankfurt: Athenäum.
- SCHWARTZ, G. (2006): *A Constituição, a literatura e o direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SCHWARTZ, G. (2005): "Autopoiese jurídica e a irritação literária: a interlegalidade textual do direito e da literatura". *Direito e democracia*, Canoas, v. 6, n. 2, p. 291-300, jul. 2005.
- STEIN, E. (2002): *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí.

- STEIN, E. (2001): *Epistemología e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Unijuí.
- STEINER, G. (2006): *Linguaggio e silenzio*. Milano: Garzanti.
- STRECK, L. L. (2007): *Verdade e consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- STRECK, L. L. (2007b): *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- TALAVERA, P. (2006): *Derecho y literatura*. Granada: Comares.
- TRIBE, L.; DORF, M. (2007): *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey.
- WARAT, L. A. (1998): *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica.
- WARAT, L. A. (1994): *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: SAFE, v. 1.
- WARAT, L. A. (1995): *Introdução geral ao direito. A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: SAFE, v. 2.
- WARAT, L. A. (2000): *A ciência jurídica e seus dois maridos*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc.
- WARAT, L. A. (2004): *Territórios desconhecidos. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 1.
- WARAT, L. A. (2004b): *Epistemologia e ensino do direito. O sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 2.
- WARD, I. (1995): *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*. New York: Cambridge University Press.
- WARD, I. (1994): "From Literature to Ethics. The Strategies and Ambitions of Law and Literature". *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 14, n. 3, p. 389-400, 1994.
- WEISBERG, Ri. (1989): *The Failure of the Word. The Lawyer as Protagonist in Modern Fiction*. New Haven: Yale University Press.
- WEISBERG, R. (1992): *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*. New York: Columbia University Press.
- WEST, Robin. Communities, Texts, and Law: Reflections on the Law and Literature Movement. *Yale Journal of Law and Humanities*, New Haven, v. 1, n. 1, p. 129-156, 1988.
- WEST, Robin. Economic Man and Literary Woman: One Contrast. *Mercer Law Review*, Georgia, v. 39, p. 867-878, 1988.
- WHITE, James Boyd. *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression*. Boston: Little, Brown & Co, 1973.
- WHITE, James Boyd. *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Education*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000.
- WHITE, James Boyd. *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*. Chicago: University of Chicago Law Review, 1990.
- WHITE, James Boyd. Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 52, n. 3, p. 684-702, 1985.

- WHITE, James Boyd. Law as Language: Reading Law and Reading Literature. *Texas Law Review*, Austin, v. 60, p. 415-445, 1982.
- WIGMORE, John. A List of Legal Novels. *Illinois Law Review*, Champaign, n. 3, p. 574-596, apr. 1908.
- ZIZEK, Slavoj. *Diritti umani per Odradek?* Roma: Nottetempo, 2005.



MISCELÁNEAS

COMISION DEL BICENTENARIO

Facultad de Derecho

de la

Universidad de Buenos Aires

ACTIVIDADES DEL AÑO 2009

En conformidad con sus objetivos se efectuaron las siguientes actividades.

Aún resonando los ecos del descubrimiento de la Placa de los Presidentes, efectuada en diciembre del año 2008, en el mes de mayo se efectuó el **homenaje al Dr. Saavedra Lamas**, oportunidad en la cual disertó previamente el Dr. Rosendo Fraga sobre la personalidad del estadista y catedrático de la Facultad de Derecho. Tras ello fue descubierta otra placa, cercana a la anterior, conmemorativa del cincuentenario de su fallecimiento. El acto contó con numeroso público en el Salón Rojo donde el orador fue presentado por el Presidente de la Comisión, Dr. Tulio Ortiz. Posteriormente el Decano, Dr. Atilio A. Alterini procedió al descubrimiento de la referida placa.



En tanto, varios hechos de gran importancia coronaron el mes de mayo. El primero fue hacerle llegar a cada miembro de la comunidad universitaria de nuestra Facultad una medalla conmemorativa, siguiéndole el cierre de la convocatoria para la **exposición plástica titulada “Anticipos del Bicentenario”** que permaneció en exposición hasta el primero de junio.

Mayo no podía hacer ajeno a un debate tal como el acontecido a raíz de la concreción de la **Mesa Redonda** donde expusieron los doctores Alberto Dalla Vía, María Rosa Pugliese y Félix Loñ sobre el tema **Proyección de la Revolución de Mayo en el régimen constitucional** efectuado en el Instituto Gioja bajo la coordinación del Dr. Abelardo Levaggi.



La adhesión al importantísimo acto **celebrado en el Salón de Actos**, también en mayo, por las Facultades de Agronomía y Veterinaria se fundamenta en el hecho de que ambas unidades académicas actuales fueron fundadas por iniciativa del **Dr. Wenceslao Escalante**, egresado, profesor y Decano de la Facultad de Derecho a principios del siglo XX.

La faz artístico musical no pudo estar ausente y así, también en aquel mes, se presentó el **Maestro Alfredo Corral** en el marco de los anticipos de los festejos del Bicentenario de la Revolución de Mayo. Interpretó el Himno Nacional Argentino, en su versión original en Mib Mayor, en fortepiano, con la participación como solista de Soledad de la Rosa y, posteriormente, se interpretó la versión en Sib (versión actual) con la participación como solista de **Cecilia Pastorino**.

Estas versiones fueron instaladas en nuestra página institucional: www.derecho.uba.ar/bicentenario/

También se cerró el importante **concurso para egresados** convocado sobre el tema *Los abogados en la Revolución de Mayo* y en el cual intervinieron como jurados los doctores José M. Díaz Couselo, Alberto David Leiva y María Rosa Pugliese.

El 27 de junio se presentó en el Salón Auditorium de nuestra Casa de Estudios la Orquesta de Cámara FM 100.3 "*Cultura Musical*", dirigida por el Maestro Alfredo Corral.

En el marco de los Festejos por la próxima llegada del Bicentenario de la Revolución de Mayo, se interpretó la "*Obertura*" y la Parte 6 "*El Gaucho*" de la "***Cantata de la Revolución de Mayo***" de **Juan Carlos Figueiras**, que contó con la participación como solistas de Patricia Casanova (flauta) y Ricardo González Dorrego (tenor).

Además, se interpretó el Concierto para piano y orquesta N° 21, K. 467 en Do Mayor de *Wolfgang Amadeus Mozart* que contó con la participación como solista de Francés Staciuk en Piano y la "*Sinfonía N° 5*", en Si b Mayor D.485 de Franz Peter Schubert.

Los anticipos de la Cantata del Mtro. Figueiras fueron, también, colocados en la página institucional.

En el mismo mes de mayo se disputó un **torneo de fútbol 11** con los ocho mejores clasificados del torneo interfacultades 2008. Dicho torneo se desarrolló con la modalidad de doble eliminación con

rueda de ganadores y de perdedores. Se disputó en las canchas de Ciudad Universitaria los días miércoles en horario nocturno.

En aras de la preservación del patrimonio cultural de nuestra Facultad y, específicamente, del acervo bibliográfico, en el marco de las actividades del Bicentenario el 4 de agosto se inauguró un **curso sobre "Conservación preventiva en Bibliotecas y Archivos: higiene y control de plagas en Unidades de Información"** a cargo de la Lic. Nora Altrudi y la Prof. María Ángela Silvetti, responsables del Laboratorio de Papel y Libros del CEIRCAB-Tarea de la Universidad de San Martín.



Asimismo, en el mismo aspecto, se firmó un **acuerdo para restaurar y limpiar los libros que se exhibirán en mayo del año 2010** y que completarán la exhibición ya existente desde el año pasado, pero esta vez con obras de los tiempos de la Revolución de Mayo, de notable valor.

Interesados en la temática del Estado actual y la proyección del futuro se realizó el lunes 14 de septiembre en el Aula Magna una conferencia sobre **Propuesta de una Política de Estado para el Sector Energético** en la que participaron los ocho ex secretarios de energía (Ing. Jorge Lapeña, Dr. Alieto Guadagni, Ing. Emilio Apud, Lic. Enrique Devoto, Cdr. Raúl Olocco, Dr. Julio César Araoz, Dr. Daniel Montamat e Ing. Roberto Echarte), que presentaron su documento, ya célebre.



También en el mes de septiembre se realizó la segunda edición de la **copa Dr. José Zubiaur** (ajedrez) en nuestra Facultad.

El jueves 15 de octubre a las 16 hs. en el Salón de Usos Múltiples del Instituto "Ambrosio Lucas Gioja", se realizó la conferencia sobre **La recepción de la Revolución de Mayo en América Latina**

con la participación de los expositores profesores Bernardino Bravo Lira (Chile) y Teodoro Hampe Martínez (Perú), bajo la coordinación del Dr. Abelardo Levaggi.

En noviembre 14, por vez primera, la Facultad de Derecho se incorporó a la **Noche de los Museos** vistiéndose de gala para recibir a visitantes que pudieron apreciar sus magníficos salones, conciertos y visitar a sus Murales.



Ese mismo mes adhirió a la **Jornada** organizada por el Dr. Héctor Sandler que discutió el tema: ***Los ideales de Mayo y la Argentina del Bicentenario. Balance y propuestas.***

Finalmente en diciembre una delegación de la Comisión concurrió a la Facultad de Agronomía, fundada por el Dr. Wenceslao Escalante donde fue presentada la **biblioteca restaurada "Dr. Pedro Arata"**.

La Comisión del Bicentenario se reúne con frecuencia mensual en el seno del Instituto Gioja, donde la Secretaria Mag. Luciana Scotti elabora actas resumen que están a disposición de cualquier miembro de la Comunidad Universitaria.

***Comisión del Bicentenario de la Revolución de Mayo
Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires***

E-REVISTAS

Por **Véronica Lescano Galardi***

En esta ocasión les hacemos llegar algunas Bases de Datos en línea, especializadas principalmente, en ciencias económicas, física, química y agro alimentos.

Para visitarlas, no obstante ser de libre acceso, se debe ingresar desde un sistema institucional como el que posee nuestra Facultad de Derecho.

Business Source Premier: es una base de datos de referencias bibliográficas y de documentos en texto completo especializada en las áreas de la economía, management, finanzas y asuntos internacionales.

Web site: <http://search.ebscohost.com>

Idioma: ingles.

Current contents: base de datos confeccionada por el Institut for scientific information. Posee mas de 7000 revistas indexadas.

Disciplinas: agricultura. Biología. Medio ambiente. Ingeniería. Física, química, etc...

Web site: <http://ovidsp.ovid.com>

Idioma: ingles.

Ialine: base de datos especializada en agroalimentos a nivel internacional.

Contiene mas de 350.000 referencias.

Web site: <http://ialine.com>

Idioma: francés.

Metadex: base de datos a cargo de Cambridge scientific abstracts referida a toxicología y metalurgia.

Cuenta con mas de 950.000 referencias.

Web site: <http://www.csa.com>

Idioma: ingles.

* Auxiliar docente en Teoría del Estado, Cátedra: Dr. Tulio Ortiz. En Sociología, Cátedra: Dres. Enrique Zuleta Puceiro-Enrique Del Percio. En historia del derecho: Cátedra: Dres. Maria Rosa Pugliese-Alberto D. Leiva. Doctoranda. Miembro adscripta al Instituto de investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio L. Gioja (FD.UBA).Miembro Ubacyt D008.

EROSIÓN DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Por Juan Carlos Frontera*

I

La codificación penal argentina se desarrolló en la segunda mitad del XIX y en las primeras décadas del XX, junto con las demás ramas del Derecho. La norma jurídica punitiva se presentó al jurista y al lego bajo una dimensión estatal y taxativa. Se distinguió el ente productor de los destinatarios y se expuso mediante una realidad formal legislativa.

El fin de la dispersión normativa representó para los juristas la constitución de la seguridad jurídica. Se cumplió así la exigencia ideológica liberal, pues se limitó la actividad punitiva del Estado y se facilitó el acceso al conocimiento de las conductas punibles.

La codificación ordenó y simplificó las normas existentes, y transformó radicalmente el método y los principios del Derecho. Los operadores jurídicos se limitaron al estudio de la ley. La cristalización en *corpus* facilitó la formación jurídica y ella fue una operación de ordenación simbólica.

Los operadores jurídicos dejaron de resolver el caso en función de justicia, resolvieron en función de la ley, o sea, del código. Menospreciaron la utilización de otras fuentes.

En el siglo XX los cuerpos legales fueron la centralidad del sistema jurídico, constituyeron el elemento primordial para los operadores jurídicos. Establecieron la forma de concebir al Derecho y de razonar lo jurídico. Generaron su propia cultura.

El fenómeno jurídico se encuentra en plena tensión entre los elementos dinámicos y estáticos, los primeros con transcurso del tiempo debilitaran sus sistemas. El ser del Derecho prevalece a su modo de presentación.

El legislador puede encapsularlo en normas sólo por un momento, en forma permanente es imposible por la cualidad histórica del actuar humano.

II

Esta fijación y encerramiento generó una situación de rigidez. La necesidad de actualizar y especializar las normas para adecuarlas a los cambios sociales produjo la necesidad de reforma del *corpus*.

* Secretario e investigador del Centro de Estudios e Investigaciones de Historia del Derecho (CEIHDE), y profesor adjunto de Historia del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Buenos Aires Argentina (USAL).

Esta necesidad se expresó en leyes que se incorporaron al cuerpo legal y en otras que fueron extravagantes a él, así dejó de albergar a todas las normas de la rama jurídica. Los postulados dogmáticos codificadores manifestaron su crisis ante la pérdida de la centralidad del *corpus*. No pudo encorsetarse lo dinámico.

El código pasó a ser un microsistema jurídico más. Perdió su cualidad de estatuto de Derecho común y general, pasó a ocupar un papel de Derecho residual regulando aspectos no alcanzados por las leyes especiales.

Estos microsistemas regulan la mayoría de las relaciones sociales. Cada uno de ellos sustrae al código diferentes materias para regularlas de forma diferente.

Me aparto de lo expresado por los maestros Natalino Irti y Alejandro Guzmán Brito en cuanto a lo que entienden por descodificación, en mi opinión ella constituye la pérdida de la cultura jurídica del Código y de la significación de éste último como símbolo ordenador.

Considero que la existencia de leyes extravagantes al *corpus*, aún cuando estas rompan con su *ratio* no significa que halla descodificación sin que el proceso signifique la pérdida de la cultura del código y su simbolización. Cuando se de sólo lo primero hay que definirlo como erosión.

El Código penal de 1886 sufrió algunas modificaciones menores en materia de cheque y de prostitución. Las conductas punibles estaban descriptas entre su texto y el de la ley 49 en materia federal.

En 1916 Rodolfo Moreno (h.) presentó un proyecto de reforma del viejo código, luego de un largo camino y modificaciones que fue sancionado como un nuevo cuerpo legal penal en 1921.

Acompañó junto a los otros cuerpos legales de la fundación de una nueva cultura jurídica, donde los juristas y operadores jurídicos le brindaron culto como símbolo ordenador.

Había irrumpido en positivismo en las cátedras de la Universidad de Buenos Aires a finales del siglo XIX, ello sucedió a través de la Sociedad de Antropología Jurídica que había comenzado a funcionar en 1888, si bien su vida fue breve su influencia no fue menor. El desarrollo de nuestro del Derecho penal y los primeros pasos en su cristalización debe comprenderse en el marco del positivismo, el eclecticismo decimonónico había concluido.

No fue pacífica la doctrina y las opiniones de los jueces sobre las virtudes del *corpus* penal. Hubo muchas ocasiones en las que existió el ánimo de modificar en forma completa la normativa penal, siempre los ánimos influidos por los cambios políticos y sociales.

No pocos casos estas últimas han roto la *ratio* del sistema penal, si lo hicieron en materias penales administrativas, violencia en el deporte, armas, defensa nacional y espionaje, estupefacientes, menores, previsionales y tributarias, por ejemplo al no albergar el dolo y la culpa como elementos constitutivos del delito y sólo bastar la falta formal para constituirlo, o no perseguir la punibilidad de la conducta sino el tratamiento del enfermo o la protección de las personas.

El régimen del menor (ley 10903 y modificaciones) quedó fuera del cuerpo legal penal, como también las de asistencia familiar asistencia y violencia familiar (ley 24417), estupefacientes (ley 23737).

No sólo el congreso erosionó o modificó el *corpus* punitivo, también lo hizo el poder ejecutivo a través de sus decretos, tanto en situaciones de *iure* como *de facto*, son ejemplo los siguientes decretos leyes durante interrupciones democráticas: prenda con registro (15348/46), Convenio Internacionales sobre genocidio (6286/56), prohibición de juegos de azar (6618/57), prostitución y tratos de personas (11925/57), entre otros.

En tiempos democráticos el poder ejecutivo apeló también a decretos que alteran al cuerpo penal, ya sea modificándolo o erosionándolo, ejemplos son: armas y explosivos (395/75 modificado por el 64/95), Estupefacientes (1148/91), Terrorismo (1235/2001), entre otros.

Observé que también afectaron la técnica codificadora penal las resoluciones del ministerio del interior, de la comisión nacional antidoping, del registro nacional de armas, entre otros entes.

Los tratados internacionales suscriptos por la argentina también han alterado en algún caso la *ratio* del sistema, superponiendo y contradiciendo contenidos de nuestro orden jurídico. Destaco que algunos de ellos fueron elevados a rango constitucional, ascendiendo a ésta categoría principios y órganos penales.

Entre los pactos internacionales elevados a rango constitucional y que afectan la *ratio* del *corpus* punitivo encuentro a: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención contra las Torturas y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Apartheid, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El Código Penal desde su sanción en 1922 sufrió alrededor de 160 modificaciones entre leyes, decretos leyes, decretos, y resoluciones. El siglo XX encontró un Estado superproductor de normas, con una mayor especialización en la regulación de cada estatuto.

Este fenómeno de producción de normas llevó a la dispersión de las normas, las leyes por su especialización albergan normas de diferentes ramas jurídicas, ya no se organiza por materia sino por cuestión.

La fuerte intervención estatal en la regulación de las diferentes actividades, generó en materia penal que las normas punitivas se encuentren presentadas bajo los modelos axiomático deductivo y acumulativo, en textos general y especiales.

Revisé revisado manuales, tratados y artículos de materia penal y en todos ellos sus autores mantienen la cultura del código y su rol de símbolo central, en esta materia sus cultores y operadores no advierten el proceso de erosión o de descodificación.

III

Esta cultura y propuesta de sistema codificado no tuvo en cuenta el dinamismo como cualidad jurídica. Se buscó encerrar la realidad en el ámbito normológico. La descodificación es síntoma de la imposibilidad de encorsetar en forma perdurable al Derecho y consecuencia de su historicidad.

Entre historicidad y sistema, el Derecho encuentra idealmente su ubicación en el universo recorrido por una íntima contradicción, aquí está el privilegio y el drama del jurista, mediador entre la historia y los valores, necesariamente aprisionado en una doble disponibilidad según la complejidad de su objeto cognitivo.

La codificación y la descodificación, son el resultado de tensiones entre el universalismo y el particularismo, el Derecho planificado frente al espontáneo, el idealismo con respecto al realismo.

La realidad social en nuestro tiempo se desarrolla rápida e intempestivamente, no permite en su avance una adecuada reflexión sobre sus causas y consecuencias, la inmediatez frente al delito provoca la necesidad de rápidas modificaciones legislativas, como ya dije aumentando en forma desproporcionada la especialidad de las conductas y sus regulaciones.

En el caso de nuestro *corpus* penal no encuentro una descodificación sino una erosión a través de leyes extravagantes que pocos casos atentan contra su *ratio*.

BIBLIOGRAFÍA

Legislativas:

Nacionales.

- CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA
- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

Internacionales.

Doctrinales:

- FEDERICI, Mario, "Transformaciones del Derecho. Emergencia y crisis de los paradigmas del Derecho moderno", *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UAI*, Buenos Aires, Cátedra, 2007, pp. 79-98.
- FRONTERA, Juan Carlos, "Cultura y sistema jurídico. Reflexiones a partir del proceso de descodificación", N° 36, *Equipo Federal del Trabajo*, Año III, 2008. www.eft.org.ar.
- FRONTERA, "Antecedentes, causas, consecuencias y pronóstico de la crisis de la dogmática jurídica", cap. 6, *AAVV, Temas de filosofía del Derecho*, t. 1, Buenos Aires, 2003.
- FRONTERA, "La descodificación como síntoma de la Historicidad del Derecho", *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"*, N° 1, Buenos Aires, 2007 www.derecho.uba.ar/revistagioja/.
- FRONTERA, "Cristalización vs. Dinamismo e los cuerpos normativos", *La ley*, Buenos Aires, 5-7-2007, Suplemento USAL.
- JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, impresión de 2004
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNERO, Miguel Alfredo, *Digesto de codificación penal argentina*, t. 1-7, Madrid, AZ, 1996.

PRIMERAS JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: SOCIEDAD, DERECHO Y ESTADO EN CUESTIÓN

Los días 28, 29 y 30 de octubre se desarrollaron las *Primeras Jornadas para jóvenes investigadores en Derecho y Ciencias Sociales: Sociedad, Derecho y Estado en cuestión*, organizadas por un grupo de becarios y jóvenes investigadores del Instituto "Ambrosio L. Gioja" integrado por Martín Aldao, Lucas Arrimada, Mauro Benente, Agustín Cárdenes, Javier Echaide, Luciana Scotti, Florencia Sotelo, Leticia Vita, Silvina Zimmerman.

La finalidad principal de estas Jornadas fue la de generar un espacio de intercambio y diálogo en diversas áreas del Derecho y las Ciencias Sociales. Asimismo aspiran a transformarse en una oportunidad habitual para acercarse y conocer el trabajo que se desarrolla en el Instituto, buscando así profundizar las instancias de reflexión crítica en la Universidad de Buenos Aires acerca de los debates fundamentales que tienen lugar en nuestra sociedad.

Miércoles 28 de octubre

El acto de apertura, desarrollado en el Salón de Usos Múltiples del Instituto "Ambrosio L. Gioja", contó con la participación de los Doctores Carlos M. Cárcova, Federico Schuster y Sofía Tiscornia quienes expusieron desde diversas perspectivas sobre los retos y experiencias de investigar en Derecho y Ciencias Sociales.

Jueves 29 de octubre

La mesa de trabajo "Derecho y pensamiento político" se llevó a cabo en el SUM del Instituto. En la misma se presentaron trabajos sobre diversos temas vinculados a la teoría política contemporánea y argentina. Benjamín García Holgado (UdeSA) presentó su trabajo *Validez, eficacia y la Norma Hipotética Fundamental en el pensamiento de Hans Kelsen*, Leandro Ferreyra (UBA) su ponencia *Alberdi y Sarmiento. Dos proyectos de nación*, Carlos Garaventa (UBA) presentó *Principios generales del Anarquismo*, Juan Ignacio Cruz (UBA), *El amanecer de la Eugenesia en el Siglo XIX-XX* y Agustín Antonioli (UBA) su ponencia *¿Igualdad? ¿Individualismo? ¿Quién dijo que el fascismo no está entre nosotros?* La mesa fue moderada por Emilia Barreyro.

La mesa de trabajo dedicada a la "Incidencia de las políticas públicas: una mirada desde los derechos sociales" tuvo lugar en el Salón de Usos Múltiples del Instituto. Se presentaron cuatro trabajos: *Inclusión social, enfoque de derechos y políticas de transferencias de ingresos en Argentina* por Pilar Arcidiácono (UBA-CONICET), *Los derechos sociales: desarrollo jurisprudencial en el ámbito internacional y su recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, por Laura Royo (UNLP) y Ana María Berstard (UNLP), *La tutela de los derechos humanos sociales* por Taluana Wenceslau (UBA), *Ciclo de vida do litigio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais* por Evorah Cardozo (USP, Brasil). Las exposiciones plantearon discusiones esencialmente vinculadas con uso de las herramientas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos como mecanismos para incidir en las políticas de gobierno. En particular, se analizaron las políticas de transferencia de ingresos y se resaltó la necesidad de diseñar e implementar políticas de corte universal por oposición a las tradicionales políticas sociales focalizadas. Además, se discutió el alcance de los derechos sociales como derechos exigibles y justiciables y se estudió el uso de los estándares internacionales en esta materia efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, se desarrollaron diferentes abordajes relacionados con el litigio estratégico sobre el sistema interamericano sobre derechos humanos. La mesa fue moderada por Silvina Zimmerman.

En la mesa de trabajo "Desconstrucción del discurso jurídico", llevada a cabo en la sala Nicolás Avellaneda del Instituto Gioja, se presentaron las ponencias de Cecilia Gebruers (FFyL, UBA), *Una crítica deconstructiva a la Concepción de la justicia de Rawls* y de Jorge Roggero (UBA), *Una lectura crítico-deconstructiva de "¿Qué es la justicia?" de Hans Kelsen*. En ambos trabajos se propuso, a partir de una lectura derrideana, mostrar los puntos ciegos y las grietas en el discurso de dos autores clásicos de la teoría jurídica. La mesa fue moderada por Leticia Vita.

En la mesa de trabajo sobre "Derecho constitucional y Género", que sesionó en el Salón de Usos Múltiples del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", fueron presentadas seis ponencias: *El Derecho constitucional y la protección de la propiedad intelectual* presentada por Martín Cortese (UBA); *El requisito de utilidad pública en la expropiación*, presentada por Ignacio Cofone (U. Austral); *La publicidad de los actos de gobierno en el ámbito legislativo*, expuesta por Joaquín Pinotti (UB); *Catherine Mackinnon, el feminismo radical y la pornografía* presentada por Guido Croxatto (UBA); *Colonialismo "performance" y género: la saga de Lorena Bobbit* por Chloé Georas (U. de Puerto Rico) y *Las acciones afirmativas en el derecho norteamericano* por Estefanía Ziliani (UBA). Una vez finalizadas las exposiciones, se suscitó un interesante debate alrededor de las temáticas abordadas, particularmente sobre la ineficacia de las "definiciones" en derecho, los problemas vinculados a los conceptos de "raza" y la construcción de una realidad a partir del discurso y del lenguaje. La coordinación de la mesa fue desarrollada por Florencia Sotelo y Agustín Cárdenes.

La mesa de trabajo sobre "Control de Constitucionalidad y Estado de Excepción" llevada a cabo en el SUM del Instituto Gioja, comenzó con la exposición de Pablo Glienmann (UBA) y su trabajo *Aproximaciones al análisis de las cartas constitucionales locales y federal en lo respectivo a la revisión judicial* y cerró la primer parte Eduardo Galistero (UBA) con su ponencia *El activismo judicial responsable, en los juicios de daños contra Edesur*. Finalizada la exposición de ambos, se realizó un debate en torno a la necesidad de estudiar

los regímenes de control de constitucionalidad a nivel federal, tópico usualmente subestudiado en nuestro ámbito, y también se discutió la legitimidad de la revisión judicial de los actos de gobierno democráticos. Posteriormente, se completó el panel con Ramiro Riera (UBA) y su trabajo *Cuerpo y capital. Anatomopolítica del derecho procesal de los derechos humanos*, Griselda Iglesias con *El estado de sitio en la constitución de 1853 y su posterior aplicación en el tiempo* y finalizó las exposiciones, el estudiante Guido Puig Cichini (UBA) con su ponencia *Derechos Humanos y garantías en el Estado de Excepción*. Luego del cierre de esta segunda parte de la mesa, se generó una discusión con el público sobre los límites de la protección de los derechos humanos en los estados de excepción a través de las garantías judiciales, con especial referencia a episodios paradigmáticos de estado de sitios en la historia reciente de nuestra democracia. El panel estuvo coordinado por Lucas Arrimada.

La mesa de trabajo "Reflexiones sobre la enseñanza del Derecho" se desarrolló en el aula 213 de Carrera Docente. Presentaron su investigación *La formación universitaria y los sectores vulnerables*, un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba integrado por Fermín Randón Salgado, Melina Florencia Canesini, María Elena Cappelino y María José Mendiburu. Asimismo, presentó su trabajo *Notas sobre la historia de la enseñanza del derecho político argentino*, el abogado y docente Pablo Taboada (UBA). La mesa fue moderada por Leticia Vita.

En la "Comisión de Relaciones Internacionales", que sesionó en la Sala Nicolás Avellaneda del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", fueron presentadas cuatro ponencias, de las cuales fueron defendidas las siguientes: *Lineamientos de la política exterior argentina luego de la crisis del 2001*, por A. Torres (abogado UBA, becario CONICET); *Legalidad y legitimidad en la edad del alma desilusionada*, por F. Rojas de Galarreta (abogado UBA) y *Los no lugares*, por V. Lescano Galardi (abogada y doctoranda UBA). Las exposiciones demostraron un alto grado de solidez en cuestiones que permiten apreciar la vigencia, actualidad y multiplicidad temática que encierran las Relaciones Internacionales. Tras la defensa de las ponencias, se suscitó un interesante y enriquecedor debate entre los presentes, que contó con la moderación de Javier Echaide y de Luciana Scotti.

La mesa de trabajo "Pluralismo: Cuestionamientos a la producción del Derecho", que tuvo lugar en la Sala Avellaneda del Instituto, contó con las participaciones de B. Lupetti de la Universidade Gama Filho de Brasil, P. Campaña de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador y de L. Palacios de la Universidad Nacional de Mar del Plata. En la misma se abordó, desde diversas perspectivas, los déficits que, en términos de legitimación democrática, caracterizan a los Estados de derecho contemporáneos. En *Direito e empiria*, B. Lupetti expuso, desde una mirada etnográfica, el desfasaje entre la importancia que se le atribuye al principio de oralidad en el discurso académico y la desvalorización que sufre en la práctica judicial cotidiana. Desde una mirada más teórica, el trabajo *Pluralismo Jurídico y dominación* presentado por P. Campaña puso en cuestión la pretensión universalizadora de los ordenamientos jurídicos democráticos, mostrando a través de varios estudios de caso el carácter obturador que ejerce respecto de otras formas de regular la vida común. Por último, L. Palacios, de la Universidad Nacional de Mar del Plata, en su trabajo *Apostillas sobre Consenso y Constitución*, se dedicó a desmontar el concepto de consenso, mostrando sus aristas

más coactivas. La mesa fue moderada por Martín Aldao.

La mesa de trabajo dedicada a "Sociedad y Encierro" se desarrolló en el aula 211 de Carrera Docente y fue coordinada por Mauro Benente. Allí expusieron Santiago Calise (UBA-CONICET): *Sociedad, norma y persona: observaciones sobre la teoría de Günther Jakobs, desde la teoría de Niklas Luhmann* y; Marcelo Fraga, Marcelo (UNQ): *Encierro y escolaridad: Sujetos de la política penitenciaria o política educativa*. En primer lugar expuso el Lic. Marcelo Fraga y reseñó la investigación que viene llevando a cabo junto con el Gesvip (Grupo de Estudio de la Vida Penitenciaria) la UNQ (Universidad Nacional de Quilmes) y el Cepoq (Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos) relacionado con la situación de la situación educativa de los condenados a prisión o reclusión perpetua en unidades de la Provincia de Buenos Aires. En segundo lugar, el Lic. Santiago Calise intentó mostrar que las apropiaciones que Günter Jacobs realiza de la obra de Niklas Luhmann, son, cuanto menos problemáticas.

En la mesa dedicada a "Políticas de la Información y Políticas de la vida", llevada en el Salón de Usos Múltiples del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A.L. Gioja" expusieron Pablo Rodríguez (FSOC-CONICET), Agustina Marchi (FSOC-UBA), Natalia Ortiz Maldonado (FLACSO-CONICET) y Gonzalo Aguirre (UBA) un trabajo titulado *Nacimiento y muerte de la biopolítica*. En la presentación, Mauro Benente, reseñó las producciones actuales sobre la temática biopolítica para que luego los autores ensayaran sobre la muerte de dicha temática.

Viernes 30 de octubre

La mesa sobre "Política Criminal" se llevó a cabo en el Salón de Usos Múltiples del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A.L. Gioja" y fue coordinada por Mauro Benente. Los ponentes fueron Mauricio Balbachan (UBA): *La selectividad como mecanismo necesario para la subsistencia y consenso del libre mercado*; Diego Freedman (UBA) y Mariano Kierszenbaum (UBA): *El estereotipo del joven delincuente en la última década a través de la jurisprudencia*; Diego Castiglioni (UBA): *Derechos Humanos e Inseguridad. Una aproximación arqueológica a los Derechos Humanos y ciertos discursos neo-represivos* y; Victoria Santesteban (UBA): *Libertad de expresión: entre la herejía y la pasividad mental*. Tanto en las exposiciones como en el debate, se trabajó sobre los siguientes asuntos: la selectividad del sistema penal, la construcción de estereotipos por parte de los operadores del sistema punitivo y el rol de los medios de comunicación en los reclamos por mayor seguridad y la idea de seguridad asociada, exclusivamente, al incremento de penas.

La mesa de trabajo "Memoria, Verdad y Justicia" se desarrolló en la Sala Avellaneda del Instituto Gioja y fue coordinada por Silvina Zimerman. Estuvo integrada por Sergio Gradel (UBA) que expuso sobre *Los escraches como acción política de resistencia* y por Julieta Mira (UBA) que presentó el trabajo *El juicio penal como puesta en escena. Una mirada etnográfica de los juicios por crímenes de lesa humanidad en la Argentina*. El número reducido de ponentes permitió un sólido intercambio entre los expositores y el público. Las principales discusiones estuvieron vinculadas con la función de la justicia en los casos de crímenes de lesa humanidad y, en especial, del proceso penal como dispositivo de respuesta ante esta clase de delitos.

Además, se analizó el impacto de estos procesos sobre la memoria y se comparó los juicios desarrollados en la Argentina con otros países como Italia.

En la mesa "Subjetividad y derecho" –que tuvo lugar en la sala Avellaneda del Instituto y fue moderada por Lucas Arrimada- M. Osorio, de la Universidad del Cauca de Colombia, presentó su trabajo *La fijación de la mentalidad jurídica* en el que se analizó el papel de dispositivos extrajurídicos tales como el cine o los medios masivos de comunicación en tanto instancias legitimadores de los valores sociales tradicionalmente asentados sobre el derecho o la educación. N. Mathov, de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, presentó su trabajo *Poder, Derecho y producción de subjetividad*, en el que expuso el rol central que le cabe al derecho en la producción de la subjetividad moderna. A. Lebrón, de la Universidad de Puerto Rico, en su trabajo *La juridificación de "la familia" y su construcción como ente apolítico*, destacó los aspectos formadores de subjetividad que se esconden tras la perspectiva aparentemente "descriptiva" y neutral que caracteriza al derecho de familia. Por último, V. Rivera Torres, también de la Universidad de Puerto Rico expuso su trabajo *Aproximaciones legales-feministas a las interrogantes políticas en torno a la lactancia materna*.

En la "Comisión de Derecho de la Integración", que sesionó en el Salón de Usos Múltiples Avellaneda del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", fueron presentadas cuatro ponencias, de las cuales fueron defendidas las siguientes: *Naturaleza jurídica de la normativa derivada emanada de los órganos del Mercosur*, por V. Fuente (estudiante UBA), *La Patria Grande: nuevas tendencias de integración latinoamericana*, por M.J. Segovia (estudiante UBA), y *Los acuerdos de readmisión: un jaque a los derechos humanos en el seno de la Unión Europea*, por F.D. Lebensohn (abogada y docente UBA). Las temáticas abordadas dieron cuenta de las diversas dimensiones del Derecho de la Integración: social, cultural, política, económica, jurídica; y de la incidencia que tiene cada vez más en las relaciones jurídicas de derecho público y privado. A continuación de las lúcidas exposiciones de los ponentes, se abrió a debate, el que estuvo moderado por Luciana Scotti.

La mesa "Debates en torno de la Libertad Sindical", realizada en la Sala Avellanada del Instituto, contó con las exposiciones de L. Campos de FLACSO y F. De Fazio del Instituto Gioja. El primero, en su trabajo *¿Qué elementos debemos considerar para analizar el estado de la libertad sindical en un contexto temporal y espacial determinado?* puso en cuestión el habitual vínculo que se establece entre legislación y organización sindical, mostrando a través de diversos casos que no siempre el carácter centralizado o descentralizado de la legislación se ve reflejado en las formas efectivas de organización adoptadas por las entidades gremiales. En el trabajo *Relaciones entre el Estado y los sindicatos durante la primera presidencia de Yrigoyen: Su impacto en la legislación*, de F. De Fazio desarrolló los vínculos entre conflictividad obrera y tutela estatal de los derechos de los trabajadores, mostrando el carácter dependiente de la segunda respecto de la primera. La mesa fue moderada por Martín Aldao.

La mesa de trabajo "El Estado frente a la diversidad cultural" se desarrolló en el aula 211 de Carrera Docente. Se presentaron cuatro trabajos. Malena Rocío Maceira, estudiante de derecho, presentó su trabajo *El Estado argentino y los pueblos originarios. El respeto por la propiedad comunitaria*, Ninoska Laya Pereira (UNLP) expuso sobre *El derecho de propiedad colectiva de las tierras indígenas en Venezuela: alcance, realidad*

y expectativas y Lila Garcia (UBA) sobre el *Marco teórico para los derechos de los migrantes*. Por último, Elodia Almirón (UNA, Paraguay) presentó la ponencia *Cuestiones de género y el acceso a la justicia como derecho*.

Los principales debates de este mesa se vincularon con los conflictos territoriales que atraviesan los pueblos indígenas, con énfasis especial en las diferencias entre Argentina y Venezuela, la repuesta estatal frente a las mujeres como grupo en situación de vulnerabilidad social, el contenido normativo definitivo de los derechos de los migrantes a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y respecto de la falta de abordaje estatal de protección específica de ciertos grupos en Argentina como los afrodescendientes. La mesa fue moderada por Silvina Zimerman.

La mesa sobre "Democracia y accountability", que tuvo lugar en el SUM del Instituto, comenzó con la exposición Miguel Godoy (UFPR, Brasil) *Constitucionalismo y democracia. Poder constituyente y soberanía. Un breve ejercicio de teoría constitucional*, le siguió Julieta Camacho Granados (UNAM, México) con *Instrumentación de la participación popular en México* y cerró la mesa Cintia Rodrigo (FSOC-CONICET) con su ponencia *El impeachment en América Latina: un desafío abierto al análisis político*. Finalizada la exposición, se realizó un debate con el público que hizo referencia a los débiles controles que la ciudadanía tiene para auditar las acciones de gobiernos, debilidades que son resultado de la relación que poseen ideales como democracia, participación mayoritaria y constitucionalismo. La mesa estuvo coordinada por Agustín Cárdenes y Lucas Arrimada.

Finalmente, en el Salón Rojo de nuestra Facultad se llevó a cabo la conferencia de cierre sobre "Legitimidad y crisis de la Sociedad, el Derecho y el Estado: Derechos Humanos y seguridad", y estuvo a cargo de los Doctores Gabriel Ignacio Anitua y de Gustavo Palmieri. Seguidamente, se invitó a los numerosos participantes del país y extranjeros: estudiantes, abogados, investigadores y profesionales de otras áreas, a compartir un brindis y dar por terminadas estas Primeras Jornadas, que deseamos se conviertan en un foro de reflexión periódico para los jóvenes investigadores del Derecho y las Ciencias Sociales.

Comisión de Jóvenes Investigadores
Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Contratación electrónica internacional. Sobre la revolución en la comunicación.

A partir del Derecho Internacional Privado, por Sara Feldstein de Cárdenas y otras.

Por Alicia Noemí Farinati*

Es tiempo de comenzar y proceder a una crítica razonada de la visión tecnológica de la comunicación y en éste caso, la comunicación en estrecha relación con el derecho y más especialmente con la economía y el Derecho Internacional Privado

Escritores, expertos , juristas , semiólogos, filósofos, sociólogos y hasta periodistas, se dedican sin cesar al análisis y las consecuencias que las nuevas técnicas de comunicación que atraviesan el mundo, preguntándose si los hombres han sido liberados de antiguas tiranías o por el contrario, ha creado nuevas y auténticas que se ciernen sobre los ciudadanos , ahora sí, del mundo.

Numerosos "papers" han titulado el fenómeno Internet "Internet o morir", refiriéndose a la no visibilidad de aquellos- personas, grupos, empresas, y en fin países, que no hagan de la práctica de "Internet" su Biblia cotidiana, al decir de Hegel en el Siglo XIX respecto de la lectura diaria de los diarios.

Si la información es la nueva moneda de cambio de la economía global, ésta se infiltra en los menores resquicios, se expande a través de las fronteras- cuales?- y tal un tsunami informático amenaza con eliminar los otros medios de comunicación elaborados durante siglos por la humanidad. Puede en efecto cambiar el mundo el fenómeno Internet? Es necesario a todo precio atarse sin condiciones a ese carro "triumfal"? pleno de tantas promesas? Quedaremos huérfanos en un siglo al que acecha el abatimiento o por el contrario y al mismo tiempo es sólo un arma, un programa global que con una nutrida y surtida cantidad de acciones a través del planeta promete y ofrece pistas que no se las piensa generalmente para el S. XXI?

Sin embargo la información ha devenido la moneda de cambio más fuerte de una economía global cuyas consecuencias complejas hemos vivido en especial desde los derrumbes financieros, que han afectado a centenas de millones de ciudadanos del mundo entero desde hace al menos dos años. En este uso de internet existen intereses planetarios que se transforman en monopolios, justamente planetarios.

El control de los medios de comunicación nos conduce a una estrategia mundial resuelta a promover, justamente el tema del trabajo que comentamos, el comercio electrónico, utilizando, por supuesto la libertad de los intercambios y de información en la obra titulada *Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado*, de las Dras. Sara L. Feldstein de Cárdenas, Flavia A. Medina, Mónica S. Rodríguez y Luciana B. Scotti, y publicada en formato electrónico en *eumed.net*, sitio web de la Universidad de Málaga, y que materializa la investigación UBACYT comenzada en 2006, dirigida por la Dra. Cárdenas y sus colaboradoras de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. La obra consta de artículos éditos e inéditos y se analizan en profundidad los distintos aspectos de tan nueva como actualmente indispensable institución jurídica, desde el punto de vista casuístico y formal en el derecho internacional y privado en especial y un análisis interesante y novedoso de la jurisprudencia en el tema, nacional e internacional.

El comercio del porvenir será el de "redes" como lo testimonio el uso de internet, presentado como el *nec plus ultra* de la modernidad liberal, el "lugar" donde los individuos aislados pueden actuar según las reglas del mercado- que el derecho y la jurisprudencia se aprestan a legalizar- deban actuar éstas, o no, sin lazos sociales, y sin intermediarios. No olvidemos las épocas en que la Sra. Tatcher decía: "la sociedad no existe más", y entonces la red funcionaría para que los individuos trabajen aislados, como en burbujas, sin socialización.

Sin embargo junto a redes, monopólicas, imprescindibles para el comercio actual han aparecido prácticas nuevas que nadie había anticipado. Los Estados han tomado consciencia de los riesgos que la revolución informática- sobre todo en la individualidad- tiene sobre las libertades individuales, caras al pensamiento no sólo del Iluminismo del S.XVIII sino al los liberalismos y neo-liberalismos hasta hoy. La autonomía de los individuos, parte de un Estado, y por ende la autonomía del Estado mismo es la "interrogación ilimitada", decía Cornelius Castoriadis o la "duda metódica" si nos place recordar a Descartes.

Podremos continuar siendo ciudadanos de una sociedad autónoma? Y Lucien Sfez responde: "la duda nos acosa" en cuanto a la capacidad de las "redes" para servir a la democracia. Pregunta y respuesta bien actuales si pensamos en las consecuencias liberticidas de la invasión del espacio privado- tal el de los negocios, justamente- el así llamada "telecontrol", lo que Paul Virilio llama la "delación óptica" en las sociedades "control" a la Foucault.

En la era de la mundialización, aún con todos los tropiezos, tropezones y caídas que se registran actualmente, el uso de la red, en general, tiende a reducir cada vez más las informaciones " políticas", " sociales" y " económicas" transformándolas en simples productos en manos y en beneficio de un mínimo de agencias a las cuales no las detienen las fronteras entre información, publicidad, comunicación y comercio mundial. Sin embargo un mundo uniformado provoca reacciones de rechazo,, los pueblos no

* Profesora Consulta de Teoría del Estado (UBA). Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja".

quieren ser reducidos a un agregado de individuos consumidores, pues se consideran el producto de una historia, de una cultura, de sus mitos y sus leyendas nutridos por su imaginación.

Los principios universales se forman, lo vemos claramente en este estudio sobre los negocios, ya no mas cara a cara sino a través de Internet, teniendo en cuenta las necesidad de un derecho que proteja al más disminuido, con su vista puesta en la igualdad de derechos de las personas, y del rechazo de toda dominación, que puedan contribuir a la emergencia de una humanidad a la vez más fuerte y más solidaria.

El objetivo no es realizable- el de la comunicación por vía electrónica y en especial el del comercio electrónico- sino con la condición de que las comunicaciones puedan circular sin trabas a través del planeta.

Lo que interesa, naturalmente es la cantidad de personas que frecuentan la red, de abonados a cadenas encriptadas u otro tipo de internautas. Los "fieles", que paguen o no por el servicio, han devenido la principal riqueza de los gigantes de la comunicación. Los "negocios" vienen después, deportes, cultura, servicios profesionales, financieros, que están en estado de interconectividad con todos los medios disponibles desde el teléfono hasta Internet. En esta carrera planetaria es necesario llegar a un tamaño suficiente y diversificarse en todos los sectores de la comunicación.

Ahí aparece el problema de las restricciones legales sobre la concentración de medios, que son cada vez menos respetadas, o evitadas, pues el objetivo es la formación de grupos, tan grandes como sea posibles y formación de grupos integrados de comunicación de tamaño mundial.

La Dra. Feldstein se pregunta justamente en el primer capítulo de la obra si nos encontramos ante un cambio de paradigma, un Golem de la posmodernidad, como lo llama, o si en realidad un cambio de leyes puede solucionar los problemas que apareja una tal novedad, una *lex informática*, por ejemplo, lo que abriría el camino a una discusión o más bien la posibilidad de una nueva visión, más *amplia e interdisciplinaria* del problema en el ámbito jurídico.

Este abordaje posibilitaría un entorno más contenido al discutido y complejo tema de la ley aplicable, por ejemplo, que no obedece a la autonomía de la voluntad de las partes, como en el derecho de I S. XIX y XX, sino al derecho del más fuerte-como en los siglos XIX y XX?-Cual será en resumen la ley que se adopte para el cumplimiento los acuerdos de contratación electrónica, y la jurisdicción correspondiente?

El mundo de la publicidad- previo a la compra- no evoca sino un mundo ideal frente a un mundo angustiante, que la televisión además constituye en presente. La publicidad está purificada de toda tragedia, sin países sub-desarrollados, sin bombas nucleares, sin guerras, sin explosión demográfica, un mundo inocente, de sonrisas y luces, paradisíaco y optimista donde " el contrato de compra venta" sea este como antes, o por Internet nos remite al gran mito de la modernidad: juventud, felicidad, abundancia.

A propósito de la publicidad y su consecuencia directa: doblegar la voluntad a la compra- en el caso que vemos el contrato por internet- Beigbeder, F., Grasset, Paris, 2000- dice:

" Las dictaduras de antaño temían la libertad de expresión, censuraban la contestación, encerraban a los escritores, quemaban los libros controvertidos(...). Para reducir la humanidad a la esclavitud, -a la

servidumbre voluntaria diría Etienne de la Boétie ya en el 1500- la publicidad- actual- ha elegido el perfil bajo, la persuasión- como si fuese la así llamada “ democracia moderna”- - Vivimos en el primer sistema de dominación del hombre contra el cual aún la libertad es impotente. Por el contrario, todo está puesto a nombre de la libertad, ésta es su más grande descubrimiento. La crítica le da el mejor rol, y todo panfleto refuerza la ilusión de la tolerancia dulzona. El sistema ha llegado a su zenith, aún la desobediencia ha devenido una forma de obediencia”. Se recurre a los estereotipos, la visión es condensada, esquemática, nuestros deseos están previstos- y por ende “las compras”- aceptamos voluntariamente nuestra propia servidumbre.

Los “medios” de comunicación se han transformado en máquinas capaces de captar consumidores y de vender productos como su actividad manifiesta. El segundo capítulo de la obra que comentamos se refiere justamente a los problemas que el tamaño de las empresas, la corrupción, el incumplimiento de las leyes, fraude y protección de los contratantes-consumidores acarrea.

La expansión fulgurante de la red ha tenido un éxito inaudito en vender a millones de novicios los útiles necesarios para “navegar” en la red. La gama creciente de servicios que se ofrecen, comunidades virtuales, correo, compraventa de todo tipo y clase de objetos- muebles e inmuebles- a través del mundo en una sola página de la pantalla, y de la cual la “red” tiene la propiedad exclusiva, abre perspectivas no conocidas al mundo del derecho. La necesidad de la regulación, al menos dentro de los límites de los Estados, de las actividades de estas compañías mundiales así lo requieren.

Se abordan luego el problema de los conflictos, controversias, arbitrajes a que da lugar el aumento de la actividad del comercio electrónico y la posibilidad de esbozar mecanismos de solución dado su particular carácter, sobre todo en lo que se refiere a la posibilidad de obviar las acciones judiciales ante los tribunales nacionales y utilizar por el contrario el sistema de “Internet”.

Amenazas, todas éstas, bien actuales, las consecuencias liberticidas de la invasión del espacio privado por la “tele control”, en nuestras sociedades de “ control” a las que y aludimos. Paul Virilio las llama “ delación óptica”, pues aplicadas a los países nos da como resultado el sistema “ escalón” que espía las conexiones internacionales a través del planeta./ sistema NSA/.

En la era de la mercantilización planetaria, un simple producto llama a los beneficios de los grandes grupos, facilitados naturalmente por los nuevos sistemas de ventas- como el que se analiza- que derrumba fronteras entre información, publicidad, comunicación, servicios y... comercio mundial. Esta nueva cultura de la “compra” muestra los méritos de una nueva cultura rica y cosmopolita, no más fronteras. A lo que Kenzaburo Oe agrega:

“Las redes son invadidas por la lengua dominante, no del todo bien dominadas por los usuarios y naturalmente desconocidas para los excluidos”.

Es necesario preguntarse si verdaderamente se debe comerciar a todo precio y de todas maneras. El precio a pagar por las nuevas tecnologías quizás nos permita reinventar además una comunicación directa, humana y social.

De cualquier manera, el grupo de la Dra. Feldstein ha tratado un tema de relevante actualidad, que merece ser considerado como una verdadera revolución en la comunicación, y será justamente el derecho, y la jurisprudencia, nacional e internacional la que podrá poner límites a la posibilidad de sus excesos, respecto por ejemplo del problema de los pagos, y de la aplicación del derecho extranjero, insolvencia, con una mirada novedosa e iluminadora de la doctrina y de la jurisprudencia, lo que permite lograr, como su nombre lo dice la posibilidad de una "armonización legislativa" en tan arduo tema. También contempla la Dra. Cárdenas y su equipo los resultados de la Conferencia de La Haya, las nuevas tendencias en materia internacional, y el análisis detallado de, como dijimos, legislación, doctrina y jurisprudencia, que nos lleva a conocer en profundidad la visión jusprivatista del instituto "comercio electrónico".

El trabajo de la Dra. Cárdenas tiene la siguiente catalogación para su consulta: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. MEDINA, Flavia A., RODRÍGUEZ, Mónica S. y SCOTTI, Luciana B. *Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado*, Edición electrónica gratuita. ISBN-13: 978-84-691-6788-5. España. 2008. Texto completo disponible en www.eumed.net/libros/2008c/435/